

Université de Montréal

**L'influence des marqueurs identitaires du juge dans les décisions relatives à la garde  
des enfants dans un contexte post-rupture**

par  
Johanne Clouet

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales  
en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

Novembre, 2014

© Johanne Clouet, 2014

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

**L'influence des marqueurs identitaires du juge dans les décisions relatives à la garde  
des enfants dans un contexte post-rupture**

présentée par  
Johanne Clouet

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Martine Valois, présidente-rapporteuse  
Alain Roy, directeur de recherche  
Jean-François Gaudreault-DesBiens, codirecteur  
Benôit Moore, membre du jury  
Robert Leckey, examinateur externe

## RÉSUMÉ

L'« intérêt de l'enfant » est un concept fondamental en droit de la famille puisqu'il constitue le critère déterminant dans toute décision qui concerne l'enfant. Le *Code civil du Québec* énonce, au second alinéa de l'article 33, les facteurs qui doivent servir à le déterminer, soit « 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 ». Les auteurs qui s'y sont intéressés l'ont abordé sous différents angles. Certains se sont intéressés à ses origines et à son évolution. D'autres en ont proposé leur propre définition. En ce qui nous concerne, nous avons choisi d'explorer ledit concept en nous intéressant aux diverses interprétations qu'il reçoit de la part des tribunaux dans les décisions relatives à la garde des enfants dans un contexte post-rupture, et ce, à la lumière du genre et de l'âge du décideur.

Le concept d'intérêt de l'enfant étant hautement indéterminé, son interprétation est laissée à l'appréciation du juge qui en précisera le contenu en référence à la loi et aux faits particuliers de chaque cas d'espèce. Or, dans les situations où, une fois considéré le contexte factuel et normatif, le juge se retrouve face à une situation « neutre », c'est-à-dire où la garde exclusive et la garde partagée sont tout aussi envisageables, peut-on prétendre que son l'inclinaison vers l'une ou l'autre de ces modalités de garde est influencée par des facteurs autres que le droit et les faits mis en preuve ? Telle est la question au cœur de notre étude.

Reposant sur des théories reconnues et bien établies affirmant l'importance de tenir compte du contexte social et de l'expérience individuelle du décideur dans la démarche interprétative que le droit sous-tend, l'hypothèse que nous soumettons est qu'au-delà des faits mis en preuve et

du droit, des éléments indissociables au processus d'interprétation, à savoir les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que sous-tendent le genre et la génération du décideur, influent sur la teneur des jugements qu'il prononce. Sans admettre que ces éléments suffisent, à eux seuls, pour expliquer le produit judiciaire, nous sommes d'avis qu'on ne peut qualifier d'improbable l'incidence qu'ils exercent sur celui-ci. Nous intéressant au processus cognitif qui préside à la réflexion des décideurs, notre thèse vise à cerner, à travers une analyse interdisciplinaire, les facteurs humains et les forces sociales qui structurent les expériences et qui sont susceptibles d'avoir un impact sur les décisions judiciaires.

L'objectif de notre étude n'est pas d'établir un lien de causalité entre le genre et l'âge du juge et les décisions qu'il rend, mais plutôt de vérifier si des corrélations peuvent être établies entre ces paramètres. Désirant aller au-delà des perceptions traditionnelles véhiculées par la doctrine classique, nos travaux se veulent davantage une contribution au développement d'une conception non formaliste du droit plutôt qu'une démonstration que le profil identitaire des décideurs conditionne systématiquement et invariablement leurs décisions.

Une étude de ce genre comporte certes des difficultés en ce qu'elle confronte le juriste à des concepts et des théories qui appartiennent à d'autres champs disciplinaires et qui, partant, ne lui sont pas familiers. La compréhension plus fine du processus interprétatif et des décisions qui en résultent en justifie cependant le bien-fondé.

**Mots-clés :** intérêt de l'enfant – garde d'enfant – interprétation – genre – génération (âge) – juge – réalisme américain – contexte social du droit.

## ABSTRACT

The “best interest of the child” is a fundamental concept of family law as it is the decisive criterion in each decision concerning a child. The *Civil Code of Québec* enumerates, in art. 33 para. 2, the criteria that must be taken into consideration, which are “the moral, intellectual, emotional and physical needs of the child, [his] age, health, personality and family environment, and [the] other aspects of his situation”. Scholars have approached this concept from different angles. While some of them have expressed interest in its origin and evolution, others have articulated their own definition. In this thesis, I chose to explore the concept of the “best interest of the child” by examining the manner in which courts have interpreted this principle in cases related to child custody, and to what extent it is affected by the gender and the age of the decision-maker. Indeed, whenever a child is part of a conflict, regardless of whether it concerns custody or any other matter, his best interest constitutes the central element. Yet the concept of the child's best interest is highly indeterminate: its interpretation is left to the discretion of the judge, who will specify its content according to the law and facts of each case. But once the judge has considered the factual and normative contexts, he can sometimes face a « neutral » situation, for which he could consider sole and shared custody as options. Would it therefore be accurate to assume that the judge's inclination toward one or the other option of custody is governed by elements other than the law and facts of the case? This is the main question of this study. Based on recognized and well established theories asserting the importance of considering the social context and individual experience of the decision maker in the interpretative process, the proposed hypothesis is that beyond the facts and the law, there are other elements that have a crucial influence on the process of interpretation (and on the content of the decision that a judge renders), most notably the

identity profile of the judge (i.e., gender and age, including their underlying values and ideologies). Indeed, and although the values, ideologies, and dominant social characteristics are not sufficient in themselves to explain the judicial outcomes, I nevertheless consider that the impact that the former has on the latter cannot be denied. By examining the cognitive process that governs the reasoning of the decision maker, this thesis aims to identify, through interdisciplinary analysis, human factors and social forces that shape individual experiences and are likely to have an impact on judicial decisions. The objective of this research is not to establish a causal link between the profile of the judge and his/her decisions, but rather to determine whether a correlation can be established between these parameters. Wishing to go beyond traditional perceptions conveyed by the traditional doctrine, this thesis is a contribution to the development of a non-formalist conception of law, as a way of demonstrating the idea that the profile of the judge systematically and consistently frames his decisions.

A study of this kind certainly faces difficulties, in that it confronts the lawyer with concepts and theories that belong to other disciplines, and which therefore may not be familiar. However, the deep understanding of the interpretive process and resulting decisions justify the importance of this kind of research.

**Keywords:** Best interest of the child – Child custody – Interpretation – Gender – Age – American Legal Realism – Social Context Approach to Law.

## TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ .....	i
ABSTRACT.....	iii
LISTE DES TABLEAUX.....	ix
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	x
REMERCIEMENTS.....	xiv
NOTE PRÉLIMINAIRE.....	xvi
INTRODUCTION GÉNÉRALE .....	1

### PREMIÈRE PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ PARENTALE : ÉLÉMENTS DE DROIT POSITIF

INTRODUCTION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	13
Chapitre premier : Les contours du concept juridique d'autorité parentale en droit civil québécois.....	15
Introduction.....	15
Section 1 : L'autorité parentale – Du droit romain à aujourd'hui .....	16
§ 1 La puissance paternelle en droit romain.....	17
§ 2 La puissance paternelle sous l'ancien régime français jusqu'à la Révolution.....	18
§ 3 La situation au Québec : de la puissance paternelle à l'autorité parentale.....	21
Section 2 : Les attributs de l'autorité parentale .....	29
§ 1 La garde et la surveillance.....	30
§ 2 L'entretien et l'éducation .....	31
Section 3 : Les limites à l'exercice de l'autorité parentale.....	35
§ 1 Le maintien des relations personnelles .....	35
§ 2 L'attribution de la garde à un tiers .....	39

Section 4 : Le contrôle judiciaire de l'autorité parentale.....	42
§ 1 La déchéance de l'autorité parentale.....	42
§ 2 Le retrait d'un attribut ou de son exercice .....	47
Conclusion du chapitre premier .....	49
Chapitre deuxième : L'intérêt de l'enfant et les modalités de l'ordonnance de garde .....	51
Introduction.....	51
Section 1 : L'intérêt de l'enfant.....	53
Section 2 : Les diverses modalités de l'ordonnance de garde .....	61
§ 1 La garde exclusive.....	61
A) Définition .....	62
B) Les facteurs de détermination du parent gardien .....	63
C) Les décisions relatives à l'enfant en garde exclusive .....	67
1) Les principes de droit privé de la common law canadienne .....	68
2) Les règles applicables dans un contexte civiliste.....	72
D) Le déménagement du parent gardien : principes applicables .....	78
§ 2 La garde partagée .....	83
A) Définition .....	83
B) Les critères de réussite .....	88
1) Des capacités parentales comparables .....	88
2) Une communication fonctionnelle entre les parents et une absence de conflits significatifs .....	92
3) Une proximité géographique et la stabilité de l'enfant .....	96
C) La garde partagée et la littérature scientifique .....	100
1) Les risques de la garde partagée .....	100
2) Les bienfaits de la garde partagée .....	104
Conclusion du chapitre deuxième.....	110
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE .....	113

DEUXIÈME PARTIE  
DE L'INTERPRÉTATION DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT EN MATIÈRE DE GARDE :  
INFLUENCES DU PROFIL DU DÉCIDEUR

INTRODUCTION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	116
Chapitre premier : Outils d'analyse permettant de saisir l'incidence du profil du décideur ...	118
Introduction.....	118
Section 1 : L'impartialité judiciaire et la méthodologie de recherche.....	120
§ 1 L'impartialité judiciaire dans la démarche interprétative .....	120
§ 2 La méthodologie de recherche .....	123
Section 2 : L'hypothèse de recherche et les postulats théoriques .....	131
§ 1 Les théories critiques de la neutralité judiciaire.....	132
§ 2 Le développement de la pensée juridique classique et ses critiques .....	136
§ 3 Le réalisme américain .....	138
Section 3 : Les marqueurs identitaires retenus .....	148
§ 1 La pertinence des marqueurs identitaires de genre et de génération.....	148
§ 2 La description des marqueurs identitaires retenus .....	153
A) Le genre et la génération : éléments de généralité.....	154
B) Le genre et la génération : description de contenu.....	160
1) Les révolutionnaires tranquilles .....	160
2) Les boomers selon François Ricard .....	174
i) L'enfance de la génération lyrique .....	177
ii) La jeunesse de la génération lyrique .....	178
iii) L'âge adulte de la génération lyrique .....	182
3) Les X selon Stéphane Kelly .....	188
i) L'enfance et l'adolescence de la génération X .....	189
ii) Devenir un jeune adulte .....	192
Conclusion du chapitre premier .....	202

Chapitre deuxième : Identification de l'influence du profil du décideur.....	205
Introduction.....	205
Section 1 : Les marqueurs identitaires et les typologies.....	206
§ 1 Les révolutionnaires tranquilles .....	207
A) Famille .....	207
B) Économie .....	209
C) Politique .....	210
§ 2 Les lyriques .....	213
A) Famille .....	213
B) Économie .....	214
C) Politique .....	215
§ 3 Les X .....	217
A) Famille .....	217
B) Économie .....	218
C) Politique .....	219
Section 2 : La vérification de l'hypothèse.....	223
§ 1 La présentation des résultats de recherche .....	225
§ 2 La discussion sur les résultats de recherche.....	229
A) L'écart entre les différentes générations.....	231
B) L'écart entre les hommes et les femmes .....	237
Conclusion du chapitre deuxième.....	244
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE .....	246
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	247
TABLEAUX RÉSUMÉS DES DÉCISIONS ANALYSÉES .....	259
TABLE DE LA LÉGISLATION.....	294
TABLE DES JUGEMENTS.....	296
BIBLIOGRAPHIE.....	306

## **LISTE DES TABLEAUX**

Tableau I: Typologies des révolutionnaires tranquilles .....	212
Tableau II : Typologies des lyriques.....	217
Tableau III : Typologies des X .....	221
Tableau IV : Tableau récapitulatif des typologies .....	221
Tableau V : Modalités de garde en fonction de la génération .....	225
Tableau VI : Modalités de garde en fonction du genre.....	225
Tableau VII : Modalités de garde en fonction du genre et de la génération – Révolutionnaires tranquilles .....	242
Tableau VIII : Modalités de garde en fonction du genre et de la génération – Lyriques .....	242
Tableau IX : Modalités de garde en fonction du genre et de la génération – Génération X ..	242

## LISTE DES ABRÉVIATIONS

### **Abréviation des principales revues de droit et des recueils de doctrine**

Alb. L. Rev.	Albany Law Review
Am. L. Rev.	American Law Review
C. de D.	Cahiers de droit
Can. Fam. Law Q.	Canadian Family Law Quarterly
Can. J. Fam. L.	Canadian Journal of Family law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Fam. L. Rev.	Family Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
J. Fam. L.	Journal of Family Law
Law & Soc’y Rev.	Law and Society Review
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
Queen’s L.J.	Queen’s Law Journal
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
R. du N.	Revue du notariat
R.D. et santé McGill	Revue de droit et santé de McGill
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R.D. Ottawa	Revue de droit d’Ottawa
R.D.U.S.	Revue de droit de l’Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue générale de droit
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d’études juridiques

R.J.F.D.	Revue juridique La Femme et le droit
R.J.T.	Revue juridique Thémis
Rev. C.L. français	Revue de la common law en français
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. trim. dr. fam.	Revue trimestrielle de droit familial
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
Uni. Chi. Law Rev.	University of Chicago Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal

## **Abréviations relatives à la jurisprudence**

B.C.S.C.	British Columbia Supreme Court
B.E.	Banque Express
C.A.	Cour d'appel du Québec
C.Q.	Cour du Québec
C.S.	Cour supérieure du Québec
D.L.R.	Dominion Law Reports
EYB	Recueil électronique des Éditions Yvon Blais
J.E.	Jurisprudence Express
J.Q.	Jugements du Québec
O.R.	Ontario Reports
QCCA	Cour d'appel du Québec (référence neutre)
QCCQ	Cour du Québec (référence neutre)
QCCS	Cour supérieure du Québec (référence neutre)
R.C.S.	Recueil de la Cour suprême du Canada
R.D.F.	Recueil de droit de la famille
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
R.F.L.	Reports of Family Law
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec (depuis 1986)
R.L.	Revue légale
R.P.	Rapports de pratique
W.D.F.L.	Weekly Digest of Family Law
W.W.R.	Western Weekly Reports

## **Abréviations relatives à la législation et à la réglementation**

al.	alinéa(s)
art.	article(s)
c.	chapitre(s)
C.c.B.C.	Code civil du Bas Canada
C.civ.fr.	Code civil français
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.cr.	Code criminel
C.p.c.	Code de procédure civile
G.O.	Gazette officielle du Québec
L.C.	Lois du Canada (depuis 1987)
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1969)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec (depuis 2014)
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies
S.C.	Statuts du Canada (avant 1987)
S.Q.	Statuts du Québec (avant 1969)

## REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma reconnaissance et remercier chaleureusement mon directeur de recherche, le professeur Alain Roy, et mon codirecteur, le professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens, dont la grande disponibilité, le soutien, les précieux conseils et les encouragements constants m'ont permis d'aller jusqu'au bout de cette thèse. Je les remercie de la confiance dont ils m'ont témoignée. Je remercie sincèrement les membres du jury, les professeurs Martine Valois, Benoît Moore et Robert Leckey, pour les discussions constructives qu'ils ont su susciter.

J'adresse également mes remerciements aux professeurs Stéphane Kelly, E.-Martin Meunier et Gilles Gagné, avec lesquels j'ai eu le privilège d'avoir de riches discussions qui ont orienté mes recherches et nourri mes réflexions. Qu'ils en soient ici vivement remerciés.

Je tiens également à remercier le Conseil de recherche en sciences humaines (CRSH), l'Alliance de recherche universités-communauté (ARUC) – Séparation parentale, recomposition familiale, la Faculté des études supérieures et postdoctorales (FESP), ainsi que la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour le soutien financier qu'ils m'ont apporté et sans lequel cette thèse n'aurait pu être possible.

Mes sincères remerciements vont aussi aux membres du personnel de la bibliothèque de droit de l'Université de Montréal pour leur aide, leur gentillesse, leur support et leurs sourires.

J'adresse également mes remerciements à Madame Geneviève Richard qui m'a apporté une aide unique dans la révision des notes de bas de page de la thèse, ainsi qu'à toutes les personnes avec qui j'ai eu la chance et le plaisir de discuter de mon sujet de recherche.

Sur un plan plus personnel, je remercie ma famille, mon conjoint et mes ami-e-s qui ont été d'un support inestimable lors de l'achèvement de cette thèse. Merci pour votre aide, pour vos encouragements, pour votre écoute, pour votre présence. À toi, Sandra, je dis merci pour la leçon de courage et de persévérance que tu m'as léguée. Cette thèse t'est dédiée.

## NOTE PRÉLIMINAIRE

Les références à la législation, à la jurisprudence et aux ouvrages de doctrine contenues aux notes de bas de page ont été rédigées conformément aux prescriptions du *Guide des références pour la rédaction juridique*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2008.

Cependant, nous n'avons pas cru bon utiliser les mécanismes de renvois, de sorte que chaque référence est reproduite dans son intégralité autant de fois que nécessaire.

*Le travail de reproduction était assuré, jusqu'à une époque récente, par trois instances principales, la famille, l'Église et l'École, qui, objectivement orchestrées, avaient en commun d'agir sur les structures inconscientes. C'est sans doute à la famille que revient le rôle principal dans la reproduction de la domination et de la vision masculines ; c'est dans la famille que s'impose l'expérience précoce de la division sexuelle du travail et de la représentation légitime de cette division, garantie par le droit et inscrite dans le langage<sup>1</sup>.*

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les sociétés canadienne et québécoise ont connu, depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, d'importants changements sociaux qui ont transformé les valeurs et bouleversé l'ordre juridique établi.

Alors que l'Église catholique prohibait l'utilisation de la contraception sous peine d'excommunication, le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau modifia le *Code criminel*<sup>2</sup> à la fin des années soixante en vue de l'adapter aux nouvelles valeurs sociales en décriminalisant la vente de contraceptifs<sup>3</sup>. Vingt ans plus tard, la Cour suprême du Canada, dans une décision partagée, déclara l'inconstitutionnalité de l'article 251 du même Code dans le célèbre arrêt *R. c. Morgentaler*<sup>4</sup>. Selon la Cour, cet article, qui criminalisait l'avortement, portait atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la femme enceinte, garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>5</sup>. S'autorisant de sa compétence législative en matière de

---

<sup>1</sup> Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Éditions du Seuil, 1998, p. 117.

<sup>2</sup> L.R.C. 1985, c. C-46, ci-après désigné « C.cr. ».

<sup>3</sup> *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38.

<sup>4</sup> [1988] 1 R.C.S. 30.

<sup>5</sup> Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]. Bien qu'annulé par la Cour suprême car inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

mariage en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>6</sup> et se fondant sur les principes d'égalité garantis par la Charte canadienne, laquelle reconnaît l'égalité de tous les citoyens quels que soient leur sexe, leur âge, leur religion et leur orientation sexuelle, le législateur fédéral adopta, en 2005, la *Loi sur le mariage civil*<sup>7</sup> afin de légaliser le mariage entre personnes de même sexe partout au Canada.

Sur le plan provincial, la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*<sup>8</sup>, qui abrogeait la notion de « puissance maritale » fondée sur l'obéissance que la femme devait à son mari, fut un point tournant pour l'émancipation juridique de la femme mariée. La femme mariée jouissait désormais de la pleine capacité juridique d'exercer une profession et de gérer ses propres biens. Près de vingt ans plus tard, la réforme du droit de la famille de 1980 modernisa le droit de la famille québécois en prévoyant notamment l'égalité entre les époux<sup>9</sup> et entre les enfants, et ce, quelles que soient les circonstances de leur naissance<sup>10</sup>. La réforme de 1980 permit également aux conjoints de fait de recourir au droit pour baliser leurs relations en leur permettant dorénavant, par l'abrogation de l'ancien article 768 du *Code civil du Bas Canada*<sup>11</sup>, de se

---

l'article 251 C.cr. [aujourd'hui art. 287 C.cr.] fait encore partie du *Code criminel*, dont la dernière révision officielle remonte à 1985, soit avant l'arrêt Morgentaler. Il n'a toutefois plus aucune conséquence juridique.

<sup>6</sup> 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) (A.A.N.B.), art. 91(26).

<sup>7</sup> L.C. 2005, c. 33.

<sup>8</sup> S.Q. 1964, c. 66.

<sup>9</sup> Art. 441 C.c.Q. (1980) [art. 392 al. 1. C.c.Q.].

<sup>10</sup> Art. 594 C.c.Q. (1980) [art. 522 C.c.Q.]. Auparavant, le législateur établissait différentes classes d'enfants et modulait leurs droits en fonction des circonstances de leur naissance, les enfants naturels (nés hors mariage) héritant d'un statut juridique beaucoup moins enviable que les enfants nés de parents mariés (enfants légitimes). Sur le statut juridique de l'enfant naturel, voir : Jean PINEAU, « La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 *R.J.T.* 209 ; Jean-Louis BAUDOUIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157.

<sup>11</sup> Ci-après désigné « C.c.B.C. ».

consentir des donations entre vifs<sup>12</sup>. La réforme entreprise par le législateur en 1980 fut par la suite suivie, en 1989, de l'introduction au Code civil des dispositions relatives au patrimoine familial, destinées à assurer l'égalité économique des époux<sup>13</sup>. En juin 1999, la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*<sup>14</sup> eut pour effet d'étendre la notion de « conjoint de fait », employée dans diverses lois statutaires à caractère social ou fiscal, à l'ensemble des conjoints de fait, indépendamment de leur orientation sexuelle<sup>15</sup>. Ainsi, les conjoints de fait, qu'ils soient de même sexe ou de sexes différents, pouvaient dorénavant bénéficier des mêmes avantages économiques et sociaux que l'État mettait à la disposition des couples mariés. Enfin, la réforme du Code civil de juin 2002, consacrée par la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*<sup>16</sup>, en plus de permettre l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes du même sexe, aménagea un nouveau régime d'état civil similaire au mariage<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35. Voir : Alain ROY, « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235, 241.

<sup>13</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

<sup>14</sup> L.Q. 1999, c.14.

<sup>15</sup> On retrouve l'équivalent au fédéral dans la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12.

<sup>16</sup> L.Q. 2002, c. 6.

<sup>17</sup> Si l'union civile a connu une certaine popularité dans les premières années de son institution à l'endroit des couples de même sexe, à qui elle était d'abord destinée, ce type d'union est devenu marginal depuis l'adoption, en 2005, de la *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, qui autorise le mariage entre personnes de même sexe : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, Rapport préliminaire présenté au ministre de la Justice, 2013. Le rapport peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : <[http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp\\_prelim\\_CCDF.pdf](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf)>.

Ces changements législatifs et sociaux ont entraîné la diversification des visages de la conjugalité et de la parentalité, à laquelle ont également contribué l'intégration des femmes sur le marché du travail, la conciliation travail-famille et une prise de conscience de l'importance du rôle du père auprès des enfants. Ces nouvelles réalités ont eu pour effet, à partir du milieu des années 1990, de faire de la garde partagée des enfants une modalité de garde de plus en plus présente dans le paysage juridique québécois.

Ainsi, lorsque la garde d'un enfant est contestée à la suite d'une rupture conjugale, le tribunal peut soit accorder la garde exclusive à l'un des parents, soit plutôt opter pour la garde partagée entre les deux parents, selon ce que lui dicte l'intérêt de l'enfant, lequel est déterminé en prenant en considération chacun des facteurs d'appréciation énoncés au second alinéa de l'article 33 C.c.Q., à savoir « 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 »<sup>18</sup>.

On comprend aisément, à la lecture de cette disposition, que son caractère général fournit une marge de manœuvre importante aux juges qui doivent en apprécier le contenu. En effet, si les contours de certaines règles de droit paraissent plus prédéterminés et, partant, plus facilement identifiables, le niveau d'indétermination du principe de l'intérêt de l'enfant laisse au juge-interprète une marge d'appréciation considérable. Alors que certaines situations ne laissent aux juges que le difficile choix d'accorder la garde exclusive au père ou à la mère de l'enfant, d'autres se prêtent tout autant à la garde exclusive qu'à la garde

---

<sup>18</sup> L'article 16(8) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), prévoit également que l'intérêt de l'enfant est défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation.

partagée. Tel est le cas lorsque les facteurs essentiels à la réussite de cette dernière modalité de garde, dégagés par la Cour d'appel du Québec, sont réunis<sup>19</sup>. Face à ce dernier scénario, que nous qualifions de « neutre »<sup>20</sup>, des différences d'approche s'observent auprès de la magistrature.

En effet, l'examen de la jurisprudence permet de constater que la discrétion dont jouissent les juges en matière d'attribution du droit de garde dans un contexte post-rupture a donné lieu à des présomptions jurisprudentielles proposant des modèles familiaux complètement opposés. On observe ainsi que certains juges semblent considérer, en présence des prérequis de faisabilité de la garde partagée, que cette formule de garde constitue, *a priori*, celle qui est la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant puisqu'elle permet le maintien de la relation avec les deux parents. Au nom de la stabilité socio-affective à laquelle se rattache la notion de parent de référence et la théorie du lien d'attachement, d'autres juges, en revanche, semblent plutôt favoriser la garde exclusive en confiant l'enfant au parent qui, pendant l'union, aura été pour lui la figure parentale dominante.

---

<sup>19</sup> Ces critères, qui sont : (1) des capacités parentales comparables, (2) une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents, (3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et (4) la stabilité de l'enfant, ont été déterminés par la Cour d'appel du Québec notamment dans les arrêts suivants : *D. (P.) c. F. (W.)*, sub nom. *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289 ; *V.F. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268 ; *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 ; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 ; *G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210 ; *T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 ; *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 ; *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091.

<sup>20</sup> Il convient de préciser que le terme « neutre » est utilisé, dans notre thèse, pour distinguer les décisions où les deux modalités de garde pouvaient être considérées de celles où seule la garde exclusive était possible. Le recours à cette expression aux pages 6, 8 à 10, 117, 119, 123, 126, 127, 130, 202, 203, 223, 225, 226, 228, 229, 235, 238, 244 à 247, 250 à 252 et 257 ne doit donc pas laisser croire que nous supposons que toute décision judiciaire soit exempte d'influences quelconques se rapportant au décideur ou aux parties au litige.

À la lumière de ce constat, nous nous sommes interrogée sur les éléments auxquels se réfère le juge pour déterminer, dans le cadre d'un scénario « neutre », l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée en soulevant plus particulièrement la question suivante : l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde peut-elle être influencée par des facteurs autres que le droit et les faits mis en preuve ?

Nous inscrivant dans une conception non formaliste du droit et désirant aller au-delà des perceptions traditionnelles véhiculées par la doctrine juridique classique, nous soumettons l'hypothèse qu'au-delà du contexte factuel et normatif, des éléments indissociables au processus d'interprétation, à savoir les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que sous-tendent le genre et la génération du juge, influent sur la teneur des jugements qu'il prononce.

Afin de vérifier notre hypothèse, nous avons divisé notre étude en deux parties, chacune étant composée de deux chapitres. Il importe de préciser qu'au sens établi dans notre thèse, le terme « vérifier » ne suggère pas l'idée de production de résultats permettant de tirer des conclusions générales et définitives. Il réfère plutôt à l'objectif que nous nous étions donné de dégager des éléments de compréhension et de réflexion sur la relation entre les valeurs, les idéologies et les traits distinctifs que sous-tendent le genre et l'âge du décideur et la teneur des décisions qu'il rend en matière de garde d'enfants.

## **Première partie – De la communauté parentale : éléments de droit positif**

La première partie vise à fournir au lecteur un aperçu du cadre normatif au sein duquel s'inscrit notre thèse et sera l'occasion de circonscrire les contours de chacun des concepts clés de celle-ci, sans toutefois les aborder dans toute leur profondeur ou subtilités.

*Chapitre premier : Les contours du concept juridique d'autorité parentale en droit civil québécois*

Dans le premier chapitre, nous nous intéresserons au régime juridique de l'autorité parentale. Plus particulièrement, il s'agira de préciser le contenu et la portée de cette notion en droit civil québécois. Pour ce faire, nous discuterons d'abord du sens qui était autrefois donné à ce concept et de celui qu'il reçoit aujourd'hui (section 1). Nous poursuivrons l'exposé de la matière en discutant de l'étendue du pouvoir décisionnel résultant des attributs de l'autorité parentale (section 2), ainsi que des limites de son exercice en ce qui a trait aux relations personnelles de l'enfant avec des tiers significatifs (section 3). En guise de conclusion au premier chapitre, nous traiterons des modes de contrôle judiciaire de l'autorité parentale que sont la déchéance de l'autorité parentale et le retrait d'attributs ou de leur exercice (section 4).

*Chapitre deuxième : L'intérêt de l'enfant et les modalités de l'ordonnance de garde*

Ayant choisi d'explorer le concept d'intérêt de l'enfant en nous intéressant au sens qu'il reçoit des tribunaux dans les décisions relatives à la garde des enfants, nous consacrerons le second chapitre de la première partie de la thèse à l'étude des notions de garde et d'intérêt de l'enfant.

Nous discuterons, dans la première section, des origines et de l'évolution historique du concept d'intérêt de l'enfant. Nous nous concentrerons ensuite, dans la seconde section, sur les diverses modalités de garde auxquelles son interprétation peut donner lieu. À cet égard, nous diviserons nos propos en deux sous-sections.

Nous traiterons, dans un premier temps, de la garde exclusive en nous penchant sur les facteurs qui permettent aux tribunaux de déterminer le parent gardien, sur le partage des responsabilités parentales et sur les règles applicables au déménagement du parent gardien.

Nous discuterons, dans un second temps, de la garde partagée. Nous procéderons d'abord à l'examen de ses critères de réussite dégagés par la Cour d'appel du Québec<sup>21</sup>. Nous mettrons ensuite en lumière les arguments invoqués à l'encontre ou en faveur de cette modalité de garde par la communauté scientifique (juristes, sociologues, psychologues et psychiatres) qui s'intéressent à la question. Nous traiterons enfin des différences d'approche qui s'observent auprès de la magistrature et qui consistent, pour certains juges, à accorder la garde partagée dès lors que ses critères de faisabilité sont rencontrés et, pour d'autres, à favoriser la garde exclusive en dépit de la présence de ces dits critères.

---

<sup>21</sup> Voir notamment les arrêts suivants de la Cour d'appel du Québec : *D. (P.) c. F. (W.)*, sub nom. *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289 ; *V.F. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268 ; *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 ; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 ; *G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210 ; *T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 ; *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 ; *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091.

## **Deuxième partie – De l’interprétation de l’intérêt de l’enfant en matière de garde : influences du profil du décideur**

La deuxième partie de la thèse s’intéresse au sens que reçoit le concept hautement indéterminé de l’intérêt de l’enfant de la part des tribunaux dans un contexte de conflit de garde à la suite d’une rupture conjugale. En somme, il s’agira de déterminer, par l’analyse de décisions judiciaires dites neutres, si le genre et l’âge du juge sont des marqueurs identitaires susceptibles d’expliquer – du moins en partie – les contradictions jurisprudentielles observées en matière de garde.

### *Chapitre premier : Outils d’analyse permettant de saisir l’incidence du profil du décideur*

Après avoir discuté du devoir d’impartialité du juge dans sa démarche interprétative, nous décrivons, au chapitre premier de la seconde partie, la méthodologie de recherche qui nous a permis de recueillir les décisions qui ont fait l’objet de notre analyse. Ces décisions, qui sont au nombre de trente-trois, ont été retenues en raison de leur caractère « neutre », au sens où, dans chacune d’elle, la garde exclusive et la garde partagée étaient toute autant envisageables (section 1).

Nous exposerons ensuite les théories critiques de la neutralité judiciaire envisagées dans le cadre de notre thèse et présenterons, dans ses grandes lignes, l’approche théorique sur laquelle s’appuie notre hypothèse, à savoir celle du mouvement réaliste américain. Refusant de reconnaître le postulat positiviste selon lequel les décisions judiciaires « sont la conclusion logique d’un ensemble déterminé de principes, obtenue au terme d’un processus analytique

objectif et quasi mécanique »<sup>22</sup>, la pensée et les idées défendues par les tenants de ce mouvement étaient celles qui, selon nous, fournissaient les assises théoriques les mieux adaptées à notre étude (section 2).

En guise de conclusion au chapitre premier, nous discuterons d'abord de la pertinence des marqueurs identitaires retenus pour ensuite dresser le portrait de groupe des hommes et des femmes des différentes générations qui nous occupe, soit celle des révolutionnaires tranquilles, des boomers et des X, en nous autorisant de la littérature pluridisciplinaire – historique, sociologique et psychosociologique (section 3). Ce détour par d'autres champs disciplinaires se justifie par l'objectif que poursuit la présente thèse. Se voulant une recherche *sur* le droit et non une recherche *en* droit, nos travaux n'ont pas pour finalité d'exposer l'état du droit positif sur un point précis par une analyse exégétique des sources formelles du droit. Ils portent plutôt un regard externe sur le droit, considéré comme objet d'étude, afin de mieux l'observer et d'analyser les interactions qu'il entretient avec des disciplines voisines. Au demeurant, l'approche interdisciplinaire que nous adoptons nous permet de mieux appréhender notre sujet dans sa réalité globale.

### *Chapitre deuxième : Identification de l'influence du profil du décideur*

Dans le deuxième et dernier chapitre, nous présenterons d'abord les typologies créées pour chacun des genres et des générations sous étude, lesquelles ont été abordées sous l'angle de la famille, de l'économie et du politique (section 1). Nous procéderons ensuite à la vérification

---

<sup>22</sup> Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 122.

de l'hypothèse soumise dans la présente thèse à la lumière de ces typologies et des décisions « neutres » retenues (section 2).

Notre analyse des résultats obtenus nous amènera à conclure que ces derniers suggèrent une corrélation entre le genre et l'âge du juge et la teneur des décisions qu'il rend en matière de garde d'enfant dans le cadre de scénarios où tant la garde exclusive que la garde partagée sont envisageables, comme nous l'avions envisagé au départ.

Précisons, avant d'entreprendre la première partie, que notre étude se veut davantage une contribution au développement d'une compréhension non formaliste du droit plutôt qu'une démonstration que le genre et l'âge des décideurs conditionnent systématiquement et invariablement leurs décisions. Rejetant le postulat de la neutralité du juge et nous intéressant au processus cognitif qui préside à la réflexion des décideurs, notre recherche – qui repose sur des théories reconnues et bien établies affirmant l'importance de tenir compte du contexte social et de l'expérience individuelle du décideur dans la démarche interprétative que suppose le processus juridictionnel – vise à contribuer à une meilleure compréhension de l'activité d'interprétation judiciaire en matière familiale et des décisions qui en résultent.

Bien que les résultats de notre recherche ne soient pas généralisables et que nous ne puissions prétendre à la représentativité statistique appartenant au domaine des études quantitatives, nous sommes d'avis que les constats auxquels nous sommes parvenus à la suite de notre analyse apportent un éclairage appréciable sur le phénomène observé en l'espèce.

## **PREMIÈRE PARTIE**

---

**De la communauté parentale : éléments de droit positif**

## INTRODUCTION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Selon le *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexique bilingue*<sup>23</sup>, la filiation est le « lien de droit qui unit l'enfant à son père ou à sa mère ». Le *Code civil du Québec* en distingue trois types : la filiation par le sang, la filiation des enfants nés d'une procréation assistée et la filiation adoptive. Ainsi, dans le système de filiation québécois, l'enfant est apparenté à ses parents légalement reconnus qui, en plus de l'obligation alimentaire qui leur est imposée, sont investis des droits et des devoirs que leur confère l'autorité parentale, notion à laquelle est consacrée le premier chapitre de cette première partie de notre thèse.

Plus particulièrement, nous discuterons du contenu et de la portée de cette notion en examinant le rôle des titulaires de l'autorité parentale ainsi que les règles et les principes devant régir leurs actions – de même que celles des tribunaux – dans le domaine des responsabilités parentales.

Ces prémisses de base étant posées, nous entrerons un peu plus au cœur de notre sujet dans le second chapitre de la première partie en étudiant les notions de garde et d'intérêt de l'enfant.

Reconnu par la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>24</sup>, de même que par les législateurs provincial<sup>25</sup> et fédéral<sup>26</sup>, le principe de l'intérêt de l'enfant constitue le critère déterminant

---

<sup>23</sup> CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

<sup>24</sup> 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3., art. 3(1) : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

<sup>25</sup> Art. 33 C.c.Q. : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de

dans toute décision prise à son endroit. Concept fondamental en droit de la famille et central à nos travaux, nous dresserons les grandes lignes de ses origines et de son évolution historique. Nous verrons ensuite l'application particulière qu'il reçoit dans le cadre de litiges portant sur la garde de l'enfant dans un contexte post-rupture, ainsi que les modalités de garde auxquelles il peut donner lieu, à savoir la garde exclusive à l'un des parents et la garde partagée. L'objectif de notre thèse étant de déterminer si des éléments se situant au-delà du droit et des faits mis en preuve influent sur l'interprétation du concept d'intérêt de l'enfant dans un contexte de conflit de garde à la suite d'une rupture conjugale, nous jugeons nécessaire, voire incontournable, de préciser les principaux paramètres dudit concept et d'examiner en profondeur les deux modalités de garde pouvant être ordonnées par les tribunaux.

L'exposé du droit positif québécois auquel nous procéderons dans la première partie, essentiellement théorique, pose les jalons qui nous apparaissent essentiels à une meilleure compréhension des propos que nous tiendrons dans le cadre de cette thèse. Se limitant à exposer la matière de manière générale et séquentielle, il est, pour ainsi dire, le squelette sur lequel viendront se greffer les éléments de notre étude, desquels découlera ensuite notre analyse. En effet, nous étions d'avis que nous ne pouvions entreprendre une thèse qui se situe au carrefour du juridique, de l'histoire et du psychosocial sans d'abord fournir un aperçu du cadre normatif dans lequel elle s'inscrit.

---

l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation ».

<sup>26</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), art. 16(8) : « En rendant une ordonnance [de garde], le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation ».

## Chapitre premier : Les contours du concept juridique d'autorité parentale en droit civil québécois

*En matière de garde, le droit a évolué au Québec depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1866, allant de la puissance paternelle absolue au meilleur intérêt de l'enfant. [...] à cette époque, la puissance paternelle équivalait, à toutes fins pratiques, à un droit de propriété du père sur les enfants<sup>27</sup>.*

### Introduction

De sa naissance jusqu'à sa majorité ou son émancipation, l'enfant demeure sous l'autorité parentale de ses parents à qui le législateur confère des droits et des devoirs de garde, de surveillance, d'entretien et d'éducation<sup>28</sup>. Dévolues aux parents par le seul effet de la loi, les prérogatives qui résultent de l'autorité parentale sont établies au seul bénéfice de l'enfant et doivent être exercées dans son intérêt.

Aujourd'hui regroupés sous le titre quatrième du livre deuxième du *Code civil du Québec*, les règles et principes relatifs à l'autorité parentale ont fait l'objet de nombreuses modifications législatives au fil des années afin de s'harmoniser avec les nouvelles réalités sociales d'égalité entre les hommes et les femmes au sein de la société québécoise et de prendre en compte les droits et l'intérêt de l'enfant dans les relations qu'il entretient avec ses parents.

---

<sup>27</sup> *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, 156 et 158. (j. Claire L'Heureux-Dubé).

<sup>28</sup> Art. 599 C.c.Q.

Le présent chapitre est consacré à l'étude de l'autorité parentale. Plus particulièrement, il vise à exposer, dans leurs généralités, les contours de cette institution, qui repose sur l'idée de protection de l'enfant, afin d'en dégager les principaux éléments fondamentaux et distinctifs.

Pour mener à bien notre étude, nous avons divisé ce chapitre en quatre sections.

Nous procéderons d'abord à un survol historique de la notion d'autorité parentale telle que nous l'entendons aujourd'hui en droit civil québécois (section 1). Nous discuterons ensuite de l'étendue du pouvoir décisionnel résultant des attributs de l'autorité parentale (section 2). Nous poursuivrons notre étude en exposant les limites de son exercice (section 3) pour enfin traiter des modes de contrôle judiciaire de l'autorité parentale (section 4). À cet égard, nous porterons une attention particulière à la déchéance de l'autorité parentale, d'une part, et au retrait d'un attribut ou de son exercice, d'autre part.

## **SECTION 1 : L'AUTORITÉ PARENTALE – DU DROIT ROMAIN À AUJOURD'HUI**

Pour bien comprendre une loi, il faut, disait E.-Auguste Côté :

« [...] en connaître l'origine, connaître les mœurs du temps, puisque les mœurs d'un peuple provoquent les lois, en suivre l'évolution afin d'apprécier les véritables causes, facteurs de leur changement. Rien de plus utile que de connaître les diverses législations des peuples anciens au sujet de la puissance paternelle pour bien se pénétrer des lois sur la matière. »<sup>29</sup>

Partageant le point de vue de cet auteur, nous procéderons, dans cette section, à un survol historique du concept d'« autorité parentale » ou de « puissance paternelle », selon l'époque, en portant plus particulièrement notre regard sur ses titulaires. Débutant notre périple chez les

---

<sup>29</sup> E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 22.

Romains qui, selon certains, « ont inventé le droit »<sup>30</sup>, nous ferons ensuite une courte escale en France, pays d'où le Québec, qui est notre destination finale, a hérité de la plupart de ses lois, y compris celles relatives à la puissance paternelle.

## § 1 La puissance paternelle en droit romain

La famille romaine<sup>31</sup>, à l'origine de type patriarcal, était une unité économique constituée de personnes qui, en raison de leurs liens de parenté ou de leur qualité d'époux, étaient soumises à l'autorité d'un même chef, le *pater familias*, qui était le plus lointain ascendant vivant dans la ligne paternelle<sup>32</sup>. Seul titulaire de la puissance paternelle (*patria potestas*)<sup>33</sup>, le chef de famille détenait des pouvoirs étendus qui ne prenaient fin que par son décès, la perte d'état de citoyen romain, l'occupation de certaines fonctions civiles, militaires et ecclésiastiques, de même que par l'émancipation de l'enfant<sup>34</sup>. Le fils, même marié, demeurait donc *alieni juris*,

---

<sup>30</sup> Jean-Claude BARREAU et Guillaume BIGOT, *Toute l'histoire du monde : de la préhistoire à nos jours*, Paris, Fayard, 2005, p. 80.

<sup>31</sup> À la conception originale de la famille romaine vint se greffer, à partir du IV<sup>e</sup> siècle, la conception chrétienne de la famille conjugale qui faisait reposer cette institution sur le sacrement de mariage. La famille était alors un groupe restreint, composé du mari, de la femme et des enfants, et se définissait par deux critères spécifiques, soit l'autorité et la légitimité : Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 5<sup>e</sup> éd. par Michel DE JUGLART, Paris, Éditions Montchrestien, 1972, n<sup>o</sup> 694, p. 27.

<sup>32</sup> Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 5<sup>e</sup> éd. par Michel DE JUGLART, Paris, Éditions Montchrestien, 1972, n<sup>o</sup> 686, p. 10. L'expression « chef de famille » ou *pater familias* est ici préférée à celle de « père de famille », celle-ci pouvant faussement laisser entendre qu'il est nécessaire d'avoir des enfants pour être un *pater familias*. En effet, à Rome, pouvait se mériter ce titre tout citoyen romain non soumis à la puissance d'autrui, bien que les prérogatives essentielles n'étaient exercées qu'après le mariage et la naissance des enfants. Voir : Pierre PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris, Éditions Loysel, 1992, p. 124.

<sup>33</sup> Selon E.-Auguste Côté, cette unité de commandement était nécessaire au bon fonctionnement de la cellule familiale. L'auteur s'exprime sur le sujet en ces mots : « [...] pour prévenir le heurt de ces deux volontés [des époux] et éviter tout froissement dans la famille, il faut concentrer cette autorité entre les mains d'un seul [...] ». Voir : E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 100.

<sup>34</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 795 ; E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 17.

c'est-à-dire sous l'autorité du chef de famille. Suivant l'invasion de la Gaule par les peuples germaniques, le droit romain dut partager l'espace social avec les coutumes des nouveaux arrivants, perdant ainsi son monopole<sup>35</sup>. Ce métissage donna lieu à une distinction entre droit écrit et droit coutumier qui, fruit d'une longue élaboration, s'établit véritablement à partir du XVI<sup>e</sup> siècle entre l'organisation de la puissance paternelle dans le nord et le sud du territoire de ce que constitue la France actuelle<sup>36</sup>.

## § 2 La puissance paternelle sous l'ancien régime français jusqu'à la Révolution

Situées à proximité du territoire romain, les provinces du sud (aussi appelées provinces du Midi ou provinces de droit écrit) étaient plus sensibles à l'influence romaine. Ainsi, à l'instar du droit romain, le droit écrit des pays méridionaux réservait la puissance paternelle au père (ou à l'ancêtre mâle de la ligne paternelle), qui jouissait d'une autorité incontestée et d'un droit de correction absolu sur l'enfant<sup>37</sup>. Ce droit permettait même au père, dans les derniers siècles de l'ancien régime, de condamner son fils à l'emprisonnement<sup>38</sup>. Les provinces du nord, davantage influencées par les coutumes des peuples germaniques où la puissance paternelle reposait essentiellement sur l'idée de protection due à l'enfant<sup>39</sup>, avaient quant à

---

<sup>35</sup> Firmin LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. II, Paris, Joubert, 1846, p. 475.

<sup>36</sup> En effet, ce n'est qu'après la seconde renaissance du droit romain que les règles de la *patria potestas* des pays de droit écrit s'accordèrent presque sans réserve à celles fixées par le droit de Justinien : Pierre PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris, Éditions Loysel, 1992, p. 374. Les premiers indices de l'existence d'une puissance paternelle perpétuelle comme elle se présentait à Rome remontent toutefois au XIII<sup>e</sup> siècle. Voir : Robert CAILLEMER, *Les idées coutumières et la renaissance du droit romain dans le Sud-Est de la France*, Londres, Oxford University Press, 1913, p. 200.

<sup>37</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 797-799 ; E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 69.

<sup>38</sup> Pierre PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris, Éditions Loysel, 1992, p. 485.

<sup>39</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 802.

elles une conception différente de la *patria potestas* du droit romain. Ainsi, selon les coutumes du peuple germanique, la puissance paternelle était attribuée conjointement au père et à la mère, bien que la femme mariée, elle-même soumise à l'autorité de son mari, n'exerçait ce droit que si le père était décédé, absent ou incapable<sup>40</sup>.

Ce fractionnement entre droit écrit et droit coutumier en France perdura jusqu'à l'unification du droit français par la législation révolutionnaire. Désirant asseoir les institutions existantes sur de nouvelles bases, les révolutionnaires, motivés par un idéal de liberté et d'égalité et pour qui la puissance paternelle représentait le despotisme monarchique, diminuèrent singulièrement son étendue, notamment par l'établissement d'un tribunal de famille dont la principale fonction était de surveiller l'exercice du droit de correction du père ou la mère<sup>41</sup>. Ce tribunal fut créé par le *Décret sur l'organisation judiciaire*<sup>42</sup> du 16 août 1790 qui prévoyait que toute mésentente relative à la conduite d'un enfant devait faire l'objet d'une décision arbitrale (susceptible d'appel devant le tribunal)<sup>43</sup>. Le père ne jouissait donc plus d'une autorité absolue et arbitraire à l'égard de ses enfants. Perpétuelle en droit romain et dans les pays de droit écrit – sous réserve de l'émancipation du mineur –, la puissance paternelle

---

<sup>40</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 803.

<sup>41</sup> À l'instar des pays de droit coutumier, les législateurs révolutionnaires confièrent l'exercice de la puissance paternelle conjointement au père et à la mère, celle-ci ne pouvant toutefois agir qu'à défaut du père de le faire. Il s'agissait là d'un changement d'importance majeure, les pays de droit écrit ayant toujours connu une puissance paternelle exclusivement exercée par le père. Voir : E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 74.

<sup>42</sup> Décrets et Lois 1789-1795 : Collection générale des décrets rendus par l'Assemblée nationale, vol. 5, Paris, Baudouin. Ce tribunal fut toutefois aboli moins de quatre ans après sa création et ses compétences furent transférées aux tribunaux ordinaires : Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 808.

<sup>43</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 807.

prenait désormais fin à la majorité de l'enfant fixée à 21 ans par le *Décret du 20 septembre 1792 qui détermine le mode de constater l'état civil des personnes*<sup>44</sup>. Le peuple français fut fortement ébranlé par ces changements majeurs apportés à la famille et à la puissance paternelle auxquels il n'était pas préparé. L'objectif des codificateurs fut donc, dès le début des années 1800, de rétablir la puissance paternelle au sein de la famille et de redonner aux parents toute l'autorité nécessaire pour leur permettre de s'acquitter efficacement de leurs devoirs auprès de leurs enfants<sup>45</sup>. Considérant la famille comme le pilier de la nation et désirant assurer la cohésion de cette institution par l'intermédiaire de lois plus adaptées aux mœurs du peuple français, les codificateurs restituèrent au père l'autorité qu'il avait perdue dans la législation révolutionnaire<sup>46</sup>. Le *Code civil* français de 1804, basé à la fois sur le droit romain et sur les règles coutumières<sup>47</sup>, confiait l'exercice de la puissance paternelle au père seul pendant le mariage<sup>48</sup>, lui octroyant dès lors un droit de garde et de correction absolu à l'égard de son enfant mineur non émancipé. Ainsi, contrairement aux législateurs révolutionnaires, qui avaient limité le pouvoir de correction en le soumettant à la surveillance

---

<sup>44</sup> Titre IV, section I, art. 2.

<sup>45</sup> Pierre-Antoine FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. X, Osnabrück (Allemagne), Otto Zeller, 1968, p. 511.

<sup>46</sup> E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 77.

<sup>47</sup> Le *Code civil* français est essentiellement inspiré du droit écrit d'origine romaine, à l'exception des dispositions relatives aux personnes et au mariage, incluant le chapitre sur la puissance paternelle, le droit coutumier à ces égards étant davantage en harmonie avec les mœurs de l'époque : E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 79.

<sup>48</sup> La femme mariée ne pouvait exercer cette autorité qu'en cas de défaut du père. Les parents naturels n'étaient pas titulaires de la puissance paternelle, celle-ci étant une conséquence du mariage et non de la filiation : Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 810.

du tribunal, les codificateurs restituèrent aux parents leurs pleins pouvoirs tout en encadrant le droit de correction en fonction de l'âge et de l'état de l'enfant<sup>49</sup>.

### § 3 La situation au Québec : de la puissance paternelle à l'autorité parentale

Cette conception coutumière de la puissance paternelle – et plus particulièrement celle admise et pratiquée dans le ressort du Parlement de Paris<sup>50</sup> – fut retenue par les commissaires à la codification lors de la rédaction des articles 242 à 245 du *Code civil du Bas Canada* relatifs à la puissance paternelle, qui énoncent :

« Art. 242 : L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

Art. 243 : Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage, sauf les dispositions contenues dans l'acte de la 25e Vict., chap. 66.

Art. 244 : Le mineur non émancipé ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père.

Art. 245 : Le père, et à son défaut la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé un droit de correction modérée et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée. »

Ces dispositions du titre huitième du C.c.B.C. sur la puissance paternelle reproduisent ainsi presque fidèlement celles se retrouvant aux articles 371 à 381 du *Code civil* français de 1804.

Seules les dispositions relatives au droit des parents de faire emprisonner leur enfant pour des

---

<sup>49</sup> Jean BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, Albert Fontemaing, 1908, p. 1102, à la note 4.

<sup>50</sup> La *Coutume de Paris* fut introduite en Nouvelle-France par l'édit de 1663 : Albert MAYRAND, « L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621, à la note 1. Abolie en 1763 par la *Proclamation Royale de 1763* à la suite de la capitulation de la France en 1760, le droit coutumier français fut réintroduit en Nouvelle-France par l'*Acte de Québec de 1774* (14 Geo. III, ch. 83) : Michel MORIN, « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689, 699.

fautes graves commises par ce dernier n'ont pas été reprises, les codificateurs les jugeant du ressort du droit criminel et estimant que le droit d'infliger des châtimens corporels modérés et raisonnables prévu à l'article 245 C.c.B.C. était suffisant pour les fautes ordinaires<sup>51</sup>.

Tout en maintenant le principe d'autorité du chef de famille<sup>52</sup>, le C.c.B.C. rejetait le caractère absolu que la puissance paternelle avait connu en droit romain et dans les provinces françaises de droit écrit en la limitant dans le temps et dans son étendue. Définie par Jean Pineau comme « l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents »<sup>53</sup>, elle comportait, pour son titulaire, un devoir d'entretien et d'éducation à l'égard de son enfant mineur non émancipé, devoir qui, en vertu de l'article 165 C.c.B.C., ne trouvait application que dans le mariage : « les époux contractent, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». Ainsi, selon certains auteurs<sup>54</sup>, le mariage

---

<sup>51</sup> E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 84. Ce droit, qui avait été reconduit lors de la réforme du droit de la famille en 1980 (art. 651 C.C.), a été abrogé lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994.

<sup>52</sup> Contrairement aux provinces canadiennes régies par la common law, le Québec conserve la conception européenne de la famille tout en mettant l'accent sur le principe d'autorité : Albert MAYRAND, « L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621 et 622.

<sup>53</sup> Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 188.

<sup>54</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 822 ; E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 90 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeurs, 1896, p. 151. Ces auteurs sont d'avis que la puissance paternelle ne fut fondée sur la filiation que suivant l'adoption, en 1970, de la *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62, qui vint mettre fin à la distinction qui existait entre les obligations des parents légitimes et celle des parents naturels, ces derniers étant auparavant seulement tenus de nourrir leurs enfants nés hors mariage en vertu de l'art. 240 C.c.B.C. À l'inverse, Jean Pineau et Marie Pratte considèrent que tous les parents – mariés ou non – étaient titulaires de la puissance paternelle, l'article 165 C.c.B.C. laissant faussement croire que celle-ci découlait uniquement du mariage : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 831.

demeurait, sous le C.c.B.C., le fondement juridique des devoirs et des droits découlant de la puissance paternelle.

En vertu de l'article 243 C.c.B.C., l'exercice de la puissance paternelle était attribué, en mariage, au père seul. Elle-même soumise à l'autorité de son mari, l'exercice de la puissance paternelle ne revenait à la femme mariée qu'en cas de décès, d'absence légale (au sens de l'article 86 C.c.B.C.) ou d'incapacité de son époux. Témoinant du contexte socioculturel de l'époque et de l'importance du rôle et de la place prépondérante accordée à l'homme par la société occidentale, Pierre-Basile Mignault affirmait que :

« La mère manquerait à l'obéissance et au respect qu'elle lui doit [à son mari], si elle intervenait dans le gouvernement de la famille ; son intervention serait pleine de conflits ; la paix du ménage en serait troublée et le bonheur des enfants compromis. »<sup>55</sup>

Suivant l'évolution des mœurs au sein de la société québécoise, cette idéologie a de plus en plus fait place à une philosophie basée sur l'égalité des rapports entre les hommes et les femmes. Afin d'harmoniser le droit aux nouvelles réalités sociales, le législateur québécois a apporté, au début des années 1960, diverses modifications au Code civil de 1866, notamment par l'adoption de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*<sup>56</sup>.

Ainsi la notion de « puissance maritale », qui désigne la suprématie légale du mari sur son épouse, était-elle abrogée et le nouvel article 174 C.c.B.C. créait-il une direction collégiale de la famille. Dès lors, l'autorité dont disposait le père à l'égard de ses enfants était partagée, bien que la nouvelle disposition contrastait avec l'article 243 C.c.B.C. (qui, rappelons-le,

---

<sup>55</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeurs, 1896, p. 143.

<sup>56</sup> S.Q. 1964, c. 66.

accordait au père seul la puissance paternelle durant le mariage), tel qu'en font foi les propos du juge Gagnon dans l'arrêt Bockler :

« L'article 243 relatif à la puissance paternelle est toujours inscrit au Code, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée ; la comparaison du nouvel article 174 avec l'ancien fait voir cette évolution. »<sup>57</sup>

Diverses autres mesures législatives visant à assurer l'égalité entre les époux furent par la suite adoptées par le législateur québécois. Ainsi, en 1969, la *Loi modifiant le Code civil*<sup>58</sup> reconnaissait à la mère un pouvoir égal à celui du père pour autoriser le mariage de leur enfant mineur. Peu de temps après, la *Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*<sup>59</sup> lui donnait la faculté de s'y opposer. De même, le principe d'égalité des droits sans distinction ou préférence fondée sur le sexe fut affirmé et garanti en 1975 par la *Charte des droits et*

---

<sup>57</sup> *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41, 42. Selon les auteurs Deleury, Rivet et Neault, cette contradiction est le résultat d'une révision parcellaire du Code civil et non de la « réticence du législateur à poursuivre la réforme des structures d'autorité dans la famille », irrégularité à laquelle a pallié, en 1977, la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, par le remplacement de la notion de « puissance paternelle » par celle d'« autorité parentale » : Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 828. Citant l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Cheyne c. Cheyne*, [1977] C.A. 319, où le juge Mayrand, au nom de la majorité, énonce que le texte de l'article 243 C.c.B.C. « établit sans ambiguïté la prééminence du père en matière de puissance paternelle », les auteurs Jean Pineau et Marie Pratte sont plutôt d'avis que cet article a eu force de loi jusqu'à son abrogation officielle en 1977 par la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72 : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 831. Ethel Groffier-Atala partage cet avis en affirmant que « [s]eule la modification de l'ancien article 243 du Code civil pouvait instaurer une collégialité complète » : Ethel GROFFIER-ATALA, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1977) 8 *R.G.D.* 223, 224. Il semble en être de même des auteurs Mireille D.-Castelli et Dominique Goubau : Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 303.

<sup>58</sup> L.Q. 1969, c. 74, art. 1, qui remplaçait l'article 119 C.c.B.C. par le suivant : « [l]es enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis doivent, pour contracter mariage, obtenir le consentement de leur père ou de leur mère ».

<sup>59</sup> L.Q. 1970, c. 62, art. 4, modifiant l'article 137 C.c.B.C.

*libertés de la personne*<sup>60</sup>. À ce tableau vint s'ajouter, en 1977, l'adoption de la *Loi modifiant le Code civil*<sup>61</sup>, qui fut probablement la réforme la plus importante en matière d'égalité entre les parents. En effet, cette loi abrogeait formellement le concept de « puissance paternelle » pour le remplacer par celui d'« autorité parentale »<sup>62</sup>, qui reconnaît dorénavant l'égalité entre les parents. Bien plus qu'un simple changement terminologique, le remplacement de la notion de puissance paternelle par celle d'autorité parentale témoigne de l'actualisation du droit québécois aux nouvelles valeurs et réalités sociales d'égalité entre les hommes et les femmes et de la prise en compte des droits et de l'intérêt de l'enfant dans les relations qu'il entretient avec ses parents<sup>63</sup>.

Le principe de collégialité de l'autorité parentale se retrouve aujourd'hui au premier alinéa de l'article 600 du *Code civil du Québec*<sup>64</sup>. Énonçant que « les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale », cet article constitue la mise en œuvre, en droit québécois, du principe énoncé à l'article 18(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>65</sup>, principe selon lequel « les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ». L'autorité parentale, qui s'exerce sur l'enfant mineur non émancipé<sup>66</sup>, appartient donc en pleine égalité à l'un et l'autre des parents, qu'ils soient mariés

---

<sup>60</sup> RLRQ., c. C-12, art. 10.

<sup>61</sup> L.Q. 1977, c. 72.

<sup>62</sup> La loi de 1977 ne définissait toutefois pas la notion d'« autorité parentale ».

<sup>63</sup> Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 62.

<sup>64</sup> L.Q. 1991, c. 64 (ci-après désigné « C.c.Q. » ou « Code civil »).

<sup>65</sup> 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

<sup>66</sup> Art. 598 C.c.Q. Sur l'émancipation, voir les articles 167-176 C.c.Q. Bien sûr, l'âge et la personnalité de l'enfant influenceront sur la portée du pouvoir décisionnel des parents à son égard, celle-ci devant ainsi « tendre à diminuer au fil des années » : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents

ou non et peu importe la nature du lien de filiation qui les unit à leur enfant<sup>67</sup>. À ce dernier égard, le *Code civil du Québec* prévoit trois modes d'établissement de la filiation, soit la filiation par le sang, la filiation des enfants nés d'une procréation assistée et la filiation adoptive.

Principale forme de filiation juridique<sup>68</sup>, la filiation par le sang est régie par les articles 523 à 537 C.c.Q., lesquels contiennent les règles afférentes à la preuve de la filiation paternelle. En effet, si, en droit québécois, la filiation maternelle pose rarement problème, la femme qui accouche étant la mère de l'enfant conformément à la maxime de droit romain *mater semper certa est*<sup>69</sup>, il n'en est pas de même de la filiation paternelle qui devra parfois faire l'objet d'une preuve judiciaire ou extrajudiciaire. Les modes de preuve extrajudiciaire sont ceux qui permettent d'établir une filiation en dehors de tout procès. Ils sont au nombre de quatre, à savoir l'acte de naissance (art. 523 al. 1 C.c.Q.), la possession constante d'état (art. 523 al. 2 et 524 C.c.Q.), la présomption de paternité (art. 525 C.c.Q.) et la reconnaissance volontaire (art. 526 à 529 C.c.Q.). Ainsi, l'enfant qui veut faire valoir sa filiation ou celui qui prétend être le père d'un enfant pourra, pour démontrer la paternité dont il se réclame, produire l'acte

---

envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 75.

<sup>67</sup> Art. 522 C.c.Q.

<sup>68</sup> Marie PRATTE, « Filiation par le sang », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 4.

<sup>69</sup> Ce principe trouve application peu importe la provenance des gamètes, la filiation maternelle étant dès lors le reflet d'un fait biologique (l'accouchement) et non d'un lien génétique : Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécois », dans Christiane HEUNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 353, à la page 355. Pour une critique de l'application de cette maxime, voir : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4:2 *R.D. et santé McGill* 45.

de naissance ou mettre en preuve, dans le cadre d'une action judiciaire en réclamation de filiation, un ensemble d'éléments continus et notoires laissant présumer le lien de filiation entre lui et l'enfant. À défaut de l'un ou l'autre de ces moyens de preuve, la filiation pourra être établie au moyen de la présomption de paternité si les éléments essentiels à son ouverture sont prouvés. En dernier recours, la filiation pourra être établie en faveur du prétendu père s'il reconnaît volontairement sa paternité<sup>70</sup>.

Pour que les règles prévues aux articles 538 à 542 C.c.Q.<sup>71</sup> portant sur la filiation des enfants nés d'une procréation assistée trouvent application, la naissance de l'enfant doit résulter d'un projet parental « avec assistance à la procréation » formé avant la procréation<sup>72</sup>. Selon l'article 538 C.c.Q., « le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental »<sup>73</sup>. De portée très générale, cette

---

<sup>70</sup> L'étude détaillée des modes d'établissement judiciaire de la filiation, prévus aux articles 530 à 537 C.c.Q., allant bien au-delà de l'objectif poursuivi dans le cadre de cette thèse, nous nous contenterons de référer le lecteur aux ouvrages suivants : Alain ROY, – *Droit civil . – Mariage . – Régimes matrimoniaux . – Divorce . – Union civile . – Filiation*, dans JurisClasseur France, coll. « Droit comparé », V<sup>o</sup> Canada (Québec), fasc. 22, par. 227 et suivants ; Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 634-669 ; Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 210-223 ; Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005DRF22. Notons toutefois qu'il est possible de contester une filiation que l'on prétend non conforme à la réalité biologique, à moins qu'il y ait concordance entre l'acte de naissance et la possession constante d'état (art. 530 et 531 C.c.Q.).

<sup>71</sup> Ces dispositions du Code civil sont complétées par la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ, c. A-5.01, qui vise à encadrer les activités cliniques en posant des balises médicales et déontologiques claires, de même que par la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, qui précise les actes pouvant donner lieu à des sanctions pénales. Sur la compétence du Parlement fédéral en cette matière, voir le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, ainsi que la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), art. 91(27).

<sup>72</sup> *F.P. c. P.C.*, [2005] R.D.F. 268 (C.S.).

<sup>73</sup> Le projet parental peut être le fait d'une personne seule ou de conjoints mariés, uni civilement ou vivant en union de fait. En effet, selon l'article 61.1 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, « sont des conjoints les personnes liées par un mariage ou une union civile. Sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne

définition vise tous les types de procréation assistée, qu'elle ait lieu dans un contexte médical (procréation médicalement assistée), qu'elle résulte de relations sexuelles<sup>74</sup> ou qu'elle soit réalisée sans relations sexuelles et en dehors de tout contexte médical<sup>75</sup>.

Quant à l'adoption, les lois du Québec en reconnaissent deux types, à savoir l'adoption nationale (ou interne) et l'adoption internationale<sup>76</sup>. L'adoption interne consiste « à l'adoption d'un enfant domicilié au Québec par un ou des adoptants également domiciliés au Québec »<sup>77</sup>, alors que l'adoption internationale réfère plutôt, comme son nom l'indique, au processus par

---

s'y oppose, les conjoints de fait [...] ». Précisons toutefois qu'il ne peut s'agir que d'une femme seule ou d'un couple de sexes différents ou de deux femmes, le droit civil québécois ne reconnaissant toujours pas la légitimité des conventions de gestation ou de procréation pour le compte d'autrui. Cela pourrait toutefois éventuellement changer, le Comité consultatif sur le droit de la famille, créé par l'ancien ministre de la Justice, M. Bertrand Saint-Arnaud et présidé par le professeur Alain Roy, ayant questionné, dans son rapport préliminaire daté du 12 septembre 2013, le bien-fondé de l'article 541 C.c.Q. qui frappe tout contrat de mère porteuse de nullité absolue (Le rapport préliminaire peut être consulté à l'adresse suivante : [http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp\\_prelim\\_CCDF.pdf](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf)). Mentionnons toutefois que bien que le législateur québécois ne reconnaisse pas la légitimité de la maternité de substitution, la Cour d'appel du Québec, dans un jugement unanime rendu le 10 juin 2014, est d'avis que dans les cas où le contrat est volontairement exécuté, la mère porteuse peut donner un consentement spécial à l'adoption (art. 555 C.c.Q.) en faveur du conjoint ou de la conjointe de l'homme avec qui elle a contracté afin qu'il ou qu'elle devienne le deuxième parent légal de l'enfant. Selon la Cour, il s'agit de la solution qui, conformément aux articles 33 et 543 C.c.Q., sert le mieux l'intérêt de l'enfant : *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162.

<sup>74</sup> Pour que le cadre juridique de la procréation assistée trouve application dans ce cas de figure, il est impératif que l'homme qui fournit l'apport génétique connaisse les intentions de sa partenaire sexuelle afin qu'il puisse clairement accepter de renoncer à sa paternité et agir « de façon consciente à titre d'assistant au projet qui n'est pas le sien » : *F.P. c. P.C.*, [2005] R.D.F. 268, par. 73 (C.S.). Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la femme omet de dénoncer son projet parental au tiers géniteur, les règles de la filiation par le sang vu précédemment trouveront application : *Droit de la famille – 111729*, 2011 QCCA 1180, par. 35.

<sup>75</sup> Cette forme de procréation assistée n'est pas prévue au Code civil. Désignée par la doctrine sous le nom de « procréation artisanalement assistée », elle concerne les cas où une femme seule (ou en couple) choisit le géniteur et procède ensuite, dans l'intimité, à sa propre insémination : *L.B. c. Li.Ba.*, [2006] R.J.Q. 862 (C.S.), conf. par *Droit de la famille – 07527*, [2007] R.J.Q. 493 ; *F.P. c. P.C.*, [2005] R.D.F. 268 (C.S.).

<sup>76</sup> Pour une étude détaillée sur le sujet, voir : Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 ; Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

<sup>77</sup> Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 2.

lequel un enfant domicilié à l'étranger est adopté par un ou des adoptants domiciliés au Québec. Qu'elle soit nationale ou internationale, l'adoption consiste en la « [c]réation d'un lien de filiation entre deux personnes, l'*adoptant* et l'*adopté*, par l'effet d'un jugement »<sup>78</sup>. L'adoption est donc une fiction du droit qui permet, par jugement, d'établir un lien de filiation entre l'enfant et une ou deux personnes qui ne lui sont pas génétiquement apparentées.

Voyons dès à présent de plus près en quoi consistent les règles relatives à l'autorité parentale en nous attardant plus particulièrement aux attributs qu'elle confère à ses titulaires.

## **SECTION 2 : LES ATTRIBUTS DE L'AUTORITÉ PARENTALE**

Afin de permettre aux parents d'exercer l'autorité dont ils sont titulaires et de veiller au bien-être de l'enfant pour lui permettre « de parvenir dans les meilleures conditions possibles à l'âge adulte »<sup>79</sup>, la loi leur confère des droits et des devoirs de garde, de surveillance, d'entretien et d'éducation qui devront être exercés dans l'intérêt de l'enfant, auxquels seront consacrés les prochains paragraphes<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999. L'adoption ne peut résulter que d'un jugement de la Cour du Québec, chambre de la jeunesse, qui jouit à cet égard d'une compétence exclusive (requêtes principale et incidentes) : art. 36.1 al. 1 C.p.c. ; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16, art. 83(4).

<sup>79</sup> Philippe SIMLER, « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », (1972) 71 *Rev. trim. dr. civ.* 685, 696.

<sup>80</sup> Art. 599 C.c.Q. L'autorité parentale est d'abord et avant tout un *devoir* des parents à l'égard de leur enfant : Élane DEMERS et Andrée RUFFO, « La genèse du concept de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant en droit civil français et québécois », dans Patrick H. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 263, à la page 266.

En tant que titulaires de l'autorité parentale et en leur qualité de tuteurs légaux à leur enfant<sup>81</sup>, les parents seront ainsi investis d'un pouvoir décisionnel d'une portée « susceptible d'englober pratiquement tous les aspects de la vie de l'enfant »<sup>82</sup>.

## § 1 La garde et la surveillance

Principal attribut de l'autorité parentale, la garde donne aux parents le pouvoir de déterminer le lieu de résidence de l'enfant mineur non émancipé, que le premier alinéa de l'article 80 C.c.Q. fixe au domicile de son tuteur. Titulaires du droit de garde, les parents pourront ainsi exercer efficacement leurs devoirs de surveillance, d'entretien et d'éducation. Ils pourront également imposer le respect de ce droit et se prévaloir du bref *d'habeas corpus* à l'encontre du tiers qui retiendrait l'enfant contre leur volonté<sup>83</sup>.

Corollaire du devoir de garde, le devoir de surveillance signifie que les titulaires de l'autorité parentale doivent veiller sur leur enfant pour assurer sa propre sécurité et pour éviter qu'il pose un acte pouvant causer un préjudice à autrui. La responsabilité civile extracontractuelle

---

<sup>81</sup> Art. 192 C.c.Q. La tutelle, qu'il faut se garder de confondre avec l'autorité parentale, vise l'administration du patrimoine du mineur et l'exercice de ses droits civils : art. 177 C.c.Q. Ces responsabilités s'ajoutent à celles découlant de l'autorité parentale exercée par les parents. Dans l'hypothèse où la tutelle est exercée par une personne autre que les père et mère (en raison du décès, de l'incapacité ou de la déchéance de l'autorité parentale), le tuteur agira également comme titulaire de l'autorité parentale : art. 186 C.c.Q.

<sup>82</sup> Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 74 et 75.

<sup>83</sup> *L'habeas corpus* est une procédure de droit criminel d'origine anglaise visant à s'assurer qu'une personne n'est pas illégalement détenue. Le fait, pour un enfant, d'être sous la garde de personnes autres que celle à qui la loi confère l'autorité parentale a ainsi été assimilé, par les tribunaux, à une privation de liberté : Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 841 et 842. Ce recours est régi par les articles 851 et suiv. C.p.c. Pour des illustrations jurisprudentielles, voir : *F.M. c. L.L.*, B.E. 2006BE-147 (C.S.) ; *R.L. c. P.S.*, [2005] R.J.Q. 2932 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2543*, [1997] R.D.F. 711 (C.S.) ; *Currier c. Sabourin-Currier*, [1976] C.S. 460.

des parents pourrait être engagée si leur enfant cause un dommage à une tierce personne, la loi présumant que le dommage ne serait pas survenu si l'enfant avait été bien surveillé<sup>84</sup>. Les parents pourront toutefois se dégager de leur responsabilité en démontrant qu'ils ont valablement rempli leur obligation de surveillance ou en démontrant qu'il était normal, compte tenu de l'âge avancé de l'enfant, que celui-ci ne soit pas sous leur constante attention<sup>85</sup>. Le devoir de surveillance permet en outre aux parents de prendre des décisions visant à préserver la vie privée de l'enfant et à contrôler ses fréquentations<sup>86</sup>.

## § 2 L'entretien et l'éducation

L'obligation d'entretien « englobe toutes les choses nécessaires à la vie (nourriture, logement, vêtements, soins médicaux, etc.) »<sup>87</sup>. Il s'agit donc d'une obligation matérielle de tous les jours, qui se traduit par des soins personnels et qui, contrairement à l'obligation alimentaire, n'est pas réciproque et existe sans égard aux ressources financières de l'enfant<sup>88</sup>. Or, si la fortune de l'enfant n'a aucune incidence sur l'existence même de l'obligation d'entretien, les

---

<sup>84</sup> Art. 1459 al. 1 C.c.Q.

<sup>85</sup> Alicia SOLDEVILA, « La responsabilité pour le fait ou la faute d'autrui et pour le fait des biens », dans *Responsabilité*, Collection de droit 2010-2011, École du Barreau du Québec, vol. 4, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011CDD89, p. 15 et jurisprudence citée ; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014RES71, n°1-765.

<sup>86</sup> *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 68. Ce principe est couramment rappelé par les tribunaux inférieurs. Voir, à titre d'exemple, *Droit de la famille – 1746*, [1993] R.D.F. 85, 92 (C.S.), où la juge Nicole Bénard souligne que « [c]'est un des attributs de l'autorité parentale que de pouvoir pour un parent décider quelles personnes son enfant pourra voir, fréquenter et par qui il pourra être gardé à certains moments ».

<sup>87</sup> Jean-Sébastien VAILLANCOURT, « Exercice de l'autorité parentale et intervention du tribunal », dans Sylvie LÉVESQUE (dir.), *L'enfant : sujet ou objet de droit, qu'en est-il ?*, coll. « Blais », vol. 4, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 330.

<sup>88</sup> Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 310. Une contribution financière de l'enfant pourrait toutefois être exigée si les parents sont sans revenu ou si ce revenu est insuffisant pour assumer l'entretien de l'enfant : *Côté c. Côté*, [1979] C.S. 378.

parents ne sont pas tenus de lui procurer un niveau de vie à la hauteur de son opulence, l'obligation d'entretien étant proportionnelle à leurs moyens financier<sup>89</sup>.

Enfin, le devoir d'éducation est un devoir d'ordre intellectuel qui confère aux titulaires de l'autorité parentale le pouvoir de prendre des décisions relatives à l'instruction scolaire et à la formation morale, civique et religieuse de l'enfant<sup>90</sup>. Jusqu'à l'entrée en vigueur, en janvier 1994, du *Code civil du Québec*, l'article 651 du Code civil (1980) accordait également aux parents, dans le cadre de leur devoir d'éducation, un droit de correction modéré et raisonnable sur leur enfant. Or, malgré l'abrogation de cette disposition, l'article 43 C.cr. « prémunit toujours les parents qui emploieraient la force pour corriger leur enfant contre une poursuite criminelle pour voies de fait [...] *pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances* »<sup>91</sup>. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs confirmé la validité constitutionnelle de cette disposition en y introduisant cependant des limites importantes<sup>92</sup>. Ainsi, les titulaires de l'autorité parentale ne pourront se prémunir de la protection conférée par l'article 43 C.cr. si la force est employée à l'endroit d'un adolescent, d'un enfant âgé de moins de 2 ans ou d'un enfant de tout âge souffrant d'un handicap. Il en sera de même si la force est employée d'une façon dégradante ou si elle cause un préjudice ou suscite un risque

---

<sup>89</sup> *R.M. c. W.C.*, [2004] R.D.F. 289 (C.S.) ; *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U., art. 27(2).

<sup>90</sup> L'article 612 C.c.Q. donne au tribunal le pouvoir d'intervenir afin de réviser une décision considérée abusive et contraire à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, dans *Droit de la famille – 274*, [1986] R.J.Q. 945, la Cour d'appel a confirmé une décision rendue par la Cour supérieure, qui avait interdit au père d'une enfant de 4 ans de l'amener à des cérémonies ou congrès des témoins de Jéhovah, puisque les principes de cette religion, qui incitaient l'enfant à juger la conduite de sa mère, ont été jugés incompatibles avec son intérêt.

<sup>91</sup> Alain ROY, – *Droit civil . – Mariage . – Régimes matrimoniaux . – Divorce . – Union civile . – Filiation*, dans *JurisClasseur France*, coll. « Droit comparé », V<sup>o</sup> Canada (Québec), fasc. 22, par. 332 [en italique dans l'original]. L'auteur est toutefois d'avis que l'article 43 C.cr. devrait être abrogé, compte tenu de l'absence de toute portée pédagogique ou éducative de la punition corporelle.

<sup>92</sup> *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

raisonnable de préjudice à un enfant de 2 ans et plus. Enfin, l'article 43 C.cr. n'offrira aucun moyen de défense aux parents qui, pour infliger des châtiments corporels à leur enfant, ont recours à un objet, à des gifles ou à des coups à la tête<sup>93</sup>.

Les prérogatives qui découlent de l'autorité parentale seront exercées par l'un et l'autre des parents. Or, le principe de la collégialité de l'autorité parentale ne doit pas préjudicier l'enfant et gêner la vie familiale. Ainsi, et « [...] parce que les actes d'autorité se manifestent de façon presque quotidienne [et] parce qu'il est souvent difficile de connaître de façon précise la volonté des deux parents »<sup>94</sup>, le parent qui accomplit seul un acte d'autorité sera présumé, à l'égard des tiers de bonne foi, agir avec l'accord de l'autre<sup>95</sup>.

De même, il est permis aux titulaires de l'autorité parentale de déléguer volontairement la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant en faveur, par exemple, de l'école, de la garderie ou du camp de vacances<sup>96</sup>. Cette délégation sera nécessairement temporaire et révocable<sup>97</sup> et n'entraîne aucunement la perte de la qualité de titulaire de l'autorité parentale : le titulaire demeure toujours investi des prérogatives non déléguées au tiers et continue d'assumer juridiquement tous les droits et les devoirs découlant de l'autorité parentale<sup>98</sup>. Selon la Cour d'appel du Québec, le caractère temporaire et révocable de la délégation permet

---

<sup>93</sup> *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 81.

<sup>94</sup> OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la famille : deuxième partie*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 215.

<sup>95</sup> Art. 603 C.c.Q.

<sup>96</sup> Renée JOYAL-POUPART, « La loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 97, 100.

<sup>97</sup> Il s'agit d'une conséquence du caractère d'ordre public de l'article 599 C.c.Q. : *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, conf. par [1927] A.C. 211.

<sup>98</sup> *Droit de la famille – 2461*, [1996] R.D.F. 522, 526 (C.S.); Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 832.

d'éviter que ne soient « contourner les dispositions législatives applicables en matière d'adoption ou de tutelle », qui sont d'ordre public et qui ont pour but de protéger l'intérêt de l'enfant<sup>99</sup>.

Enfin, tout différend opposant les parents dans l'exercice de leur autorité, que ce soit à l'égard de la religion pratiquée par l'enfant<sup>100</sup>, de l'établissement scolaire qu'il fréquentera<sup>101</sup>, des soins requis par son état de santé<sup>102</sup>, des mesures disciplinaires à prendre à son endroit<sup>103</sup> ou de toute autre décision concernant l'enfant, devra être soumis au tribunal, qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties<sup>104</sup>.

Tel qu'il vient d'être mentionné, l'autorité parentale dont sont investis les parents leur accorde le droit de contrôler les fréquentations de leur enfant. Ce droit découle du devoir de surveillance dont ils sont investis. L'exercice de ce droit n'est toutefois pas absolu. Il est en effet limité par l'intérêt de l'enfant qui, dans certains cas, permettra au tribunal d'ordonner – en dépit d'une objection parentale – le maintien des liens d'affection que l'enfant a tissés avec certains adultes.

---

<sup>99</sup> *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533, par. 30 (C.A.).

<sup>100</sup> *S. (L.) c. S. (C.)*, [1997] 3 R.C.S. 1003 ; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 ; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 ; *Droit de la famille – 3731*, J.E. 2000-1973 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3055*, [1998] R.D.F. 475 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2505*, [1996] R.D.F. 785 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2201*, [1995] R.D.F. 417 (C.S.).

<sup>101</sup> *M.K. c. J.D.*, [2003] R.D.F. 861 (C.S.) ; *S.A.J.B. c. C.H.*, [2003] R.D.F. 840 (C.S.) ; *M.P. c. T.C.*, J.E. 2002-287 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3055*, [1998] R.D.F. 475 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3069*, [1998] R.J.Q. 3105 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2783*, [1997] R.D.F. 766 (C.S.).

<sup>102</sup> *S.P. c. A.D.*, J.E. 2006-1134 (C.S.).

<sup>103</sup> *Droit de la famille – 081485*, [2008] QCCS 2709 (C.S.), conf. par *Droit de la famille – 09746*, [2009] QCCA 623.

<sup>104</sup> Art. 604 C.c.Q.

Nous nous attarderons, dans la prochaine section, aux limites de l'autorité parentale posées par l'intérêt de l'enfant dans le cadre de ses relations personnelles avec ses grands-parents et avec une tierce personne. Nous dirons également quelques mots, en dernier lieu, sur les limitations posées à l'autorité parentale par l'attribution de la garde de l'enfant à une personne autre que ses parents.

### **SECTION 3 : LES LIMITES À L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE**

#### **§ 1 Le maintien des relations personnelles**

Le droit des grands-parents au maintien des relations personnelles avec leurs petits-enfants est expressément consacré par le législateur à l'article 611 C.c.Q. qui prévoit, à son premier alinéa, que « les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents ».

Fondé, pour d'aucuns<sup>105</sup>, sur la notion de parenté et, pour d'autres<sup>106</sup>, sur l'obligation alimentaire réciproque qui existait entre les grands-parents et les petits-enfants lors de l'adoption de cette disposition législative<sup>107</sup>, l'article 611 C.c.Q. crée un traitement privilégié en faveur des grands-parents en présumant que le maintien des relations personnelles qu'ils entretiennent avec leurs petits-enfants est dans l'intérêt de ce dernier. Par conséquent, le

---

<sup>105</sup> Dominique GOUBAU, « Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants : une étude comparative des systèmes québécois, français et belge », (1991) 32 *C. de D.* 557, 600.

<sup>106</sup> Renée JOYAL-POUPART, « La Loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 97, 105 ; BARREAU DU QUÉBEC, Mémoire à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille : rapport sur le Code civil du Québec par l'Office de révision du Code civil, Montréal, Barreau du Québec, 1979.

<sup>107</sup> Le droit des grands-parents au maintien des relations personnelles avec leurs petits-enfants a été instauré lors de la réforme du droit de la famille en 1980 (art. 659), alors que l'obligation alimentaire réciproque entre grands-parents et petits-enfants a été abrogée en 1996 : *Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28, art. 2.

parent qui s'oppose au maintien des contacts entre les grands-parents et leurs petits-enfants devra démontrer que sa décision est justifiée par un motif grave, comme le précise le juge Senécal :

« Le code pose que le maintien des relations personnelles enfant/grands-parents est la règle. Il n'a pas à être prouvé qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il en soit ainsi. Cela est présumé, bien qu'une preuve contraire soit possible. Mais ce n'est que pour des 'motifs graves' que le principe peut être écarté. »<sup>108</sup>

Les tribunaux considèrent généralement que le fait pour les grands-parents de tenter d'exercer l'autorité parentale en lieu et place des parents constitue un motif suffisamment grave pour justifier le refus parental<sup>109</sup>. En effet, il revient aux parents, et aux parents seuls, d'élever leurs enfants, le rôle des grands-parents devant se limiter à les aimer et à « leur apporter la richesse de leur personnalité, de leur expérience, de leur affection »<sup>110</sup>. Peut également constituer un motif grave les conséquences néfastes – ou les craintes objectives de telles conséquences – causées par le comportement d'un grand-parent sur l'enfant<sup>111</sup>. Il en sera de même du désir

---

<sup>108</sup> *Droit de la famille – 2216*, [1995] R.J.Q. 1734 (C.S.). Le droit des grands-parents au maintien des relations personnelles avec leurs petits enfants est également reconnu dans les autres provinces canadiennes. Or, contrairement à ce qui prévaut au Québec, les législations canadiennes ne créent aucune présomption à l'effet qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que de telles relations soient maintenues, les grands-parents devant dès lors en faire la preuve. Selon le professeur Goubau, il s'agit là d'une façon plus harmonieuse d'atteindre l'équilibre entre l'intérêt des enfant et le droit des parents de les élever, droit qui jouit d'ailleurs d'une protection constitutionnelle en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 7. Voir : Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans *Développements récents en droit familial (2001)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2001, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2001DEV289, p. 14-19.

<sup>109</sup> *Droit de la famille – 08544*, 2008 QCCS 919 ; *Droit de la famille – 2017*, [1994] R.D.F. 501 (C.S.).

<sup>110</sup> *Droit de la famille – 2216*, [1995] R.J.Q. 1734 (C.S.).

<sup>111</sup> *M.-A.R. c. S.T.*, J.E. 2005-9 (C.S.) ; *C.B. c. F.A.*, J.E. 2004-437 (C.S.), conf. par 2005 QCCA 510.

d'un parent de vouloir vivre le deuil de l'autre parent dans l'intimité avec ses enfants en coupant tout contact avec les parents du défunt<sup>112</sup>.

Le climat de tension est le motif le plus couramment invoqué par les parents à l'appui de leur refus de contacts entre leur enfant et les grands-parents. Laissé à l'appréciation des tribunaux, il a donné lieu à une jurisprudence partagée. D'un côté, l'existence d'un conflit important entre les parents et les grands-parents sera considérée comme un motif raisonnable afin d'éviter que l'enfant ait à supporter les conséquences néfastes du conflit<sup>113</sup>. De l'autre côté, l'on considère que les tensions présentes entre les parents et les grands-parents ne doivent pas préjudicier à l'enfant et que celui-ci ne doit pas être privé de son droit de voir ses grands-parents si cela est dans son intérêt. Dans un tel scénario, la présence du conflit aura une incidence non pas sur le droit d'accès des grands-parents à leurs petits-enfants en tant que tel, mais sur les modalités d'exercice de ce droit (visites, sorties, appels téléphoniques, correspondance écrite, etc.)<sup>114</sup>. Par ailleurs, la simple absence de relations cordiales entre les parties n'est pas considérée comme un motif suffisamment grave pour empêcher les grands-parents de voir et d'entretenir des liens affectifs avec leurs petits-enfants, pas plus que l'existence de simples tensions.

---

<sup>112</sup> *Droit de la famille – 3063*, [1998] R.D.F. 500 (C.S.). Dans cette affaire, la requête pour droit d'accès des grands-parents maternels à leurs deux petites filles âgées de 11 et 13 ans a été rejetée puisque le père, qui avait coupé tous les liens physiques, familiaux et professionnels avec son passé depuis le décès de son épouse, souffrait d'un deuil pathologique et d'une dépression majeure. Dans ce contexte, le juge René Hurtubise a considéré que la demande des grands-parents compromettrait l'équilibre familial, encore précaire. *Contra* : *L. (C.) c. S. (J.)*, REJB 1997-01600 (C.S.).

<sup>113</sup> *Droit de la famille – 092585*, 2009 QCCS 4815 ; *L.V. c. J.V.*, J.E. 2003-837 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3668*, B.E. 2000BE-863 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3666*, B.E. 2000BE-862 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2495*, [1996] R.D.F. 779 (C.S.).

<sup>114</sup> *Droit de la famille – 061378*, 2006 QCCS 7835 ; *A.T. c. M.T.*, [2001] R.D.F. 866 (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 30-01-2002, 500-09-011404-019).

Précisons que les grands-parents auxquels réfère l'article 611 C.c.Q. sont ceux qui possèdent juridiquement ce statut. Les grands-parents qui désirent maintenir des relations avec leur petit-enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière ne pourront ainsi bénéficier de la présomption légale prévue à l'article 611 C.c.Q., l'adoption ayant pour effet de rompre les liens juridiques entre l'enfant et les membres de sa famille d'origine. Dans ce cas de figure, les grands-parents d'origine deviennent des tiers pour l'enfant, qui ne pourront voir leurs contacts maintenus avec ce dernier que s'ils démontrent, comme tout autre tiers, qu'il en va de son intérêt<sup>115</sup>.

À l'instar des grands-parents, d'autres personnes, qu'il s'agisse de l'ex-conjoint du parent qui n'a aucun lien de filiation avec l'enfant, des membres de la famille biologique de l'enfant adopté ou de tout autre tiers, peuvent vouloir maintenir des contacts avec l'enfant en dépit des relations conflictuelles qui les opposent aux parents ou à la suite d'une rupture conjugale, du décès d'un parent ou de l'adoption de l'enfant. Le tiers ne bénéficie toutefois pas de la présomption que la loi accorde aux grands-parents d'origine, quant bien même il ait pu remplir le rôle de parent à l'égard de l'enfant et entretenu avec lui des liens affectifs<sup>116</sup>. Des droits d'accès pourront néanmoins lui être accordés par le tribunal en vertu de la *Loi sur le*

---

<sup>115</sup> De telles demandes sont rarement accordées par les tribunaux, qui se sont traditionnellement montrés exigeants, puisqu'il est encore présumé – malgré l'importance grandissante de l'adoption « ouverte » – que l'intérêt de l'enfant est mieux servi par la rupture des liens avec sa famille d'origine : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 86, à la note 110 ; Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans *Développements récents en droit familial (2001)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2001, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2001DEV289, p. 14.

<sup>116</sup> Pensons, par exemple, au beau-père ou à la belle-mère, que la doctrine désigne invariablement sous les vocables de « parent psychologique », « parent de substitution », « parent de fait », « parent factuel », « parent sociologique », « parent de substitut » ou « parent *in loco parentis* » : Dominique GOUBAU, « Le caractère contraignant de l'obligation alimentaire des parents psychologiques », (1991) 51 *R. du B.* 625. Pour une illustration jurisprudentielle, voir *Droit de la famille – 3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.), commentée par Benoît MOORE, « La notion de “parent psychologique” et le *Code civil du Québec* », (2001) 103 *R. du N.* 115.

*divorce*<sup>117</sup> ou du Code civil<sup>118</sup>, selon le cas, dans la mesure où il arrive à justifier les relations privilégiées préexistantes et à démontrer que leur maintien est dans l'intérêt de l'enfant<sup>119</sup>.

## § 2 L'attribution de la garde à un tiers

L'exercice de l'autorité parentale peut également être limité par l'attribution judiciaire de la garde à un seul des parents<sup>120</sup> ou à une personne autre que les parents (grands-parents, ex-conjoint ou toute autre personne) s'il en va de l'intérêt de l'enfant. C'est la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour suprême dans l'affaire *C. (G.) c. V.-F. (T)*<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), art. 16(1) et (3). La *Loi sur le divorce* donne non seulement au parent psychologique la possibilité de rester en contact avec l'enfant par le biais du droit d'accès ou du droit de garde, mais elle donne également à l'enfant la possibilité de réclamer une pension alimentaire de ce « parent ». Sur l'obligation alimentaire du parent psychologique et sur le champ d'application de la notion « *in loco parentis* », voir : *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242 ; Carol ROGERSON, « The Child Support Obligation of Step-Parents », (2001) 18:1 *Can. J. Fam. L.* 9 ; Marie L. GORDON, « Third-Party Child Support: A Post-*Chartier* Review », (2001) 18:2 *Can. J. Fam. L.* 327.

<sup>118</sup> Les tribunaux québécois peuvent accéder à une telle demande sur la base du principe de l'intérêt de l'enfant à défaut de dispositions spécifiques à cet égard dans le Code civil. Voir : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 91.

<sup>119</sup> Dominique GOUBAU, « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l'intérêt légitime et l'intrusion », dans *Développements récents en droit familial (2001)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2001, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2001DEV289, p. 7. Les illustrations jurisprudentielles sont nombreuses. Voir, à titre d'exemples, *Droit de la famille – 771*, [1990] R.D.F. 68 (C.A.) : droit d'accès accordé à l'ex-conjoint de fait de la mère ; *Droit de la famille – 101241*, 2010 QCCS 233 : droit d'accès consenti aux grands-parents et à la tante ; *D.A. c. S.G.*, J.E. 2003-1678 (C.S.) : droit d'accès accordé à la tante ; *P.G. c. M.R.*, [2002] R.D.F. 687 (C.S.), conf. par AZ-02019638 (C.A.) : droit d'accès consenti au tiers chez qui l'enfant a vécu pendant environ deux ans.

<sup>120</sup> Cette problématique sera discutée en détail dans le cadre du chapitre deuxième de la première partie.

<sup>121</sup> [1987] 2 R.C.S. 244. Voir également *Droit de la famille – 09398*, 2009 QCCA 374, où la Cour d'appel considère que l'appelante, qui s'était occupée de l'enfant de son époux comme s'il était le sien depuis que ce dernier lui en avait confié la garde avant son incarcération, était mieux à même de procurer les soins et l'affection nécessaires à l'enfant. De même, la Cour d'appel a, à deux reprises, confié la garde partagée des enfants à leur mère et à son ex-conjointe de fait, en retenant comme fondement de la décision l'intérêt des enfants et le lien d'attachement significatif qu'ils avaient tissés avec le tiers-conjoint : *Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640 ; *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561.

En l'espèce, la mère dépose une demande en divorce en 1981 et obtient la garde provisoire des enfants par consentement du père. Se sachant atteinte d'une maladie incurable, elle confie la garde de ses enfants à sa sœur et à son beau-frère (les appelants). Elle décède en France en 1983, avant même que le jugement de divorce ne soit prononcé. Devant le refus des appelants de lui remettre les enfants, le père entreprend une demande d'*habeas corpus* à laquelle le juge Jean-Marie Brassard fait droit<sup>122</sup>. Les enfants sont alors remis au père, mais leur garde physique sera de nouveau confiée aux appelants par jugement de la Cour supérieure, le père conservant pour sa part la garde légale<sup>123</sup>. Ce jugement est infirmé en appel<sup>124</sup>, d'où le pourvoi des appelants à la Cour suprême, qui confirme qu'il est dans l'intérêt des enfants que leur garde soit confiée à leur tante maternelle et à son conjoint plutôt qu'à leur père, les enfants étant incapables de s'adapter à la cohabitation familiale avec ce dernier.

Cela dit, l'attribution à un tiers de la garde d'un enfant n'a pas pour effet de déchoir les parents de leur autorité parentale<sup>125</sup>. Selon l'article 605 C.c.Q., les parents voyant la garde de leur enfant confiée à un tiers demeurent investis du devoir de surveiller son quotidien et de participer à son éducation lors de l'exercice de leur droit d'accès, le cas échéant. Ils demeurent également tenus, à titre de titulaires de l'autorité parentale, d'entretenir l'enfant et de prendre les décisions importantes ou fondamentales à son égard, les décisions quotidiennes et habituelles étant désormais du ressort du tiers gardien.

---

<sup>122</sup> *Droit de la famille – 125*, [1984] C.S. 380.

<sup>123</sup> C.S. Montréal, n° 500-05-00914-844 (j. Meyer). Sur la distinction entre « garde physique » et « garde légale » et sur l'inapplication de cette distinction en droit civil québécois, voir : *infra*, p. 68 et suiv.

<sup>124</sup> *Droit de la famille – 320*, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.).

<sup>125</sup> *C. (G.) c. V.-F. (T)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 38. Sur la déchéance de l'autorité parentale, voir : *infra*, p. 42 et suiv.

Il peut parfois être difficile de départager la décision « quotidienne » de la décision « importante ». Cette qualification est laissée à l'appréciation du tribunal et pourra varier selon les caractéristiques sur lesquelles il est insisté. La Cour d'appel du Québec, dans *Droit de la famille – 09746*, pose toutefois des paramètres pouvant aider à la distinction entre ces deux types de décisions, en qualifiant la décision dite « importante » de décision susceptible de compromettre la sécurité, le développement ou la santé de l'enfant<sup>126</sup>. Pensons, par exemple, aux décisions concernant les soins médicaux, la pratique religieuse ou le choix de l'établissement scolaire<sup>127</sup>. Toute autre décision n'ayant pas cette portée est une décision qui s'inscrit dans le quotidien de l'enfant. Tel est le cas, par exemple, des décisions relatives aux heures de repas et de coucher ou aux habitudes alimentaires ou vestimentaires<sup>128</sup>.

En plus d'être sujette à certaines limitations, l'autorité parentale peut aussi faire l'objet d'un contrôle judiciaire lorsque l'usage qui en est fait par ses titulaires est contraire à l'intérêt de l'enfant. Parmi ces mesures de contrôle figurent la déchéance de l'autorité parentale et le retrait de certains de ses attributs ou de leur exercice, mesures sur lesquelles nous nous attarderons dans le cadre de la prochaine section.

---

<sup>126</sup> *Droit de la famille – 09746*, [2009] R.J.Q. 945, par. 49 (C.A.).

<sup>127</sup> Voir : *Droit de la famille – 3714*, J.E 2000-1787 (C.S.), où la juge Danielle Richer définit les décisions importantes comme étant « celles qui sortent du quotidien et de la routine, tels qu'une intervention chirurgicale ou un examen médical délicat, le choix de l'école ou de la langue scolaire des enfants, le choix des activités parascolaires ou sportives qui empiètent sur le temps du parent gardien ».

<sup>128</sup> Pour de plus amples illustrations de décisions qualifiées de quotidiennes et d'importantes par les tribunaux, voir : Marie-Christine KIROUACK, « Attributs de l'autorité parentale », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 13 et 14.

## SECTION 4 : LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

### § 1 La déchéance de l'autorité parentale

Mécanisme de contrôle et de protection de l'enfant<sup>129</sup>, la déchéance de l'autorité parentale entraîne la perte de l'autorité parentale – et de la charge tutélaire<sup>130</sup> – à l'égard de tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement, sauf décision contraire du tribunal<sup>131</sup>. Il s'agit d'une mesure radicale et extrêmement sévère, au caractère infamant<sup>132</sup>, qui doit par conséquent être réservée aux cas les plus graves, comme l'indique le juge Beetz dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)* :

« [...] un tribunal devrait dans un tel cas recourir au pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 654 C.c.Q. [maintenant art. 606 C.c.Q.] et ne pas prononcer la déchéance s'il existe une mesure alternative qui accorde à l'enfant une protection équivalente. Une telle solution, lorsqu'elle est possible, respecte pleinement l'intérêt de l'enfant tout en évitant de marquer du stigmate de la déchéance un parent à qui on ne peut adresser aucun blâme. »<sup>133</sup>

Expressément introduite au Code civil en 1977 lors de l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil*<sup>134</sup>, la déchéance est aujourd'hui prévue au premier alinéa de l'article 606 C.c.Q.

---

<sup>129</sup> *M.R. c. G.L.*, B.E. 2003BE-698 (C.S.) ; Marie PRATTE, « Les tenants et aboutissants de la notion d'abandon en matière de déchéance de l'autorité parentale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 16.

<sup>130</sup> Art. 197 C.c.Q.

<sup>131</sup> Art. 608 C.c.Q. À titre d'effets secondaires, la déchéance permet au tribunal d'autoriser le changement de nom de l'enfant (art. 65 C.c.Q.) et dispense ce dernier de son obligation alimentaire envers son parent déchu, à moins que le tribunal en décide autrement (art. 609 C.c.Q.). Au demeurant, le parent déchu perd le droit d'hériter de son enfant (art. 620(2) C.c.Q.) et de consentir à l'adoption (art. 552 et 559(3) C.c.Q.).

<sup>132</sup> Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil : les personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1967, p. 302.

<sup>133</sup> [1987] 2 R.C.S. 244, 263 [souligné dans la décision].

<sup>134</sup> L.Q. 1977, c. 72, art. 245e. Avant cette date, il était implicitement admis que l'exercice de la puissance paternelle pouvait être retiré au nom de l'intérêt de l'enfant et si des motifs graves étaient mis en preuve : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 867.

qui énonce qu'elle ne pourra être prononcée par le tribunal à l'égard des père et mère (ou de l'un d'eux<sup>135</sup>) que s'il est démontré que le titulaire de l'autorité parentale a fait preuve d'un comportement hautement répréhensible et que l'intérêt de l'enfant le justifie. Ces deux conditions, dont la démonstration incombe à la personne qui demande au tribunal de prononcer la déchéance<sup>136</sup>, sont cumulatives. Cela étant, la déchéance de l'autorité parentale sera refusée si, en dépit de l'existence d'un motif grave, elle n'est pas dans l'intérêt de l'enfant<sup>137</sup>.

La détermination de ce que constitue un « motif grave » est laissée à l'entière discrétion du tribunal, le législateur québécois, contrairement à son homologue français<sup>138</sup>, n'ayant pas énuméré les motifs pouvant donner ouverture à l'action en déchéance de l'autorité parentale. Les motifs généralement retenus par les tribunaux québécois sont énumérés par la juge Lyse Lemieux dans l'affaire *Droit de la famille - 1669*<sup>139</sup>. Il s'agit des mauvais traitements et de la violence à l'égard de l'enfant<sup>140</sup>, des abus sexuels<sup>141</sup>, de l'indignité<sup>142</sup>, des manquements

---

<sup>135</sup> Lorsque l'un des parents est déchu de son autorité parentale, celle-ci sera exercée par l'autre parent : art. 600, al. 2 C.c.Q. Dans les cas où la déchéance est prononcée à l'égard des deux parents, le tribunal pourra, du même coup, désigner la personne qui l'exercera en leur lieu et place. Il pourra également désigner un tuteur si l'intérêt de l'enfant l'exige : art. 607 C.c.Q.

<sup>136</sup> *Droit de la famille - 083013*, 2008 QCCA 2262, par. 17. La procédure est prévue aux articles 826 et suiv. C.p.c.

<sup>137</sup> Voir, par exemple : *Droit de la famille - 2345*, [1996] R.D.F. 132 (C.S.).

<sup>138</sup> Art. 378-1 al. 1 C. civ. Selon cet article, « peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale, [...] les père et mère qui, soit par des mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par une inconduite notoire ou des comportement délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant ».

<sup>139</sup> [1992] R.D.F. 632 (C.S.).

<sup>140</sup> *C.P. c. S.S.*, B.E. 2003BE-586 (C.S.) ; *Droit de la famille - 3475*, C.S. Terrebonne, n° 700-04-002379-961, 26 novembre 1997, conf. par AZ-50068482 (C.A.). Le motif de violence à l'appui d'une action en déchéance de l'autorité parentale ne sera toutefois pas toujours retenu si celle-ci est dirigée contre une personne autre que l'enfant : *N.C. c. É.A.*, [2003] R.D.F. 943 (C.S.). Dans cette affaire, le juge Pidgeon a conclu que le père, qui purgeait des peines d'emprisonnement pour meurtre et pour des agressions sexuelles commises à l'endroit de

graves aux devoirs parentaux<sup>143</sup> et de l'abandon<sup>144</sup>, ce dernier motif étant celui qui est le plus couramment invoqué au soutien d'une demande de déchéance de l'autorité parentale<sup>145</sup>. Cependant, pour constituer un motif de déchéance, l'abandon ou le désintéressement à l'égard de l'enfant doit être total, volontaire et d'une durée significative<sup>146</sup>. Ainsi, la présence de liens, bien que ténus, entre l'enfant et le parent à l'encontre duquel la déchéance est demandée peut faire échec au recours judiciaire entrepris en vertu de l'article 606 al. 1 C.c.Q.<sup>147</sup> De même, tout éloignement involontaire du titulaire de l'autorité parentale n'entraînera pas automatiquement la déchéance. En pareilles circonstances, le tribunal devra apprécier la

---

la mère de l'enfant et de sa nouvelle conjointe, n'avait jamais commis de geste de violence à l'endroit de sa fille et ne s'était jamais désintéressé d'elle. Nous sommes toutefois d'avis que la gravité des gestes commis par le père de l'enfant, dans cette affaire, bien que non dirigés contre ce dernier, auraient tout de même pu mener à la déchéance de l'autorité parentale sur la base de l'indignité, comme ce fut d'ailleurs le cas dans *Droit de la famille – 072863*, 2007 QCCS 5601.

<sup>141</sup> Les gestes à caractère sexuel sont condamnables, qu'ils aient été commis à l'endroit de son propre enfant ou à l'égard d'un enfant pour lequel le parent agit à titre de parent d'intention : *Droit de la famille – 083013*, 2008 QCCA 2262 ; *M.-J.L. c. S.G.*, 2005 QCCA 833 ; *Droit de la famille – 08267*, [2008] R.D.F. 258 (C.S.), conf. par *Droit de la famille – 083013*, 2008 QCCA 2262.

<sup>142</sup> *Droit de la famille – 072863*, 2007 QCCS 5601 (condamnation pour double meurtre).

<sup>143</sup> *J.S. c. D.D.*, [2001] R.J.Q. 329 (C.A.) ; *P.V. c. F.F.*, [2003] R.D.F. 217 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2137*, [1995] R.J.Q. 583 (C.S.).

<sup>144</sup> Pour des illustrations de cas d'abandon, voir notamment : *Droit de la famille – 112845*, 2011 QCCA 1646 (absence de contacts depuis six ans) ; *Droit de la famille – 113088*, 2011 QCCS 5288 (absence de contacts depuis plus de trois ans) ; *Droit de la famille – 11188*, 2011 QCCS 383, conf. par *Droit de la famille – 111924*, 2011 QCCA 1236 (absence de contacts depuis plus de huit ans) ; *Droit de la famille – 092380*, [2009] R.L. 507 (C.S.) (absence de contacts depuis sept ans). Dans certaines décisions, le défaut de comparaître (bien que dûment assigné) ou de présenter une défense a été assimilé à un désintéressement total du parent vis-à-vis l'enfant : Suzanne PILON, « L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité », (1987) *R.D.F.* 373, 388. Pour un cas d'application, voir : *Droit de la famille – 104*, [1984] C.S. 93.

<sup>145</sup> Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 359.

<sup>146</sup> Marie-Christine KIROUACK, « Attributs de l'autorité parentale », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 74.

<sup>147</sup> *Droit de la famille – 1738*, [1995] R.J.Q. 2328 (C.A.). Il en est de même, dans certains cas, du paiement d'une pension alimentaire par le parent absent : *Droit de la famille – 08727*, 2008 QCCS 1271. *Contra* : *Droit de la famille – 091437*, 2009 QCCS 2734.

capacité et l'intérêt du parent à maintenir des contacts avec son enfant<sup>148</sup>. Quant à la durée de l'abandon, aucune période fixe n'a été déterminée par les tribunaux, qui semblent toutefois reconnaître qu'un abandon de courte durée, à lui seul, n'est pas suffisant pour prononcer la déchéance. Un abandon d'une durée minimale de quatre ou cinq ans semble être exigé par les tribunaux, bien que ce nombre ne soit pas absolu ou déterminant, le tout étant laissé à l'appréciation du tribunal<sup>149</sup>.

Outre la preuve de l'existence d'un motif grave militant en faveur de la déchéance de l'autorité parentale, la partie demanderesse devra également convaincre le tribunal qu'il est dans l'intérêt de l'enfant que cette mesure exceptionnelle soit prononcée. En présence d'un motif grave, les tribunaux tendent toutefois à présumer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de déchoir le parent visé par les procédures de son autorité parentale, opérant ainsi un renversement du fardeau de preuve<sup>150</sup>.

L'appréciation de ce critère par les tribunaux consiste essentiellement à déterminer, après avoir procédé à une analyse des faits et des relations que l'enfant entretient avec ses parents, si le maintien de l'autorité parentale aura pour effet de lui causer préjudice à court ou à long

---

<sup>148</sup> Pour des exemples de situations où l'abandon a été jugé involontaire, voir : *Droit de la famille – 930*, [1991] R.J.Q. 72 (C.A.) (déménagement à l'étranger); Incarcération : *N.C. c. B.R.*, B.E. 2005BE-572 (C.S.); *N.C. c. É.A.*, [2003] R.D.F. 943 (C.S.); *G.L. c. B.G.*, [2002] R.D.F. 561 (C.S.). *Contra* : *Droit de la famille – 071776*, 2007 QCCS 3403 ; *Droit de la famille – 3441*, [1999] R.D.F. 740 (C.S.), conf. par 200-09-002751-995 (C.A.); *Droit de la famille – 2120*, [1995] R.D.F. 68 (C.S.). Voir sur cette question : Suzanne PILON, « L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité », (1987) R.D.F. 374, 389 et suiv.

<sup>149</sup> Marie PRATTE, « Les tenants et aboutissants de la notion d'abandon en matière de déchéance de l'autorité parentale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 3.

<sup>150</sup> Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 871, à la note 3052 ; Jean-Pierre SENÉCAL, « La filiation et la déchéance de l'autorité parentale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit de la famille : L'enfant dans le nouveau droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983, p. 81, à la page 109.

terme<sup>151</sup>. À cet égard, les tribunaux reconnaissent généralement que la déchéance est dans l'intérêt de l'enfant lorsque celui-ci a acquis une stabilité et a développé ou est susceptible de développer de nouveaux liens parentaux<sup>152</sup>. Une preuve d'expert sur les dangers que peut représenter un parent pour son enfant ou pour l'un de ses proches, sur son passé criminel, ses problèmes de toxicomanie ou sur les risques de récidive en matière d'abus sexuels sur des enfants pourra certes guider le tribunal dans son analyse de l'intérêt de l'enfant. Il importe toutefois de souligner que l'expertise n'est pas toujours nécessaire et qu'elle ne lie pas strictement le tribunal<sup>153</sup>.

La preuve de circonstances nouvelles permet au parent déchu d'être rétabli dans ses droits, à moins que l'enfant n'ait été adopté, l'adoption ayant pour effet, comme nous l'avons déjà vu, de rompre le lien de filiation d'origine<sup>154</sup>. Selon Michel Tétrault, la preuve exigée en matière de restitution de l'autorité parentale devrait être la même que celle requise du parent voulant éviter la déclaration d'admissibilité à l'adoption de son enfant pour défaut de soins, d'entretien et d'éducation depuis au moins six mois. Cette preuve consiste en la reprise en mains de sa situation personnelle et la mise en place d'un projet de vie réaliste dans l'intérêt de l'enfant<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 872.

<sup>152</sup> *Droit de la famille – 083013*, 2008 QCCA 2262, par. 33 ; *Droit de la famille – 325*, [1987] R.D.F. 71 (C.A.) ; *Droit de la famille – 498*, [1988] R.D.F. 223 (C.S.).

<sup>153</sup> Marie-Christine KIROUACK, « Attributs de l'autorité parentale », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 71 et 72.

<sup>154</sup> Art. 610 C.c.Q. *in fine*.

<sup>155</sup> Michel TÉTRAULT, « La déchéance de l'autorité parentale : tenants et aboutissants », dans *Repères*, octobre 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008REP741. Pour un exemple de situation où la restitution de l'autorité parentale a été ordonnée, voir : *M.B. c. G.R.*, B.E. 2004BE-474 (C.S.).

La déchéance de l'autorité parentale, nous l'avons dit, est une mesure extrêmement sévère. Ainsi, dans l'hypothèse où la situation de l'enfant, tout en commandant une intervention, ne requiert pas une telle sanction, le second alinéa de l'article 606 C.c.Q. offre au tribunal une alternative à la déchéance de l'autorité parentale en lui conférant le pouvoir de « prononcer le retrait d'un attribut de l'autorité parentale ou de son exercice » si l'intérêt de l'enfant et des motifs graves le justifient<sup>156</sup>. C'est ce dont il sera question dans les paragraphes qui suivent.

## § 2 Le retrait d'un attribut ou de son exercice

Le retrait d'un ou de plusieurs attributs de l'autorité parentale est prévu au second alinéa de l'article 606 C.c.Q. et implique la perte de la jouissance du droit et de l'exercice de l'attribut retiré pour le temps et aux conditions déterminés par le tribunal<sup>157</sup>. Cette décision du tribunal n'est toutefois pas irréversible, l'article 610 C.c.Q. permettant au parent visé par l'ordonnance de s'adresser au tribunal afin de récupérer le droit qui lui avait été retiré en justifiant de circonstances nouvelles.

À l'inverse, le parent déchu de l'exercice d'un seul ou de plusieurs attributs de l'autorité parentale empêche ce dernier de prendre certains type de décisions à l'égard de l'enfant ; il conserve néanmoins la pleine capacité de jouissance du droit dont il s'est vu retiré l'exercice. À titre d'exemple, le père qui avait abandonné son enfant pendant une période de près de trois ans, s'est vu retiré, dans *Droit de la famille – 101290*<sup>158</sup>, l'exercice du devoir de surveillance, d'entretien et d'éducation de l'enfant, permettant ainsi à la mère de prendre seule les décisions

---

<sup>156</sup> *N.C. c. J.S.*, J.E. 2006-901 (C.S.). Dans cette décision, la juge Capriolo distingue le « motif grave » du « motif sérieux » qui, sans être d'une gravité aussi importante que le motif invoqué au soutien de la déchéance de l'autorité parentale, doit être suffisamment sérieux pour justifier le retrait d'un attribut de l'autorité parentale.

<sup>157</sup> *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 25.

<sup>158</sup> 2010 QCCS 2457.

relatives aux soins de santé et à la fréquentation scolaire de ce dernier. Considérant que les manquements du père n'étaient pas suffisants pour prononcer la déchéance de l'autorité parentale demandée par la mère, le tribunal a néanmoins considéré qu'il était justifié d'agir en retirant au père l'exercice de certains attributs de l'autorité parentale, comme prévu au second alinéa de l'article 606 C.c.Q.

Selon Michel Tétrault, une tendance favorisant le retrait d'un ou de plusieurs attributs de l'autorité parentale, plutôt que la déchéance de l'autorité parentale, semble s'être développée au sein des tribunaux<sup>159</sup>. Cela se comprend aisément lorsque l'on considère, d'une part, le lourd fardeau de preuve qui pèse sur les épaules de la partie qui demande au tribunal de prononcer la déchéance et, d'autre part, les conséquences irréversibles que peut occasionner le prononcé d'une telle mesure. En effet, la déchéance de l'autorité parentale, bien qu'elle n'ait pas pour effet de rompre le lien de filiation entre l'enfant et son parent déchu, peut néanmoins en faciliter la rupture, puisque le parent déchu perd le droit de consentir à l'adoption de son enfant en vertu de l'article 552 C.c.Q.

Seul l'intérêt de l'enfant devra toutefois guider la décision du tribunal en cette matière, concept dont il sera plus amplement discuté dans le cadre du prochain chapitre.

---

<sup>159</sup> Michel TÉTRAULT, « La déchéance de l'autorité parentale : tenants et aboutissants », dans *Repères*, octobre 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008REP741.

## Conclusion du chapitre premier

Nous avons procédé, dans le présent chapitre, à un examen général du contenu et de la portée du concept d'autorité parentale en droit civil québécois. Ce concept a subi d'importantes modifications législatives à travers les époques, lesquelles ont restreint, au nom de l'intérêt de l'enfant, le pouvoir arbitraire et absolu que détenait le *pater familias* à l'endroit de ce dernier.

Aujourd'hui exercée conjointement par les père et mère de manière égalitaire, l'autorité parentale implique pour ces derniers le devoir d'entretenir et d'éduquer leurs enfants et « de leur apporter un soutien et une sécurité leur permettant de s'épanouir »<sup>160</sup>. Ainsi, et bien que les parents aient le devoir de surveiller les fréquentations de leur enfant, ils ne pourront, sans motifs graves, faire obstacle au maintien des relations significatives que ce dernier aurait pu établir avec des tiers (grands-parents ou autres). Il va sans dire que la continuité de ces relations prend de nos jours une importance particulière dans un contexte de démembrement et de reconstitutions familiales.

Par ailleurs, les pages qui précèdent auront permis de souligner que le parent dont les agissements s'avèrent contraires à l'intérêt de l'enfant peut se voir retirer par le tribunal l'un ou plusieurs des attributs de l'autorité parentale ou leur exercice. Dans les cas les plus graves, c'est-à-dire lorsque le titulaire de l'autorité parentale fait preuve d'un comportement hautement répréhensible, le tribunal pourrait prononcer la déchéance de l'autorité parentale du parent en cause si l'intérêt de l'enfant le justifie.

---

<sup>160</sup> *Droit de la famille – 08727*, 2008 QCCS 1271, par. 15 (C.S.).

À cet égard, il est intéressant de rappeler que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*<sup>161</sup>, a rejeté l'idée selon laquelle l'intérêt de l'enfant constitue un principe de justice fondamentale, tout en confirmant la validité constitutionnelle de l'article 43 du *Code criminel*. Ainsi, les parents qui, au nom de leur devoir d'éducation et dans le respect des limites posées par la Cour dans cette affaire, emploient la force pour corriger leur enfant, ne s'exposent ni à une poursuite criminelle pour voies de fait, ni à un recours civil en déchéance de l'autorité parentale, à moins que la force utilisée ne soit jugée déraisonnable dans les circonstances.

Si l'intérêt de l'enfant est le principe directeur guidant les tribunaux en matière d'autorité parentale, il en va de même en cas de litige concernant la garde des enfants à la suite d'une rupture conjugale. C'est ce dont il sera question dans le prochain chapitre.

---

<sup>161</sup> [2004] 1 R.C.S. 76.

## Chapitre deuxième : L'intérêt de l'enfant et les modalités de l'ordonnance de garde

*Les familles heureuses se ressemblent toutes ; les familles malheureuses sont malheureuses chacune à leur façon*<sup>162</sup>.

### Introduction

L'institution familiale et les relations conjugales ont connu, à travers les dernières décennies et avec l'évolution des réalités conjugales et familiales, d'importantes transformations, que ce soit au niveau de l'âge des conjoints au moment du mariage, des rôles conjugaux, du nombre d'enfants par famille, de la définition du mariage et de la famille, des modèles de conjugalité ou de la durée des unions. À ce dernier égard, la juge Claire l'Heureux-Dubé affirmait, au début des années quatre-vingt-dix, que « le taux de divorce au Canada, entre 1970 et 1987, est passé de 18,6 à 43,1 pour 100 »<sup>163</sup>. Plus récemment, un rapport de recherche présenté au ministère de la Justice du Canada par Heather Juby, Nicole Marcil-Gratton et Céline Le Bourdais indique que « la séparation des parents est de plus en plus fréquente et survient de plus en plus tôt »<sup>164</sup>.

Parmi l'ensemble des questions auxquelles seront confrontés les conjoints dans le cadre de leur rupture, celle relative à la garde de leur enfant mineur est sans doute la plus délicate.

---

<sup>162</sup> Léon TOLSTOÏ, *Anna Karénine*, trad. par Henri MONGAULT, Paris, Gallimard, 1952, p. 3.

<sup>163</sup> *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, 627 [références omises].

<sup>164</sup> Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale sur les enfants et sur les jeunes*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004-FCY-6F, p. 2.

En effet, et comme nous venons de le voir au chapitre précédent, les parents légalement reconnus exercent conjointement les prérogatives que l'autorité parentale leur confère pendant la vie commune, y compris le droit de garde. Or, cette collégialité quant à l'exercice du droit de garde devient impossible dès qu'il y a cessation de la cohabitation en raison de la désunion.

À défaut d'une entente entre les parties<sup>165</sup>, la garde sera déterminée par le tribunal, qui pourra soit confier la garde de l'enfant à l'un des parents, soit plutôt opter pour la garde partagée entre les deux parents, selon ce que lui dicte l'intérêt de l'enfant concerné<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Dans la plupart des cas, les parents s'entendent quant aux modalités de garde et d'accès à la suite de l'éclatement de la cellule familiale : Suzanne GUILLET, « Les droits de l'enfant à l'occasion d'un litige familial », dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014CDD47. Il est toutefois légitime de se questionner sur le réel consentement des parties dans le cadre de ces ententes qui, très souvent, interviennent dans un contexte de déchirement et de grand stress émotionnel, ces circonstances pouvant entraver la capacité des parties d'évaluer de façon réaliste et objective leurs préférences actuelles et à venir. L'enquête réalisée par Renée Joyal auprès de vingt avocats et avocates de la région de Montréal fournit certains éléments de réponse à cette question. En effet, les juristes interrogés admettent qu'il existe parfois des consentements « à l'arraché », la proportion variant toutefois considérablement selon le sexe des répondants, les avocates faisant davantage état de ce type d'entente (12 %) que leurs confrères (2 %). Parmi les différents facteurs incitant un parent à signer une entente contre son gré figurent notamment l'épuisement psychologique, les pressions exercées par l'autre parent ou des tiers, les considérations financières et la crainte d'un passage devant le tribunal : Renée JOYAL, « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents. Perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille », (2004) 64 *R. du B.* 445, 446 et 454.

<sup>166</sup> Dans des cas exceptionnels, la garde pourrait plutôt être confiée à un tiers. Ce sujet ayant précédemment été couvert, nous limiterons nos propos, dans le cadre du présent chapitre, à la garde confiée à l'un et/ou l'autre des parents par le tribunal. Ces jugements de garde sont rendus, en matière de divorce, en vertu de l'article 16(1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), qui autorise le tribunal à « [...] rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux ». En matière de séparation de corps, de dissolution de l'union civile et de séparation de fait, ce sont les articles 514, 521.17 al. 3 et 604 C.c.Q. qui permettent au tribunal de statuer en cette matière. Il va sans dire que le désir exprimé par l'enfant est également un élément important dans l'attribution de sa garde dans la mesure où ce dernier est suffisamment mature pour comprendre les conséquences de son choix, lequel doit être fondé sur des raisons sérieuses (et non être l'expression d'un caprice) et correspondre à l'appréciation du tribunal quant à son intérêt : *Droit de la famille – 1883*, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.). Le droit de l'enfant d'être entendu dans le cadre des décisions qui le concerne est d'ailleurs prévu à l'article 34 C.c.Q., qui prévoit que « [l]e tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent », de même qu'à l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3.

Nous esquisserons, dans la première section du présent chapitre, les grandes lignes des origines de ce concept ainsi que son évolution à travers les époques<sup>167</sup>.

Il conviendra par la suite de discuter, dans la seconde section, des diverses modalités de garde auxquelles son interprétation peut donner lieu, à savoir la garde exclusive et la garde partagée.

En ce qui concerne la garde exclusive, nous nous intéresserons essentiellement aux critères auxquels les tribunaux accordent de l'importance dans le choix du parent gardien, ainsi qu'aux règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale suivant la dissolution de l'union conjugale. Sur ce point, deux éléments retiendront notre attention, à savoir le partage du pouvoir décisionnel que sous-tend la garde exclusive et les principes applicables au déménagement du parent gardien.

Quant à la garde partagée, nous traiterons d'abord des facteurs nécessaires à sa réussite retenus par les tribunaux, pour ensuite nous intéresser aux débats et aux controverses qui existent à son sujet auprès des professionnels des sciences sociales.

## **SECTION 1 : L'INTÉRÊT DE L'ENFANT**

L'intérêt de l'enfant est un principe d'origine anglaise<sup>168</sup>, comme l'indique la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Young c. Young*<sup>169</sup>, dans lequel elle affirme que l'importance du bien-être de

---

Évidemment, plus l'enfant est âgé, plus il sera en mesure d'exposer les motifs à la base de son choix. Aucun âge fixe n'étant toutefois établi, le tribunal devra juger de la volonté de l'enfant selon les circonstances de chaque cas en prenant en considération l'intérêt, la capacité, l'intelligence et le jugement de l'enfant.

<sup>167</sup> Pour un exposé détaillé sur le principe de l'intérêt de l'enfant et de son évolution historique, voir : Andréanne MALACKET, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2010.

l'enfant, d'abord explicitement reconnue par le Parlement anglais dans la *Guardianship of Infants Act*<sup>170</sup>, est ensuite devenue la considération première et primordiale avec l'adoption de la *Guardianship of Infants Act* de 1925<sup>171</sup>. Suivant l'adoption de cette loi, le bien-être de l'enfant, mentionne la juge, « l'emportait désormais sur tout droit dont les parents auraient pu auparavant être titulaires en common law »<sup>172</sup>.

L'intérêt de l'enfant a ainsi très tôt permis aux tribunaux anglais, mais aussi canadien et québécois, de restreindre l'exercice du droit de garde du gardien légal (généralement le père) lorsque celui-ci abusait de ce droit ou s'en rendait indigne ou incapable, comme en fait foi l'extrait jurisprudentiel suivant :

« Le père, et la mère, à son défaut, ont, d'après le droit civil et d'après le droit naturel, droit à la garde de leur enfant. Pour qu'ils soient privés de ce droit, il ne suffit pas d'un caprice d'enfant ; il faut une raison, soit que le père ait abusé de son droit, soit qu'il soit indigne ou incapable de l'exercer. Dans ces cas, étant incapable de remplir son devoir, il ne peut réclamer l'exercice de son droit. C'est ainsi que les auteurs peuvent logiquement dire que l'intérêt des enfants doit seul guider le juge. Se bâser [sic] sur d'autres principes c'est tomber dans l'arbitraire. »<sup>173</sup>

---

<sup>168</sup> Sur la distinction entre les règles de droit et les principes et sur la valeur normative de ces derniers, voir : Ronald DWORKIN, *Positivism*, trad. par Michel TROPER, (1985) 1 *Droit et société* 31.

<sup>169</sup> [1993] 4 R.C.S. 3.

<sup>170</sup> 1886 (R.-U.), 49 & 50 Vict., ch. 27.

<sup>171</sup> 1925 (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 45. L'article premier de cette loi était ainsi libellé : « Where in any proceeding before any court (whether or not a court within the meaning of the Guardianship of Infants Acts, 1886) the custody or upbringing of an infant, or the administration of any property belonging to or held on trust for an infant, or the application of the income thereof, is in question, the court, in deciding that question, shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration, and shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father, in respect of such custody, upbringing, administration or application is superior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father [nous soulignons]. »

<sup>172</sup> *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 36.

<sup>173</sup> *Moquin c. Turgeon*, (1912) 42 C.S. 232, 233.

Le droit de garde absolu dont disposait le gardien légal à l'égard de son enfant, qui pouvait être revendiqué par une requête en *habeas corpus*<sup>174</sup>, était donc limité par l'intérêt de l'enfant, bien qu'aucun texte de loi québécois ne le prévoyait expressément<sup>175</sup>.

Ce principe fut réaffirmé quelques années plus tard par la Cour suprême du Canada, entre autres dans les arrêts *Stevenson c. Florant*<sup>176</sup>, *Dugal c. Lefebvre*<sup>177</sup> et *Taillon c. Donaldson*<sup>178</sup>.

Il s'agissait, dans l'affaire *Stevenson*, d'une requête en *habeas corpus* présentée par la mère d'une enfant de neuf ans et demi afin d'en obtenir la garde, celle-ci ayant été confiée aux grands-parents paternels à la suite du décès du père de l'enfant. La Cour suprême confirme d'abord, du point de vue procédural, que la requête en *habeas corpus* est la procédure appropriée dans de telles circonstances. Sur le fond, la Cour souligne, d'une part, que le droit de garde appartient à la mère en tant que titulaire de l'autorité paternelle et non aux tuteurs (grands-parents) et, d'autre part, qu'il est de l'intérêt de l'enfant de grandir au sein de sa famille d'origine, sous l'autorité paternelle de sa mère. La Cour rejette donc le pourvoi de l'appelant (grand-père), confirmant par le fait même le jugement de première instance rendu par la Cour supérieure qui avait fait droit à la requête de la mère et ordonné aux grands-parents de lui remettre l'enfant<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> Sur la procédure d'*habeas corpus*, voir *supra*, note 83.

<sup>175</sup> Un auteur a d'ailleurs déploré cette « liberté » dont s'autorisaient les tribunaux de suppléer à la loi au nom de la morale et de la conscience : E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 137 et 138.

<sup>176</sup> [1925] R.C.S. 532, conf. par [1927] A.C. 211.

<sup>177</sup> [1934] R.C.S. 501.

<sup>178</sup> [1953] 2 R.C.S. 257.

<sup>179</sup> Le jugement de première instance avait également été confirmé en appel : [1925] 38 B.R. 314.

Il était également question, dans l'affaire Dugal, d'une requête en *habeas corpus* présentée par le père d'un enfant de quinze ans afin d'en récupérer la garde, celle-ci ayant été confiée par le père à la grand-mère maternelle et à une tante à la suite du décès de la mère. Contrairement à l'arrêt Stevenson dans lequel la mère, qui ne s'était jamais désintéressée de son enfant, avait confié sa garde aux grands-parents paternels en raison de l'état d'indigence dans lequel elle s'est retrouvée à la suite du décès de son mari, les circonstances dans l'affaire Dugal révèlent que le père n'a jamais démontré un quelconque intérêt que ce soit pour son enfant. Considérant que l'exercice de l'autorité du père allait, en l'espèce, à l'encontre de l'intérêt de l'enfant et de son libre choix (l'enfant avait clairement manifesté son refus de retourner vivre auprès de son père), la Cour suprême accueille le pourvoi, rétablissant ainsi le jugement de première instance, lequel avait rejeté la requête du père<sup>180</sup>.

Enfin, dans l'affaire Taillon, un bref d'*habeas corpus* était présenté par le père afin de récupérer la garde de son enfant confiée sept ans auparavant à ses parrain et marraine en raison de difficultés financières. Accordant une importance absolue à l'intérêt de l'enfant, les juges majoritaires confirment le jugement de première instance qui avait rejeté la demande présentée par le père, celui-ci n'ayant jamais donné de marques d'affection à son enfant. Tout en considérant l'intérêt de l'enfant concerné dans cette affaire, les juges minoritaires auraient quant à eux fait droit à la requête du père, soulignant que les désavantages qui peuvent résulter pour l'enfant de l'admission du bref introduit par son père « ne doivent pas faire obstacle au droit et faire oublier totalement la considération des avantages d'ordre fondamental et

---

<sup>180</sup> Le jugement d'instance avait été infirmé par la Cour d'appel : [1933] 54 B.R. 82.

permanent que l'enfant doit raisonnablement trouver au foyer naturel de ses père et mère et ses deux frères »<sup>181</sup>.

L'importance primordiale de l'intérêt de l'enfant fut par la suite retenue par les tribunaux québécois lors de l'attribution du droit de garde dans les cas de séparation et de divorce<sup>182</sup>. L'honorable Pierre-Basile Mignault affirmait d'ailleurs, dès 1896, que le plus grand avantage des enfants était le critère devant guider la Cour dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en matière de garde dans les instances en séparation de corps<sup>183</sup>.

C'est ainsi que l'intérêt de l'enfant permettait au père de renverser la présomption jurisprudentielle voulant que la mère, en raison de son soi-disant instinct maternel, était mieux à même de répondre aux différents besoins d'un jeune enfant (« doctrine de l'âge tendre »)<sup>184</sup>. En effet, l'existence d'un lien naturel entre la mère et le jeune enfant ne découlait pas d'une règle de droit, mais d'une présomption jurisprudentielle. Invoquant le caractère dit instinctif de l'amour maternel, les magistrats québécois se gardaient de parler d'affection paternelle ; ceux-ci considéraient plutôt que le rôle du père était d'exercer la discipline et l'autorité dont avaient besoin ses enfants. La Cour d'appel a cependant affirmé, dans un jugement rendu au début des années quatre-vingt, que la présomption voulant que la mère soit naturellement plus douée que

---

<sup>181</sup> [1953] 2 R.C.S. 257, 272 (j. Fauteux). Pour une critique de cette décision, voir : Louis BAUDOUIN, « Puissance paternelle », (1954) 14 *R. du B.* 478.

<sup>182</sup> Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 843. On pourra aussi consulter les décisions citées par les auteurs à la note 207.

<sup>183</sup> Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeurs, 1896, p. 36.

<sup>184</sup> Pour une application jurisprudentielle, voir : *O'Dell c. Gregory*, [1894] 5 R.J.Q. 348.

le père à prendre soin d'un jeune enfant ne constitue pas une règle de droit, mais une règle de bon sens qui repose sur des données que l'évolution des mœurs a modifiées<sup>185</sup>.

L'intérêt de l'enfant donnait également au tribunal la possibilité, en application des anciens articles 200 et 214 C.c.B.C., de confier l'administration provisoire des enfants à la mère (ou à une tierce personne) pendant l'instance en séparation de corps si cela était à leur avantage<sup>186</sup> et, à titre de mesure définitive, de confier les enfants au conjoint fautif si celui-ci était le mieux à même de servir leurs intérêts<sup>187</sup>. En effet, l'ancien article 214 C.c.B.C., entré en vigueur en 1866 et abrogé en 1969, prévoyait que les enfants devaient être confiés à l'époux qui avait obtenu la séparation de corps, à moins que le tribunal, « après avoir consulté le conseil de famille, s'il le juge convenable, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux soient confiés aux soins de l'autre époux, ou d'une tierce personne ». Commentant cet article, le professeur Mayrand considérait que la règle ainsi posée n'avait pas pour effet de faire passer l'intérêt de l'enfant au second plan. Selon cet auteur, le législateur, en adoptant cette disposition, avait tout simplement établi une présomption [simple] que

---

<sup>185</sup> *Droit de la famille* – 7, [1984] C.A. 350. Voir également : *V.P. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268, par. 58, où la Cour d'appel mentionne qu'il n'y a aucune règle voulant qu'une mère soit plus apte à s'occuper des enfants en bas âge.

<sup>186</sup> L'article 200 C.c.B.C., en vigueur de 1866 à 1969, prévoyait que « [l']administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants ». L'expression « administration provisoire », qui semble englober l'ensemble des attributs de la puissance paternelle, était empruntée à l'ancien article 267 du *Code civil français* : François LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905, p. 341.

<sup>187</sup> Le lecteur remarquera que nous n'utilisons pas l'expression « garde des enfants », celle-ci ayant fait son apparition au Code civil qu'en 1969 lors de l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, c. 74, le nouvel article 200 permettant dorénavant aux tribunaux de statuer sur la garde des enfants en dehors des règles qui régissent l'instance en séparation de corps des conjoints : Marie-Christine KIROUACK, « Attributs de l'autorité parentale », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 5.

l'intérêt de l'enfant était d'être confié au parent innocent plutôt qu'au parent coupable<sup>188</sup>. L'arrêt *Bockler c. Bockler*, jugement unanime de la Cour d'appel rendu en 1974, illustre bien l'importance accrue que les tribunaux accordaient à l'intérêt de l'enfant et l'assouplissement de la puissance paternelle qui en résultait, comme en témoignent les propos du juge Gagnon, rendant jugement au nom de la Cour :

« La puissance paternelle vise à assurer l'unité de la société familiale, mais lorsque cette société se désagrège et que l'unité est rompue et remplacée par la discorde et bien souvent l'animosité des parents, le juge n'a plus les contraintes d'autrefois lorsqu'il s'agit pour lui de décider de la garde des enfants et c'est l'intérêt des enfants qui doit être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide. »<sup>189</sup>

Consacré législativement par le *Code civil du Québec* lors de la réforme du droit de la famille de 1980<sup>190</sup> et interprété par la Cour suprême du Canada notamment dans les arrêts

---

<sup>188</sup> Albert MAYRAND, « L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 632.

<sup>189</sup> [1974] C.A. 41, 42.

<sup>190</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 3. Il serait également possible de penser que le principe de l'intérêt de l'enfant a fait son entrée dans le droit commun du Québec dès 1866 sous un vocable différent, les articles 200 et 214 C.c.B.C. concédant au tribunal, comme nous l'écrivions plus haut, un pouvoir discrétionnaire au stade des mesures provisoires (art. 200) et définitives (art. 214), pour le plus grand avantage des enfants [nous soulignons]. La codification, en droit positif québécois, de l'intérêt de l'enfant n'est assurément pas étrangère à la reconnaissance de son importance sur la scène internationale, de même que par diverses législations québécoises. En effet, comme le mentionnait le ministre de la Justice lors de la réforme du Code civil de 1994 : « En ce qui concerne le respect des droits de l'enfant, le Code civil du Québec reprend globalement le droit introduit au Code civil en 1980. Ce chapitre regroupe quelques principes fondamentaux déjà prévus, séparément et sous des aspects particuliers différents, à la *Charte des droits et libertés de la personne*, à la *Loi sur la protection de la jeunesse* (chapitre P-34.1) ou au *Code de procédure civile*. Ces articles s'inspirent également de la *Déclaration des droits de l'enfant* adoptée par les Nations Unies le 20 novembre 1959 (résolution 1386 (XIV) de l'Assemblée générale) et tiennent compte aussi de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (résolution 44/25 de l'Assemblée générale en date du 20 novembre 1989) » : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 30.

*King c. Low*<sup>191</sup> et *Young c. Young*<sup>192</sup>, il ne fait plus aujourd'hui aucun doute que l'intérêt de l'enfant constitue la règle cardinale de toute décision qui le concerne, comme le mentionne la Cour suprême, sous la plume du juge Beetz, dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)* :

« L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 [...] a consacré le caractère primordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le Code civil [...]. »<sup>193</sup>

L'intérêt de l'enfant sera déterminé en prenant en considération chacun des facteurs d'appréciation énoncés au second alinéa de l'article 33 C.c.Q., à savoir « 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 », aucun de ces facteurs n'ayant préséance sur les autres<sup>194</sup>. On comprend aisément, à la lecture de ces facteurs, que leur caractère général fournit une marge de manœuvre importante aux juges d'instance. En effet, si les contours de certaines normes paraissent plus clairement circonscrits, le niveau de détermination du principe de l'intérêt de l'enfant est beaucoup moins élevé, laissant ainsi à l'interprète une plus grande marge d'appréciation. Notons toutefois que la Cour suprême a conclu que l'imprécision de cette norme ne constitue pas un argument en faveur de son inconstitutionnalité. Selon la Cour, le critère de l'intérêt de l'enfant permet non seulement de désigner les considérations ou les facteurs pertinents aux fins de la prise de décisions

---

<sup>191</sup> [1985] 1 R.C.S. 87.

<sup>192</sup> [1993] 4 R.C.S. 3.

<sup>193</sup> [1987] 2 R.C.S. 244, 269, par. 42. Au même effet, voir *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014.

<sup>194</sup> *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 1022, par. 10 : « Lorsqu'il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge est censé prendre en considération chacun des facteurs [énoncés dans la loi applicable] à la lumière de la preuve soumise [...] ».

judiciaires concernant des enfants, mais le large pouvoir discrétionnaire que son application confère aux juges est également essentiel à la mise en œuvre de l'objectif de protection des intérêts de l'enfant visé par la loi<sup>195</sup>.

Le haut degré d'imprécision du principe de l'intérêt de l'enfant a donc amené les tribunaux à se fixer certains points de repère pour évaluer sa teneur et sa portée dans le cadre précis des litiges portant sur la garde, comme nous serons à même de le constater dans les développements qui suivent.

## **SECTION 2 : LES DIVERSES MODALITÉS DE L'ORDONNANCE DE GARDE**

Nous traiterons successivement, dans les prochains paragraphes, des diverses modalités de l'ordonnance de garde que sont la garde exclusive au profit de l'un des parents et la garde partagée.

### **§ 1 La garde exclusive**

D'entrée de jeu, nous préciserons en quoi consiste la garde exclusive pour ensuite aborder les facteurs qui permettent au tribunal de déterminer celui des deux parents à qui la garde de l'enfant sera confiée. Ayant pour effet de priver le parent non gardien de l'exercice du droit de garde, nous discuterons par la suite du rôle et des prérogatives que les régimes juridiques de droit civil et de la common law canadienne confèrent au parent non gardien. Une discussion sur les conséquences du déménagement du parent gardien viendra clore cette section.

---

<sup>195</sup> *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 73-77. De façon plus générale, la Cour suprême du Canada avait antérieurement reconnu, dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, que la précision absolue ou l'exhaustivité de la loi était impossible (théorie de l'imprécision législative).

## A) Définition

En vertu de l'article 4, al. 1 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, la garde est dite exclusive lorsqu'un parent assume plus de 60 % du temps de garde à l'égard d'un enfant<sup>196</sup>. Dans un tel cas de figure, et afin de respecter le principe selon lequel l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contacts compatibles avec son propre intérêt<sup>197</sup>, le parent non gardien se voit généralement accorder un droit d'accès à l'enfant, qui comprend un droit de visite et/ou de sortie devant s'exercer aux périodes fixées par le tribunal<sup>198</sup>.

Lorsque des droits d'accès sont accordés, le parent gardien a l'obligation de les respecter et d'encourager l'enfant à en profiter. Or, comme l'énonce le juge Poitras : « [i]l n'en résulte pas une obligation de laisser aller l'enfant peu importe les répercussions néfastes que l'exercice parfois intempestif d'un tel droit pourrait nécessairement avoir sur l'enfant »<sup>199</sup>. Dès lors, le parent gardien qui constate que l'exercice des droits d'accès du parent non gardien perturbe l'enfant peut s'adresser au tribunal afin de demander leur annulation ou leur modification en vertu des articles 612 C.c.Q. ou 17(1)b) de la *Loi sur le divorce*, selon le cas. Bien que le maintien des contacts entre l'enfant et chacun de ses parents soit un objectif louable, il n'est

---

<sup>196</sup> (1997) 129 G.O. II, 2117. Ce règlement s'applique aux demandes de pensions alimentaires fondées sur le Code civil, de même qu'à celles qui sont présentées en vertu de la *Loi sur le divorce* lorsque les parties résident au Québec. Voir également les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/1997-175 (Gaz. Can. II), art. 9 *a contrario*. Ces lignes directrices fédérales s'appliquent lorsque la demande de pension alimentaire destinée à l'enfant est présentée dans le cadre d'une instance en divorce et que l'une des parties réside à l'extérieur du Québec.

<sup>197</sup> *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), art. 16(10).

<sup>198</sup> Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 329.

<sup>199</sup> *Testani c. Mion*, [1982] R.P. 335 (C.S.).

toutefois pas absolu et il doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige<sup>200</sup>. Ainsi, le tribunal pourra, lorsque requis, interdire tout contact entre l'enfant et le parent non gardien<sup>201</sup> ou, lorsque l'intérêt de l'enfant n'exige pas une telle mesure, assujettir l'ordonnance d'accès à certaines restrictions ou modalités. À titre d'exemple, la Cour supérieure a interdit à la mère de quitter le territoire du Québec durant l'exercice de ses droits d'accès et de s'éloigner à plus de 150 kilomètres de la ville où réside le père. De l'avis du juge Béliveau, qui a rendu jugement, cette ordonnance était justifiée par le comportement passé de la mère qui, lors d'une première séparation, est partie avec les enfants en Ohio à l'insu du père. Puisque ce comportement avait marqué les enfants, la Cour ne voulait pas leur faire courir le risque que la mère refuse une nouvelle fois de les ramener au Canada<sup>202</sup>. De même, dans *Droit de la famille - 103136*<sup>203</sup>, la Cour supérieure accorde au père de courts droits de visite supervisés par un organisme spécialisé en raison de ses graves problèmes psychiques.

## **B) Les facteurs de détermination du parent gardien**

Questionnés, dans le cadre d'une étude réalisée par les professeures Renée Joyal et Anne Quéniart, sur les facteurs de détermination auxquels ils attachent de l'importance dans le choix du parent gardien, les juges mentionnent, entre autres : la capacité du parent de communiquer, de donner du temps à l'enfant et de l'éduquer, l'environnement familial (ambiance familiale, fratrie, voisinage, animal domestique), la disponibilité des parents, la situation géographique

---

<sup>200</sup> *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Le principe a été réitéré dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27.

<sup>201</sup> *Droit de la famille - 09468*, 2009 QCCS 835 (suspension des droits d'accès en raison du caractère hautement colérique du père) ; *Droit de la famille - 072075*, 2007 QCCS 4047 (interdiction de tout contact entre le père et sa fille afin d'assurer le développement et la sécurité affective de l'enfant).

<sup>202</sup> *Droit de la famille - 12908*, 2012 QCCS 1661.

<sup>203</sup> 2010 QCCS 5761.

des parents compte tenu de l'ensemble des activités de l'enfant, la relation de l'enfant avec chacun de ses parents et la capacité de ces derniers à lui donner amour, affection et encadrement<sup>204</sup>. Le jeune âge de l'enfant, qui renvoie à la théorie du lien d'attachement développée par les chercheurs Bowlby et Ainsworth<sup>205</sup>, est un critère qui est également invoqué par les juges afin de justifier l'octroi de la garde exclusive au parent qui, au cours de la vie commune, aura agi à titre de figure parentale principale ou de parent de référence à l'égard de l'enfant<sup>206</sup>.

Selon la littérature, le parent de référence est celui qui prend les décisions concernant le mieux-être de l'enfant, le guide vers une plus grande autonomie et accomplit les tâches

---

<sup>204</sup> Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) 61 *R. du B.* 281, 292. Bien que non soulevés par les juges interviewés, mentionnons que l'identité raciale et le sexe de l'enfant sont des facteurs qui peuvent aussi être considérés dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, le concept de l'identification avec le parent de même sexe ne semblant toutefois être appliqué que lorsque les autres critères permettant d'établir l'intérêt de l'enfant ne peuvent être déterminants : *Droit de la famille – 121496*, 2012 QCCS 2784 ; *Droit de la famille – 111846*, [2011] R.L. 380 (C.S.). Sur la pertinence du critère de la race selon le contexte, voir : *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014. Au surplus, l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), énonce de manière expresse que les tribunaux doivent prendre en considération le fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter les contacts entre l'enfant et l'autre parent.

<sup>205</sup> John BOWLBY, *Attachment and Loss: Vol. 1. Attachment*, New York, Basic Books, 1969 ; John BOWLBY, *Attachment and Loss: Vol. 2. Separation: Anxiety and Anger*, New York, Basic Books, 1973 ; Mary D. SALTER AINSWORTH, « Attachment as Related to Mother-Infant Interaction », dans Jay S. ROSENBLATT, Robert A. HINDE, Colin BEER et Marie-Claire BUSNEL (dir.), *Advances in the Study of Behavior*, vol. 9, New York, Academic Press, 1979, p. 1.

<sup>206</sup> Ce critère semble d'ailleurs avoir été fondamental dans l'affaire *L.S. c. B.J.*, EYB 2005-96771 (C.S.), où la garde d'un enfant de 21 mois a été confiée à la mère, la juge Capriolo étant d'avis qu'un lien affectif très important s'était établi entre la mère et l'enfant durant la première année de sa vie. Pour d'autres illustrations jurisprudentielles où ce concept a joué un rôle déterminant dans l'attribution de la garde à un des parents, voir notamment : *Droit de la famille – 121515*, 2012 QCCA 1140 ; *J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.) ; *G. (S.) c. P. (S.A.)*, REJB 2005-93536 (C.A.) ; *Droit de la famille – 113934*, 2011 QCCS 6691 ; *Droit de la famille – 112288*, 2011 QCCS 3942 ; *Droit de la famille – 091071*, 2009 QCCS 2083 ; *Droit de la famille – 073023*, 2007 QCCS 5746 ; *M.-J.H. c. É.C.*, [2006] R.D.F. 818 (C.S.) ; *Droit de la famille – 1313*, [1990] R.D.F. 198 (C.S.).

généralement reliées à la garde, l'entretien et l'éducation d'un enfant<sup>207</sup>. Il peut s'agir, entre autres, de la préparation et de la planification des repas, de l'achat des vêtements, de la dispensation des soins d'hygiène et de l'éducation sociale, religieuse et culturelle. Citons, à cet égard, le passage très éclairant de la décision *B. (F.) c. M. (M.)* :

« There is more to caretaking than the number of hours spent with the child and attendance at medical appointments and school activities. The evidence has shown that Miss B. is the parent who has taken more initiatives (i.e. orthodontist, nutritionist) and is generally responsible for day-to-day needs: grooming; clothes; birthday presents for friends; clothes labels for camp, organisation of equipment for camp, provision of appropriate stationary for camp, with return stickers, etc., for father, mother and paternal grand-mother; purchase of school books and supplies; etc. »<sup>208</sup>

Bien que l'écart entre le niveau de participation des hommes et des femmes au travail rémunéré, aux tâches ménagères et aux soins d'un enfant ait diminué au cours des dernières décennies<sup>209</sup>, la mère demeure, encore aujourd'hui et dans le contexte d'un couple de sexes différents, le parent qui est le plus impliqué auprès de l'enfant dès sa naissance. En effet, selon

---

<sup>207</sup> Elizabeth J. HUGHES, « Mother's Vicarious Hand: Primary Caregiving Reconcepted as Relationship and Responsibility », (2002-2003) 20 *Can. Fam. Law Q.* 467 ; Susan B. BOYD, « Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption », (1990-91) 7 *Can. Fam. Law Q.* 1 ; Mary D. SALTER AINSWORTH, « The Development of Infant-Mother Attachment », dans Bettye M. CALDWELL et Henry N. RICCIUTI (dir.), *Review of Child Development Research*, vol. 3, Chicago, University of Chicago Press, 1973, p. 1.

<sup>208</sup> REJB 97-01771 (C.S.). Voir également l'article de Brenda COSSMAN et Roxanne MYKITIUK, « Reforming Child Custody and Access in Canada: A Discussion Paper », (1998) 15 *Can J. Fam. L.* 13, où les auteures reprennent les facteurs énoncés par la West Virginia Supreme Court dans l'affaire *Garska c. McCoy*, 278 S.E. 2d 357, soit : « Preparing and planning meals; bathing, grooming and dressing; purchasing, cleaning and care of clothes; medical care, including nursing and trip to physician; arranging for social interaction among peers after school, i.e. transporting to friends' house or, for example, to girl or boy scout meetings; arranging for alternative care, babysitting, day-care, etc.; putting child to bed at night, attending to child in the middle of the night, waking child in the morning; disciplining, including teaching general matters; educating, i.e. religious, cultural, social, etc.; teaching elementary skills, i.e. reading, writing. »

<sup>209</sup> Katherine MARSHALL, *Generational change in paid and unpaid work*, Canadian Social Trends, Statistique Canada, juillet 2011, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/11-008-x/2011002/article/11520-eng.pdf>> (consulté le 12 mai 2014).

de récentes études, les Canadiennes et les Québécoises continuent toujours d'assumer l'essentiel des tâches domestiques ainsi que le soin et l'éducation des enfants en plus de leur travail à l'extérieur de la maison, alors que les hommes consacrent généralement plus d'heures au temps professionnel<sup>210</sup>.

Est-il toutefois important de préciser, avant de conclure sur ce point, que la théorie du lien d'attachement n'est pas sans limite. En effet, si la notion de parent de référence permet de prédire avec plus de certitude la capacité d'un parent d'assumer la garde de l'enfant, rien n'indique qu'il s'agit d'un indicateur immuable, la rupture pouvant occasionner, pour chacun des parents, des changements dans la façon de s'occuper de l'enfant<sup>211</sup>. De même, il importe de se garder de conclure trop rapidement à l'adéquation entre la fréquence et la qualité des contacts entre le parent de référence et l'enfant. En effet, l'implication soutenue d'un parent à l'égard d'un enfant n'est pas toujours garante de la qualité des soins et de la relation d'attachement parent-enfant. Autrement dit, le parent qui passe le plus de temps avec l'enfant n'est pas nécessairement celui qui est en mesure de fournir les conditions optimales à l'établissement d'un lien d'attachement sécurisant. En effet, les conclusions d'une recherche

---

<sup>210</sup> Anne MILAN, Leslie-Anne KEOWN et Covadonga ROBLES URQUIJO, *Les familles, la situation dans le ménage et le travail non rémunéré*, Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe, Statistique Canada, décembre 2011, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11546-fra.pdf>> (consulté le 12 mai 2014) ; MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Un portrait statistique des familles au Québec*, Gouvernement du Québec, 2011, en ligne : <[http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF\\_Portrait\\_stat\\_complet\\_11.pdf](http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF_Portrait_stat_complet_11.pdf)> (consulté le 12 mai 2014) ; Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale sur les enfants et sur les jeunes*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004-FCY-6F ; Susan B. BOYD, *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2003, p. 172 ; Leighton E. STAMPS, « Maternal Preference in Child Custody Decisions », (2002) 37 *Journal of Divorce & Remarriage* 1. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce sujet et d'en traiter plus en profondeur au chapitre troisième.

<sup>211</sup> Michel TÉTRAULT, *La garde partagée. L'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le recours autonome de l'enfant*, Scarborough (Ont.), Carswell, 2000, p. 55.

réalisée en 1983 auprès de 45 familles suédoises démontrent que ce n'est pas la quantité mais bien le type et l'intensité des interactions qui ont le plus d'incidence sur l'attachement<sup>212</sup>.

Ceci étant dit, nous proposons d'étudier dès à présent deux particularités relatives à l'exercice de l'autorité parentale à la suite d'une ordonnance de garde exclusive, à savoir le partage du pouvoir décisionnel que sous-tend cette modalité de garde et les principes applicables au déménagement du parent gardien.

### **C) Les décisions relatives à l'enfant en garde exclusive**

Tel que précédemment mentionné, les parents exercent conjointement les prérogatives que leur confère l'autorité parentale pendant la vie commune. Cette collégialité s'exercera différemment dès qu'il y a cessation de la cohabitation en raison de la désunion et que la garde de l'enfant est confiée exclusivement à l'un des parents. Or, la conception du rôle et des prérogatives du parent non gardien à l'égard de l'enfant confié en garde exclusive à l'autre parent varie selon le régime juridique applicable, c'est-à-dire si le litige sur la garde s'inscrit dans un contexte de droit civil ou de common law.

Nous allons, dans les paragraphes qui suivent, présenter, pour chacun de ces régimes, la façon dont est exercée l'autorité parentale entre les parents à la suite de l'attribution d'une garde exclusive à l'un d'eux. Le rapide détour en common law canadienne que nous nous autorisons vise à mettre en exergue les distinctions entre les deux traditions juridiques qui façonnent le paysage législatif canadien afin de nous permettre, par la suite, de mieux asseoir nos propos concernant le droit civil québécois.

---

<sup>212</sup> Michael LAMB, Majt FRODI, Carl-Philip HWANG et Ann M. FRODI, « Effects of Paternal Involvement on Infant Preferences for Mothers and Fathers », (1983) 54 *Child Development* 450.

## 1) Les principes de droit privé de la common law canadienne

Dans les provinces canadiennes de common law, la notion de garde reçoit une interprétation large, épuisant à elle seule tout le contenu de l'autorité parentale (garde, entretien et éducation). Cette conception de la garde, que le professeur Mayrand qualifiait d'« osmose juridique »<sup>213</sup>, confère au parent gardien l'exercice exclusif de l'autorité parentale, lui permettant ainsi de prendre seul non seulement les décisions quotidiennes à l'endroit de l'enfant (heures du repas et du coucher, habitudes alimentaires et vestimentaires, heures des devoirs, etc.)<sup>214</sup>, mais aussi les décisions importantes concernant son bien-être et son éducation (soins médicaux, choix de la religion, choix de l'institution et de la langue d'enseignement, etc.).

L'approche traditionnelle de la common law canadienne est éloquemment exprimée dans le passage suivant d'un arrêt rendu en 1979 par la Cour d'appel de l'Ontario :

« In my view, to award one parent the exclusive custody of a child is to clothe that parent, for whatever period he or she is awarded the custody, with full parental control over, and ultimate parental responsibility for, the care, upbringing and education of the child, generally to the exclusion of the right of the other parent to interfere in the decisions that are made in exercising that control or in carrying out that responsibility. »<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 198.

<sup>214</sup> Précisons toutefois que le parent non gardien possède, lors de l'exercice de ses droits d'accès, la même autonomie décisionnelle que le parent gardien quant aux décisions quotidiennes.

<sup>215</sup> *Kruger c. Kruger*, (1979) 104 D.L.R. (3d) 481, par. 15 (Ont. C.A.). Voir également *Pierce c. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572 (B.C.S.C.), où le juge Spencer énonce, au paragraphe 7 de la décision, que : « the mother's custody gives her the right to direct Katie's education and upbringing, physical, intellectual, spiritual and moral. His [le père] own role through a right of access is that of a very interested observer, giving love and

Ces propos trouvent écho dans le discours doctrinal au Canada anglais. Voici comment les juristes Julien D. Payne et Patrick J. Boyle s'expriment à ce sujet :

« The parent to whom custody is denied is thus deprived of the rights and responsibilities that previously vested in that parent as a joint guardian of the child. [...] It is generally conceded that the granting of access rights to a parent or third party in divorce or matrimonial proceedings confers no decision-making powers respecting the child's upbringing. Even awards of "liberal" or "generous" access do not give the non-custodial parent these rights. »<sup>216</sup>

Plus particulièrement, selon Julien D. Payne, la théorie du pouvoir décisionnel exclusif du parent gardien est consacrée à l'article 2(1) de la *Loi sur le divorce*<sup>217</sup>, dans sa version anglaise, qui est libellé comme suit : « "custody" Includes care, upbringing and any other incident of custody ». Le terme « includes » évoquerait ainsi, selon Payne, la notion traditionnelle de la garde en common law<sup>218</sup>. Or, selon le professeur Mayrand, si, en vertu de la *Loi sur le divorce*, la notion de garde inclut les soins, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache, on ne retrouve nulle part dans cette loi une indication à l'effet que ces éléments constitutifs de la garde reposent en exclusivité sur la tête du parent gardien<sup>219</sup>.

---

support to Katie in the background and standing by in case the chances of life should ever leave Katie motherless. »

<sup>216</sup> Julien D. PAYNE et Patrick J. BOYLE, « Divided Opinions on Joint Custody », (1979) 2 *Fam. L. Rev.* 163, 164 et 165. Notons, par ailleurs, que la juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Young*, décrit le rôle du parent ayant un droit d'accès comme « un observateur très intéressé, donnant amour et appui à l'enfant dans l'ombre » : *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 7.

<sup>217</sup> L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.).

<sup>218</sup> Julien D. PAYNE, *Payne's Commentaries on the Divorce Act, 1985*, Ontario, Don Mills (R. DeBoo), 1986, p. 79.

<sup>219</sup> Albert MAYRAND, « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 31. Sur la rédaction et l'interprétation des lois fédérales en conformité avec les deux systèmes juridiques canadiens, voir : Pierre-André CÔTÉ, « La loi de 1985 sur le divorce et le droit civil », (1987) 47 *R. du B.* 1183.

Cette conception de la garde, qui a pour effet de dépouiller le parent non gardien de tout pouvoir décisionnel à l'égard de son enfant, est empruntée à la jurisprudence d'Angleterre<sup>220</sup>. Elle est toutefois remise en question – ou à tout le moins atténuée – depuis quelques années, en Angleterre<sup>221</sup> comme dans les provinces canadiennes de common law<sup>222</sup>. Afin de faire échec à la concentration de l'autorité parentale sur la tête du seul parent gardien et ainsi rétablir un certain équilibre entre les rôles parentaux, les tribunaux et les juristes canadiens ont scindé la notion de garde en deux – garde physique et garde juridique – et ont créé la notion de « garde juridique conjointe ».

La garde physique, qui accorde à son titulaire le droit de prendre les décisions quotidiennes à l'égard de l'enfant, est la garde au sens strict du terme, c'est-à-dire l'élément physique de l'autorité parentale (présence de l'enfant au domicile du parent gardien)<sup>223</sup>. C'est, comme le dit le professeur Mayrand, « le droit de garde ramené à ses dimensions normales, donc dégagé

---

<sup>220</sup> Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 201 ; Marie PRATTE, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 *R.G.D.* 525, 534-539.

<sup>221</sup> *Dipper v. Dipper*, [1981] Fam. 31, 45 (j. Ormrod) : « It used to be considered that the parent having custody had the right to control the children's education – and in the past their religion. This is a misunderstanding. Neither parent has any pre-emptive right over the other. If there is no agreement as to the education of the children, or their religious upbringing or any other major matter in their lives, that disagreement has to be decided by the court. In day-to-day matters, the parent with custody is naturally in control. To suggest that a parent with custody dominates the situation so far as education or any other serious matter is concerned is quite wrong. »

<sup>222</sup> Voir notamment : *Abbott c. Taylor*, (1986) 2 R.F.L. (3d) 163 (Man.C.A.) ; *Roberts c. Roberts*, (1992) W.D.F.L. 381 (B.C.S.C.) ; *Wingrove c. Wingrove*, (1984) 40 R.F.L. (2d) 428 (Ont. Co. Ct.) ; Berend HOVIUS, « The Changing Role of the Access Parent », (1993-1994) 10 *Can. Fam. Law Q.* 123. En dépit de cette remise en question ou de cette atténuation de l'approche de la common law, la juge L'Heureux-Dubé en fait tout de même application dans les arrêts *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 et *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27.

<sup>223</sup> Marlène CANO, « Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada », (1993-1994) 10 *Can. Fam. Law. Q.* 269, 271.

des attributs de l'autorité parentale qu'il avait absorbé »<sup>224</sup>. Quant à la garde juridique, elle confère à son titulaire le droit de prendre les décisions importantes relatives à l'éducation et à l'orientation intellectuelle et morale de l'enfant. En accordant la garde juridique conjointement aux deux parents, tout en précisant celui qui en aurait la garde physique, les tribunaux investissaient ces derniers du devoir de prendre, ensemble, les décisions importantes que le soin et l'éducation de leur enfant requièrent<sup>225</sup>.

Le juge Thorson définit comme suit cette modalité de garde dans l'arrêt Kruger :

« [...] to award to both parents the joint custody of a child [...] is to clothe both parents with equal parental control over, and equal ultimate parental responsibility for, the care, upbringing and education of the child, but to name one of the parents as the parent with whom the child shall ordinarily reside under that parent's immediate direction and guidance (whether indefinitely or as otherwise stipulated), with the other parent to enjoy such access to the child as does not unreasonably impede the ability of the first to assume his or her immediate direction and guidance of the child, nor unreasonably interfere with the right of the first parent to live his or her own life separate from the other. »<sup>226</sup>

L'ordonnance de garde juridique conjointe (*joint custody*) permet donc, dans les provinces canadiennes de common law, de déroger à la règle générale qui consiste à attribuer au parent désigné comme gardien un pouvoir décisionnel exclusif pour tout ce qui a trait au bien-être et à l'éducation de l'enfant. En droit civil, c'est le phénomène inverse qui s'applique, la règle étant que le parent non gardien conserve de plein droit son autorité parentale, sauf circonstances exceptionnelles, comme nous le verrons plus amplement au point suivant.

---

<sup>224</sup> Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 210.

<sup>225</sup> Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 858.

<sup>226</sup> *Kruger c. Kruger*, (1979) 104 D.L.R. (3d) 481, par. 16 (Ont. C.A.).

## 2) Les règles applicables dans un contexte civiliste

Le débat sur la question du partage des responsabilités parentales à la suite de la rupture a également eu lieu au Québec. En effet, si, en droit civil québécois, le principe selon lequel le parent non gardien conserve le droit de surveiller l'éducation et l'entretien de l'enfant est bien établi, la portée de ce droit de surveillance, prévu à l'article 605 C.c.Q., a donné lieu à deux courants d'interprétation<sup>227</sup>. Cet article, qui indique la manière dont sera exercée l'autorité parentale lorsque la garde de l'enfant est attribuée à l'un des parents (ou à un tiers), se lit comme suit :

« 605. Que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Pouvait-on considérer, à la lecture de cet article, que le législateur a voulu perpétuer, dans toute sa plénitude, le principe de la collégialité de l'autorité parentale prévu à l'article 600 C.c.Q. au-delà du divorce ou de la séparation ?

À l'instar du droit anglais et du droit français<sup>228</sup>, un premier courant interprétait largement la notion de garde et répondait par conséquent à cette question par la négative, le principe de la collégialité au moment de prendre des décisions importantes relatives à l'enfant ne

---

<sup>227</sup> Mentionnons qu'en vertu du principe du bijuridisme consacré à l'article 8.1 de la *Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, la réalité civiliste doit être prise en compte dans le contexte de la *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.). Cela étant, l'interprétation de l'article 605 C.c.Q. sera tout aussi pertinente, que l'ordonnance de garde soit rendue sous l'autorité de la *Loi sur le divorce* ou du Code civil. Pour une application jurisprudentielle de ce principe, voir : *D.W. c. A.G.*, [2003] R.J.Q. 1411, par. 27 (C.A.).

<sup>228</sup> Jusqu'en 1987, l'article 273-2 al.1 du C.civ.fr. se lisait comme suit : « Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre. »

s'appliquant que pendant la vie commune<sup>229</sup>. Interprétant de façon littérale l'article 605 C.c.Q. et invoquant l'autonomie du parent gardien, les tenants de la thèse de l'exercice « monoparental » de l'autorité parentale considéraient que le parent non gardien ne disposait que d'un droit de surveillance *a posteriori* des décisions (quotidiennes et importantes) prises par le parent gardien, celui-ci jouissant dès lors de l'exclusivité du pouvoir décisionnel. Exercé dans le cadre de ses droits de visite et de sortie, ce droit de surveillance permettait au parent non gardien de s'adresser au tribunal lorsqu'il jugeait une décision contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>230</sup>.

À l'inverse, les tenants de la thèse de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, qui donnait à la notion de garde une interprétation restrictive, étaient pour leur part d'avis que le parent non gardien disposait non seulement d'un droit de surveillance des décisions quotidiennes prises par le parent gardien lorsque l'enfant est avec lui<sup>231</sup>, mais aussi d'un droit de participer, en amont, aux décisions importantes concernant l'enfant<sup>232</sup>. Dans une telle perspective, la

---

<sup>229</sup> *Droit de la famille – 301*, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.) ; *Droit de la famille – 361*, [1987] R.D.F. 196 (C.S.) ; *Droit de la famille – 320*, [1987] R.J.Q. 9 (C.S.) ; *Droit de la famille – 37*, J.E. 83-435 (C.S.). Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « La garde conjointe, concept acceptable ou non ? », (1979) 39 *R. du B.* 835, 851 et 852 ; Mario PROVOST, « Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant : réflexion à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel », (1987) 47 *R. du B.* 199.

<sup>230</sup> Art. 604 C.c.Q. ; *Droit de la famille – 37*, J.E. 83-435 (C.S.).

<sup>231</sup> Lorsque le parent non gardien exerce ses droits d'accès, les rôles quant aux décisions quotidiennes sont échangés. Le parent non gardien aura ainsi, pendant cet intermède, le devoir de prendre les décisions courantes concernant l'enfant et le parent gardien pourra s'adresser aux tribunaux s'il en est insatisfait ou s'il considère que les décisions prises par le parent non gardien sont contraires à l'intérêt de l'enfant : Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 205.

<sup>232</sup> *Droit de la famille – 236*, [1985] C.A. 566 ; *Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108 ; *Droit de la famille – 1114*, [1987] R.D.F. 366 (C.S.). Voir également : Marie PRATTE, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 *R.G.D.* 525, où l'auteure mentionne, à la page 565 : « Les pouvoirs que perd le parent non gardien et qui sont compensés par un droit de surveillance sont donc uniquement ceux rattachés au droit de garde : c'est-à-dire la faculté de déterminer la résidence de l'enfant, la surveillance et l'entretien quotidien de celui-ci et le pouvoir de prendre les décisions courantes le concernant. Le parent non gardien, toujours titulaire de l'autorité parentale, conserve par ailleurs l'exercice de ses autres droits. Non seulement peut-il,

« communauté parentale » existe malgré l'échec de la « communauté conjugale »<sup>233</sup>, d'autant plus que « le principe d'égalité formelle entre les conjoints, consacré par notre droit, est préservé »<sup>234</sup>.

Bien que l'interprétation large de la notion de garde représentait l'opinion dominante<sup>235</sup>, les tribunaux tentaient d'y faire échec en ayant recours au concept de garde juridique conjointe développé en common law canadienne<sup>236</sup>. L'utilisation de ce concept en droit civil a toutefois été dénoncée à la fois par les auteurs<sup>237</sup> et par les tribunaux<sup>238</sup>, la garde étant, au Québec, un attribut de l'autorité parentale, alors qu'elle possède, comme nous l'avons vu, un tout autre sens dans les autres provinces du Canada. Ce n'est qu'en 1987, dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*<sup>239</sup>, que la Cour suprême, dans un jugement unanime, vint préciser le sens de l'article 605

---

lorsqu'il héberge l'enfant, prendre les décisions quotidiennes le concernant, mais aussi doit-il, en principe, être consulté pour toutes les décisions impliquant l'avenir de l'enfant » ; Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 51 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeurs, 1896, p. 37.

<sup>233</sup> Hugues FULCHIRON et Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Autorité parentale et parents désunis*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1985, p. 7.

<sup>234</sup> Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 126. Pour une critique de l'égalité formelle, voir : Marlène CANO, « Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada », (1993-1994) 10 *Can. Fam. Law. Q.* 269.

<sup>235</sup> Marie PRATTE, « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) *R.G.D.* 525, 561.

<sup>236</sup> Voir notamment : *Droit de la famille – 301*, [1986] R.J.Q. 2141 (C.S.), inf. en partie par [1988] R.J.Q. 17 (C.A.), aux fins de retirer la garde conjointe aux deux époux et de confier la garde des deux enfants au père, toutes les autres conclusions du jugement de première instance demeurant inchangées ; *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48 ; *Trudeau c. Ouellette*, (1972) C.S. 699.

<sup>237</sup> Jean PINEAU, *Traité élémentaire de droit civil. La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1983, p. 175 ; Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « La garde conjointe, un concept acceptable ou non ? », (1979) 39 *R. du B.* 835, 860.

<sup>238</sup> Du côté des tribunaux, l'expression « garde conjointe » a été dénoncée par la Cour suprême dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244. Cette notion ne qualifiant pas la réalité qu'elle est censée représenter, la Cour lui préféra l'expression « exercice conjoint de l'autorité parentale », qui reflète davantage la conception civiliste de la garde (par. 75-78).

<sup>239</sup> [1987] 2 R.C.S. 244.

C.c.Q. et ainsi mettre fin à l'ambiguïté au sujet des contours de l'autorité parentale lorsque la garde est attribuée en exclusivité à l'un des parents, en retenant une interprétation restrictive de la garde. Bien que cette affaire porte sur les conditions d'attribution de la garde à un tiers, les principes qui y sont énoncés s'appliquent autant au partage de l'autorité parentale entre le parent gardien et le parent non gardien qu'aux responsabilités qui en découlent<sup>240</sup>.

En plus de préciser que l'intérêt de l'enfant suffit pour en confier la garde à un tiers, la Cour indique que la perte de l'exercice du droit de garde ne prive pas le parent non gardien de sa qualité de titulaire de l'autorité parentale. Par conséquent, il dispose non seulement d'un droit de surveillance *a posteriori* à l'égard des décisions quotidiennes prises par le parent gardien, mais également d'un droit de participer, en amont, aux décisions importantes relatives à l'orientation de la vie de son enfant<sup>241</sup>.

Dans une série d'arrêts de la Cour suprême rendus à la suite de l'affaire *C. (G.) c. V.-F. (T.)*<sup>242</sup>, la juge L'Heureux-Dubé réaffirma, en *obiter*, l'interprétation large de la notion de garde en droit civil québécois. Ses motifs sont appuyés par certains de ses collègues dans *P. (D.) c. S. (C.)*, *Young c. Young* et *Gordon c. Goertz*. Elle reçoit toutefois l'assentiment de tous dans *W. (V.) c. S. (D.)*. Il importe toutefois de mentionner que les litiges ne proviennent pas tous du Québec ; il s'agit, dans les affaires *Young* et *Gordon*, de pourvois à l'encontre de jugements rendus respectivement par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de la Cour d'appel de la Saskatchewan en application de la *Loi sur le divorce*. De l'avis de la

---

<sup>240</sup> *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

<sup>241</sup> *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 68 et 69.

<sup>242</sup> *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 ; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 ; *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 et *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108.

professeure Michelle Giroux, les enseignements du juge Beetz dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)* représentent néanmoins toujours l'état du droit au Québec, ceux-ci ayant été remis en question que dans le cadre d'*obiter* qui, en principe, n'ont aucun effet contraignant<sup>243</sup>.

En effet, la notion d'autorité parentale, telle qu'interprétée dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, semble aujourd'hui bel et bien trouver application au Québec, comme en témoignent les jugements récents de la Cour d'appel dans les affaires *W. (D.) c. G. (A.)*<sup>244</sup> et *Droit de la famille - 09746*<sup>245</sup>.

Dans la première affaire, la Cour d'appel considère que la juge de première instance n'a pas erré en confiant la garde exclusive des enfants à la mère (le père demandait pour sa part la garde partagée) en raison de l'importance du conflit opposant les parents. Elle est cependant d'avis que la conclusion du jugement de première instance, qui accordait à la mère la garde des enfants, « avec tous les pouvoirs de décision que comportent le droit et le devoir de garde, d'éducation et d'entretien », équivaut ni plus ni moins à conférer au parent gardien l'exclusivité du pouvoir décisionnel pour toutes les décisions – quotidiennes comme importantes – concernant l'enfant. Or, de l'avis de la Cour, « rien dans les articles 597 à 612 C.c.Q. n'indique que l'égalité d'autorité parentale voulue par le législateur entre les parents soit remise en question par le simple fait que la garde est confiée à l'un d'entre

---

<sup>243</sup> Michelle GIROUX, « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », (1998) 77 *R. du B. can.* 354, 374. Or, selon Nicole Roy, l'impact pratique d'un tel *obiter* se doit d'être considéré. C'est pourquoi elle suggère de prévoir, dans les ententes relatives à la garde des enfants, une clause précisant que l'autorité parentale continue de s'exercer conjointement malgré la rupture : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 134, à la note 324. Sur la remise en question de l'absence d'effet contraignant des *obiter* de la Cour suprême, voir : Mathieu DEVINAT, « L'autorité des *obiter dicta* de la Cour suprême », (1998) 77 *R. du B. can.* 1.

<sup>244</sup> [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.).

<sup>245</sup> [2009] R.J.Q. 945 (C.A.).

eux »<sup>246</sup>, ajoutant que l'article 605 C.c.Q. affirme plutôt le contraire. La Cour précise toutefois que cela n'empêche pas le juge de prononcer, si les circonstances le requièrent, le retrait d'un attribut de l'autorité parentale (ou de son exercice) envers l'un des parents conformément au second alinéa de l'article 606 C.c.Q. et de confier ainsi en exclusivité à l'autre parent le pouvoir décisionnel à l'égard de certaines décisions<sup>247</sup>.

De même, dans *Droit de la famille – 09746*, la Cour d'appel affirme que la théorie de l'exercice exclusif de l'autorité parentale « n'a plus sa place au Québec »<sup>248</sup>. Au demeurant, le fait de confiner le parent non gardien au rôle de simple surveillant risquerait, selon la Cour, de mener à son désintérêt pour l'enfant ce qui, on en conviendra, n'est nullement souhaitable.

Cela dit, il est important de préciser que lorsque la garde est accordée à l'un des parents à la suite d'une rupture, seul ce parent gardien pourra décider du lieu de résidence de l'enfant. Tel que précédemment mentionné, la garde est l'attribut de l'autorité parentale qui permet aux parents – ou à celui qui en a la garde – de déterminer le lieu de résidence de l'enfant mineur. Au concept de garde est donc indissociablement lié, en droit civil, la présence physique de l'enfant<sup>249</sup>. Il sera donc loisible au parent gardien de décider d'un changement de résidence de l'enfant sans l'approbation expresse de la Cour ou du parent qui jouit d'un droit d'accès, à

---

<sup>246</sup> *W. (D.) c. G. (A.)*, [2003] R.J.Q. 1411, par. 25 (C.A.).

<sup>247</sup> Sur le retrait d'un attribut de l'autorité parentale, voir : *supra*, p. 47.

<sup>248</sup> *Droit de la famille – 09746*, [2009] R.J.Q. 945, par. 39 (C.A.).

<sup>249</sup> *G. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, par. 74.

moins d'être soumis à une entente ou une ordonnance judiciaire restreignant explicitement ce pouvoir<sup>250</sup>.

Dans certains cas, le déménagement du parent gardien aura pour effet de limiter la fréquence des droits d'accès du parent non gardien ou, même, de les anéantir complètement. C'est pourquoi le droit permet à ce dernier de s'opposer au changement de résidence de l'enfant par voie de requête en modification de l'ordonnance de garde ou d'accès, dont les principes ont été établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*<sup>251</sup>, dont nous discuterons dès à présent.

#### **D) Le déménagement du parent gardien : principes applicables**

Dans l'arrêt *Gordon*, la garde de l'enfant a été confiée à la mère lors du divorce des parties, le père se voyant quant à lui octroyer de généreux droits d'accès. L'ordonnance de garde prononcée en faveur de la mère ne prévoyait aucune restriction quant au lieu de résidence de l'enfant. La mère a par la suite envisagé de déménager en Australie pour y poursuivre des études en orthodontie, d'où la requête du père réclamant la garde de l'enfant ou, subsidiairement, une ordonnance interdisant à la mère d'amener l'enfant en Australie.

---

<sup>250</sup> *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 ; *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108. Voir aussi : *Droit de la famille - 1826*, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), conf. par *P. (M.) c. L.B. (G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592 ; *Droit de la famille - 190*, (1985) C.A. 201 ; *Droit de la famille - 120*, (1984) C.A. 101 ; *Droit de la famille - 7*, (1984) C.A. 350 ; Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 115.

<sup>251</sup> [1996] 2 R.C.S. 27. Pour une critique de cette décision, voir Anne-France GOLDWATER, « “Long Distance” Custody Cases: Are the child's best interests kept at a distance? », dans *Développements récents en droit familial (1997)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1997DEV378.

Amenée à formuler les principes devant guider les juges à se prononcer sur de telles demandes, la Cour suprême développe un processus d'analyse en deux étapes. Dans un premier temps, le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde ou d'accès doit démontrer qu'il est survenu un changement important dans la situation de l'enfant depuis le prononcé de l'ordonnance de garde initiale. Comme l'écrit la juge McLachlin, cette exigence préliminaire vise à éviter que la requête en modification ne soit qu'un « moyen détourné d'en appeler de l'ordonnance de garde initiale »<sup>252</sup>. Le juge doit donc être convaincu, avant de se prononcer sur le fond de la requête, de l'existence d'un changement qui modifie fondamentalement la situation de l'enfant<sup>253</sup> et que ce changement n'a pas été prévu ou ne pouvait raisonnablement l'être par le juge ayant prononcé l'ordonnance initiale. De l'avis de la Cour, le déménagement du parent gardien qui a pour effet de restreindre de façon considérable les contacts fréquents et positifs que l'enfant entretenait avec le parent non gardien tel que, notamment, le déménagement dans un autre pays ou une autre province, est un changement important<sup>254</sup>.

Une fois cette condition préalable démontrée, le tribunal devra, dans un second temps, évaluer la nouvelle situation et statuer dans l'intérêt de l'enfant en tenant compte de tous les facteurs qui s'y rapportent, sans accorder de présomption favorable au parent gardien, bien que l'opinion de ce dernier doive recevoir une grande considération<sup>255</sup>. Loin de faire mention

---

<sup>252</sup> *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 11.

<sup>253</sup> Conformément aux directives énoncées dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, la juge L'Heureux-Dubé parle de changements « d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée » : *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 65.

<sup>254</sup> *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 14.

<sup>255</sup> Le tribunal devra entre autres tenir compte des éléments suivants : (1) l'entente de garde déjà conclue et la relation actuelle entre l'enfant et le parent gardien ; (2) l'entente déjà conclue sur le droit d'accès et la relation actuelle entre l'enfant et le parent qui exerce ce droit ; (3) l'avantage de maximiser les contacts entre l'enfant

d'une telle présomption, la *Loi sur le divorce* en nie plutôt l'existence, comme l'écrit la juge McLachlin, dont l'opinion est partagée par le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major :

« En exigeant que l'on prouve d'abord qu'il est survenu un changement important dans la situation, le législateur a imposé à la partie requérante, fréquemment le parent ayant un droit d'accès, un fardeau spécial. Si le parent ayant un droit d'accès s'acquitte de ce fardeau, le juge doit alors vérifier à nouveau quel est l'intérêt de l'enfant. Si le législateur avait eu l'intention d'imposer à la seconde étape un autre fardeau spécial au parent ayant un droit d'accès, on peut supposer qu'il l'aurait précisé. »<sup>256</sup>

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ne partagent toutefois pas l'avis de leurs collègues sur ce point. Rendant les motifs en son nom et au nom du juge La Forest, la juge L'Heureux-Dubé considère que lorsque les tribunaux examinent de nouveau les ordonnances de garde ou d'accès initiales, ils doivent présumer qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de demeurer avec le parent gardien, la partie qui conteste le *statu quo* devant dès lors démontrer en quoi le changement de résidence projeté n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. De l'avis de la juge L'Heureux-Dubé, le fardeau de preuve ne devrait reposer sur les épaules du parent gardien que dans la seule hypothèse où celui-ci est soumis à des limites contractuelles ou judiciaires quant à sa mobilité<sup>257</sup>.

---

et les deux parents ; (4) l'opinion de l'enfant ; (5) la raison pour laquelle le parent gardien déménage, uniquement dans le cas exceptionnel où celle-ci a un rapport avec la capacité du parent de pourvoir aux besoins de l'enfant ; (6) la perturbation que peut causer chez l'enfant une modification de la garde et (7) la perturbation que peut causer chez l'enfant l'éloignement de sa famille, des écoles et du milieu auxquels il s'est habitué : *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 49.

<sup>256</sup> *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, par. 39.

<sup>257</sup> Pour une illustration, voir *P. (M.) c. L.B. (G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592, où la mère, qui était soumise à une entente sur mesures accessoires prévoyant qu'elle ne pouvait pas vivre à l'extérieur du Québec jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de huit ans, n'a pas été en mesure de démontrer qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de

La procédure à deux volets énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt Gordon est donc relativement claire. Tous ne semblent toutefois pas en avoir interprété les enseignements de la même façon. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Ligate c. Richardson*<sup>258</sup>, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario semblent avoir compris des propos de la juge McLachlin suivant lesquels il y a lieu « [...] d'accorder le plus grand respect et la plus grande considération aux opinions du parent gardien », qu'il s'agissait d'une indication voulant que cet élément doive recevoir une valeur prépondérante. Ils ont par conséquent renversé le jugement de première instance et permis au parent gardien (en l'occurrence la mère) de déménager avec l'enfant dans une autre ville. À l'inverse, le déménagement du parent gardien a été refusé dans l'arrêt *Woodhouse c. Woodhouse*<sup>259</sup>, les juges majoritaires considérant cette fois-ci qu'il fallait prioriser le principe de la maximisation des contacts entre l'enfant et le parent non gardien. Or, selon la Cour suprême dans l'arrêt Gordon, aucun de ces critères ne doit recevoir une plus grande importance, pas plus que l'ensemble des autres facteurs énumérés par la Cour permettant de déterminer l'intérêt de l'enfant dans un contexte de déménagement.

---

demeurer avec elle et que son déménagement n'avait pas pour but de frustrer les droits d'accès du parent non gardien. Selon Donald Poirier, le fardeau de preuve doit effectivement reposer sur les épaules du parent qui s'oppose au déménagement du parent gardien puisque l'application du principe de l'intérêt de l'enfant ne doit pas être dissocié de son contexte constitutionnel. Cela étant, le parent qui désire restreindre la liberté d'établissement du parent gardien garantie par l'article 6 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], doit dès lors démontrer que le déménagement entraîne un risque important pour le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant : Donald POIRIER, « La liberté d'établissement du parent gardien : les aspects constitutionnels », (1994) 26:3 *R.D. Ottawa* 627.

<sup>258</sup> (1997) 34 O.R. (3d) 423 (Ont. C.A.).

<sup>259</sup> (1996) 136 D.L.R. (4th) 577 (Ont. C.A.).

Au Québec, l'analyse des jugements rendus par les tribunaux suivant l'arrêt Gordon démontre que dans plus de la moitié des cas, le déménagement du parent gardien a été autorisé<sup>260</sup>. Cela étant, et bien qu'il ne s'agisse pas d'une recherche exhaustive, les résultats nous permettent néanmoins d'affirmer que l'absence d'une présomption légale en faveur du parent gardien lui est rarement préjudiciable. Il semble donc y avoir un lien (très) étroit entre l'intérêt de l'enfant et celui du parent gardien, comme l'avait d'ailleurs laissé entendre la juge Abella, alors à la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt MacGyver :

« Custody is an enormous undertaking which ought to be preeminently recognized by the courts in deciding disputed issues incidental to that custody, including mobility. The right or wish to see a child every weekend or two may be of genuine benefit to a child; but it cannot begin to approach the benefit to a child of someone who takes care of him or her every day. The scales used to weigh a child's best interests are not evenly balanced between two parents when one is an occasional and the other a constant presence. They are both, usually, beneficial. But, prima facie, one is demonstrably more beneficial than the other. »<sup>261</sup>

Bien que cette dernière décision s'inscrive dans un contexte de common law, où la notion de garde n'a pas la même définition qu'en droit civil, nous considérons néanmoins que le passage cité témoigne d'une réalité, quant à la détermination de l'intérêt de l'enfant dans un contexte de déménagement du parent gardien, laquelle traverse les frontières juridiques.

---

<sup>260</sup> L'étude jurisprudentielle, dont copie nous a été transmise par la juge Marie-Christine Laberge de la Cour supérieure du Québec, a été réalisée par M<sup>e</sup> Maria R. Battaglia et distribuée aux juges de la Cour supérieure lors d'une conférence portant sur la garde et le droit de mobilité du parent gardien. Les jugements analysés ont été rendus entre les années 1996 et 2010. Seuls les jugements rapportés et substantiellement motivés ont été retenus.

<sup>261</sup> *MacGyver c. Richard*, (1995) 22 O.R. (3d) 481 (Ont. C.A.).

Les grands contours de la garde exclusive ayant été exposés, nous nous intéresserons, dans les prochaines pages, à la seconde modalité de garde possible à la suite d'une rupture conjugale, à savoir la garde partagée.

## § 2 La garde partagée

Comme nous l'avons fait en ce qui concerne la garde exclusive, nous débuterons notre exposé en précisant en quoi consiste la garde partagée. Nous exposerons ensuite les critères perçus comme étant de nature à maximiser la réussite de cette modalité de garde ; ces critères ont été dégagés par la Cour d'appel du Québec. Nous discuterons, en dernier lieu, des risques et des bienfaits de la garde partagée à la lumière de la littérature scientifique.

### A) Définition

La « garde partagée », aussi appelée « garde alternative ou garde alternée »<sup>262</sup>, désigne l'exercice commun du droit de garde (au sens civil du terme). Cette modalité de garde est reconnue expressément par l'article 16(4) de la *Loi sur le divorce*<sup>263</sup>, qui édicte que « l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut prévoir la garde par une ou plusieurs personnes des enfants à charge ou de l'un d'eux ou l'accès auprès de ces enfants ».

---

<sup>262</sup> Albert Mayrand définit la garde alternative (alternée) comme celle « qui est confiée successivement à plusieurs personnes, ordinairement les deux parents divorcés [ou séparés], pour que chacune d'elles, tour à tour, retienne l'enfant chez elle pour des périodes de temps égales ou tout au moins comparables » : Albert MAYRAND, « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 208.

<sup>263</sup> L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.).

Selon le professeur Goubau, le Code civil, bien qu'il n'envisage pas formellement cette modalité de garde, ne l'exclut pas pour autant puisqu'il laisse aux tribunaux le soin de prendre les décisions dans l'intérêt de l'enfant en vertu des articles 33 et 604<sup>264</sup>.

Il s'agit de la modalité de garde où l'enfant « réside alternativement chez chacun des gardiens, pendant une période de temps à peu près égale »<sup>265</sup>.

Aux fins de la réglementation provinciale<sup>266</sup> et fédérale<sup>267</sup> en matière d'obligation alimentaire, il y aura garde partagée lorsque chacun des parents assume au moins 40 % du temps de garde au cours de la même année. Selon Harry Timmermans, il importe de faire montre de souplesse quant à la division du temps de garde en cette matière ; tel ne serait pas le cas si le législateur imposait un temps de présence parfaitement égalitaire<sup>268</sup>. Généralement, le temps de garde est partagé entre les parents de façon concomitante, soit une semaine avec l'un suivie d'une semaine avec l'autre parent. Cependant, lorsque les circonstances le justifient en raison, notamment, de la distance qui sépare les résidences des parents ou de leur disponibilité respective, les périodes de garde partagée peuvent être asymétriques<sup>269</sup> ou à exécution successive<sup>270</sup>.

---

<sup>264</sup> Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 110.

<sup>265</sup> Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 476.

<sup>266</sup> *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 129 G.O. II, 2117, art. 6.

<sup>267</sup> *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/1997-175 (Gaz. Can. II), art. 9.

<sup>268</sup> Harry TIMMERMANS, « La garde partagée : une organisation précieuse », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 205.

<sup>269</sup> *Droit de la famille – 08199*, 2008 QCCS 353 (fréquence 5-2-2-5).

<sup>270</sup> *V. (N.) c. D. (E.)*, EYB 2009-160937 (C.S.) (garde partagée d'année en année) ; *F. (D.) c. F. (M.)*, REJB 1998-09765 (C.S.). Dans cette dernière affaire, la garde des enfants a été confiée au père pendant l'année scolaire, du lundi au vendredi, et à la mère pendant les vacances d'été.

Il est important de préciser que la garde partagée ne doit pas être confondue avec la coparentalité, ces notions renvoyant à deux réalités différentes. Si la garde partagée réfère à l'organisation du temps de garde, la coparentalité réfère à la collaboration parentale au sujet de l'enfant, tant avant qu'après une rupture<sup>271</sup>.

L'intégration massive des femmes sur le marché du travail, une prise de conscience de l'importance du rôle du père auprès des enfants et l'idéologie d'égalité des sexes sont autant de facteurs qui, à partir des années 1970, ont permis à la garde partagée de s'imposer dans le discours social et juridique nord-américain et de gagner en popularité<sup>272</sup>. Des parents désirant maintenir une certaine forme d'unité familiale au-delà de la séparation ou du divorce y ont d'ailleurs recours de leur plein gré. D'autres s'y opposent toutefois catégoriquement<sup>273</sup>. Or, le seul désaccord d'un ou des parents quant à la garde partagée n'opère pas une fin de non

---

<sup>271</sup> Michel TÉTRAULT, « La garde partagée : la charrue avant les bœufs ? », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 115, 137.

<sup>272</sup> Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale sur les enfants et sur les jeunes*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004-FCY-6F ; Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 268. Selon Dominique Goubau, la popularité grandissante de la garde partagée s'expliquerait également par l'avènement de la médiation familiale, le principe du partage égal (ou presque) du temps de garde faisant partie des valeurs sous-jacentes à ce mode alternatif de résolution des conflits conjugaux : Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109.

<sup>273</sup> Une étude réalisée par la professeure Renée Joyal démontre l'absence d'intérêt des mères pour la garde partagée, tandis que les pères la demandent beaucoup plus fréquemment : Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 272.

recevoir pour les tribunaux, qui n'hésitent plus à ordonner ce type d'arrangement s'il a des chances de réussir malgré le désaccord<sup>274</sup>.

La garde partagée ne saurait néanmoins être ordonnée, de l'avis de la Cour d'appel, que si l'intérêt de l'enfant le justifie et que les facteurs nécessaires à sa réussite sont réunis, soit : 1) des capacités parentales comparables, 2) une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents, 3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et 4) la stabilité de l'enfant<sup>275</sup>.

Si ces facteurs semblent faire consensus auprès de la magistrature, leur interprétation et leur application concrète engendrent parfois une jurisprudence contradictoire. Un juge pourrait, par exemple, considérer que la distance qui sépare les résidences respectives des deux parents est trop importante et ainsi disqualifier la potentialité de la garde partagée, alors que cette même distance pourrait très bien être jugée raisonnable aux yeux d'un autre juge. Selon un auteur, ces contradictions s'expliquent, d'une part, par l'absence d'unanimité auprès des experts quant

---

<sup>274</sup> Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 478 ; Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 117 ; Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) 61 *R. du B.* 281, 293. Pour des illustrations jurisprudentielles, voir notamment : *Droit de la famille – 301*, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.) ; *D.E.H.S. c. M.E.H.S.*, [2004] R.D.F. 611 (C.S.) ; *M.-C. D. c. S. Du.*, [2001] R.D.F. 617 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3698*, B.E. 2000BE-1063 (C.S.) ; *Droit de la famille – 666*, [1989] R.D.F. 412 (C.S.).

<sup>275</sup> On peut notamment consulter les arrêts suivants : *D. (P.) c. F. (W.)*, sub nom. *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289 ; *V.F. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268 ; *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 ; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 ; *G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210 ; *T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 ; *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 ; *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091.

aux bienfaits de la garde partagée et, d'autre part, par la conception personnelle du juge quant à l'intérêt de l'enfant dans le contexte de la séparation de ses parents<sup>276</sup>.

En ce qui nous concerne, nous ne procéderons pas, dans le cadre de cette thèse, à l'analyse des différents critères d'application de la garde partagée que peuvent faire les juges. Nous nous intéresserons certes aux conceptions personnelles du juge, mais en portant uniquement notre attention sur l'effet potentiel qu'elles peuvent avoir sur la décision finale, c'est-à-dire celle qui consiste à octroyer une garde partagée ou une garde exclusive après avoir conclu, suivant une première analyse, que ces deux modalités de garde sont possibles et se justifient à la lumière de l'intérêt de l'enfant. Le choix de ne considérer que la décision finale se justifie par l'exigence de ne conserver pour analyse que les décisions où les deux modalités de garde étaient possibles (décisions « neutres »). Or, nous ne sommes pas sans ignorer que l'interprétation des facteurs de réussite de la garde partagée implique, en elle-même, un processus intellectuel qui peut certes être teinté de subjectivité. Il n'entraîne toutefois pas dans l'objectif de notre thèse de mettre en lumière les motifs pour lesquels certains juges considèrent plus facilement ou plus fréquemment que d'autres que les critères nécessaires à la garde partagée sont rencontrés. Un tel exercice relève, à notre avis, d'une toute autre recherche.

---

<sup>276</sup> Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 121.

Nous verrons maintenant à quoi réfère plus particulièrement chacun des critères de réussite énoncés par la Cour d'appel.

## **B) Les critères de réussite**

Les critères de réussite de la garde partagée seront discutés dans l'ordre présenté ci-dessus, à savoir : 1) des capacités parentales comparables, 2) une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents, 3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et 4) la stabilité de l'enfant.

### **1) Des capacités parentales comparables**

Que signifie la compétence parentale et comment l'évalue-t-on ? La psychologie se joint ici au droit afin de fournir certains éléments de réponse à cette question, permettant ainsi une meilleure compréhension des enjeux psychologiques des pratiques juridiques en matière de garde d'enfants.

Selon les psychologues Maccoby et Martin, le parent « idéal » est le parent dit « influent-réciproque », c'est-à-dire celui qui préconise un style d'intervention axé sur la compréhension et le dialogue, tout en exerçant un contrôle sur l'enfant par l'établissement de règles claires, adaptées à son âge et à sa personnalité, qu'il fera respecter autrement que par la punition corporelle<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Eleanor E. MACCOBY et John A. MARTIN, « Socialization in the context of the family: Parent-child interaction », dans Paul H. MUSSEN et Eileen Mavis HETHERINGTON (dir.), *Handbook of Child Psychology. Vol. 4: Socialization personality, and social development*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Wiley, 1983, p. 1 et suiv.

Selon les écrits scientifiques recensés par Rodrigue Otis, le parent compétent est celui qui présente un bon équilibre psychologique, qui démontre de l'intérêt à l'endroit de son enfant, qui est attentif, attentionné et à l'écoute de ses besoins, qui lui offre une compréhension empathique, de l'affection, du soutien et de l'amour<sup>278</sup>. Il est à noter qu'un parent aux prises avec une déficience intellectuelle ne fait pas automatiquement de lui un parent incompetent, à moins de démontrer que son problème psychologique invalide ses capacités parentales<sup>279</sup>. Tel pourrait être le cas, notamment, lorsque le parent souffre de schizophrénie ou de dépression chronique sévère<sup>280</sup>. Par ailleurs, aucune étude scientifique n'établi de lien entre l'orientation sexuelle des parents et les compétences parentales<sup>281</sup>.

Bien qu'il fût un temps où la religion pratiquée par les parents importait dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant en raison de l'importance que la société québécoise accordait aux valeurs religieuses, elle ne constitue plus, aujourd'hui, un critère qui sera pris en considération dans la détermination de la garde, à moins que les pratiques religieuses de l'un des parents soient de nature à nuire à l'enfant<sup>282</sup>.

Sans discourir en profondeur et dans les moindres détails sur la preuve faite devant eux quant à la compétence parentale, les tribunaux se contentent généralement d'affirmer, lorsqu'ils sont

---

<sup>278</sup> Rodrigue OTIS, avec la collab. de Nathalie BÉRARD, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation. Synthèse des écrits scientifiques*, Québec, Behaviora, 2000, p. 13-25.

<sup>279</sup> *Droit de la famille – 081618*, EYB 2008-137403 (C.S.).

<sup>280</sup> Benjamin M. SCHUTZ, Ellen B. DIXON, Joanne C. LINDENBERGER et Neil J. RUTHER, *Solomon's Sword: A Practical Guide to Conducting Child Custody Evaluations*, San Francisco, Jossey-Bass, 1989, p. 24.

<sup>281</sup> Rodrigue OTIS, avec la collab. de Nathalie BÉRARD, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation. Synthèse des écrits scientifiques*, Québec, Behaviora, 2000, p. 22. L'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, interdit d'ailleurs toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne.

<sup>282</sup> Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 324.

appelés à rendre jugement en matière de garde à la suite d'une rupture conjugale, que les compétences parentales respectives des parents ont été démontrées. Par exemple, dans l'arrêt *Droit de la famille – 113620*, la Cour d'appel, statuant sur l'appel d'un jugement prononcé par le juge Claude Champagne, qui avait accordé la garde exclusive de l'enfant au père, affirme qu'« [il] est acquis au débat que le père et la mère ont une excellente capacité parentale »<sup>283</sup>. De même, dans l'affaire *Droit de la famille – 12319*, le juge Gagnon souligne laconiquement que « [dans] l'état actuel des choses, la capacité parentale de chaque parent est solidement établie »<sup>284</sup>. Enfin, dans l'affaire *Droit de la famille – 113911*<sup>285</sup>, le tribunal se dit convaincu que les défauts respectifs que l'une et l'autre des parties ont pu mettre en évidence ne mettent aucunement en cause leurs qualités parentales respectives.

La capacité parentale sera généralement établie par témoignage et par expertise psychosociale. Le tribunal n'est cependant pas lié par l'opinion de l'expert. Il pourra toujours s'en écarter ou la mettre de côté en justifiant les motifs de son choix<sup>286</sup>. Sans rechercher la perfection – encore puisse-t-elle exister – la lecture de la jurisprudence laisse percevoir que les tribunaux considèrent être en présence de parents compétents lorsque ces derniers sont en mesure de fixer des limites, d'appliquer une discipline adéquate et de transmettre à l'enfant de bonnes valeurs.

---

<sup>283</sup> 2011 QCCA 2164, par. 2.

<sup>284</sup> 2012 QCCS 592, par. 88.

<sup>285</sup> 2001 QCCS 6647, par. 21.

<sup>286</sup> *D.L. c. L.D.*, 2006 QCCA 1259 ; *J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.).

L'absence d'une discipline de vie, la consommation abusive d'alcool ou de drogues<sup>287</sup>, l'incapacité d'identifier les besoins de l'enfant et de les prioriser à ses propres besoins<sup>288</sup> et la violence verbale ou physique à l'endroit de l'enfant ou de l'autre parent peuvent constituer des lacunes au plan des capacités parentales<sup>289</sup>. Mentionnons toutefois que certaines décisions concluent tout de même à la capacité parentale du parent violent dans la mesure où la violence, qu'elle soit physique ou verbale, n'est pas exercée à l'égard de l'enfant.

Par exemple, dans l'affaire *L.C.G. c. M.-C.M.*<sup>290</sup>, le juge Laurent Guertin ordonne la garde partagée des enfants puisque le père, bien qu'il soit un homme violent, n'a jamais dirigé sa violence contre les enfants. La Cour d'appel considère également, dans l'arrêt *Droit de la famille – 072386*<sup>291</sup>, que le seul fait que l'enfant ait été témoin d'une certaine forme de violence du père à l'endroit de la mère n'est pas suffisant pour exclure la garde partagée.

À ces facteurs qui permettent aux tribunaux d'apprécier les capacités parentales des parents s'ajoute la disponibilité des parents à l'égard de leur enfant. Ce critère s'entend du temps dont dispose un parent pour être physiquement et psychologiquement présent avec son enfant<sup>292</sup>. Il ne s'agit pas, pour le tribunal, de porter un quelconque jugement de valeur, mais plutôt de s'assurer que les parents sont en mesure d'offrir du temps de qualité à l'enfant. Ainsi, dans

---

<sup>287</sup> *B.B. c. Be. R.*, [2002] R.D.F. 390 (C.S.).

<sup>288</sup> *Droit de la famille – 08890*, EYB 2008-132494 (C.A.) ; *Droit de la famille – 082468*, EYB 2008-148354 (C.S.).

<sup>289</sup> *Droit de la famille – 102904*, EYB 2010-181538 (C.A.) ; *D.B. c. J.T.*, B.E. 2002BE-300 (C.S.). Certaines législations américaines établissent une présomption à l'effet qu'il est contraire à l'intérêt de l'enfant de confier sa garde à un parent violent : Dominique GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit familial : une mission possible », (1998) 1 *Rev. trim. dr. fam.* 7, 15.

<sup>290</sup> [2004] n<sup>o</sup> AZ-50220108 (C.S.).

<sup>291</sup> [2007] R.D.F. 655 (C.A.).

<sup>292</sup> *Droit de la famille – 678*, [1990] R.D.F. 395 (C.A.).

*Droit de la famille – 102904*, la Cour d’appel confirme en ces termes la décision du juge d’instance, qui avait refusé la demande de garde partagée présentée par le père en raison de son indisponibilité :

« La vente de 40 à 50 résidences par année, lui assurant un revenu net de plus de 225 000 \$, implique de nombreuses rencontres avec les clients, des visites avec les acheteurs éventuels, des séances de signatures d’actes chez le notaire et aussi des démarches pour le financement. Tout cela nécessite beaucoup de travail, et ce, à toute heure du jour, en semaine et en fin de semaine. »<sup>293</sup>

Une fois établies les capacités parentales de chacun des parents, le tribunal doit également s’assurer que ces derniers sont en mesure de communiquer et qu’il n’existe aucun conflit significatif entre eux.

## **2) Une communication fonctionnelle entre les parents et une absence de conflits significatifs**

La fin d’une relation s’accompagne souvent d’un climat de tension et de difficultés de communication entre les anciens conjoints, ce qui peut avoir des retombées négatives sur les enfants. Une situation hautement conflictuelle entre les parents fera ainsi généralement obstacle à l’imposition judiciaire d’une garde partagée, ce qui est particulièrement vrai dans les cas impliquant de très jeunes enfants, leur éducation nécessitant la prise de nombreuses décisions<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> EYB 2010-181538, par. 4 (C.A.).

<sup>294</sup> *R.B. c. N.C.*, 2005 QCCA 844 ; *J.S. c. D.D.*, [2001] R.J.Q. 329 (C.A.) ; *Droit de la famille – 081670*, EYB 2008-137347 (C.S.) ; *M.D. c. É.G.*, [2005] n° AZ-50343333 (C.S.) ; *Droit de la famille – 3213*, [1999] R.D.F. 87 (C.S.).

C'est ainsi que la Cour d'appel confirma la décision de première instance rendue par le juge Gratien Duchesne qui, tout en reconnaissant les capacités parentales de chacun des parents, avait confié la garde de l'enfant à la mère en raison de la relation hautement conflictuelle existant entre les parties<sup>295</sup>. Il en fut de même dans l'affaire *Droit de la famille – 08895*<sup>296</sup>, où les parties, qui ne s'entendaient pas sur la modalité de garde de leur enfant, n'arrivaient pas à communiquer et se dénigraient mutuellement. Dans l'affaire *Droit de la famille – 07426*<sup>297</sup>, le juge Louis Crête, de la Cour supérieure, devait décider de la garde des enfants, âgées respectivement de huit et cinq ans. Après avoir brièvement énoncé les faits et reconnu les capacités parentales de chacun des parents, le juge Crête reprend les propos du juge Jacques Roy qui, dans le même dossier, avait statué sur la garde des enfants au stade des mesures provisoires. Se fondant sur l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille – 3123*<sup>298</sup>, ce dernier énonçait les critères à considérer en matière de garde partagée, à savoir : a) l'intérêt de l'enfant ; b) la stabilité ; c) la capacité des parents de communiquer ; d) la proximité des résidence et, enfin, e) l'absence de conflit. Passant ces critères en revue, le juge Crête estima que les critères afférents à la stabilité et à l'intérêt de l'enfant étaient en l'espèce rencontrés. Il s'exprima toutefois ainsi sur la capacité des parents à communiquer :

« Sur cet aspect de la relation, force est de constater qu'il existe encore entre Mme B et M. A de sérieuses lacunes dans leurs communications. Chacun se méfie de l'autre et, malheureusement, M. A [père] traite Mme B [mère] avec agressivité et même parfois avec mépris. Il suffit pour s'en convaincre de lire les lettres et courriels que M. A a envoyés à Mme B et son avocat, Me Maiorino. Si la

---

<sup>295</sup> *Droit de la famille – 2955*, J.E. 98-746 (C.A.).

<sup>296</sup> EYB 2008-132603 (C.S.).

<sup>297</sup> EYB 2007-116207 (C.S.), conf. par *Droit de la famille – 072209*, EYB 2007-123916 (C.A.), sauf en ce qui a trait à la détermination des droits d'accès de monsieur pendant la période estivale.

<sup>298</sup> J.E. 98-2091 (C.A.).

communication existe de façon minime par la voie des courriels, il n'en demeure pas moins que leur ton est loin de promouvoir la cordialité ou même la civilité des rapports entre les deux. »<sup>299</sup>

De surcroît, le juge Crête souligna que les relations entre les ex-conjoints étaient empreintes de conflits importants. L'éducation religieuse des enfants, les activités parascolaires, le choix de l'institution scolaire et la prise de médicaments par les enfants étaient tout autant des sources de disputes. Dans un tel contexte, l'octroi d'une garde partagée aurait été une invitation à la discorde permanente et rendrait une telle garde invivable pour les enfants. La garde exclusive des enfants fut par conséquent octroyée à la mère, le père bénéficiant, pour sa part, des droits d'accès prévus au jugement<sup>300</sup>.

L'objectif d'un tel positionnement jurisprudentiel est double. Il vise, d'une part, à éviter que l'enfant subisse des tensions importantes et, d'autre part, à atténuer le conflit parental existant. En effet, selon certains auteurs, les contacts fréquents et réguliers qu'occasionne la garde partagée ont pour effet d'exacerber le conflit parental déjà bien présent<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> *Droit de la famille – 07426*, EYB 2007-116207, par. 29 (C.S.).

<sup>300</sup> Pour d'autres illustrations où l'absence de communication ou la présence de conflits importants a fait obstacle à la garde partagée, voir : *Droit de la famille – 07426*, EYB 2007-123916 (C.A.) ; *S. (M.) c. H. (D.)*, EYB 2005-92931 (C.S.) ; *M.T. c. H.M.*, EYB 2004-53738 (C.S.).

<sup>301</sup> Michel GAGNON, « Les mythes de la garde partagée », (2006) 27:1 *Revue québécoise de psychologie* 47 ; Elizabeth J. HUGHES, « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003-2004) 21 *Can. Fam. Law Q.* 1 ; Janet R. JOHNSTON, « Research Update: Children's Adjustment in Sole Custody Compared to Joint Custody Families and Principles for Custody Decision Making », (1995) 33:4 *Family Court Review* 415 ; Frank F. FURSTENBERG et Andrew J. CHERLIN, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. D'autres, au contraire, sont d'avis qu'une garde partagée obligerait les parents aux prises avec des problèmes de communication à prendre un certain recul face à leurs conflits : Janet R. JOHNSTON, Roberto GONZALES et Linda E.G. CAMPBELL, « Ongoing postdivorce conflict and child disturbance », (1987) 15:4 *Journal of Abnormal Child Psychology* 493.

Ceci étant dit, la garde partagée ne requiert pas une communication parfaite et une absence totale de différends entre les ex-conjoints, comme l'exigeait une ancienne tendance jurisprudentielle. Les exigences quant à la qualité de la communication entre les parents ayant été assouplies, la garde partagée de l'enfant peut dorénavant être envisagée dès lors que la preuve démontre qu'il existe une capacité minimale de communication entre les parents en dépit de leur relation conflictuelle<sup>302</sup>. Autrement, « il serait trop facile pour un parent qui s'objecte à une garde partagée de ne pas faciliter la communication avec l'autre parent pour éviter ou rendre plus difficile l'octroi d'une telle garde »<sup>303</sup>.

Bien que la notion de « situation hautement conflictuelle » reste floue<sup>304</sup> et qu'il n'existe pas de liste exhaustive d'éléments permettant aux tribunaux de déterminer avec certitude l'existence d'un conflit qui aura une influence certaine sur la qualité de la communication entre les parties, certains indices sont néanmoins révélateurs, tels le fonctionnement du couple avant la rupture, la violence physique ou verbale, la difficulté à accepter la rupture, l'hostilité des relations, la différence de vision quant à la façon d'éduquer les enfants, l'importance des procédures au dossier et les allégations qu'elles contiennent<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> *G. (G.) c. P. (J.)*, EYB 2005-86089 (C.A.). Une garde partagée a ainsi été octroyée, en dépit des difficultés de communication, notamment dans : *Droit de la famille – 092467*, 2009 QCCA 1927 ; *Droit de la famille – 072034*, REJB 2007-123263 (C.A.) ; *G. (G.) c. P. (J.)*, EYB 2005-86089 (C.A.) ; *Droit de la famille - 081568*, EYB 2008-136401 (C.S.) ; *Droit de la famille – 081729*, EYB 2008-137690 (C.S.) ; *Droit de la famille – 083669*, EYB 2008-149568 (C.S.) ; *B. (A.) c. P. (F.)*, REJB 2000-19134 (C.S.).

<sup>303</sup> *Droit de la famille – 3698*, B.E. 2000BE-1063 (C.S.).

<sup>304</sup> Élisabeth GODBOUT, Claudine PARENT et Marie-Christine SAINT-JACQUES, « Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques », (2014) 20 *Enfances, Familles, Générations* 168, 175.

<sup>305</sup> Michel TÉTRAULT, « La garde partagée : la charrue avant les bœufs ? », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 115, 168-170.

Après avoir analysé les capacités parentales des parents, leur faculté de communiquer ainsi que la qualité de leurs relations, le tribunal devra également s'assurer, d'une part, que la distance qui sépare leurs résidences respectives ne fait pas obstacle à la garde partagée et, d'autre part, que cette modalité de garde préserve la stabilité de l'enfant.

### **3) Une proximité géographique et la stabilité de l'enfant**

Le critère de proximité des résidences respectives des parents vise essentiellement à éviter que l'enfant subisse des déplacements prolongés et doive s'adapter à des milieux de vie différents<sup>306</sup>. Aucun paramètre n'est fixé à cet égard, le tout étant, à l'instar des autres critères de réussite de la garde partagée, à l'entière discrétion du tribunal.

C'est ainsi que la juge Kear-Jodoin considéra contraire à l'intérêt des enfants, âgés de dix et sept ans, le fait, pour ces derniers, de devoir voyager environ deux heures par jour – soit le temps requis pour effectuer les allers-retours entre la résidence du père et l'école fréquentée par les enfants – cinq jours par semaine, à raison d'une semaine sur deux<sup>307</sup>. De même, un trajet d'environ quarante-cinq minutes entre l'école de l'enfant de sept ans et le nouveau domicile de son père fut jugé excessif et contraire au bon fonctionnement d'une garde partagée dans l'affaire *Droit de la famille – 132555*<sup>308</sup>.

À l'inverse, dans l'affaire *S.L. c. M.G.*, la juge Catherine La Rosa en vint aux conclusions suivantes :

---

<sup>306</sup> *Droit de la famille – 3237*, B.E. 99BE-210 (C.S.); Michel TÉTRAULT, *La garde partagée. L'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le recours autonome de l'enfant*, Scarborough (Ont.), Carswell, 2000, p. 87.

<sup>307</sup> *Droit de la famille – 141882*, J.E. 2014-1818 (C.S.).

<sup>308</sup> 2013 QCCS 4553, conf. en partie par *Droit de la famille – 141420*, 2014 QCCA 1181, afin d'élargir les droits d'accès du père pendant la période estivale.

« La distance qui sépare le domicile du père de celui de l'école n'est pas une raison suffisante pour mettre de côté la garde partagée. La preuve est contradictoire à ce sujet. Le père affirme qu'il lui en prend 25 minutes pour faire le trajet alors que la mère affirme que c'est plutôt 40 minutes. La réalité se situe probablement entre les deux.

La question à laquelle le Tribunal doit répondre est la suivante: le fait pour les enfants de voyager avec leur père 30 minutes le matin et 30 minutes le soir pour aller à l'école une semaine sur deux est-il contre leur meilleur intérêt? La réponse est négative. La situation de vie des enfants doit s'analyser dans son ensemble en prenant en considération la réalité de vie de l'ensemble de l'unité familiale. Le temps de transport peut devenir un moment de communication privilégié.

Au surplus, l'importance du maintien de la relation significative prime les légers inconvénients que peut représenter la durée du trajet. »<sup>309</sup>

Malgré l'importance du pouvoir discrétionnaire des juges en cette matière et les décisions parfois contradictoires qui peuvent en résulter, il importe de ne pas perdre de vue, comme l'indique la Cour d'appel, que le va-et-vient est inhérent à la plupart des ordonnances de garde partagée, qui implique, par sa nature même, un double domicile et des allers-retours entre les deux<sup>310</sup>.

En ce qui concerne le critère de stabilité, il consiste à s'assurer, pour le tribunal, que l'enfant trouve une certaine continuité au sein de chacune des cellules familiales proposées par ses parents. Il en sera notamment ainsi lorsqu'il y a compatibilité entre leur projet de vie en ce qui le concerne et lorsque chacun d'eux est en mesure d'instaurer une routine et un milieu de vie structuré pour l'enfant. La garde partagée sera ainsi contraire à l'intérêt de l'enfant si l'un des

---

<sup>309</sup> 2011 QCCS 459, par. 48-50.

<sup>310</sup> *V.P. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268.

parents connaît des déménagements fréquents et vit de l'instabilité au niveau relationnel (nombreux conjoints)<sup>311</sup>.

Il en sera de même si l'enfant doit composer avec des environnements familiaux forts distincts. Par exemple, dans l'affaire *Droit de la famille – 081635*<sup>312</sup>, l'enfant avait chez sa mère (qui vivait seule) sa propre chambre et ses habitudes, alors qu'il devait composer, chez son père, avec une famille reconstituée et des enfants beaucoup plus vieux que lui. Considérant que le fait de composer avec deux environnements différents n'était pas un avantage pour l'enfant, le juge estime que l'intérêt de l'enfant et sa stabilité requièrent le maintien de la garde exclusive à la mère.

Le concept de stabilité est donc intimement relié à la constance des habitudes et à la continuité des milieux de vie de l'enfant. Il ne s'agit toutefois pas de rechercher des modes d'intervention et des valeurs éducatives, morales et spirituelles identiques d'un milieu à l'autre, mais bien une certaine forme de complémentarité<sup>313</sup>. Ainsi, pour que la garde partagée soit contre-indiquée, il faut que la différence des projets de vie pour l'enfant soit « d'une nature et d'une importance telles que la façon de l'un devrait être privilégiée par rapport à la façon de l'autre [...] »<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> *Droit de la famille – 081953*, EYB 2008-145742 (C.S.).

<sup>312</sup> EYB 2008-137433 (C.S.), conf. en partie par *Droit de la famille – 091113*, EYB 2009-158721 (C.A.) afin d'élargir les droits d'accès du père pendant la période estivale. Sur l'importance de la similarité des environnements familiaux pour la stabilité de l'enfant, voir : Alice ABARBANEL, « Shared Parenting after Separation and Divorce: A Study of Joint Custody », (1979) 49:2 *American Journal of Orthopsychiatry* 320.

<sup>313</sup> *Droit de la famille – 071284*, EYB 2007-120341 (C.S.).

<sup>314</sup> *V.P. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268, par. 72.

Bien que la garde partagée soit aujourd'hui une modalité de garde qui n'a rien d'exceptionnel<sup>315</sup> et qu'elle soit de plus en plus populaire parce qu'elle « correspond à la nouvelle symbolique familiale du couple à double investissement professionnel et parental » et à une « vision de complémentarité symétrique des sexes de plus en plus répandue en Amérique du Nord »<sup>316</sup>, certaines oppositions quant à cette modalité de garde persistent au sein de la communauté scientifique. En effet, si la garde partagée représente pour certains une panacée, d'autres s'interrogent sérieusement sur ses bienfaits pour l'enfant ou, même, s'y opposent farouchement.

Nous nous proposons d'effectuer, dans les pages qui suivent, un tour d'horizon des principaux risques et bénéfices de la garde partagée soulevés par la littérature scientifique<sup>317</sup>. Considérant que les écrits scientifiques jouent un rôle de premier plan dans la sphère du droit familial<sup>318</sup>, cet exercice est, nous semble-t-il, essentiel pour une meilleure compréhension de la teneur des décisions rendues en matière de garde d'enfant et – surtout – de leur contradiction.

---

<sup>315</sup> *G. (G.) c. P. (J.)*, EYB 2005-86089 (C.A.), par. 4 ; *T.L. c. L.A.P.* [2002] R.J.Q. 2627, par. 39 (C.A.).

<sup>316</sup> Denyse CÔTÉ, « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social », (2006) 27:1 *Revue québécoise de psychologie* 13, 19.

<sup>317</sup> Pour une synthèse détaillée de la littérature scientifique, voir : Robert BAUSERMAN, « Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review », (2002) 16:1 *Journal of Family Psychology* 91 ; Alan REIFMAN, Laura C. VILLA, Julie A. AMANS, Vasuki RETHINAM et Tiffany Y. TELESCA, « Children of Divorce in the 1990s: A Meta-Analysis », (2001) 36:1-2 *Journal of Divorce & Remarriage* 27 ; Rodrigue OTIS, avec la collab. de Nathalie BÉRARD, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation. Synthèse des écrits scientifiques*, Québec, Behaviora, 2000.

<sup>318</sup> Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Droit de la famille à l'aube du 20<sup>e</sup> siècle : la marche vers l'égalité », (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 3. Mentionnons également que la formation offerte aux juges pour enfants dans les domaines de la pédopsychologie et de la sociologie de la famille semblent également être d'une grande importance et utilité, les juges affirmant avoir besoin « de se tenir au courant de l'évolution des théories sur le développement de l'enfant, ou sur l'évolution de la famille moderne » : Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur divers aspects de la question », (2001) 61 *R. du B* 281, 295.

## C) La garde partagée et la littérature scientifique

Précisons, d'entrée de jeu, que les arguments invoqués à l'encontre ou en faveur de la garde partagée sont essentiellement théoriques, très peu de recherches empiriques ayant été réalisées quant à ses effets à moyen et long terme sur les enfants<sup>319</sup>. De même, la portée statistique des études anglo-saxonne peut être limitée par le fait qu'elles peuvent parfois confondre la garde partagée (résidence alternée) avec l'autorité parentale conjointe<sup>320</sup>.

Ceci étant dit, nous débiterons notre exposé en abordant d'abord les risques qui sont invoqués à l'encontre de la garde partagée pour ensuite nous intéresser aux bénéfices que certains peuvent lui trouver.

### 1) Les risques de la garde partagée

Parmi les arguments qui jouent en défaveur de la garde partagée, on compte, entre autres, l'équité entre les parents qu'elle laisse faussement entendre<sup>321</sup>, au même titre que les problèmes d'adaptation qu'elle occasionne pour l'enfant<sup>322</sup> en plus des fréquents déplacements

---

<sup>319</sup> Francine CYR, « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée ? », (2006) 27:1 *Revue québécoise de psychologie* 79, 80.

<sup>320</sup> Gérard POUSSIN, « La résidence alternée : de loin la principale menace au bien-être des enfants de parents divorcés », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 229, 231. Sur la distinction entre ces deux notions, nous référons le lecteur aux propos tenus ci-dessus, *supra*, p. 68 et suiv.

<sup>321</sup> Denyse CÔTÉ, « L'équité en matière de garde parentale : l'art de l'illusion », dans Marie-Blanche TAHON et Denyse CÔTÉ (dir.), *Famille et fragmentation*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2000, p. 36, où l'auteure mentionne que : « [l]a garde partagée ne peut être une solution universelle et encore moins une solution à l'inégalité bien réelle entre les sexes en matière de prise en charge des enfants ».

<sup>322</sup> À la lumière de recherches récentes, Rodrigue et Catherine Otis concluent que les problèmes d'adaptation que vivent les enfants résultent davantage du conflit parental, ou de la qualité des relations parents-enfant, que de la fin de l'union elle-même ou de la modalité de garde : Rodrigue OTIS et Catherine OTIS, « La garde partagée dans la presse scientifique : symphonie ou cacophonie ? », (2007) 23 *Can. J. Fam. L.* 215, 223. Voir également à ce sujet : Martha SHAFFER, « Joint Custody, Parental Conflict and Children's Adjustment to Divorce: What the Social Science Literature Does and Does not Tell Us », (2007) *Can. Fam. Law. Q.* 285 ;

qu'elle lui impose<sup>323</sup>, sans oublier la survalorisation de l'implication des hommes à la vie familiale dont elle participe<sup>324</sup> et les effets économiques dévastateurs qu'elle engendre chez les femmes souvent déjà financièrement défavorisées en raison du mariage ou de sa rupture<sup>325</sup>. De même, pour certains, cette formule de garde est difficilement acceptable, puisqu'elle va à l'encontre de la psychologie freudienne selon laquelle la mère serait le parent le plus apte à pourvoir aux besoins et à l'éducation des enfants en bas âge en raison de son instinct maternel<sup>326</sup>. Or, ce postulat, mieux connu sous l'appellation de la « doctrine de l'âge tendre », est aujourd'hui révolu en droit civil québécois, l'intérêt de l'enfant étant l'unique critère à considérer dans l'octroi de la garde. Par conséquent, l'attribution ou le refus de la garde partagée ne doit plus, de nos jours, dépendre uniquement de l'âge de l'enfant, comme le souligne la Cour d'appel dans l'arrêt *R.B. c. N.C.*, indiquant que : « le jeune âge de l'enfant ne

---

Richard CLOUTIER, « La garde partagée, où en sommes-nous ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en garde partagée*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 ; Robert. E. EMERY, Randy K. OTTO et William T. O'DONOHUE, « A Critical Assessment of Child Custody Evaluations », (2005) 6:1 *Psychological Science in the Public Interest* 1 ; Gérard POUSSIN, « La résidence alternée est-elle nocive pour les très jeunes enfants ? », dans *La résidence alternée*, Revue Divorce & Séparation, Belgique, Éditions Labor, 2004, p. 27 ; Paul R. AMATO, « The Consequences of Divorce for Adults and Children », (2000) 62:4 *Journal of Marriage and the Family* 1269 ; Joan B. KELLY, « Children's Adjustment in Conflicted Marriage and Divorce: A Decade Review of Research », (2000) 39:8 *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 963 ; Judith SOLOMON et Carol GEORGE, « The effects on attachment of overnight visitation in divorced and separated families: A longitudinal follow-up », dans Judith SOLOMON et Carol GEORGE (dir.), *Attachment Disorganization*, New York, Guilford, 1999, p. 243 ; Deborah Anna LUEPNITZ, « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9:3 *Journal of Divorce* 1.

<sup>323</sup> Judith S. WALLERSTEIN et Sandra BLAKESLEE, *Second Chances: Men, Women, and Children a Decade After Divorce*, New York, Ticknor & Fields, 1989, p. 267 : « [...] transitions between the two homes can easily reinforce anxiety about constancy and reliability of people and places ». Voir également : Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 127.

<sup>324</sup> Susan B. BOYD, *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2003, p. 172.

<sup>325</sup> Sheila J. KUEHL, « Against Joint Custody: A Dissent to the General Bull Moose Theory », (1989) 27:2 *Family & Conciliation Courts Review* 37.

<sup>326</sup> Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.

constitue pas en soi une raison militent en faveur d'une telle conclusion [empêchement à l'octroi d'une garde partagée] »<sup>327</sup>.

Ce positionnement jurisprudentiel ne fait toutefois pas l'unanimité au sein de la communauté scientifique. En effet, certaines recherches sur le développement de l'enfant affirment que les absences prolongées du parent de référence, qui est généralement la mère, doivent être minimisées jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de trois ans. À partir de cet âge, l'enfant a acquis le stade de la constance émotionnelle de l'objet, c'est-à-dire qu'il arrive à avoir une représentation interne stable de la figure parentale en dépit de son absence dans la réalité, et peut ainsi mieux tolérer les absences plus longues de son parent de référence<sup>328</sup>. Une garde partagée peut dès lors être mise progressivement en place dans la mesure, bien entendu, où les autres facteurs ou conditions essentielles à sa réussite sont présents. Pour le pédopsychiatre Maurice Berger, la garde partagée est à proscrire jusqu'à l'âge de six ans, cette période de la

---

<sup>327</sup> 2005 QCCA 844 (l'enfant, en l'espèce, était âgé de 22 mois).

<sup>328</sup> Rodrigue OTIS et Catherine OTIS, « La garde partagée dans la presse scientifique : symphonie ou cacophonie ? », (2007) 23 *Can. J. Fam. L.* 215, 235-240. Les auteurs des *Lignes directrices facultatives en matière de temps parental* semblent également être d'avis que la garde partagée d'un enfant âgé de trois ans et moins est à éviter. Proposant des fourchettes de temps de garde minimales et maximales par tranche d'âge, les auteurs semblent présumer que l'intérêt d'un enfant âgé entre 0 et 48 mois est d'être confié au parent de référence, l'autre se voyant octroyer des droits d'accès dont la durée sera déterminée en fonction de l'âge de l'enfant et d'un mode de pointage prenant en considération divers facteurs tels que, notamment, l'importance du conflit parental, la durée de vie commune et la capacité des parents à communiquer. Voir : Pepita CAPRIOLO, Marie-Christine KIROUACK et Yvon GAUTHIER, « Lignes directrices facultatives en matière de temps parental : document explicatif », document remis lors du colloque organisé conjointement par la Chaire du Notariat et la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Université de Montréal, 3 avril 2014. Voir également : Allen SCHORE et Jennifer E. MCINTOSH, « Family law and the neuroscience of attachment, Part 1. », (2011) 49:3 *Family Court Review* 501.

vie de l'enfant étant celle « de la plus grande vulnérabilité psychique, celle où les troubles risquent le plus de se fixer de manière irrévocable »<sup>329</sup>.

Pour sa part, la psychologue Francine Cyr précise que l'état actuel des recherches portant sur la garde partagée des enfants en bas âge n'offre pas le soutien empirique nécessaire permettant de conclure sur les bénéfices ou les risques de cette modalité de garde pour le jeune enfant<sup>330</sup>. Elle partage néanmoins la vision intégrée de la théorie de l'attachement et de l'implication conjointe des deux parents récemment proposée par Pruett, McIntosh et Kelly. Ayant des perspectives diamétralement opposées dans le débat sur la garde partagée pour les très jeunes enfants, ces auteures s'élèvent au-dessus des débats partisans et unissent leurs voix pour fournir, comme l'indique Cyr, « une guidance quant aux principes, facteurs et hypothèses qui,

---

<sup>329</sup> Maurice BERGER et al., « La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans : une situation à hauts risques psychiques », (2004) 16:3 *Revue Devenir* 213, 227. À l'instar de Maurice Berger, le psychiatre français Robert P. Liberman s'oppose avec force à la garde partagée (ou à la résidence alternée, pour reprendre l'expression utilisée en France) pour les enfants d'âge préscolaire : Robert. P. LIBERMAN, *Les enfants du divorce*, Paris, Presses universitaires de France, 1979.

<sup>330</sup> Francine CYR, « Penser la complexité de la garde chez le nourrisson et l'enfant d'âge préscolaire », dans Karine POITRAS, Louis MIGNAULT et Dominique GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de garde. Regards psychologiques et juridiques*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 7, à la page 21. L'auteure souligne qu'à ce jour, seules trois études portant sur la garde partagée des enfants en bas âge sont disponibles, soit : Judith SOLOMON et Carol GEORGE, « The development of attachment in separated and divorced families : Effects of overnight visitation, parent and couple variables », (1999) 1:1 *Attachment & Human Development* 2 ; Marsha Kline PRUETT, Rachel EBLING et Glendessa INSABELLA, « Critical aspects of parenting plans for young children interjecting data into the debate about overnights », (2004) 42:1 *Family Court Review* 39 ; Jennifer E. MCINTOSH, Bruce SMYTH et Margaret KELAHER, « Overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children », dans Jennifer E. MCINTOSH, Bruce SMYTH, Margaret KELAHER, Yvonne WELLS et Caroline LONG (dir.), *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for children: Collected reports*, Victoria, Australian Government Attorney General's Department, 2010, p. 85.

une fois mis ensemble et évalué pour chaque individu, permettront d'en arriver à une décision qui favorisera le meilleur développement de l'enfant »<sup>331</sup>.

Se rattache donc au concept de « parent de référence » un élément de stabilité socio-affective qui sera mise de l'avant par les professionnels des sciences sociales qui s'opposent à la garde partagée, notamment pour des enfants en bas âge.

## 2) Les bienfaits de la garde partagée

Si les risques ou les inconvénients soulevés à l'encontre de la garde partagée sont nombreux, les avantages qui militent en sa faveur ne sont pas en reste<sup>332</sup>. Ainsi mentionnera-t-on, à titre d'exemples, que la garde partagée favorise chez l'enfant une perception positive de lui-même et de ses parents<sup>333</sup>, amenuise les sentiments de rejet et d'abandon<sup>334</sup>, prévient les effets pervers que la séparation peut avoir sur l'enfant (dépression, retrait, agressivité, etc.)<sup>335</sup> et permet à chacun des parents – bien qu'essentiellement au père – de s'impliquer davantage

---

<sup>331</sup> Francine CYR, « Penser la complexité de la garde chez le nourrisson et l'enfant d'âge préscolaire », dans Karine POITRAS, Louis MIGNAULT et Dominique GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de garde. Regards psychologiques et juridiques*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 7, à la page 26. L'étude des auteures Pruett, McIntosh et Kelly peut être consultée dans : Marsha Kline PRUETT, Jennifer E. MCINTOSH et Joan B. KELLY, « Parental separation and overnight care of young children, Part I : Consensus through theoretical and empirical integration », (2014) 52:2 *Family Court Review* 240.

<sup>332</sup> Pour une liste de ces principaux avantages, voir : Lorraine FILION, « Garde partagée et médiation : au-delà des attitudes et des visions qui modèlent nos interventions », dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale – Collectif multidisciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 191, aux pages 202 et 203.

<sup>333</sup> Rebecca J. GLOVER et Connie STEELE, « Comparing the Effects on the Child of Post-Divorce Parenting Arrangements », dans *Children of Divorce: Developmental and Clinical Issues*, New York, Haworth Press, 1989, p. 185 ; Susan STEINMAN, « The Experience of Children in a Joint-Custody Arrangement: A Report of a Study », (1981) 51:3 *American Journal of Orthopsychiatry* 403.

<sup>334</sup> Stephen M. GADDIS, « Joint Custody of Children: A Divorce Decision-Making Alternative », (1978) 16:1 *Family Court Review* 17.

<sup>335</sup> Jeanne H. BLOCK, Jack BLOCK et Per F. GJERDE, « The Personality of Children Prior to Divorce: A Prospective Study », (1986) 57:4 *Child Development* 827.

dans la prise en charge de l'enfant, tant du point de vue de la fréquence des relations que du versement de la pension alimentaire<sup>336</sup>.

La garde partagée s'est également démarquée de manière avantageuse dans le cadre de recherches empiriques visant à comparer les avantages et les inconvénients des diverses modalités de garde quant à l'adaptation de l'enfant. Ainsi, une étude conclut que les garçons en période de latence qui bénéficient d'une garde partagée sont moins susceptibles de présenter des problèmes de comportement que ceux dont la garde est confiée exclusivement à la mère<sup>337</sup>, alors qu'une autre révèle que l'enfant qui maintient une relation positive avec ses deux parents s'adapte mieux aux nouvelles conditions familiales auxquelles il est désormais

---

<sup>336</sup> Susan L. HUTCHISON, Tamara AFIFI et Stephanie KRAUSE, « The Family that Plays Together Fares Better: Examining the Contribution of Shared Family to Family Resilience Following Divorce », (2007) 46:3-4 *Journal of Divorce & Remarriage* 21 ; Marjorie L. GUNNOE et Sanford L. BRAVER, « The Effects of Joint Legal Custody on Mothers, Fathers, and Children Controlling for Factors that Predispose a Sole Maternal versus Joint Legal Award », (2001) 25:1 *Law and Human Behavior* 25 ; Céline LE BOURDAIS, Heather JUBY et Nicole MARCIL-GRATTON, *Maintien des contacts pères/enfants après la séparation : le point de vue des hommes*, Rapport de recherche soumis à l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants, 2000, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, en ligne : <[http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/2000\\_3/index.html](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/2000_3/index.html)> (consulté le 22 juin 2014) ; Adam SHAPIRO et James David LAMBERT, « Longitudinal Effects of Divorce on the Quality of the Father-Child Relationship and on Fathers' Psychological Well-Being », (1999) 61:2 *Journal of Marriage and Family* 397 ; E. Mavis HETHERINGTON et Margaret M. STANLEY-HAGAN, « The Effects of Divorce on Fathers and Their Children », dans Michael E. LAMB (dir.), *The Role of the Father in Child Development*, 3<sup>e</sup> éd., New York, John Wiley & Sons, 1997, p. 191 ; Joyce A. ARDITTI, « Differences Between Fathers with Joint Custody and Noncustodial Fathers », (1992) 62:2 *American Journal of Orthopsychiatry* 186 ; Madonna E. BOWMAN et Constance R. AHRONS, « Impact of Legal Custody Status on Father's Parenting Postdivorce », (1985) 47:2 *Journal of Marriage and Family* 481 ; Constance R. AHRONS, « Joint Custody Arrangements in the Postdivorce Family », (1980) 3:3 *Journal of Divorce* 189 ; Judith B. GREIF, « Fathers, Children, and Joint Custody », (1979) 49:2 *American Journal of Orthopsychiatry* 311. Pour une analyse critique des écrits canadiens, américains et européens considérés fondamentaux sur l'implication paternelle à la suite d'un divorce, voir : Nicolas ROUSSEAU et Anne QUÉNIART, « Les pères face au système de justice : l'influence des facteurs juridiques sur le niveau d'engagement paternel à la suite d'un divorce », (2004-2005) 21 *Can. J. Fam. L.* 179.

<sup>337</sup> Virginia M. SHILLER, « Loyalty Conflicts and Family Relationships in Latency Age Boys: A Comparison of Joint and Maternal Custody », (1987) 9:4 *Journal of Divorce* 17.

confronté<sup>338</sup>. De même, les enfants vivant en garde partagée démontreraient un niveau plus élevé de satisfaction que ceux qui sont en garde exclusive<sup>339</sup>. Mentionnons toutefois que certaines études visant à mesurer les conséquences de la garde partagée sur les enfants ne distinguent pas toujours entre les situations où cette modalité de garde est imposée par le tribunal de celles où elle est choisie par les parents, ce qui peut avoir un effet considérable sur les résultats<sup>340</sup>. En effet, l'on peut prétendre, sans trop risquer de se tromper, que les ex-conjoints qui optent d'un commun accord pour la garde partagée ont au départ une meilleure relation et seraient ainsi davantage capables de préserver le bien-être de l'enfant. On comprend ainsi aisément l'importance fondamentale de considérer les conditions dans lesquelles s'exerce la garde partagée avant de la critiquer (ou de l'approuver) sans réserve.

De tous les bénéfices mentionnés par la littérature scientifique, le maintien des contacts entre l'enfant et ses deux parents – et avec les membres de sa famille élargie<sup>341</sup> – est de loin celui qui est le plus couramment invoqué<sup>342</sup>. Ainsi, aux côtés du concept de parent de référence ou

---

<sup>338</sup> Deborah Anna LUEPNITZ, « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9:3 *Journal of Divorce* 1.

<sup>339</sup> Louise CAREAU et Richard CLOUTIER, « La garde de l'enfant après la séparation : profil psychosocial et appréciation des familles vivant trois formules différentes », (1990) 13:1 *Apprentissage et socialisation* 55, 63.

<sup>340</sup> Francine CYR, « Pour en finir avec cette polémique autour de la garde physique partagée principalement pour les enfants de moins de six ans », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 185, 188.

<sup>341</sup> Richard CLOUTIER, « La famille séparée demeure la famille de l'enfant », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 197, 199.

<sup>342</sup> Voir notamment : Paule LAMONTAGNE, « L'apport de la psychologie à la garde partagée », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 93, 95 ; Harry TIMMERMANS, « La garde partagée : une organisation précieuse », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 205, 206 ; Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 860 ; Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 332 ; Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 127 ; William N. BENDER, « Joint Custody: The Option of Choice », (1994) 21:3-4 *Journal of Divorce & Remarriage* 115.

de stabilité socio-affective figure le principe fondamental de la continuité relationnelle entre l'enfant et chacun de ses parents. Ce principe est d'ailleurs codifié à l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce* qui énonce que le tribunal, en rendant une ordonnance de garde :

« [...] applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact. »

Deux points de vue s'affrontent donc au sein de la communauté scientifique quant à la garde partagée, soit celui qui, d'une part, en défend et en vante les vertus et celui qui, d'autre part, doute de ses bienfaits, s'il ne les nient tout simplement pas catégoriquement. Des différences d'approche en matière d'attribution du droit de garde s'observent également auprès de la magistrature.

En effet, et bien qu'aucune des deux modalités de garde ne bénéficie d'une présomption légale favorable<sup>343</sup>, la discrétion dont jouissent les juges en cette matière semble avoir donné lieu à des présomptions jurisprudentielles proposant des modèles familiaux complètement opposés, certains juges semblant considérer, en présence des prérequis de faisabilité, que la garde partagée constitue, *a priori*, la formule de garde la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant

---

<sup>343</sup> La Cour d'appel a d'ailleurs statué que bien que le tribunal, en décidant de la garde, doit appliquer le principe selon lequel l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contacts compatibles avec son intérêt, ce principe n'établit aucune présomption en faveur de la garde partagée : *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.); *P. (V.) c. S. (G.)*, REJB 2000-21256 (C.A.). Soulignons que l'opportunité d'introduire une présomption de garde partagée à la *Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.), a été proposée par le député conservateur de Saskatoon-Wanuskewin, M. Maurice Vellacott, dans le cadre d'un projet de loi déposé à la Chambre des communes le 6 décembre 2013 : *Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n<sup>o</sup> C-560 (dépôt et 1<sup>ère</sup> lecture – 6 décembre 2013), 2<sup>e</sup> sess., 41<sup>e</sup> légis. (Can). Ce projet de loi, fortement critiqué par le Barreau du Québec, a toutefois été rejeté à l'étape de la deuxième lecture en date du 28 mai 2014. La lettre adressée au député Vellacott par le Barreau du Québec peut être consultée à l'adresse suivante : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2014/20140428-pl-c560.pdf>>.

puisqu'elle permet le maintien de la relation avec les deux parents<sup>344</sup>. Par exemple, dans l'affaire *S.T. c. L.A.*, le juge Turmel déclare que « la garde alternée, sauf raisons particulières, est celle qui, dans la normalité des choses, devrait être favorisée »<sup>345</sup>. De même, la Cour d'appel, « considérant que le juge de première instance s'est appuyé sur un principe juridique erroné à savoir qu'à priori la garde partagée s'impose à moins que la partie qui s'y oppose ne démontre par une prépondérance de preuve que l'intérêt de l'enfant commande qu'il en soit autrement », infirme le jugement rendu en première instance tout en confiant la garde exclusive de l'enfant à la mère<sup>346</sup>.

Au nom de la stabilité socio-affective à laquelle se rattache la notion de parent de référence, d'autres juges, au contraire, semblent privilégier la garde exclusive en octroyant la garde au parent qui, pendant l'union, a été la figure parentale dominante pour l'enfant<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> La tendance que certains juges ont en faveur de la garde partagée a aussi été constaté par les auteurs. Voir : Yvon GAUTHIER, « Les enfants sont-ils les cobayes de la présomption du Tribunal en faveur de la garde partagée ? », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 203 ; Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109 ; Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 273 et 274 ; Lynne KASSIE et Kimberley WENGER, « Children: Part of the family patrimony? A commentary to joint custody », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Montréal, 2001, p. 789.

<sup>345</sup> [1997] J.Q. no. 3489 (C.S.).

<sup>346</sup> *P. (V.) c. S. (G.)*, REJB 2000-21256 (C.A.).

<sup>347</sup> Dominique GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit familial : une mission possible », (1998) 1 *Rev. trim. dr. fam.* 7, 13. Voir également : Michel TÉTRAULT, *La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 54, où l'auteur mentionne qu'« une revue approfondie de la jurisprudence amène presque à déceler l'existence d'une présomption de fait à l'égard du parent qui a été et est la figure parentale principale auprès de l'enfant sur une période de temps significative et, à défaut de qualifier de "présomption" cette position des tribunaux, il s'agit d'un critère auquel ils attachent une grande importance ». Pour une étude étayée sur la nécessité de reconnaître une telle présomption, voir : Nicholas BALA et Susan MIKLAS, *Rethinking Decisions About Children: Is the « Best Interests of the Child » Approach Really in the Bests Interests of Children?*, Toronto, The Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993, p. 131 et suiv. Il est intéressant de souligner que ces

Les résultats d'entrevues menées par la professeure Renée Joyal au cours de l'hiver 2000 auprès de dix juges de la Cour supérieure du Québec illustrent d'ailleurs bien cette réalité. En effet, parmi les sept juges privilégiant la garde partagée, trois d'entre eux considèrent que cette modalité de garde est la meilleure formule, à moins qu'une preuve ne soit faite démontrant qu'elle est incompatible avec l'intérêt de l'enfant. Il y aurait donc, pour ces derniers, une présomption de fait favorable à la garde partagée.

Sans parler explicitement de présomption, quatre autres juges sont d'avis que la garde partagée devrait être ordonnée dès lors que les critères de faisabilité de cette modalité de garde sont rencontrés<sup>348</sup>.

L'absence d'unanimité des avis scientifiques auxquels réfèrent régulièrement les tribunaux contribue certes aux contradictions jurisprudentielles observées en matière de garde d'enfants. Mais là ne s'arrêtent pas, à notre avis, les explications à ce phénomène. En effet, nous sommes d'avis que les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que sous-tendent l'âge et le genre du juge peuvent influencer sur la teneur des décisions qu'il rend dans un contexte de conflit de garde à la suite d'une rupture conjugale, le tout étant plus amplement explicité au chapitre suivant.

---

présomptions opposent également les groupes pour la défense des droits des hommes et les groupes de revendication féministes sur la notion d'égalité, les premiers revendiquant une égalité formelle (théorique) entre les hommes et les femmes, les second prônant plutôt une égalité réelle qui prenne compte de la réalité de tous les jours : Nicole ROY, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51, 115.

<sup>348</sup> Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 273.

## **Conclusion du chapitre deuxième**

Le présent chapitre était en partie consacré à l'étude du principe de l'intérêt de l'enfant. On aura constaté que ce principe a très tôt permis aux tribunaux de restreindre l'exercice du droit de garde absolu dont disposait le gardien légal, qui était généralement le père. Un parent qui avait confié la garde de son enfant à un tiers tout en s'en étant toujours désintéressé pouvait ainsi se voir refuser le droit d'en récupérer la garde. C'est également au nom de l'intérêt de l'enfant que les tribunaux s'autorisèrent à confier les enfants aux soins du conjoint qui était à l'origine du jugement de divorce ou de séparation de corps, contrairement à la présomption légale voulant que l'intérêt de l'enfant était d'être confié au parent innocent plutôt qu'au parent fautif.

Jouissant, au fil des époques, d'une importance accrue et constituant de nos jours la pierre angulaire de toutes les décisions prises à l'endroit de l'enfant, le principe de l'intérêt de l'enfant a permis d'assouplir les effets de la puissance paternelle et de consolider, par le fait même, le statut de sujet de droit à part entière de l'enfant.

Appliqué dans le cadre d'un litige portant sur la garde des enfants à la suite d'une rupture conjugale, l'intérêt de l'enfant permet au tribunal de déterminer si la garde sera partagée entre les parents ou confiée à l'un d'eux seulement. En d'autres termes, le tribunal doit, dans un contexte post rupture, déterminer si l'intérêt de l'enfant sera mieux servi en confiant la garde de ce dernier à l'un et l'autre de ses parents, ou à un seul d'entre eux.

Dans la mesure où le tribunal confie la garde de l'enfant exclusivement à un des parents, son choix du parent gardien sera guidé par divers facteurs développés par les tribunaux. Parmi ces facteurs figurent, entre autres, l'environnement familial que chacun des parents est en mesure d'offrir à l'enfant, leur disponibilité, la relation que l'enfant entretient avec chacun de ses parents, de même que le jeune âge de l'enfant. Ce dernier élément, qui renvoie à la théorie du lien d'attachement, permettra au tribunal de justifier l'octroi de la garde exclusive de l'enfant au parent qui, au cours de la vie commune, aura agi à titre de figure parentale principale (parent de référence) à son endroit afin de préserver son équilibre socio-affectif. Sur ce point, nous avons souligné qu'il importe de se garder de conclure trop rapidement à l'adéquation entre la fréquence et la qualité des contacts entre le parent de référence et l'enfant, l'implication soutenue d'un parent à l'égard d'un enfant n'étant pas toujours garante de la qualité des soins et de la relation d'attachement parent-enfant.

Nous avons complété notre étude de la garde exclusive par un examen des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale à la suite de l'attribution judiciaire de la garde à un des parents. Des deux thèses qui s'affrontaient, jadis, en droit civil québécois quant au partage des responsabilités parentales dans un contexte de garde exclusive, à savoir la thèse de l'exercice monoparental de l'autorité parentale et celle de l'exercice conjoint de cette même autorité, nous avons constaté que la Cour suprême est venue mettre fin à cette ambiguïté en précisant que la perte de l'exercice du droit de garde ne prive pas le parent non gardien du droit de participer aux décisions importantes relatives à l'orientation de la vie de son enfant.

De surcroît, les pages qui précèdent nous aurons permis de constater, d'une part, que la garde partagée ne peut être ordonnée que si les facteurs nécessaires à sa réussite sont réunis et, d'autre part, que cette formule de garde ne fait pas l'unanimité auprès des experts des sciences sociales. Alors que ses principaux détracteurs invoquent essentiellement le fait qu'elle amenuise l'importance accordée au parent de référence – particulièrement pour les très jeunes enfants – ceux qui en vantent les mérites considèrent surtout qu'elle assure le respect du principe fondamental de la continuité relationnelle entre l'enfant et chacun de ses parents.

Tel que nous avons pu le constater, cette confrontation des points de vue dans la communauté scientifique s'observe également au sein de la magistrature. Alors que certains juges considèrent, en présence des prérequis de faisabilité, que la garde partagée est la formule de garde la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant, d'autres semblent favoriser la garde exclusive en confiant la garde exclusive de l'enfant au parent qui, pendant l'union, a été la figure parentale dominante à son endroit.

Au-delà de l'absence d'unanimité des avis scientifiques auxquels réfèrent régulièrement les tribunaux quant aux risques et bienfaits de la garde partagée, les chapitres qui suivent seront l'occasion de discuter des éléments qui, selon nous, peuvent contribuer aux contradictions jurisprudentielles observées en matière de garde d'enfants dans un contexte post-rupture, à savoir les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que sous-tendent l'âge et le genre du juge.

## **CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE**

Cette première partie de la thèse a permis d'examiner le cadre juridique au sein duquel s'inscrit notre recherche.

Dans le premier chapitre, nous avons tracé un portrait général du régime juridique de l'autorité parentale tel qu'il existe aujourd'hui en droit civil québécois, tout en nous autorisant un bref survol historique en cette matière. Après avoir discuté de l'étendue du pouvoir décisionnel résultant des attributs de l'autorité parentale, dont les parents légalement reconnus sont titulaires de plein droit, nous avons procédé à l'examen des limites à l'exercice de cette autorité. Tel que nous avons pu le constater, ces limites, à l'instar des mécanismes de contrôle judiciaires de l'autorité parentale, sont prévues par le législateur québécois dans le but d'assurer le mieux-être des enfants et de les protéger d'un comportement parental qui serait à l'encontre de leur intérêt.

Cette notion d'intérêt de l'enfant a été approfondie dans le cadre du second chapitre, où nous avons discuté de ses origines et de son évolution à travers les époques. Ce tour d'horizon de la portée et du contenu du concept d'intérêt de l'enfant nous a ensuite amenée à étudier les modalités de garde auxquelles il peut donner lieu, à savoir la garde exclusive – qui définit l'intérêt de l'enfant à la lumière de la stabilité socio-affective de ce dernier – et la garde partagée, qui interprète ce même intérêt en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents.

Nous avons clos le second chapitre de la première partie de la thèse en soulignant que les professionnels des sciences sociales ne sont pas unanimes quant aux bienfaits de la garde partagée et que des différences d'approche à son endroit s'observent également au sein de la magistrature, situation à laquelle nous tenterons d'apporter certaines explications dans la deuxième partie de notre thèse.

## **DEUXIÈME PARTIE**

---

**De l'interprétation de l'intérêt de l'enfant en matière de garde :  
influences du profil du décideur**

## INTRODUCTION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Institution visant la protection de l'enfant, l'autorité parentale s'exerce conjointement par les parents à l'endroit de l'enfant mineur non émancipé. En tant que titulaires de l'autorité parentale et afin de permettre à l'enfant de parvenir à l'âge adulte dans les meilleures conditions possibles, les parents sont investis des droits et des devoirs de garde, de surveillance, d'entretien et d'éducation. Principal attribut de l'autorité parentale, la garde donne aux parents le pouvoir de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et d'exercer ainsi efficacement leurs devoirs de surveillance, d'entretien et d'éducation. En cas de rupture conjugale, et à défaut d'une entente entre les parents, la garde de l'enfant sera déterminée par le tribunal qui, en fonction de l'intérêt de ce dernier, optera soit pour la garde exclusive, soit pour la garde partagée.

Bien qu'aucune de ces modalités de garde ne bénéficie d'une présomption légale favorable, la première partie de notre thèse a démontré que la discrétion judiciaire en cette matière a donné lieu à des « présomptions jurisprudentielles » proposant des modèles familiaux complètement opposés. Alors que certains juges semblent considérer, en présence des prérequis de faisabilité, que la garde partagée constitue, *a priori*, la formule de garde la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant, d'autres, au contraire, semblent privilégier la garde exclusive.

Cela étant, la deuxième partie de la thèse s'intéresse à l'interprétation que reçoit le concept hautement indéterminé de l'intérêt de l'enfant de la part des tribunaux dans un contexte de conflit de garde. Plus particulièrement, nous tenterons de déterminer si le genre et l'âge du

juge sont des marqueurs identitaires qui peuvent éclairer – du moins en partie – les contradictions jurisprudentielles observées en matière de garde.

Après avoir exposé, au chapitre premier, les postulats théoriques nous autorisant à porter notre regard au-delà de la loi et des faits particuliers de chaque espèce, nous mettrons en lumière la manière dont ont été construits, dans la société québécoise, les sujets masculin et féminin au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Ce détour psycho-socio-historique se justifie par l'objectif que poursuit la présente thèse. En effet, comme nous cherchons à déterminer si l'inclinaison des juges vers l'une ou l'autre des modalités de garde peut être influencée par les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que révèlent le genre et la génération à laquelle ils appartiennent, il nous semblait nécessaire, voire indispensable, de définir au préalable le contenu de ces marqueurs identitaires.

Nous procéderons ensuite, au deuxième et dernière chapitre, à la vérification de notre hypothèse de recherche. À cette fin, nous présenterons, dans un premier temps, les typologies que nous avons créées pour chacun des genres et des générations sous étude. Ces typologies mettent en exergue les particularités de ces catégories d'analyse en ce qui concerne la famille, l'économie et le politique. Nous discuterons, dans un second temps, des résultats que nous avons obtenus par l'analyse des décisions « neutres » retenues en fonction du genre et de la génération du décideur et des typologies qui les caractérisent.

## Chapitre premier : Outils d'analyse permettant de saisir l'incidence du profil du décideur

*Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds*<sup>349</sup>.

### Introduction

La précarité croissante des unions conjugales caractérise le Québec d'aujourd'hui. En effet, selon le rapport préliminaire du Comité consultatif sur le droit de la famille, les mariages, tout comme les unions de fait, sont devenus plus instables<sup>350</sup>. Incidemment, de plus en plus d'enfants seront confrontés à l'éclatement de la cellule familiale ou à une recombinaison familiale, enjeux auxquels vient se greffer la délicate question de leur garde.

Lorsque les ex-conjoints n'arrivent pas à s'entendre sur cette question, nous avons vu qu'il revient au tribunal de déterminer la modalité de garde des enfants en fonction de ce que commande leur intérêt.

Dans les cas où le juge est d'avis que la garde partagée ne peut être considérée en raison, par exemple, de l'existence d'un conflit élevé entre les ex-conjoints, il devra octroyer la garde exclusive de l'enfant au parent qu'il jugera le mieux à même de servir l'intérêt de ce dernier. Or, dans les situations où la garde exclusive et la garde partagée sont toutes autant envisageables, le chapitre précédent a permis de constater que certains juges sont *a priori* favorables à la garde partagée, alors que d'autres semblent avoir une préférence pour la garde

---

<sup>349</sup> Karl N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222.

<sup>350</sup> COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, Rapport préliminaire présenté au ministre de la Justice, 2013, p. 9 et 10, en ligne : <[http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp\\_prelim\\_CCDF.pdf](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf)>.

exclusive au parent qui a été et est la figure parentale principale auprès de l'enfant, qui est généralement la mère.

Comment expliquer un tel constat ? Quels sont les éléments auxquels se réfère le juge pour ordonner l'une ou l'autre des modalités de garde ? Peut-on prétendre que l'inclinaison du juge à l'égard de la garde partagée ou de la garde exclusive est influencée par des éléments ou des facteurs autres que le droit et les faits mis en preuve ? Voici, très brièvement exposées, les questions qui sont au centre de notre projet de recherche et auxquelles nous nous intéresserons dans le présent chapitre.

Dans la première section, nous allons d'abord discuter du devoir d'impartialité auquel tout juge est tenu dans sa démarche interprétative pour ensuite décrire la méthode que nous avons utilisée afin de constituer un échantillon de décisions où les deux modalités de garde étaient envisageables, décisions que nous avons qualifiées de « neutres ».

Dans la deuxième section, nous exposerons les postulats théoriques qui nous permettent de soutenir l'hypothèse que nous soulevons dans le cadre de cette thèse, selon laquelle l'inclinaison des juges est influencée par les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que révèlent les marqueurs identitaires que sont le genre et l'âge (génération).

Quant à la troisième section, elle sera consacrée à la discussion de la pertinence des marqueurs identitaires retenus pour analyse et à leur description. Essentiellement, nous tenterons d'en définir le contenu et de dresser un portrait d'ensemble des individus appartenant à chacun des genres et des générations sous étude.

## SECTION 1 : L'IMPARTIALITÉ JUDICIAIRE ET LA MÉTHODOLOGIE DE RECHERCHE

### § 1 L'impartialité judiciaire dans la démarche interprétative

Dans les litiges relatifs à la garde des enfants suivant une rupture conjugale, le juge doit d'abord déterminer, en toute impartialité et à la lumière du droit et des faits mis en preuve, si les facteurs d'application de la garde partagée dégagés par la Cour d'appel sont réunis, soit, est-il utile de le rappeler : 1) des capacités parentales comparables, 2) une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents, 3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et 4) la stabilité de l'enfant.

Le terme « impartialité » s'entend de l'obligation à laquelle est tenu le juge d'adopter une attitude ou un état d'esprit tout à fait désintéressé face au résultat en évaluant au mérite la demande des parties. En effet, nous ne prétendons pas qu'une vision purement objective, mesurée dans l'abstrait et conçue de manière à prétendre à l'indépendance complète du juge à l'égard de l'objet observé, puisse être atteinte puisque, comme le souligne le juge Rothstein dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, « tant que le rôle de juge ou d'arbitre sera confié à des êtres humains, une certaine subjectivité jouera dans l'application de toute norme ou de tout critère à une situation factuelle donnée »<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> [2013] 1 R.C.S. 467. Ces propos font écho à ceux de Rosalie Abella, alors juge à la Cour de la famille de l'Ontario, à l'effet que : « [e]very decision maker who walks into a courtroom to hear a case is armed not only with relevant legal texts, but with a set of values, experiences and assumptions that are thoroughly embedded ». Voir : Rosalie S. ABELLA, « The Dynamic Nature of Equality », dans Sheilah L. MARTIN et Kathleen E. MAHONEY (dir.), *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 3, aux pages 8 et 9.

L'important, c'est que le juge soit disposé à lutter contre les préjugés ou les préconceptions dont il est porteur, comme l'indique le Conseil canadien de la magistrature :

« L'obligation d'impartialité ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées – à supposer que cela soit possible – manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé. La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert. »<sup>352</sup>

La juge McLachlin réfère également au devoir d'impartialité lorsqu'elle précise, dans l'arrêt *Young*, que le critère de l'intérêt de l'enfant, bien qu'il s'agisse d'un critère souple, est tout de même un critère juridique qui doit être appliqué à la lumière de la preuve au dossier. Le devoir du juge, précise-t-elle, est d'appliquer la loi en faisant fi de ses préjugés et de ses préférences<sup>353</sup>. Dans cette optique, l'activité d'interprétation normative, pour demeurer impartiale, exige de constants allers-retours entre le texte (et son contexte) et l'interprète lui-même<sup>354</sup>.

Ceci étant dit, les deux scénarios auxquels peut en arriver le juge au terme de son analyse des prérequis de faisabilité de la garde partagée sont les suivants.

---

<sup>352</sup> CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Propos sur la conduite des juges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 15. Ces propos sont repris par le juge Cory dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, 533, par. 119.

<sup>353</sup> *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 117.

<sup>354</sup> Hans Georg GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Éditions du Seuil, 1996, p. 290.

Dans un premier cas de figure, le juge peut en arriver à la conclusion que l'absence de l'un ou l'autre de ces prérequis fait échec à la garde partagée. Il devra dès lors octroyer la garde exclusive de l'enfant au parent qui sera le mieux à même de servir son intérêt. Ce difficile choix sera guidé par divers facteurs développés par les tribunaux qui, sans être ni exhaustifs, ni hiérarchisés, permettent de guider le juge dans l'exercice de sa discrétion judiciaire. Ainsi, ce dernier devra-t-il considérer, notamment, l'environnement familial que chacun des parents est en mesure d'offrir à l'enfant, leur disponibilité, leur situation géographique (compte tenu de l'ensemble des activités de l'enfant), la relation que l'enfant entretient avec chacun de ses parents et la capacité respective de ces derniers à communiquer et à donner amour, affection, éducation et encadrement à l'enfant. Le jeune âge de l'enfant, qui renvoie à la théorie du lien d'attachement essentiellement développée par les chercheurs Bowlby et Ainsworth<sup>355</sup>, est un critère qui est également invoqué par les juges afin de justifier l'octroi de la garde exclusive au parent qui, au cours de la vie commune, aura agi à titre de figure parentale principale ou de parent de référence à l'égard de l'enfant<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> John BOWLBY, *Attachment and Loss: Vol. 1. Attachment*, New York, Basic Books, 1969 ; John BOWLBY, *Attachment and Loss: Vol. 2. Separation: Anxiety and Anger*, New York, Basic Books, 1973 ; Mary D. SALTER AINSWORTH, « Attachment as Related to Mother-Infant Interaction », dans Jay S. ROSENBLATT, Robert A. HINDE, Colin BEER et Marie-Claire BUSNEL (dir.), *Advances in the Study of Behavior*, vol. 9, New York, Academic Press, 1979, p. 1.

<sup>356</sup> Tel fut le cas dans l'affaire *L.S. c. B.J.*, EYB 2005-96771 (C.S.), où la garde d'un enfant de 21 mois a été confiée à la mère, la juge Capriolo étant d'avis qu'un lien affectif très important s'était établi entre la mère et l'enfant durant la première année de sa vie. Pour d'autres illustrations jurisprudentielles où ce concept a joué un rôle déterminant dans l'attribution de la garde à un des parents, voir notamment : *Droit de la famille - 121515*, 2012 QCCA 1140 ; *J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.) ; *G. (S.) c. P. (SA)*, REJB 2005-93536 (C.A.) ; *Droit de la famille - 113934*, 2011 QCCS 6691 ; *Droit de la famille - 112288*, 2011 QCCS 3942 ; *Droit de la famille - 091071*, 2009 QCCS 2083 ; *Droit de la famille - 073023*, 2007 QCCS 5746 ; *M.-J.H. c. É.C.*, [2006] R.D.F. 818 (C.S.) ; *Droit de la famille - 1313*, [1990] R.D.F. 198 (C.S.). Sur la notion du parent de référence, voir : *supra*, p. 64 et suiv.

L'analyse des critères d'application de la garde partagée peut, dans un second cas de figure, amener le juge à conclure que cette modalité de garde est dans l'ordre du possible, l'ensemble de ses facteurs d'application étant réunis. Dans un tel cas de figure, le juge se retrouve devant un scénario que nous qualifions de « neutre », c'est-à-dire une situation où les deux modalités de garde sont toutes autant envisageables.

Ce sont ces situations dites neutres qui nous importent dans cette thèse et sur lesquelles portera notre analyse. Nous exposerons, dans les pages qui suivent, la méthodologie que nous avons utilisée afin de constituer l'échantillon des décisions retenues pour analyse.

## **§ 2 La méthodologie de recherche**

Afin de constituer notre échantillon de décisions « neutres », nous avons procédé, au cours de l'été 2011, à la recherche de décisions judiciaires rendues en matière de garde d'enfant au Québec dans un contexte post-rupture.

Comme nous nous intéressions aux interprétations que reçoit le concept d'intérêt de l'enfant de la part des tribunaux québécois en cette matière, notre recherche, qui a emprunté la méthode traditionnelle de repérage en droit, a été circonscrite aux jugements de première instance de la Cour supérieure (tous districts confondus), publiés dans la banque de résumés des deux principales bases de données juridiques québécoises, soit Azimut et REJB<sup>357</sup>. Puisque ce n'est qu'à partir du milieu des années 1990 que les changements sociaux qu'a

---

<sup>357</sup> Tous les jugements rendus par les tribunaux ne font pas l'objet d'une publication. En effet, seuls sont publiés les jugements dont les questions juridiques qu'ils soulèvent présentent un intérêt suffisant. Pour des raisons pratiques, nous avons limité notre recherche aux banques de résumés. En effet, une recherche exploratoire dans la banque de textes intégraux d'Azimut seulement, en conservant les mêmes paramètres, nous donnait beaucoup trop de résultats, soit près de 10 000 décisions.

connu le Québec ont eu pour effet de faire de la garde partagée une modalité de garde de plus en plus présente et acceptée dans le paysage juridique québécois<sup>358</sup>, seules les décisions publiées à partir de 1995 ont été consultées.

Nous avons répertorié nos décisions en recherchant, dans le champ « indexation », les mots clés « garde » et « enfant(s) » séparés d'au plus trois (3) mots<sup>359</sup>. Au terme de cet exercice, 3 197 décisions ont été consultées. De ce nombre, seuls les jugements finals – et non les ordonnances intérimaires, les jugements sur mesures provisoires<sup>360</sup> ou les ordonnances modificatives rendues à la suite d'un changement important dans la situation des parties – ont été considérés, de même que certains jugements dont il était fait mention dans les décisions résumées consultées et qui rencontraient le critère de neutralité recherché (« références croisées »)<sup>361</sup>.

Nous avons par la suite procédé à la lecture de chacune des décisions restantes en éliminant toutes celles où la décision était basée sur la recommandation d'un expert. Ont toutefois été conservées les décisions dans lesquelles une preuve d'expertise avait été déposée par l'une des parties, mais où le juge rejette la recommandation de l'expert. Ont également été retenues les décisions où les parties, qui requéraient une modalité de garde différente, avaient toutes deux

---

<sup>358</sup> Michel TÉTRAULT, « La garde partagée : de la légende urbaine à la réalité », Conférence, Congrès de 2004 du Barreau du Québec, Québec, 4 juin 2004 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : <[www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende/.pdf](http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende/.pdf)>.

<sup>359</sup> Le champ « indexation » contient des mots clés indiquant les questions de droit abordées dans la décision. Il permet ainsi de faire une recherche plus précise, en ce qu'il permet de trouver des décisions traitant expressément des sujets recherchés.

<sup>360</sup> Une ordonnance intérimaire (aussi appelé « ordonnance de sauvegarde ») est un jugement temporaire sur une demande dont l'urgence ne permet pas qu'elle puisse attendre jusqu'au jugement sur mesures provisoires. Également temporaire, celui-ci est rendu en attendant le jugement final.

<sup>361</sup> Ces décisions n'étaient pas comprises dans notre corpus de 3 197 décisions, soit parce qu'elles étaient publiées uniquement en version intégral, soit parce qu'elles avaient été rendues avant 1995.

retenu les services d'un expert. Le choix de conserver ces dernières décisions se justifie par le fait que nous étions d'avis, dans un tel cas de figure, que le juge se retrouvait seul face à lui-même quant à l'issue du litige malgré l'intervention d'experts, ces derniers venant à la fois appuyer la garde partagée et la garde exclusive selon la position de la partie dont ils avaient reçu mandat<sup>362</sup>.

Des décisions restantes, nous avons également écarté celles où il était expressément mentionné que la garde partagée ne pouvait être octroyée en raison de l'absence de l'un ou de plusieurs des éléments essentiels à sa réussite<sup>363</sup>, ou de la présence de motifs particuliers qui lui faisait obstacle, qu'il s'agisse, par exemple, d'un retard développemental ou de problèmes de santé qu'éprouvait l'enfant<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> À cet égard, nous référons le lecteur aux propos que nous avons tenus au point C) du chapitre deuxième de la première partie intitulé « La garde partagée et la littérature scientifique », *supra*, p. 99 et suiv. Il aurait été intéressant d'analyser si les juges rejettent au même rythme les recommandations menant à la garde exclusive et celles menant à la garde partagée. L'acceptation ou le rejet des recommandations d'un expert peuvent en effet être des moments cruciaux où s'exerce la subjectivité du juge. Bien que fort intéressant, cet angle d'analyse relève toutefois d'un tout autre projet d'étude.

<sup>363</sup> Rappelons que la garde partagée est possible si les facteurs d'application de cette modalité de garde, déterminés par la Cour d'appel, sont réunis, soit : (1) des capacités parentales comparables, (2) une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents, (3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et (4) la stabilité de l'enfant. Ces critères proviennent notamment des arrêts suivants de la Cour d'appel du Québec : *D. (P.) c. F. (W.)*, sub nom. *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289 ; *V.F. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268 ; *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 ; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 ; *G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210 ; *T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 ; *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 ; *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091. Les conceptions personnelles du juge de l'intérêt de l'enfant peuvent certes teinter l'analyse de ces différents critères. Or, pour les raisons préalablement exposées, seule la décision finale, soit celle qui consiste à octroyer une garde partagée ou une garde exclusive lorsque ces deux modalités de garde sont envisageables, a été considérée.

<sup>364</sup> Le juge Dalphond, alors à la Cour supérieure, mentionnait, dans l'affaire *T. (F.) c. L. (A.)*, REJB 1998-10915, par. 25 (C.S.), que la garde partagée pouvait être contre-indiquée en présence, notamment, de motifs psychologiques ou de santé.

Des décisions qui subsistaient après avoir procédé à ces divers retranchements, nous avons procédé à un dernier tri. Comme il a déjà été mentionné à plusieurs reprises, la garde partagée est possible si ses facteurs d'application, dégagés par la Cour d'appel, sont réunis. Ainsi, les juges accordant la garde partagée doivent préalablement jauger la potentialité de cette modalité de garde en s'interrogeant sur la présence des prérequis de faisabilité<sup>365</sup>. Or, certains de ces facteurs étaient parfois passés sous silence. Sans nier le fait qu'ils puissent avoir été implicitement considérés, bien que n'ayant pas fait l'objet d'une mention expresse, nous avons décidé de conserver que les décisions où le juge mentionnait expressément l'existence de tous les critères nécessaires à la garde partagée avant de conclure à l'octroi d'une telle modalité de garde, de même que celles où, bien que l'un ou l'autre de ces critères n'était pas évoqué de façon expresse, les propos explicites du juge démontraient, dans le cadre des motifs de sa décision, que l'intérêt de l'enfant est mieux servi par le maintien d'un maximum de contact entre l'enfant et ses deux parents. Bien que les expressions utilisées par les juges diffèrent d'une décision à l'autre, il demeure évident, dans tous les cas retenus pour analyse, que le principe fondamental de la continuité relationnelle entre l'enfant et ses deux parents a été priorisé afin de ne pas priver l'enfant de contacts fréquents avec ses deux parents.

En ce qui concerne les décisions où une garde exclusive est décrétée, nous avons remarqué que la plupart des juges optant pour cette formule de garde ne s'expriment quasi exclusivement que sur les capacités parentales des parties. Les autres facteurs de faisabilité de la garde partagée n'étaient donc pas formellement abordés, ce qui pourrait nous porter à croire

---

<sup>365</sup> Nous tenons encore une fois à rappeler que nous reconnaissons que l'interprétation et l'application concrète de ces facteurs ou critères engendrent parfois une jurisprudence contradictoire. Nous ne procéderons toutefois pas, dans le cadre de la présente thèse, à l'analyse des différents critères d'application de la garde partagée que doivent faire les juges. Nous porterons donc uniquement notre regard sur le résultat de cette analyse. À ce sujet, voir : *supra*, p. 87.

qu'ils n'étaient pas rencontrés et que, par conséquent, seule la garde exclusive était possible. Afin de nous assurer de ne conserver que les décisions « neutres », c'est-à-dire celles dans lesquelles la garde partagée, au même titre que la garde exclusive, était envisageable, nous avons fait le choix de considérer uniquement les décisions où les juges mentionnent de façon non équivoque qu'ils ont envisagé la garde partagée, sans toutefois la retenir. La garde partagée constituait ainsi une option envisageable, bien que la garde exclusive lui ait été préférée au nom de la stabilité socio-affective de l'enfant. En d'autres termes, la théorie du lien d'attachement a eu, dans les cas sous étude, une importance décisive.

La discrimination des décisions effectuée sur la base du critère de neutralité nous a permis de ne retenir que celles où la subjectivité du juge a été clairement sollicitée, pour un total de trente-trois (33) décisions « neutres », rendues par vingt-neuf juges différents<sup>366</sup>.

Nous convenons qu'il ne s'agit pas d'un échantillon représentatif de toutes les décisions judiciaires rendues en matière de garde au Québec<sup>367</sup>. Or, bien que la taille d'un échantillon qualitatif ne puisse prétendre à la représentativité statistique, nous considérons qu'elle apporte, en revanche, un éclairage intéressant sur le phénomène observé en l'espèce, à savoir

---

<sup>366</sup> Certains des jugements retenus ont été rendus par le/la même juge, soit les juges Luc Lefebvre (deux décisions : *G. (C.) c. B. (Y)* sub nom. *Droit de la famille – 072831*, EYB 2007-126490 (C.S.) et *Droit de la famille – 06120*, [2007] R.D.F. 370 (C.S.)), Gratien Duchesne (deux décisions : *D.C. c. S.S.*, [2004] R.D.F. 397 (C.S.) et *Droit de la famille – 3434*, [1999] R.D.F. 732 (C.S.)) et Claudette Tessier-Couture (trois décisions : *Droit de la famille – 081320*, B.E. 2008BE-1020 (C.S.), *Droit de la famille – 08637*, 2008 QCCS 1077 et *B. (J.-R.) c. G. (B.)*, EYB 2005-94777 (C.S.)). Alors que les juges Lefebvre et Duchesne ont, dans chacune des décisions retenues, octroyé la garde partagée, la juge Claudette Tessier-Couture a quant à elle opté, dans les trois cas, pour la garde exclusive à la mère. Nous reviendrons plus amplement sur ces résultats au chapitre suivant.

<sup>367</sup> Soulignons toutefois que notre recherche demeure exhaustive en ce que les 3 197 décisions recensées ont été lues et analysées.

l'influence des marqueurs identitaires que sont le genre et la génération du juge sur les décisions qu'il rend en matière de garde d'enfant dans le cadre de scénarios dits neutres.

Les décisions retenues sont représentées dans les tableaux figurant aux pages 260 à 293 inclusivement, qui font partie intégrante de la thèse. Pour des raisons pratiques, nous avons fait le choix de les présenter sous forme de tableaux, plutôt que de les résumer une à une, cette dernière méthode nous étant apparue fastidieuse et non pertinente aux fins poursuivies par notre étude.

Nous avons divisé ces tableaux en dix colonnes. La première contient la référence de la décision ainsi que le nom du juge qui l'a rendu. Des informations venant préciser l'intervention du ou des experts figurent également dans cette première colonne dans les cas où cela s'applique. Le genre du juge est précisé dans la deuxième colonne. Vient ensuite, dans la troisième colonne, la date de naissance du juge. Cette information, qui nous a permis d'identifier le groupe générationnel auquel appartient le juge (entre parenthèses dans la troisième colonne), provient du document produit par la Direction des communications du ministère de la Justice du Québec<sup>368</sup>. Ce document contient des fiches biographiques des juges de nomination fédérale au Québec. En plus de la date de naissance du juge, des informations relatives, entre autres, au lieu de naissance, à l'état matrimonial, ainsi qu'au parcours familial, professionnel et académique sont également présentées.

---

<sup>368</sup> DIRECTION DES COMMUNICATIONS DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Les juges du Québec de nomination fédérale. De 1849 à 2009*, Gouvernement du Québec, 2010. Pour deux des vingt-neuf juges qui font l'objet de notre analyse, soit les juges Alicia Soldevila et Claudette Tessier-Couture, nous avons dû déterminer leur année de naissance respective de façon approximative, celle-ci n'étant pas mentionnée dans leur fiche biographique. Pour ce faire, nous nous sommes fiée aux autres renseignements que cette fiche contient, en portant une attention particulière au parcours académique et professionnel de la juge.

L'âge des enfants visés par le litige de garde figure dans la quatrième colonne. Bien que la Cour d'appel ait affirmé que la doctrine de l'âge tendre n'a plus sa place en droit civil québécois<sup>369</sup> et que le jeune âge de l'enfant ne constitue pas, en soi, une raison empêchant l'octroi d'une garde partagée<sup>370</sup>, nous avons jugé pertinent de reproduire cette donnée dans le but de fournir un portrait plus complet de la situation sous étude. La modalité de garde demandée par chacune des parties est indiquée dans la cinquième colonne. Il convient de remarquer que dans tous les cas, sans exception, la mère demande la garde exclusive du ou des enfants, alors que cette formule de garde n'est demandée par le père que dans trois des trente-trois décisions retenues<sup>371</sup>. Les mères demandent donc, dans les décisions analysées, beaucoup plus fréquemment la garde exclusive que les pères. Il n'entre pas dans les propos de cette thèse de discuter des causes possibles des attitudes respectives des pères et mères au regard des différentes formules de garde. Une telle entreprise nous éloignerait de notre sujet et de nos objectifs. Il s'agissait toutefois d'un état de fait qui offrait selon nous un intérêt suffisant pour être mentionné, ne serait-ce qu'en raison de l'éclairage qu'il apporte sur la difficile conciliation entre modernité et tradition.

Les quatre colonnes qui suivent, c'est-à-dire les colonnes six, sept, huit et neuf représentent les facteurs d'application de la garde partagée dégagés par la Cour d'appel. Enfin, les motifs justifiant une garde partagée ou une garde exclusive, selon le cas, sont inscrits dans la dernière colonne, que nous avons intitulée « décision ».

---

<sup>369</sup> *Droit de la famille* – 7, [1984] C.A. 350.

<sup>370</sup> *R.B. c. N.C.*, 2005 QCCA 844.

<sup>371</sup> Il s'agit des décisions suivantes : *Droit de la famille* – 09916, B.E. 2009BE-465 (C.S.) ; *Droit de la famille* – 082732, 2008 QCCS 5064 et *P.S. c. I.J.*, B.E. 2001BE-965 (C.S.). Dans les trois cas, la garde partagée a été octroyée, bien que chacune des parties requérait la garde exclusive.

Dans chacun des cas de figure « neutres » retenus pour analyse, où les parents étaient de sexes opposés, le juge pouvait soit accorder la garde exclusive de l'enfant à celui des deux parents qu'il jugeait en mesure de mieux servir son intérêt, soit plutôt opter pour la garde partagée selon un partage du temps variant en fonction des besoins de l'enfant et de la disponibilité des parents. Autrement dit, le juge devait, face à ces situations dites neutres, déterminer si l'intérêt de l'enfant commandait une garde partagée ou une garde exclusive au père ou à la mère.

À cet égard, le chapitre précédent a permis de constater que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges a donné lieu à des « présomptions jurisprudentielles » proposant des modèles familiaux complètement opposés. En effet, dans les situations où, une fois considérés le droit et les faits mis en preuve lors de l'enquête judiciaire, les deux modalités de garde sont envisageables, certains juges semblent considérer que la garde partagée constitue, *a priori*, la formule de garde la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant, alors que d'autres, au contraire, semblent favoriser la garde exclusive.

De l'ensemble des décisions « neutres » que nous avons retenues, vingt-cinq accordent la garde partagée, alors que huit seulement octroient la garde exclusive à la mère. Confrontés à un scénario « neutre » proposant différentes solutions d'un même conflit, la presque totalité des décideurs ont défini l'intérêt de l'enfant en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents, alors que les autres ont plutôt interprété ce même intérêt à la lumière de la stabilité socio-affective de celui-ci en en confiant la garde au parent qui, au cours de la vie commune, a agi à titre de figure parentale principale. Des compréhensions opposées ou des différences d'approche importantes du principe de l'intérêt de l'enfant mènent ainsi à

des solutions juridiques tout aussi opposées. Cette réalité a d'ailleurs été observée par la juge Abella dans l'arrêt *MacGyver*, comme en témoigne le passage suivant :

« Both judges in this case relied on "the best interests of the child" in coming to diametrically opposite conclusions about how to achieve that result. Both acknowledged the factors they were required by statute to consider, including the child's relationship and ties to each parent, each parent's plans for the child's care, the likely stability of the proposed family units, the child's views, and expert psychological assessment. Having acknowledged the relevance of each of these factors, and having applied them to the same, undisputed facts, the two judges disagreed about the potential impact of those factors and facts on the child. »<sup>372</sup>

Face à ce constat, nous nous sommes questionnée sur les facteurs susceptibles d'influer sur l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde, le tout tel que plus amplement discuté à la section suivante.

## **SECTION 2 : L'HYPOTHÈSE DE RECHERCHE ET LES POSTULATS THÉORIQUES**

Rejetant le postulat de la neutralité du juge et adoptant une conception non formaliste du droit affirmant l'importance de tenir compte du contexte social, de la personnalité et de l'expérience des acteurs du système juridique dans la démarche interprétative que le droit sous-tend, l'hypothèse que nous soumettons est que l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde est influencée par les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que révèlent les marqueurs identitaires que sont le genre et l'âge (génération) du décideur<sup>373</sup>. Sans admettre que ces éléments suffisent, à eux seuls, à expliquer le produit

---

<sup>372</sup> *MacGyver c. Richards*, (1995) 22 O.R. (3d) 481 (Ont. C.A.).

<sup>373</sup> L'influence de ces marqueurs identitaires sur le produit judiciaire a d'ailleurs fait l'objet de diverses recherches dont il sera plus amplement discuté ci-dessous : *infra*, p. 150 et suiv.

judiciaire ou qu'ils en constituent les facteurs principaux, nous sommes d'avis qu'on ne peut qualifier d'improbable l'incidence qu'ils y exercent<sup>374</sup>.

Après avoir brièvement discuté, dans les pages qui suivent, des différentes approches théoriques envisagées dans le cadre de notre thèse, nous soumettrons les motifs sur lesquels repose le choix que nous avons fait de retenir celle du mouvement réaliste américain. Reposant essentiellement sur une critique des postulats positivistes et de la pensée juridique classique, nous présenterons brièvement en quoi consistent cette pensée et ces postulats pour ensuite exposer les idées-force mises de l'avant par les tenants de ce mouvement.

## **§ 1 Les théories critiques de la neutralité judiciaire**

Nombreuses sont les théories ou les approches qui, tout en infirmant le postulat de la neutralité du droit, ont porté leur attention sur le rôle du juge et sur les valeurs sous-jacentes aux décisions judiciaires. Que l'on pense, notamment, à l'analyse rhétorique<sup>375</sup> et à l'analyse systémale<sup>376</sup>, qui s'intéressent respectivement aux valeurs des auditoires visés par le litige et à celles de la collectivité. Pour intéressantes qu'elles soient et bien qu'elles aient nourri notre réflexion sur l'apport du juge-interprète dans la détermination du sens d'une norme, ces approches ont été écartées puisqu'elles situent leur analyse dans une perspective théorique qui vise à rendre compte de la pesanteur d'un réservoir de valeurs autres que celles du juge – sans

---

<sup>374</sup> Considérant que « les juges ne peuvent pas faire abstraction de leurs valeurs personnelles », Louise Langevin et Valérie Bouchard, qui se réclament du féminisme radical, ont entrepris un projet de recherche visant à démontrer que le droit, loin d'être neutre, subit l'influence du bagage culturel des juges : Louise LANGEVIN et Valérie BOUCHARD, « Les grands arrêts sur les droits des femmes : projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52 *C. de D.* 551.

<sup>375</sup> Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988.

<sup>376</sup> Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 ; Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991.

toutefois les exclure – sur le processus d’interprétation judiciaire. En effet, puisque nos recherches ont pour but de mettre en lumière les conceptions qu’ont les juges du concept flou et néanmoins central de l’intérêt de l’enfant à partir de l’analyse des valeurs et des idéologies liées aux marqueurs identitaires que sont le genre et l’âge du décideur, nous considérons qu’il convenait d’inscrire notre démarche dans le cadre de théories qui accordent une place prééminente – sinon exclusive – à l’influence de ces éléments sur le discours judiciaire.

Ceci étant dit, il est important de comprendre que notre objectif n’est pas d’établir un lien de causalité entre les marqueurs identitaires du juge et la teneur des décisions qu’il rend, mais plutôt de vérifier si des corrélations peuvent être établies entre ces deux paramètres, tout en faisant les nuances qui s’imposent afin d’éviter de simplifier indûment les choses en prétendant que le bagage de l’interprète, bien que pertinent, soit toujours déterminant. Désirant aller au-delà des perceptions traditionnelles véhiculées par la doctrine classique, nos travaux se veulent davantage une contribution au développement d’une conception non formaliste du droit plutôt que la démonstration que le genre et l’âge des décideurs conditionnent systématiquement et invariablement leurs décisions. À cet égard, l’analyse conceptuelle et la vision du mouvement réaliste américain nous ont offert des perspectives des plus intéressantes à l’appui de notre raisonnement et de nos intentions. En effet, ces approches, en plus de nier le caractère déductif du raisonnement juridique, situent le juge au cœur même de leurs réflexions.

Notre réflexe fut d’abord de nous tourner vers l’analyse conceptuelle. Ce type d’analyse, de nature qualitative, vise à identifier les valeurs et les conceptions des juges à partir de l’analyse

du contenu de leurs écrits<sup>377</sup>. Notre recherche adopte toutefois une approche différente en ce qu'elle vise à identifier les idées ou les conceptions qu'ont les juges du principe de l'intérêt de l'enfant à partir non pas du contenu de leurs écrits, mais des valeurs, des idéologies et des traits caractéristiques dominants que révèlent les variables préalablement identifiées, à savoir le genre et la génération. Cela nous a donc amené à mettre de côté l'analyse conceptuelle au profit de la démarche proposée par le mouvement réaliste américain qui, sommes-nous d'avis, fournit les assises théoriques les mieux adaptées à nos travaux.

Comme nous le verrons plus en détail dans les pages qui suivent, le mouvement réaliste a pris naissance dans un pays de common law afin de critiquer la vision formaliste de l'activité juridictionnelle, limitée à l'interprétation des règles en dehors de tout contexte social. Nous considérons néanmoins qu'il est possible de nous y référer dans le cadre d'une recherche qui s'inscrit dans un contexte civiliste et qui, à l'instar de nombreux auteurs<sup>378</sup>, réfute la conception orthodoxe de l'interprétation judiciaire. Les auteurs Philippe Jestaz et Christophe Jamin mentionnent d'ailleurs, sur le rapprochement entre les systèmes de droit codifié et ceux bâtis essentiellement sur le droit jurisprudentiel, que le célèbre article du juriste et précurseur du mouvement réaliste américain, Oliver Wendell Holmes, intitulé « The Path of the Law » et

---

<sup>377</sup> Voir à cet effet les travaux des auteurs cités par Andrée Lajoie dans : Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 131.

<sup>378</sup> Roderick A. MACDONALD, « On the Administration of Statutes », (1987) 12 *Queen's L.J.* 488, qui rejette complètement la notion d'intention du législateur. Voir également, pour une position plus nuancée : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, avec la coll. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009 ; Richard A. POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008 ; Gustavo ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur. Il Diritto Mite*, trad. par Michel LEROY, Aix-en-Provence/Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Économica, 2000 ; Paul AMSELEK, « La teneur indélicate du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1 ; Rosalie S. ABELLA, « Public Policy and the Judicial Role », (1989) 34 *R.D. McGill* 1021 ; François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

consacré à une critique du formalisme juridique et des déductions logiques<sup>379</sup>, fait incontestablement penser à la critique développée par son homologue français François GénY en droit civil dans son ouvrage « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif »<sup>380</sup>. Selon ces auteurs, « [r]emise en cause de la “méthode traditionnelle” chez le Français et critique de la “pensée juridique classique” chez l'Américain se ressemblent beaucoup, même si elles s'appliquent à des systèmes juridiques différents »<sup>381</sup> et bien que les juristes français et européens ne soient « [...] jamais vraiment passés dans la lessiveuse iconoclaste de la critique réaliste telle qu'elle s'est exprimée avec vigueur aux États-Unis durant les années 1920 »<sup>382</sup>.

Nous nous proposons maintenant de présenter, à un degré élevé de généralité, la pensée des tenants du mouvement réaliste américain qui, en incitant les juristes à s'intéresser aux déterminants sociaux des jugements et à la personnalité même du juge, permet de saisir le rapport entre interprète et chose interprétée et d'acquérir une connaissance plus approfondie de l'activité d'interprétation judiciaire.

---

<sup>379</sup> Oliver W. HOLMES, Jr., « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920.

<sup>380</sup> La méthode traditionnelle d'interprétation, ou « théorie officielle de l'interprétation », selon le vocable utilisé par le professeur Pierre-André Côté, définit l'interprétation des lois comme une opération intellectuelle dont le but est de découvrir l'intention du législateur : Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, avec la coll. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 5. GénY tend à faire la preuve, dans son ouvrage, des carences de cette méthode d'interprétation, rompant par le fait même avec l'idée que la seule fonction des interprètes est d'appliquer la loi, seule source du droit qui vaille et face à laquelle les interprètes doivent s'incliner. Sur le sens et la portée de l'ouvrage de François GénY, voir : Claude TOMASSET, Jacques VANDERLINDEN et Philippe JESTAZ, *François GénY, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique : thèmes & commentaires ; études*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

<sup>381</sup> Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 275. Un parallèle entre les deux systèmes est également dressé par Roscoe Pound dans : Roscoe POUND, « The Theory of Judicial Decision. I. The Materials of Judicial Decision », (1923) 36 *Harv. L. Rev.* 641, 646.

<sup>382</sup> Christophe JAMIN, *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso, 2012, p. 262.

Le lecteur ne doit donc pas s'attendre ici à un exposé détaillé des idées développées par les auteurs regroupés sous la dénomination de « réalisme juridique », qui n'avaient en commun que leur aversion pour la pensée juridique classique qui s'est développée entre les années 1860 et 1920<sup>383</sup>. Ainsi, la présentation relativement homogène de la position adoptée par les promoteurs du réalisme à laquelle nous nous emploierons dans les paragraphes qui suivent, après avoir brièvement présenté en quoi consiste la pensée juridique classique et exposé les critiques formulées à son endroit par les *Sociological Jurisprudents*, ne vise pas à créer artificiellement une certaine unité conceptuelle; elle a plutôt pour but de mettre en lumière l'apport de ce mouvement, ou de cet « état d'esprit »<sup>384</sup>, à la théorie du droit et les aspects fondamentaux sur lesquels a porté sa réflexion.

## § 2 Le développement de la pensée juridique classique et ses critiques<sup>385</sup>

La pensée juridique classique s'identifie, dans les milieux universitaires, au modèle établi par Christopher Columbus Langdell, juriste new-yorkais qui instaura à la Faculté de droit de l'Université Harvard, où il fut doyen de 1870 à 1895, la « méthode des cas ». Très fortement

---

<sup>383</sup> Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 269. Duncan Kennedy fixe, pour sa part, le développement de la pensée juridique classique américaine aux années 1885 et 1940 : Duncan KENNEDY, « Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940 », (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 3. Pour un aperçu des principales orientations de ce mouvement, voir : Karl N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222.

<sup>384</sup> Les réalistes n'ayant en effet aucun projet bien arrêté à opposer à leurs adversaires, des auteurs considèrent que le réalisme a constitué plutôt un « état d'esprit » (*mood*) qu'un mouvement structuré : Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 274.

<sup>385</sup> Nos propos à ce sujet sont inspirés de l'ouvrage de Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 269-271. Sur la critique du modèle de Langdell, voir : Françoise MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2001.

marquée par le positivisme juridique et par la *Théorie pure du droit* d'Hans Kelsen<sup>386</sup>, qui considère le droit comme un corps autonome de la morale, de la politique, de l'histoire, de la sociologie ou de l'économie et dont le postulat central est la neutralité du juge, cette méthode d'enseignement reposait sur un respect scrupuleux de la règle du précédent (*stare decisis*).

Elle consistait plus précisément à faire analyser aux étudiants les décisions des tribunaux d'appel afin de les amener, d'une part, à discerner celles qui énoncent des principes juridiques fondamentaux et à démontrer, d'autre part, que ces dits principes sont reliés entre eux par la logique. Le rôle du juge se limitait donc, selon la théorie langdellienne, à appliquer le droit et non à le créer. En d'autres termes, le juge devait, au terme d'un raisonnement déductif abstrait, rendre des décisions qui étaient en accord avec les principes qui structuraient l'ensemble du système juridique de manière logique et cohérente.

Selon Langdell, cette méthode était la seule qui puisse permettre de rejoindre les ambitions d'une étude scientifique du droit en ce qu'elle donnait aux praticiens la possibilité de trouver, pour chaque cas, *la bonne solution*.

Or, devant la complexité croissante du système juridique américain, désormais gouverné par une infinité de principes, la rigidité du modèle langdellien – qui rendait impossible le projet de rationaliser les décisions judiciaires – n'a pu avoir pour effet que de mettre celui-ci sous les feux de la critique, à commencer par celle formulée par les représentants de l'école de la

---

<sup>386</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962. Sans ignorer que le contenu de tout ordre juridique positif est déterminé par des facteurs historiques, sociologiques, économiques, moraux et politiques, cette théorie cherche à comprendre le droit dans son sens immanent, dans sa signification normative spécifique.

*Sociological Jurisprudence* que furent Oliver Wendell Holmes, Jr., Louis D. Brandeis, Benjamin N. Cardozo, Roscoe Pound et Felix Frankfurter<sup>387</sup>.

Essentiellement, ces derniers critiquaient la vision purement mécanique du droit que supposait la règle du précédent, qui était incapable de rendre compte de l'activité concrète des juges et qui réduisait le droit à un corps autonome de principes fondamentaux en attente de rationalisation. Refusant de croire que les juges ne font qu'appliquer les règles, les *Sociological Jurisprudents* mettent en effet en doute les affirmations de neutralité des juges.

Soucieux de l'importance de tenir compte de l'influence de l'environnement social et culturel du juge sur son comportement judiciaire et désirant comprendre les relations entre le droit et la société, ils ont participé à une tentative de rapprochement entre la théorie du droit et la sociologie et ont fourni à leurs successeurs – les réalistes – une partie de leur programme, sujet des prochains développements.

### **§ 3 Le réalisme américain**

Prenant naissance aux États Unis dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>388</sup> et inspiré par la *Sociological Jurisprudence* qui lui a précédé, ce mouvement qui, à l'instar de son

---

<sup>387</sup> Françoise MICHAUT, *L'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse d'État, Université de Paris X-Nanterre, 1985, p. 344, à la note 1.

<sup>388</sup> Richard F. DEVLIN, « La théorie générale du droit pour les juges : ou pourquoi la théorie du droit pourrait être importante en matière de formation des juges au contexte social », (2001-2002) 4 *Rev. C.L. français* 197, 224 ; Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 121.

prédécesseur, voit le droit comme un produit social<sup>389</sup>, s'est lui aussi employé, à des degrés variés et sous des formes diverses, à critiquer le modèle formaliste de Langdell.

Bien que les points de vue, les orientations et les intérêts des membres de ce mouvement – les réalistes – ne soient pas homogènes, ces derniers partagent néanmoins des prémisses théoriques communes, dont celle voulant que les normes juridiques ne permettent pas aux tribunaux d'arriver, dans tous les cas, à des conclusions précises, certaines et concluantes et que, par conséquent, le processus judiciaire comporte d'autres variables importantes<sup>390</sup>.

S'inscrivant en faux contre la théorie classique et formaliste de l'interprétation, les membres de ce mouvement – dont, notamment, Charles E. Clark, Walter W. Cook, Jerome Frank, Leo Green, Karl. N. Llewellyn, William U. Moore, Herman Oliphant et Max Radin<sup>391</sup> – contestent le modèle de Langdell selon lequel l'activité d'interprétation consiste en une opération intellectuelle quasi-mécanique où le rôle de l'interprète se limite à mettre au jour le sens du

---

<sup>389</sup> La Cour suprême du Canada l'a d'ailleurs reconnu dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 700, par. 16, où la juge L'Heureux-Dubé, rendant jugement pour les juges Gonthier, McLachlin et elle-même, s'exprime ainsi à ce sujet : « En outre, depuis l'école du réalisme juridique et la "théorie sociologique du droit" (sociological jurisprudence) de Roscoe Pound, il est reconnu que le droit n'est pas au-dessus des autres institutions sociales et qu'il n'existe pas en vase clos. La distinction largement reçue, établie par des juristes éminents tel Kenneth Culp Davis, entre "faits en litige" – se rapportant spécifiquement à l'espèce en cause – et "faits législatifs" - intervenant dans des décisions de droit ou de politique générale – démontre clairement que le droit et la société entretiennent des liens d'interdépendance inextricables et que les faits sociaux font partie intégrante du processus d'élaboration des lois ».

<sup>390</sup> Harvard Law Review Editorial Board, « 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship », (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1669, 1670 ; Karl N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1237.

<sup>391</sup> Il s'agit, selon Andrée Lajoie, des auteurs qui forment le noyau central du mouvement réaliste américain : Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 124. Pour une liste plus complète de ses représentants, voir : Françoise MICHAUT, « L'école de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », (1986) 17 *R.I.E.J.* 33 et 34, à la note 2.

texte au terme d'un raisonnement syllogistique dépourvu de toute subjectivité. Karl. N. Llewellyn pose le problème ainsi :

« If deduction does not solve cases, but only shows the effect of a given premise; and if there is available a competing but equally authoritative premise that leads to a different conclusion then there is a choice in the case; a choice to be justified; a choice which can be justified only as a question of policy - for the authoritative tradition speaks with a forked tongue. »<sup>392</sup>

Ainsi, et alors que la pratique judiciaire de l'époque consistait à rédiger les motifs de façon telle que la décision qui en découlait paraissait être le seul résultat logique possible<sup>393</sup>, les réalistes soutiennent l'idée que le processus interprétatif transcende la méthode. Confortés par les travaux réalisés en psychologie mettant en exergue le rôle joué par l'intuition et par l'expérience dans tout processus décisionnel – qu'il soit judiciaire ou non – ils dénonceront les insuffisances de la logique formelle pour faire place à une conception plus libérale du processus d'interprétation du droit en y faisant intervenir des éléments autres que ceux de la déduction<sup>394</sup>.

Ayant sous les yeux un système de common law et ayant pour cible le modèle langdellien, les réalistes vont essentiellement s'intéresser à la lecture des précédents qui est faite par les juges. Distinguant les situations où une règle précise se dégage de la jurisprudence antérieure de

---

<sup>392</sup> Karl N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1252.

<sup>393</sup> Karl N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition*, Boston, Little, Brown and Co., 1960, p. 11 et suiv.

<sup>394</sup> Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens and Sons Ltd, 1949 ; Oliver W. HOLMES, Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1948 ; Oliver W. HOLMES, Jr., « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920.

celles où les précédents n'apportent aucune solution claire et non équivoque au litige<sup>395</sup>, ils insisteront, dans ce dernier cas de figure, sur les choix – de nature politique, éthique ou autres - auxquels devra inévitablement procéder le juge<sup>396</sup>. D'autres estimeront que ces choix sont teintés par la personnalité de ceux qui les ont effectués et sur les interprétations nécessairement différentes qui en résultent<sup>397</sup>. D'autres encore, comme Karl N. Llewellyn, mettront plus spécialement l'accent sur l'importance de la perception, par le juge, du monde dans lequel il vit<sup>398</sup>, car, comme l'indique Françoise Michaut au sujet de la vision du processus interprétatif mise de l'avant par Llewellyn « [c]e n'est pas le texte qui change, c'est le lecteur.

---

<sup>395</sup> On voit ici le parallèle évident avec le niveau de détermination des règles auquel on réfère dans les systèmes de droit civil. En effet, les contours de certaines normes paraissent plus clairement circonscrits et, par le fait même, plus facilement identifiables. Nul n'est alors besoin d'aller au-delà du texte de la norme pour en saisir et en définir le sens. C'est le cas, par exemple, de l'article 393 du *Code civil du Québec* qui prévoit que « chacun des époux conserve, en mariage, son nom ; il exerce ses droits civils sous ce nom ». Or, dans d'autres cas, le niveau de détermination de la norme est beaucoup moins élevé, laissant ainsi au juge-interprète une plus grande marge de manœuvre. Le droit civil québécois regorge de concepts dont le contenu est incertain, qu'il s'agisse de citer, à titre illustratif, celui de la « bonne foi », prévu à l'article 6 du Code civil ou de l'« intérêt de l'enfant », prévu au premier alinéa de l'article 33. Le juge Benjamin N. Cardozo affirmait d'ailleurs que « even in code systems, the law leaves many things unsaid. It states a general principle, and turns over to the judge the task of filling up the gaps » : Benjamin N. CARDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 28. Selon une auteure, le recours à des concepts flous qui ouvrent la porte à la discrétion judiciaire est une méthode chère à la tradition civiliste : Louise LANGEVIN, « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre “Des obligations” du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353, 356. La (sur)utilisation des concepts à géométrie variable par le législateur québécois ou, plus particulièrement, de l'expression large « selon les circonstances » a par ailleurs été critiquée par Adrian Popovici dans : Adrian POPOVICI, « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 207, aux pages 215 et 216.

<sup>396</sup> Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la “sociological jurisprudence” et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », (1987) 2 *R.I.D.C.* 495, 501.

<sup>397</sup> Felix S. COHEN, « Field Theory and Judicial Logic », (1950) 59 *Yale L.J.* 238 ; Walton H. HAMILTON, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York, MacMillan Co., vol. 8, 1932, p. 450.

<sup>398</sup> Karl N. LLEWELLYN, « On Reading and Using the Newer Jurisprudence », (1940) 40 *Colum. L. Rev.* 581 ; Karl N. LLEWELLYN, « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 431.

Celui-ci fera vivre le texte en lui conférant une signification qui portera la trace de sa compréhension de ce qui l'entoure »<sup>399</sup>.

De ces propos, nous comprenons que le lecteur du texte lui conférera un sens, une orientation normative qui sera à *l'image* de sa compréhension du monde qui l'entoure. Nous utilisons ici le terme « image » en référence à la théorie de l'image développée par l'économiste et philosophe Kenneth E. Boulding selon laquelle l'échelle de valeurs d'un individu influe sur la perception ou *l'image* qu'il se fait de la réalité : « one of the most important propositions of this theory is that value scales of any individual or organization are perhaps the most important single element determining the effect of the message it receives on its image of the world »<sup>400</sup>. Selon cet auteur, nous nous connaissons nous-mêmes et connaissons les autres et le monde qui nous entoure à partir des « images » que nous en avons.

Appliquée au droit – et plus particulièrement à nos travaux de recherche – cette théorie permet d'affirmer que les valeurs et les idéologies du décideur, établies à travers l'ordre culturel et social qui lui est spécifique, constituent l'arrière-plan de ses décisions judiciaires<sup>401</sup>. Les propos de la professeure Andrée Lajoie au sujet de cette théorie méritent d'être cités *in extenso* compte tenu de l'éclairage qu'ils y apportent :

---

<sup>399</sup> Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », (1987) 2 *R.I.D.C.* 495, 504.

<sup>400</sup> Kenneth E. BOULDING, *The Image*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1957, p. 12. Pour une application de la notion d'image à la compréhension du droit constitutionnel, voir : William E. CONKLIN, *Images of a Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

<sup>401</sup> Sur la construction de la réalité par le sujet historiquement et socialement orienté, voir notamment : Charles TAYLOR, *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, trad. par Charlotte MELANÇON, Montréal, Éditions du Boréal, 2003 ; Peter BERGER et Thomas LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1992.

« En effet, la conception que les juges se font de concepts flous et néanmoins centraux du droit constitue une représentation, une image de la réalité sociale à laquelle elle fait référence. C'est le contenu de base d'une idéologie que les juges promeuvent à travers leur pratique judiciaire : la formation de ces images suit le processus décrit par Boulding, au cours duquel se cristallise une perception subjective de la réalité, filtrée d'abord par les valeurs personnelles dont leurs auteurs sont porteurs, de sorte que ces images ne sont pas des photos d'une réalité objective, mais des "dessins d'après nature" d'une réalité subjectivement perçue, de représentations induites à partir de la réalité sociale, à travers divers filtres dont le premier est constitué du système de valeurs auquel les juges adhèrent. »<sup>402</sup>

En situant ainsi le droit dans son contexte social avec, comme acteur central, le juge, les membres du mouvement réaliste américain proposeront une nouvelle lecture de la règle du précédent. Posant le droit comme l'activité des juges eux-mêmes, ils insisteront sur l'importance de saisir, par le recours à des méthodes empiriques et à des disciplines non juridiques (sociologie, économie, psychologie, histoire, politique, économie, etc.), les facteurs individuels et psychologiques susceptibles d'orienter le comportement des juges, comme l'exprime Andrée Lajoie : « [les réalistes] sont des empiriques pour lesquels le droit est énoncé par des juges créateurs, dont il faut saisir le comportement si l'on veut prédire les règles »<sup>403</sup>.

La prévisibilité du droit, qui est au centre du mouvement réaliste américain – bien que tous n'y accordaient pas la même importance<sup>404</sup> – et dont l'origine se trouve dans la *Sociological*

---

<sup>402</sup> Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 135 [référence omise].

<sup>403</sup> Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 123.

<sup>404</sup> Françoise MICHAUT, « L'école de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », (1986) 17 *R.I.E.J.* 33, 36 et suiv.

*Jurisprudence*<sup>405</sup>, a fortement été critiquée. On lui a notamment reproché d’être déterministe<sup>406</sup> et de minimiser l’importance des principes et des règles de droit sur le produit judiciaire<sup>407</sup>. De manière plus générale, on a également reproché aux réalistes de recourir aux sciences sociales de manière excessive et inconsidérée<sup>408</sup>, les autres disciplines ayant, pour certains, peu à apporter au droit<sup>409</sup>.

Selon Françoise Michaut, ces critiques, bien que compréhensibles, demeurent néanmoins déplorables, et ce, pour plusieurs raisons que l’auteure résume comme suit :

« S’il est vrai que le réalisme américain, à la suite de la “sociological jurisprudence”, a voulu introduire une nouvelle approche du droit et même alors inaugurer une approche scientifique sur le modèle des sciences expérimentales, et s’il est vrai que ses résultats dans ce domaine ne sont pas tous convaincants, il est tout aussi exact qu’il a soulevé des questions essentielles, qu’avec la “sociological jurisprudence” il a envisagé des questions primordiales que la

---

<sup>405</sup> Oliver W. Holmes, dont le nom est associé à l’école de la *Sociological Jurisprudence*, déclarait, dès 1897, que « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law » : Oliver W. HOLMES, Jr., « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, p. 173. Ces propos seront repris un peu plus de trente années plus tard par Karl N. Llewellyn, celui-ci affirmant que « [w]hat these officials (judges, sheriffs or clerks or jailers or lawyers) do about disputes is, to my mind, the law itself » : Karl N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush: On Our Law and its Study*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oceana Publications, 1930, p. 12.

<sup>406</sup> Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 126.

<sup>407</sup> Les critiques à ce sujet ont été recensées et résumées par Françoise Michaut dans : Françoise MICHAUT, « L’école de la “sociological jurisprudence”, le réalisme américain et la “théorie de la prédiction” », (1986) 17 *R.I.E.J.* 33, 55 et suiv. Selon l’auteure, les réalistes ne remettent pas en cause le système du précédent et ne nient pas que des règles s’imposent aux juges comme point de départ à la formulation de la décision. Ce qu’ils veulent mettre en évidence, c’est ce qui, dans le processus d’interprétation, permet de passer des décisions antérieures à la décision nouvelle : Françoise MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l’école de la “sociological jurisprudence” et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », (1987) 2 *R.I.D.C.* 495, 504.

<sup>408</sup> Roscoe POUND, « The Future of Law », (1937) 47 *Yale L.J.* 1 ; Roscoe POUND, « The Call for a Realist Jurisprudence », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 697. Pour une réplique à ces critiques, voir : Karl N. LLEWELLYN, « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222.

<sup>409</sup> Robert M. HUTCHINS, « The Autobiography of an Ex-Law Student », (1933) 1 *Uni. Chi. Law Rev.* 511 ; Morris R. COHEN, « Justice Holmes and the Nature of the Law », (1931) 31 *Colum. L. Rev.* 352.

théorie du droit aujourd'hui ne peut négliger ou qu'en posant dans ce cadre le problème de la prévisibilité en droit, de la prévisibilité des décisions judiciaires en particulier, ils ont mis à nu un rouage d'une grande importance dans le fonctionnement des systèmes juridiques en même temps qu'ils ont relancé par là d'une autre manière le problème des rapports du droit et de la morale. »<sup>410</sup>

Abondant dans le même sens, Philippe Jestaz et Christophe Jamin affirment pour leur part que les réalistes « ont sapé les fondements du travail doctrinal classique, consistant à prescrire aux praticiens la bonne solution à partir de principes rationnels. Et ils ont ouvert la voie à un véritable pluralisme juridique »<sup>411</sup>. Quant au professeur Richard F. Devlin, il énonce en ces termes l'influence du mouvement réaliste :

« Premièrement, la doctrine réaliste a inspiré de nombreuses recherches portant sur les aspects de notre système juridique qui ne sont pas régis par des règles, par exemple les antécédents personnels des juges, le fonctionnement véritable du système de jury, l'importance pratique de l'accès aux services de conseillers juridiques, etc. Deuxièmement, contrairement aux positivistes, les réalistes ont souligné l'incertitude des règles et la diminution de leur importance dans le système juridique. Troisièmement, le courant interdisciplinaire déclenché par la doctrine réaliste démontre que l'édification du droit est nécessairement dictée par le contexte et les conditions locales, et il met l'accent sur l'importance des personnes qui y participent et leur complexité sociale. »<sup>412</sup>

Le mouvement réaliste américain, malgré ses imperfections, a donc joué un rôle important dans le développement de la doctrine de l'interprétation judiciaire<sup>413</sup>. Sa vision du droit a

---

<sup>410</sup> Françoise MICHAUT, « L'école de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », (1986) 17 *R.I.E.J.* 33, 35.

<sup>411</sup> Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 284.

<sup>412</sup> Richard F. DEVLIN, « La théorie générale du droit pour les juges : ou pourquoi la théorie du droit pourrait être importante en matière de formation des juges au contexte social », (2001-2002) 4 *Rev. C.L. Français* 197, 226 [références omises].

<sup>413</sup> « If their historiography disrupted established learning in a variety of doctrinal fields, the realists' resort to the arsenal of analytic jurisprudenc revolutionized legal thinking and directly contributed to the uneasy pluralism

certes été critiquée, mais elle a néanmoins eu le mérite d'éclairer certains aspects de l'activité d'interprétation en mettant plus particulièrement en avant-plan l'influence que peut avoir la personnalité du juge dans l'orientation de ses décisions. C'est justement cette invitation à prendre en compte la personnalité des acteurs du système de justice et à recourir à des disciplines autres que juridiques pour mieux comprendre le droit qui nous a amené à suivre les pistes empruntées par les réalistes. Ayant choisi d'explorer le principe de l'intérêt de l'enfant en nous intéressant aux diverses interprétations qu'il reçoit à la lumière des marqueurs identitaires que sont le genre et l'âge du décideur, on aura compris l'intérêt de l'approche du mouvement réaliste pour nos travaux de recherche.

Mentionnons, avant de conclure, que nous nous sommes questionnée sur la pertinence de considérer, comme fondement théorique à notre étude, les idées mises de l'avant par le mouvement des *Critical Legal Studies* (CLS)<sup>414</sup>. S'agissant d'un mouvement qui a pris naissance aux États-Unis autour des années 1970 et qui s'inscrit dans la ligne de pensée du mouvement réaliste l'ayant précédé en ce que ses membres – les « Crits », selon l'abréviation en usage – nient la prétention à la transparence et à la neutralité du discours juridique, cette interrogation allait de soi.

Essentiellement, la thèse défendue par les Crits est que le droit est politique et qu'il reflète les intérêts des classes dominantes de la société, favorisant ainsi le maintien des schèmes de

---

characteristic of today's legal scholarship » : Harvard Law Review Editorial Board, « 'Round and 'Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship », (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1669, 1673.

<sup>414</sup> Sur l'histoire du mouvement, voir : Mark KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

domination sociales<sup>415</sup>. Si, à l'instar des réalistes, les Crits soutiennent que l'identité de ceux qui construisent le droit est un facteur déterminant, ils mettent surtout l'accent sur l'importance de l'identité des personnes qui sont soumises à la loi. Bien que ce mouvement n'existe plus aujourd'hui dans sa forme originelle, il a inspiré, entre autres, diverses théories où l'identité des justiciables est au cœur des préoccupations, telles que la théorie juridique du féminisme, la théorie critique ethnique du droit (*Critical Race Theories*), la théorie *Queer* (*Queer Theories*) et la théorie critique de la déficience (*Disability Studies*)<sup>416</sup>.

Certes, les CLS s'intéressent à l'influence des valeurs sur l'orientation du produit judiciaire. Elles n'accordent toutefois pas à celles du juge la place de choix qu'elles reçoivent au sein du mouvement réaliste (ou même de l'analyse conceptuelle). S'il est donc une chose à retenir des CLS pour nos travaux, c'est cette remise en question des fondations du grand édifice juridique qui se présentait depuis toujours comme neutre, abstrait et objectif<sup>417</sup>, léguant dès lors à la théorie du droit un héritage épistémologique important dans lequel il est toujours possible de puiser pour alimenter les analyses contemporaines, s'inscrivant ainsi dans l'héritage critique des réalistes.

---

<sup>415</sup> Gary MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995, p. 106. Selon le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, l'aspiration de la critique consiste à déceler le sens politique de la pratique quotidienne des juges et juristes, qui construisent le droit tout en se présentant comme de simples instruments du droit, interprètes passifs, neutres et transparents d'un droit abstrait qu'ils ont pour charge de concrétiser.

<sup>416</sup> Pour une description de chacune de ces théories, voir : Richard F. DEVLIN, « La théorie générale du droit pour les juges : ou pourquoi la théorie du droit pourrait être importante en matière de formation des juges au contexte social », (2001-2002) 4 *Rev. C.L. Français* 197, 240-271. On peut également consulter, sur le même sujet : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Angoisse identitaire et critique du droit. La 'critique juridique identitaire américaine' comme objet et source de réflexion théorique », (2003) 50 *R.I.E.J.* 1.

<sup>417</sup> Gary MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995, p. 106.

Considérant le droit comme un phénomène social, le courant réaliste nous incite à regarder au-delà des règles afin de prendre en compte les différentes variables liées aux acteurs du système judiciaire et leur incidence sur le processus interprétatif. Il va sans dire que les possibilités, à cet égard, sont nombreuses. En effet, les convictions religieuses et politiques pourraient être considérées, tout comme le statut social, familial, conjugal et économique du décideur, sa nationalité, son parcours académique et professionnel, sa tradition juridique, son orientation sexuelle, etc. En ce qui nous concerne, nous avons choisi, de porter notre regard sur le genre et l'âge des juges.

Dans la section qui suit, nous procéderons à la description de ces marqueurs identitaires après avoir au préalable exposé les motifs au soutien de notre choix.

### **SECTION 3 : LES MARQUEURS IDENTITAIRES RETENUS**

#### **§ 1 La pertinence des marqueurs identitaires de genre et de génération**

Le genre et la génération des juges sont les marqueurs identitaires retenus pour notre étude puisque nous étions d'avis qu'ils sont porteurs de valeurs et d'idéologies susceptibles d'avoir un impact sur les décisions judiciaires rendues en matière familiale.

D'aucuns se demanderont sans doute si le fait de ne retenir que les marqueurs de genre et de génération n'est pas trop simple ou même arbitraire pour rendre compte de la diversité humaine. Ce questionnement est légitime. Notre intention initiale était d'ailleurs d'intégrer à notre analyse des facteurs de différenciation autres que l'âge et le genre des décideurs par l'entremise d'entrevues auprès des juges de la Cour supérieure. Ce projet a toutefois dû être abandonné en raison du refus du juge en chef de la Cour supérieure de donner suite à notre

demande d'entretiens, ce dernier affirmant que « la décision du juge dans le cadre d'un procès se base sur deux éléments : le droit en vigueur et la preuve qui lui est présentée par les parties »<sup>418</sup>.

Nous ne sommes toutefois pas en reste, en dépit de ce refus, puisque l'âge et le genre, comme l'indique l'anthropologue Georges Balandier, « en tant que matériaux premiers et toujours présents, donnent à toute société son infrastructure la plus profonde [...] »<sup>419</sup>.

L'importance du facteur générationnel a également été confirmée par les chercheurs de l'*European Value Systems Study Group* qui, après avoir mené une recherche comparative sur les valeurs dans neuf pays européens et en Amérique du Nord en 1981 et 1991, soulignent l'incidence de ce marqueur identitaire sur la vision du monde en ce qu'il constituerait la seule variable vraiment significative pour expliquer les niveaux différents de mentalité<sup>420</sup>.

Par ailleurs, notre choix a été influencé – ou confirmé – par diverses lectures mettant l'accent sur les particularités liées à l'âge et au genre des individus. Quelques exemples suffiront pour illustrer notre propos.

---

<sup>418</sup> Lettre du juge en chef François Rolland datée du 10 septembre 2010.

<sup>419</sup> Georges BALANDIER, *Anthropo-Logiques*, Paris, Librairie Générale Française, 1985, p. 135.

<sup>420</sup> Jean STOETZEL et al., *Les valeurs du temps présent : une enquête européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 1983, p. 16. L'importance marquée du facteur générationnel ne nous a toutefois pas conduit à sous-estimer le genre des décideurs comme second facteur potentiel de différenciation. Sur l'importance du genre comme facteur culturellement signifiant, voir : Suzanne MORTON, « Identité sexuée et pouvoir : genre et classe sociale, sexualité, citoyenneté, nation et colonialisme », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 627. Voir également le texte de Ollivier Hubert dans lequel l'auteur souligne qu'il est « impossible de penser le social, le politique, le scientifique, le religieux, sans aussi penser le genre, mais impossible également, de penser le genre sans le croiser avec d'autres catégories de construction du soi, comme la classe, l'appartenance nationale, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, la confession religieuse, la génération, etc. » : Ollivier HUBERT, « Féminin/masculin : l'histoire du genre », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 473, 478.

Mentionnons d'abord l'article publié par Jessica Pearson et Maria A. Luchesi Ring<sup>421</sup> faisant état des résultats d'une étude réalisée par les auteures visant à déterminer si l'âge des juges a une quelconque incidence sur leurs décisions en matière de garde. Après avoir analysé cent décisions judiciaires portant sur la garde des enfants à la suite d'un divorce dans trois juridictions américaines (Denver, Jefferson et Adams) et interviewé dix-sept des juges les ayant rendues, les auteures dénotent des distinctions importantes reliées à l'âge du décideur, ce qui les amène à conclure que l'âge du juge est un élément-clé pour comprendre son comportement dans les cas de garde<sup>422</sup>. À titre d'exemples, on peut lire que les juges âgés de 50 ans et plus (les « *older judges* ») ont tendance à octroyer une garde exclusive à la mère<sup>423</sup> ou au parent du même sexe que l'enfant, alors que les *younger judges*, c'est-à-dire les juges âgés de 49 ans et moins, ne favorisent pas un parent plus que l'autre<sup>424</sup>, ni considèrent le sexe de l'enfant comme un critère déterminant.

---

<sup>421</sup> Jessica PEARSON et Maria A. LUCHESE RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21:4 *J. Fam. L.* 703. Pour d'autres recherches portant sur l'influence de l'âge du juge sur la teneur des décisions qu'il rend dans des domaines autres que la garde des enfants, voir notamment : Theodore EISENBERG et Sheri Lynn JOHNSON, « The Effects of Intent: Do We Know How Legal Standards Work? », (1991) 76 *Cornell Law Review* 1151 ; Martha A. MYERS, « Social Background and the Sentencing Behavior of Judges », (1988) 26 *Criminology* 649.

<sup>422</sup> Les auteures ne précisent pas si des conclusions similaires auraient pu être tirées par la seule analyse des décisions judiciaires. Bien que la possibilité de mener des entretiens auprès des juges de la Cour supérieure nous ait été refusée, nous considérons toutefois pertinente la référence à cet article et sommes d'avis que la seule lecture des décisions peut permettre d'appuyer la validité de telles conclusions.

<sup>423</sup> Un juge appartenant à ce groupe d'âge confiera même en entrevue que sa position à cet égard « [...] *reflected his own experiences growing up in a single parent home and being raised exclusively by his mother* » : Jessica PEARSON et Maria A. LUCHESE RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21 *J. Fam. L.* 703, 721.

<sup>424</sup> Un seul juge appartenant au groupe des *younger judges* favorisait la garde exclusive : Jessica PEARSON et Maria A. LUCHESE RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21 *J. Fam. L.* 703, 721.

En ce qui concerne les distinctions pouvant s'observer en fonction du genre du juge siégeant à la Cour, la professeure Julie Artis de l'Université DePaul, à Chicago, conclut que le genre des juges joue un rôle important dans le processus décisionnel, les femmes juges étant plus susceptibles de s'écarter de la doctrine de l'âge tendre<sup>425</sup> que leurs collègues masculins<sup>426</sup>. Au Canada, l'article publié en 1990 par la juge Bertha Wilson à ce sujet est fort intéressant<sup>427</sup>. Première femme à être nommée juge au sein de la Cour suprême du Canada en 1982, cette dernière s'interroge, dans cet article, sur la réelle différence que peuvent faire les femmes siégeant au plus haut tribunal du pays. Reconnaissant qu'il est difficile de se prononcer sur la question puisque la présence des femmes dans le système judiciaire est un phénomène encore trop récent, l'auteure ne peut que conclure avec un « peut-être » teinté de réserves :

« If women lawyers and women judges through their differing perspectives on life can bring a new humanity to bear on the decision-making process, perhaps they *will* make a difference. Perhaps they will succeed in infusing the law with an understanding of what it means to be fully human. »<sup>428</sup>

---

<sup>425</sup> Présomption voulant que la mère soit naturellement plus apte que le père à prendre soin d'un jeune enfant : *Droit de la famille* – 7, [1984] C.A. 350, 356.

<sup>426</sup> Julie E. ARTIS, « Judging the Best Interests of the Child: Judges' Account of the Tender Years Doctrine », (2004) 38 *Law & Soc'y Rev.* 769. Pour d'autres exemples de recherches américaines sur les distinctions mesurables en fonction du genre des juges, voir notamment : Barbara PALMER, « Women in the American Judiciary: Their Influence and Impact », (2001) 23 *Women & Politics* 89 ; Donald R. SONGER et Kelly A. CREWS-MEYER, « Does Judge Gender Matter? Decision Making in State Supreme Courts », (2000) 81 *Social Science Quarterly* 750 ; Elaine MARTIN et Barry PYLE, « Gender, Race, and Partisanship on the Michigan Supreme Court », (2000) 63 *Alb. L. Rev.* 1205 ; Donald R. SONGER, Sue DAVIS et Susan HAIRE, « A Reappraisal of Diversification in the Federal Courts: Gender Effects in the Courts of Appeals », (1994) 56 *Journal of Politics* 425. Mentionnons toutefois que ces études ne portent pas spécifiquement sur la relation entre le genre du juge et les décisions rendues en matière de garde d'enfant.

<sup>427</sup> Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference? », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507.

<sup>428</sup> Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference? », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507, 522 [en italique dans l'original].

Quinze ans plus tard, les professeures Marie-Claire Belleau et Rebecca Johnson reprennent la question soulevée par la juge Wilson et y répondent par un « oui » catégorique<sup>429</sup>. En effet, les auteures estiment qu'il est désormais difficile de conclure que le genre n'entraîne aucune différence dans le processus décisionnel judiciaire. Cette conclusion est tirée à la lumière d'une étude statistique réalisée par le professeur Peter McCormick démontrant que les trois premières femmes nommées à la Cour suprême (Wilson, L'Heureux-Dubé et McLachlin) détiennent le taux de dissidence le plus élevé<sup>430</sup>. Sans toutefois aller jusqu'à affirmer que les femmes partagent une essence commune, les auteures soutiennent ce qui suit :

« [II] y aurait donc, potentiellement, des expériences et des épreuves propres aux femmes qui les conditionnent à comprendre et à évaluer les faits et les circonstances et, ensuite, à les expliquer différemment dans leurs décisions comparativement à celles de la majorité. »<sup>431</sup>

---

<sup>429</sup> Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « Les femmes juges feront-elles véritablement une différence ? Réflexions sur leur présence depuis vingt ans à la Cour suprême du Canada », (2005) 17 *R.J.F.D.* 27.

<sup>430</sup> Peter McCORMICK, *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000. Après avoir pour leur part analysé 2 231 jugements de la Cour suprême rendus entre 1982 et 2012, les professeures Marie-Claire Belleau et Rebecca Johnson concluent que la juge L'Heureux-Dubé détient le titre de la plus grande dissidente, cette dernière s'étant distinguée dans 63,2 % des décisions. Ces résultats ont été présentés lors du 81<sup>e</sup> Congrès de l'Acfas qui s'est tenu à Québec du 6 au 10 mai 2013 : Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « Dissidences salutaires à la Cour suprême », Conférence, 81<sup>e</sup> Congrès de l'Acfas 2013, Québec, 6 mai 2013. Au sujet de la dissidence de la juge Claire L'Heureux-Dubé et de sa grande influence sur le droit, voir : Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « La dissidence judiciaire : réflexions préliminaires sur les émotions, la raison et les passions du droit/Judicial Dissent: Early Reflections on Emotion, Reason, and Passion in Law », dans Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 699. Dans cet ouvrage, où les auteures soulignent que la juge L'Heureux-Dubé, dans ses opinions dissidentes « [...] argues that who the judge is matters ; bodies matter ; race matters, sex matters. The fact of “the matter” (our own materialy) cannot not absolve us of the responsibility to the other, of the responsibility to speak from where we stand while continually striving for enlargement of the mind ».

<sup>431</sup> Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « Les femmes juges feront-elles véritablement une différence ? Réflexions sur leur présence depuis vingt ans à la Cour suprême du Canada », (2005) 17 *R.J.F.D.* 27, 34. Sans remettre en question cette affirmation, nous nous interrogeons sur sa réelle portée. En effet, nous ne croyons pas que le genre du juge soit véritablement révélateur dans le cadre de litiges traitant de questions

Ce sont justement ces expériences propres aux femmes et aux hommes appartenant à des groupes générationnel distincts que nous tenterons de dévoiler dans le cadre de notre recherche afin de vérifier si elles ont – ou non – une incidence sur les décisions rendues par les juges en matière de garde dans un contexte post-rupture.

Une telle démarche requiert d’abord de circonscrire, en nous appuyant sur de la littérature issue des sciences sociales<sup>432</sup>, les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants qui se rattachent aux marqueurs identitaires retenus, ce à quoi nous nous emploierons dans les pages qui suivent.

## **§ 2 La description des marqueurs identitaires retenus**

Notre intention initiale était de discuter du genre et de la génération de façon séparée. Autrement dit, nous voulions d’abord discuter du concept de « génération », pour ensuite aborder celui du « genre ». Nous avons toutefois constaté, en cours de route, que cette façon de faire n’était pas optimale. En effet, comme ces deux concepts sont interconnectés – dans le sens où ils se recoupent et se définissent l’un par l’autre – il devenait impossible de les articuler et de les comprendre isolément. C’est pourquoi nous avons décidé, au final, de combiner nos deux catégories d’analyse.

Après avoir exposé quelques éléments de généralité au sujet du genre et de la génération, nous mettrons en lumière, dans les prochains paragraphes, la manière dont ont été construits, dans la société québécoise, les sujets masculin et féminin à travers les différentes époques qui nous

---

purement techniques, comme en matière de priorités et d’hypothèques, par exemple. Nous ne pouvons que regretter que les auteures n’aient pas apportées des précisions ou les nuances nécessaires à cet égard.

<sup>432</sup> Nous considérons que l’interdisciplinarité, c’est-à-dire le dialogue et l’échange de connaissances entre le droit et les sciences sociales, nous permettait de mieux appréhender notre sujet dans sa réalité globale.

occupent. En d'autres termes, et pour reprendre les propos de Virginia Woolf, nous poserons notre regard sur l'expérience historique des hommes et des femmes, sur ces « ensemble[s], composé[s] du corps, de l'esprit, du cerveau, influencés par la mémoire et la tradition »<sup>433</sup>.

### **A) Le genre et la génération : éléments de généralité**

D'abord, la « génération » est un concept qui peut revêtir de multiples significations, selon que l'on soit démographe, historien ou sociologue. Alors que les premiers définissent cette notion en s'appuyant uniquement sur les périodes de natalité, les autres feront intervenir des facteurs sociaux, économiques et politiques qui permettent d'apprécier l'ensemble des dimensions qui marquent l'originalité d'une génération<sup>434</sup>. Cette dernière approche, pour laquelle la génération est « ressaisie comme phénomène social dans son évolution culturelle et historique »<sup>435</sup>, est celle que nous avons retenue puisque nous considérons qu'elle permet de mieux saisir tout ce que l'appartenance à une génération signifie.

Selon les historiens américains Howe et Strauss, une génération est donc un groupe de personnes nées au cours d'une période d'environ vingt ans (ce qui couvre en général le passage de l'enfance à l'âge adulte) et qui possèdent une personnalité générationnelle commune<sup>436</sup>. Ayant vécu des moments historiques marquants alors qu'ils étaient au même stade de leur vie (ce que les auteurs appellent une « *common location in history* »), les membres d'une même génération partageront des attitudes, des convictions et des attentes à

---

<sup>433</sup> Virginia WOOLF, *Trois guinées*, trad. par Viviane FORRESTER, Paris, Bibliothèque 10/18, 2002, p. 52.

<sup>434</sup> Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012, p. 18.

<sup>435</sup> Jacques GRAND'MAISON et Solange LEFEBVRE, *La part des aînés*, Montréal, Fides, 1994, p. 23.

<sup>436</sup> Neil HOWE et William STRAUSS, *Millenials Rising. The Next Great Generation*, New York, Vintage Books, Random House, 2000, p. 40.

l'égard de la vie, de la famille, de la politique, de la religion, des institutions, du rôle des hommes et des femmes, de la culture<sup>437</sup>. Cette définition est aussi celle que l'on retrouve sur le portail de Statistique Canada :

« En général, on définit une génération comme un groupe de personnes qui ont à peu près le même âge et qui ont vécu, le plus souvent pendant leur enfance ou au début de l'âge adulte, des événements historiques particuliers, tels qu'une crise ou une période de prospérité économique, une guerre ou des changements politiques importants. Ces événements peuvent influencer leur vision du monde. »<sup>438</sup>

La notion de « genre », pour sa part, recoupe une multitude de réalités fort complexes. L'une d'entre elles oppose, depuis toujours, les tenants des théories essentialiste et constructiviste. Selon les premiers, la norme comportementale ou la structuration des rapports sociaux serait naturellement déterminée par les hormones et les chromosomes sexuels, c'est-à-dire par le fait de posséder les organes reproducteurs féminin ou masculin. L'idéologie essentialiste appuie ainsi l'idée voulant que chaque individu possède, dans son être profond, « un genre inné, naturel, stable, substantiel et ontologique » qui serait à l'origine des différences psychologiques et comportementales entre les hommes et les femmes<sup>439</sup>. Pour les seconds, la thèse d'un déterminisme biologique relève d'une vision simpliste et étreinée de la réalité sociale. Selon les constructivistes, la structuration des rapports entre les hommes et les femmes s'inscrirait plutôt dans un continuum de normes et de pratiques historiquement transmises, chacun étant appelé à « composer avec leur identité indissociable du genre et à

---

<sup>437</sup> Neil HOWE et William STRAUSS, *Millenials Rising. The Next Great Generation*, New York, Vintage Books, Random House, 2000, p. 40-50.

<sup>438</sup> [http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-311-x/98-311-x2011003\\_2-fra.cfm](http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-311-x/98-311-x2011003_2-fra.cfm).

<sup>439</sup> Chantal MAILLÉ, « Féminismes, genre et sexe au XXI<sup>e</sup> siècle : nouveaux habits, vieux débat ? », dans Louise COSSETTE (dir.), *Cerveau, Hormones et Sexe. Des différences en question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2012, p. 90.

s'accommoder des places et des fonctions que leur assigne la division ou la hiérarchie sociale des sexes, et ce, tant au sein de la famille que de la sphère publique »<sup>440</sup>. Chaque individu *performerait* ainsi des comportements en fonction des attentes de genre afin de maintenir leur référence identitaire et leur sentiment d'appartenance au groupe<sup>441</sup>. Sans prendre position dans ce débat – encore puisse-t-il être possible de le faire<sup>442</sup> – nous adopterons, dans le cadre de cette thèse, une posture constructiviste afin de mettre en lumière la façon dont les stéréotypes sexuels<sup>443</sup> ont participé, à travers les différentes époques qui nous occupent, à la construction des sujets féminin et masculin au sein de la société québécoise.

---

<sup>440</sup> CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction social du féminin et du masculin*, coll. « BanQ », Québec, Conseil du statut de la femme, 2010, p. 12. Comme le mentionne Bourdieu, « [o]n attend des filles qu'elles soient féminines, c'est-à-dire souriantes, sympathiques, attentionnées, soumises, discrètes, retenues, voire effacées. Et la prétendue féminité n'est souvent pas autre chose qu'une forme de complaisance à l'égard des attentes masculines, réelles ou supposées, notamment en matière d'agrandissement de l'ego. En conséquence, le rapport de dépendance à l'égard des autres (et pas seulement des hommes) tend à devenir constitutif de leur être » : Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Éditions du Seuil, 2002, p. 94.

<sup>441</sup> Sur le genre comme performance, voir : Judith BUTLER, *Undoing Gender*, New York, Routledge, 2004. Pour Butler, le genre, tout comme le sexe biologique, sont des catégories construites, ce qui lui permet d'avancer la notion de performativité du genre : l'identité de genre existe à travers la répétition constante des codes socialement définis comme étant féminins ou masculins performés par les individus. Sur la construction sociale du sexe biologique, voir également : Thomas LAQUEUR, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

<sup>442</sup> Pour Judith Butler, qui soutient la théorie constructiviste, le débat sur la différence sexuelle pose la difficulté permanente de déterminer où commencent et finissent le biologique, le psychique, le discursif et le social : Judith BUTLER, *Undoing Gender*, New York, Routledge, 2004, p. 185. D'autres diront que le problème fondamental n'est pas tant l'influence que peut avoir le biologique sur les aptitudes cognitives et les comportements que l'utilisation sociale qui en est faite : CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction social du féminin et du masculin*, coll. « BanQ », Québec, Conseil du statut de la femme, 2010, p. 15.

<sup>443</sup> Basés sur une opposition binaire (homme/femme) et partie prenante du processus de socialisation où filles et garçons adoptent les normes de comportement qui correspondent à leur sexe biologique, les stéréotypes sexuels se distinguent, selon Deborah Prentice et Erica Carranza, en stéréotypes prohibitifs et prescriptifs qui induisent des attentes et des interdits intensifiés ou assouplis en fonction du genre : Deborah A. PRENTICE et Erica CARRANZA, « What women and men should be, shouldn't be, are allowed to be, and don't have to be: The contents of prescriptive gender stereotypes », (2002) 26:4 *Psychology of Women Quarterly*, 269. On s'attendra ainsi notamment des hommes qu'ils soient indépendants, aventureux, dominants, braves et

Il s'agira ainsi de définir, à l'aide de la littérature, l'identité collective des hommes et des femmes du Québec à travers des contextes historiques changeants<sup>444</sup>.

Loin de nous toutefois l'idée de prétendre que les membres d'un même genre ou d'une même génération partagent une entité homogène ou monolithique. Au demeurant, nous ne sommes pas sans ignorer le fait que chaque individu, peu importe son âge ou son genre, a sa trajectoire personnelle et sa propre personnalité, modelée par son éducation, ses origines, sa formation, son milieu de vie, ses expériences personnelles, etc. Il n'en demeure pas moins, d'une part, que certains repères événementiels sont fédérateurs d'une identité générationnelle<sup>445</sup> et, d'autre part, que le genre est culturellement significatif puisqu'il « produit et reproduit les différences sexuelles et les fonctionnements de l'identité sexuée »<sup>446</sup>. Cet argument s'inscrit

---

compétitifs, alors que la douceur, l'émotivité, la passivité et la sensibilité seront des qualificatifs généralement associés aux femmes : Francis DUPUIS-DERY, « Le discours de la “crise de la masculinité” comme refus de l'égalité entre les sexes : l'histoire d'une rhétorique antiféministe », (2012) 25 *Recherches féministes* 89, 98 ; Vincent DUHAIME, « “Les pères ont ici leur devoir” : le discours du mouvement familial québécois et la construction de la paternité dans l'après-guerre, 1945-1960 », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 535, 547 et 548.

<sup>444</sup> Nous ne soumettons toutefois pas les écrits qui portent sur les identités à une réflexion critique. Un tel exercice excéderait la portée et l'objectif de cette thèse. Puisque le masculin est généralement la norme de référence ou, comme le dirait Guillaume Carnino pour paraphraser Simone de Beauvoir « que le féminin est toujours plus “autre” », peu nombreux sont les ouvrages portant sur l'histoire des hommes ou sur la construction sociale de leur identité : Guillaume CARNINO, *Pour en finir avec le sexisme*, Paris, Éditions l'Échappée, 2005, p. 50. À l'inverse, ceux portant sur les femmes en général abondent. Cela étant, l'information dont nous disposons sur l'identité masculine provient essentiellement de la littérature consacrée aux femmes.

<sup>445</sup> Comme le mentionne une auteure : « [f]aire partie d'une génération, c'est reconnaître qu'un nombre important d'expériences communes rapprochent ses membres les uns des autres sur le plan de la personnalité, tout en tenant compte des exceptions » : Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012, p. 17.

<sup>446</sup> Suzanne MORTON, « Identité sexuée et pouvoir : genre et classe sociale, sexualité, citoyenneté, nation et colonialisme », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 627, 628. En ce qui a trait aux femmes plus particulièrement, une auteure mentionnera d'ailleurs que « si elles forment un groupe hétérogène, il reste que les femmes ont ceci en commun de faire partie intégrante d'une organisation économique et sociale qui, en principe tout au moins, leur réserve une place bien définie » : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 245.

dans la pensée de l'historienne américaine Joan W. Scott qui, dans les années 1980, a formellement proposé l'utilisation de la notion de genre en histoire<sup>447</sup>.

Procédant à l'analyse des modalités de l'identification collective et rétrospective, Scott recourt à la notion d'« écho-fantasme » en soutenant que c'est la répétition (écho) des mythes que les cultures inventent pour répondre aux interrogations sur l'origine des sujets, de la différence sexuelle et de la sexualité (fantasmes) qui permet l'émergence d'un dénominateur commun qui transcende à la fois l'Histoire et la différence<sup>448</sup>. Ciment psychique de la réalité sociale<sup>449</sup>, le fantasme, écrit Scott :

« Intervient dans la formation de l'identité individuelle comme dans celle de l'identité collective ; de la confusion il dégage de la cohérence, ramène la multiplicité à la singularité et réconcilie le désir illicite avec la loi. Il permet aux individus et aux groupes de se doter d'une histoire. »<sup>450</sup>

Elle cite, à titre d'exemple, le fantasme de l'amour maternel :

« L'immense fierté éprouvée à la vue de leurs enfants et le plaisir sensuel de les tenir contre elles [...], voilà les sentiments par lesquels les femmes sont présumées s'identifier, par-delà les grandes différences liées à la race et à la classe. Mères et enfants, différents et semblables, femmes noires et femmes blanches, doivent se reconnaître grâce à l'amour maternel et se retrouver dans l'union de l'amour – toutes différences effacées. »<sup>451</sup>

---

<sup>447</sup> Joan W. SCOTT, « Gender: A Useful Category of Historical Analysis », (1986) 91:5 *The American Historical Review* 1053.

<sup>448</sup> Joan W. SCOTT, *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, trad. par Claude SERVAN-SCHREIBER, Paris, Fayard, 2009, p. 136.

<sup>449</sup> Jacqueline ROSE, *States of Fantasy*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 3.

<sup>450</sup> Joan W. SCOTT, *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, trad. par Claude SERVAN-SCHREIBER, Paris, Fayard, 2009, p. 140.

<sup>451</sup> Joan W. SCOTT, *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, trad. par Claude SERVAN-SCHREIBER, Paris, Fayard, 2009, p. 171.

Cette notion d'écho-fantasme permet d'asseoir la description de nos deux catégories identitaires sur des dénominateurs communs – fondés bien souvent sur des rapprochements inconscients – et d'éviter ainsi la critique qui pourrait nous être faite quant à l'attribution de caractéristiques essentialistes aux hommes et des femmes appartenant à l'une ou l'autre des générations visées par la présente thèse. En effet, si, en tant qu'historienne féministe, Scott a essentiellement concentré ses réflexions sur l'histoire des femmes, elle souligne néanmoins que l'écho-fantasme s'applique à tout mouvement qui fabrique des identités collectives<sup>452</sup>.

Ceci étant dit, les pages qui suivent présentent la trajectoire, les expériences et les événements marquants qui ont façonnés l'identité collective des hommes et des femmes des générations visées par notre étude, soit la génération des « révolutionnaires tranquilles »<sup>453</sup> (1925-1942), des boomers (1943-1960) et des X (1961-1981)<sup>454</sup>. L'objectif d'une telle démarche est de saisir, d'une part, l'esprit particulier et les traits distinctifs qui s'en dégagent et de déterminer, d'autre part si, comme le prétendent les réalistes, ces éléments peuvent avoir une influence sur la teneur des décisions rendues par les juges en matière de garde dans un contexte post-rupture.

---

<sup>452</sup> Joan W. SCOTT, *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, trad. par Claude SERVAN-SCHREIBER, Paris, Fayard, 2009, p. 176.

<sup>453</sup> Cette expression est empruntée au professeur et sociologue Gilles Gagné : Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 15. Pour les raisons qui seront plus amplement exposées ci-dessous, l'auteur considère que cette appellation est plus appropriée que celle généralement utilisée de « traditionnalistes » pour définir ceux et celles qui sont à l'origine de la Révolution tranquille. Les auteurs É.-Martin Meunier et Jean-Philippe Warren sont du même avis : É.-Martin MEUNIER et Jean-Philippe WARREN, *Sortir de la "Grande noirceur". L'horizon "personnaliste" de la Révolution tranquille*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002.

<sup>454</sup> Les dates définissant chacun des groupes générationnels peuvent quelque peu varier selon les auteurs. En ce qui nous concerne, et à l'instar d'autres auteurs québécois, nous avons retenu celles arrêtées par Howe et Strauss : Neil HOWE et William STRAUSS, *Millenials Rising. The Next Great Generation*, New York, Vintage Books, Random House, 2000, p. 41. Ces années sont confirmées par le professeur Gilles Gagné : Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 13.

Pour ce faire, nous avons eu recours à divers articles et ouvrages de référence, dont deux d'entre eux portaient exclusivement sur une génération donnée : l'ouvrage de François Ricard traitait des boomers<sup>455</sup>, alors que celui de Stéphane Kelly concernait les membres de la génération X<sup>456</sup>. Ces ouvrages nous ont donc servi de pièces maîtresses pour dépeindre le portrait des générations concernées. Précisons, avant de conclure sur ce point, que l'ensemble des auteurs consultés inscrivent leurs propos dans un contexte spécifique d'une culture occidentale blanche et francophone, soit le contexte auquel appartiennent les juges qui ont rendu les décisions qui font l'objet de notre analyse.

## **B) Le genre et la génération : description de contenu**

La description des marqueurs identitaires à laquelle nous procéderons dans les prochaines pages sera présentée de façon chronologique. Nous dresserons ainsi, dans un premier temps, le portrait générationnel des révolutionnaires tranquilles. Suivra, dans un deuxième temps, celui des boomers pour terminer, dans un troisième temps, avec celui des membres de la génération X.

### **1) Les révolutionnaires tranquilles**

Lorsque la Grande-Bretagne déclare la guerre aux Allemands, au début du XX<sup>e</sup> siècle, le Dominion du Canada est automatiquement entraîné dans ce terrible conflit mondial : un contingent de 25 000 soldats est annoncé par le gouvernement fédéral conservateur de Robert Borden, qui, au surplus, adopte la *Loi sur le service militaire* - qui prévoit l'enrôlement

---

<sup>455</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994.

<sup>456</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011.

obligatoire des hommes de 20 à 35 ans - et sollicite la participation des femmes dans les usines d'armement<sup>457</sup>. Il faut toutefois mentionner que ce n'est pas la Première Guerre mondiale qui marque le début du travail salarié des femmes, celles-ci exerçant, dès le tout début du XIX<sup>e</sup> siècle, divers métiers pour lesquels elles étaient rémunérées (domestique, sage-femme, enseignante, etc.)<sup>458</sup>. Ce n'est toutefois qu'au moment où le Québec s'engage dans la voie de l'industrialisation, vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, que s'amorce véritablement le processus de féminisation de la main-d'œuvre salariée au Québec<sup>459</sup>. Ainsi, si la vie des femmes vivant en milieu rural est rythmée par les tâches ménagères, le soin des enfants et les travaux de la ferme, les femmes vivant en ville font, quant à elles, de plus en plus l'expérience du travail salarié.

Très majoritairement célibataires<sup>460</sup>, celles qui rejoignent les rangs des ouvrières n'ont toutefois accès qu'à un nombre limité d'emplois dans l'industrie. Elles se retrouvent essentiellement dans les usines du textile, de la chaussure et du tabac et gagnent en moyenne

---

<sup>457</sup> Éric BÉDARD, *L'histoire du Québec pour les nuls*, Paris, Éditions First-Gründ, 2012, p. 182. Mentionnons toutefois que leur retour au foyer fut fortement réclamé dès la fin du conflit : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 126.

<sup>458</sup> Principales responsables du soin des enfants et du bien-être de la famille, les femmes pratiquaient majoritairement leur métier – autre que celui de domestique – à l'intérieur du foyer familial, afin que leur travail rémunéré ne vienne pas entraver leurs responsabilités familiales : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 22, 23 et 47.

<sup>459</sup> Avant cette période, c'est-à-dire durant le Régime français et les premières décennies du Régime britannique, l'agriculture de subsistance était la principale activité de l'ensemble de la population et les rôles que chacun y jouait se complétaient l'un et l'autre. Les femmes, tout en ayant la responsabilité de l'espace domestique, participaient activement aux travaux de la ferme : Simon LANGLOIS, « Rôles féminins. Les rôles domestiques : de l'idée d'aide à l'idée de partage des tâches », dans Simon LANGLOIS (dir.), *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 119.

<sup>460</sup> Les femmes mariées, qui avaient pour principale fonction de mettre au monde des enfants et qui étaient subordonnées à leur mari, étaient rares à exercer un travail salarié, le discours social les cantonnant entièrement dans leur rôle de reines du foyer : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 71.

la moitié du salaire des hommes<sup>461</sup>. Imposant peu à peu une nouvelle organisation du travail et entraînant une nette séparation entre les lieux de travail et de vie, l'industrialisation a eu pour effet d'accentuer la rhétorique des sphères séparées qui, fondée sur le modèle du couple ménagère/pourvoyeur, impose une division des rôles selon le genre<sup>462</sup>. Cette « naturelle » complémentarité des rôles, qui provoque la ségrégation des espaces féminin (foyer ; espace privé) et masculin (travail ; espace public) a contribué à modeler les identités de genre à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et guidera les hommes et les femmes, pour des décennies à venir, dans leur construction de l'idée de « Soi » et de « l'Autre » et dans la délimitation de ce que doit être leur vécu<sup>463</sup>.

Les transformations dans les rapports de genre qu'induit le passage à un ordre capitaliste industriel se traduisent également dans le domaine de l'instruction des filles et des garçons. Craignant que l'industrialisation et l'urbanisation ne viennent menacer les assises de la famille traditionnelle, qui repose sur la complémentarité des rôles, les écoles ménagères, qui apparaissent à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, visent à former les femmes pour qu'elles deviennent des épouses parfaites et des mères dévouées<sup>464</sup>. Soutenant une vision essentialiste de la femme,

---

<sup>461</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 69.

<sup>462</sup> Simon LANGLOIS, « Rôles féminins. Les rôles domestiques : de l'idée d'aide à l'idée de partage des tâches », dans Simon LANGLOIS (dir.), *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 119.

<sup>463</sup> Encore aujourd'hui, nombreuses sont les femmes à considérer qu'elles sont naturellement plus douées que les hommes pour prendre soin des enfants. Cette croyance semble faire naître chez elles le désir de garder le contrôle sur l'univers domestique. Allen et Hawkins qualifient cette volonté de conserver la mainmise sur le foyer de « maternal gatekeeping », qu'ils définissent comme « a collection of beliefs and behaviors that ultimately inhibit a collaborative effort between men and women in family work by limiting men's opportunities for learning and growing through caring for home and children » : Sarah M. ALLEN et Alan J. HAWKINS, « Maternal Gatekeeping: Mother's Beliefs and Behaviors that Inhibit Greater Father Involvement in Family Work », (1999) 61 *Journal of Marriage and Family* 199, 200.

<sup>464</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 102. Selon le sociologue américain Talcott Parsons, cette spécialisation des rôles masculin et féminin contribuait

l'enseignement qui y est prodigué a pour but de développer, chez les jeunes filles, des aptitudes féminines et familiales conformes à leur nature. Pour leur part, les collèges classiques masculins insistent sur la préparation au service public et forment « l'homme en tant qu'homme », c'est-à-dire un être cultivé, poli, éloquent, actif et dévot<sup>465</sup>. Poursuivant un double objectif d'instruction et de socialisation, la fréquentation de ces institutions d'enseignement par les jeunes garçons ne peut, selon Christine Hudon et Louise Bienvenue, qu'avoir eu une incidence sur les hommes qu'ils sont devenus, dans le sens où le modèle éducatif en place a contribué à « façonner l'identité masculine élitare et à dessiner les représentations de l'autre genre, le féminin »<sup>466</sup>. Évoluant dans un univers totalement masculin où l'apprentissage se fait en référence à des ouvrages d'auteurs exclusivement masculins, le jeune collégien est soumis à un rite initiatique qui permet l'émergence d'un caractère viril et qui condamne toute manifestation de caractéristiques attribuées au féminin :

---

au maintien de la cellule familiale, que l'auteur présente comme un sous-système interdépendant, et fournissait aux enfants du couple une base à leur socialisation : Talcott PARSONS, *Éléments pour une sociologie de l'action*, trad. par François BOURRICAUD, Paris, Plon, 1955, p. 143 et suiv. Sur la spécialisation des rôles dans la relation conjugale québécoise, voir notamment : Marc-Adélar TREMBLAY, « Modèles d'autorité dans la famille canadienne française », (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215, 226 et 227.

<sup>465</sup> Claude GALARNEAU, *Les collèges classiques au Canada français (1620-1970)*, Montréal, Fides, 1978, p. 233. Comme les études classiques étaient l'unique voie d'entrée à l'université, l'accès aux études universitaires était impossible pour les jeunes femmes francophones avant l'ouverture, en 1908, d'un collège classique pour les filles. S'ouvrant peu à peu aux femmes au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, les universités demeurent pendant longtemps un monde masculin. Voir à ce sujet : Karine HÉBERT, « Carabines, poutchinettes co-eds ou freschettes sont-elles des étudiantes ? Les filles à l'Université McGill et à l'Université de Montréal (1900-1960) », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 593, où l'auteure mentionne, à la page 624, qu'« en présentant un double discours sur la jeunesse et la fonction sociale des hommes et des femmes, en remettant régulièrement en question la pertinence d'une éducation supérieure pour les femmes et en tergiversant au sujet de l'intégration des filles aux structures étudiantes officielles, autorités universitaires et étudiants participent à la construction d'un discours identitaire étudiant masculin ».

<sup>466</sup> Christine HUDON et Louise BIENVENUE, « Entre franche camaraderie et amours socratiques : l'espace trouble et ténu des amitiés masculines dans les collèges classiques (1870-1960) », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 481, 483.

« La peur du jugement des camarades et des professeurs, la crainte de l'exclusion sociale, le besoin de prouver ses capacités et sa force, le désir, enfin, de ne pas afficher les traits associés à la féminité façonnent les comportements, incitent les élèves à bannir certains gestes, à en adopter d'autres, à cacher certaines habitudes, bref à effectuer un constant travail sur soi, afin de se conformer à l'idéal associé à leur sexe. »<sup>467</sup>

L'incapacité juridique de la femme mariée (art. 177 C.c.B.-C.) et le double standard de la règle en matière de séparation de corps (art. 187 et 188 C.c.B.-C.), qui prévoit qu'une demande à cet effet peut être faite par le mari pour cause d'infidélité de son épouse, alors que cette dernière ne peut entreprendre une telle procédure que si le mari entretient sa maîtresse dans le logis conjugal, ne sont que d'autres illustrations qui témoignent du caractère patriarcal de la société qui mènera, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, à la mise sur pied de diverses organisations militant en faveur des droits des femmes dont, entre autres, le droit de vote<sup>468</sup>. S'inscrivant dans un mouvement plus large d'engagement social, des associations et établissements philanthropiques voient également le jour, à l'initiative de femmes appartenant surtout à la bourgeoisie et aux classes moyennes, qui s'inquiètent des conditions de vie des femmes et des enfants des masses populaires<sup>469</sup>. Sans contester l'idéologie des sphères séparées ou nier la différence et la complémentarité des genres, les initiatrices de ces projets recourent à une idéologie maternaliste pour justifier leurs incursions hors de l'univers domestique, affirmant

---

<sup>467</sup> Christine HUDON et Louise BIENVENUE, « Entre franche camaraderie et amours socratiques : l'espace trouble et ténu des amitiés masculines dans les collèges classiques (1870-1960) », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 481, 505.

<sup>468</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 112.

<sup>469</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 112. L'auteure cite, à titre d'exemples, la mise sur pied de cliniques où les mères peuvent venir chercher du lait pasteurisé, l'aménagement de terrains de jeux pour les enfants des quartiers défavorisés et la fondation de l'hôpital Sainte-Justine pour enfants.

que « les attributs de la féminité, en particulier la tendance innée chez toutes les femmes à prendre soin des plus faibles, les appellent à intervenir dans la sphère publique [...] »<sup>470</sup>.

Accordé en 1918 par le gouvernement fédéral, le droit de vote aux Canadiennes sera en quelque sorte la récompense pour les efforts qu'elles auront déployés durant les quatre années de conflit. Après cette période d'hostilité et de perturbations, les années qui suivirent la Première Guerre mondiale furent marquées par un important développement économique du Québec<sup>471</sup>.

La prospérité des années 1920 sera particulièrement propice à divers bouleversements qui viendront insuffler une dose de modernité dans le quotidien des femmes. Permettant à une part plus importante de la population d'avoir accès à la société de consommation qui, influencée par la culture américaine, propose aux femmes de nouveaux comportements et modèles de féminité qui contrastent radicalement avec l'idéal de chasteté et de modestie jusque-là dominant, cette décennie sera marquée par l'émancipation féminine et l'effritement du pouvoir masculin<sup>472</sup>. Ce pas vers la modernité se manifeste notamment par certaines avancées concernant la capacité juridique de la femme mariée. C'est ainsi que les revendications féministes mèneront à l'adoption, en 1931, de la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 114.

<sup>471</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 21.

<sup>472</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 125.

<sup>473</sup> S.Q. 1930-1931, c. 101, art. 27. À ce sujet, voir : Maryse BEAULIEU, « La condition juridique de la femme mariée (1907-1931) : Salaire et communauté. Position de Marie Lacoste Gérin-Lajoie », (2001) 14 *Recherches féministes* 5.

Adoptée à la suite des recommandations faites par la Commission des droits civils de la femme, cette loi introduit au *Code civil du Bas Canada* des dispositions qui permettent notamment aux femmes mariées de conserver la propriété de leur salaire et d'administrer seules leurs biens meubles.

Après avoir connu l'opulence, le Québec entre ensuite dans près d'une décennie d'années de misère et de détresse. Considérée comme l'une des plus graves crises économiques de l'ère moderne, la crise économique des années 1930 laissera une empreinte indélébile dans la mémoire collective des individus affectés et ébranlera les assises de la masculinité en privant des milliers de pourvoyeurs du revenu qui leur permettait de faire vivre la famille<sup>474</sup>. En réaction à cette situation, le travail salarié des femmes, qui, tout en suscitant des commentaires ambivalents, semblait être devenu une réalité incontournable, fut l'objet de virulentes dénonciations, plusieurs étant d'avis que les femmes « vol[aient] ni plus ni moins les emplois d'honnêtes pères de famille et [étaient] donc directement responsables de la misère qui [frappait] des milliers de foyers »<sup>475</sup>.

Désirant pallier les pertes d'emplois massives qui, selon les autorités gouvernementales, menacent la stabilité de la famille et l'ordre social patriarcal, des mesures destinées prioritairement aux hommes mariés sont mises sur pied par le gouvernement fédéral, comme le versement d'une allocation hebdomadaire ou l'élaboration de projets de travaux publics<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 125.

<sup>475</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 127.

<sup>476</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 83 et 84.

La gravité de la crise et l'insécurité qu'elle provoque encouragent de nombreux couples à réduire la taille de leur famille et donnent lieu à une remise en question de la vision libérale de la société et à l'affirmation de diverses idéologies de remplacement, comme le nationalisme traditionnaliste qui, en substance, « tend à voir les Canadiens français comme un peuple [...] dont la spécificité, voire la supériorité, provient d'abord, sinon exclusivement, de leur attachement aux traditions reçues du passé [...] »<sup>477</sup>. Ce mouvement n'a cependant pas eu pour effet de bouleverser la vie politique, qui demeure fidèle à la tradition démocratique libérale, le Parti libéral conservant le pouvoir aux élections québécoises de 1931<sup>478</sup>. Or, les mesures adoptées par le gouvernement Taschereau pour résoudre les problèmes de la crise s'avèrent inefficaces, faisant ainsi grimper l'insatisfaction des Québécois et des Québécoises à l'égard de cette formation politique<sup>479</sup>. C'est dans ce contexte que l'Union nationale, dirigée par Maurice Duplessis, entre sur la scène politique québécoise en août 1936, mettant ainsi fin à 39 ans de règne du Parti libéral. L'élection de l'Union nationale avait suscité énormément d'espoir chez le peuple québécois, qui espérait que les politiques de ce parti leur permettent de sortir de la crise. Or, aux yeux des électeurs, les réalisations du gouvernement de Maurice Duplessis au cours de son mandat ne sont guère à la hauteur des promesses faites en temps de campagne électorale<sup>480</sup>. La désillusion de la population face au gouvernement Duplessis,

---

<sup>477</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 114.

<sup>478</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 133.

<sup>479</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 134.

<sup>480</sup> Mentionnons, à titre d'exemples, la création de l'Office du crédit agricole, qui permettait aux cultivateurs de consolider leurs dettes et l'adoption de la *Loi instituant l'assistance aux mères nécessiteuses*, L.Q. 1937, c. 81, qui prévoyait une aide aux mères veuves ou abandonnées par leur mari. Selon une auteure, l'allocation octroyée en vertu de cette loi avait pour but d'éviter que les mères dans le besoin placent leur enfant pour aller gagner leur vie afin de préserver l'intégrité de la cellule familiale. Les conditions imposées par la loi pour

jumelée à son incapacité de régler les problèmes soulevés par la crise et à son discours nationaliste traditionaliste, qui apparaît de plus en plus en rupture avec les nouvelles réalités sociales, mèneront à sa défaite aux élections provinciales à l'automne 1939 au profit des libéraux d'Adélard Godbout<sup>481</sup>. En plus d'être à l'origine d'importantes réformes socio-économiques, ceux-ci feront notamment adopter la loi accordant le droit de vote aux femmes, malgré la désapprobation du clergé qui estime que le suffrage féminin contrevient à l'unité et à la hiérarchie familiale<sup>482</sup>.

Or, ce ne sont pas tant les réformes législatives du gouvernement Godbout – aussi importantes furent-elles – qui mirent définitivement fin au marasme économique des années 1930, que la Seconde Guerre mondiale<sup>483</sup>. En effet, si ce conflit international a frappé différentes communautés humaines avec l'horreur et la cruauté qu'on lui connaît, les besoins des industries liées à l'armement ont permis de relancer l'économie en assurant de l'emploi aux hommes comme aux femmes et en fournissant l'occasion de mettre en place un système de sécurité sociale, amenant ainsi une redéfinition du rôle de l'État<sup>484</sup>.

---

obtenir l'aide financière qui y est prévue démontreraient également la méfiance du législateur à l'égard des femmes qui ne vivent pas sous la tutelle d'un homme : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 142 et 143.

<sup>481</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 18.

<sup>482</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 20 et 53 ; Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 147.

<sup>483</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 19.

<sup>484</sup> Bien que l'Église ne voyait pas d'un bon œil le travail féminin, qui constituait à ses yeux une menace pour les valeurs familiales et la stabilité de la société, la pénurie de main-d'œuvre durant la guerre a obligé l'industrie à faire de plus en plus appel aux femmes. Ces gains du côté des femmes ont toutefois été de courte durée, tous les efforts étant déployés, une fois la guerre terminée, afin qu'elles retournent au foyer : Paul-André

Animés par le climat de soulagement créé par la fin de la Seconde Guerre mondiale et par la relance économique de l'après-guerre, les hommes et les femmes de ce temps se sont mis à procréer comme jamais auparavant, menant au phénomène communément connu sous le nom de *baby-boom*. Sans nécessairement assister à une remontée spectaculaire de la fécondité<sup>485</sup>, une part croissante de la population fait donc l'expérience de la parentalité au cours de cette période et cela, non pas par devoir et nécessité, comme c'était le cas auparavant, mais par choix. En effet, comme l'écrit François Ricard : « [...] l'ampleur du phénomène, sa soudaineté et son caractère évident de rupture ne peuvent guère s'expliquer si l'on n'y voit pas de quelque manière le résultat d'un choix conscient, voire enthousiaste, de la part des adultes de ce temps »<sup>486</sup>.

Ce raz-de-marée de nouveau-nés fera de la fin des années quarante et de l'ensemble des années cinquante l'époque par excellence des enfants<sup>487</sup>. Encouragés par de nouvelles normes définies par les psychologues, les nouveaux parents seront les premiers à envisager l'éducation des enfants de manière différente, en les considérant comme des personnes à part entière et en faisant preuve de plus de souplesse et d'affection à leur égard<sup>488</sup>. Les enfants incarnant

---

LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 23 et 70-72.

<sup>485</sup> Une auteure précise que le *baby-boom* n'est pas attribuable à une augmentation du nombre d'enfants par femme, mais bien à la proportion plus élevée de femmes qui fondent une famille : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 168.

<sup>486</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 45.

<sup>487</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 64.

<sup>488</sup> Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2001, p. 29 ; François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 73 et 74.

l'avenir aux yeux des révolutionnaires tranquilles, ces derniers construiront leur vie à l'aune du bonheur familial et réinventeront l'enfance<sup>489</sup>.

Alors que les pères avaient jusque-là joué un rôle plutôt passif et détaché auprès de leurs enfants, se contentant d'exercer, à titre de détenteur de la puissance paternelle, la discipline et l'autorité dont ces derniers avaient besoin, la paternité devient un enjeu important dans l'immédiat d'après-guerre. Les pères sont ainsi encouragés à investir l'espace domestique, jusqu'alors considéré comme un sanctuaire de la féminité, et à participer activement à la vie familiale. Ce nouveau modèle paternel est largement influencé par le discours du mouvement familial québécois, pour qui le père idéal est celui qui tisse des liens d'attachement avec ses enfants et voit à leur éducation<sup>490</sup>. Transgressant la norme des sphères séparées, le nouveau modèle proposé est construit de manière à maintenir une nette distinction avec l'image maternelle afin de préserver la conception dominante de la masculinité<sup>491</sup>. C'est ainsi que les animateurs du mouvement, tout en réaffirmant l'importance du statut de pourvoyeur et de chef de famille dans le développement de l'identité masculine, vont s'appliquer à démontrer que les pères peuvent jouer un important rôle d'agent socialisateur en transmettant à leurs enfants les

---

<sup>489</sup> Daniel DAGENAIS, *La fin de la famille moderne. Signification des transformations contemporaines de la famille*, Québec, Presses de l'Université Laval, en collab. avec : Presses universitaires de Rennes, 2000, p. 223.

<sup>490</sup> Le mouvement familial est constitué d'organismes dont le but premier est d'éduquer les parents à travers la publication de journaux et de magazines éducatifs dans lesquels est diffusé un discours normatif qui, tout en valorisant le rôle du père, en délimite les contours : Vincent DUHAIME, « “Les pères ont ici leur devoir” : le discours du mouvement familial québécois et la construction de la paternité dans l'après-guerre, 1945-1960 », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 535, 541. L'auteur utilise le terme « animateur » pour désigner les experts de la famille dont l'engagement au sein du mouvement familial prend les formes suivantes : rédactions d'articles, militantisme, animation d'assemblées et de conférences, gestion d'organismes, etc.

<sup>491</sup> Vincent DUHAIME, « “Les pères ont ici leur devoir” : le discours du mouvement familial québécois et la construction de la paternité dans l'après-guerre, 1945-1960 », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 535, 537.

expériences et les aptitudes acquises dans le cadre de leur vie sociale. Comme l'expose Vincent Duhaime :

« Les animateurs veulent présenter le foyer comme un lieu où les hommes peuvent aussi exprimer leur masculinité. Certains recourent à une stratégie discursive en parsemant leurs articles sur les pères de références à des valeurs habituellement associées à l'espace public. Ils associent par exemple la paternité à l'héroïsme et à l'aventure et présente l'amour paternel comme une preuve de courage. »<sup>492</sup>

Cette évolution des rôles parentaux et ce nouveau rapport à l'enfant n'entraîneront toutefois pas une remise en question de la différence des genres au sein de la structure familiale. En effet, bien que la force de travail des femmes ait été fortement sollicitée en temps de guerre, nombreuses sont celles à avoir été encouragées – voire forcées – à reprendre leur rôle d'épouse et de mère au foyer une fois les hostilités terminées<sup>493</sup>. Le discours du mouvement familial, bien qu'encourageant l'implication des pères dans l'éducation des enfants, réservait d'ailleurs encore et toujours aux mères les tâches domestiques et le soin des enfants en raison du désintérêt et de l'incompétence innés des pères pour ces champs d'activités<sup>494</sup>. Non seulement l'idéologie des sphères séparées ou la division traditionnelle des rôles persistait-

---

<sup>492</sup> Vincent DUHAIME, « “Les pères ont ici leur devoir” : le discours du mouvement familial québécois et la construction de la paternité dans l'après-guerre, 1945-1960 », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 535, 550.

<sup>493</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 42.

<sup>494</sup> Le mouvement familial adoptait également un discours genré quant à la formation de l'identité sexuelle des enfants. Ainsi, et afin de prémunir les garçons contre une éducation trop maternelle, les pères devaient se charger principalement de l'éducation des garçons, alors que celle des filles revenait à la mère. De plus, en ce qui concerne l'autorité paternelle, les animateurs du mouvement familial persistaient, en tant que puissant référent masculin, à l'attribuer exclusivement aux pères. Ils rejetaient toutefois le modèle traditionnel autoritaire au profit d'une conception du pouvoir paternel davantage centré sur la tendresse et la persuasion, tout en maintenant l'idée voulant que l'affection maternelle est, par nature, supérieure à celle que le père peut prodiguer : Vincent DUHAIME, « “Les pères ont ici leur devoir” : le discours du mouvement familial québécois et la construction de la paternité dans l'après-guerre, 1945-1960 », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 535, 551-559.

elle, mais on valorisait en plus, chez la femme, son rôle de femme au foyer tout en lui apportant une touche de raffinement :

« Faire la cuisine ne suffit plus. Il faut varier les menus, suivre les principes d'une alimentation saine, utiliser au maximum les ressources du congélateur, du *blender*, du *presto*, du *Corningware*, etc. Il faut courir les endroits les plus économiques pour faire son marché. Savoir coudre est devenu un impératif. [...] Faire le ménage représente une véritable entreprise. L'éducation des enfants se transforme en redoutable occupation. [...] Les dilemmes se multiplient : Faut-il permettre ou interdire ? Quel jouet éducatif faut-il acheter ? Comment devenir l'amie de ses enfants ? [...] La maison doit être bien décorée et, de préférence, il faut tout faire soi-même : les tentures, les couvre-lits, le papier peint, la décoration florale. Il faut être jolie, bien coiffée et bien maquillée, surtout à six heures quand monsieur revient du travail. Il faut savoir recevoir, préparer les buffets, organiser les *parties* en laissant à monsieur le soin de mélanger les cocktails. »<sup>495</sup>

Ayant connu, à différentes phases de leur vie, la Grande dépression, la Seconde Guerre mondiale, ainsi que la période d'ultraconservatisme économique et social de l'époque Duplessis, certains auteurs estiment que les individus nés dans les années 1930 et 1940 forment une génération dont les membres recherchent la sécurité et qui ne tendent pas à provoquer le changement, ce pourquoi ils sont généralement qualifiés de « traditionnalistes »<sup>496</sup>. Fidèles aux valeurs familiales et religieuses, les traditionnalistes feraient confiance à ceux qui détiennent l'autorité (parents, politiciens, clergé, etc.) pour leur indiquer le droit chemin et décider de ce qui est le mieux<sup>497</sup>. Or, pour le sociologue et professeur Gilles Gagné, la crise économique et la Seconde Guerre mondiale sont des

---

<sup>495</sup> Collectif CLIO, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Montréal, Le Jour, 1992, p. 414 et 415.

<sup>496</sup> Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012, p. 25 ; Alain SAMSOM, *Les boomers finiront bien par crever*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2005, p. 31.

<sup>497</sup> Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012, p. 26 ; Alain SAMSOM, *Les boomers finiront bien par crever*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2005, p. 33.

événements qui ont davantage marqué les parents de cette génération que ses membres en soi. Ainsi, pour Gagné, ce qui singularise les individus de cette génération est moins le fait qu'ils aient connu la crise et la guerre lors de leur enfance et de leur adolescence, mais plutôt le fait qu'ils aient, au moment où ils entrent dans la force de l'âge, posé les bases des réformes sociales de la Révolution tranquille, ce pourquoi il leur donne le nom de « révolutionnaires tranquilles »<sup>498</sup>.

Ainsi, selon Gagné, les révolutionnaires tranquilles sont dans les promesses d'avenir, dans l'investissement<sup>499</sup>. Ils ont certes grandi dans un climat d'austérité économique et politique, mais ils se sont réalisés dans l'abondance tout en s'engageant pleinement dans leur vie professionnelle :

« Ils arrivent dans la vie active alors que les jeunes travailleurs sont recherchés, [...], que l'économie roule à plein régime et qu'elle s'engage sur le sentier lumineux d'une croissance du revenu réel qui va durer trente ans. »<sup>500</sup>

Le respect des droits des travailleurs, l'égalité politique des femmes et l'éducation pour tous sont des projets de société qui ont porté la génération des révolutionnaires tranquilles et qu'ils ont laissé en héritage<sup>501</sup>.

---

<sup>498</sup> Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 19. Afin d'appuyer ses propos, Gagné dresse une liste non exhaustive d'acteurs bien connus de cette révolution dans laquelle figurent, entre autres, René Lévesque, Jean Lesage, Paul Gérin-Lajoie, Pierre Elliott Trudeau, Jean Drapeau, Daniel Johnson, Pierre Bourgault, Michel Chartrand, Jacques Parizeau, Judith Jasmin, Gaston Miron, Félix Leclerc et Guy Rocher. L'opinion de Gagné est partagée par plusieurs auteurs, dont, notamment, Michael Gauvreau, É.-Martin Meunier et Jean-Philippe Warren : Michael GAUVREAU, *Les origines catholiques de la Révolution tranquille*, Montréal, Fides, 2008 ; É.-Martin MEUNIER et Jean-Philippe WARREN, *Sortir de la « Grande Noirceur ». L'horizon « personnaliste » de la Révolution tranquille*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002.

<sup>499</sup> Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 20.

<sup>500</sup> Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 20 et 29.

Procédant à la critique de l'élite clérico-nationale, cette génération s'est démarquée du Canada français traditionnaliste et clérical par le biais d'une sorte de révolution éthique qui l'a poussée à récuser le cléralisme et la tradition et à adopter une morale civique au nom du personnalisme chrétien. Issue du catholicisme, le personnalisme voulait sortir les catholiques de la religion formaliste, des sacrements, de la liturgie et de la théocratie pour les enjoindre à exprimer leur catholicisme dans le monde social<sup>502</sup>. Par ces visées, les révolutionnaires tranquilles se sont politiquement détournés de la « nation » de l'Église afin de restaurer au Québec l'idée d'État<sup>503</sup>, dont les boomers seront les principaux bénéficiaires, comme nous le verrons dès à présent.

## **2) Les boomers selon François Ricard**

Dans un essai publié en 1994 et intitulé « La génération lyrique », François Ricard porte son regard sur la génération du baby-boom<sup>504</sup>. En fait, il serait plus juste de dire que l'auteur s'intéresse plus particulièrement à un sous-groupe à l'intérieur même de cette génération, qu'il qualifie de « génération lyrique », en ce que son destin se déroule sans qu'aucun malheur ne survienne et que sa conscience est caractérisée par un certain narcissisme et une confiance

---

<sup>501</sup> Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 21.

<sup>502</sup> Sur ce sujet, consulter : É.-Martin MEUNIER et Jean-Philippe WARREN, *Sortir de la « Grande Noirceur ». L'horizon « personnaliste » de la Révolution tranquille*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002.

<sup>503</sup> Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 25.

<sup>504</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994. Auteur de nombreux ouvrages et récipiendaire de plusieurs prix et mentions, dont le Prix Killam du Conseil des Arts du Canada en lettres et sciences humaines en 2009, son ouvrage sur la génération lyrique est considéré comme « le plus célèbre publié à ce jour [2009] au sujet des baby-boomers québécois » : Ignace OLAZABAL, Laure BLEIN, Nancy GUBERMAN et Jean-Pierre LAVOIE, « Être ou ne pas être un baby-boomer. Identité assignée et identité autoattribuée », dans Ignace OLAZABAL (dir.), *Que sont les baby-boomers devenus ?*, Québec, Éditions Nota bene, 2009, p. 89.

absolue en ses propres désirs et actions<sup>505</sup>. La génération lyrique, au sens où Ricard l'entend, ne correspond donc pas au baby-boom dans son ensemble. Elle couvre uniquement la première cohorte de cette génération, c'est-à-dire ceux et celles qui sont venu-e-s au monde entre les dernières années de la Deuxième Guerre mondiale et le début des années 1950<sup>506</sup>. C'est donc aux individus nés pendant cette période auxquels Ricard s'est intéressé, avec l'ambition, comme il le souligne :

« [De] retracer l'histoire de ces hommes et de ces femmes, [d']évoquer leurs manières d'être, leur sensibilité, leurs instincts, [de] comprendre leurs joies et leurs misères, [de] mesurer leur rôle dans la société et la culture où nous sommes, [de] reconstituer, en un mot l'univers particulier qui est le leur. »<sup>507</sup>

Avant d'aller plus loin et d'entrer dans le cœur même du sujet, une précision s'impose quant aux personnes qui, tout en faisant partie de la génération des boomers, n'appartiennent pas à la génération lyrique proprement dite, que Ricard considère comme une cohorte à part. Étant au fait de cette réalité, nous avons tenté de trouver de la documentation traitant spécifiquement de cette seconde cohorte de boomers. Or, nos recherches se sont avérées vaines : aucun ouvrage n'avait pour thème unique ou principal cette cohorte. Ce constat a été confirmé par le sociologue Stéphane Kelly, auteur de notre ouvrage de référence sur la génération X, qui nous a mentionné que la singularité de la seconde cohorte de boomers – s'il en est une – n'a, à sa

---

<sup>505</sup> L'expression « génération lyrique » utilisée par Ricard s'inspire des travaux de Milan Kundera. L'une des composantes essentielles du lyrisme, dans le vocabulaire de Kundera, est « cette attitude qui consiste à voir le monde comme un immense champ ouvert, comme une matière vierge où l'être ne rencontre aucun obstacle et qu'il peut donc défaire et refaire à sa guise pour s'y projeter et s'y accomplir sans réserve ni compromis » : François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 26.

<sup>506</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 8.

<sup>507</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 7.

connaissance, jamais été analysée en profondeur. Les toutes premières pages de son livre indiquent d'ailleurs que les seconds boomers, qui forment une cohorte générationnelle écartelée entre les premiers boomers et la génération X, possèdent une identité générationnelle moins prononcée. C'est ainsi qu'il précise que « les premiers-nés dans la cohorte des seconds boomers seront intellectuellement et affectivement solidaires des premiers boomers, [alors que] ceux qui viennent au monde entre 1957 et 1959 connaîtront un destin proche de celui des X »<sup>508</sup>. À défaut de pouvoir procéder à la description détaillée de la personnalité collective des seconds boomers, nous scinderons cette cohorte générationnelle en deux. Nous considérerons donc, aux fins de cette thèse, que les seconds boomers nés avant 1957 appartiennent à la génération lyrique (ci-après désignés les « lyriques »), alors que nous rangerons dans les rangs de la génération X ceux qui sont nés à partir de cette date (ci-après désignés les « X »).

Cette précision étant faite, nous procéderons dans les pages qui suivent à la présentation de la génération lyrique, vue sous l'oeil de François Ricard. Pour ce faire, nous ferons à la synthèse des propos de l'auteur en épousant le développement adopté par celui-ci. Nous couvrirons donc, à tour de rôle, trois grandes étapes de la vie de cette génération que sont l'enfance, la jeunesse et l'âge adulte.

---

<sup>508</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 16. Cette affirmation est partagée par une autre auteure qui souligne que les baby-boomers ne forment pas un groupe homogène, les plus vieux étant arrivés sur le marché du travail alors que l'économie battait son plein, tandis que les plus jeunes avaient déjà un pied dans la crise » : Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012, p. 18. Une étude montre d'ailleurs que ces différentes cohortes ont connu des destins économiques différents : Simon LANGLOIS, « Niveaux de vie et effets de génération », dans Céline SAINT-PIERRE et Jean-Philippe WARREN, *Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 73.

## **i) L'enfance de la génération lyrique**

Pour bien saisir tous les privilèges et les opportunités dont ont pu jouir les membres de la génération lyrique, il faut se rappeler qu'ils sont arrivés dans un monde en pleine croissance économique, où le Québec atteint le seuil théorique du plein emploi et où tout changement devenait possible, voire souhaitable<sup>509</sup>.

Nés « au matin du monde », c'est-à-dire « au moment précis où, sur les décombres du vieux monde, se levait le matin annonciateur du nouvel âge », les lyriques incarnent un avenir meilleur, en rupture totale avec le passé<sup>510</sup>.

Tel que mentionné précédemment<sup>511</sup>, les lyriques sont les premiers à profiter non seulement d'une valorisation de l'enfance, mais aussi d'une transformation progressive des idées quant à la manière d'éduquer et d'élever les enfants. Autrefois considérée comme une période purement et strictement préparatoire à l'âge adulte, l'enfance devient, avec l'avènement du baby-boom, une phase de la vie en soi. Les mentalités changent et une nouvelle façon de percevoir et d'agir à l'égard des enfants s'opère : ces derniers forment désormais un groupe social à part entière, pleinement intégré à l'ensemble de la société, dont les valeurs méritent le

---

<sup>509</sup> Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 204.

<sup>510</sup> Selon Ricard, la mission révolutionnaire dont était chargée la génération lyrique pourra se réaliser en raison du poids numérique qui la caractérise. Ainsi, « [s]'il n'y a pas coïncidence entre le baby-boom et la génération lyrique, on peut dire cependant que celle-ci, sans celui-ci, n'aurait jamais eu les moyens de s'imposer comme elle saura le faire. Elle n'aurait pas pu acquérir aussi facilement cette position de premier plan qui sera la sienne dès son jeune âge, ni se libérer à ce point de l'influence des générations qui la précèdent et qui, contraintes par la simple loi du nombre, n'auront d'autre choix que de s'incliner devant elle » : François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 31 et 32.

<sup>511</sup> *Supra*, p. 169 et suiv.

respect de tous<sup>512</sup>. Au sein du foyer familial, l'enfant devient le centre des préoccupations des parents et les relations qu'ils entretiennent entre eux deviennent plus amicales et moins autoritaires. On veut donner à l'enfant tout l'encadrement dont il a besoin, tout en lui imposant le moins de contraintes possibles afin qu'il puisse pleinement s'épanouir<sup>513</sup>.

## ii) La jeunesse de la génération lyrique

La jeunesse des lyriques correspond, pour Ricard, à la période où ceux-ci atteignent la vingtaine<sup>514</sup>. Il s'agit de l'époque où la visibilité de la génération lyrique, qui entre pleinement dans la société, prend toute son ampleur. Les jeunes d'alors imposent leur présence dans les sphères politique, culturelle, idéologique et morale, provoquant ainsi une remise en question ou même l'écroulement des traditions autrefois honorées et respectées<sup>515</sup>.

La jeunesse de la génération lyrique correspond également à l'époque où la Révolution tranquille bat son plein. Élus lors des élections du 22 juin 1960, les libéraux, sous la direction de Jean Lesage, mettent fin aux idéologies conservatrices et aux valeurs traditionnelles de l'Union nationale et entreprennent dès lors l'ambitieux exercice de réforme de l'État québécois. La santé, l'éducation et de nombreux autres secteurs, alors contrôlés par des intérêts

---

<sup>512</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 68 et 69.

<sup>513</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 73 et 74.

<sup>514</sup> Avec la génération lyrique, les limites traditionnelles de la jeunesse sont repoussées. Cela s'explique, entre autres, par la valorisation de l'éducation, qui a pour effet d'inciter les jeunes à poursuivre leurs études aussi longtemps que possible et à demeurer, par le fait même, financièrement dépendants de leurs parents : François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 85 et 87.

<sup>515</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 84 et 85.

privés et par l'Église catholique, sont désormais pris en charge par l'État afin d'assurer à la fois l'égalité des chances et de lutter contre l'exclusion sociale<sup>516</sup>.

Les changements politiques, idéologiques et sociaux que suppose cette période charnière de l'histoire du Québec étaient certes dans l'air depuis un certain temps<sup>517</sup>. Ils se sont toutefois matérialisés de façon significative par l'imposante présence de la jeunesse des années soixante, comme l'écrit Ricard :

« Devant l'envahissement des jeunes, devant leur liberté tapageuse et l'ampleur de leurs exigences, les élites traditionnelles sont débordées et les structures sur lesquelles s'appuyait leur pouvoir craquent de toutes parts, dévoilant ainsi leurs insuffisances et leur fragilité. »<sup>518</sup>

La génération lyrique a donc joué, dans cette reconfiguration sociétale, un rôle de soutien et d'accompagnement<sup>519</sup>. Sans être l'acteur principal des bouleversements de cette période, elle a néanmoins inspiré l'action et en a recueilli les retombées, que ce soit sur le plan de la réforme

---

<sup>516</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 21.

<sup>517</sup> En effet, la période de la Grande Noirceur, qui s'étend de 1944 jusqu'au décès de Maurice Duplessis en 1959, se caractérise par de grandes tensions entre les forces du changement et celles de la tradition. Alors que certains s'opposent aux conceptions morales, intellectuelles et nationalistes du régime en place, d'autres continuent de défendre ses visions traditionnelles. La philosophie autoritaire de l'Église est également dénoncée depuis les années 1930 par un courant réformateur qui s'oppose à son rôle et à ses pouvoirs démesurés dans la société québécoise. Sur ce sujet, voir : É.-Martin MEUNIER et Jean-Philippe WARREN, *Sortir de la "Grande noirceur". L'horizon "personnaliste" de la Révolution tranquille*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002, p. 11 ; Paul-André LINTEAU, René DUROCHER, Jean-Claude ROBERT et François RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989, p. 207-210.

<sup>518</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 98.

<sup>519</sup> Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 15.

de l'éducation, de la modernisation et de l'expansion de l'État (État-providence) ou de la création d'emplois<sup>520</sup>.

Ce que les jeunes de la génération lyrique trouvent devant eux est donc un monde animé par une soif de modernisation et d'innovation profondes. Cette génération aura été témoin de la transition, opérée pratiquement sans résistance, entre un passé jugé obscur et aliénant et un monde nouveau, infiniment libre, en proie à de profondes transformations, lui donnant ainsi la conviction que rien n'est immuable<sup>521</sup>. Ce sentiment « de la légèreté du monde », comme l'appelle Ricard, jouera un rôle déterminant dans la psychologie de la génération lyrique en ce qu'il sous-tendra sa façon de se comporter et de voir le monde. En effet, comme l'indique Ricard :

« Le sentiment de la légèreté du monde, c'est – pendant cette période où la génération lyrique vit sa jeunesse – l'expérience d'une plénitude et d'une joie de chaque instant, une exaltation fondée non sur la privation mais sur l'excès, non sur la fatigue mais sur une vigueur et une énergie ressenties comme inépuisables et toutes-puissantes. Placé devant un horizon parfaitement dégagé, l'être se sent investi de la liberté de faire et de devenir tout ce qu'il désire; il n'existe pas de frontière au territoire offert à son emprise, pas de limite à sa "volonté de vivre toutes les sensations, toutes les expériences, tous les possibles", ainsi que le proclamait en 1967 la *Traité de savoir-vivre à l'usage des jeunes générations* de Raoul Vaneigem, qui reste une des expressions les plus justes [...] de cette nouvelle sensibilité. »<sup>522</sup>

---

<sup>520</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 105-107.

<sup>521</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 116.

<sup>522</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 119.

Le fait d'avoir été témoin de transformations majeures par rapport aux orientations traditionnelles ayant guidé le Québec au cours des périodes précédentes permet à la génération lyrique de prendre conscience de la toute-puissance de l'action, ce qui fera naître chez elle la conviction de détenir le pouvoir de changer le monde et de maîtriser les conditions de sa propre existence<sup>523</sup>.

Sa première intervention publique à cet égard aura pour objectif de rehausser la condition étudiante afin qu'elle soit dorénavant considérée « comme un des “corps” de la société civile, possédant à l'égal du “monde ouvrier” ou du “monde des affaires” des intérêts et des droits qui lui sont propres »<sup>524</sup>. À ce mouvement étudiant qui participe de l'identité ou de la conscience de la génération lyrique s'ajoute ce que Ricard appelle le narcissisme collectif, c'est-à-dire la jouissance de sa propre image qui naît de l'admiration dont cette génération est l'objet de la part des autres groupes<sup>525</sup>. Et cette affirmation narcissique de sa différence est un phénomène de nature collective en ce que la multitude définit le cadre de vie des membres de la génération lyrique : leurs pensées, leurs actions, leurs émotions, leurs expériences, leurs choix, leurs désirs, leurs intérêts sont ceux de millions d'autres jeunes qui composent le groupe le plus imposant et le plus visible de la société<sup>526</sup>. Cet effet de groupe fera naître dans la conscience

---

<sup>523</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 127.

<sup>524</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 136.

<sup>525</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 150.

<sup>526</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 151.

de cette génération un sentiment d'appartenance et de solidarité par lequel elle se définira en tout premier lieu<sup>527</sup>.

La génération lyrique aura ainsi vécu sa jeunesse dans des conditions toutes nouvelles. À ces jeunes, souligne Ricard, « tout aura été donné et rien n'aura été demandé ni imposé en retour »<sup>528</sup>. Et ils entreront dans l'âge adulte, sujet de la prochaine sous-section, sans avoir à renoncer à cette jeunesse, qui deviendra éternelle.

### iii) L'âge adulte de la génération lyrique

Pour Ricard, la période de l'âge adulte des lyriques commence à compter du milieu des années soixante dix. Il s'agit de la phase de la vie de la génération lyrique qui permet de saisir pleinement « l'esprit de cette génération et la singularité de son destin »<sup>529</sup>. Animés par le même désir de changement qui les habitait au moment de leur jeunesse, cette période sera celle où la génération lyrique se manifesterà dans la vie publique de façon éclatante par la concrétisation formelle de ses ambitions<sup>530</sup>.

Comme pour les périodes précédentes, l'entrée de la génération lyrique dans la force de l'âge ne passe pas inaperçue. En effet, leur nombre – encore et toujours – et leur jeunesse qui perdure et qui les rend à la fois entreprenants et déterminés sont des éléments qui feront des

---

<sup>527</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 152.

<sup>528</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 166.

<sup>529</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 173.

<sup>530</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 174.

lyriques des adultes extrêmement exigeants à l'égard du monde et de la vie<sup>531</sup>. Disposant d'un niveau d'instruction dépassant nettement celui des générations qui les ont précédées, ils ne tarderont pas à accéder au pouvoir et occuperont les meilleurs emplois au sein d'une société où l'économie bat son plein<sup>532</sup>. Ayant pris le contrôle de la société aux plans économique, politique, moral et idéologique, ils définiront les normes et les valeurs sociales communes tout en exigeant, par le fait même, l'action de l'État, qui mettra à leur service l'essentiel de ses ressources<sup>533</sup>. S'étant donnée pour mission de cultiver la distinction entre le monde actuel et la tradition, cette génération s'est positionnée en tant que collaboratrice dévouée de la modernité, qui a pu bénéficier, pour s'accomplir complètement et de façon définitive, de la présence de masse des nouveaux adultes porteurs depuis toujours d'un irrésistible désir d'innover et de faire table rase du passé<sup>534</sup>.

L'âge adulte de la génération lyrique, c'est aussi l'époque d'un important foisonnement discursif qui s'explique, entre autres, par le haut niveau de scolarité dont a bénéficié cette génération ainsi que par son incessante ardeur à repenser le monde<sup>535</sup>. Dans un souci de

---

<sup>531</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 175 et 176.

<sup>532</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 175.

<sup>533</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 177 et 178. Cet État « ultra-moderne », ajoutera plus loin l'auteur, « devient ainsi une gigantesque entreprise de services qui, pour répondre à la demande de bien-être que lui adressent ses protégés, doit constamment tenir compte de leur(s) condition(s) particulière(s) » : François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 230 et 231.

<sup>534</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 193-195. Guy Rocher dira d'ailleurs que les jeunes adultes de cette époque ont été « vraiment des dérangeurs importants » : Guy ROCHER, « Repères pour une société en mutation », (1993) 100 *Forces* 15, 20.

<sup>535</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 199.

simplicité, Ricard regroupe les principales idéologies endossées par les lyriques en trois grandes classes, soit les idéologies de la société, les idéologies du moi et les idéologies de la culture. Au sujet de la première, l’auteur dira que ce sont surtout les idées marxistes – incluant ses multiples variantes – qui seront mises de l’avant par la génération lyrique : on prône notamment le renversement du capitalisme et l’instauration d’une société dépourvue de rapports de pouvoir<sup>536</sup>. Au sujet de la deuxième, on comprend que ce que prône la génération lyrique, avec sa soif intarissable de bien-être, est l’épanouissement de l’individu et sa pleine émancipation. Le travail se révélera donc pour cette génération une valeur importante, voire l’activité dominante de leur cadre de vie<sup>537</sup>. Enfin, en ce qui concerne les idéologies de la culture, ce qui retient surtout l’attention de l’auteur, c’est l’impressionnante diversité de sens attribués à l’univers intellectuel et symbolique. L’important, s’exprime Ricard, « est qu’il y ait des idées, du discours, du bruit »<sup>538</sup>.

À ces idéologies s’ajoute le féminisme radical, que Ricard estime être *la* grande idéologie de l’époque, celle où s’exprime, dans sa plus grande vigueur, l’esprit et la sensibilité de la génération lyrique<sup>539</sup>. Opinant dans le même sens, une auteure dira même que « la résurgence

---

<sup>536</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l’œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 201.

<sup>537</sup> Stéphane DUFOUR, Dominic FORTIN et Jacques HAMEL, « Sociologie d’un conflit de générations : les “baby boomers” et les “baby busters” », (1993) Numéro hors série, *Revue internationale d’études canadiennes* 9, 17.

<sup>538</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l’œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 205.

<sup>539</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l’œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 205 [en italique dans l’original]. Notons toutefois que le féminisme ne naît pas avec la génération lyrique. En effet, dès 1907, Marie Gérin-Lajoie fondait, au Québec, la Fédération nationale Saint-Jean Baptiste qui avait pour but de regrouper l’ensemble des associations féminines catholiques afin de mettre l’action des femmes à l’avant-scène et de faire pression sur les gouvernements. En plus de militer pour l’accès des femmes à l’éducation supérieure et pour l’égalité juridique des femmes mariées, la plus grande cause de cette féministe était le suffrage féminin. Ce combat pour le droit de vote des

du mouvement féministe représente sans contredit l'un des phénomènes sociaux les plus marquants des décennies 1960 à 1980 à l'échelle occidentale »<sup>540</sup>. Remettant en question les catégories et les modèles, le féminisme radical conteste l'ordre patriarcal, dénonce avec vigueur la discrimination sexuelle et vise la réforme en profondeur des rapports entre les hommes et les femmes, imposant par le fait même une redéfinition du statut des femmes et des rôles parentaux<sup>541</sup>. Contrairement à la génération qui lui précède, cette génération contestera le modèle traditionnel de la conjugalité marqué par la complémentarité des rôles, ce qui, par voie de conséquence, amènera l'État à moderniser ses lois en matière familiale<sup>542</sup>. Il ne faut toutefois pas croire qu'on assiste, au cours de cette période, à la mise en place d'une structure familiale basée sur le partage équitable des tâches domestiques et sur l'égalité des conjoints en matière d'éducation et de soin des enfants. En effet, malgré une plus grande symétrie entre les responsabilités des pères et des mères en ces domaines, ce sont encore et toujours les mères,

---

femmes sera repris, durant les années 1920 et 1930, par une nouvelle génération de féministes. Parmi elles figurent notamment Idola St-Jean, qui présidera l'Alliance canadienne pour le vote des femmes du Québec, ainsi que Thérèse Casgrain, fondatrice de la Ligue des droits de la femme. Le féminisme du début du XX<sup>e</sup> siècle se distingue toutefois du « nouveau » féminisme des années 1960 en ce qu'il ne remettait pas en question, sauf exception, l'idée de la complémentarité des rôles féminins et masculins : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 115-117 ; 145, 146 et 181.

<sup>540</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 181.

<sup>541</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 205 et 206.

<sup>542</sup> Daniel DAGENAIS, *La fin de la famille moderne. Signification des transformations contemporaines de la famille*, Québec, Presses de l'Université Laval, en collab. avec : Presses universitaires de Rennes, 2000, p. 248. Voir également : Renée B.-DANDURAND, « Famille, État et structuration d'un champ familial », (1995) 27 *Sociologie et sociétés* 103. L'auteure précise, à la page 106, que cette modernisation aboutira à la réforme du droit de la famille en 1980.

malgré leur participation croissante au marché de l'emploi<sup>543</sup>, qui assument la plus grande part des tâches ménagères et des responsabilités associées au soin des enfants<sup>544</sup>.

En somme, ce qui caractérise d'abord et avant tout l'idéologie lyrique, c'est son caractère avant-gardiste, qui lui servira non seulement de guide dans l'élaboration de ses pensées, mais justifiera aussi l'ensemble de ses actions<sup>545</sup>. Refusant toute limite, prônant le renouveau incessant et l'oubli du passé, la génération lyrique aura, par son agitation idéologique, réalisé une grande victoire : dégager l'horizon de tout héritage des générations précédentes afin de

---

<sup>543</sup> Le travail salarié des femmes mariées se généralise au cours des années 1950-1970 et devient de plus en plus accepté socialement. Le travail à l'extérieur du foyer demeure toutefois l'exception tant et aussi longtemps que les enfants sont d'âge préscolaire. De plus en plus nombreuses à gagner leur vie, les femmes demeurent néanmoins largement concentrées dans des emplois à prédominance féminine : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 157, 168 et 184. Voir également : Céline LE BOURDAIS, Pierre J. HAMEL et Paul BERNARD, « Le travail et l'ouvrage : charge et partage des tâches domestiques chez les couples québécois », (1987) 19 *Sociologie et sociétés* 37. L'étude de ces auteurs démontre clairement que la majorité des femmes de cette génération continue d'assumer seule les tâches ménagères et le soin des enfants en dépit de leur présence croissante dans le monde de l'emploi. La division des rôles n'ayant pas suivi cette nouvelle réalité, les femmes actives sur le marché du travail ont ainsi le plus souvent assumé une double tâche : travail salarié et travail domestique.

<sup>544</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 189 ; Anne MILAN, Leslie-Anne KEOWN et Covadonga ROBLES URQUIJO, *Les familles, la situation dans le ménage et le travail non rémunéré*, Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe, Statistique Canada, décembre 2011, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11546-fra.pdf>> (consulté le 12 mai 2014) ; MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Un portrait statistique des familles au Québec*, Gouvernement du Québec, 2011, en ligne : <[http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF\\_Portrait\\_stat\\_complet\\_11.pdf](http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF_Portrait_stat_complet_11.pdf)> (consulté le 12 mai 2014) ; Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale sur les enfants et sur les jeunes*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004-FCY-6F ; Susan B. BOYD, *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2003, p. 172 ; Leighton E. STAMPS, « Maternal Preference in Child Custody Decisions », (2002) 37 *Journal of Divorce & Remarriage* 1.

<sup>545</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 214.

pouvoir régner en maître dans un « monde au degré zéro », c'est-à-dire un monde impermanent et modifiable au gré de ses désirs et de ses volontés<sup>546</sup>.

Enfin, nous ne pouvions terminer cette section sans aborder le sujet des mœurs amoureuses de la génération lyrique qui, comme presque toute autre chose, n'échappent pas à la découverte incessante du nouveau et du meilleur qui les anime. À cet égard, le point le plus marquant que soulève Ricard est probablement le choix qu'a fait le nouvel adulte de rejeter la condition de parent afin de conserver sa liberté et, surtout, sa jeunesse. En effet, comme l'écrit Ricard :

« Le parent est toujours vieux. Il l'est d'abord parce que le monde a cessé de s'offrir à lui comme un champ de désir et de conquête. Le monde, c'est à présent le territoire qu'ils habitent, ses enfants et lui, et dont le sort lui incombe. Il n'a plus à lutter contre le monde, mais doit au contraire le défendre, le solidifier et en assurer la permanence pour ceux dont il a la charge. [...] Vieux, le parent l'est également parce qu'il est par définition celui qui passe, qui consent à passer. Qui *est* le passé. En transmettant sa vie, il l'a remise à ceux qui venaient, ce qui veut dire qu'il s'est d'avance départi de soi-même, de son propre pouvoir et de ses propres désirs. Il a quitté sa jeunesse à tout jamais. »<sup>547</sup>

---

<sup>546</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 217 et 245. L'auteur précise que l'expression « monde au degré zéro » lui est inspirée de l'hypothèse enzensbergerienne du « contenu zéro » au sujet de la télévision. Comme l'explique Hans-Magnus Enzensberger dans *Médiocrité et Folie*, la supériorité de la télévision sur les autres médias s'explique par le fait qu'elle arrive, mieux que les autres, à s'approcher de ce « degré zéro du contenu » qui est l'idéal de toute communication de masse et qui consiste à occuper les sens et le cerveau du public sans lui transmettre aucun message, ni lui imposer quoi que ce soit de l'extérieur. Le spectateur est ainsi dans un état de réceptivité brute, assimilant passivement et euphoriquement toutes les stimulations sensorielles.

<sup>547</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 270.

Ce refus de devenir parent se manifeste essentiellement par le fait de ne pas – ou très peu – procréer<sup>548</sup>. Refusant toute entrave à leur épanouissement personnel et professionnel et dissociant la sexualité de la procréation, ces nouveaux adultes remportent la palme d’or aux Olympiques de la régulation des naissances. Et ceux et celles qui ont fait le choix – conscient ou non – d’avoir des enfants inventeront ce que Ricard appelle « l’art d’être parent tout en ne l’étant pas », ce qui consiste à donner à l’enfant tout ce dont il a besoin (nourriture, logement, instruction et éducation, vêtements, etc.), tout en conservant sa liberté et sa précieuse jeunesse<sup>549</sup>. Ce sera ainsi aux enfants de s’intégrer à la vie de leurs parents et non l’inverse. Ce nouvel art d’être parent, précise l’auteur, favorisera l’éclosion de nouveaux modèles familiaux, allant de la famille éclatée à la famille reconstituée<sup>550</sup>, réalité qui sera celle des enfants de la génération suivante, soit la génération X.

### 3) Les X selon Stéphane Kelly

Dans un essai publié en 2011, le professeur et sociologue Stéphane Kelly cherche, pour sa part, à cerner la personnalité collective des membres de la génération X, nés au tournant des années soixante<sup>551</sup>.

---

<sup>548</sup> D’autres facteurs peuvent également expliquer la chute de la procréation qui caractérise la génération lyrique, comme l’allongement des études, la modification des habitudes de vie ou le recul de la religion : François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l’œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 270 et 271.

<sup>549</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l’œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 274.

<sup>550</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l’œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 275.

<sup>551</sup> Stéphane KELLY, *À l’ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011. L’auteur élargit toutefois le bassin générationnel des X en y faisant entrer les derniers-nés de la cohorte des seconds boomers : Stéphane KELLY, *À l’ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*,

L'auteur prend également soin de souligner, lorsqu'elles sont significatives, les valeurs et les caractéristiques qui distinguent les premiers et les derniers nés de cette génération. En ce qui nous concerne, les juges X qui font l'objet de notre analyse sont tous nés au tout début de l'époque de cette génération. Les distinctions qu'il pourrait y avoir entre les premiers et les derniers nés de cette génération perdent donc de leur importance. Cela étant, lorsque nous référons, dans les paragraphes qui suivent, aux membres de la génération X, le lecteur doit comprendre que ce sont des premiers-nés dont il est question.

À l'instar de François Ricard, Kelly passe successivement en revue trois moments importants de la vie des X, soit l'enfance, l'adolescence et l'âge adulte.

### **i) L'enfance et l'adolescence de la génération X**

Les X, qui connaîtront un destin aux antipodes de celui des lyriques, viennent au monde au sein d'une société animée par le changement, où les politiques sociales de l'État-providence abondent<sup>552</sup>. Or, lorsqu'ils arrivent à l'adolescence, l'idéal politique de l'État-providence bat déjà de l'aile, l'État peinant de plus en plus à redistribuer la richesse entre les classes sociales et entre les générations<sup>553</sup>. Selon Kelly, l'État-providence cédera ainsi peu à peu la place à ce qu'il appelle l'État thérapeutique. Portée par la société de consommation, cette nouvelle

---

Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 16. À ce sujet, nous référons le lecteur aux propos tenus ci-dessus, *supra*, p. 175 et 176.

<sup>552</sup> Le sociologue Guy Rocher affirmera qu'avec la Révolution tranquille, « [l']ancienne société traditionnelle, cléricale, repliée sur elle-même, cède le pas à une société postindustrielle laïque, appartenant de plus en plus à la civilisation nord-américaine » : Guy ROCHER, *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973, p. 11.

<sup>553</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 21.

éthique préconise la liberté et le bien-être personnel<sup>554</sup>. Cette mutation, qui aura pour résultat d'affaiblir l'État et l'ensemble des principales institutions qui le composent – famille, l'école et l'Église – sera à l'origine des dilemmes auxquels feront face les X qui grandissent, selon Kelly, « au sein d'institutions qui sont en crise »<sup>555</sup>.

Au niveau de la famille, la génération X assiste à une transformation du modèle parental traditionnel : la présence grandissante des femmes sur le marché du travail entraîne un partage accru des tâches entre les conjoints et une plus grande présence des pères auprès de leurs enfants<sup>556</sup>. Popularisant l'idée voulant qu'il n'existe aucune différence entre les hommes et les femmes, le féminisme des années soixante et soixante-dix a quelque peu permis aux pères et aux mères de sortir de leurs rôles respectifs de pourvoyeur et de ménagère, la mère demeurant toutefois bien souvent à la maison le temps que les enfants entrent à l'école<sup>557</sup>. Ce nouvel idéal d'égalité mène d'ailleurs à un modèle familial plus démocratique, dans lequel l'autorité parentale se partage désormais entre les deux parents<sup>558</sup>, sans que ne soit toutefois complètement abandonnée la division traditionnelle des rôles.

---

<sup>554</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 22.

<sup>555</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 21.

<sup>556</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 26. Voir également : Renée B.-DANDURAND, « Famille, État et structuration d'un champ familial », (1995) 27 *Sociologie et sociétés* 103, 107.

<sup>557</sup> Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 157 et 168 ; Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 26.

<sup>558</sup> *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72. Cette loi a abrogé le concept de « puissance paternelle » pour le remplacer par celui d'« autorité parentale » exercée conjointement par les deux parents. Rappelons également que la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, adoptée en 1964 par le gouvernement libéral de Jean Lesage, abroge la notion de « puissance maritale », créant ainsi une direction collégiale de la famille (art. 174 C.c.B.C.).

En ce qui concerne l'école publique, Kelly écrit qu'avant de prendre le grand tournant de la modernité à partir du milieu des années 1960, des matières comme la philosophie, la littérature, l'histoire, le latin ou le grec étaient enseignées aux élèves des écoles méritocratiques<sup>559</sup>. À partir de la révolution culturelle des années soixante, un nouvel idéal scolaire s'installe en Occident. Tournant le dos au passé et à son héritage classique et désirant refléter les nouvelles valeurs qui s'implantent au Québec pendant les années 1960, l'école qui naît du rapport Parent se donne pour mission d'adapter son enseignement aux besoins et nécessités du présent<sup>560</sup>. Sociologue et corédacteur du rapport Parent, Guy Rocher est d'avis que ce rapport a eu un impact à long terme sur l'évolution sociale du Québec :

« Si le Rapport Parent demeure un essentiel référent de l'évolution sociale du Québec, c'est qu'il a incarné une double aspiration de son époque : celle de l'entrée du Québec dans la modernité et celle de la démocratisation de la société québécoise. »<sup>561</sup>

Selon Kelly, ce virage moderne n'a toutefois pas que des vertus. En effet, l'auteur estime que l'irrévérence du système d'éducation à l'égard du passé ainsi que la pédagogie libératrice que pratiquent les enseignants à cette époque n'ont pas adéquatement préparé la génération X au

---

<sup>559</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 31.

<sup>560</sup> Formée le 21 avril 1961 par le gouvernement de Jean Lesage, la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec, présidée par M<sup>gr</sup> Alphonse-Marie Parent, avait essentiellement pour but de repenser l'école du Québec. Son rapport (« Rapport Parent »), publié en 1963-1964, énonce diverses recommandations visant à réformer les structures et les programmes d'éducation au Québec. S'il proclame l'égalité de l'éducation pour les filles et les garçons, le rapport Parent ne remet aucunement en question la division genrée des rôles sociaux. Selon les commissaires, les études devaient d'abord et avant tout permettre aux filles de développer des habiletés en ce qui a trait aux tâches ménagères et aux soins des enfants, témoignant ainsi de la place secondaire réservée au travail salarié : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 167.

<sup>561</sup> Guy ROCHER, *Un bilan du Rapport Parent: vers la démocratisation*, 2004, p. 7, en ligne : <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/rocher\\_guy/bilan\\_rapport\\_parent/bilan\\_rapport\\_parent.pdf](http://classiques.uqac.ca/contemporains/rocher_guy/bilan_rapport_parent/bilan_rapport_parent.pdf)> (consulté le 22 juin 2014).

monde qui l'attend. Au nom de l'ouverture et du changement, l'école aurait également éloigné les X de leur but, ceux-ci s'y attardant jusqu'au moment de trouver une profession qui soit à la hauteur des ambitions qu'on leur a fait miroiter<sup>562</sup>.

Enfin, et à l'instar des autres institutions dont il vient d'être brièvement discuté, Kelly mentionne que l'Église a aussi subi d'importants changements au cours des années soixante et soixante-dix. Si la plupart des membres de la génération X naissent dans une famille où la fréquentation de l'église est encore la norme, la rapidité avec laquelle s'est opéré le processus de détachement du Québec de l'Église catholique mène la plupart d'entre eux à délaisser la pratique religieuse à la fin de l'adolescence<sup>563</sup>.

## ii) Devenir un jeune adulte

La période où les membres de la génération X deviennent des jeunes adultes correspond, pour Kelly, aux années quatre-vingt. Plus particulièrement, l'auteur met l'accent sur la crise économique de 1980-1982, qui a eu pour effet de fragiliser la génération X dans son ensemble<sup>564</sup>. Avec son inflation galopante et un taux de chômage important, la crise économique que connaît le Québec au début des années 1980 entraînera une sérieuse remise

---

<sup>562</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 35. La diplomation des X ne leur permet toutefois pas de se trouver de meilleurs emplois en raison, notamment, de la chute de la valeur des diplômes survenue à partir des années 1980. À ce sujet, voir : Mircea VULTUR, « La suréducation des jeunes au Québec », dans Miriam FAHMY et Antoine ROBITAILLE (dir.), *Jeunes et engagés*, Institut du Nouveau Monde, Montréal, Fides, 2005, p. 86-93.

<sup>563</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 37. Sur la relation qu'entretiennent les X avec la religion, voir : É.-Martin MEUNIER, « Une nouvelle sensibilité pour les "Enfants du Concile" ? », dans Stéphane KELLY (dir.), *Les idées mènent le Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, p. 93-106.

<sup>564</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 57.

en question de l'État-providence<sup>565</sup>. Les fondements d'une société sociale-démocrate, qui s'est construite au Québec en une vingtaine d'années, s'érodent tranquillement au profit d'une idéologie néo-libérale qui gagne de plus en plus de terrain. Au-delà de l'inflation et du chômage, cette décennie est également caractérisée par une augmentation des avortements, des divorces, des suicides et des naissances hors mariage<sup>566</sup>.

De toutes les générations, ce sont les X qui sont les plus gravement affectés par le ralentissement économique qui frappe le Québec au cours de cette période. En effet, alors que les lyriques – essentiellement concentrés dans le secteur public – continueront de voir leurs revenus réels progresser, les X connaîtront une longue léthargie dans la vingtaine avant d'arriver à reprendre le dessus lors de la croissance économique des années 1990<sup>567</sup>. Après plus d'un demi-siècle de croissance du niveau vie, la génération X fera face à un niveau de vie inférieur à celui de la génération précédente lors de la première tranche de sa vie adulte<sup>568</sup>.

Selon Kelly, cette réalité économique, jumelée à l'incitation à la scolarisation, permet d'expliquer la difficulté qu'éprouve la génération X à acquérir l'indépendance propre à la vie adulte. En effet, si les membres de la génération lyrique ont eu la possibilité de s'émanciper au milieu de la vingtaine – qu'ils aient abandonné l'école tôt ou décidé de poursuivre des études

---

<sup>565</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 57.

<sup>566</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 57. Le suicide des jeunes adultes est devenu officiellement épidémique au début des années 1980 : Gilles GAGNÉ, « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7, 19. À ce sujet, voir également : Gilles GAGNÉ et David DUPONT, « Les changements de régime du suicide au Québec, 1921-2004 », (2007) 48 *Recherches sociographiques* 27.

<sup>567</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 58.

<sup>568</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 58.

universitaires<sup>569</sup> – le processus d’installation des X dans la vie adulte se fait beaucoup plus lentement<sup>570</sup>. Alors que ceux ayant fait le choix d’exercer tôt un métier se buttent à un marché de l’emploi saturé en raison de la lourde présence de la génération précédente qui occupe les postes enviables, ceux qui empruntent la voie des études collégiales et universitaires deviendront, pour la plupart, des chômeurs instruits ou des travailleurs précaires<sup>571</sup>. Bien évidemment, le destin des X – comme celui de toute autre génération d’ailleurs – n’est pas homogène. C’est ainsi que Kelly esquisse, dans son ouvrage, des biographies fictives témoignant des diverses expériences vécues par les membres de cette génération qui, en avançant dans les années 1980, s’insèrent dans l’une des trois classes de la pyramide sociale : la classe supérieure, la classe moyenne et la classe inférieure. Il va de soi que les X qui ont réussi à s’insérer au sein de la classe supérieure (généralement ceux qui possèdent un diplôme universitaire) connaissent un meilleur destin que les autres membres de leur génération. Parmi ceux-ci, on retrouve, notamment, les thérapeutes, les vedettes, les managers et les juristes, ces quatre professions s’étant révélées être les filières les plus payantes durant les années 1980 et 1990<sup>572</sup>.

---

<sup>569</sup> Ceux qui ont fait ce choix ont, pour la plupart, été embauchés avant l’obtention de leur diplôme : Stéphane KELLY, *À l’ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 65.

<sup>570</sup> Stéphane KELLY, *À l’ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 65.

<sup>571</sup> Stéphane KELLY, *À l’ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 65 et 66. Voir également : Stéphane DUFOUR, Dominic FORTIN et Jacques HAMEL, « Sociologie d’un conflit de générations : les “baby boomers” et les “baby busters” », (1993) Numéro hors série, *Revue internationale d’études canadiennes* 9, 13.

<sup>572</sup> Stéphane KELLY, *À l’ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 160.

Contrairement aux lyriques, qui entrent dans la vie adulte dans un climat de forte croissance économique, les X accèdent à ce stade de leur vie devant un tout autre horizon. Ils acquièrent ainsi, pendant les premières années de l'âge adulte, la conviction que leur quotidien est parsemé d'épreuves qui leur semblent souvent presque insurmontables<sup>573</sup>. Les années quatre-vingt étant faites d'insécurité, la lutte pour la survie financière devient dès lors la principale préoccupation des membres de la génération X :

« Pragmatique, terre à terre, ce type d'individu [le X survivant et résigné] n'a comme horizon que le combat quotidien pour sa survie. Il sait que des menaces planent sur le monde, mais il pense que des obstacles insurmontables l'empêchent d'intervenir sur le cours des choses. Il refuse de se projeter dans l'avenir pour s'éviter des soucis qui pourraient surgir d'une anticipation pessimiste du destin collectif. Les nombreuses épreuves qu'il rencontre au quotidien l'attachent plutôt à des choses simples, comme les commodités offertes par la société de consommation. Il cherche à en jouir simplement, sans nourrir un sentiment de culpabilité trop important, étant donné que la vie quotidienne est à la limite du supportable. Comme des milliards d'humains, il ne cherche qu'à passer au travers de sa journée, à gagner sa vie dignement, et à goûter à d'éphémères moments de bonheur et de répit. »<sup>574</sup>

Cette pénible expérience vécue par les X durant la première tranche de leur vie adulte cristallisera chez cette génération des émotions particulières face à la vie, au destin et au monde en général. Ne désirant ni changer le monde, ni esquisser de nouveaux projets de société, ils se contenteront d'accepter celle-ci comme elle est et seront marqués par la routine, par l'absence d'esprit de nouveauté et d'initiative<sup>575</sup>. Génération de « sacrifiés »<sup>576</sup>, ils

---

<sup>573</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 102.

<sup>574</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 199.

<sup>575</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 276.

chercheront à conserver ce qui reste de sécurité et de bonheur goûté dans l'enfance et auront souvent à renoncer à leurs rêves de jeunesse<sup>577</sup>.

Au-delà de la fragilité et de l'instabilité de l'économie qui marquent le destin de la génération X, Kelly est d'avis que ce sont les transformations survenues au plan de la vie intime qui singularisent cette génération et qui fera d'elle une génération de transition. Comme l'explique l'auteur :

« Lorsque les X atteignent l'âge adulte, les partisans de la révolution sexuelle ont largement triomphé. Le plaisir sexuel a été déculpabilisé ; la bataille contre la censure est largement gagnée ; la permissivité est entrée dans les mœurs ; l'émancipation des femmes a fait des progrès rapides ; la contraception a été normalisée ; enfin, l'homosexualité semble de plus en plus en voie d'être acceptée. Embrasser ces idées va de soi pour la plupart des X. Les membres de cette génération ont été faiblement exposés aux normes de l'ancien système patriarcal. Ils suivent donc la révolution sexuelle avec enthousiasme. Ils savent que chacun est libre de vivre sa sexualité comme il l'entend. Ils considèrent aussi que se marier est une possibilité parmi d'autres, et non un passage obligé pour tout adulte responsable. Ils savent que la sexualité ne vise pas uniquement la procréation. »<sup>578</sup>

Une autre des particularités de la génération X réside dans le fait qu'il s'agit d'une génération qui a développé une certaine méfiance face à l'esprit de groupe<sup>579</sup>. Alors que les lyriques étaient des « narcissiques multitudinaux », pour reprendre l'expression employée par

---

<sup>576</sup> Josée GARCEAU, *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012, p. 43 : « Ignorés, d'un poids démocratique beaucoup moins important que celui des baby-boomers, solitaires et inquiets, les X, qu'on appelle aussi parfois la "génération sacrifiée", se distinguent eux aussi de leurs prédécesseurs ».

<sup>577</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 277.

<sup>578</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 44 et 45.

<sup>579</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 229.

Ricard<sup>580</sup>, les X sont des narcissiques au sens propre du terme, c'est-à-dire des individus rivés sur eux-mêmes et méfiants face aux grands élans collectifs<sup>581</sup>. Ils ont l'impression de s'engager dans une société dépourvue d'idéaux capables de nourrir une action et un engagement collectifs<sup>582</sup>. Le fil idéologique libertarien, qui « voue un culte à la liberté individuelle, cherchant à l'étendre au maximum », sous-tendra ainsi l'époque des X et traversera leurs pensées<sup>583</sup>. Les X ne font donc confiance qu'à eux-mêmes face à tous les leaderships qui sont de plus en plus devenus objets de méfiance.

Étant nombreux à avoir connu les familles séparées ou reconstituées et ayant été forcés à composer avec cette réalité, les X rêvent d'une famille unie. Au même titre que la génération qui lui précède, les X n'auront pas de nombreux enfants. Selon la sociologue Marie-Blanche Tahon, cette baisse de la natalité serait le reflet d'une transformation profonde du sens que revêt le fait d'avoir un enfant :

« En Occident, en moins de deux siècles, on est passé d'une vision utilitariste – d'abord matérielle (main-d'œuvre, bâton de vieillesse), puis plus immatérielle (sa promotion sociale comblera ses parents et rejaillira sur la famille) – à une

---

<sup>580</sup> François RICARD, *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994, p. 149.

<sup>581</sup> L'abandon de l'idéal collectif est essentiellement alimenté par l'essoufflement du vent de libération qui a soufflé sur le Québec au cours des années 1960, ainsi que par l'échec référendaire de 1995, qui apporte autant d'espoir que de déception : Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 229 et 231. Sur l'abandon du sens de l'idéal collectif, voir également : Alain ROY, « Le refus total », (1995) 37:5 *Liberté* 80, 93.

<sup>582</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 235.

<sup>583</sup> Stéphane KELLY, *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011, p. 237. L'auteur oppose le courant libertarien au courant populiste. Confiant dans les vertus du peuple, ce dernier courant est caractérisé par un interventionnisme tout azimuts, que ce soit dans le domaine de l'économie comme dans celui de la morale.

visée plus “expressive” (avoir un enfant prouve aux parents, et aux autres, qu’ils s’aiment, que l’enfant est un puits d’amour) [...]. »<sup>584</sup>

L’éclatement du modèle de la ménagère vivant sous la dépendance économique d’un conjoint pourvoyeur, jumelé aux diverses mesures sociales visant à soutenir les mères en emploi (garderies publiques, congé de maternité payé sans crainte de licenciement, congé parental, etc.), permettra aux femmes qui feront l’expérience de la maternité de ne pas interrompre leur carrière, leur revenu étant devenu une composante essentielle du revenu familial<sup>585</sup>. En dépit de cette nouvelle réalité, les membres de cette génération seront nombreux à reproduire les modèles parentaux hérités des générations précédentes. En effet, comme l’indique la professeure Louise Cossette, bien que les dernières décennies fussent marquées par la participation croissante des femmes au marché du travail et, parallèlement, par un bouleversement des rôles sexuels traditionnels dans la sphère domestique, « [...] la structure, le fondement même de la société reposent en grande partie sur la division sexuelle des rôles sociaux, et sur la hiérarchie des sexes »<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> Marie-Blanche TAHON, *La famille désinstituée : introduction à la sociologie de la famille*, Ottawa, Presses de l’Université d’Ottawa, 1995, p. 124.

<sup>585</sup> Simon LANGLOIS, « Rôles féminins. Les rôles domestiques : de l’idée d’aide à l’idée de partage des tâches », dans Simon LANGLOIS (dir.), *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 120. Toujours cantonnées dans des professions où elles sont majoritaires (secrétaires, infirmières, enseignantes, etc.), les femmes de la génération X ont toutefois réussi à investir les bastions autrefois masculins (médecins, avocates, ingénieures, architectes, etc.) : Denyse BAILLARGEON, *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012, p. 188.

<sup>586</sup> Louise COSSETTE, « La différenciation psychologique des sexes : un phénomène en voie d’extinction ? », dans Louise COSSETTE (dir.), *Cerveau, Hormones et Sexe. Des différences en question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2012, p. 44.

Bien que les pères aient adopté un comportement qui se démarque clairement de leur rôle traditionnel et que le principe de l'égalité des conjoints soit reconnu par l'État et prévu dans diverses législations, la division genrée des rôles demeure ainsi fortement ancrée au sein de la cellule familiale, les tâches ménagères et les responsabilités associées au soin des enfants étant, encore aujourd'hui, en grande partie assumées par les femmes<sup>587</sup>. Cette observation est partagée par un auteur qui souligne que bien que la société québécoise soit passée, des années 1960 à 1980 de l'idée d'*aide* à l'idée de *partage* des tâches entre les hommes et les femmes sur le plan des représentations sociales et que les hommes s'impliquent concrètement davantage, les femmes continuent d'assumer une plus grande part des travaux domestiques<sup>588</sup>.

Le Conseil du statut de la femme affirme également, dans une étude sur les stéréotypes sexuels :

---

<sup>587</sup> Louise COSSETTE, « La différenciation psychologique des sexes : un phénomène en voie d'extinction ? », dans Louise COSSETTE (dir.), *Cerveau, Hormones et Sexe. Des différences en question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2012, p. 42. Voir également : Anne MILAN, Leslie-Anne KEOWN et Covadonga ROBLES URQUIJO, *Les familles, la situation dans le ménage et le travail non rémunéré*, Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe, Statistique Canada, décembre 2011, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11546-fra.pdf>> (consulté le 12 mai 2014) ; MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Un portrait statistique des familles au Québec*, Gouvernement du Québec, 2011, en ligne : <[http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF\\_Portrait\\_stat\\_complet\\_11.pdf](http://www.mfa.gouv.qc.ca/fr/publication/Documents/SF_Portrait_stat_complet_11.pdf)> (consulté le 12 mai 2014) ; Heather JUBY, Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale sur les enfants et sur les jeunes*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004-FCY-6F ; Susan B. BOYD, *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2003, p. 172 ; Leighton E. STAMPS, « Maternal Preference in Child Custody Decisions », (2002) 37 *Journal of Divorce & Remarriage* 1.

<sup>588</sup> Simon LANGLOIS, « Rôles féminins. Les rôles domestiques : de l'idée d'aide à l'idée de partage des tâches », dans Simon LANGLOIS (dir.), *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 120.

« [Qu']au-delà des attentes et des attitudes des parents visant directement l'enfant, le caractère asymétrique des rôles joués par la mère et le père au sein de la famille, de même que leurs responsabilités différenciées dans le soin et l'éducation des enfants, constitue l'un des premiers et plus importants éléments de socialisation. Cette division sexuelle du travail constitue le premier cadre social de référence des enfants. Elle préside jour après jour à l'élaboration de leur identité de sexe ainsi qu'à leur inscription dans la division sociale des sexes. »<sup>589</sup>

Enfin, une étude qualitative réalisée récemment auprès de huit hommes et de huit femmes, âgés en moyenne de 33 ans, démontre que cette tendance semble se maintenir auprès des jeunes adultes de la génération Y. L'étude indique en effet qu'en dépit de la volonté des individus de se conformer à la norme égalitaire et de se distancier du modèle traditionnel marqué par la complémentarité entre les hommes et les femmes, les rôles parentaux demeurent encore et toujours fortement ancrés dans des référents traditionnels de genre.

Ainsi, selon l'auteure :

« [...] au-delà de la volonté des individus de répondre haut et fort par l'affirmative pour dire qu'ils adhèrent à l'idéal d'égalité socialement proclamé, des forces contraires, résultant de leur socialisation, les poussent à agir autrement. Si une partie d'eux-mêmes est tentée de rejoindre les rangs des courants qui postulent qu'hommes et femmes doivent se séparer les tâches sans égard à leur genre, il n'en demeure pas moins que leurs pratiques restent fortement ancrées dans une conception des rôles comme étant complémentaires et que leurs manières, souvent opposées, les éloignent de la possibilité de faire front commun dans la poursuite de l'idéal intériorisé. »<sup>590</sup>

---

<sup>589</sup> CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction social du féminin et du masculin*, coll. « BanQ », Québec, Conseil du statut de la femme, 2010, p. 17.

<sup>590</sup> Julie GARON, *L'égalité dans la mire, l'inégalité dans la peau. Comprendre l'écart entre les attentes et la réalité des parents dans le partage des tâches*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013, p. 73.

Ceci dit, et en dépit des changements profonds qu'a connus la société québécoise, il importe de se garder de sous-estimer le pouvoir contraignant des normes de genre et la force structurante de la socialisation sur l'organisation parentale.

## Conclusion du chapitre premier

Dans les litiges relatifs à la garde des enfants suivant une rupture conjugale, nous avons vu que le juge doit d'abord déterminer, à la lumière du droit et des faits admis en preuve, si les prérequis de faisabilité ou les facteurs de réussite de la garde partagée dégagés par la Cour d'appel sont réunis. Dans la mesure où, au terme de cette analyse, le juge conclut que l'absence de l'un ou l'autre de ces facteurs fait échec à la garde partagée, il devra dès lors octroyer la garde de l'enfant au parent qu'il jugera le mieux en mesure de servir son intérêt. L'analyse des critères de réussite de la garde partagée peut, à l'opposé, amener le juge à conclure que cette formule de garde est possible. Dans un tel cas de figure, le juge se retrouve devant un scénario que nous avons qualifié de « neutre », c'est-à-dire une situation où la garde exclusive et la garde partagée sont toutes autant envisageables.

Dans un tel cas de figure, le chapitre deuxième de la première partie a permis de constater que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges a donné lieu à des « présomptions jurisprudentielles » proposant des modèles familiaux complètement opposés : alors que certains juges semblent considérer que la garde partagée constitue, *a priori*, la formule de garde la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant d'autres, au contraire, semblent favoriser la garde exclusive.

Face à ce constat, nous nous sommes questionnée sur les facteurs susceptibles d'influer sur l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde et avons soumis l'hypothèse que le genre et l'âge (génération) du juge sont des marqueurs identitaires susceptibles d'avoir une incidence sur l'interprétation qu'il se fait de l'intérêt de l'enfant dans le cadre d'un scénario dit neutre.

Afin de vérifier notre hypothèse, nous avons d'abord procédé à un échantillonnage de décisions « neutres ».

Les divers retranchements auxquels nous avons procédé à partir des décisions judiciaires recensées afin de rencontrer le critère de neutralité essentiel à notre analyse nous ont permis d'obtenir trente-trois décisions « neutres », c'est-à-dire des décisions dans lesquelles la subjectivité du juge a été clairement sollicitée. Dans la presque totalité des décisions retenues (vingt-cinq décisions), l'intérêt de l'enfant a été défini en fonction de la maximisation des contacts entre celui-ci et ses deux parents, alors que ce même intérêt a plutôt été interprété, dans les huit autres décisions, à la lumière de la stabilité socio-affective de l'enfant en en confiant la garde au parent qui, au cours de la vie commune, a agi à titre de figure parentale principale à son endroit.

Nous avons par la suite mis en lumière les expériences propres aux hommes et aux femmes des générations auxquelles appartiennent les juges qui ont rendu les décisions analysées, à savoir la génération des révolutionnaires tranquilles, des lyriques et des X. Essentiellement, nous avons constaté que si les premiers sont dans les promesses d'avenir, les deuxièmes sont dans le présent des possibles, alors que les derniers ont le passé comme hypothèque. Quant aux rôles des père et mère auprès des enfants et au sein de la cellule familiale, on observe, à travers les époques, une atténuation de la frontière entre les sphères publique et privée ainsi qu'une certaine évolution tendant de plus en plus vers l'égalité entre les hommes et les femmes.

Nous tenterons maintenant de déterminer, au prochain chapitre, si les caractéristiques, valeurs et idéologies qui définissent les individus faisant partie de chacun des groupes générationnels sous étude ont une incidence quelconque sur l'interprétation qu'ils se font du concept flou, mais néanmoins central, de l'intérêt de l'enfant.

## Chapitre deuxième : Identification de l'influence du profil du décideur

*L'activité d'interprétation ne peut se concevoir sans admettre que cette activité puisse exiger de l'interprète qu'il procède à des choix qui engageront sa personnalité, ses croyances, ses valeurs*<sup>591</sup>.

### Introduction

Dans un article publié au début des années 2000, le professeur Richard F. Devlin procède à un survol de diverses théories juridiques – parmi lesquelles figure le réalisme juridique – afin d'identifier leurs fondements ainsi que leurs relations avec la formation des juges au contexte social. Selon l'ancien juge en chef Lamer, cité par Devlin, la formation des juges au contexte social a pour objectif « de faire de meilleurs juges en les sensibilisant mieux au contexte général social, économique, culturel et politique dans lequel les juges oeuvrent au sein d'une société aussi diversifiée que le Canada »<sup>592</sup>. Cet objectif est important, selon Devlin, car il met en relief les quatre variables clefs qui ont des répercussions sur le contexte, tout en reconnaissant implicitement l'importance du pouvoir d'appréciation et de l'orientation personnelle que comporte le processus décisionnel dans une société contemporaine complexe comme la société canadienne<sup>593</sup>.

---

<sup>591</sup> Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, avec la coll. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 18.

<sup>592</sup> Richard F. DEVLIN, « La théorie générale du droit pour les juges : ou pourquoi la théorie du droit pourrait être importante en matière de formation des juges au contexte social », (2001-2002) 4 *Rev. C.L. Français* 197, 205, citant les propos de l'honorable Antonio LAMER reproduits aux Documents d'atelier de la phase II, à la page 7 [en possession de l'auteur].

<sup>593</sup> Richard F. DEVLIN, « La théorie générale du droit pour les juges : ou pourquoi la théorie du droit pourrait être importante en matière de formation des juges au contexte social », (2001-2002) 4 *Rev. C.L. Français* 197, 206.

Inspiré de la pensée et de la vision du droit du mouvement réaliste dont nous avons présenté les grandes lignes dans le chapitre précédent, ce dernier chapitre de notre thèse poursuit la réflexion portant sur les éléments du contexte social qui peuvent avoir un impact sur le travail interprétatif effectué par les juges et sur les défis que soulève l'étendue de la liberté d'appréciation que leur laissent les indéterminations de la loi. À cette fin, nous tenterons de déterminer si les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques que sous-tendent le genre et l'âge du décideur exercent une incidence sur la teneur des décisions qu'il rend en matière de garde d'enfant à la suite d'une rupture conjugale.

Pour ce faire, nous diviserons nos propos en deux sections. Nous présenterons, dans une première section, les typologies que nous avons créées pour chacun des genres et des générations visées par nos travaux. À la lumière de ces typologies et des décisions judiciaires retenues pour analyse, nous procéderons, dans une seconde section, à la vérification de notre hypothèse de recherche. Pour ce faire, nous présenterons d'abord les résultats de recherche obtenus pour ensuite discuter de ces résultats en abordant plus particulièrement les écarts que nous avons pu observer entre les différentes générations, d'une part, et entre les hommes et les femmes, d'autre part.

## **SECTION 1 : LES MARQUEURS IDENTITAIRES ET LES TYPOLOGIES**

Les prochains paragraphes présentent les typologies que nous avons créées pour chacun des genres et des groupes générationnels sous étude. Abordées sous l'angle de la famille, de l'économie et du politique, les explications qui les accompagnent reprennent, sous forme d'extraits, ce qui a été exposé de façon plus détaillée au chapitre précédent.

Le lecteur ne doit donc pas se surprendre d'observer ici une certaine répétition<sup>594</sup>. Celle-ci était toutefois nécessaire puisqu'elle nous permettait, d'une part, de bien asseoir nos propos et, d'autre part, de mettre en exergue les particularités de genre et de génération pour chacune des trois divisions retenues.

Nous débuterons donc, comme nous l'avons fait au chapitre précédent, par les révolutionnaires tranquilles. Nous poursuivrons ensuite avec les lyriques pour enfin terminer avec les X en abordant successivement les thèmes de la famille, de l'économie et du politique. Des typologies seront identifiées pour chacun de ces groupes générationnels en soi, mais aussi pour les hommes et les femmes qui les composent. Dans un souci de synthèse, ces typologies seront par la suite reproduites sous forme de tableaux.

## **§ 1 Les révolutionnaires tranquilles**

### **A) Famille**

Dans la période d'après-guerre, les révolutionnaires tranquilles entrent dans la phase adulte de leur vie. Le climat de soulagement qu'apporte la fin de la Seconde Guerre mondiale les amène à procréer, par choix, comme jamais auparavant. Sans nécessairement assister à une remontée spectaculaire de la fécondité, une part croissante de la population fait donc l'expérience de la parentalité au cours de cette période.

---

<sup>594</sup> Nous avons toutefois omis de reproduire les références afin d'éviter les redites inutiles qui n'auraient eu que pour effet d'alourdir le texte.

Le raz-de-marée de nouveau-nés que cette réalité engendre fera de la fin des années quarante et de l'ensemble des années cinquante l'époque par excellence des enfants. Encouragés par de nouvelles normes définies par les psychologues, les révolutionnaires tranquilles seront les premiers à envisager l'éducation des enfants de manière différente. Autrefois considérée comme une période purement et strictement préparatoire à l'âge adulte, l'enfance devient, avec l'avènement du baby-boom, une phase de la vie en soi. Les mentalités changent et une nouvelle façon de percevoir et d'agir à l'égard des enfants s'opère : ces derniers forment désormais un groupe social à part entière, pleinement intégré à l'ensemble de la société, dont les valeurs méritent le respect de tous. Au sein du foyer familial, l'enfant devient le centre des préoccupations des parents et les relations qu'ils entretiennent entre eux deviennent plus amicales et moins autoritaires. On veut donner à l'enfant tout l'encadrement dont il a besoin, tout en lui imposant le moins de contraintes possibles afin qu'il puisse pleinement s'épanouir. Pour cela, on dira que les révolutionnaires tranquilles réinventeront l'enfance et construiront leur vie à l'aune du bonheur familial.

Alors que les pères avaient jusque-là joué un rôle plutôt passif et détaché auprès de leurs enfants, se contentant d'exercer, à titre de détenteur de la puissance paternelle, la discipline et l'autorité dont ces derniers avaient besoin, la paternité devient un enjeu important pour les révolutionnaires tranquilles. L'importance du statut de pourvoyeur et de chef de famille est toujours bien présente, mais les pères sont encouragés à investir l'espace domestique, jusqu'alors considéré comme un sanctuaire de la féminité, et à participer activement à la vie familiale en transmettant à leurs enfants les valeurs et les normes de la société, ainsi que les expériences et les aptitudes acquises dans le cadre de leur vie sociale.

Ce nouveau modèle paternel qui émerge dans l'après-guerre est largement influencé par le discours du mouvement familial québécois, pour qui le père idéal est celui qui tisse des liens d'attachement avec ses enfants et voit à leur éducation. Transgressant la norme des sphères séparées, le modèle proposé est construit de manière à maintenir une nette distinction avec l'image maternelle afin de préserver la conception dominante de la masculinité. L'évolution des rôles parentaux qui marque cette période n'entraînera donc pas la remise en question de l'idéologie de la complémentarité des rôles et de la différence des genres au sein de la structure familiale, les tâches domestiques et le soin des enfants étant toujours réservés aux mères en raison du désintérêt et de l'incompétence prétendument innés des pères pour ces champs d'activités. De plus, leurs responsabilités dans les domaines traditionnellement associés à la mère demeurent fort limitées, les pères faisant office d'assistants ou de suppléants, sans plus.

À la lumière de ce qui précède, nous sommes d'avis que les révolutionnaires tranquilles étaient des visionnaires au point de vue de l'éducation des enfants. La fonction de socialisation des enfants que détenaient les pères faisait d'eux des éducateurs à la citoyenneté. De plus, la division des rôles qui persistait au sein de la cellule familiale faisait des hommes des chefs de famille et des assistants de dernier recours aux tâches ménagères et au soin des enfants, alors que les femmes demeuraient responsables de la vie et de l'organisation familiales.

## **B) Économie**

Les années qui suivirent la Première Guerre mondiale furent marquées par un important développement économique du Québec. Après avoir connu l'opulence, le Québec entre ensuite dans près d'une décennie d'années de misère et de détresse (1930-1939). Les besoins

des industries liées à l'armement lors de la Seconde Guerre mondiale permirent toutefois de relancer l'économie en assurant de l'emploi aux hommes comme aux femmes. La prospérité économique qui s'ensuivit profita aux révolutionnaires tranquilles. En tant que jeunes adultes, ils arrivent dans la vie active alors que les travailleurs sont recherchés, que l'économie roule pleinement et qu'elle s'engage sur les sentiers d'une croissance du revenu réel qui va durer trente ans. Il s'agit ainsi d'une génération qui se construit dans les promesses d'avenir et dans l'investissement.

Au point de vue de l'économie, c'est-à-dire de la production économique et du travail, nous considérons que les révolutionnaires tranquilles sont des gens optimistes et confiants. En tant que pourvoyeurs, les hommes semblent avoir davantage profité que les femmes de cet essor économique d'après-guerre, celles-ci ayant été fortement encouragées – voire forcées – à reprendre leur rôle d'épouse et de mère au foyer une fois les hostilités terminées. Elles étaient pour ainsi dire des travailleuses invisibles non rémunérées.

### **C) Politique**

Au cours des années 1930, le Québec est plongé dans ce qui fut considéré comme l'une des plus graves crises économiques de l'ère moderne. Les mesures adoptées par le gouvernement Taschereau pour résoudre les problèmes de la crise s'avèrent inefficaces, faisant ainsi grimper l'insatisfaction des Québécois et des Québécoises à l'égard de cette formation politique. C'est dans ce contexte que l'Union nationale, dirigée par Maurice Duplessis, entre sur la scène politique québécoise en août 1936, mettant ainsi fin à 39 ans de règne du Parti libéral. L'élection de l'Union nationale avait suscité énormément d'espoir chez le peuple québécois, qui espérait que les politiques de ce parti puissent leur permettre de sortir de la

crise. Or, aux yeux des électeurs, les réalisations du gouvernement de Maurice Duplessis au cours de son mandat ne sont guère à la hauteur des promesses faites en temps de campagne électorale. La désillusion de la population face au gouvernement Duplessis, jumelée à son incapacité de régler les problèmes soulevés par la crise et à son discours nationaliste traditionaliste, qui apparaît de plus en plus en rupture avec les nouvelles réalités sociales, mèneront à sa défaite aux élections provinciales à l'automne 1939 au profit des libéraux d'Adélard Godbout. En plus d'être à l'origine d'importantes réformes socio-économiques, ceux-ci feront notamment adopter la loi accordant le droit de vote aux femmes, malgré la désapprobation du clergé qui estime que le suffrage féminin contrevient à l'unité et à la hiérarchie familiales. Le parti dirigé par Duplessis reprendra néanmoins le pouvoir lors des élections générales d'août 1944, qu'il conservera jusqu'au décès de son chef en 1959. Cette période, qualifiée de « Grande noirceur », sera marquée par un ultraconservatisme économique et social et se caractérisera par de grandes tensions entre les forces du changement et celles de la tradition. La philosophie autoritaire de l'Église est également dénoncée par un courant réformateur qui s'oppose à son rôle et à ses pouvoirs démesurés dans la société québécoise. Alors que certains défendent les visions traditionnelles du régime en place, un important mouvement de contestation prend racine au sein de la génération des révolutionnaires tranquilles qui, au moment où elle entre dans la force de l'âge, pose les bases des réformes sociales de la Révolution tranquille.

Procédant à la critique de l'élite clérico-nationale, cette génération s'est démarquée du Canada français traditionaliste et clérical par le biais d'une sorte de révolution éthique qui l'a poussé à récuser le cléricisme et la tradition et à adopter une morale civique au nom du personnalisme chrétien. Issu du catholicisme, le personnalisme voulait sortir les catholiques de

la religion formaliste, des sacrements, de la liturgie et de la théocratie pour les enjoindre à exprimer leur catholicisme dans le monde social. Par ces visées, les révolutionnaires tranquilles se sont politiquement détournés de la « nation » de l'Église afin de restaurer au Québec l'idée d'État.

Les révolutionnaires tranquilles sont donc, sur le plan politique, des révolutionnaires. Le caractère patriarcal de la société à cette époque nous porte à croire, ici encore, que ce bouillonnement politique fut essentiellement l'œuvre de la gente masculine. On assiste certes à la mise sur pied de diverses organisations militant en faveur des droits des femmes, ainsi qu'à certaines avancées concernant la capacité juridique de la femme mariée. Mais les femmes ne demeurent pas moins majoritairement effacées des sphères publiques et politiques contrairement aux hommes qui, eux, en sont les principaux occupants.

Les typologies caractérisant les révolutionnaires tranquilles sur le plan de la famille, de l'économie et du politique sont les suivantes :

**Tableau I: Typologies des révolutionnaires tranquilles**

	<b>Groupe générationnel</b>	<b>Hommes</b>	<b>Femmes</b>
<b>Famille</b>	Visionnaires (éducation des enfants)	Éducateurs à la citoyenneté Chefs de famille Assistants de dernier recours aux tâches ménagères et au soin des enfants	Responsables de la vie et de l'organisation familiale
<b>Économie</b>	Optimistes Confiants	Pourvoyeurs	Travailleuses invisibles non rémunérées
<b>Politique</b>	Révolutionnaires	Principaux occupants des sphères publique et politique	Effacées des sphères publique et politique

## § 2 Les lyriques

### A) Famille

L'élément le plus marquant de la génération lyrique au point de vue de la famille et des mœurs amoureuses est le choix qu'ont fait les adultes de cette génération de rejeter la condition de parent afin de conserver leur liberté et, surtout, leur jeunesse. Ce refus de devenir parent se manifeste essentiellement par le fait de ne pas – ou très peu – procréer. Refusant toute entrave à leur épanouissement personnel et professionnel et dissociant la sexualité de la procréation, ces nouveaux adultes préconisent l'utilisation de la contraception. Ceux et celles qui auront fait le choix – conscient ou non – d'avoir des enfants inventeront « l'art d'être parent tout en ne l'étant pas », ce qui consiste à donner à l'enfant tout ce dont il a besoin (nourriture, logement, instruction et éducation, vêtements, etc.), tout en conservant sa liberté et sa précieuse jeunesse. Ce sera ainsi aux enfants de s'intégrer à la vie de leurs parents et non l'inverse. Ce nouvel art d'être parent favorisera l'éclosion de nouveaux modèles familiaux, allant de la famille éclatée à la famille reconstituée.

Contrairement à la génération qui lui précède, la génération lyrique contestera le modèle traditionnel de la conjugalité marqué par la complémentarité des rôles. La présence grandissante des femmes sur le marché du travail entraîne un partage accru des tâches entre les conjoints et une plus grande présence des pères auprès de leurs enfants. Popularisant l'idée voulant qu'il n'existe aucune différence entre les hommes et les femmes, le féminisme des années soixante et soixante-dix a quelque peu permis aux pères et mères de sortir de leurs rôles respectifs de pourvoyeur et de ménagère.

Pour ces raisons, nous considérons que les lyriques sont, au plan familial, les initiateurs d'un nouveau modèle parental et conjugal dans lequel les hommes sont détenteurs d'un rôle accru. La transformation du modèle parental traditionnel ne donne toutefois pas lieu à la mise en place d'une structure familiale basée sur le partage équitable des tâches domestiques et sur l'égalité des conjoints en matière d'éducation et de soin des enfants. En effet, malgré une plus grande symétrie entre les responsabilités des pères et des mères en ces domaines, l'abandon complet de la division traditionnelle des rôles n'est pas réalisé. Les mères étaient ainsi détentrices d'une charge réduite, tout en demeurant les premières répondantes en ce qui concerne les tâches ménagères et des responsabilités associées aux soins des enfants.

## **B) Économie**

Les lyriques sont arrivés dans un monde en pleine croissance économique, où le Québec atteint le seuil théorique du plein emploi et où tout changement devenait possible, voire souhaitable. Nés « au matin du monde », ils incarnent un avenir meilleur, en rupture totale avec le passé. Disposant d'un niveau d'instruction dépassant nettement celui des générations qui les ont précédées, ils ne tarderont pas à accéder au pouvoir et occuperont les meilleurs emplois au sein d'une société où l'économie bat son plein. Prônant l'épanouissement de l'individu et sa pleine émancipation, le travail se révélera pour cette génération une valeur importante, si ce n'est même l'activité dominante de leur cadre de vie.

À l'instar des révolutionnaires tranquilles, les lyriques sont donc, sur le plan économique, des individus optimistes et confiants. Les hommes, en tant que pourvoyeurs principaux, occupent les postes de pouvoirs en quasi exclusivité et gagnent généralement de meilleurs salaires. Il n'en demeure pas moins que le travail salarié des femmes se généralise au cours des années

1950-1970 et devient de plus en plus accepté socialement. Le travail à l'extérieur du foyer demeure néanmoins l'exception tant et aussi longtemps que les enfants sont d'âge préscolaire, faisant ainsi des femmes des travailleuses précaires, bien souvent cantonnées dans des métiers à prédominance féminine.

### **C) Politique**

La visibilité des lyriques prend toute son ampleur au moment où ils atteignent la vingtaine et entrent pleinement dans la société. Cette nouvelle jeunesse impose alors sa présence dans les sphères politique, culturelle, idéologique et morale, provoquant ainsi une remise en question ou même l'écroulement des traditions autrefois honorées et respectées.

Ce que les jeunes de la génération lyrique trouvent devant eux est un monde animé par une soif de modernisation et d'innovation profondes. Témoins de la transition, opérée pratiquement sans résistance, entre un passé jugé obscur et aliénant et un monde nouveau, infiniment libre, en proie à de profondes transformations, ils auront la conviction que rien n'est immuable. Ce sentiment « de la légèreté du monde » jouera un rôle déterminant dans la psychologie de la génération lyrique en ce qu'il sous-tendra sa façon de se comporter et de voir le monde.

En raison du poids numérique qui les caractérisent, les lyriques développeront un narcissisme collectif, c'est-à-dire la jouissance de leur propre image qui naît de l'admiration dont cette génération est l'objet de la part des autres groupes. Et cette affirmation narcissique de leur différence est un phénomène de nature collective en ce que la multitude définit le cadre de vie des membres de la génération lyrique : leurs pensées, leurs actions, leurs émotions, leurs

expériences, leurs choix, leurs désirs, leurs intérêts sont ceux de millions d'autres jeunes qui composent le groupe le plus imposant et le plus visible de la société. Cet effet de groupe fera naître dans la conscience de cette génération un sentiment d'appartenance et de solidarité par lequel elle se définira en tout premier lieu.

Une fois adultes, les lyriques seront extrêmement exigeants à l'égard du monde et de la vie en raison de leur jeunesse qui perdure et qui les rend à la fois entreprenants et déterminés. Ayant pris le contrôle de la société aux plans économique, politique, moral et idéologique, ils définiront les normes et les valeurs sociales communes tout en exigeant, par le fait même, l'action de l'État, qui mettra à leur service l'essentiel de ses ressources. S'étant donné pour mission de cultiver la distinction entre le monde actuel et la tradition, cette génération s'est positionnée en tant que collaboratrice dévouée de la modernité et a pu bénéficier, pour s'accomplir complètement et de façon définitive, de la présence de masse des nouveaux adultes porteurs depuis toujours d'un irrésistible désir d'innover et de tourner le dos au passé.

Les lyriques sont donc, sur le plan politique, des narcissiques solidaires et des revendicateurs.

Le féminisme radical de l'époque qui, tout en remettant en question les catégories et les modèles, conteste l'ordre patriarcal et vise la réforme en profondeur des rapports entre les hommes et les femmes, permet aux femmes de cette génération d'être visibles dans les sphères publique et politique, les hommes en demeurant néanmoins toujours les principaux occupants.

À la lumière de ce qui précède, cette génération est caractérisée par les typologies suivantes :

**Tableau II : Typologies des lyriques**

	<b>Groupe générationnel</b>	<b>Hommes</b>	<b>Femmes</b>
<b>Famille</b>	Initiateurs d'un nouveau modèle parental et conjugal	Détenteurs d'un rôle accru, mais néanmoins secondaire, au sein de la cellule familiale	Détentrices d'une charge réduite quant aux tâches ménagères et au soin des enfants, tout en demeurant les premières répondantes
<b>Économie</b>	Optimistes Confiants	Pourvoyeurs principaux	Travailleuses précaires Cantonnées dans des métiers à prédominance féminine
<b>Politique</b>	Narcissiques solidaires Revendicateurs	Principaux occupants des sphères publique et politique	Visibles dans les sphères publique et politique

### § 3 Les X

#### A) Famille

Les membres de la génération X assistent, dès l'enfance, à une transformation du modèle parental traditionnel : présence grandissante des femmes sur le marché de l'emploi, partage accru des tâches entre les conjoints et plus grande présence des pères dans l'éducation et le soin des enfants. Ils sont donc exposés, dès leur plus jeune âge, à une réalité sociale, parentale et conjugale dans laquelle la frontière entre les sphères publique et privée perd de son étanchéité.

Étant nombreux à avoir connu les familles séparées ou reconstituées et ayant été forcés à composer avec cette réalité, les X rêvent d'une famille unie. En dépit de la reconnaissance étatique du principe de l'égalité des conjoints et de la volonté de ceux-ci de se conformer à l'idéal d'égalité socialement proclamé, ceux et celles qui auront fait le choix de vivre l'expérience de la parentalité seront nombreux à adopter des rôles parentaux qui demeurent fortement ancrés dans des référents traditionnels de genre.

Les membres de la génération X sont donc, au plan de la famille, des égalitaires idéologiques.

Bien que les pères aient adopté un comportement qui se démarque clairement de leur rôle traditionnel en ce qu'ils sont impliqués de façon importante dans la vie familiale, il n'en demeure pas moins que la parité n'est toujours pas atteinte, les femmes demeurant encore et toujours détentrices d'un rôle plus important en ce qui a trait aux responsabilités liées aux tâches ménagères, aux soins et à l'éducation des enfants.

## **B) Économie**

Les X, qui connaîtront un destin aux antipodes de celui des lyriques, viennent au monde au sein d'une société animée par le changement et où les politiques sociales abondent. Or, lorsque qu'ils arrivent à l'adolescence, l'idéal politique de l'État-providence était déjà affaibli, l'État peinant de plus en plus à redistribuer la richesse entre les classes sociales et entre les générations. La crise économique que connaît le Québec au début des années 1980, au moment où les X deviennent de jeunes adultes, entraînera une sérieuse remise en question de l'État-providence et aura pour effet de fragiliser la génération X dans son ensemble.

De toutes les générations, ce sont les X qui sont les plus gravement affectés par le ralentissement économique qui frappe le Québec au cours de cette période. En effet, alors que les lyriques - essentiellement concentrés dans le secteur public - continueront de voir leurs revenus réels progresser, les X connaîtront une longue léthargie dans la vingtaine avant d'arriver à reprendre le dessus lors de la croissance économique des années 1990. La génération X fera ainsi face à un niveau de vie inférieur à celui de la cohorte précédente lors de la première tranche de sa vie adulte.

Cette réalité économique, jumelée à l'incitation à la scolarisation, est à l'origine des difficultés éprouvées par les X à acquérir l'indépendance propre à la vie adulte. Alors que ceux ayant fait le choix d'exercer tôt un métier se buttent à un marché de l'emploi saturé en raison de la lourde présence de la génération précédente qui occupe les postes enviables, ceux qui empruntent la voie des études collégiales et universitaires deviendront, pour la plupart, des chômeurs instruits ou des travailleurs précaires. Ceux ayant réussi à s'insérer dans la classe supérieure – tels les juristes – connaîtront toutefois de meilleures conditions économiques que les autres membres de leur génération.

Le destin de la génération X sera ainsi fortement marqué par la fragilité et l'instabilité de l'économie, ce qui fera des membres de cette génération des individus pessimistes et cyniques au plan économique. Cette réalité, jumelée à l'éclatement du modèle de la ménagère vivant sous la dépendance financière d'un conjoint pourvoyeur fera des femmes de cette génération des participantes actives au revenu familial, davantage présentes dans des bastions autrefois masculins, mais encore très souvent absentes des postes de pouvoir.

### **C) Politique**

Les X entrent dans la phase de l'adolescence alors que la situation financière de l'État est déficitaire. Avec une inflation galopante et un taux de chômage important, la crise économique que connaît le Québec au début des années 1980, alors que les X entrent dans la force de l'âge, entrainera une sérieuse remise en question de l'État-providence. Les fondements d'une société sociale-démocrate, qui s'est construite au Québec en une vingtaine d'années, s'érodent tranquillement au profit d'une idéologie néo-libérale qui gagne de plus en plus du terrain. Au-delà de l'inflation et du chômage, cette décennie est également caractérisée

par une augmentation des avortements, des divorces, des suicides et des naissances hors mariage.

Cette pénible expérience vécue par les X durant la première tranche de leur vie adulte cristallisera chez cette génération des émotions particulières face à la vie, au destin et au monde en général. Ne désirant ni changer le monde, ni esquisser de nouveaux projets de société, ils se contenteront d'accepter la société comme elle est et seront marqués par la routine, par l'absence d'esprit de nouveauté et d'initiative. Génération de « sacrifiés », ils chercheront à conserver ce qui reste de sécurité et de bonheur goûtés dans l'enfance et auront souvent à renoncer à leurs rêves de jeunesse. Ayant l'impression de s'engager dans une société dépourvue d'idéaux capables de nourrir une action et un engagement collectifs, les X sont, sur le plan politique, des individus résignés et individualistes. Cela étant, l'idéologie libertarienne, qui « voue un culte à la liberté individuelle, cherchant à l'étendre au maximum », sous-tendra l'époque des X et traversera leurs pensées. Les X ne font donc confiance qu'à eux-mêmes face à tous les leaderships qui sont de plus en plus devenus objets de méfiance.

Les femmes et les hommes de cette génération sont actifs dans les sphères publique et politique. Bien que les hommes X soient ouverts aux aspirations sociales, professionnelles et politiques des femmes, les avancées des femmes dans ces domaines demeurent fragiles et parfois même dérangeantes.

Le tableau suivant illustre les typologies qui définissent la génération X dans les domaines familial, économique et politique :

**Tableau III : Typologies des X**

	<b>Groupe générationnel</b>	<b>Hommes</b>	<b>Femmes</b>
<b>Famille</b>	Égalitaires idéologiques	Impliqués de façon importante dans la vie familiale (sans toutefois atteindre la parité)	Co-responsables de la cellule familiale, mais détentrices d'un rôle plus important
<b>Économie</b>	Pessimistes Cyniques	Détenteurs d'une place significative et privilégiée sur le marché du travail	Participantes actives au revenu familial Présentes dans des bastions autrefois masculins, mais globalement absentes des postes de pouvoir
<b>Politique</b>	Résignés Individualistes	Actifs dans les sphères publique et politique Ouverts aux aspirations sociales, professionnelles et politiques des femmes	Actives dans les sphères publique et politique, mais présence fragile et parfois dérangement

Nous reproduisons ici un tableau récapitulatif qui permettra d'avoir une vue d'ensemble des typologies caractérisant les hommes et les femmes de chacune des générations sous étude :

**Tableau IV : Tableau récapitulatif des typologies**

	<b>Groupe générationnel</b>	<b>Hommes</b>	<b>Femmes</b>
<b>Famille</b>			
<b>Rev. Tranq.</b>	Visionnaires (éducation des enfants)	Éducateurs à la citoyenneté Chefs de famille Assistants de dernier recours aux tâches ménagères et au soin des enfants	Responsables de la vie et de l'organisation familiale
<b>Lyriques</b>	Initiateurs d'un nouveau modèle parental et conjugal	Détenteurs d'un rôle accru, mais néanmoins secondaire, au sein de la cellule familiale	Détentrices d'une charge réduite quant aux tâches ménagères et au soin des enfants, tout en demeurant les premières répondantes
<b>X</b>	Égalitaires idéologiques	Impliqués de façon importante dans la vie familiale (sans toutefois atteindre la parité)	Co-responsables de la cellule familiale, mais détentrices d'un rôle plus important

<b>Économie</b>			
<b>Rev. Tranq.</b>	Optimistes Confiants	Pourvoyeurs	Travailleuses invisibles non rémunérées
<b>Lyriques</b>	Optimistes Confiants	Pourvoyeurs principaux	Travailleuses précaires Cantonnées dans des métiers à prédominance féminine
<b>X</b>	Pessimistes Cyniques	Détenteurs d'une place significative et privilégiée sur le marché du travail	Participantes actives au revenu familial Présentes dans des bastions autrefois masculins, mais globalement absentes des postes de pouvoir
<b>Politique</b>			
<b>Rev. Tranq.</b>	Révolutionnaires	Principaux occupants des sphères publique et politique	Effacées des sphères publique et politique
<b>Lyriques</b>	Narcissiques solidaires Revendicateurs	Principaux occupants des sphères publique et politique	Visibles dans les sphères publique et politique
<b>X</b>	Résignés Individualistes	Actifs dans les sphères publique et politique Ouverts aux aspirations sociales, professionnelles et politiques des femmes	Actives dans les sphères publique et politique, mais présence fragile et parfois dérangeante

La description des marqueurs identitaires de genre et de génération à laquelle nous avons procédé au chapitre précédent nous a permis de créer les typologies que nous venons de présenter. Il convient maintenant, à la lumière de ces typologies et des décisions judiciaires retenues pour analyse, de vérifier nos prétentions ou, plus exactement, l'hypothèse que nous soulevons dans la présente thèse.

## SECTION 2 : LA VÉRIFICATION DE L'HYPOTHÈSE

Notre hypothèse, est-il utile de le rappeler, est que lorsque confronté à une situation où tant la garde exclusive que la garde partagée sont envisageables (situation « neutre »), l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre de ces modalités de garde – dont la première définit l'intérêt de l'enfant à la lumière de la stabilité socio-affective de ce dernier, alors que la seconde interprète ce même intérêt en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents – est influencée par les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que révèlent son genre et la génération à laquelle il appartient.

La vérification de notre hypothèse se fera à la lumière des typologies ci-dessus présentées et des trente-trois jugements « neutres » qui constituent notre corpus d'analyse. Tel que mentionné au chapitre précédent<sup>595</sup>, ces jugements ont été obtenus à la suite d'une série de retranchements effectués sur les 3 197 décisions obtenues en fonction des paramètres de notre question de recherche dans les banques de résumés Azimut et REJB, à savoir les jugements de première instance rendus par la Cour supérieure du Québec en matière de garde d'enfants, de 1995 à 2011. À ce corpus se sont ajoutées des décisions dont il était fait mention dans les jugements résumés consultés et qui rencontraient le critère de neutralité recherché, mais qui n'ont pu être répertoriées par notre recherche initiale puisqu'elles étaient soit publiées uniquement en version intégrale, soit rendues avant 1995 (« références croisées »).

---

<sup>595</sup> *Supra*, p. 123 et suiv.

Un premier retranchement concernait les jugements autres que les jugements finals initiaux. Ont ainsi été éliminées du corpus de base toutes les ordonnances intérimaires, provisoires et modificatives. Les décisions basées sur une preuve d'expertise ont par la suite fait l'objet d'un deuxième retranchement, à l'exception de celles où le juge rejette la recommandation de l'expert. Des décisions restantes, nous avons procédé à un troisième retranchement en éliminant l'ensemble des jugements où il était expressément mentionné que la garde partagée ne pouvait être envisagée en raison de l'absence de l'un ou l'autre des prérequis de faisabilité de cette modalité de garde, ou de la présence de motifs liés à l'état de santé physique ou psychologique de l'enfant. Enfin, un quatrième et dernier retranchement concernait les décisions que nous pourrions qualifier d'« incertaines », c'est-à-dire celles dans lesquelles la garde partagée était accordée sans que le juge ne se prononce de façon claire et non ambiguë sur l'existence de tous les éléments essentiels à sa réussite, ou sans que les motifs de la décision ne soient éclairants et évocateurs quant à l'interprétation qu'il faisait de l'intérêt de l'enfant. Entrent également dans cette catégorie les décisions où la garde exclusive était octroyée sans que le juge ne mentionne clairement que la garde partagée ait été considérée, bien que non retenue.

Nous sommes d'avis que cette méthodologie nous a permis de nous assurer que les jugements retenus pour analyse répondaient au critère de neutralité essentiel à notre analyse, dans la mesure où, dans chacun de ces jugements, les deux modalités de garde (exclusive et partagée) étaient envisageables.

Ceci étant dit, nous procéderons, dans les pages qui suivent, à la présentation de nos résultats ainsi qu'à leur analyse et discussion.

## § 1 La présentation des résultats de recherche

Des trente-trois décisions « neutres » retenues, onze ont été rendues par des révolutionnaires tranquilles, dix-sept par des lyriques et cinq par des X, dont les modalités de garde se déclinent de la façon suivante :

**Tableau V : Modalités de garde en fonction de la génération**

	Révolutionnaires tranquilles (N=11)	Lyriques (N=17)	X (N=5)
<b>A. Garde exclusive</b>	5/11 (45 %)	3/17 (18 %)	0/5 (0 %)
<b>B. Garde partagée</b>	6/11 (55 %)	14/17 (82 %)	5/5 (100 %)

Eu égard au genre, vingt-trois des trente-trois décisions analysées ont été rendues par des hommes, alors que dix ont été rendues par des femmes<sup>596</sup>. La teneur de ces décisions est la suivante :

**Tableau VI : Modalités de garde en fonction du genre**

	Hommes (N=23)	Femmes (N=10)
<b>A. Garde exclusive</b>	4/23 (17 %)	4/10 (40 %)
<b>B. Garde partagée</b>	19/23 (83 %)	6/10 (60 %)

<sup>596</sup> Bien que les femmes soient de plus en plus présentes dans les diverses professions reliées au droit, elles demeurent encore sous-représentées au sein de la magistrature, ce qui explique la disproportion de notre échantillon entre les jugements rendus par les hommes et les femmes. Ainsi, sur les 190 juges de la Cour supérieure du Québec (incluant les juges surnuméraires), seulement 60 d'entre eux sont des femmes : <<http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/liste-juges.html>> (consulté le 21 mai 2014).

La disproportion entre les différents résultats obtenus, à la fois pour le genre et pour la génération, semble suggérer une certaine corrélation entre ces marqueurs identitaires et la teneur des décisions rendues par les juges en matière de garde d'enfant dans le cadre de scénarios que nous avons qualifiés de « neutres » (c'est-à-dire où la garde exclusive et la garde partagée sont des formules de garde envisageables), allant ainsi dans le sens de l'hypothèse que nous avons soulevée dans le cadre de cette thèse. Le fait d'avoir obtenu des décisions rendues par le ou la même juge dont les conclusions sont les mêmes d'une fois à l'autre, soit la garde partagée pour les juges Luc Lefebvre et Gratien Duchesne et la garde exclusive pour la juge Claudette Tessier-Couture, semble également appuyer notre hypothèse.

Les résultats que nous avons obtenus vont également dans le sens des propos suivants tenus par le juge Jacques R. Roy lors d'une conférence présentée en octobre 2008 :

« [...] ce sujet du juge face à l'enfant me rejoint personnellement parce que comme juge en jeunesse j'ai ma manière à moi de dire et de faire en salle d'audience et je dois reconnaître qu'il y a fatalement beaucoup de subjectivité, de personnel dans mon face à face Juge/enfant. Mes collègues ont aussi leur façon personnelle face aux enfants si bien qu'il existe de possibles différences notables selon que l'enfant se retrouve face à tel juge ou à tel autre juge.

[...]

Très tôt dans ma pratique comme nouveau juge, j'ai pu constater combien il y a de personnel, de subjectif dans nos décisions comme juges. Au printemps 1994, comme nouveau juge, j'ai participé à une formation sur le droit criminel pour tous les nouveaux juges du Canada. Une session consistait à apprécier les témoignages lors d'un procès simulé avec des acteurs enregistré sur vidéo et qui avait trait à une agression sexuelle commise par un homme sur une femme. Nous étions 54 nouveaux juges à visionner ce procès simulé et on devait à la fin du procès par écrit rendre notre verdict : 31 juges sur 54 soit 57 % déclarèrent l'accusé coupable et 23 juges soit 43 % déclarèrent l'accusé non coupable. Nous sommes demeurés troublés par cette situation où face aux mêmes faits, aux mêmes témoins, avec les mêmes avocats, le même jour dans la même salle, la

décision était diamétralement opposée selon qu'elle était rendue par tel ou telle juge.

[...]

Nous avons dû reconnaître qu'il y a des grands espaces de subjectivité dans une décision judiciaire en raison du juge qui la rend. Que ce n'est pas uniquement des questions de droit qui nous amènent à décider de la situation d'un enfant. Que pour décider, chacun de nous comme juge pour enfants fait appel à des éléments personnels, subjectifs, distinctifs, empreints peut-être de croyances parfois incomplètes, peut-être d'idées préconçues à partir d'expériences personnelles. »<sup>597</sup>

Les marqueurs identitaires retenus aux fins de notre étude influeraient ainsi intimement et secrètement sur la pensée du juge et la conception qu'il se fait du critère de l'intérêt de l'enfant. Les résultats obtenus tendraient donc à suggérer que la vie et la trajectoire d'un enfant et de ses parents pourraient être orientées différemment selon l'âge et le genre du juge devant lequel se déroule l'enquête judiciaire.

Ainsi, bien que l'intérêt de l'enfant soit un critère théoriquement neutre « dans les livres » (*law in books*), son contenu semble, une fois en action (*law in action*), influencé par l'identité du décideur<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> Jacques R. ROY, « Le juge face à l'enfant », dans Benoît MOORE, Cécile BIDEAU-CAYRE et Violaine LEMAY (dir.), *La représentation de l'enfant devant les tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 265, aux pages 268 et 269. Nous pourrions également citer les propos de l'ancien Président du comité des droits de l'enfant de l'ONU, le juriste Jean Zermatten, qui souligne que chacun sait à quel point la subjectivité du juge – ou le risque de subjectivité – est forte en matière d'intérêt de l'enfant, « alors même que la décision prétend reposer sur une analyse “ scientifique ” de la situation » : Jean ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Institut international des droits de l'enfant, Sion, Working Report, 3-2003, en ligne : <[http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interet-superieur-enfant2003.pdf](http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interet-superieur-enfant2003.pdf)>.

<sup>598</sup> Roscoe POUND, « Law in Books and Law in Action », (1910) 44 *Am. L. Rev.* 12.

Profitant de la texture ouverte du critère de l'intérêt de l'enfant, le juge lui attribue une signification qui vient en compléter le sens en référence, notamment, à ses valeurs, idéologies et traits caractéristiques dominants qui sont socialement orientés. Il existerait donc bel et bien, comme l'affirme Gérard Timsit, « un au-delà du texte jouant un rôle essentiel dans la détermination de la signification de la norme juridique »<sup>599</sup>.

Mentionnons toutefois que les pourcentages qui figurent dans les tableaux V et VI ci-dessus (p. 225) sont utilisés uniquement à titre indicatif afin de faciliter la compréhension ou la clarté des propos tenus dans le cadre de l'exposé de nos résultats. En effet, la taille de notre échantillon ne nous permet pas de prétendre à la représentativité statistique des études quantitatives. De nature corrélative et exploratoire, nos travaux n'aspiraient pas à établir une relation de cause à effet entre les marqueurs identitaires du juge et la teneur des décisions qu'il rend.

Nous croyons cependant que les résultats obtenus apportent un éclairage intéressant et non négligeable sur le phénomène observé en l'espèce, à savoir l'influence des marqueurs identitaires que sont le genre et la génération du juge sur les décisions qu'il rend en matière de garde d'enfant dans le cadre de scénarios dits neutres.

Nous nous emploierons, dès à présent, à apporter des précisions aux résultats qui viennent d'être présentés afin de rendre compte des particularités propres à chacune des catégories d'analyse sous étude.

---

<sup>599</sup> Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, p. 155.

## § 2 La discussion sur les résultats de recherche

Les résultats obtenus permettent d'abord de constater que dans le cadre d'un scénario « neutre », la garde partagée est la modalité de garde la plus souvent octroyée, et ce, toute génération ou genre confondus. En effet, la garde partagée a été accordée dans vingt-cinq des décisions analysées, alors que la garde exclusive à la mère est la modalité de garde retenue dans les huit autres cas. L'intérêt de l'enfant a donc été majoritairement interprété, dans les décisions « neutres » analysées, en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents. Ces résultats concordent avec ceux mis au jour par la professeure Renée Joyal dans le cadre d'entrevues réalisées auprès de dix juges de la Cour supérieure du Québec. Parmi l'ensemble des juges interviewés, sept d'entre eux étaient favorables à la garde partagée, et ce, malgré l'existence de conflits parentaux importants entre les parents<sup>600</sup>.

Parmi les huit décisions qui interprètent l'intérêt de l'enfant en fonction de la stabilité socio-affective de ce dernier en en confiant la garde exclusive au parent qui a agi à titre de parent de référence pendant la vie commune – il s'agit de la mère dans tous les cas ici visés – sept d'entre elles réfèrent explicitement au jeune âge de l'enfant<sup>601</sup>.

---

<sup>600</sup> Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 273. La tendance favorable que certains juges ont pour la garde partagée a aussi été constatée par les auteurs suivants : Yvon GAUTHIER, « Les enfants sont-ils les cobayes de la présomption du Tribunal en faveur de la garde partagée ? », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 203 ; Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109 ; Lynne KASSIE et Kimberley WENGER, « Children: Part of the Family Patrimony? A Commentary on Joint Custody », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 789.

<sup>601</sup> La seule décision où le jeune âge de l'enfant n'est pas formellement mentionné concerne un enfant de treize mois. Cette décision a été rendue par la juge Claudette Tessier-Couture dans l'affaire *Droit de la famille - 081320*, B.E. 2008BE-1020 (C.S.) (voir le tableau résumé, p. 289). Comme la juge Tessier-Couture a rendu deux autres décisions en matière de garde exclusive qui concernaient également des enfants en bas âge

C'est ainsi que le juge Jules Allard mentionne, dans *P.H. c. A.G.*<sup>602</sup> où la garde d'un enfant de quatre ans était en litige, que « [l']absence d'une référence stable est l'une des difficultés de la garde partagée intégrale, surtout lorsque les enfants sont en bas âge ».

Les propos des juges Pierrette Rayle et Marc Beaudoin dans les affaires *Droit de la famille - 2509*<sup>603</sup> et *M.-J. H. c. É.C.*<sup>604</sup> où il s'agissait d'enfants âgés respectivement de quatre ans et demi et de deux ans, sont au même effet. Alors que la première affirme « [qu']un régime de garde partagée pourra éventuellement s'avérer comme répondant mieux à l'intérêt de l'enfant, lorsque M. sera un peu plus âgée », le second tient le discours suivant :

« Bien sûr, un enfant doit être mis idéalement en présence de ses deux parents le plus également possible. Mais il y a des cas où dans l'intérêt de l'enfant, il n'est pas souhaitable de le faire trop rapidement, sans tenir compte des réactions de l'enfant en bas âge et ainsi brûler les étapes en faisant fi des conséquences qui pourront en découler. »<sup>605</sup>

Les remarques de ces juges à l'égard du jeune âge des enfants visés par les procédures de garde, de même que celles des autres juges qui, sans avoir été citées ici en exemple, ont aussi octroyé la garde exclusive en référant au jeune âge des enfants, semblent indiquer que la « présomption jurisprudentielle » qui avait cours au tournant du 20<sup>e</sup> siècle voulant que la mère, en raison de son prétendu instinct maternel, était naturellement plus apte que le père à répondre aux différents besoins d'un jeune enfant (« doctrine de l'âge tendre ») semble se

---

(*Droit de la famille - 08637*, 2008 QCCS 1077 et *B. (J.-R.) c. G. (B.)*, EYB 2005-94777) où elle réfère explicitement au jeune âge des enfants (voir les tableaux résumés aux pages 290 et 291), nous croyons que le bas âge de l'enfant dans *Droit de la famille - 081320* a été déterminant, bien que non expressément mentionné.

<sup>602</sup> 415-04-001266-016, 13 février 2002 (C.S.) (voir le tableau résumé, p. 288).

<sup>603</sup> [1996] R.D.F. 794 (C.S.) (voir le tableau résumé, p. 292).

<sup>604</sup> [2006] R.D.F. 818 (C.S.) (voir le tableau résumé, p. 292).

<sup>605</sup> *M.-J. H. c. É.C.*, [2006] R.D.F. 818, par. 23 et 24 (C.S.) (voir le tableau résumé, p. 292).

perpétuer, au sein de la magistrature, sous le couvert de la théorie du lien d'attachement. Et cela en dépit du fait que la Cour d'appel, après avoir considéré que le présupposé lien naturel entre le jeune enfant et la mère ne constitue pas une règle de droit mais une règle de bon sens qui repose sur des données que l'évolution des mœurs a modifiée<sup>606</sup>, ait affirmé que le jeune âge de l'enfant ne constitue pas, en soi, une raison empêchant l'octroi d'une garde partagée<sup>607</sup>.

Bien que la garde partagée soit la formule de garde la plus souvent accordée, l'écart entre les deux modalités de garde diffère d'une génération à l'autre et d'un genre à l'autre, tel qu'il sera discuté ci-dessous.

#### **A) L'écart entre les différentes générations**

L'examen des résultats obtenus en ce qui concerne la garde exclusive et la garde partagée d'un groupe générationnel à l'autre (Tableau V – lignes A et B, p. 225) permet de constater que plus les juges sont « jeunes »<sup>608</sup>, plus ils ont tendance à accorder la garde partagée. Autrement dit, plus on avance dans le temps générationnellement parlant – en partant des révolutionnaires tranquilles jusqu'aux X, en passant par les lyriques – plus la garde partagée gagne en popularité, si l'on peut s'exprimer ainsi, contrairement à la garde exclusive qui, elle, subit l'effet inverse.

---

<sup>606</sup> *Droit de la famille* – 7, [1984] C.A. 350.

<sup>607</sup> *R.B. c. N.C.*, 2005 QCCA 844.

<sup>608</sup> Sans fixer de point de départ à partir duquel un juge est considéré « jeune », le terme est ici utilisé afin de mettre en opposition les différents groupes générationnels, les X étant plus jeunes que les révolutionnaires tranquilles et les lyriques et ces derniers étant, pour leur part, plus jeunes que les révolutionnaires tranquilles.

Le fait que les révolutionnaires tranquilles, confrontés à un scénario où la garde exclusive et la garde partagée sont toutes autant envisageables, confient davantage que leurs collègues lyriques ou X la garde exclusive des enfants à l'un des parents – qui, dans tous les cas sous étude, était la mère – est à l'image de leur portrait générationnel. En effet, bien que nous ayons qualifié les révolutionnaires tranquilles de visionnaires en ce qu'ils ont été les premiers à envisager autrement l'enfance et l'éducation des enfants, il n'en demeure pas moins que les rôles traditionnels au sein de la cellule familiale perdurent. Les hommes de cette génération assument certes un rôle éducatif plus important auprès de leurs enfants, mais leur engagement en ce qui concerne les tâches ménagères et le soin des enfants reste fort limité en raison de leur incompétence « innée » et des talents « naturels » que possèderaient les mères à ces égards. Les femmes sont ainsi encore et toujours perçues comme *les* responsables de la vie et de l'organisation familiales, alors que les hommes demeurent des pourvoyeurs dont le rôle consiste d'abord et avant tout à subvenir aux besoins de la famille.

Les membres de cette génération ont posé les bases des réformes sociales de la Révolution tranquille, nous en convenons. Leur esprit séditieux n'a toutefois ni ébranlé les fondements de la société patriarcale de l'époque, ni remis en question l'étanche séparation des rôles entre les hommes et les femmes. Ainsi, il n'est pas surprenant de constater que les juges qui appartiennent à une génération qui adopte des attitudes plus traditionnelles en ce qui a trait aux rôles des hommes et des femmes soient plus susceptibles d'accorder la garde exclusive des enfants à la mère à la suite d'une rupture conjugale.

Pour ce qui est des lyriques, le fait qu'ils accordent plus de gardes partagées que les juges de la génération précédente et moins que les juges appartenant à la génération X est aussi conforme aux typologies qui caractérisent ce groupe générationnel et les personnes qui le composent. Comme nous l'avons vu, il s'agit d'une génération qui provoque une importante remise en question des traditions autrefois honorées et respectées. La présence grandissante des femmes sur le marché du travail est une réalité de plus en plus acceptée socialement, occasionnant par le fait même un partage accru – bien qu'imparfait – des responsabilités liées aux tâches ménagères ainsi qu'au soin et à l'éducation des enfants. Les hommes investissent ainsi davantage la sphère privée jusque-là considérée comme une chasse-gardée féminine. Contestant le modèle traditionnel de la conjugalité marqué par la complémentarité des rôles, les lyriques sont les initiateurs d'un nouveau modèle conjugal tendant à une plus grande égalité entre les hommes et les femmes.

Le fait que la formule de garde partagée dépasse les quatre-vingt pourcent (82 %) est toutefois surprenant. En effet, nous ne nous attendions pas à un pourcentage si élevé, étant donné que la reconstruction progressive du rôle paternel à laquelle on assiste avec cette génération, bien que significative, n'a pas mené à l'abandon complet de la division traditionnelle des rôles. En tant que pourvoyeurs principaux, les hommes demeuraient majoritairement présents dans les sphères publiques et politiques, le travail salarié des femmes étant toujours considéré comme une activité secondaire par rapport à leur destinée première de mère et d'épouse. La frontière entre les sphères publique et privée était donc toujours présente au sein de ce groupe générationnel, tout en étant toutefois moins marquée par rapport à la génération précédente.

Quelles sont les raisons qui pourraient permettre de mieux comprendre ce pourcentage aussi élevé de garde partagée chez les juges de la génération lyrique ? Ayant fait des études universitaires en droit, les juges lyriques se démarqueraient-ils des autres membres de leur génération ou détonneraient-ils de l'image de groupe que l'on dresse d'eux en étant davantage sensibilisés à l'importance d'assurer l'égalité entre les hommes et les femmes ? L'interprétation de l'intérêt de l'enfant est-elle ici influencée par l'importance que les membres de la génération lyrique accordent à l'épanouissement personnel et professionnel ? Nous ignorons, pour l'instant, les réponses à ces questions. Nous sommes toutefois d'avis qu'il s'agit de pistes de réflexion, parmi d'autres, qui mériteraient d'être approfondies.

À l'instar des deux générations précédentes, les résultats obtenus pour les juges de la génération X – soit la garde partagée dans les cinq cas sous étude – traduisent aussi les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants qui caractérisent les membres de ce groupe générationnel. Ayant été exposés dès leur plus jeune âge à un puissant discours féministe et à une remise en question du modèle parental traditionnel, les membres de la génération X proclament haut et fort leur volonté de se conformer à l'idéal d'égalité légalement reconnu et socialement proclamé.

Reconnaissant l'importance de leur rôle auprès de leurs enfants, les hommes pensent désormais en termes de partage des responsabilités parentales et s'impliquent ainsi de façon importante dans la vie familiale. Les femmes demeurent certes toujours détentrices d'une charge plus importante en ce qui a trait aux responsabilités de la vie quotidienne et à la planification des routines, mais elles ne sont plus nécessairement perçues comme les premières répondantes auprès des enfants.

Parallèlement, les femmes de la génération X font partie de la vie active et sont davantage présentes dans des bastions autrefois masculins, apportant non pas un salaire d'appoint, comme il était autrefois considéré, mais un apport essentiel au revenu familial. Les hommes X sont donc non seulement ouverts à l'idée d'une division égalitaire des tâches ménagères et parentales, mais acceptent aussi de plus en plus le rôle économique des femmes au sein du foyer. Ayant été nombreux à avoir connu la réalité d'une famille séparée, les résultats obtenus pour les X en termes de garde partagée pourraient de même s'expliquer par le désir des membres de cette génération de maintenir la cellule familiale unie au-delà de la rupture.

Ces idéologies de la famille et des rôles de chacun, qui caractérisent les membres de la génération X, sont ainsi mises de l'avant par les juges de cette génération dans leurs décisions en matière de garde dans le cadre d'un scénario dit neutre. Le fait que les juges X se soient insérés dans la classe supérieure de la pyramide sociale et qu'ils aient connu, par le fait même, un meilleur destin économique que les autres membres de leur génération, ne semble donc pas les distinguer du reste du groupe quant à leur manière de percevoir les relations parentales et familiales.

Comme, au moment de leur retraite, les juges plus âgés (essentiellement les révolutionnaires tranquilles) seront remplacés par des juges plus jeunes qui sont moins traditionnels en ce qui concerne la famille et les rôles de genre, la garde exclusive [à la mère] pourrait devenir une formule de garde de plus en plus exceptionnelle, du moins dans les cas où les deux modalités de garde sont envisageables.

Face à ces constats, nous nous sommes interrogée à savoir si le facteur générationnel était réellement à l'origine des résultats observés ou si ceux-ci ne s'inscrivent pas plutôt – ou aussi – dans le cadre d'un processus évolutif, qui se modifie au rythme des transformations des mentalités. En effet, tel que nous l'avons précédemment mentionné, la garde partagée des enfants entre les père et mère n'a pas toujours fait partie des mœurs sociales. Ce n'est qu'à partir du milieu des années 1990 que les changements sociaux qu'a connus le Québec ont eu pour effet de faire de la garde partagée une modalité de garde de plus en plus présente et acceptée dans le paysage juridique québécois. Bien que nous ayons fixé un paramètre de recherche nous permettant d'obtenir des décisions judiciaires rendues qu'à partir de 1995, force est d'admettre que les changements de configurations dominantes d'une époque donnée peuvent nécessiter plusieurs années avant de s'opérer complètement. Il était donc légitime de penser que les décisions qui suivent de près le moment de passage à un nouveau régime familial instauré par la garde partagée puissent davantage subir le poids de l'ancien régime que les décisions plus contemporaines.

À cet égard, nous observons, dans un premier temps, que les décisions qui ont été retenues aux fins de notre analyse et qui accordent la garde partagée ont été rendues autant dans la seconde moitié des années quatre-vingt-dix que dans les années deux mille, bien qu'elles soient plus nombreuses à avoir été rendues à partir de ces dernières années. En effet, sur les vingt-cinq décisions de garde partagée, six seulement ont été rendues avant le début du second millénaire, soit une décision en 1995, une en 1996, une autre en 1998 et trois décisions en 1999. On pourrait donc croire, à première vue, que l'époque à laquelle la décision a été rendue importe ou exerce une certaine influence sur la modalité de garde. On remarque toutefois que parmi les décisions octroyant la garde exclusive, qui sont au nombre de huit, une seule d'entre elles a été

rendue dans les années quatre-vingt-dix (1996), les sept autres datant de 2002, 2004, 2005, 2006, 2007 et 2008.

Nous ne pouvons certes pas tirer de conclusion formelle quant à l'effet du passage du temps, de l'évolution des mœurs sociales et des transformations des modèles familiaux sur les modalités de garde à la suite d'une rupture conjugale. Si leur nier toute influence est sans doute naïf et excessif, les observations faites ci-dessus nous permettent toutefois d'affirmer qu'ils ne semblent pas avoir eu, en l'espèce, une incidence déterminante.

## **B) L'écart entre les hommes et les femmes**

En ce qui concerne le genre des décideurs, nos résultats indiquent que les juges hommes ont davantage tendance à accorder la garde partagée que leurs collègues féminines (Tableau VI – lignes A et B, p. 225). Ces résultats sont contraires à ceux obtenus par la professeure Artis dans le cadre d'entrevues réalisées auprès de juges américains à la fin des années 1990<sup>609</sup>. En effet, les travaux de cette dernière indiquent que les femmes juges sont plus susceptibles de s'écarter de la doctrine de l'âge tendre, dont l'application avait pour effet de confier la garde exclusive des jeunes enfants à la mère. Il serait intéressant d'identifier, dans le cadre d'une recherche future de droit comparé, les éléments significatifs qui permettent de comprendre en quoi les juges femmes américaines se distinguent de leurs collègues québécoises quant à l'attribution de la garde des enfants dans un contexte de conflit de garde.

Ces résultats, qui semblent reproduire un certain patriarcalisme, peuvent de prime abord étonner. En effet, comme les femmes ont été historiquement désavantagées par rapport aux

---

<sup>609</sup> Julie E. ARTIS, « Judging the Best Interests of the Child: Judges' Account of the Tender Years Doctrine », (2004) 38 *Law & Soc'y Rev.* 769.

hommes, qu'elles ont remis en cause les stéréotypes genrés et qu'elles ont longtemps lutté – et luttent toujours – contre la discrimination et pour l'égalité des genres, la tendance inverse aurait pu légitimement être attendue. Or, en regardant de plus près les modalités de garde demandées par les père et mère dans les décisions de notre échantillon, on constate que dans tous les cas, sans exception, la mère demande la garde exclusive du ou des enfants, alors que cette formule de garde n'est demandée par le père que dans trois des trente-trois décisions retenues<sup>610</sup>. En résumé, les mères, qui semblent démontrer une absence d'intérêt pour la garde partagée, demandent plus fréquemment la garde exclusive et les femmes juges de notre échantillon de décisions « neutres » ont aussi ordonné plus souvent cette formule de garde. Les pères, pour leur part, optent majoritairement pour la garde partagée, cette modalité de garde étant également celle que les juges hommes de notre échantillon ont eu tendance à accorder.

Les juges sont-ils ainsi solidaires des demandes présentées par le parent du même genre qu'eux ? Les juges femmes, peut-être mères elles-mêmes, ont-elles cette croyance décrite par Allen et Hawking suivant laquelle les femmes soient naturellement plus douées que les hommes pour prendre soin des enfants, faisant naître chez elles le désir de garder le contrôle sur l'univers domestique, que les auteurs qualifient de « maternal gatekeeping »<sup>611</sup> ? Les juges hommes sont-ils davantage sensibles que leurs collègues féminines aux revendications faites par les associations pour la défense des droits des pères, qui reprochent essentiellement aux

---

<sup>610</sup> Il s'agit des décisions suivantes : *Droit de la famille - 09916*, B.E. 2009BE-465 (C.S.); *Droit de la famille - 082732*, 2008 QCCS 5064 et *P.S. c. I.J.*, B.E. 2001BE-965 (C.S.). Dans les trois cas, la garde partagée a été octroyée, bien que chacune des parties requérait la garde exclusive. L'étude réalisée par la professeure Renée Joyal permet d'en arriver au même constat quant aux formules de garde demandées par les parties : Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 272.

<sup>611</sup> Sarah M. ALLEN et Alan J. HAWKINS, « Maternal Gatekeeping: Mother's Beliefs and Behaviors that Inhibit Greater Father Involvement in Family Work », (1999) 61 *Journal of Marriage and Family* 199, 200.

juges de rester figés dans leurs préjugés et de perpétuer des stéréotypes négatifs du masculin en ce qui a trait à l'exercice des droits parentaux<sup>612</sup> ? Veulent-ils redonner confiance aux pères envers l'administration du système de justice, qui en critiquent le conservatisme et l'arbitraire<sup>613</sup> ? Ont-ils davantage la volonté de préserver l'entité familiale en dépit de la rupture conjugale des parents ?

Nous n'avons pour le moment aucune réponse à apporter à ces questions, auxquelles seule une recherche plus approfondie pourrait répondre. Or, nous sommes d'avis que les conclusions des travaux réalisés par la psychologue Carol Gilligan sur le développement du jugement moral des individus permettent d'apporter un éclairage aux résultats que nous avons obtenus<sup>614</sup>.

Précisant que l'objectif de sa recherche est de mieux comprendre le processus du développement humain en écoutant la « voix différente des femmes », qui demeure inconnue et sous-évaluée dans la société contemporaine<sup>615</sup>, et se refusant d'établir une généralisation

---

<sup>612</sup> Nos résultats semblent toutefois démontrer le contraire, du moins en ce qui concerne les cas où les deux modalités de garde sont possibles (situations « neutres »).

<sup>613</sup> Dans le cadre d'une étude portant sur l'offre et la recherche d'aide des pères en situation de rupture conjugale, des auteurs ont constaté que les pères reprochent au système de justice, et plus particulièrement aux juges, de reproduire les préjugés défavorables envers les hommes en matière de garde : Germain DULAC, Gilles RONDEAU, Éric COUTEAU et Sylvain CAMUS, « La justice aux yeux des groupes de défense des droits des pères : l'érosion du sentiment de confiance dans les institutions », (2009) 55:1 *Service social* 67, 90.

<sup>614</sup> Carol GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Boston, Harvard University Press, 1982, trad. par Annick KWIAŁTEK, Paris, Flammarion, 2008.

<sup>615</sup> L'auteure constate que les théoriciens de la psychologie ont, dans le cadre de leurs travaux, implicitement adopté comme norme la vie des hommes. Freud, par exemple, a fondé sa théorie du développement psychosexuel sur les expériences du jeune garçon aboutissant au complexe d'Œdipe. Il en est de même de Lawrence Kohlberg, qui a élaboré la théorie sur le développement du jugement moral en se fondant sur l'observation d'un échantillon composé uniquement de sujets masculins. Répétant l'expérience réalisée par Kohlberg, mais cette fois avec des sujets exclusivement féminins, Gilligan avance une objection majeure à la théorie soutenue par Kohlberg selon laquelle l'individu atteint le degré le plus élevé de maturité morale lorsqu'il résout des dilemmes moraux en se fondant sur des principes de justice abstraits et impartiaux (« éthique de la justice ») : Carol GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Boston, Harvard University Press, 1982, trad. par Annick KWIAŁTEK, Paris, Flammarion, 2008, p. 11-15.

quelconque sur l'un ou l'autre genre, les résultats obtenus par Gilligan suggèrent que l'éthique des femmes se définit par un souci fondamental du bien-être d'autrui (éthique du *care*<sup>616</sup>), alors que les hommes percevraient la morale comme une question de droit et d'équité (éthique de la justice)<sup>617</sup>.

Ce constat fait par Gilligan est le fruit de trois enquêtes menées auprès d'hommes et de femmes d'origine, d'âge et de milieux culturel et socioéconomique différents, soit une enquête sur les étudiants de collège, une enquête sur la décision d'avorter et une enquête sur les droits et les responsabilités. Ces enquêtes, dont les questions portaient sur les conceptions de soi et de la morale ainsi que sur des expériences de conflit et de choix, confirment l'hypothèse fondamentale des recherches de Gilligan suivant laquelle « la façon dont les être humains parlent de leur vie a son importance, le langage qu'ils emploient et les connexions qu'ils établissent révèlent le monde qu'ils voient et dans lequel ils évoluent et agissent »<sup>618</sup>.

---

<sup>616</sup> Sandra Laugier et Patricia Paperman, qui ont écrit la présentation de l'ouvrage de Gilligan traduit en français, reconnaissent la difficulté de trouver des équivalents français de *care* et préfèrent ne pas traduire ce terme anglais par celui de « sollicitude » puisque, disent-elles, « [...] les connotations associées aux usages de ce terme français, de même que le “soin” plus neutre à première vue, risquent de rabattre l'idée du *care* soit sur une espèce de sentimentalisme affairé, soit sur une version médicalisée et inégalitaire de l'attention » : Carol GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Boston, Harvard University Press, 1982, trad. par Annick KWIA TEK, Paris, Flammarion, 2008, p. VI.

<sup>617</sup> Leslie Bender adhère à l'idée mise de l'avant par Gilligan à l'effet que les femmes développent des priorités éthiques différentes de celles des hommes. S'inspirant des travaux de Gilligan, Bender propose de faire entendre la « voix différente des femmes » et plaide pour transformer le concept de « personne raisonnable » en matière de responsabilité civile, qui demeure selon elle une norme masculine en dépit de la nouvelle dénomination, en y intégrant les valeurs dites féminines du *care* : Leslie BENDER, « A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort », (1988) 38:1-2 *Journal of Legal Education* 3, 25.

<sup>618</sup> Carol GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Boston, Harvard University Press, 1982, trad. par Annick KWIA TEK, Paris, Flammarion, 2008, p. 13.

Plus particulièrement, les propos de femmes recueillis lors de l'enquête sur la décision d'avorter, qui portait sur la relation entre l'expérience, la pensée et le rôle du conflit au cours du développement de l'individu, amènent l'auteure à conclure qu'« être mère, que ce soit dans le sens physique ou social, signifie être responsable des soins [*care*] et de la protection d'un enfant »<sup>619</sup>.

Ainsi, même si la société d'aujourd'hui revendique publiquement l'égalité entre les hommes et les femmes<sup>620</sup> et malgré les acquis des femmes en cette matière, les travaux de recherche menés par Gilligan semblent démontrer que cet idéal d'égalité met intimement les femmes en conflit avec leur sens de la moralité lorsque vient le temps de penser à partager le temps de garde de leurs enfants avec le père de ces derniers. Peut-on dès lors prétendre que les femmes contribuent au maintien des vestiges traditionnels en ce qui concerne le rôle des hommes et des femmes à l'égard des enfants ? Rejettent-elles dans les idées, mais non dans les faits, leur confinement à la sphère privée (domestique) et ce qu'il implique comme représentations essentialistes de la différence des genres ?

Une réponse positive à cette question risquerait, à notre avis, de décevoir de nombreuses femmes, féministes ou non, en ce qu'elle pourrait témoigner du fait que l'égalité entre les hommes et les femmes au sein de la cellule familiale ne semble pas évoluer au même rythme que les avancées faites par les femmes en cette matière au sein de la société et des institutions

---

<sup>619</sup> Carol GILLIGAN, *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Boston, Harvard University Press, 1982, trad. par Annick KWIATEK, Paris, Flammarion, 2008, p. 126.

<sup>620</sup> Encore puisse-t-il être possible de les comparer : Yves-Marie MORISSETTE, « Quelques points de repère sur l'égalité dans une société diversifiée », (2000) 79 *R. du B. can.* 81, 83, plus particulièrement à la note 9. En matière de divorce, par exemple, certains soutiennent que les femmes, en tant que catégorie à part en raison du fait que leur situation économique diffère de celle des hommes, ont été défavorisées par les réformes législatives visant à mettre l'accent sur l'égalité formelle entre les parties : Dorothy CHUNN et Dany LACOMBE, *Law as Gendering Process*, Toronto, Oxford University Press, 2000, p. 11.

qui la composent. Le croisement des résultats obtenus en ce qui concerne le genre et la génération des juges semble toutefois démontrer que si les femmes juges ont davantage tendance à octroyer la garde exclusive que la garde partagée, cette tendance est plus marquée chez celles qui appartiennent à la génération des révolutionnaires tranquilles<sup>621</sup>. En effet, une lecture croisée du genre et de la génération donne les résultats suivants :

**Tableau VII : Modalités de garde en fonction du genre et de la génération – Révolutionnaires tranquilles (N=11)**

	<b>Hommes (N=8)</b>	<b>Femmes (N=3)</b>
<b>A. Garde exclusive</b>	2/8 (25 %)	3/3 (100 %)
<b>B. Garde partagée</b>	6/8 (75 %)	0/3 (0 %)

**Tableau VIII : Modalités de garde en fonction du genre et de la génération – Lyriques (N=17)**

	<b>Hommes (N=13)</b>	<b>Femmes (N=4)</b>
<b>A. Garde exclusive</b>	2/13 (15 %)	1/4 (25 %)
<b>B. Garde partagée</b>	11/13 (85 %)	3/4 (75 %)

**Tableau IX : Modalités de garde en fonction du genre et de la génération – Génération X (N=5)**

	<b>Hommes (N=2)</b>	<b>Femmes (N=3)</b>
<b>A. Garde exclusive</b>	0/2 (0 %)	0/3 (0 %)
<b>B. Garde partagée</b>	2/2 (100 %)	3/3 (100 %)

<sup>621</sup> Il pourrait également s'agir de la génération lyrique, dans la mesure où nous nous serions méprisés quant à l'âge de la juge Tessier-Couture, que nous avons dû déterminer de façon approximative en fonction des informations contenues dans la fiche biographique de l'honorable juge. Voir : *supra*, note 368.

Les résultats obtenus par la lecture croisée des marqueurs identitaires sous étude doivent toutefois être considérés avec réserve étant donné le nombre limité de décisions obtenues pour chacune des sous-catégories, d'autant plus que les trois décisions qui figurent à la ligne A du tableau VII (p. 242) en matière de garde exclusive ont toutes été rendues par la même juge, soit la juge Claudette Tessier-Couture. Ce nombre limité de décisions qui se dégage du croisement des marqueurs identitaires retenus ne résulte pas d'une volonté personnelle et arbitraire de restreindre notre échantillon. Il est plutôt attribuable aux circonstances et aux critères étroits fixés pour notre recherche. En effet, bien que les 3 197 décisions recensées par notre démarche méthodologique aient été lues et analysées, seuls trente-trois jugements rencontraient, au final, le critère de « neutralité » essentiel à notre analyse.

Pour cela, l'exercice de croisement auquel nous nous sommes prêtée ne visait pas à fournir une image parfaite de la situation. Il cherchait plutôt à proposer une piste de réflexion qui puisse éclairer la compréhension des données de notre étude, qui serait certes intéressant d'approfondir dans le cadre de recherches futures.

## **Conclusion du chapitre deuxième**

Abordées sous l'angle de la famille, de l'économie et du politique, les typologies que nous avons créées et qui ont été présentées dans le présent chapitre ont permis d'identifier les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants des hommes et des femmes de chacun des groupes générationnels sous étude. L'intérêt de notre démarche était d'examiner s'il est possible d'établir une relation entre ces éléments et l'inclinaison du juge envers l'une ou l'autre des modalités de garde dans le cadre d'un scénario dit neutre.

En ces circonstances, nos résultats permettent d'abord de constater que la garde partagée est la modalité de garde la plus souvent octroyée, et ce, toute génération ou genre confondus. L'intérêt de l'enfant a donc été majoritairement interprété, dans les décisions « neutres » analysées, en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents. Parmi les décisions qui interprètent l'intérêt de l'enfant en fonction de la stabilité socio-affective de ce dernier en en confiant la garde exclusive au parent qui a agi à titre de parent de référence pendant la vie commune, nous avons constaté que sept d'entre elles réfèrent explicitement au jeune âge de l'enfant, ce qui nous porte à croire que la doctrine de l'âge tendre se perpétue, au sein de la magistrature, sous le couvert de la théorie de l'attachement, et ce, en dépit du fait que la Cour d'appel ait affirmé que le jeune âge de l'enfant ne constitue pas, en soi, une raison empêchant l'octroi d'une garde partagée.

Par ailleurs, les résultats de notre analyse auront également permis d'observer, d'une part, que plus les juges sont « jeunes », plus ils ont tendance à accorder la garde partagée et, d'autre part, que les juges hommes ont davantage tendance à accorder la garde partagée que leurs collègues féminines. Ces résultats sont à l'image des portraits générationnels ou des typologies

qui caractérisent les hommes et les femmes des groupes générationnels sous étude. Plus conservateurs quant aux rôles genrés au sein de la cellule familiale, les juges révolutionnaires tranquilles ont eu davantage tendance à octroyer la garde exclusive de l'enfant à la mère, contrairement aux juges lyriques et X qui épousent, à cet égard, des idées plus libérales ou égalitaires.

Bien que notre recherche ait été menée auprès d'un échantillon non représentatif<sup>622</sup> sur la base duquel nous ne pouvons tirer aucune généralisation, les résultats obtenus au terme de notre analyse semblent néanmoins suggérer l'existence d'une certaine corrélation entre le genre et l'âge du juge et la teneur des décisions qu'il rend en matière de garde d'enfant dans le cadre de scénarios que nous avons qualifiés de « neutres », allant ainsi dans le sens de l'hypothèse que nous avons soulevé dans le cadre de cette thèse.

---

<sup>622</sup> Soulignons toutefois que notre recherche demeure exhaustive en ce que les 3 197 décisions recensées ont été lues et analysées.

## **CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE**

La partie qui s'achève aura d'abord permis de discuter, au premier chapitre, du devoir d'impartialité auquel tout magistrat est tenu dans sa démarche interprétative. Ce devoir impose à l'interprète l'obligation de s'ouvrir au texte afin de comprendre ce texte pour lui-même, malgré ses préjugés. Adoptant une telle posture, nous avons vu que le juge devant décider d'une question de garde d'enfant dans un contexte post-rupture peut, après avoir considéré le droit et les faits mis en preuve, se retrouver face à un scénario dit neutre, c'est-à-dire où la garde exclusive et la garde partagée sont envisageables. Face à un tel scénario « neutre », certains juges opteront pour la garde exclusive, alors que d'autres accorderont plutôt la garde partagée. Nous appuyant sur la pensée du mouvement réaliste américain, qui rejette le postulat de la neutralité du juge tout en incitant les juristes à s'intéresser aux déterminants sociaux des jugements et à la personnalité du juge, nous avons soumis l'hypothèse que l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre de ces modalités de garde est influencée par les valeurs et les idéologies que sous-tendent son genre et son âge (génération).

Afin de nous permettre de vérifier notre hypothèse, nous avons d'abord procédé à la description de ces marqueurs identitaires, ce qui nous a ensuite permis, dans le cadre du second chapitre, de dresser des typologies pour chacun des genres et des générations sous étude sur le plan de la famille, de l'économie et du politique.

Procédant à l'analyse des jugements « neutres » retenus à la lumière de ces typologies, nous avons pu observer que le genre et la génération du juge sont des marqueurs identitaires qui exercent une incidence sur la teneur des jugements rendus en matière de garde d'enfant.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

Au-delà du droit et des faits admis en preuve dans le cadre d'un litige portant sur la garde d'un enfant à la suite d'une rupture conjugale, quels sont les éléments auxquels se réfère le juge afin d'apprécier l'intérêt de l'enfant lorsque confronté à une situation où la garde exclusive et la garde partagée sont toutes autant envisageables (situations dites neutres) ? Telle était la question au cœur de notre projet de recherche. Après avoir discuté du contenu et de la portée du concept d'intérêt de l'enfant et présenté les diverses conceptions et représentations de la famille qu'ont les juges à travers leur interprétation dudit concept, d'une part, et procédé à l'analyse de décisions judiciaires « neutres » à la lumière du genre et de l'âge du juge, d'autre part, nous pouvons affirmer que les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que sous-tendent les marqueurs identitaires retenus pour analyse semblent influencer sur la teneur des décisions rendues, tel que nous le supposions dès le départ.

Dans la première partie de la thèse, le survol historique de la notion d'autorité parentale nous a permis de constater les profonds changements qu'a connus cette institution depuis le droit romain. Autrefois détenue en exclusivité par le *pater familias* « afin d'assurer le bon fonctionnement de la cellule familiale »<sup>623</sup>, elle est de nos jours exercée conjointement par les père et mère de manière égalitaire, et ce, qu'ils soient mariés ou non et peu importe la nature du lien de filiation qui les unit à leur enfant. Ainsi, comme le souligne un auteur, « [la] famille québécoise n'a [...] plus de chef unique, le mari et le père, comme c'était jadis le cas. Elle fait aujourd'hui l'objet d'une gouvernance conjointe et égalitaire »<sup>624</sup>. En tant que titulaires de

---

<sup>623</sup> E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 100.

<sup>624</sup> Alain ROY, – *Droit civil . – Mariage . – Régimes matrimoniaux . – Divorce . – Union civile . – Filiation*, dans JurisClasseur France, coll. « Droit comparé », V<sup>o</sup> Canada (Québec), fasc. 22, par. 3.

l'autorité parentale, les parents seront ainsi tous deux investis des droits et des devoirs de garde, de surveillance, d'entretien et d'éducation qui devront être exercés dans l'intérêt de l'enfant. Ils devront dès lors veiller sur leur enfant pour assurer sa propre sécurité et celle des tiers, voir à son instruction, lui fournir tout ce qui est nécessaire à la vie – nourriture, vêtements, logement, soins médicaux, etc. – et faire de lui un citoyen honnête et responsable. Au surplus, ils auront, en vertu de leur droit de garde, le pouvoir de déterminer le lieu de résidence de leur enfant mineur non émancipé.

En cas de rupture conjugale, l'autorité parentale demeure conjointe, que la garde de l'enfant soit partagée entre les deux parents ou confiée au parent qui est le mieux à même d'assurer son intérêt, conformément à l'article 605 C.c.Q. :

« **605.** Que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés. »

Interprétant cette disposition, la Cour suprême du Canada est venue mettre fin à la controverse sur la question du partage des responsabilités parentales à la suite de la rupture en précisant, dans son célèbre arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, rendu en 1987<sup>625</sup>, que le parent privé de l'exercice du droit de garde à la suite d'une rupture conjugale ne perd pas sa qualité de titulaire de l'autorité parentale.

---

<sup>625</sup> [1987] 2 R.C.S. 244.

La modalité de garde est fonction de l'intérêt de l'enfant. En effet, lorsque les ex-conjoints se disputent la garde de leur enfant, seul le critère de l'intérêt de l'enfant, déterminé, selon l'article 33 du *Code civil du Québec*, en prenant en considération ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation, doit guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Le caractère général de ces facteurs de détermination fournit une marge de manœuvre importante au juge qui a la tâche de déterminer si l'intérêt des enfants visés par les procédures (intérêt *in concreto*<sup>626</sup>) commande une garde partagée ou une garde exclusive au père ou à la mère.

Pour ce faire, le juge doit d'abord déterminer, à la lumière du contexte factuel et normatif, si les facteurs de réussite de la garde partagée dégagés par la Cour d'appel sont réunis, à savoir : des capacités parentales comparables, une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents, une proximité géographique entre leurs résidences respectives et la stabilité de l'enfant<sup>627</sup>. Au terme de cette analyse, que nous présupposons être réalisée en toute impartialité dans le sens où le juge, tout en luttant contre ses propres préjugés ou préconceptions, adopte une attitude ou un état d'esprit tout à fait désintéressé face au

---

<sup>626</sup> L'intérêt *in concreto* de l'enfant permet aux tribunaux de choisir, parmi toutes les règles de droit élaborées dans l'intérêt des enfants en général (*in abstracto*), celle qui répond le mieux à l'intérêt d'un enfant déterminé : Carmen LAVALLÉE, « Éthique et droit en matière d'adoption », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvances : quels enjeux éthiques ?*, coll. « Culture et société », Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 209.

<sup>627</sup> Ces critères proviennent notamment des arrêts suivants de la Cour d'appel du Québec : *D. (P.) c. F. (W.)*, sub nom. *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289 ; *V.F. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268 ; *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 ; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 ; *G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210 ; *T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 ; *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 ; *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091.

résultat en évaluant au mérite la demande des parties, nous avons démontré que deux scénarios sont possibles.

Dans un premier cas de figure, le juge peut en arriver à la conclusion que l'un ou plusieurs de ces éléments fait défaut, auquel cas la garde partagée ne peut être considérée. Il devra dès lors octroyer la garde exclusive de l'enfant au parent qui sera le mieux à même de servir son intérêt. L'analyse des critères d'application de la garde partagée peut, dans un second cas de figure, amener le juge à conclure que cette modalité de garde est dans l'ordre du possible. Dans un tel cas de figure, le juge se retrouve devant un scénario que nous avons qualifié de « neutre », c'est-à-dire une situation où les deux modalités de garde sont toutes autant envisageables. Le juge peut, dans cette seconde hypothèse, soit accorder la garde exclusive à l'un des parents, soit plutôt opter pour la garde partagée, selon ce que commande l'intérêt de l'enfant. L'indétermination ou l'incomplétude de ce principe ne lui fournissant toutefois pas l'ensemble de l'information nécessaire à la solution du litige, il devra, en tant qu'interprète, en définir le contenu en puisant hors des éléments écrits qui le compose<sup>628</sup>.

À cet égard, l'examen de la jurisprudence permet de constater que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge a donné lieu à des « présomptions jurisprudentielles » proposant des modèles familiaux complètement opposés. En effet, dans les situations où les deux modalités de garde sont envisageables, certains juges semblent considérer que la garde partagée constitue, *a priori*, la formule de garde la mieux à même de servir l'intérêt de l'enfant, alors que d'autres, au contraire, semblent favoriser la garde exclusive.

---

<sup>628</sup> Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 14 et suiv ; Paul AMSELEK, « La teneur indéçise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1, 10 et 11.

Ces différences d'approche du principe de l'intérêt de l'enfant au sein de la magistrature, que nous avons mis en lumière dans la première partie de la thèse, nous ont permis de discuter, dans la seconde partie de la thèse, des éléments qui, selon nous, peuvent contribuer aux contradictions jurisprudentielles observées.

Nous appuyant sur la vision du droit et du rôle du juge en matière d'interprétation judiciaire mise de l'avant par les tenants du mouvement réaliste américain qui, tout en contestant le postulat de la neutralité du juge, insistent sur l'importance de considérer les différentes variables liées aux acteurs du système judiciaire et leur influence sur le processus interprétatif, nous avons exploré le concept de l'intérêt de l'enfant en nous intéressant aux diverses interprétations qu'il reçoit de la part des tribunaux dans les décisions relatives à la garde à la lumière du genre et de l'âge (génération) du juge. L'objectif de notre démarche était de rendre compte de la relation entre le profil identitaire du juge et la représentation qu'il entretient de ce concept flou, mais néanmoins central dans toute décision qui concerne l'enfant.

À cet égard, l'hypothèse que nous avons soulevée est que l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde est influencée par les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants que sous-tendent les marqueurs identitaires retenus dans le cadre de notre thèse.

L'analyse des trente-trois décisions « neutres » – obtenues à la suite d'une série de retranchements effectués sur un échantillon constitué à la base d'un peu plus de trois mille décisions afin de nous assurer de ne conserver que celles où la subjectivité du juge a été sollicitée – en fonction des expériences et de la manière dont ont été construits, dans la société québécoise, les sujets masculin et féminin à travers les différentes époques qui nous occupent,

nous a permis de constater que si le genre et l'âge du juge ne permettent pas d'expliquer, à eux seuls, le produit judiciaire, ils semblent néanmoins y exercer une incidence.

Dans un premier temps, nos résultats permettent de constater que la garde partagée est, dans le cadre d'un scénario dit neutre, la modalité de garde la plus souvent octroyée, et ce, toute génération ou genre confondus. Ces résultats concordent avec ceux mis au jour par d'autres chercheurs, qui indiquent une tendance favorable de la magistrature pour la garde partagée<sup>629</sup>.

Dans la presque totalité des décisions où l'intérêt de l'enfant a été interprété à la lumière de la stabilité socio-affective de ce dernier en en confiant la garde exclusive au parent qui a agi à titre de parent de référence pendant la vie commune (il s'agissait de la mère dans tous les cas sous étude), le jeune âge de l'enfant semble avoir été le facteur déterminant. Les juges ayant rendu ces décisions ne réfèrent certes pas à la « doctrine de l'âge tendre », selon laquelle la mère serait plus apte que le père à répondre adéquatement aux besoins d'un jeune enfant, mais bien à la notion de parent de référence ou au principal pourvoyeur de soins. Considérant que c'est la mère qui occupe généralement ce rôle, les constats que nous avons faits nous portent à croire que la doctrine de l'âge tendre, sous le couvert de la théorie du lien d'attachement, reçoit encore l'aval de certains juges, bien que la Cour d'appel ait affirmé, dans un jugement rendu au début des années 1980, que le lien naturel qui était jadis présumé entre la mère et le

---

<sup>629</sup> Renée JOYAL, « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267, 273. La tendance favorable que certains juges ont pour la garde partagée a aussi été constaté par les auteurs suivants : Yvon GAUTHIER, « Les enfants sont-ils les cobayes de la présomption du Tribunal en faveur de la garde partagée ? », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 203 ; Dominique GOUBAU, « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109 ; Lynne KASSIE et Kimberley WENGER, « Children: Part of the Family Patrimony? A Commentary on Joint Custody », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 789.

jeune enfant constitue une règle de bon sens – et non une règle de droit – que l'évolution des mœurs a modifié<sup>630</sup>.

Les auteurs des *Lignes directrices facultatives en matière de temps parental*<sup>631</sup> nous semblent également partager cette croyance en ce qui concerne les enfants de 3 ans et moins. Sans remettre en doute l'exercice de la discrétion judiciaire par le tribunal en matière de garde, ces lignes directrices visent à donner au tribunal « [...] des outils qui intègrent les connaissances de la science faisant l'objet d'un large consensus aux critères législatifs et jurisprudentiels applicables en matière de garde et d'accès »<sup>632</sup>. Favorisant une approche conciliatrice entre les tenants de la théorie de l'attachement et ceux soulignant l'importance des deux parents, les auteurs proposent des fourchettes de temps de garde minimales et maximales par tranches d'âge (0-6 mois ; 7-12 mois ; 13-18 mois ; 19-24 mois ; 25-36 mois ; 37-48 mois). L'objectif visé est de fournir aux tribunaux des outils leur permettant de déterminer, dans un contexte post-rupture, le temps que chacun des parents pourra passer avec l'enfant. Bien que les auteurs soulignent que seul l'intérêt de l'enfant doit guider le tribunal, nous comprenons néanmoins qu'ils présument que l'intérêt de l'enfant âgé de 0 à 48 mois est d'être confié au parent qui aura été le principal pourvoyeur de soins pendant la vie commune, l'autre se voyant accorder des droits d'accès (temps de garde) selon une période de temps déterminée en fonction de

---

<sup>630</sup> *Droit de la famille* – 7, [1984] C.A. 350.

<sup>631</sup> Pepita CAPRIOLO, Marie-Christine KIROUACK et Yvon GAUTHIER, « Lignes directrices facultatives en matière de temps parental : document explicatif », document remis lors du colloque organisé conjointement par la Chaire du Notariat et la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Université de Montréal, 3 avril 2014.

<sup>632</sup> Pepita CAPRIOLO, Marie-Christine KIROUACK et Yvon GAUTHIER, « Lignes directrices facultatives en matière de temps parental : document explicatif », document remis lors du colloque organisé conjointement par la Chaire du Notariat et la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Université de Montréal, 3 avril 2014, p. 2.

l'âge de l'enfant et d'un mode de pointage prenant en considération divers facteurs tels que, notamment, l'importance du conflit parental, la capacité des parents à communiquer, la durée de vie commune des parents et la présence de la fratrie ou d'autres personnes significatives dans la vie de l'enfant. Bien que facultatives, nous considérons que l'introduction d'une présomption de garde exclusive mise de l'avant par les auteurs de ces lignes directrices pour les jeunes enfants va à l'encontre de l'importance de maintenir le critère souple de l'intérêt de l'enfant dans toutes décisions qui le concerne. Considérant que le parent de référence est généralement la mère, nous considérons que cette présomption consisterait également en la réaffirmation d'un ordre familial centré sur des stéréotypes patriarcaux.

Dans un second temps, nos résultats permettent d'observer, d'une part, que plus les juges sont « jeunes », plus ils ont tendance à accorder la garde partagée et, d'autre part, que les juges hommes ont davantage tendance à accorder la garde partagée que leurs collègues féminines.

Ces constats sont à l'image des typologies qui caractérisent les hommes et les femmes révolutionnaires tranquilles, lyriques et X. En effet, si les premiers ne remettent pas en question l'idéologie des sphères séparées et de la différence des genres au sein de la structure familiale, la génération qui les suit contestera le modèle traditionnel de la conjugalité marqué par la complémentarité des rôles. Or, ce n'est qu'avec la génération X que la frontière entre les sphères publique et privée perdra réellement de son étanchéité, bien que la parité entre les hommes et les femmes ne soit pas complètement atteinte, ces dernières demeurant toujours détentrices d'un rôle plus important au sein de la cellule familiale et auprès des enfants.

Le genre et la génération sont des marqueurs identitaires qui semblent donc influencer intimement et secrètement sur la pensée du juge et la conception qu'il se fait du critère de l'intérêt de l'enfant. La texture ouverte de ce critère semble ainsi placer les juges dans une situation où ils ne peuvent que s'en remettre « to their own ideology and sense of right and wrong to resolve the case »<sup>633</sup>.

Notre étude ne nous permet certes pas d'établir de lien de causalité entre le genre et la génération du juge et la teneur des décisions qu'il rend, pas plus qu'elle nous autorise à prétendre que l'identité ou l'expérience personnelle de l'interprète conditionnent systématiquement et invariablement ses décisions. Elle contribue néanmoins au développement d'une conception non formaliste du droit et permet d'acquérir une compréhension plus fine de l'activité d'interprétation judiciaire en matière familiale en ce qu'elle porte un regard au-delà de la règle de droit afin de cerner, à travers une analyse interdisciplinaire, les facteurs humains et les forces sociales qui structurent les expériences de chacun et qui sont susceptibles d'avoir un impact sur les décisions judiciaires.

En réduisant ainsi l'importance donnée à l'interprétation positiviste et aux affirmations de neutralité de la fonction judiciaire, la présente thèse permet de s'affranchir des concepts et des catégories juridiques traditionnels pour favoriser une appréhension du droit plus pragmatique et plus proche des situations factuelles concrètes. Ce faisant, elle produit des éléments de connaissance portant sur le travail interprétatif effectué par les juges et permet ainsi de poursuivre la réflexion sur l'importance des facteurs d'arrière-plan et de la vision personnelle

---

<sup>633</sup> Julie E. ARTIS, « Judging the Best Interests of the Child: Judges' Account of the Tender Years Doctrine », (2004) 38 *Law & Soc'y Rev.* 769, 799.

du décideur dans le processus décisionnel pour ainsi mieux envisager les défis que soulève l'étendue de la liberté d'appréciation que laissent aux juges les indéterminations de la loi.

Afin de dégager les valeurs ou les représentations mises de l'avant par les juges à travers leur pratique judiciaire, certains ont procédé à l'analyse des constantes de leur pensée à partir de leurs écrits et de leurs décisions<sup>634</sup>. Tout en nous inspirant de la méthode jusqu'à présent préconisée, notre étude a adopté une approche différente en ce qu'elle a permis d'identifier les représentations ou conceptions qu'ont les juges du concept d'intérêt de l'enfant à partir non pas du contenu de leurs écrits, mais de l'analyse des valeurs, des idéologies et des traits caractéristiques que sous-tendent leur genre et la génération à laquelle ils appartiennent. L'application de la méthodologie préconisée dans notre thèse et les typologies que nous avons créées pour chacune des catégories d'analyse sous étude, au même titre que les constats auxquels nous sommes parvenue, ont donc une portée qui dépasse le droit de la famille. En effet, bien que nous nous soyons ici intéressée à ce domaine du droit, d'autres chercheurs pourraient s'en inspirer afin d'apporter des explications à des problématiques soulevées par leur champs de pratique ou d'intérêts respectifs. À titre d'exemples, des concepts tels que « bonne foi » ou « personne raisonnable » pourraient être approfondis à la lumière de notre démarche de recherche. De même, d'autres marqueurs identitaires, tels que, notamment, les convictions religieuses, l'orientation sexuelle ou le statut économique et social, pourraient être mobilisés afin d'expliquer certaines tendances judiciaires observées, que ce soit en matière de droit civil, de droit pénal, de droit constitutionnel ou autre.

---

<sup>634</sup> Voir, entre autres : Carol ROGERSON, « From Murdoch to Leatherdale: The Uneven Course of Bora Laskin's Family Law Decisions », (1983) 35 *U.T.L.J.* 481 ; Katherine V. W. STONE, « The Post-War Paradigm in American Labor Law », (1981) *Yale L.J.* 1509.

En ce qui nous concerne, nous considérons qu'il serait intéressant de poursuivre nos travaux en procédant à des entrevues auprès des juges ayant rendu les décisions qui ont été analysées dans le but d'obtenir leur point de vue quant aux valeurs et idéologies qui les animent lorsque la garde d'un enfant est contestée à la suite d'une rupture conjugale et de déterminer s'il y a conformité avec les résultats obtenus.

Nos résultats pourraient également être confirmés ou infirmés par une recherche à plus grande échelle destinée à vérifier si, toujours dans le cadre de décisions « neutres », les juges sont consistants dans leurs décisions en matière de garde. En d'autres termes, l'examen consisterait à déterminer si, toujours dans le cadre de scénarios dits neutres, les juges faisant partie de notre échantillon d'analyse observent une tendance vers l'une ou l'autre des modalités de garde.

Enfin, une recherche sur les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques dominants des membres de la génération Y et sur leur manière d'appréhender, pour ceux et celles qui joindrons la magistrature, les conflits de garde dans un contexte post-rupture serait un apport fort enrichissant à la manière dont a été comprise et présentée, dans notre thèse, l'influence de facteurs *a-juridiques* sur le produit judiciaire.

D'ici là, bien des choses peuvent se passer. Peut-être la présomption de garde partagée souhaitée par certains, ou celle de garde exclusive, revendiquée par d'autres, se concrétisera-t-elle. Est-ce que cela permettra pour autant de purger les décisions judiciaires relatives à la garde de tout biais de genre ou de génération ? Si, comme le crois la philosophe Hannah Arendt, l'acte de juger « be it aesthetic or legal or moral, presupposes a definitely "unnatural" and deliberate withdrawal from involvement and the partiality of immediate interests as they

are given by my position in the world and the part I play in it »<sup>635</sup>, nous doutons que cet idéal puisse être un jour atteint.

---

<sup>635</sup> Hannah ARENDT, *The Life of the Mind*, New York, Harcourt, 1971, p. 76.

**TABLEAUX RÉSUMÉS DES  
DÉCISIONS ANALYSÉES**

---

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.									
<b>GARDE PARTAGÉE</b>									
1 L.A. c. A.L., AZ-50173713 (2002) (j. Yves Mayrand) <i>Le procureur à l'enfant, sans exclure la GP, avait suggéré d'y aller par étape et de commencer avec des droits d'accès élargis pour p-è en arriver plus tard à la GP.</i> <i>Le juge Mayrand s'écarte de cette opinion.</i>	M	14.11.1935 (RT)	6 ans	Mme : GE M : GP Mme a la garde de l'enfant depuis la séparation (été 2000), monsieur exerçant des droits d'accès.	« En voulant s'approcher de la garderie où va l'enfant, il [monsieur] vit dans la même municipalité que vit madame A... Il a une organisation physique intéressante, il a une belle maison [...] » [12] « Donc, on a un nouvel environnement qui serait propice effectivement à ce qu'une garde partagée soit décrétee ». [14]	« [Monsieur a] acheté une maison dans le voisinage de madame A... ». [3]	« Ici, nous avons à faire à des personnes exceptionnelles tant du côté de madame que du côté de monsieur » [10] « [...] nous sommes en présence de deux parents qui ont des capacités parentales établies ». [18]	<i>Il existe un problème de communication, mais il ne constitue pas un obstacle.</i> « Et, je suis de l'école des juges qui croit qu'il faille favoriser la garde partagée nonobstant qu'il y a un manque de communication ». [14]	<b>Garde partagée</b> « [...] il faut, en autant que faire se peut et quand les circonstances le permettent, favoriser la garde partagée. [9] <i>Le juge Mayrand cite avec approbation les propos du juge Turmel dans 500-04-011069-979 : « L'intrêti de l'enfant écarte la notion où il doit être résider dans ses relations avec l'un ou l'autre de ses parents parce que ce-x-ci ont cessé de faire vie commune. La garde alternée, sauf pour raisons particulières, est celle qui, dans la normalité des choses, devrait être favorisée ».</i> [14] Normalité des choses, c'est-à-dire exercice, résidence à proximité, même école, même garderie, même niveau d'éducation, même entourage, même milieu. Effectivement nous sommes d'opinion que nous rencontrons les exigences qui feraient en sorte qu'une garde partagée soit la garde décrétee, nonobstant le manque de communication et la résistance de madame A... » [14] Elle [l'enfant] peut bénéficier, elle doit bénéficier de deux parents exceptionnels encore une fois. D'un père qui est capable et qui s'est impliqué, d'une mère qui est capable qui s'est impliquée et je suis d'opinion qu'il y a lieu de tenter cette expérience. » [17]

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
2	M	26.11.1959 (X)	3 ans et 1 an et quelques mois	Mme : GE M. : GE (ou subsidiairement GP 1 mois/1 mois) Garde partagée convenue par les parties pendant l'interinaire (2 semaines/2 semaines)	« Il [le tribunal] doit décider ce qui est dans le meilleur intérêt des enfants; avoir des accès plus fréquents aux deux parents ou plus de stabilité chez l'un des deux et avoir moins de contact avec l'autre ». [10]	Grande distance entre les résidences des parents [10]	« Les enfants ont la chance d'avoir 2 bons parents » [8] « D'ailleurs les deux parties ont fini par admettre, lors de l'audition, les capacités parentales de chacun de l'autre ». [9]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde partagée</b> « Le tribunal doit décider ce qui est dans le meilleur intérêt des enfants; avoir des accès plus fréquents aux deux parents ou plus de stabilité chez l'un des deux et avoir moins de contact avec l'autre. [10] En l'espèce, le Tribunal est d'avis qu'il en va du meilleur intérêt des enfants qu'ils puissent être le plus possible en présence de leurs deux parents ». [11] <i>Le juge Geoffroy cite ensuite avec approbation les propos du juge Taschereau dans une décision du 8 juillet 2003 citée dans Droit de la famille – 072127 : « La considération de la possibilité d'une garde partagée s'impose plus particulièrement à l'égard d'un enfant d'âge pré-scolaire. Les premières années d'un enfant sont d'une importance primordiale dans son développement puisque les choses qu'il vit et les perceptions qu'il en a s'impriment dans sa mémoire encore presque vierge. Ses expériences le façonnent pour la vie cela étant une présence de chacun de ses parents dans sa vie de tous les jours dans la mesure où elle est possible peut présenter d'immenses avantages pour lui. Malgré l'échec des parents, il bénéficie de ses deux figures parentales, de ses deux modèles ». [12]</i>

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.									
3	M	20.04.1951 (L)	18 mois	Mme : GE M. : GE	Madame demeure chez ses parents à ville B et Monsieur habite la résidence familiale à ville A. [8] « [...] le tribunal note qu'il est en présence de deux bons parents disposés à faire les efforts nécessaires pour offrir à l'enfant un milieu de vie stable dans un environnement sain. Tant Monsieur qui demeure dans la résidence familiale à ville A que Madame qui s'est installée chez ses	10 heures en automobile séparent les résidences des parents, ou 45 minutes d'avion à un coût approximatif de 500 \$ [19]	« Le tribunal note qu'il est en présence de deux bons parents disposés à faire les efforts nécessaires pour offrir à l'enfant un milieu de vie stable dans un environnement sain ». [22]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde partagée</b> <i>Le juge reconnaît que la distance qui sépare la résidence des parties est importante. Cependant, et citant avec approbation les propos du juge Geoffroy dans Droit de la famille-082732, cela ne l'empêche pas d'octroyer une garde partagée :</i> « N'eût été de la distance qui sépare les résidences des parties, le tribunal serait enclin à confier aux parents la garde partagée de leur enfant, une semaine en alternance, afin que celle-ci puisse avoir des contacts fréquents avec chacun de ses parents, étant donné son âge. Tel n'est pas le cas cependant et Madame ayant décidé de s'établir chez ses parents à ville B, d'où elle est originaire, il faut composer avec cette situation. [...] mais cela ne doit pas avoir d'incidence sur les modalités de garde de l'enfant, seul son meilleur intérêt devant guider le tribunal. [25] Le tribunal partage l'opinion du Juge Geoffroy, confirmée par la Cour d'appel et est d'avis que le meilleur intérêt de l'enfant favorise des accès plus fréquents à ses deux parents, plutôt qu'une stabilité géographique chez l'un ou l'autre, dont il résulterait moins de contacts avec le parent non gardien. Quant à la fréquence des déplacements, elle ne devrait pas excéder une fois par mois, ce qui permet une certaine stabilité dans le milieu parental et un contact relativement fréquent ». [28]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.										
4	<i>Droit de la famille – 101206, 2010 QCCS 2239</i> (j. Jocelyn Verrier) Requête pour suspendre l'exécution d'un jugement accueillie en partie (C.A., 2010 QCCA 1515 ; Appel rejeté sur requête (C.A., 500-09-020818-100 ; Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, 2011-04-26 (C.S. Can.) rejeté.	M	7.03.1943 (L)	10 ans	Mme : GE M : GP Diverses ordonnances interinaires ont été prononcées avant le jugement au mérite. Ces ordonnances interinaires confiaient la GE à madame et des droits d'accès à monsieur. Un consentement partiel à jugement a aussi été signé en avril 2004 qui confiait la GE à Mme et des droits d'accès à monsieur. GP exercée de consentement à partir de l'été 2008.	parents à ville B, sont en mesure d'offrir ce milieu ». [22]	« Comme le souligne la Cour d'appel dans <i>V.P. c. C.F.</i> , 2009 QCCA 1268, la garde partagée impose un fardeau à l'enfant en termes de va-et-vient, mais ce fardeau est inhérent à la plupart des ordonnances de garde partagée, qui implique par sa nature même un double domicile et des allées et retours entre les deux. Ce	La capacité parentale de Monsieur, de même que celle de Mme, ne peuvent être mises en doute. [69]	Le manque de communication est davantage d'ordre financier; il ne concerne pas la façon d'élever l'enfant et de pourvoir à son éducation. [77]	<b>Garde partagée</b> « Après analyse, le tribunal est d'avis que la garde partagée ne présente pas de risque et qu'elle a de bonne chance de succès ». [80]



	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.										
6	G. (C) c. B. (T), EYB 2007-126490 (J. Luc Lefebvre)	M	26.12.1947 (L)	7 ans	Mme : GE M : GP  En novembre 2005, les parties, sans avoir consulté des avocats, signent une entente prévoyant notamment une garde partagée de l'enfant (1 sem/1 sem)  Diverses ententes intermédiaires interviennent ensuite, la dernière prévoyant une GP en alternance de semaine en semaine.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« Les parties ne contestent pas les capacités parentales de l'autre parent ». [24]	« Monsieur ne semble pas être en mesure de discuter calmement avec Madame, surtout lorsqu'il y a des enjeux monétaires ». [41]  <i>Cela étant, le tribunal fait des recommandations aux parties afin d'améliorer leurs relations.</i>	La loi favorise les contacts d'un enfant avec ses deux parents. L'octroi de seuls droits d'accès d'une fin de semaine sur deux au père n'est pas de nature à favoriser de pareils contacts [...]. [32]  <b>Garde partagée</b>  « De la naissance de l'enfant jusqu'à la séparation, les deux parties s'impliquent de façon égale dans le développement, les soins et l'éducation de l'enfant. [3]  Monsieur a toujours été un excellent père pour sa fille. Il s'en est toujours admirablement bien occupé depuis sa naissance. Les liens qu'il a tissés avec elle sont profonds et celle-ci le lui rend bien car elle est très proche de lui. [35]  Le tribunal est convaincu qu'il n'est pas dans l'intérêt de X d'être coupée de la présence de son père et de la famille élargie de ce dernier ». [36]

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.									
7 <i>Droit de la famille –</i> 06120, [2007] R.J.D.F. 370 (J. Luc Lefebvre)	M	26.12.1947 (L)	3 ½ ans	Mme : GE M : GP Janvier 2004 : ordonnance intérimaire confiant la GE à Mme et accordant des droits d'accès au père. Juillet 2004 : jugement sur mesures provisoires accordant la garde à la mère et des droits d'accès au père.	« Le Tribunal est également d'opinion qu'il y a stabilité du milieu tant chez la mère que chez le père ». [18]	« En l'espèce, la proximité des résidences a clairement été établie ». [17]	« La preuve faite par les parties ne laisse au Tribunal aucun doute quant aux capacités parentales tant de Monsieur que de Madame ». [15]	« Quant à la capacité des parents de communiquer, celle-ci s'est grandement améliorée ». [19] « Malheureusement, il y a encore beaucoup de conflits entre les parents » [20] * * le <i>conflit parental</i> n'empêche <i>toutefois pas l'octroi de la garde partagée</i> .	<b>Garde partagée (après l'augmentation progressive des droits d'accès du père)</b> <i>Aux paragraphes 14-16, le juge expose les critères à considérer pour l'octroi d'une garde partagée, soit (1) la capacité parentale des parents, (2) l'intérêt de l'enfant, (3) la stabilité du milieu des parties, (4) la capacité des parents de communiquer, (5) la proximité des résidences et (6) l'absence de conflit. Il applique ensuite chacun de ces critères au cas d'espèce pour conclure que la garde partagée doit être instaurée progressivement au nom de l'intérêt de l'enfant :</i>  « Le Tribunal est convaincu, vu la preuve faite à l'audience, qu'il faut instaurer progressivement la garde partagée et ce, dans l'intérêt de l'enfant. Madame demeure encore la figure principale d'attachement de l'enfant. Le Tribunal reconnaît que le rôle de Monsieur en est un essentiel mais jusqu'à date, il a plutôt joué un rôle de soutien. [25]  À compter du 1 <sup>er</sup> septembre 2007, il y aura garde partagée en alternance de semaine en semaine. [28]

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
8 Y.M. c. J.P., AZ-50327573 (2005) (J. Louis-Philippe Landry) Appel rejeté : C.A. Montréal. 500-09-015958-051, 11 janvier 2006	M	29.04.1935 (RT)	Moins de 2 ans	Mme : GE M. : GP	Monsieur occupe la résidence louée par les parties lorsqu'elles faisaient vie commune [7] Mme habite dans un appartement situé dans un immeuble occupé par ses parents [9]	Le tribunal ne mentionne pas expressément ce critère.	« La Cour estime que Monsieur possède les compétences requises afin de pourvoir de manière responsable aux besoins de son enfant ». [19]	« Le fait que la défenderesse soit en voie de se rétablir de sa dernière maladie [dépression] rend certes la communication entre les parties beaucoup plus difficile. La participation des grands-parents pourra aider à rétablir les ponts pour le meilleur intérêt de l'enfant ». [18]	<b>Garde partagée (progressive afin de permettre à l'enfant de s'adapter à ce changement)</b> « Il importe ici de permettre à M... de développer une relation avec ses deux parents. Rien ne s'y oppose si ce n'est les obstacles qu'a pu créer la défenderesse [mère]. [20] « La Cour estime donc que <u>présentement l'enfant devrait bénéficier de la présence égale de son père et de sa mère</u> ». [21]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.									
9 <i>Droit de la famille – 3434, [1999] R.D.F. 732 (J. Gratien Duchesne)</i> <i>L'expert constate les capacités parentales des parents, mais recommande que la garde soit confiée à Monsieur en raison du conflit entre les parties.</i>	M	10.02.1949 (L)	9 ans	Mme : GE M : GP	La stabilité de l'enfant est un critère à considérer [p. 4]	« Les parties demeurent près l'une de l'autre ». [p. 2]	« Tous sont d'accord sur l'aptitude des deux parents à s'occuper de l'entretien et de l'éducation de l'enfant P... Après avoir entendu les parties, le Tribunal avalise ce postulat ». [p. 2]	Outre le litige relatif à la garde de l'enfant, il ne subsiste pas véritablement de conflit entre les parties [p. 2] « Les difficultés de communication, s'ils en ont, relèvent davantage du refus de Monsieur de retourner l'enfant chez Mme après un an. Cependant, des difficultés de communication ne sont pas nécessairement un obstacle à l'octroi de la garde partagée. Au contraire, il arrive fréquemment qu'une ordonnance de garde partagée atténue ces difficultés car aucun des parents	<b>Garde partagée</b> « Certes, la garde partagée n'est pas une panacée. Elle a longtemps été mal considérée dans le milieu socio-juridique au nom de principes tels que le sentiment d'appartenance de l'enfant et l'image parentale significative. Mais le Tribunal constate que, de plus en plus de parents optent spontanément pour ce modèle de garde, résultat d'une évolution socio-économique certaine. Notamment, de plus en plus de mères travaillent à l'extérieur du foyer. [p. 3] À l'aube de l'an 2000, les tribunaux disposent maintenant de beaucoup d'études et de recherches sur la garde partagée. Le bilan semble positif. [p. 5] De l'avis du tribunal, la formule de garde partagée répond bien au critère de l'intérêt de P... [..]. Ainsi, chaque parent pourra mieux jouer son rôle d'éducateur et donner le meilleur de lui-même en occultant toute lutte de pouvoir. Le besoin de sécurité psychologique et affective de P... sera mieux comblé par l'égalité présence de ses parents auprès de lui [..]. [p. 7] En présence de tels critères, il y a lieu d'envisager la formule de la garde partagée de plus en plus conforme à l'image que les experts en évaluation de garde d'enfants se font d'une société moderne et équilibrée. » [p. 8]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
10	DC. c. S.S., [2004] R.D.F. 397 (j. Gratien Duchesne)	M	10.02.1949 (L)	15 mois	Mme : GE M. : GP	« La preuve révèle que leurs projets de développement pour l'enfant sont tout à fait compatibles ». [24]	« La preuve révèle également que les parents demeurent près l'un de l'autre ». [24]	« C'est surtout [la mère] qui [s'est occupée de l'enfant] pendant les premiers mois. [2] » « La preuve révèle le caractère exceptionnel de la parentalité du défendeur [père] ». [11]	n'a l'impression d'être une victime. Chacun se sent valorisé dans son rôle de parent. La garde partagée contribue au rééquilibre des forces entre les parents ». [p. 3]	<b>Garde partagée</b> « C'est surtout la défenderesse qui [s'est occupée de l'enfant] pendant les premiers mois même si le défendeur a bénéficié d'un congé parental à la naissance de sa fille. [2] En l'espèce, il n'y a pas de motifs psychologiques qui défavoriseraient ce type de garde [partagée]. Au contraire, une recherche des professeurs Hodges, Landes, Day et Oderberg de 1991 démontre qu'un enfant de moins de trois ans perd rapidement l'attachement qu'il éprouve envers son parent s'il le voit moins souvent et que la garde partagée favorise le développement de ce lien envers ses deux parents. [23] En somme, tous les ingrédients sont réunis pour faire de la garde partagée un succès, malgré le très bas âge de l'enfant ». [25]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
11 N.P. c. B.A., J.E. 2003-1644 (j. Georges Taschereau)	M	23.02.1944 (L)	4 ans	Mme : GE M : GP	« Sans limitation, leur mode de vie est favorable au développement physique, intellectuel et moral de l'enfant. Ils sont tous les deux en bonne santé et ont les ressources financières leur permettant de pourvoir aux besoins matériels de l'enfant. Ils sont tous les deux, chacun à sa façon, en mesure de conduire l'enfant à l'âge adulte, et de lui inculquer le sens de la discipline et un bon comportement	« Lorsqu'un parent, pour être en mesure d'assumer son rôle, change sa résidence et ajuste les modalités de sa prestation de travail, comme le défendeur [père] le fait, il manifeste sa maturité et son sens des responsabilités ». [32]	« Au premier titre, il importe de considérer la capacité parentale des parents. Dans le présent cas, elle est acquise à l'égard de chacun ». [24]	« De l'avis du tribunal, elles [les parties] sont capables de passer outre à leurs querelles, somme toute limitées, pour collaborer ensemble au développement de leur enfant ». [36]	<b>Garde partagée</b> « La demanderesse [mère] a joué un rôle prédominant auprès de l'enfant au cours des trois premières années de sa vie. Le défendeur [père] s'est, pour sa part, investi à petits pas dans celle-ci. [...] C'est donc la demanderesse qui, essentiellement, voyait à ses besoins. [9]  <i>Le juge Taschereau cite ensuite les propos du juge Daphond dans Droit de la famille-3237 qui souligne que « lorsque la capacité parentale de chacun des parents est bien établie et lorsque ceux-ci sont prêts à consacrer le temps et les ressources requis pour le mieux être de leurs enfants et qu'il n'y a pas de contre-indications, tels des motifs psychologiques (développement de l'enfant non encore adéquat), géographiques (nécessité de déplacements prolongés), éducatifs (incompatibilité des projets de développement proposés par chacun des parents), de santé (nécessité de continuité de certains soins spécialisés), la garde conjointe doit être envisagée très sérieusement ».</i> [25]  La considération de la possibilité d'une garde partagée s'impose plus particulièrement à l'égard d'un enfant d'âge préscolaire. Les premières années d'un enfant sont d'une importance primordiale dans son développement puisque les choses qu'il vit et les perceptions qu'il en a s'impriment dans sa mémoire encore presque vierge. Ses expériences le façonnent pour la vie. Cela étant, une présence de chacun de ses parents dans sa vie de tous les jours, dans la mesure où elle est possible, peut présenter d'immenses avantages pour lui : malgré l'échec de ses parents, il bénéficie de ses deux figures parentales, de ses

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
12 <i>Droit de la famille – 2493, [1996] R.D.F. 665 (J. Paul Carrière)</i>	M	01.08.1935 (RT)	3 ans	Mme : GE M : GP Ordonnance intermédiaire : garde de l'enfant confiée à madame. Monsieur a des droits d'accès une fois par semaine sur deux.	« Les parties ont des idées conciliables quant aux besoins et au développement de F... » [p. 3]	« M.J... demeure temporairement chez ses parents, qui habitent à 10 minutes en voiture de la résidence de madame G... » [p. 3]	« Chaque parent reconnaît la capacité parentale de l'autre » [p. 2]	« Là où le bât blesse, c'est au niveau de la communication entre les parties. Cependant, le Tribunal croit que ce problème n'est que temporaire et disparaîtra une fois que les parties auront réglé les problèmes relatifs au partage de leurs biens. » [p. 3]	deux modèles. [26] La preuve ne révèle par ailleurs aucune contre-indication à ce qu'une garde partagée soit établie. [30] À la lumière de ce qui précède, l'intérêt primordial, fondamental de A... exige que ses deux parents jouent un rôle égal dans sa vie de tous les jours et partagent sa garde ». [34] <b>Garde partagée</b> « L'intérêt de F... doit être le seul critère à considérer dans le cadre de ces deux requêtes. Cet intérêt n'est pas une notion de droit, mais plutôt une question de fait laissée à l'appréciation du Tribunal, selon les particularités de chaque cas sur les plans matériel, affectif, éducatif et spirituel. Or, en l'espèce, il ressort de l'ensemble de la preuve que chacune des parties est en mesure de pourvoir au bien matériel, affectif, éducatif et spirituel de F... [...] Faut de pouvoir vivre avec ses deux parents en même temps, l'idéal pour F... est le droit d'avoir un accès maximum à chacun d'eux afin d'assurer la continuité harmonieuse de son développement à tous égards. » [p. 3]
					moral ». [24]				

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.										
13	<i>Droit de la famille – 2199, [1995] R.D.F. 415</i> (J. Jacques Philippon)	M	03.06.1932 (RT)	11 mois	Mme : GE M : GP Ordonnance intérimaire : garde de l'enfant confiée à la mère, avec droits d'accès au père.	« Le milieu du père paraît certes un lieu favorable de développement pour E... ». [p. 2]	« Eloignement relatif des résidences » [p. 2]	Le milieu du père paraît certes un lieu favorable de développement pour E... qui se verra avec des demi-frères pour qui elle paraît déjà compter et avec un père qui démontre une capacité parentale dont l'enfant pourrait fort bien bénéficier. [p. 2]	« Au-delà du conflit entre les parties, dont il faut tenir compte bien sûr, c'est l'intérêt de l'enfant que le Tribunal doit préserver ». [p. 1]	<b>Garde partagée</b> « Le Tribunal retient au contraire de la preuve que le milieu offert par le père serait tout à fait adéquat et procurerait à l'enfant des chances multiples de développement et d'épanouissement. La réalité de ces bénéfices s'accroîtra avec l'âge, bien sûr, mais déjà la possibilité de contacts plus significatifs de l'enfant avec son père permettra, entre les deux, l'établissement d'un lien plus fort, donc plus adéquat. [p. 1]  « En raison de ce qui précède et prenant en compte l'éloignement relatif des résidences, il semble bien que la situation actuelle d'un week-end sur deux ne permet pas au père d'établir avec son enfant un lien aussi fort que celui qui paraît possible et souhaitable dans les circonstances ». [p. 2]

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.									
14 L. c. L., [1998] R.L. 509 (J. Jean Marquis)	M	08.11.1928 (RT)	8 et 5 ans	Mme : GE M : GP Ordonnance provisoire : GE à Mme avec des droits d'accès à monsieur 1 fds sur 2.	« La stabilité si nécessaire aux enfants leur est assurée par la proximité des résidences de leurs parents. Ainsi, les enfants n'ont pas à changer d'école, d'amis, de milieu de vie ». [p. 5]	« Depuis [la séparation], la mère a loué un logement dans le quartier Douville à Saint-Hyacinthe et le père s'est empressé de louer un logement situé à deux pâtés de maisons de celui de la mère ». [p. 4]	« Il saute aux yeux que les parties ont toutes deux un capacité parentale à toutes fins utiles égale et comparable; il en va de même du style d'éducation ». [p. 5]	« Celle-ci [mère] entretient d'ailleurs avec le père d'excellentes relations que le tribunal a été à même de constater. [...] aucun nuage n'obscurcit leur bonne entente ». [p. 4]  « Leur communication fonctionnelle interpersonnelle est exceptionnelle ». [p. 5]	<b>Garde partagée</b>  « Toutes les conditions sont en place pour le succès d'une garde partagée, dans le meilleur intérêt des enfants. » [p. 5]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.										
15	P.S. c. J.J., B.E. 2001BE-965 (j. Marc Lesage)	M	18.11.1943 (L)	20 mois	Mme : GE M : GE Les parties exercent de consentement une garde partagée depuis la séparation.	Les parents offrent deux excellents milieux [11]	Monsieur habite à Gaspé et madame, à Rimouski. « La distance entre Gaspé et Rimouski est l'unique motif pour lequel chacune des parties requiert la garde exclusive de l'enfant ». [3]	« Les deux parties déclarent l'autre comme un excellent parent ». [5]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde partagée</b> « Il ressort de la preuve que l'enfant a besoin de ses deux parents. [...] Confier plus l'enfant à l'un ou l'autre des parents ne peut que créer un ennui plus profond chez l'enfant et va la déstabiliser davantage selon l'appréciation du Tribunal. [9] [...] Par une garde partagée, l'enfant va évoluer dans deux excellents milieux [...] ». [11]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.										
16	S.L. c. V.J., B.E. 2002BE-429 (j. Ivan St-Julien)	M	11.02.1939 (RT)	16 mois	Mme : GE M : GP de façon progressive Madame a la garde de fait de l'enfant depuis la séparation.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« La situation géographique des parties n'est pas un obstacle à l'exercice d'une garde partagée [...] ». [7]	« Les capacités parentales de Monsieur, de même que celles de Madame, ne sont nullement mises en doute ». [7]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde partagée (progressive)</b> « Sans nier les effets bénéfiques de l'allaitement maternel d'un enfant au-delà de 12 mois, il va sans dire que l'enfant a aussi un grand besoin de la présence de ses deux parents ». [9]
17	C.L. c. M.R., AZ-50152750 (2002) (j. Claude Champagne)	M	27.04.1946 (L)	4 ans et 22 mois	Mme : GE M : GP Ordonnance intérimaire : garde des enfants confiée à madame, monsieur exerçant des droits d'accès.	« Quoique le père et la mère n'aient pas une vision identique quant à l'éducation et à la discipline, la Cour constate qu'il n'y a pas de véritable désaccord entre les parents à propos de leurs projets respectifs à ce sujet ». [26]	Il y a plus de 250 kilomètres entre les résidences des parties. Cependant, selon le Tribunal, les enfants effectuent le trajet régulièrement depuis bientôt 10 mois (depuis l'intérimaire) et il n'y a pas de preuve prépondérante	« Madame L... et monsieur R... possèdent tous deux une excellente capacité parentale. [...] De l'avis du Tribunal, il s'agit ici de deux parents accomplis tout à fait aptes à	« Le problème de communication existe réellement mais de l'admission des parents, il n'a plus l'acuité du début. Les parties évitent maintenant de communiquer directement entre elles ». [30] « [Cette difficulté] ne saurait cependant constituer un obstacle insurmontable à	<b>Garde partagée</b> <i>Le juge fait référence aux propos du juge Dalphond dans Droit de la famille-3237, B.E. 99-210 (C.S.), où il mentionne que la garde partagée doit être envisagée sérieusement si les parents ont des capacités parentales équivalentes et qu'il n'y a pas de contre-indication, et il applique ces critères au cas d'espèce pour conclure qu'il n'y a aucune contre-indication à la garde partagée.</i> [paragraphe]18 et suivants].

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
						qu'ils en subissent des inconvénients importants. [28] De même, monsieur a entamé des démarches pour s'installer éventuellement dans la région de Québec afin de maintenir une éventuelle garde partagée lorsque les enfants iront à l'école. [13]	subvenir chacun aux besoins de leurs garçons ». [20]	une garde partagée ». [31]	

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
18	M	01.05.1954 (L)	14 et 6 ans	Mme : CE M : GP Jugement provisoire confiant la garde des enfants à madame et octroyant des droits d'accès à monsieur.	« Le tribunal retient de la preuve que le milieu offert par monsieur serait tout à fait adéquat et leur procurerait des chances multiples de développement et d'épanouissement ». [33]	« Même si les parents n'habitent pas à proximité, pour les enfants le fait de résider en alternance une semaine chez l'un et chez l'autre, ne leur causerait aucun préjudice ». [33]	« En la présente instance, le tribunal a pu constater la grande capacité parentale de chacune des parties ». [26]	« Le tribunal a aussi pu apprécier l'intérêt et l'amour véritable des deux parents pour leurs enfants, de même que l'existence d'un minimum de communication lorsque vient le temps de mettre en place des arrangements satisfaisants pour leurs enfants ». [26]	<b>Garde partagée</b> « Or, tel que l'indique l'art. 16(10) de la <i>Loi sur le divorce</i> , l'intérêt de l'enfant commande, généralement, qu'il ait le maximum de contact avec chacun de ses parents compatible avec sa situation, notamment son âge et son stade de développement.  De l'avis du tribunal, cela signifie que lorsque la capacité parentale de chacun des parents est bien établie et lorsque ceux-ci sont prêts à consacrer le temps et les ressources requis pour le mieux être de leurs enfants et qu'il n'y a pas de contre-indications, tels des motifs psychologiques (développement de l'enfant non encore adéquat), géographiques (nécessité de déplacements prolongés), éducatifs (incompatibilité des projets de développement proposés par chacun des parents), de santé (nécessité de continuité de certains soins spécialisés), la garde conjointe doit être envisagée très sérieusement. Le fait que l'un des parents n'y consente pas ou qu'il existe certaines difficultés de communications entre les parents, ne fait pas alors obstacle à ce type de garde, comme le rappelle régulièrement cette Cour ». [25]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
19 F. (V.) c. D. (T), REJB 2004-68299 (Jacques R. Fournier)	M	22.06.1951 (L)	2 ans (née en 2002)	Mme : GE M : GP	« Elle [l'enfant] est encore jeune et le fait d'attribuer une garde partagée ne compromet en rien sa stabilité ». [29]	« Vu le bas âge de l'enfant, la proximité des résidences ne constitue pas avant la fréquentation scolaire un critère déterminant ». [30]	« En l'instance, les deux parties ont une capacité parentale égale et elles se la reconnaissent mutuellement ». [21]	« [...] même en présence de difficultés de communication ou de conflits, il y a lieu de prononcer une garde partagée à part égale ». [27]	<b>Garde partagée</b> « La garde partagée ne constitue pas la règle, mais un idéal auquel on doit tendre. [14] La CA a déjà élaboré les critères à examiner lors d'une demande de garde partagée (re : JE 98-2091/REJB 1998-08469). Ces critères sont : a) l'intérêt de l'enfant, b) la stabilité, c) la capacité des parents à communiquer, d) la proximité des résidences et e) l'absence de conflit. [17, 18] L'enfant est déjà, à l'occasion de l'exercice des droits d'accès exposée à l'environnement de son père. Depuis que la maison est vendue, Monsieur habite chez sa soeur et l'enfant y rencontre son cousin avec qui elle s'amuse. Elle est encore jeune et le fait d'attribuer une garde partagée ne compromet en rien sa stabilité. De toute façon, les inévitables inconvénients associés au changement de résidence sont inhérents à la situation qui découle de la séparation des parents et sont amplement compensés par les avantages qu'a l'enfant d'avoir un accès égal à ses deux parents. » [29]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
20 <i>Droit de la famille – 071284, B.E., 2008BE-494</i> (j. Alicia Soldevila)	F	1957* (X)	9 ans	Mme : GE M. : GP Mme a la GE depuis 2000 suite à une médiation, avec droits d'accès pour le père.	« Le demandeur [père], depuis 2000, offre un environnement stable et chaleureux à ses enfants. Bien qu'il n'adopte pas totalement le modèle d'éducation préconisé par madame, il n'en offre pas moins un environnement où le dialogue est privilégié et qui est propice au développement de Y. » [47]	« Les deux parents habitent maintenant la même rue ». [23]	« Le tribunal considère que les deux parents ont la capacité parentale requise pour assumer la garde de Y et lui assurer un <u>sain développement</u> ». [46]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde partagée</b> <i>La juge reprend les 5 critères élabores par la CA pour évaluer les chances de réussite d'une garde partagée :</i> (1) <i>l'intérêt de l'enfant;</i> (2) <i>la stabilité;</i> (3) <i>la capacité des parents à communiquer;</i> (4) <i>la proximité des résidences;</i> (5) <i>l'absence de conflit.</i> [43] <i>Appliquant ces critères au cas sous étude, elle conclut :</i> « En raison de l'âge de Y et de la proximité des domiciles des parents, il y a lieu de favoriser la garde partagée de celle-ci pour équilibrer ses contacts avec chacun de ses parents. [48] Le Tribunal estime qu'il est dans l'intérêt de Y qu'une garde partagée soit établie entre ses parents à raison d'une semaine avec le père et une semaine avec la mère ». [49]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.										
21	V. (C.) c. D. (M.), EYB 2008-150247 (j. Catherine La Rosa) <i>Expertise psychosociale ordonnée par le tribunal qui s'interrogeait sur le comportement hermetique de l'enfant de 13 ans qui refusait de façon catégorique tout contact avec son père.  L'expert recommande que la garde de cet enfant soit confiée à la mère. Ce à quoi le tribunal acquiesce. Le jugement du tribunal en ce qui concerne la garde de l'autre enfant n'est cependant pas basé sur le rapport d'expertise.</i>	F	24.09.1963 (X)	7 et 13 ans	Mme : GE M : GP Ordonnance provisoire : garde partagée Requête en modification des mesures provisoires (entérine une convention intervenue entre les parents) : garde de l'enfant de 13 ans confiée à madame	« Ils [parents] s'impliquent chacun dans le quotidien de l'enfant et sont en mesure de remplir leur devoir d'éducation, de soutien et de suivi ». [36]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère. Cependant, l'enfant vit la garde partagée depuis plusieurs mois et la juge ne remet pas ce critère en question.	« La capacité parentale des parents n'est pas en jeu ». [36]	La communication entre les parents est déficiente, mais le suivi concernant l'enfant se fait par un « cahier de suivi. [37]	<b>Garde partagée</b> « [...] le Tribunal doit s'assurer de rendre une décision qui est en lien avec le meilleur intérêt de l'enfant. Pour ce faire, il doit s'assurer de la présence de certains critères. Tout d'abord, l'enfant a besoin d'une certaine stabilité. On doit éviter de faire supporter à l'enfant de nombreux changements lorsque cela est possible, surtout à la suite de la séparation des parents [...]. [35]  Ensuite, doivent être pris en considération la capacité parentale des parents, leur façon de s'impliquer dans le quotidien vécu par l'enfant et le degré de communication qui existe entre eux. En l'espèce, X connaît la garde partagée depuis plusieurs mois. La capacité parentale des parents n'est pas en jeu. Ils s'impliquent chacun dans le quotidien de l'enfant et sont en mesure de remplir leur devoir d'éducation, de soutien et de suivi. Il est donc dans l'intérêt de X que cette situation soit maintenue. » [36]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.										
22	B. (L) c. C. (D), REJB 2000-20048 (J. Suzanne Hardy-Lemieux)	F	20.01.1952 (L)	Née en 1996 (environ 4 ans)	Mme : GE M : GP progressive Mme assure seule la garde de l'enfant depuis la séparation, alors que monsieur exerce des droits d'accès.	« Le milieu offert par monsieur B., la présence de sa conjointe et du fils de cette dernière, une semaine sur deux, leur emménagement prochain dans une maison qui permettra à A. d'avoir sa chambre, tout comme chez madame C., sont des facteurs qui militent en faveur de l'octroi de ce type de garde [partagée] ». [28]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« Madame C. admet que monsieur possède de bonnes capacités parentales ». [11]	« Le tribunal estime que la présence de divergences de vue entre les parents ou de rancœur au sujet d'éléments qui appartiennent à la période de leur vie commune, ne sont pas telles qu'elles rendent, en l'espèce, la garde conjointe non souhaitable ». [25]	<b>Garde partagée</b> « L'âge de l'enfant n'est pas en soi un obstacle à une garde conjointe comme le mentionnent certaines décisions précitées. [26] La jurisprudence rappelle, comme on le sait, qu'il est très important que l'enfant puisse établir des liens significatifs avec ses deux parents. La garde conjointe de l'enfant favorise indéniablement l'atteinte de cet objectif ». [27]

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
23 L. (G.), c. H. (R.), REJB 2002-34374 (J. Michèle Lacroix)	F	11.02.1956 (L)	12, 9 et 7 ans	Mme : GE M : GP	« En aucun moment la preuve ne démontre des valeurs fondamentales différentes entre les parents en regard de l'éducation des enfants. Un souci constant est plutôt présent ». [77]	« En mars 2001, R... H... [monsieur] fait l'acquisition d'une résidence à proximité de la résidence familiale habitée par G... L... [madame] et les enfants ». [88]	« Rien dans les faits mis en preuve ne permet de conclure que R... H... [monsieur] n'a pas les capacités parentales requises pour veiller lui aussi au bien-être des enfants. Les enfants ont droit aux deux. [70] Le tribunal est en présence de deux parents qui ont des capacités plus qu'adéqua-	« Leur manque de communication actuellement est, à souhaiter, temporaire d'ici aux procédures. Les parties, jusqu'à tout récemment, ont fait preuve d'une facilité à communiquer en ce qui concerne les enfants. Si communiquer oralement est un irritant, plusieurs autres moyens existent pour se rejoindre tels courrier électronique, cahier de bord, boîte vocale. Les parties se respectent énormément, ce qui est un indice que la communication peut fonctionner, et ce dans l'intérêt des enfants ». [80-83]	<b>Garde partagée</b> « G... L... femme de confiance, épouse responsable et mère dévouée, gère le quotidien de la maison, des enfants et de la famille. R... H... travaille beaucoup d'heures pendant la semaine. Les fins de semaine, il est cependant présent et actif auprès des enfants. Pendant toutes les années de vie commune, c'est ce mode de vie qui prévaut pour cette famille. [53-55] La garde partagée constitue une solution plus satisfaisante pour le parent qui désire s'impliquer et maintenir des liens affectifs importants avec son enfant en cas de séparation. Au-delà de la satisfaction du parent, l'intérêt de l'enfant doit y être. Au fil des ans, les changements dans la société ont apporté différents modes de vie. Ainsi, la jurisprudence et la doctrine permettent de ressortir une liste de critères à retrouver dans l'attribution d'une garde partagée. Sans l'ombre d'un doute, le critère le plus important est la capacité parentale des deux parents [...]. [58-60] Avec tous les éléments mis en preuve, le tribunal considère que les deux parents se sont impliqués et demeurent très impliqués, autant l'un que l'autre, dans la vie de leurs trois enfants. <u>Nul doute que dans l'intérêt des enfants, cette continuité d'implication des deux parents doit se maintenir.</u> [89] L'intérêt des enfants milite donc en faveur d'une garde partagée [...] » [91]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
							tes. [...] Leurs capacités parentales sont comparables et complémentaires ». [73]		

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.									
24 <i>L. (E.) c. M. (M.), EYB</i> 2009-165169 (j. Manon Savard) <i>L'expert recommande que la garde soit confiée à la mère pendant l'année scolaire (septembre à juin), avec droits d'accès au père. Recommande la garde partagée pendant l'été.</i>	F	04.12.1960 (X)	8 et 5 ans	Mme : GE (durant l'année scolaire) et GP durant l'été M : GP Ordonnance de sauvegarde en octobre 2007 octroyant la garde partagée. Cette ordonnance est renouvelée en décembre 2007. Le tribunal ordonne également la tenue d'une expertise psychosociale en regard des droits de garde et d'accès des parents.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« Le facteur géographique n'est pas non plus un obstacle ». [55]	« Les parents sont de bons parents ». [39]	« Les communications entre Madame et Monsieur demeurent extrêmement limitées. [13] Les difficultés de communication des parents, à l'origine de la recommandation de l'expert, ne peuvent constituer à elles seules un obstacle absolu à la garde partagée ». [56]	<b>Garde partagée</b> <i>Le juge rejette l'opinion de l'expert, dont les difficultés de communication entre les parties constituent le véritable problème à l'origine de sa recommandation d'octroyer la garde exclusive à Mme :</i> « Le Tribunal constate cependant que la recommandation relative à la garde est incompatible avec l'un des constats que l'expert énonce préalablement, soit la nécessité pour le père de collaborer davantage à la prise de décision relativement aux questions scolaires et de développement des enfants. Il nous semble difficile d'envisager que Monsieur puisse davantage collaborer à la prise de décisions sur les questions scolaires si du même coup, son rôle à ce niveau est grandement diminué. [45] [jusqu'aux par. 53 le juge explique pourquoi il rejette le rapport de l'expert]. L'octroi d'une garde partagée requiert la présence de trois conditions. La Cour d'appel écrit, dans la décision T.P.G. c. D.M., ce qui suit : [...] 1) une capacité parentale adéquate; 2) un degré fonctionnel minimal de communication et de coopération entre les parents et 3) une proximité géographique des deux domiciles des parents. [54] Or, ces trois conditions sont réunies en l'espèce et l'expert le constate. La capacité parentale de chacun des parents n'est pas remise en question. Le régime de garde partagée en place fonctionne correctement depuis décembre 2007. X et Y sont toutes deux décrites comme des enfants heureux, sans tension ou préoccupation

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
										<p>inutile. Elles ne soulèvent aucune question relativement à leur régime de garde. Le facteur géographique n'est pas non plus un obstacle. [55]</p> <p>Les difficultés de communication entre les parents, à l'origine de la recommandation de l'expert, ne peuvent constituer à elles seules un obstacle absolu à la garde partagée. [56]</p> <p>Toujours dans la décision <i>T.P.G. c. D.M.</i>, précitée, la Cour d'appel écrit : Il n'existe pas, en vertu de l'article 16(10) de la Loi sur le divorce, une présomption favorable à la garde partagée. Cet arrangement est toutefois de plus en plus favorisé lorsque les facteurs requis pour son succès sont établis. La simple présence de difficultés de communication n'est plus considérée comme un obstacle absolu à une telle solution lorsqu'il existe une capacité minimale de communication entre les parents. [57]</p> <p>Le Tribunal estime qu'il est dans le meilleur intérêt des enfants qu'une solution autre que la modification de la garde partagée soit adoptée afin de confier aux enfants un meilleur encadrement parental » [58]</p>

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.										
25	<i>Droit de la famille – 3399, J.E. 99-1868</i> (J. Hélène Langlois) <i>Les parties ont toutes deux recherché l'opinion d'experts : Dre Lamontagne et Dr Gattuso.</i> <i>Alors que le Dre Lamontagne est d'avis qu'une GP est possible (sans néanmoins faire de recommandations à ce sujet), le Dr Gattuso est contre en raison du jeune âge de l'enfant.</i>	F	03.08.1953 (L)	2 ans	Mme : GE M : GP L'enfant vit avec madame depuis sa naissance. La garde et les droits d'accès de monsieur ont fait l'objet de diverses requêtes et consentements.	« A... [l'enfant] bénéficie chez l'un et l'autre parent d'un encadrement matériel semblable et très organisé ». [p. 3] « Monsieur et madame sont deux personnes organisées, sensibles à la routine d'A... et ayant une habitude de vie saine ». [p. 8]	« Monsieur et madame résident tout près l'une de l'autre, dans des quartiers résidentiels comparables ». [p. 2]	« La capacité parentale de monsieur et de madame ne pose pas de problème et la preuve permet au Tribunal de conclure qu'ils sont l'un et l'autre en mesure de voir aux besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de leur enfant ». [p. 8]	« [Ils] ont su communiquer et la preuve ne révèle aucune difficulté à cet égard ». [p. 8]	<b>Garde partagée</b> « Le tribunal conclut que A... doit bénéficier d'une garde partagée entre ses parents. [p. 8] <i>Après avoir passé en revue tous les éléments qui permettent l'octroi d'une garde partagée, la juge conclut : « Alors, pourquoi ne pas envisager la garde partagée ? » [p. 9]</i> <i>La juge rappelle que les tribunaux ont ordonné des temps de garde partagée également entre les parents, malgré le très jeune âge des enfants ». [p. 10]</i>  En considérant l'intérêt d'A... dans la présente affaire, le Tribunal est sensible à l'argument du Dre Lamontagne à l'effet qu'il faut permettre de développement d'une relation équivalente et solide avec les deux parents dès le jeune âge et de l'importance d'inculquer chez les jeunes enfant le fait qu'il y a deux parents ». [p. 10]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.										
<b>GARDE EXCLUSIVE</b>										
1	<i>Droit de la famille – 071829, J.E. 2007-1575</i> (j. Louis Lacoursière)	M	28.12.1951 (Lyrique)	1 an	Mme : GE M. : GP Ordonnance intérimaire en mai 2007 : GE à Mme, avec droits d'accès pour monsieur.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« Soutignons d'entrée de jeu que la capacité parentale des parties n'est pas en litige: Madame et Monsieur sont des parents aimants et attentionnés » [22]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<p><b>Garde exclusive à Mme</b></p> <p>« À partir de la preuve soumise, le Tribunal estime qu'il y a lieu de confier la garde de X à Madame pour les raisons suivantes : [23]</p> <p>Il est vrai que Monsieur a pourvu adéquatement aux besoins émotionnels et matériels de son fils depuis sa naissance [...] » [24]</p> <p>Cependant, Madame est, selon la preuve, la principale figure d'attachement de X. Depuis sa naissance, elle pourvoit, au quotidien, à tous ses besoins ». [27, 28]</p> <p>Il n'y a pas de doute voulant que l'enfant en bas âge soit confié à la mère. Cependant, le Tribunal estime que, pour le moment, il est dans l'intérêt de X de décider en ce sens. Le tribunal y voit un gage de stabilité pour X. [31, 32]</p> <p>La situation pourrait changer avec le temps. Cependant, le Tribunal ne saurait spéculer sur les effets qu'aurait une garde partagée sur X alors que la preuve le convainc que la garde, octroyée à Madame, lui procurera une continuité de soins et d'attention qui est dans son intérêt. » [33]</p>

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.									
2 <i>P.H. c. A.G.</i> , 415-04-001266-016, 13 février 2002 (J. Jules Allard)	M	20.08.1940 (RT)	4 ans	Mme : GE M. : GP	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« Les deux parents sont apparus au Tribunal avoir une capacité parentale acceptable ». [5]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde exclusive à Mme</b> « Après avoir envisagé d'accorder une garde partagée, égale en nombre de jours, le Tribunal s'est avisé en considérant que l'enfant devait partager avec sa sœur aînée un point d'attache, y avoir un intérêt particulièrement bénéficiant d'une habitation d'une plus longue durée, de sorte qu'il réalise qu'il a un foyer principal et que c'est <u>chez sa mère</u> . [3]  L'absence d'une référence stable est l'une des difficultés de la garde partagée intégrale, surtout lorsque les enfants sont en bas âge. » [4]
3 <i>J.T. c. C.C., B.E.</i> , 2004BE-495 (J. Léo Daigle)	M	21.08.1943 (L)	13 mois	Mme : GE M : GP Mme a la garde depuis la rupture	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« Les capacités parentales de l'un et de l'autre des parents ne sont pas ici mises en cause ». [11]	« Les relations des parties sont difficiles depuis la rupture ». [9]	<b>Garde exclusive à la mère</b> « Durant la vie commune, en raison de l'âge de l'enfant et de la disponibilité de la mère, cette dernière a été la <u>personne la plus significative dans sa vie</u> . [4]  Les capacités parentales de l'un et de l'autre des parents ne sont pas ici mises en cause. Il ne s'agit pas cependant du seul critère à considérer surtout dans le cas d'une enfant de [...] mois dont la figure parentale principale est sa mère qui s'en est occupée adéquatement depuis sa naissance en lui fournissant tous les soins nécessaires à ses besoins. [11]  En raison de son jeune âge, l'enfant requiert des soins constants durant toute la journée et la mère est la seule des deux parents qui peut y pourvoir puisqu'elle n'occupe pas d'emploi à l'extérieur du foyer et entend se consacrer complètement à cette tâche. [12]

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
	* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances interinaires ou provisoires) ont été retenus.									
4	<i>Droit de la famille – 081320, B.E. 2008BE-1020</i> (j. Claudette Tessier-Couture)	F	1942* (RT)	13 mois	Mme : GE (propose un scénario plaçant les droits d'accès du père à son fils jusqu'à l'âge de 5 ans) M : GP (3-2 jours/2-3 jours)	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	L'appartement de Mme est situé à 10 ou 15 minutes de la résidence de monsieur. [16]	« Le tribunal n'a aucun doute sur la capacité parentale de l'un ou l'autre [des parents] ». [24]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<p>Le tribunal estime prématuré dans la situation actuelle d'établir une garde partagée complète qui est rarement appropriée si l'enfant n'a pas atteint un certain âge. » [16]</p> <p><b>Garde exclusive à Mme</b></p> <p>« F... L... a fait bénéficier X d'un long congé parental et ses liens avec l'enfant sont incontestables, notamment du fait de l'allaitement. Elle a été la figure parentale principale. [26]</p> <p>Dans l'intérêt de l'enfant, les liens continus et soutenus avec sa mère ne peuvent être brutalement coupés, mais en même temps, les liens développés avec le père doivent être maintenus. X a besoin de l'affection et de l'attachement de ses deux parents et la doctrine reconnaît que pour le jeune enfant des contacts fréquents sont nécessaires avec les deux parents. [27]</p> <p>Le tribunal ne retient pas pour l'instant les modalités de garde 3/2-2/3 proposées par le père, ni les scénarios de droits d'accès proposés par la mère. [33]</p> <p>Bien que l'enfant et la mère se voient à la garde, le Tribunal rappelle que la relation « mère-enfant » est différente de celle avec l'éducatrice. En même temps, l'enfant a besoin de stabilité et d'une routine bien établie et fixe ». [35]</p>

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
5	F	1942* (RT)	9, 6 et 5 ans	Mme : GE M : GP Les enfants sont en GP depuis la séparation.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	« La capacité parentale de l'un ou l'autre des parents n'est pas mise en doute [...] ». [42]	Il existe certaines difficultés de communication entre les parents, mais la juge rappelle que cela ne fait pas automatiquement obstacle à une garde partagée. [35]	<b>Garde exclusive à Mme</b> « Une garde partagée permet aux deux parents, de façon égale, d'avoir accès à l'enfant et favorise évidemment le plus de contacts possible entre l'enfant et chacun des parents. La garde partagée est un type de garde qui n'a rien d'exceptionnel et est fréquente, mais il n'y a pas de présomption en faveur ou contre, ni dans la L.oi, ni dans les faits. Ce type de garde doit être considéré sérieusement lorsque la capacité parentale existe chez les deux parents. [32]  Outre la capacité parentale des deux parents, d'autres facteurs doivent être considérés avant d'établir qu'une garde partagée peut être décidée, soit d'abord l'intérêt de l'enfant et la stabilité, la capacité des parents de communiquer, la proximité des résidences de chaque parent et l'absence de conflit entre eux. [33]  Le Tribunal doit déterminer comment cet intérêt de l'enfant sera le mieux servi et déterminer si les critères établis sont rencontrés. [34]  La venue de quatre enfants en sept ans a nécessité une organisation et les parents et les parents se sont tout deux impliqués. La mère a définitivement assuré une plus grande présence et une plus grande disponibilité. Elle a mis de côté sa carrière et s'est consacrée aux enfants. Elle semble l'avoir fait avec grande conviction et tant mieux si les parents ont pu offrir cette présence aux enfants. [...] [43-44]

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.									
6 <i>B. (J-R) c. G. (B), EYB</i> 2005-94777 (j. Claudette Tessier-Couture)	F	1942* (RT)	Née en 2004 (moins de 2 ans)	Mme : GE M : GP	Monsieur habite chez sa mère. L'enfant y a sa chambre et tout ce qui est nécessaire est nécessaire à une jeune enfant. [9]	« Les parties ont la chance d'habiter à peu de distance l'une de l'autre ». [25]	« La preuve ne démontre pas que monsieur n'a pas la capacité parentale » [29]	Le juge ne mentionne pas expressément ce critère.	<p>Les enfants ont besoin de <u>stabilité</u>. Pourquoi tout changer en très bas âge, ils doivent maintenant apprendre à vivre avec un papa dans une maison et une maman dans une autre maison. Il faut leur donner du temps ». [47]</p> <p><b>Garde exclusive à Mme</b></p> <p>« Une garde partagée permet aux deux parents, de façon égale, d'avoir accès à l'enfant et favorise évidemment le plus de contacts possibles entre l'enfant et chacun des parents. La garde partagée est un type de garde qui n'a rien d'exceptionnel, il est fréquent, mais il n'y a pas de présomption en faveur ou contre, ni dans la Loi, ni dans les faits. [14]</p> <p>Même si la figure parentale dominante est la mère, la preuve révèle que K... a une bonne relation avec l'un et l'autre de ses parents. [17]</p> <p>Présentement, dans le meilleur intérêt de K..., pourquoi devrions-nous modifier les conditions de vie qui semblent bien lui convenir? À ce jeune âge, l'environnement qu'elle connaît et sa routine bien établie sont sécurisants pour elle et lui assurent une stabilité, un élément important pour une <u>jeune enfant</u>. Une modification en si bas âge risque d'avoir des répercussions et de perturber K.... Cette stabilité qu'elle connaît présentement doit être maintenue pour le moment, et ce, dans son intérêt. [19]</p> <p>K... bénéficie présentement de la présence de sa mère puisque B... G... n'a pas repris le travail. Certes, cette situation peut être appelée à changer mais K... à un âge aussi jeune, doit pouvoir profiter de ces moments précieux. » [22]</p>

	REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intérimaires ou provisoires) ont été retenus.										
7	<i>Droit de la famille</i> – 2509, [1996] R.D.F. 794 (j. Pierrette Rayle)	F	20.01.1946 (L)	4½ ans	Mme : GE M : GP Ordonnance intérimaire : GE à Mme	Le tribunal ne mentionne pas expressément ce critère.	Le tribunal ne mentionne pas expressément ce critère.	La capacité parentale des parties n'est pas mise en cause [p. 2]	Le tribunal ne mentionne pas expressément ce critère.	<b>Garde exclusive à Mme</b> « M... a maintenant quatre ans et demi. Doit-on modifier à ce stade l'ordonnance de garde qui prévaut présentement? Le tribunal ne le croit pas. Il ajoute toutefois que le refus d'accéder à ce stade à la demande de garde partagée de monsieur ne doit pas être interprété comme un reproche à l'égard de celui-ci. La preuve indique que monsieur agit dans l'ensemble comme un père soucieux de développer avec sa fille une relation significative malgré la séparation des parties. Un régime de garde partagée pourra éventuellement s'avérer comme répondant mieux à l'intérêt de l'enfant, lorsque M... sera un peu plus âgée [...] » [p. 3]
8	<i>M.-J.H. c. É.C.</i> , [2006] R.D.F. 818 (j. Marc Beaudoin) Les deux parties ont produit le rapport de 2 professionnels au sujet de la garde partagée des enfant en bas âge. Madame : Dr. Yvon Gauthier, pédopsychiatre Monsieur: Dr Hubert Van Gijsegem, psychologue	M	11.11.1935 (RT)	2 ans	Mme : GE M : GP	Le tribunal ne mentionne pas expressément ce critère.	Le tribunal ne mentionne pas expressément ce critère.	« Les procureurs des parties ont admis que les parents avaient tous deux la capacité parentale requise pour s'occuper de l'enfant ». [7]	« Dans le cas présent, la preuve démontre qu'il y a conflit entre les parents, ce qui n'est pas propice à la garde partagée, même si une jurisprudence récente ne la rejette pas du revers de la main. » [31]	<b>Garde exclusive à Mme</b> <i>Le juge préconise clairement la théorie de l'attachement. Il rejette pratiquement du revers de la main l'avis du Dr Gijsegem – qui ne met pas nécessairement de côté la garde partagée – au profit de celui du Dr. Gauthier qui est clairement contre la GP pour des enfants de 0 à 5 ans (les avis en question ne sont pas des expertises, car les auteurs n'ont pas rencontré les parties).</i> « Bien sûr, un enfant doit être mis idéalement en présence de ses deux parents le plus également possible. [24] Mais il y a des cas où dans l'intérêt de l'enfant, il n'est pas souhaitable de le faire trop rapidement, sans tenir compte des réactions de l'enfant en bas âge et ainsi brûler les étapes en faisant fi des conséquences qui pourraient en découler. [25]

REFERENCE	GENRE DU JUGE	GENERATION DU JUGE	AGE DES ENFANTS	MODALITES DE GARDE DEMANDEES PAR LES PARTIES	STABILITE / ENVIRONNEMENT OFFERT PAR LES PARENTS	PROXIMITE GEOGRAPHIQUE	CAPACITES PARENTALES	COMMUNICATION/ ABSENCE DE CONFLIT	DECISION
									<p>Le Dr. Van Gijssenghem a témoigné à l'effet que la société avait changé, les mères sont sur le marché du travail, les enfants sont à la garderie. Ceci est vrai, mais les besoins des enfants en bas âge, eux, n'ont pas changé. <u>L'enfant de 0 à 5 ans a encore besoin de la présence de sa mère et de stabilité</u>. Il faut, du mieux que l'on peut, s'adapter à ses besoins prioritaires de l'enfant et non pas lui demander de s'adapter à notre société dite évoluée. Si on ne le fait pas, il pourrait en découler, à court ou à moyen termes, des conséquences désastreuses pour l'enfant et partant pour la société. Le Dr Gauthier témoigne en ce sens ». [35-39]</p> <p><i>Aux paragraphes 44 à 57, le juge cite les propos du Dr Gauthier, ainsi que d'autres études sur l'importance du lien d'attachement et sur les risques de la garde partagée.</i></p>

\* Seuls les jugements finals (et non les ordonnances intermédiaires ou provisoires) ont été retenus.

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### Textes québécois

*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12

*Code civil du Bas Canada*

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25

*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16

*Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002 c. 6

*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39

*Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, c. 14

*Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55

*Loi modifiant le Code civil en matière d'obligation alimentaire*, L.Q. 1996, c. 28

*Loi modifiant le Code civil et concernant les enfants naturels*, L.Q. 1970, c. 62

*Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, c. 74

*Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72

*Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, c. 66

*Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, RLRQ c. A-5.01

*Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16

*Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 129 G.O. II, 2117

*Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*, RLRQ, c. A-5.01, r. 1

## **Textes fédéraux**

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46

*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/1997-175 (Gaz. Can. II)

*Loi d'harmonisation no 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4

*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38

*Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquence*, projet de loi n° C-560 (dépôt et 1<sup>ère</sup> lecture – 6 décembre 2013), 2<sup>e</sup> sess., 41<sup>e</sup> légis. (Can)

*Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, c. 12

*Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2

*Loi sur le divorce*, L.R.C., 1985, c. 3 (2<sup>e</sup> supp.)

*Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33

## **Textes français et convention internationale**

*Code civil français*

*Décret du 20 septembre 1972 qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens*

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3.

## TABLE DES JUGEMENTS

### Jurisprudence de la Cour suprême du Canada

*C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244

*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554

*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*,  
[2004] 1 R.C.S. 76

*Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242

*Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501

*Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27

*King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87

*P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141

*P. (M.) c. L.B. (G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30

*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484

*S. (L.) c. S. (C.)*, [1997] 3 R.C.S. 1003

*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467

*Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, conf. par [1927] A.C. 211

*Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257

*Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014

*W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108

*Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670

*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3

## **Jurisprudence canadienne**

### Colombie-Britannique

*Pierce c. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572 (B.C.S.C.)

*Roberts c. Roberts*, (1992) W.D.F.L. 381 (B.C.S.C.)

### Manitoba

*Abbott c. Taylor*, (1986) 2 R.F.L. (3d) 163 (Man.C.A.)

### Ontario

*Kruger c. Kruger*, (1979) 104 D.L.R. (3d) 481 (Ont. C.A.)

*Ligate c. Richardson*, (1997) 34 O.R. (3d) 423 (Ont. C.A.)

*MacGyver c. Richard*, (1995) 22 O.R. (3d) (Ont. C.A.)

*Wingrove c. Wingrove*, (1984) 40 R.F.L. (2d) 428 (Ont. Co. Ct.)

*Woodhouse c. Woodhouse*, (1996) 136 D.L.R. (4th) 577 (Ont. C.A.)

### Québec

*Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162

*A.T. c. M.T.*, [2001] R.D.F. 866 (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 30-01-2002, 500-09-011404-019)

*B. (A.) c. P. (F.)*, REJB 2000-19134 (C.S.)

*B. (F.) c. M. (M.)*, REJB 97-01771 (C.S.)

*B. (J.-R.) c. G. (B.)*, EYB 2005-94777 (C.S.)

*B.B. c. Be. R.*, [2002] R.D.F. 390 (C.S.)

*Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41

*C.A. c. D.F.*, J.E. 2005-1604 (C.A.)

*C.B. c. F.A.*, J.E. 2004-437 (C.S.), conf. par 2005 QCCA 510

*C.P. c. S.S.*, B.E. 2003BE-586 (C.S.)

*Côté c. Côté*, [1979] C.S. 378

*Currier c. Sabourin-Currier*, [1976] C.S. 460

*D. (P.) c. F. (W.)*, EYB 2010-180289 (C.A.)

*D.A. c. S.G.*, J.E. 2003-1678 (C.S.)

*D.B. c. J.T.*, B.E. 2002BE-300 (C.S.)

*D.C. c. S.S.*, [2004] R.D.F. 397 (C.S.)

*D.E.H.S. c. M.E.H.S.*, [2004] R.D.F. 611 (C.S.)

*D.L. c. L.D.*, 2006 QCCA 1259

*D.W. c. A.G.*, [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.)

*Droit de la famille – 06120*, [2007] R.D.F. 370 (C.S.)

*Droit de la famille – 061378*, 2006 QCCS 7835

*Droit de la famille – 071284*, EYB 2007-120341 (C.S.)

*Droit de la famille – 071776*, 2007 QCCS 3403

*Droit de la famille – 072034*, REJB 2007-123263 (C.A.)

*Droit de la famille – 072075*, 2007 QCCS 4047

*Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 (C.A.)

*Droit de la famille – 072863*, 2007 QCCS 5601

*Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640

*Droit de la famille – 073023*, 2007 QCCS 5746

*Droit de la famille – 07426*, EYB 2007-116207 (C.S.) conf. par *Droit de la famille – 072209*, EYB 2007-123916 (C.A.)

*Droit de la famille – 08022*, [2008] R.D.F. 567 (C.A.)

*Droit de la famille – 081320*, B.E. 2008BE-1020 (C.S.)

*Droit de la famille – 081485*, [2008] QCCS 2709 (C.S.), conf. par *Droit de la famille – 09746*, [2009] QCCA 623

*Droit de la famille – 081568, EYB 2008-136401 (C.S.)*

*Droit de la famille – 081618, EYB 2008-137403 (C.S.)*

*Droit de la famille – 081635, EYB 2008-137433 (C.S.)*

*Droit de la famille – 081670, EYB 2008-137347 (C.S.)*

*Droit de la famille – 081729, EYB 2008-137690 (C.S.)*

*Droit de la famille – 081953, EYB 2008-145742 (C.S.)*

*Droit de la famille – 08199, 2008 QCCS 353*

*Droit de la famille – 082022, [2008] R.D.F. 567 (C.A.)*

*Droit de la famille – 082468, EYB 2008-148354 (C.S.)*

*Droit de la famille – 08267, [2008] R.D.F. 258 (C.S), conf. par Droit de la famille – 083013, 2008 QCCA 2262*

*Droit de la famille – 082732, 2008 QCCS 5064*

*Droit de la famille – 083013, 2008 QCCA 2262*

*Droit de la famille – 083669, EYB 2008-149568 (C.S.)*

*Droit de la famille – 08544, 2008 QCCS 919*

*Droit de la famille – 08637, 2008 QCCS 1077*

*Droit de la famille – 08727, 2008 QCCS 1271*

*Droit de la famille – 08890, EYB 2008-132494 (C.A.)*

*Droit de la famille – 08895, EYB 2008-132603 (C.S.)*

*Droit de la famille – 091071, 2009 QCCS 2083*

*Droit de la famille – 091437, 2009 QCCS 2734*

*Droit de la famille – 092380, [2009] R.L. 507 (C.S.)*

*Droit de la famille – 092467, 2009 QCCA 1927*

*Droit de la famille – 092585, 2009 QCCS 4815*

*Droit de la famille – 09398, 2009 QCCA 374*

*Droit de la famille – 09468*, 2009 QCCS 835

*Droit de la famille – 09746*, [2009] R.J.Q. 945 (C.A.)

*Droit de la famille – 09916*, B.E. 2009BE-465 (C.S.)

*Droit de la famille – 101241*, 2010 QCCS 233

*Droit de la famille – 101290*, 2010 QCCS 2457

*Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561

*Droit de la famille – 102904*, EYB 2010-181538 (C.A.)

*Droit de la famille – 103136*, 2010 QCCS 5761

*Droit de la famille – 104*, [1984] C.S. 93

*Droit de la famille – 1114*, [1987] R.D.F. 366 (C.S.)

*Droit de la famille – 111729*, 2011 QCCA 1180

*Droit de la famille – 111846*, [2011] R.L. 380 (C.S.)

*Droit de la famille – 11188*, 2011 QCCS 383, conf. par *Droit de la famille – 111924*, 2011 QCCA 1236

*Droit de la famille – 112288*, 2011 QCCS 3942

*Droit de la famille – 112845*, 2011 QCCA 1646

*Droit de la famille – 113088*, 2011 QCCS 5288

*Droit de la famille – 113620*, 2011 QCCA 2164

*Droit de la famille – 113911*, 2001 QCCS 6647

*Droit de la famille – 113934*, 2011 QCCS 6691

*Droit de la famille – 120*, (1984) C.A. 101

*Droit de la famille – 121496*, 2012 QCCS 2784

*Droit de la famille – 121515*, 2012 QCCA 1140

*Droit de la famille – 12319*, 2012 QCCS 592

*Droit de la famille – 125*, [1984] C.S. 380

*Droit de la famille* – 12908, 2012 QCCS 1661

*Droit de la famille* – 1313, [1990] R.D.F. 198 (C.S.)

*Droit de la famille* – 132555, 2013 QCCS 4553

*Droit de la famille* – 141882, J.E. 2014-1818 (C.S.)

*Droit de la famille* – 1669, [1992] R.D.F. 632 (C.S.)

*Droit de la famille* – 1738, [1995] R.J.Q. 2328 (C.A.)

*Droit de la famille* – 1746, [1993] R.D.F. 85, 92 (C.S.)

*Droit de la famille* – 1826, [1993] R.J.Q. 1728 (C.A.), conf. par *P.(M.) c. L.B.(G.)*, [1995] 4 R.C.S. 592

*Droit de la famille* – 1873, [1994] R.J.Q. 1787 (C.A.)

*Droit de la famille* – 1883, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.)

*Droit de la famille* – 190, (1985) C.A. 201

*Droit de la famille* – 2017, [1994] R.D.F. 501 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2120, [1995] R.D.F. 68 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2137, [1995] R.J.Q. 583 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2201, [1995] R.D.F. 417 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2216, [1995] R.J.Q. 1734 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2345, [1996] R.D.F. 132 (C.S.)

*Droit de la famille* – 236, [1985] C.A. 566

*Droit de la famille* – 2461, [1996] R.D.F. 522 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2495, [1996] R.D.F. 779 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2505, [1996] R.D.F. 785 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2543, [1997] R.D.F. 711 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2637, J.E. 97-789 (C.A.)

*Droit de la famille* – 274, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.)

*Droit de la famille* – 2783, [1997] R.D.F. 766 (C.S.)

*Droit de la famille* – 2955, J.E. 98-746 (C.A.)

*Droit de la famille* – 301, [1986] R.J.Q. 2141 (C.S.), inf. en partie par [1988] R.J.Q. 17 (C.A.)

*Droit de la famille* – 301, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.)

*Droit de la famille* – 3055, [1998] R.D.F. 475 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3063, [1998] R.D.F. 500 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3069, [1998] R.J.Q. 3105 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3123, J.E. 98-2091 (C.A.)

*Droit de la famille* – 320, [1987] R.J.Q. 9 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3213, [1999] R.D.F. 87 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3237, B.E. 99BE-210 (C.S.)

*Droit de la famille* – 325, [1987] R.D.F. 71 (C.A.)

*Droit de la famille* – 3434, [1999] R.D.F. 732 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3441, [1999] R.D.F. 740 (C.S.), conf. par 200-09-002751-995 (C.A.)

*Droit de la famille* – 3444, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.)

*Droit de la famille* – 3475, C.S. Terrebonne, n° 700-04-002379-961, 26 novembre 1997, conf. par AZ-50068482 (C.A.)

*Droit de la famille* – 361, [1987] R.D.F. 196 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3666, B.E. 2000BE-862 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3698, B.E. 2000BE-1063 (C.S.)

*Droit de la famille* – 37, J.E. 83-435 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3714, J.E. 2000-1787 (C.S.)

*Droit de la famille* – 3731, J.E. 2000-1973 (C.S.)

*Droit de la famille* – 498, [1988] R.D.F. 223 (C.S.)

*Droit de la famille* – 666, [1989] R.D.F. 412 (C.S.)

*Droit de la famille* – 678, [1990] R.D.F. 395 (C.A.)

*Droit de la famille* – 7, (1984) C.A. 350

*Droit de la famille* – 771, [1990] R.D.F. 68 (C.A.)

*Droit de la famille* – 930, [1991] R.J.Q. 72 (C.A.)

*E.R. c. T.-A.M.*, [2004] R.D.F. 133 (C.S.)

*F. (D.) c. F. (M.)*, REJB 1998-09765 (C.S.)

*F.M. c. L.L.*, B.E. 2006BE-147 (C.S.)

*F.P. c. P.C.*, [2005] R.D.F. 268 (C.S.)

*Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48

*G. (C.) c. B. (Y.)*, EYB 2007-126490 (C.S.)

*G. (G.) c. P. (J.)*, EYB 2005-86089 (C.A.)

*G. (M.) c. D. (M.)*, REJB 2000-16656 (C.A.)

*G. (S.) c. P. (SA.)*, REJB 2005-93536 (C.A.)

*G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210

*G.L. c. B.G.*, [2002] R.D.F. 561 (C.S.)

*G.L. c. N.F.*, J.E. 2004-1189 (C.A.)

*Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108

*J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.)

*J.S. c. D.D.*, [2001] R.J.Q. 329 (C.A.)

*L. (C.) c. S. (J.)*, REJB 1997-01600 (C.S.)

*L.B. c. Li.Ba.*, [2006] R.J.Q. 862 (C.S.), conf. par *Droit de la famille* – 07527, [2007] R.J.Q. 493

*L.C.G. c. M.-C.M.*, [2004] n<sup>0</sup> AZ-50220108 (C.S.)

*L.S. c. B.J.*, EYB 2005-96771 (C.S.)

*L.V. c. J.V.*, J.E. 2003-837 (C.S.)

*M. c. D.*, [1966] C.S. 225

*M.-A.R. c. S.T.*, J.E. 2005-9 (C.S.)

*M.-C. D. c. S. Du.*, [2001] R.D.F. 617 (C.S.)

*M.-J.H. c. É.C.*, [2006] R.D.F. 818 (C.S.)

*M.-J.L. c. S.G.*, 2005 QCCA 833

*M.D. c. É.G.*, [2005] n° AZ-50343333 (C.S.)

*M.K. c. J.D.*, [2003] R.D.F. 861 (C.S.)

*M.P. c. T.C.*, J.E. 2002-287 (C.S.)

*M.R. c. G.L.*, B.E. 2003BE-698 (C.S.)

*M.T. c. H.M.*, EYB 2004-53738 (C.S.)

*Moquin c. Turgeon*, (1912) 42 C.S. 232

*N.C. c. B.R.*, B.E. 2005BE-572 (C.S.)

*N.C. c. É.A.*, [2003] R.D.F. 943 (C.S.)

*N.C. c. J.S.*, J.E. 2006-901 (C.S.)

*Odell c. Gregory*, [1894] 5 R.J.Q. 348

*P. (V.) c. S. (G.)*, REJB 2000-21256 (C.A.)

*P.G. c. M.R.*, [2002] R.D.F. 687 (C.S.), conf. par AZ-02019638 (C.A.)

*P.S. c. I.J.*, B.E. 2001BE-965 (C.S.)

*P.V. c. F.F.*, [2003] R.D.F. 217 (C.S.)

*R.B. c. N.C.*, 2005 QCCA 844

*R.L. c. P.S.*, [2005] R.J.Q. 2932 (C.S.)

*R.M. c. W.C.*, [2004] R.D.F. 289 (C.S.)

*S. (M.) c. H. (D.)*, EYB 2005-92931 (C.S.)

*S.A.J.B. c. C.H.*, [2003] R.D.F. 840 (C.S.)

*S.B. c. M.G.*, B.E. 2001BE – 642 (C.S.)

*S.L. c. M.G.*, 2011 QCCS 459  
*S.P. c. A.D.*, J.E. 2006-1134 (C.S.)  
*S.T. c. L.A.*, [1997] J.Q. no. 3489 (C.S.)  
*T. (F.) c. L. (A.)*, REJB 1998-10915 (C.S.)  
*T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.)  
*T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 (C.A.)  
*Testani c. Mion*, [1982] R.P. 335 (C.S.)  
*Trudeau c. Ouellette*, (1972) C.S. 699  
*V. (N.) c. D. (E.)*, EYB 2009-160937 (C.S.)  
*V.F. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268  
*W. (D.) c. G. (A.)*, [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.)

### **Jurisprudence anglaise**

*Dipper v. Dipper*, [1981] Fam. 31

## BIBLIOGRAPHIE

### Monographies, dictionnaires et ouvrages collectifs

- ARENDR, H., *The Life of the Mind*, New York, Harcourt, 1971
- BAILLARGEON, D., *Brève histoire des femmes au Québec*, Montréal, Éditions du Boréal, 2012
- BALA, N. et S. MIKLAS, *Rethinking Decisions About Children: Is the « Best Interests of the Child » Approach Really in the Bests Interests of Children?*, Toronto, The Policy Research Centre on Children, Youth and Families, 1993
- BALANDIER, G., *Anthropo-Logiques*, Paris, Librairie Générale Française, 1985
- BARREAU, J.-C. et G. BIGOT, *Toute l'histoire du monde : de la préhistoire à nos jours*, Paris, Fayard, 2005
- BAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 8<sup>e</sup> éd., 2014, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2014RES71
- BÉDARD, É., *L'histoire du Québec pour les nuls*, Paris, Éditions First-Gründ, 2012
- BERGER, P. et T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2012
- BOULDING, K.E., *The Image*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1957
- BOURDIEU, P., *La domination masculine*, Paris, Éditions du Seuil, 1998 (réed. 2002)
- BOWLBY, J., *Attachment and Loss: Vol. 1. Attachment*, New York, Basic Books, 1969
- BOWLBY, J., *Attachment and Loss: Vol. 2. Separation: Anxiety and Anger*, New York, Basic Books, 1973
- BOYD, S.B., *Child Custody, Law, and Women's Work*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2003
- BRISSAUD, J., *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, Albert Fontemaing, 1908
- BUTLER, J., *Undoing Gender*, New York, Routledge, 2004

- CADORET, A., *Des parents comme les autres. Homosexualité et parenté*, Paris, Odile Jacob, 2002
- CAILLEMER, R., *Les idées coutumières et la renaissance du droit romain dans le Sud-Est de la France*, Londres, Oxford University Press, 1913
- CARDOZO, B.N., *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 1928
- CARNINO, G., *Pour en finir avec le sexisme*, Paris, Éditions l'Échappée, 2005
- CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991
- CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé de la famille et lexiques bilingues*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999
- CHICOINE, J.-F. et N. COLLARD, *Le bébé et l'eau du bain*, Montréal, Québec Amérique, 2006
- CHUNN, D. et D. LACOMBE, *Law as Gendering Process*, Toronto, Oxford University Press, 2000
- Collectif CLIO, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Montréal, Le Jour, 1992
- CONKLIN, W.E., *Images of a Constitution*, Toronto, Toronto University Press, 1993
- CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Propos sur la conduite des juges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991
- CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME, *Entre le rose et le bleu : stéréotypes sexuels et construction social du féminin et du masculin*, coll. « BanQ », Québec, Conseil du statut de la femme, 2010
- CÔTÉ, E.-A., *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926
- CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, avec la collab. de S. BEAULAC et M. DEVINAT, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009
- D.-CASTELLI, M. et D. GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>e</sup> éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2005

- DAGENAIS, D., *La fin de la famille moderne. Signification des transformations contemporaines de la famille*, Québec, Presses de l'Université Laval, en collab. avec : Presses universitaires de Rennes, 2000
- DEVILLENEUVE, L.M. ET A.A. CARETTE, *Recueil général des lois et des arrêts*, Paris, Administration du recueil général des lois et des arrêts, 1851
- FENET, P.-A., *Travaux préparatoires du Code civil*, t. X, Osnabrück (Allemagne), Otto Zeller, 1968
- FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens and Sons Ltd, 1949
- FULCHIRON, H. et J. RUBELLIN-DEVICHI, *Autorité parentale et parents désunis*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1985
- FURSTENBERG, F.F. et A.J. CHERLIN, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*, Cambridge, Harvard University Press, 1991
- GADAMER, H.G., *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Éditions du Seuil, 1996
- GALARNEAU, C., *Les collèges classiques au Canada français (1620-1970)*, Montréal, Fides, 1978
- GARCEAU, J., *La cohabitation des générations*, Montréal, Éditions La Presse, 2012
- GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F. et D. LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009
- GAUVREAU, M., *Les origines catholiques de la Révolution tranquille*, Montréal, Fides, 2008
- GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954
- GILLIGAN, C., *Une voix différente. Pour une éthique du care*, Boston, Harvard University Press, 1982, trad. par Annick KWIATEK, Paris, Flammarion, 2008
- GOLDSTEIN, J., A. FREUD et A.J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973
- GRAND'MAISON, J. et S. LEFEBVRE, *La part des aînés*, Montréal, Fides, 1994

- HAMILTON, W.H., *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York, MacMillan Co., vol. 8, 1932
- HOLMES, O.W. Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1948
- HOWE, N. et W. STRAUSS, *Millenials Rising. The Next Great Generation*, New York, Vintage Books, Random House, 2000
- HUMMEL, J., *Carl Schmitt – L'irréductible réalité du politique*, Paris, Michalon, 2005
- JAMIN, C., *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso, 2012
- JESTAZ, P. et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004
- KELLY, S., *À l'ombre du mur. Trajectoires et destin de la génération X*, Montréal, Éditions du Boréal, 2011
- KELMAN, M., *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1993
- KELSEN, H. *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par Charles EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962
- LAFERRIÈRE, F., *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, t. II, Paris, Joubert, 1846
- LAJOIE, A., *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997
- LANGELIER, F., *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1905
- LAQUEUR, T., *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, Harvard University Press, 1990
- LAVALLÉE, C., *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005
- LIBERMAN, R.P., *Les enfants du divorce*, Paris, Presses universitaires de France, 1979
- LINTEAU, P.-A., R. DUROCHER, J.-C. ROBERT et F. RICARD, *Histoire du Québec contemporain. Le Québec depuis 1930*, Montréal, Boréal Express, 1989
- LLEWELLYN, K.N., *The Bramble Bush: On Our Law and its Study*, 2<sup>e</sup> éd., New York, Oceana Publications, 1930

- LLEWELLYN, K.N., *The Common Law Tradition*, Boston, Little, Brown and Co., 1960
- MARTY, G. et P. RAYNAUD, *Droit civil : les personnes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1967
- MAZEAUD H., L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, 5<sup>e</sup> éd. par Michel DE JUGLART, Paris, Éditions Montchrestien, 1972
- McCORMICK, P., *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000
- MEUNIER, É.-M. et J.-P. WARREN, *Sortir de la « Grande Noirceur ». L'horizon « personnaliste » de la Révolution tranquille*, Québec, Éditions du Septentrion, 2002
- MICHAUT, F., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2001
- MIGNAULT, P.-B., *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeurs, 1896
- MINDA, G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York University Press, 1995
- MOORE, B., C. BIDEAU-CAYRE et V. LEMAY (dir.), *La représentation de l'enfant devant les tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009
- OTIS, R. avec la collab. de N. BÉRARD, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation. Synthèse des écrits scientifiques*, Québec, Behaviora, 2000
- OUELLETTE, M., *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1995
- PARSONS, T., *Éléments pour une sociologie de l'action*, trad. par François BOURRICAUD, Paris, Plon, 1955
- PAYNE, J.D., *Payne's Commentaries on the Divorce Act, 1985*, Ontario, Don Mills (R. DeBoo), 1986
- PERELMAN, C. et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988
- PETOT, P., *Histoire du droit privé français. La famille*, Paris, Éditions Loysel, 1992
- PINEAU, J., *Traité élémentaire de droit civil. La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982-1983

- PINEAU, J., *Traité élémentaire de droit civil. La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972
- PINEAU, J. et M. PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006
- POSNER, R.A., *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008
- RICARD, F., *La génération lyrique. Essai sur la vie et l'œuvre des premiers-nés du baby-boom*, Montréal, Éditions du Boréal, 1994
- ROCHER, G., *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973
- ROSE, J., *States of Fantasy*, Oxford, Oxford University Press, 1996
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1988
- ROY, A., *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, 2<sup>e</sup> éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010
- ROY, A., *Avant-projet de loi sur l'adoption – Les écueils d'une réforme annoncée*, Conférences Roger-Comtois – Chaire du notariat, Montréal, Éditions Thémis, 2011
- SAMSOM, A., *Les boomers finiront bien par crever*, Montréal, Éditions Transcontinental, 2005
- SCHUTZ, B.M., E.B. DIXON, J.C. LINDENBERGER et N.J. RUTHER, *Solomon's Sword: A Practical Guide to Conducting Child Custody Evaluations*, San Francisco, Jossey-Bass, 1989
- SCOTT, J.W., *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, trad. par Claude SERVAN-SCHREIBER, Paris, Fayard, 2009
- STOETZEL, J. et al., *Les valeurs du temps présent : une enquête européenne*, Paris, Presses universitaires de France, 1983
- TAHON, M.-B., *La famille désinstituée : introduction à la sociologie de la famille*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 1995
- TAYLOR, C., *Les sources du moi : la formation de l'identité moderne*, trad. par Charlotte MELANÇON, Montréal, Éditions du Boréal, 2003
- TÉTRAULT, M., *La garde partagée. L'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le recours autonome de l'enfant*, Scarborough (Ont.), Carswell, 2000

- TÉTRAULT, M., *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005DRF22
- TÉTRAULT, M., *La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006
- TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991
- TIMSIT, G., *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1995
- TOLSTOÏ, L., *Anna Karénine*, trad. par Henri MONGAULT, Paris, Gallimard, 1952
- TOMASSET, C., J. VANDERLINDEN et P. JESTAZ, *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique : thèmes & commentaires ; études*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000
- TRUDEL, G., *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942
- WALLERSTEIN, J.S. et S. BLAKESLEE, *Second Chances: Men, Women, and Children a Decade After Divorce*, New York, Ticknor & Fields, 1989
- WOOLF, V., *Trois guinées*, trad. par Viviane FORRESTER, Paris, Bibliothèque 10/18, 2002
- ZAGREBELSKY, G., *Le droit en douceur. Il Diritto Mite*, trad. par Michel LEROY, Aix-en-Provence/Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Économica, 2000
- ZERMATTEN, J., *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Institut international des droits de l'enfant, Sion, Working Report, 3-2003, en ligne : <[http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_interet-superieur-enfant2003.pdf](http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interet-superieur-enfant2003.pdf)>

### Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- ABARBANEL, A., « Shared Parenting after Separation and Divorce: A Study of Joint Custody », (1979) 49:2 *American Journal of Orthopsychiatry* 320
- AHRONS, C.R., « Joint Custody Arrangements in the Postdivorce Family », (1980) 3:3 *Journal of Divorce* 189
- ALLEN, S.M. et A.J. HAWKINS, « Maternal Gatekeeping: Mother's Beliefs and Behaviors that Inhibit Greater Father Involvement in Family Work », (1999) 61 *Journal of Marriage and Family* 199
- AMATO, P.R., « The Consequences of Divorce for Adults and Children », (2000) 62:4 *Journal of Marriage and the Family* 1269
- AMSELEK, P., « La teneur indéçise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1
- ARDITTI, J.A., « Differences Between Fathers with Joint Custody and Noncustodial Fathers », (1992) 62:2 *American Journal of Orthopsychiatry* 186
- ARTIS, J.E., « Judging the Best Interests of the Child: Judges' Account of the Tender Years Doctrine », (2004) 38 *Law & Soc'y Rev.* 769
- B.-DANDURAND, R., « Famille, État et structuration d'un champ familial », (1995) 27 *Sociologie et sociétés* 103
- BAUDOIN, J.-L., « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157
- BAUDOIN, L., « Puissance paternelle », (1954) 14 *R. du B.* 478
- BAUSERMAN, R., « Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review », (2002) 16:1 *Journal of Family Psychology* 91
- BEAULIEU, M., « La condition juridique de la femme mariée (1907-1931): Salaire et communauté. Position de Marie Lacoste Gérin-Lajoie », (2001) 14 *Recherches féministes* 5
- BELLEAU, M.-C., « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », (2000) 1 *Rev. trim. dr. civ.* 1

- BELLEAU, M.-C. et R. JOHNSON, « La dissidence judiciaire : réflexions préliminaires sur les émotions, la raison et les passions du droit/Judicial Dissent: Early Reflections on Emotion, Reason, and Passion in Law », dans BELLEAU, M.-C. et F. LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 699
- BELLEAU, M.-C. et R. JOHNSON, « Les femmes juges feront-elles véritablement une différence ? Réflexions sur leur présence depuis vingt ans à la Cour suprême du Canada », (2005) 17 *R.J.F.D.* 27
- BENDER, L., « A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort », (1988) 38:1-2 *Journal of Legal Education* 3
- BENDER, W.N., « Joint custody: The Option of Choice », (1994) 21:3-4 *Journal of Divorce & Remarriage* 115
- BERGER, M. et al., « La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans : une situation à hauts risques psychiques », (2004) 16:3 *Revue Devenir* 213
- BERNARD, C. et C. CHOQUETTE, « Les incidences de l'identification génétique sur le droit de la filiation québécois », dans HEUNAU-HUBLET, C. et B.M. KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 353
- BINGHAM, J.W., « What is the Law ? », (1912) 11 *Michi. L. Review* 1
- BLOCK, J.H., J. BLOCK et P.F. GJERDE, « The Personality of Children Prior to Divorce: A Prospective Study », (1986) 57:4 *Child Development* 827
- BOWMAN, M.E. et C.R. AHRONS, « Impact of Legal Custody Status on Father's Parenting Postdivorce », (1985) 47:2 *Journal of Marriage and Family* 481
- BOYD, S.B., « Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption », (1990-91) 7 *Can. Fam. Law Q.* 1
- BUREAU, M.-F. et É. GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexions sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) 4:2 *R.D. et santé McGill* 45
- CANO, M., « Reflections on Recent Trends in the Analysis of Custody and Parental Authority in Canada », (1993-1994) 10 *Can. Fam. Law Q.* 269

- CAREAU, L. et R. CLOUTIER, « La garde de l'enfant après la séparation : profil psychosocial et appréciation des familles vivant trois formules différentes », (1990) 13:1 *Apprentissage et socialisation* 55
- CLOUTIER, R., « La garde partagée, où en sommes-nous ? », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en garde partagée*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006
- CLOUTIER, R., « La famille séparée demeure la famille de l'enfant », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 197
- COHEN, F.S., « Field Theory and Judicial Logic », (1950) 59 *Yale L.J.* 238
- COHEN, M.R., « Justice Holmes and the Nature of the Law », (1931) 31 *Colum. L. Rev.* 352
- COOK, W.W., « Scientific Method and the Law », (1927) 13 *A.B.A.J.* 303
- COSSETTE, L., « La différenciation psychologique des sexes : un phénomène en voie d'extinction ? », dans COSSETTE, L. (dir.), *Cerveau, Hormones et Sexe. Des différences en question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2012, p. 44
- COSSMAN, B. et R. MYKITIUK, « Reforming Child Custody and Access in Canada: A Discussion Paper », (1998) 15 *Can. J. Fam. L.* 13
- CÔTÉ, D., « L'équité en matière de garde parentale : l'art de l'illusion », dans TAHON, M.-B. et D. CÔTÉ (dir.), *Famille et fragmentation*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2000, p. 36
- CÔTÉ, D., « D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social », (2006) 27:1 *Revue québécoise de psychologie* 13
- CÔTÉ, P.-A., « La loi de 1985 sur le divorce et le droit civil », (1987) 47 *R. du B.* 1183
- CYR, F., « La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée ? », (2006) 27:1 *Revue québécoise de psychologie* 79
- CYR, F., « Pour en finir avec cette polémique autour de la garde physique partagée principalement pour les enfants de moins de six ans », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 185

- CYR, F., « Penser la complexité de la garde chez le nourrisson et l'enfant d'âge préscolaire », dans POITRAS, K., L. MIGNAULT et D. GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de garde. Regards psychologiques et juridiques*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 7
- DELEURY, É., « L'union homosexuelle et le droit de la famille », (1984) 25 *C. de D.* 751
- DELEURY, É., M. RIVET et J.-M. NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779
- DEMERS, É. et A. RUFFO, « La genèse du concept de l'autorité parentale et de l'intérêt de l'enfant en droit civil français et québécois », dans GLENN, P.H. (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 263
- DEVINAT, M., « L'autorité des obiter dicta de la Cour suprême », (1998) 77 *R. du B. can.* 1
- DEVLIN, R.F., « La théorie générale du droit pour les juges : ou pourquoi la théorie du droit pourrait être importante en matière de formation des juges au contexte social », (2001-2002) 4 *Rev. C.L. français* 197
- DUFOUR, S., D. FORTIN et J. HAMEL, « Sociologie d'un conflit de générations : les "baby boomers" et les "baby busters" », (1993) Numéro hors série, *Revue internationale d'études canadiennes* 9
- DUHAIME, V., « "Les pères ont ici leur devoir" : le discours du mouvement familial québécois et la construction de la paternité dans l'après-guerre, 1945-1960 », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 535
- DULAC, G., G. RONDEAU, É. COUTEAU et S. CAMUS, « La justice aux yeux des groupes de défense des droits des pères : l'érosion du sentiment de confiance dans les institutions », (2009) 55:1 *Service social* 67
- DUPUIS-DERY, F., « Le discours de la "crise de la masculinité" comme refus de l'égalité entre les sexes : l'histoire d'une rhétorique antiféministe », (2012) 25 *Recherches féministes* 89
- DWORKIN, R., *Positivism*, trad. par Michel TROPER, (1985) 1 *Droit et société* 31
- EISENBERG, T. et S. L. JOHNSON, « The Effects of Intent: Do We Know How Legal Standards Work? », (1991) 76 *Cornell Law Review* 1151

- EMERY, R.E., R.K. OTTO et W.T. O'DONOHUE, « A Critical Assessment of Child Custody Evaluations », (2005) 6:1 *Psychological science in the Public Interest* 1
- FILION, L., « Garde partagée et médiation : au-delà des attitudes et des visions qui modèlent nos interventions », dans LAURENT-BOYER, L. (dir.), *La médiation familiale – Collectif multidisciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 191
- GADDIS, S.M., « Joint Custody of Children: A Divorce Decision-Making Alternative », (1978) 16:1 *Family Court Review* 17
- GAGNÉ, G., « La question des générations. Qui a pris, laissé ou transmis quoi à qui, comment et pourquoi ? », (2011) 53 *Liberté* 7
- GAGNÉ G. et D. DUPONT, « Les changements de régime du suicide au Québec, 1921-2004 », (2007) 48 *Recherches sociographiques* 27
- GAGNON, M., « Les mythes de la garde partagée », (2006) 27:1 *Revue québécoise de psychologie* 47
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Angoisse identitaire et critique du droit. La 'critique juridique identitaire américaine' comme objet et source de réflexion théorique », (2003) 50 *R.I.E.J.* 1
- GAUTHIER, Y., « Les enfants sont-ils les cobayes de la présomption du Tribunal en faveur de la garde partagée ? », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 203
- GIROUX, M., « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », (1997) 28 *R.G.D.* 544
- GIROUX, M., « Le partage des responsabilités parentales après une rupture : une matière à débat », (1998) 77 *R. du B. can.* 354
- GLOVER, R.J. et C. STEELE, « Comparing the Effects on the Child of Post-Divorce Parenting Arrangements », dans *Children of Divorce: Developmental and Clinical Issues*, New York, Haworth Press, 1989, p. 185
- GODBOUT, É., C. PARENT et M.-C. SAINT-JACQUES, « Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques », (2014) 20 *Enfances, Familles, Générations* 168

- GOLDWATER, A.-F., « “Long Distance” Custody Cases: Are the child’s best interests kept at a distance? », dans *Développements récents en droit familial (1997)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB1997DEV378
- GORDON, M.L., « Third-Party Child Support : A Post-*Chartier* Review », (2001) 18:2 *Can. J. Fam. L.* 327
- GOUBAU, D., « Le caractère contraignant de l’obligation alimentaire des parents psychologiques », (1991) 51 *R. du B.* 625
- GOUBAU, D., « L’intérêt de l’enfant et les pouvoirs résiduels du parent non gardien », dans *Développements récents en droit familial (1995)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1995, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB1995DEV1094
- GOUBAU, D., « L’objectivation des normes en droit familial : une mission possible », (1998) 1 *Rev. trim. dr. fam.* 7
- GOUBAU, D., « Le droit des grands-parents aux relations personnelles avec leurs petits-enfants : une étude comparative des systèmes québécois, français et belge », (1999) 32 *C. de D.* 557
- GOUBAU, D., « Relations grands-parents et petits-enfants : le juste équilibre entre l’intérêt légitime et l’intrusion », dans *Développements récents en droit familial (2001)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2001, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2001DEV289
- GOUBAU, D., « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans MOORE, B. (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109
- GREIF, J.B., « Fathers, Children, and Joint Custody », (1979) 49:2 *American Journal of Orthopsychiatry* 311
- GROFFIER-ATALA, E., « De la puissance paternelle à l’autorité parentale », (1977) 8 *R.G.D.* 223
- GUILLET, S., « Les droits de l’enfant à l’occasion d’un litige familial », dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2014, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2014CDD47

- GUNNOE, M.L. et S.L. BRAVER, « The Effects of Joint Legal Custody on Mothers, Fathers, and Children Controlling for Factors that Predispose a Sole Maternal versus Joint Legal Award », (2001) 25:1 *Law and Human Behavior* 25
- HARVARD LAW REVIEW EDITORIAL BOARD, « ‘Round and ‘Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship », (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1669
- HÉBERT, K., « Carabines, poutchinettes co-eds ou freschettes sont-elles des étudiantes ? Les filles à l’Université McGill et à l’Université de Montréal (1900-1960) », (2004) 57 *Revue d’histoire de l’Amérique française* 593
- HETHERINGTON, E.M. et M.M. STANLEY-HAGAN, « The Effects of Divorce on Fathers and Their Children », dans Michael E. LAMB (dir.), *The Role of the Father in Child Development*, 3<sup>e</sup> éd., New York, John Wiley & Sons, 1997, p. 191
- HOLMES, O.W. Jr., « The Path of the Law », dans *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920
- HOVIUS, B., « The Changing Role of the Access Parent », (1993-1994) 10 *C.F.L.Q.* 123
- HUBERT, O., « Féminin/masculin : l’histoire du genre », (2004) 57 *Revue d’histoire de l’Amérique française* 473
- HUDON, C. et L. BIENVENUE, « Entre franche camaraderie et amours socratiques : l’espace trouble et ténu des amitiés masculines dans les collèges classiques (1870-1960) », (2004) 57 *Revue d’histoire de l’Amérique française* 481
- HUGHES, E.J., « Mother’s Vicarious Hand: Primary Caregiving Reconceived as Relationship and Responsibility », (2002-2003) 20 *Can. Fam. Law Q.* 467
- HUGHES, E.J., « The Language and Ideology of Shared Parenting in Family Law Reform: A Critical Analysis », (2003-2004) 21 *Can. Fam. Law Q.* 1
- HUTCHINS, R.M. « The Autobiography of an Ex-Law Student », (1933) 1 *Uni. Chi. Law. Rev.* 511
- HUTCHISON, S.L., T. AFIFI et S. KRAUSE, « The Family that Plays Together Fares Better: Examining the Contribution of Shared Family to Family Resilience Following Divorce », (2007) 46:3-4 *Journal of Divorce & Remarriage* 21
- JOHNSTON, J.R., « Research Update: Children’s Adjustment in Sole Custody Compared to Joint Custody Families and Principles for Custody Decision Making », (1995) 33:4 *Family Court Review* 415

- JOHNSTON, J.R., R. GONZALES et L.E.G. CAMPBELL, « Ongoing postdivorce conflict and child disturbance », (1987) 15:4 *Journal of Abnormal Child Psychology* 493
- JOYAL, R., « Garde partagée de l'enfant – Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes », (2003) 44 *C. de D.* 267
- JOYAL, R., « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents. Perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille », (2004) 64 *R. du B.* 445
- JOYAL-POUPART, R., « La loi 89 et l'autorité parentale », (1982) 13 *R.G.D.* 97
- JOYAL, R. et A. QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) 61 *R. du B.* 281
- KASSIE, L. et K. WENGER, « Children: Part of the Family Patrimony? A Commentary on Joint Custody », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001
- KELLY, J.B., « Children's Adjustment in Conflicted Marriage and Divorce: A Decade Review of Research », (2000) 39:8 *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 963
- KENNEDY, D., « Form and Substance in Private Law Adjudication », (1975) 89 *Harv. L. Rev.* 1685
- KENNEDY, D., « Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940 », (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 3
- KIROUACK, M.-C., « Attributs de l'autorité parentale », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles
- KLARE, K.E., « Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness », (1978) 62 *Minn. L. Rev.* 265
- KUEHL, S.J., « Against Joint Custody: A Dissent to the General Bull Moose Theory », (1989) 27:2 *Family & Conciliation Courts Review* 37
- LAMB, M., M. FRODI, C.-P. HWANG et A.M. FRODI, « Effects of Paternal Involvement on Infant Preferences for Mothers and Fathers », (1983) 54 *Child Development* 450

- LAMONTAGNE, P., « L'apport de la psychologie à la garde partagée », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 93
- LANGÉVIN, L., « Mythes et réalités : la personne raisonnable dans le livre "Des obligations" du *Code civil du Québec* », (2005) 46 *C. de D.* 353
- LANGÉVIN, L. et V. BOUCHARD, « Les grands arrêts sur les droits des femmes : projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52 *C. de D.* 551
- LANGLOIS, S., « Rôles féminins. Les rôles domestiques : de l'idée d'aide à l'idée de partage des tâches », dans LANGLOIS, S. (dir.), *La société québécoise en tendances 1960-1990*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1990, p. 119
- LANGLOIS, S., « Niveaux de vie et effets de génération », dans SAINT-PIERRE, C. et J.-P. WARREN, *Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 73
- LAVALLÉE, C., « Éthique et droit en matière d'adoption », dans F.-R. OUELLETTE, R. JOYAL et R. HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvance : quels enjeux éthiques ?*, coll. « Culture et société », Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 209
- LE BOURDAIS, C., P.J. HAMEL et P. BERNARD, « Le travail et l'ouvrage : charge et partage des tâches domestiques chez les couples québécois », (1987) 19 *Sociologie et sociétés* 37
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., « La garde conjointe, concept acceptable ou non ? », (1979) 39 *R. du B.* 835
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., « Droit de la famille à l'aube du 20<sup>e</sup> siècle : la marche vers l'égalité », (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 3
- LLEWELLYN, K.N., « A Realistic Jurisprudence – The Next Step », (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 431
- LLEWELLYN, K.N., « Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222
- LLEWELLYN, K.N., « On Reading and Using the Newer Jurisprudence », (1940) 40 *Colum. L. Rev.* 581
- LUEPNITZ, D.A., « A Comparison of Maternal, Paternal, and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life », (1986) 9:3 *Journal of Divorce* 1

- MACCOBY, E.E. et J.A. MARTIN, « Socialization in the context of the family: Parent-child interaction », dans MUSSEN, P.H. et E.M. HETHERINGTON (dir.), *Handbook of Child Psychology. Vol. 4: Socialization personality, and social development*, 4<sup>e</sup> éd., New York, Wiley, 1983, p. 1
- MACDONALD, R. A., « On the Administration of Statutes », (1987) 12 *Queen's L.J.* 488
- MAILLÉ, C., « Féminismes, genre et sexe au XXI<sup>e</sup> siècle : nouveaux habits, vieux débat ? », dans COSSETTE, L. (dir.), *Cerveau, Hormones et Sexe. Des différences en question*, Montréal, Éditions du Remue-ménage, 2012, p. 90
- MARTIN, E. et B. PYLE, « Gender, Race, and Partisanship on the Michigan Supreme Court », (2000) 63 *Alb. L. Rev.* 1205
- MAYRAND, A., « L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 621
- MAYRAND, A., « L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant », (1982) 85 *R. du N.* 28
- MAYRAND, A., « La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale », (1988) 67 *R. du B. can.* 193
- MAYRAND, A., « La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990
- MCINTOSH, J. E., B. SMYTH et M. KELAHER, « Overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children », dans MCINTOSH, J. E., B. SMYTH, M. KELAHER, Y. WELLS et C. LONG (dir.), *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for children: Collected reports*, Victoria, Australian Government Attorney General's Department, 2010, p. 85
- MERCIER-GOUIN, É., « Réflexions sur la résidence alternée : garde partagée », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès du Barreau du Québec 1999*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999
- MEUNIER, É.-M., « Une nouvelle sensibilité pour les "Enfants du Concile" ? », dans KELLY, S. (dir.), *Les idées mènent le Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, p. 93

- MICHAUT, F., « L'école de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », (1986) 17 *R.I.E.J.* 33
- MICHAUT, F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », (1987) 2 *R.I.D.C.* 495
- MOORE, B., « La notion de "parent psychologique" et le *Code civil du Québec* », (2001) 103 *R. du N.* 115
- MORIN, M., « Les changements de régimes juridiques consécutifs à la conquête de 1760 », (1997) 57 *R. du B.* 689
- MORISSETTE, Y.-M., « Quelques points de repère sur l'égalité dans une société diversifiée », (2000) 79 *R. du B. can.* 81
- MORTON, S., « Identité sexuée et pouvoir : genre et classe sociale, sexualité, citoyenneté, nation et colonialisme », (2004) 57 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 627
- MYERS, M.A., « Social Background and the Sentencing Behavior of Judges », (1988) 26 *Criminology* 649
- OLAZABAL, I., L. BLEIN, N. GUBERMAN et J.-P. LAVOIE, « Être ou ne pas être un baby-boomer. Identité assignée et identité autoattribuée », dans OLAZABAL, I. (dir.), *Que sont les baby-boomers devenus ?*, Québec, Éditions Nota bene, 2009, p. 89
- OTIS, R. et C. OTIS, « La garde partagée dans la presse scientifique : symphonie ou cacophonie ? », (2007) 23 *Can. J. Fam. L.* 215
- PALMER, B., « Women in the American Judiciary: Their Influence and Impact », (2001) 23 *Women & Politics* 89
- PAYNE, J.D. et P.J. BOYLE, « Divided Opinions On Joint Custody », (1979) 2 *Fam. L. Rev.* 163
- PEARSON, J. et M.A. LUCHESI RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21:4 *J. Fam. L.* 703
- PILON, S., « L'abandon de l'enfant, motif de déchéance de l'autorité parentale et de déclaration d'adoptabilité », (1987) *R.D.F.* 373
- PINEAU, J., « La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 *R.J.T.* 209

- POIRIER, D., « La liberté d'établissement du parent gardien : les aspects constitutionnels », (1994) 26:3 *R.D. Ottawa* 627
- POPOVICI, A., « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 207
- POUDN, R., « Law in Books and Law in Action », (1910) 44 *Am. L. Rev.* 12
- POUND, R., « The Theory of Judicial Decision. I. The Materials of Judicial Decision », (1923) 36 *Harv. L. Rev.* 641
- POUND, R., « The Call for a Realist Jurisprudence », (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 697
- POUND, R., « The Future of Law », (1937) 47 *Yale L.J.* 1
- POUSSIN, G., « La résidence alternée est-elle nocive pour les très jeunes enfants ? », dans *La résidence alternée*, Revue Divorce & Séparation, Belgique, Éditions Labor, 2004, p. 27
- POUSSIN, G., « La résidence alternée : de loin la principale menace au bien-être des enfants de parents divorcés », (2008) 33:1 *Santé mentale au Québec* 229
- PRATTE, M., « Filiation par le sang », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 29, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles
- PRATTE, M., « La garde conjointe des enfants de familles désunies », (1988) 19 *R.G.D.* 525
- PRATTE, M., « Les tenants et aboutissants de la notion d'abandon en matière de déchéance de l'autorité parentale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990
- PRENTICE, Deborah A. et E. CARRANZA, « What women and men should be, shouldn't be, are allowed to be, and don't have to be: The contents of prescriptive gender stereotypes », (2002) 26:4 *Psychology of Women Quarterly*, 269
- PROVOST, M., « Le partage de la garde et l'intérêt de l'enfant : réflexion à la lumière d'un arrêt récent de la Cour d'appel », (1987) 47 *R. du B.* 199
- PRUETT, M.K., J. E. MCINTOSH et J. B. KELLY, « Parental separation and overnight care of young children, Part I : Consensus through theoretical and empirical integration », (2014) 52:2 *Family Court Review* 240

- PRUETT, M. K., R. EBLING et G. INSABELLA, « Critical aspects of parenting plans for young children interjecting data into the debate about overnights », (2004) 42:1 *Family Court Review* 39
- REIFMAN, A., L.C. VILLA, J.A. AMANS, V. RETHINAM et T.Y. TELESKA, « Children of Divorce in the 1990s: A Meta-Analysis », (2001) 36:1-2 *Journal of Divorce & Remarriage* 27
- ROCHER, G., « Repères pour une société en mutation », (1993) 100 *Forces* 15
- ROGERSON, C., « From Murdoch to Leatherdale: The Uneven Course of Bora Laskin's Family Law Decisions », (1983) 35 *U.T.L.J.* 481
- ROGERSON, C. « The Child Support Obligation of Step-Parents », (2001) 18:1 *Can. J. Fam. L.* 9
- ROUSSEAU, N. et A. QUÉNIART, « Les pères face au système de justice : l'influence des facteurs juridiques sur le niveau d'engagement paternel à la suite d'un divorce », (2004-2005) 21 *Can. J. Fam. L.* 179
- ROY, A., – *Droit civil . – Mariage . – Régimes matrimoniaux . – Divorce . – Union civile . – Filiation*, dans JurisClasseur France, coll. « Droit comparé », V<sup>o</sup> Canada (Québec), fasc. 22
- ROY, A., « L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec. Analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé », (2012) 1 *C.P. du N.* 235
- ROY, A., « Le refus total », (1995) 37:5 *Liberté* 80
- ROY, N., « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », (2001) 61 *R. du B.* 51
- SALTER AINSWORTH, M.D., « The Development of Infant-Mother Attachment », dans CALDWELL, B.M. et H.N. RICCIUTI (dir.), *Review of Child Development Research*, vol. 3, Chicago, University of Chicago Press, 1973, p. 1
- SALTER AINSWORTH, M.D., « Attachment as Related to Mother-Infant Interaction », dans ROSENBLATT, J.S., R.A. HINDE, C. BEER et M.-C. BUSNEL (dir.), *Advances in the Study of Behavior*, vol. 9, New York, Academic Press, 1979, p. 1
- SCOTT, J.W., « Gender: A Useful Category of Historical Analysis », (1986) 91:5 *The American Historical Review* 1053

- SENÉCAL, J.-P., « La filiation et la déchéance de l'autorité parentale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Droit de la famille : L'enfant dans le nouveau droit de la famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1983
- SHAFFER, M., « Joint Custody, Parental Conflict and Children's Adjustment to Divorce: What the Social Science Literature Does and Does not Tell Us », (2007) *Can. Fam. Law Q.* 285
- SHAPIRO, A. et J.D. LAMBERT, « Longitudinal Effects of Divorce on the Quality of the Father-Child Relationship and on Fathers' Psychological Well-Being », (1999) 61:2 *Journal of Marriage and Family* 397
- SHILLER, V.M., « Loyalty Conflicts and Family Relationships in Latency Age Boys: A Comparison of Joint and Maternal Custody », (1987) 9:4 *Journal of Divorce* 17
- SCHORE, A. et J. E. MCINTOSH, « Family law and the neuroscience of attachment, Part 1. », (2011) 49:3 *Family Court Review* 501
- SILBERMAN ABELLA, R., « The Dynamic Nature of Equality », dans MARTIN, S.L. et K.E. MAHONEY (dir.), *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987, p. 3
- SILBERMAN ABELLA, R., « Public Policy and the Judicial Role », (1989) 34 *R.D. McGill* 1021
- SIMLER, P. « La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale) », (1972) 71 *Rev. trim. dr. civ.* 685
- SOLDEVILA, A., « La responsabilité pour le fait ou la faute d'autrui et pour le fait des biens », dans *Responsabilité*, Collection de droit 2010-2011, École du Barreau du Québec, vol. 4, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011CDD89
- SOLOMON, J. et C. GEORGE, « The effects on attachment of overnight visitation in divorced and separated families: A longitudinal follow-up », dans SOLOMON, J. et C. GEORGE (dir.), *Attachment Disorganization*, New York, Guilford, 1999, p. 243
- SOLOMON, J. et C. GEORGE, « The development of attachment in separated and divorced families : Effects of overnight visitation, parent and couple variables », (1999) 1:1 *Attachment & Human Development* 2
- SONGER, D. R. et K. A. CREWS-MEYER, « Does Judge Gender Matter? Decision Making in State Supreme Courts », (2000) 81 *Social Science Quarterly* 750

- SONGER, D.R., S. DAVIS et S. HAIRE, « A Reappraisal of Diversification in the Federal Courts: Gender Effects in the Courts of Appeals », (1994) 56 *Journal of Politics* 425
- STAMPS, L.E., « Maternal Preference in Child Custody Decisions », (2002) 37 *Journal of Divorce & Remarriage* 1
- STEINMAN, S., « The Experience of Children in a Joint-Custody Arrangement: A Report of a Study », (1981) 51:3 *American Journal of Orthopsychiatry* 403
- STONE, K. V. W., « The Post-War Paradigm in American Labor Law », (1981) *Yale L.J.* 1509
- TAHON, M.-B., « Nouvelles formes de régulation de la famille au Canada et au Québec : avant-gardisme et marginalisation », (2006) 5 *Enfances, Familles, Générations* 1
- TÉTRAULT, M., « L'enfant et les droits d'accès du parent psychologique », dans *Développements récents sur l'union de fait*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, 2000, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2000DEV188
- TÉTRAULT, M., « La garde partagée : la charrue avant les bœufs ? », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 115
- TÉTRAULT, M., « La déchéance de l'autorité parentale : tenants et aboutissants », dans *Repères*, octobre 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008REP741
- TIMMERMANS, H., « La garde partagée : une organisation précieuse », (2007) 1:1 *Revue scientifique de l'AIFI* 205
- TREMBLAY, M.-A., « Modèles d'autorité dans la famille canadienne française », (1966) 7 *Recherches sociographiques* 215
- VAILLANCOURT, J.-S., « Exercice de l'autorité parentale et intervention du tribunal », dans LÉVESQUE, S. (dir.), *L'enfant : sujet ou objet de droit, qu'en est-il ?*, coll. « Blais », vol. 4, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 330
- VULTUR, M., « La suréducation des jeunes au Québec », dans FAHMY, M. et A. ROBITAILLE, *Jeunes et engagés*, Institut du Nouveau Monde, Montréal, Fides, 2005, p. 86
- WILSON, B., « Will Women Judges Really Make a Difference? », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507

## **Documents ou rapports d'organismes publics**

DIRECTION DES COMMUNICATIONS DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Les juges du Québec de nomination fédérale. De 1849 à 2009*, Gouvernement du Québec, 2010

MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, *Un portrait statistique des familles au Québec*, Gouvernement du Québec, 2011

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès, Ottawa, mars 1993

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la famille : deuxième partie*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1977

## **Mémoires et thèses**

GARON, J., *L'égalité dans la mire, l'inégalité dans la peau. Comprendre l'écart entre les attentes et la réalité des parents dans le partage des tâches*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013

MALACKET, A., *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2010

MICHAUT, F., *L'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse d'État, Université de Paris X-Nanterre, 1985

## Rapports de recherche et conférences

BELLEAU, M.-C. et R. JOHNSON, « Dissidences salutaires à la Cour suprême », Conférence, 81<sup>e</sup> Congrès de l'Acfas 2013, Québec, 6 mai 2013

COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, Rapport préliminaire présenté au ministre de la Justice, 2013, en ligne : [http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp\\_prelim\\_CCDF.pdf](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf)

GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ADOPTION (sous la présidence de Carmen LAVALLÉE), *Pour une adoption à la mesure de chaque enfant*, Québec, Ministère de la Justice et Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007

JOYAL, R., É. LAPIERRE-ADAMCYK et C. LE BOURDAIS, *Le rôle des tribunaux dans la prise en charge des enfants après le divorce ou la séparation des parents*. Rapport de recherche présenté au ministère de la Justice et au ministère de la Famille et de l'Enfance du Québec, Québec, 2003

JUBY, H., N. MARCIL-GRATTON et C. LE BOURDAIS, *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'Enquête longitudinale sur les enfants et sur les jeunes*, Rapport de recherche, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2004-FCY-6F

LE BOURDAIS, C., H. JUBY et N. MARCIL-GRATTON, *Maintien des contacts pères/enfants après la séparation : le point de vue des hommes*, Rapport de recherche soumis à l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants, 2000, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, en ligne : <[http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/2000\\_3/index.html](http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/2000_3/index.html)>

MARSHALL, K., *Generational change in paid and unpaid work*, Canadian Social Trends, Statistique Canada, juillet 2011, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/11-008-x/2011002/article/11520-eng.pdf>>

MILAN, A., L.-A. KEOWN et C. ROBLES URQUIJO, *Les familles, la situation dans le ménage et le travail non rémunéré*, Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe, Statistique Canada, décembre 2011, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11546-fra.pdf>>

TÉTRAULT, M., « La garde partagée : de la légende urbaine à la réalité », Conférence, Congrès de 2004 du Barreau du Québec, Québec, 4 juin 2004 [non publiée], en ligne : <[www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende/.pdf](http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende/.pdf)>

## Documents divers

BARREAU DU QUÉBEC, Mémoire à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille : rapport sur le Code civil du Québec par l'Office de révision du Code civil, Montréal, Barreau du Québec, 1979

COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Rapport sur l'opportunité d'une réforme globale du droit de la famille québécois*, Rapport préliminaire présenté au ministre de la Justice, 2013, en ligne : [http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp\\_prelim\\_CCDF.pdf](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp_prelim_CCDF.pdf)

CAPRIOLO, P., KIROUACK, M.-C. et GAUTHIER, Y., « Lignes directrices facultatives en matière de temps parental : document explicatif », document remis lors du colloque organisé conjointement par la Chaire du Notariat et la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil, Université de Montréal, 3 avril 2014

ROCHER, G., *Un bilan du Rapport Parent: vers la démocratisation*, 2004, en ligne : [http://classiques.uqac.ca/contemporains/rocher\\_guy/bilan\\_rapport\\_parent/bilan\\_rapport\\_parent.pdf](http://classiques.uqac.ca/contemporains/rocher_guy/bilan_rapport_parent/bilan_rapport_parent.pdf)