

# Les pratiques entourant la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée devant le tribunal

Contexte historique et réflexions découlant de l'étude de dossiers judiciaires récents

Anne QUÉNIART

*Département de sociologie, Université du Québec à Montréal*

Renée JOYAL

*Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal*

## INTRODUCTION

Depuis les années 1970 au Québec, un peu avant en Europe, on remarque une augmentation importante du nombre de séparations et de divorces. Ainsi, alors que seulement 10 % des mariages se terminaient par un divorce en 1969, année où fut promulguée la première *Loi sur le divorce* au Canada, aujourd'hui, ce taux est autour de 50 % (Valois 1993). Dans le cas de couples avec enfants, ces séparations vont entraîner des changements dans la relation de ces enfants avec chacun de leurs parents en fonction, notamment, du type d'arrangement conclu quant à la garde et aux droits d'accès. En fait, dans la majorité des cas de divorce, la garde de l'enfant fait l'objet d'un consentement entre les parents. Cependant, dans un certain nombre de cas, variant autour de 10 %, la garde de l'enfant fait l'objet d'un litige, d'une contestation, et il y a alors déploiement de

l'arsenal légal afin que le conflit parental se règle, et ce, en respectant l'intérêt de l'enfant. En fait, cet intérêt de l'enfant constitue le fondement même de toute décision judiciaire en matière de garde et d'accès, le critère primordial d'attribution de la garde des enfants mineurs, comme le montrent les articles suivants de la *Loi sur le divorce* (Canada) et du *Code civil* du Québec :

En rendant une ordonnance conformément au présent article (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 (*Loi sur le divorce* : L.R.C., c. D-3.4, 1985, 2<sup>e</sup> suppl., art. 16, par. 8.)

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 l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. [...] Au moment où il prononce la séparation de corps ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux (*Code civil* du Québec : L.Q. 1991, c. 64, art. 33 et 514).

Pour s'assurer de tenir compte de l'intérêt de l'enfant, au sens large de respect de ses besoins, les parties ont parfois recours, au Québec, à des dispositifs juridiques comme l'expertise psychosociale, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par avocat. L'expertise psychosociale consiste en l'évaluation, par un expert - psychologue ou travailleur social - du contexte familial qui prévaut au moment du litige : vécu des parents dans leur propre famille d'origine, histoire du couple et de la naissance des enfants, partage des tâches, accords et désaccords dans le couple, relations avec les enfants au moment du litige, etc. Le témoignage de l'enfant, quant à lui, est un dispositif prévu dans le *Code civil* du Québec donnant à l'enfant l'opportunité d'être entendu par la cour dans un litige quant à sa garde<sup>1</sup>. En contrepartie de ce droit à être entendu, il y a la contrainte d'être appelé à témoigner si l'avocat de l'une des parties le juge nécessaire. La représentation de l'enfant par avocat renvoie à l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (Québec), accordant à chaque personne, y compris les personnes mineures, le droit d'être représenté par un avocat en cour. Le *Code de procédure civile* prévoit par ailleurs que si l'intérêt de l'enfant est en jeu dans un litige en matière familiale, le juge peut ajourner l'audience jusqu'à ce qu'un avocat soit désigné à l'enfant.

Bien que plusieurs travaux aient soulevé des questions importantes ou fait état d'observations de première main quant à l'un ou l'autre des dispositifs (Gélinas et Knoppers, 1993 ; Van Gijseghem, 1992 ; Lamontagne,

1. Il est précisé que selon son âge, il pourra être amené à témoigner sous serment ou non, en présence ou hors de la présence des parties selon son intérêt (art. 34 C.c.Q. et art. 394.1 à 394.5 C.p.c.).

1990 ; Roy, Gélinas et Knoppers, 1994), aucune étude au Québec n'a tenté de dresser un tableau complet de la situation. C'est une telle recherche<sup>2</sup> que nous avons entreprise il y a deux ans et dont nous présentons ici une partie seulement des résultats. Sa visée générale est de déterminer si les règles et pratiques observées à l'égard de ces trois dispositifs juridiques sont appropriées et garantes du respect des droits des enfants.

## **OBJECTIFS SPÉCIFIQUES DE LA RECHERCHE ET MÉTHODOLOGIE**

Les enjeux soulevés par ces nouveaux modes de régulation du divorce, fondés notamment sur les savoirs de sciences humaines, sont multiples et à la fois sociologiques (conception de la famille et des rapports familiaux), juridiques (transformations du cadre légal et procédural) et psychologiques (développement et socialisation de l'enfant). C'est pourquoi nous avons opté pour une approche pluridisciplinaire du phénomène. Nous visons un triple objectif. En premier lieu, nous voulons recueillir des informations sur les pratiques actuellement en cours, c'est-à-dire estimer leur fréquence d'utilisation, décrire les variables citées pour les justifier (âge des enfants, compétence parentale, types d'ordonnance, etc.), dégager les caractéristiques des familles concernées (âge des parents, nombre d'enfants, etc.), etc. En deuxième lieu, nous nous proposons d'analyser les perceptions des différents acteurs impliqués soit les juges, les avocats, les experts et les parents, quant aux forces, faiblesses et modalités d'application de ces dispositifs. En troisième lieu, nous voulons dégager le sens et le contenu précis que les juges, les avocats et les experts donnent, dans leur pratique, au critère de l'intérêt de l'enfant dont on a vu qu'il était associé, dans la loi, à la notion très large de besoins.

Pour atteindre le premier objectif, nous avons privilégié, sur le plan méthodologique, l'analyse de contenu d'un échantillon de dossiers judiciaires de la Cour supérieure à Montréal et à Québec dans lesquels un jugement a été rendu quant à la garde d'enfants mineurs. Une grille de compilation des données a été construite, permettant un traitement informatisé des informations recueillies et une analyse comparative. Cette grille comportait les principaux éléments suivants : le nombre d'enfants mineurs concernés, leur âge et leur sexe ; la date du jugement et sa nature

---

2. Recherche subventionnée par le CRSH (1998-2000) et dont l'équipe est composée de Renée Joyal (dir.), Anne Quéniart, Hubert Van Gijsegem et Richard Cloutier. Trois assistantes de recherche ont participé à la collecte des données du premier volet soit Suzanne Jobin, Luce Leclerc et Christiane Lareau.

(ordonnance intérimaire, c'est-à-dire avant que le jugement ne soit rendu, accessoire au jugement ou de révision à la suite du jugement); la nature de la décision rendue (de consentement ou par arbitrage judiciaire); la teneur de la décision (formule de garde retenue, principales modalités); la durée du mariage ou de la cohabitation des parents; la présence ou l'absence d'une expertise, le témoignage ou non de l'enfant et la représentation ou non de celui-ci par avocat<sup>3</sup>.

Pour ce qui est des deuxième et troisième objectifs de recherche, c'est une autre méthodologie qui a été privilégiée, soit la réalisation d'entrevues semi-directives. Les entrevues avec les juges et les avocats, que nous avons déjà réalisées<sup>4</sup> et celles avec les experts qui le seront bientôt, portent sur les principaux thèmes suivants : perception de la place de l'enfant dans l'expertise, le témoignage et la représentation par avocat; perception de l'opportunité, des forces et faiblesses de chacun des dispositifs; perception du contenu de la notion d'intérêt de l'enfant et définition; importance à donner aux divers intervenants; importance à donner à diverses variables dans la décision à prendre; combinaison de variables vues comme importantes ou essentielles; suffisance des dispositions pertinentes de la loi; suffisance des normes déontologiques actuelles; opportunité d'une approche et d'une formation particulières, étant donné que l'intervention concerne des enfants. Quant aux entrevues auprès de parents ayant expérimenté ce dispositif, elles viseront à recueillir essentiellement leurs perceptions des motifs d'utilisation et du fonctionnement du dispositif; ses forces et faiblesses; l'utilité ou non du dispositif dans leur propre cas; les modifications à y apporter, leurs perceptions et définition de la notion d'intérêt de l'enfant.

L'objet de cet article est, d'une part, d'exposer le contexte socio-historique qui a conduit à l'usage de ces dispositifs et, d'autre part, de présenter certains des résultats du premier volet de la recherche, soit l'étude de dossiers judiciaires de la Cour supérieure de Montréal.

3. De plus, les dossiers comportant au moins un rapport d'expertise seront analysés de façon spécifique. Les informations suivantes seront notamment colligées : appartenance professionnelle de l'expert; origine du mandat (cour, enfant, autre partie); enfant(s) concerné(s); objet de l'expertise; moment de l'expertise; personnes rencontrées par l'expert; recommandations; témoignage ou non de l'expert.
4. Les grilles d'entrevues ont été construites après une première enquête par questionnaire auprès d'une cinquantaine de juges de la Cour supérieure du Québec.

## CONTEXTE HISTORIQUE DE L'USAGE DES DISPOSITIFS JURIDIQUES DESTINÉS À PROTÉGER L'INTÉRÊT DE L'ENFANT DONT LA GARDE EST CONTESTÉE

Depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, les représentations de l'enfant et de la famille ont évolué sensiblement de la même manière dans la plupart des pays occidentaux, dont le Québec. On peut rappeler à cet égard que dans les sociétés traditionnelles, la famille constituait une unité de production et de consommation, au sein de laquelle les époux étaient unis sur la base d'une sorte de partenariat économique. Le mariage, quant à lui, était fondé sur la préservation et la transmission du patrimoine. Les enfants, garants de la survie de la lignée, représentaient la richesse même de la famille ; ils étaient, dans les faits, une force de travail que l'on exploitait dès leur jeune âge et une sorte d'assurance-vieillesse pour leurs parents. Dans ce type de société, le tout petit enfant était assimilé à l'animal, l'enfant à un « pré-adulte » ou à un adulte virtuel, sans besoins propres. C'est ce qui fait dire à plusieurs historiens que le sentiment de l'enfance n'existait pas, au sens où l'enfant, défini comme un être en soi, n'existait pas (Ariès, 1973). Les premières décisions connues en matière de garde contestée illustrent bien cette perception. Elles s'appuyaient sur des dispositions d'application quasi automatique : la garde provisoire de l'enfant était confiée au père à titre de titulaire de la puissance paternelle. Une fois le divorce ou la séparation de corps prononcé, la garde de l'enfant était attribuée à celui des deux époux en faveur duquel le jugement avait été rendu ; à moins de circonstances exceptionnelles, l'époux ou l'épouse coupable d'une « faute conjugale » ne pouvait donc pas obtenir la garde. Le souci de l'enfant n'était pas prioritaire dans la prise de décision ; celle-ci s'appuyait plutôt sur les règles de la morale conjugale.

Avec l'industrialisation et la migration vers les villes, les sociétés traditionnelles ont changé peu à peu, passant d'une économie familiale à une économie salariale. Il s'est amorcé alors une séparation entre la sphère de la famille, assignée aux femmes, et celle du travail, qui est revenue aux hommes. La famille a pris un nouveau sens : elle est devenue le refuge, le « *home sweet home* » où il fait bon se reposer. Tous ces changements – le salariat des pères puis celui de leurs enfants devenus adultes, le repli de la famille sur elle-même – ont modifié le rôle et la place de l'enfant : celui-ci n'était plus un enjeu patrimonial. Étant perçu dorénavant comme le seul fruit de l'amour de ses parents, il est devenu l'objet d'un important investissement affectif (Badinter, 1980). Il s'est alors dessiné un champ de l'enfance : des médecins d'abord, puis des éducateurs, des psychologues et des juristes ont mis sur pied toutes sortes d'interventions visant à

soigner, éduquer, socialiser, encadrer, réformer cet enfant. Comme le montre bien Irène Théry, c'est « au nom de l'enfance et au-delà d'elle en référence aux intérêts de la société, que la famille comme lieu de la toute-puissance paternelle perd (alors) sa compétence exclusive sur le développement et l'éducation de l'enfant » (1985, p. 36).

Au Québec, où cette évolution a été un peu plus tardive qu'ailleurs, on a assisté, dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, à l'adoption des premières lois visant les enfants délinquants ou laissés à eux-mêmes, puis de celles destinées à contrer les abus les plus criants des débuts de l'ère industrielle à l'égard des enfants ouvriers : *Acte concernant les écoles d'industrie* de 1869, *Acte concernant les écoles de Réforme* également de 1869, *Acte des manufactures* de 1885. C'est vers la même époque que s'est développée, en matière d'attribution de la garde, la théorie des « *tender years* », selon laquelle, à moins d'indignité ou d'incapacité, la mère se voit confier la garde des enfants en bas âge. Elle est présumée plus apte à en assumer la responsabilité quotidienne, le père étant confiné à son rôle de pourvoyeur. Bien que fondée sur une image toute faite des relations familiales, cette théorie a ouvert la porte à la prise en compte de l'« avantage » ou du « bien » de l'enfant dans l'attribution de la garde. Ce souci de l'enfant a occupé bientôt l'avant-scène et s'est cristallisé sous le vocable « intérêt » de l'enfant. Les conduites conjugales vont désormais être appréciées dans la perspective des aptitudes parentales (Blondin *et al.*, 1986). Malgré cette préoccupation nouvelle, les décisions arbitraires n'ont pas manqué. Une certaine « objectivation scientifique » a donc été recherchée. Dans les cas difficiles, médecins, psychologues et travailleurs sociaux vont être appelés à éclairer le tribunal. Se sont développés alors le « modèle médical » et sa variante « psychologique » de l'enfance (Rollet, 1993 ; Turmel, 1997) dont on retrouve certains des principes aujourd'hui dans l'expertise psychosociale.

Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, notamment après la Seconde Guerre mondiale, cette centration sur l'enfant s'est poursuivie et s'est même accentuée : non seulement a-t-on pris en compte son intérêt dans les lois, mais encore lui a-t-on donné une place dans les décisions judiciaires en matière de protection et aussi en cas de litiges quant à la garde lors de divorces (Joyal, 1994). Les Déclarations universelles de 1924, 1948 et 1959 sont venues reconnaître de plus en plus de droits aux enfants, parallèlement à l'émergence d'une véritable culture des jeunes, axée sur des besoins de consommation et une affirmation d'autonomie accrues. Autrement dit, le législateur s'est vu amené à « dépasser » en quelque sorte le stade de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et à lui aménager, sur la base de ses droits, une place bien à lui dans le processus d'adjudication

lui-même<sup>5</sup>. L'article 12 de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant* de 1989, ratifiée en 1991 par le Canada, a consacré d'ailleurs explicitement cette norme, que traduisent on ne peut mieux les trois dispositifs juridiques analysés dans notre recherche et notamment le témoignage de l'enfant et sa représentation par avocat : « On donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure administrative ou judiciaire l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

En moins de deux siècles, on est donc passé de l'enfant adulte virtuel et propriété de ses parents à l'enfant sujet et acteur social. Plus encore, aujourd'hui, le concept de l'enfant comme être vulnérable, hérité de la tradition de la protection élaborée au Siècle des lumières, est de plus en plus battu en brèche par celui de l'enfant comme être autonome juridiquement. Dans cette perspective, les droits de l'enfant, loin d'être spécifiques, sont les droits d'une citoyenneté pleine et entière. En matière de garde contestée, ces représentations antinomiques de l'enfant trouvent un écho dans nos questions de recherche, lesquelles peuvent se ramener à celles-ci : qu'est-ce que l'autonomie de parole de l'enfant dans le divorce de ses parents ? Ne va-t-on pas, en lui demandant son avis, l'obliger à choisir entre sa mère et son père ? Et que doit être l'avocat de l'enfant : le porte-parole de ses désirs ou le juge de son intérêt supérieur ? C'est à de telles interrogations que nous tenterons de répondre à la suite de nos entrevues avec les acteurs concernés.

## LES RÉSULTATS DE L'ANALYSE DES DOSSIERS JUDICIAIRES

### Justification du choix des dossiers retenus

Pour notre première analyse des dossiers judiciaires, nous avons exclu les dossiers relatifs aux unions de fait puisqu'ils nous semblaient moins représentatifs de l'ensemble des familles concernées. En effet, les couples en unions de fait ne sont pas obligés de recourir au tribunal pour faire sanctionner leur séparation contrairement aux couples mariés que la loi oblige à porter leur demande devant la cour. Nous nous sommes donc centrées sur les seuls dossiers de divorce comportant une demande en matière de garde, de droits d'accès ou de révision et dans lesquels un

5. Soulignons cependant qu'au Canada, la première *Loi sur le divorce* (1968, art. 11 et 12), faisait de la conduite des parents l'un des éléments pris en considération dans l'attribution de la garde.

jugement avait été rendu en 1998. Cette démarche nous a amenées à étudier des dossiers ouverts entre 1995 et 1998 puisqu'il peut arriver qu'un jugement intérimaire ait été rendu trois ans avant que le jugement final soit prononcé.

Voulant retenir, pour une première analyse, quelque 300 dossiers comportant une demande de garde ou de droits d'accès<sup>6</sup>, nous avons dû consulter en tout 1497 dossiers. Les 1197 dossiers rejetés l'ont été soit parce qu'il n'y avait aucun enfant (696), soit parce que les enfants étaient majeurs et autonomes (496), et donc, dans les deux cas, il n'y avait pas de demande de garde ou de droits d'accès, soit encore parce que le jugement final n'avait pas été rendu (5).

## DESCRIPTION GÉNÉRALE DES FAMILLES CONCERNÉES

Dans les dossiers que nous avons étudiés, les couples concernés ont été mariés entre 1969 et 1995. La durée de leur mariage varie donc d'à peine une année à 20 ans et plus. En fait, plus de la moitié de ces mariages ont duré moins de 9 ans, ce qui confirme la tendance observée depuis quelques années : alors qu'en 1969, les mariages qui finissaient par un divorce avaient duré en moyenne près de 15 ans, en 1986, cette durée était de 9,1 ans (Valois, 1993). Aujourd'hui, la majorité des divorces surviennent dans les premières années du mariage. Pour la plupart des sociologues, cette durée de vie plus courte des mariages récents s'explique historiquement. Avec l'entrée dans la modernité, l'amour a pris place dans le mariage et en a changé le sens : se marier est devenu un pacte privé entre deux personnes qui s'aiment et, ce faisant, il comporte, par sa nature même, la possibilité d'être résilié. Autrement dit, c'est parce que le sens du mariage lui-même a changé que le sens du divorce aussi s'est transformé : il est devenu non plus une forme de déviance, mais un acte courant et banal. Il est passé d'un statut de recours ultime à celui de solution normale et donc de procédure rare à celui de démarche banale. Or, comme le dit Commaille (1993), dans la mesure où sa probabilité est grande, sa représentation sociale se modifie et il vient s'inscrire dans le mariage lui-même, dans la logique nouvelle du mariage, et ce, qu'il y ait des enfants ou non.

À cet égard, le nombre d'enfants de ces couples se répartissent presque également entre les familles de deux enfants et les familles à enfant unique (autour de 40 % chacune), ce qui rejoint les données du Secrétariat

6. Il s'agit, selon l'expérience des chercheurs dans le domaine, d'un nombre jugé suffisamment représentatif.



à la famille (1995 : 4) selon lesquelles en 1995, 85 % des familles comptaient un ou deux enfants, et une famille sur sept (15 %) comptait trois enfants ou plus. En fait, au Québec, les familles de deux enfants représentent 41 % des familles et constituent la majorité des familles qui ont plus d'un enfant. Elles sont concurrencées par des familles à enfant unique dont l'augmentation est constante.

L'âge des enfants présents dans nos dossiers au moment du divorce de leur parent est, pour plus de la moitié d'entre eux, de moins de 10 ans et pour environ 10 %, de moins de 4 ans. Plusieurs enquêtes récentes ont fait ressortir à cet égard l'âge de plus en plus précoce des enfants au moment de la rupture de leurs parents. Ainsi, les données de 1994-1995 de l'enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes montrent que les enfants nés en 1983-1984 ont vécu la séparation de leurs parents dès l'âge de 10 ans pour 25 % d'entre eux, et que 23 % de ceux nés en 1987-1988 en avaient fait l'expérience dès l'âge de 6 ans (Marcil-Gratton et LeBourdais, 1999). C'est probablement un effet du hasard - non statistique - dû à un échantillon restreint qui peut expliquer le résultat surprenant de la moitié des enfants ayant moins de 10 ans au moment du divorce de leurs parents dans nos dossiers. Cependant, nos résultats sont peut-être aussi un indice de l'accentuation de la tendance générale observée. Enfin, on peut émettre l'idée qu'au Québec les parents sont amenés à divorcer plus vite, à régulariser plus vite une séparation, en raison des règles du partage du patrimoine familial, et notamment de celle qui prévoit que, sauf exception, la valeur du patrimoine est établie à la date d'introduction de l'instance en divorce.

## **TYPE DE JUGEMENT ET DÉCISION RENDUE**

Lorsqu'un seul jugement est prononcé, soit dans 260 dossiers, près des trois quarts le sont par consentement, les autres l'étant par arbitrage judiciaire, par défaut du père et par défaut de la mère, c'est-à-dire que le père ou la mère n'a pas pu contester la demande en cour, le plus souvent parce qu'il est retourné vivre dans son pays d'origine. Dans le cas des dossiers à jugements multiples, soit 40 dossiers, le jugement final prononcé est pour la moitié d'entre eux par consentement, pour plus du tiers par arbitrage judiciaire, les autres l'étant par défaut du père et défaut de la mère. Autrement dit, même dans le cas de jugements multiples, une majorité des dossiers se règle par consentement. Il serait intéressant d'analyser plus avant ces dossiers et de rencontrer des parents afin de déterminer les logiques qui ont mené à ce consentement et d'examiner quelles ont été les procédures utilisées pour tenir compte de l'intérêt de l'enfant.

En ce qui a trait à la garde des enfants, elle est confiée<sup>7</sup> à la mère dans plus de 70 % des cas, au père dans 10 % des cas environ, elle est partagée<sup>8</sup> entre les deux parents également dans autour de 10 % des cas<sup>9</sup>. Au Canada, c'est près de 80 % des enfants de moins de 12 ans qui sont confiés à la mère, 7 % au père et 12 % en garde partagée, toujours selon l'enquête nationale de 1994-1995 (Marcil-Gratton et Le Bourdais, 1999, p. 20). Au Québec, avant 6 ans, c'est plus de 90 % des enfants qui sont confiés à la mère et avant 12 ans, c'est environ 75 % des enfants. Les données des dossiers de divorce confirment donc la tendance observée dans les enquêtes. Tout se passe comme si la théorie des *tender years* était encore le principe dominant dans l'attribution de la garde et c'est ce que nous tenterons de vérifier auprès des juges de la Cour supérieure. En plus de l'attribution prépondérante de la garde à la mère, il semble que la majorité des enfants (69 %) pour lesquels une ordonnance de la cour a prévu une garde partagée vivent en fait avec leur mère seulement (Marcil-Gratton et LeBourdais, 1999, p. 22). C'est donc dire qu'avec la séparation, le père passe, bien plus que la mère, d'une situation de continuité du point de vue du rapport à l'enfant à une situation de discontinuité. À cet égard, à la lumière de nos recherches précédentes sur l'exercice de la paternité et sur le désengagement paternel (Quéniart, 1999a, 1999b) et de celles d'autres chercheurs (Furstenberg et Cherlin, 1991 ; Kruk, 1993), nous pensons que le modèle de garde dominant, qui résulte le plus souvent d'un consentement entre les parents eux-mêmes et, dans quelques cas, d'une ordonnance du juge, ne semble pas toujours tenir compte du type d'engagement paternel antérieur à la séparation : ainsi, si certains pères s'accommodent très bien de ce type de garde et y trouvent même l'occasion de construire une relation personnelle avec l'enfant, d'autres, très engagés dès le départ, ne peuvent concevoir qu'ils réussiront à maintenir une relation significative avec cet enfant en ne le voyant que quelques jours par mois.

7. Il s'agit ici de ce qu'on nomme, en droit, la garde exclusive à l'un des parents avec droits d'accès à l'autre parent, dit parent non gardien.
8. Rappelons que l'expression « garde partagée » désigne ici le partage, en alternance entre les deux parents, de la garde de l'enfant selon des périodes préalablement définies : une semaine au père, une semaine à la mère, un mois au père, un mois à la mère, par exemple.
9. Parmi les autres possibilités (environ 7 % des cas), la plus courante est celle où il y a répartition des enfants entre le père et la mère, par exemple en fonction du sexe de l'enfant (la fille à la mère, le garçon au père) ou en fonction de l'âge des enfants (le plus jeune à la mère, le plus vieux au père), ou encore selon une combinaison de ces deux caractéristiques.

## LE RECOURS À L'UN DES TROIS DISPOSITIFS

Qu'en est-il, maintenant, du recours aux trois dispositifs juridiques prévus par la loi ? Il est un peu trop tôt encore pour répondre à cette question puisque l'analyse détaillée des dossiers comportant le recours à ces dispositifs est en cours. On constate cependant déjà qu'une majorité de dossiers ne comportent ni expertise, ni témoignage de l'enfant ni représentation de celui-ci par un avocat. En effet, sur 148 dossiers analysés de façon détaillée, seuls 19 font état d'une expertise, 9 d'un témoignage et 3 d'une représentation de l'enfant par avocat. En revanche, si l'on tient compte du fait que c'est surtout dans les dossiers contestés, soit environ 10 % des cas, que le recours à l'expertise et au témoignage de l'enfant est le plus fréquent, la présence de ces dispositifs devient significative.

Si l'on compare nos données avec celles d'une recherche effectuée il y a six ans concernant l'expertise, il y aurait une assez forte augmentation du recours à celle-ci ; cette étude a retracé des expertises dans environ 3 % des dossiers, alors que la nôtre, qui porte toutefois sur un échantillon plus restreint, fait état, jusqu'à présent, de plus de 10 % de dossiers comportant au moins une expertise. Ce qu'il faut ajouter, c'est qu'un grand nombre d'expertises sont effectuées mais non produites en cour : c'est ce qui se dégage de discussions avec des experts et c'est également l'hypothèse posée par l'étude que nous avons mentionnée plus haut.

Quant au témoignage de l'enfant, il ressort de l'analyse détaillée des 148 dossiers que certains sont faits en Chambre, c'est-à-dire dans le bureau du juge, parfois en présence de la greffière ou du greffier, d'autres, en salle d'audience, en présence des avocats des parties, de la greffière ou du greffier et parfois des parents, d'autres encore, dans le cas d'adolescents surtout, sont faits par écrit au moyen d'une déclaration assermentée. Nous sommes par ailleurs à vérifier si, comme nous l'ont rapporté la majorité des juges interrogés dans le cadre de l'autre volet de notre recherche, il existe une tendance de plus en plus grande à recevoir le témoignage de l'enfant en salle d'audience plutôt qu'en Chambre, et ce, principalement pour des raisons de transparence (enregistrement du témoignage, interrogatoire, etc.).

Enfin, la représentation par avocat est la pratique la moins utilisée et semble réservée à des cas soit de manipulation de l'enfant par un des parents, soit encore de contexte familial particulièrement lourd (violence, etc.).

## CONCLUSION

Tous ces résultats doivent être interprétés avec prudence, notre échantillon étant somme toute restreint. Plusieurs des données seront réajustées une fois l'analyse détaillée de tous les dossiers complétée et à la lumière des entrevues auprès des juges, des avocats et des experts. En ce qui a trait aux dispositifs destinés à protéger les droits et l'intérêt des enfants, on constate déjà que c'est surtout dans les dossiers contestés que le recours à l'expertise, au témoignage de l'enfant et à la représentation de celui-ci par avocat est le plus fréquent.

Le premier volet de notre étude nous permet aussi d'affirmer que, même dans les cas où les parties se présentent plus d'une fois devant le tribunal, la majorité des dossiers se règlent par consentement et, par ailleurs, que la plupart des expertises sont produites en cour dans les cas où les parties semblent vraiment dans une impasse. Notons cependant que des expertises sont aussi produites dans des dossiers se réglant par consentement. On peut donc penser qu'une expertise peut parfois aider à résoudre un conflit potentiel en matière de garde.

En ce qui a trait justement aux modalités d'attribution de la garde, en majorité en faveur de la mère avec des droits d'accès de quelques jours par mois au père, nous pouvons conclure en soulignant que le système juridique véhicule une représentation du divorce comme rupture du continuum familial. Il fonctionne dans une « logique de substitution » (Théry, 1985) : à la famille « intacte » disparue devrait se substituer la nouvelle cellule familiale reconstituée par le parent gardien, la mère généralement. La rupture conjugale implique la dissolution de l'unité familiale et amène l'enfant à rompre avec une partie de sa propre histoire familiale. C'est donc dire que « le divorce est assumé comme produisant un effet important sur les liens de filiation afin de permettre la mise en place, sans conflit, d'une insertion familiale nouvelle minimisant les effets du divorce sur le mode de vie quotidien de l'enfant<sup>10</sup> ».

Une autre logique, celle dite « de pérennité », pourrait être favorisée dans certains cas. Elle suppose que la rupture conjugale, si elle entraîne la dissociation en deux foyers, maternel et paternel, n'équivaut pas nécessairement à une désagrégation de la famille. Le divorce est plutôt perçu comme une transition entre l'organisation familiale initiale et la réorganisation de ce qui demeure une entité, désormais bipolaire. Il est « assumé comme produisant un effet important sur le mode de vie de l'enfant afin de minimiser son effet sur les liens de filiation<sup>11</sup> ». Dans cette logique, ce

10. Irène Théry (1993), *Le démariage*, Paris, Odile Jacob, p. 153-154.

11. *Ibid.*, p. 155.

qui importe, c'est de préserver l'unicité de la famille initiale de l'enfant et la continuité de son histoire familiale, du lien filial, notamment avec le père. Sur le plan juridique, cela peut se traduire par l'attribution d'une garde partagée ou encore par l'établissement de droits d'accès plus étendus pour le parent non gardien.

## BIBLIOGRAPHIE

- Ariès, Philippe (1973). *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Seuil.
- Badinter, Élisabeth (1980). *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel. XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Flammarion.
- Blondin, M.-J. et al. (1986). « Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants », *Revue du Barreau*, 46, p. 105.
- Commaille, Jacques (1993). « Sociographie du divorce et divorcialité », *Population*, 4, p. 919-938.
- Furstenberg, F.F. et A.J. Cherlin (1991). *Divided families. What happens to children When Parents Part*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 142 p.
- Gélinas, Louis et Bartha Maria Knoppers (1993). « Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection », *Revue du Barreau*, 53, p. 3.
- Kruk, E. (1993). *Divorce and Disengagement. Patterns of Fatherhood Within and Beyond Marriage*, Halifax, Fernwood Publishing, 138 p.
- Joyal, Renée (1994). « L'enfant et les lois : à la recherche d'un statut », *Cahiers québécois de démographie*, 23(2), automne, p. 243-256.
- Joyal, Renée (1996). « L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision », *Les cahiers de droit*, 37, p. 51.
- Lamontagne, Paule (1990). « L'expertise psycho-légale au tribunal de la famille », *Les enfants devant la justice*, sous la direction d'Andrée Ruffo, Montréal, éd. Y. Blais, p. 257-271.
- Marcil-Gratton, Nicole et Céline Le Bourdais (1999). *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire : résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Rapport de recherche, Ministère de la Justice, Canada, juin, 38 p.
- Quéniart, Anne (1999a). « Émancipation ou désancrage social : deux représentations de la rupture parentale chez des pères n'ayant plus de contact avec leur enfant », *Déviance et société*, 23(1), p. 91-104.

- Quéniart, Anne (1999b). Les formes contemporaines de la paternité au Québec, dans *La paternité aujourd'hui : bilan et nouvelles recherches*, Actes du colloque de l'ACFAS 1998, sous la direction de J.F. Saucier et N. Dyke, Collectif du Centre de recherche et de formation (CRF), Montréal, p. 13-27.
- Rollet, Catherine (1993). « Parents, enfants : une histoire à plusieurs voix », *Parents-enfants. Droits et devoirs*, Actes du colloque de la Fédération internationale pour l'éducation des parents, Sèvres, mars, p. 33-44.
- Roy, Nicole, Louis Gélinas et Bartha Maria Knoppers (1994). « Étude empirique du processus d'expertise en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection de la jeunesse », *Revue de droit d'Ottawa*, 26(3), p. 579-627.
- Secrétariat à la famille (1995). « La composition des familles québécoises », *Carnet de famille*, 3(2), hiver-printemps, p. 4.
- Théry, Irène (1985). « La référence à l'intérêt de l'enfant, usages judiciaires et ambiguïtés », *Du divorce et des enfants*, sous la direction de O. Bourguignon, I. Théry et J.L. Rallu, Paris, Presses universitaires de France, p. 33-114.
- Théry, Irène (1993). *Le démariage*, Paris, Odile Jacob.
- Turmel, André (1997). « Absence d'amour et présence des microbes. Sur les modèles culturels de l'enfance », *Recherches sociographiques*, 37, p. 89.
- Valois, Jocelyne (1993). *Sociologie de la famille au Québec*, Montréal, CEC.
- Van Gijsegem, Hubert, dir. (1992). *L'enfant mis à nu*, Montréal, Méridien.