Document généré le 11 oct. 2024 23:55

Revue générale de droit

Le processus judiciaire et la famille

André Cloutier

Volume 19, numéro 2, juin 1988

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1059145ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1059145ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Cloutier, A. (1988). Le processus judiciaire et la famille. *Revue générale de droit*, *19*(2), 373–391. https://doi.org/10.7202/1059145ar

Résumé de l'article

La réforme du droit de la famille des années 1980 a permis à l'État d'envahir la vie privée des familles et de se substituer à la puissance paternelle.

Pour instaurer l'égalité dans le couple et accorder des droits de personnalité à l'enfant, l'État a été amené à réglementer de façon plus précise les relations familiales; ce faisant, on a craint que ce nouveau formalisme des rapports familiaux ne fasse disparaître l'altruisme et la solidarité qui sont les pierres angulaires de la vie familiale. Afin de pallier à cette difficulté on a fait du tribunal le gardien des intérêts de la famille et de l'enfant. Dans la poursuite de cette mission nouvelle, le tribunal est amené à passer outre aux droits individuels des membres pour leur préférer ce qu'il perçoit être le meilleur intérêt de la famille ou de l'enfant. Cette recherche du meilleur intérêt de la famille ou de l'enfant devient le principal sinon le seul critère fondant la décision judiciaire. Dès lors, parce que les droits individuels ne s'imposent plus à la sanction du tribunal, on ne peut les qualifier de véritables droits, tout au plus deviennent-ils des prétextes à saisir le tribunal de la vie des familles pour qu'il puisse la gouverner comme bon lui semble.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1988

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Le processus judiciaire et la famille

ANDRÉ CLOUTIER
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université Laval

RÉSUMÉ

La réforme du droit de la famille des années 1980 a permis à l'État d'envahir la vie privée des familles et de se substituer à la puissance paternelle.

Pour instaurer l'égalité dans le couple et accorder des droits de personnalité à l'enfant, l'État a été amené à réglementer de façon plus précise les relations familiales; ce faisant, on a craint que ce nouveau formalisme des rapports familiaux ne fasse disparaître l'altruisme et la solidarité qui sont les pierres angulaires de la vie familiale. Afin de pallier à cette difficulté on a fait du tribunal le gardien des intérêts de la famille et de l'enfant. Dans la poursuite de cette mission nouvelle, le tribunal est amené à passer outre aux droits individuels des membres pour leur préférer ce qu'il perçoit être le meilleur intérêt de la famille ou de l'enfant. Cette recherche du meilleur intérêt de la famille ou de l'enfant devient le principal sinon le seul critère fondant la décision judiciaire. Dès lors, parce que les droits individuels ne s'imposent plus à la sanction du tribunal, on ne peut

ABSTRACT

The family law reform of the 1980's has been the occasion for the State to invade family privacy and substitute itself to paternal authority.

To establish equality between spouses and provide children with personnal rights, the legislator had to regulate more precisely family relations. Doing so it feared that these regulations would destroy altruism and solidarity that are the foundation of family life. To avoid this, the tribunal has been charged with a new mission : guardianship of child and family interests. Since then, family conflicts are not to be decided by simple adjudication of right or wrong, but in the pursuit of more fundamental interests, those of the child or the family. This search for child and family best interests becomes the most important and often the only criterion upon which judicial decisions are based. Doing so the tribunal is not bound to enforce individual rights which merely become pretexts for judicial intervention in family life that it is called to regulate and administer.

(1988) 19 *R.G.D.* 373-391

les qualifier de véritables droits, tout au plus deviennent-ils des prétextes à saisir le tribunal de la vie des familles pour qu'il puisse la gouverner comme bon lui semble.

SOMMAIRE

I. Les principaux effets de la réforme du droit de la famille au Québec et au Canada 375
A. La réforme au plan conjugal 377
B. La réforme et la parentalité 378
II. La nouvelle juridiction du tribunal en matière familiale 379
A. Le droit et sa nécessaire sanction judiciaire 379
B. Les conflits familiaux et le processus judiciaire 380
C. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal 384
D. Une discrétion qui trouve sa légitimité dans les sciences du comportement 386
Conclusion 389

La procédure civile structure le débat judiciaire et détermine l'information à partir de laquelle la décision du tribunal est formulée.

Si la structure du débat judiciaire a évolué, c'est que la fonction judiciaire a elle-même évolué. La réforme du droit de la famille des années 1980 a conféré au tribunal, en plus de son rôle d'adjudication [1], la mission de rechercher dans ses décisions l'intérêt de la famille et de l'enfant.

Pour l'accomplissement de ses nouvelles fonctions, le tribunal s'est vu conférer une très large discrétion qui lui permet « d'évaluer » les situations qui lui sont soumises.

La recherche de l'intérêt de la famille ou de l'enfant devient le motif déterminant des décisions prises à leur sujet [2]. L'accomplissement

1. Nous entendons par « adjudication », la formulation d'une décision judiciaire qui met fin à un litige et qui est légalement motivée, c'est-à-dire qu'elle constitue la conclusion d'un syllogisme juridique où la majeure est la règle de droit, et la mineure, la preuve prépondérante administrée en cours d'instance. L. FULLER, « The forms and Limits of Adjudication », (1978) 92 *Harv. L. Rev.* 353 ; J. RESNILE, « Managerial Judges », (1982) 96 *Harv. L. Rev.* 374.

2. Voir art. 30 C.c.B.-C., 448 et 653 C.c.Q.

de cette mission donne au tribunal un intérêt personnel dans l'issue du débat, portant ainsi atteinte à son objectivité et lui permet de passer outre à la simple sanction des droits individuels qui, dès lors, ne sont plus de véritables droits.

En conférant au tribunal une mission nouvelle, on a dû modifier sa juridiction, si bien que le tribunal apparaît plus comme un administrateur familial que comme un organisme d'adjudication. On aura ainsi remplacé la puissance paternelle par l'autorité judiciaire. Ce faisant, on aura prétendu accorder aux membres de la famille des droits qui n'en sont pas [3] et assujetti l'arbitrage de leurs rapports à un processus décisionnel qui leur échappe, permettant ainsi à l'État de s'immiscer au plus profond de la vie privée des citoyens.

I. LES PRINCIPAUX EFFETS DE LA RÉFORME DU DROIT DE LA FAMILLE AU QUÉBEC ET AU CANADA

Souvent décrite comme la cellule de base de la société, c'est à partir de la famille que se modèle la société dont elle constitue le fondement. Si, traditionnellement, la famille remplissait la plupart des fonctions vitales à l'individu et à la société (reproduction, éducation, production économique, sécurité physique, matérielle et affective des membres, etc.), bon nombre de celles-ci sont maintenant assumées entièrement, ou partagées avec d'autres institutions sociales [4]. Dépouillée de ses fonctions traditionnelles, la famille se cherche. La dynamique familiale se modifie.

La baisse de la natalité, la réduction de la taille des familles, la participation des femmes au marché du travail, la prise en charge des enfants par l'État au niveau de leur éducation, si ce n'est de leur garde, ont transformé la forme et le vécu des familles. Même le modèle type de la famille nucléaire, regroupant le père, la mère et leur enfant, devient socialement minoritaire, représentant moins de 30 % des ménages [5]. Déjà, en 1966, Marc Adélard Tremblay [6] décrivait ainsi les transformations les plus visibles, subies par la famille québécoise : émergence de la famille conjugale; égalitarisme et émancipation féminine; démocratisation des relations parentales; uniformisations des normes de consommation.

---

3. Comme nous le verrons plus loin dans un arrêt récent de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vignault-Fines* c. *Chardon*, C.S. Can., 17 septembre 1987, n° 20257.

4. M. EICHLER, *Families in Canada Today. Recent Changes and their Policy Consequences*, Toronto, Gage Publishing Co., 1983, p. 248-269.

5. P. LEFEBVRE, *La révolution tranquille des modes de vie familiaux*, Laboratoire sur la répartition et la sécurité des revenus, Montréal, UQAM, 1980, p. 9.

6. M.A. TREMBLAY, « L'éclatement des cadres familiaux traditionnels au Canada fançais », in *Relations* n° 305, mai 1966, p. 131-132.

Essentiellement tributaire des changements sociaux, le droit de la famille devait lui aussi être modifié. En effet, les institutions familiales insérées dans notre *Code civil* de 1866 ne correspondaient plus à la réalité. Elles traduisaient une conception de la famille fondée sur la légitimité du lien matrimonial, sur la puissance maritale, sur la dépendance et la soumission de l'épouse et sur la puissance paternelle [7]; la société a rejeté ce modèle familial pour évoluer vers un nouvel ordre basé sur l'égalité de l'homme et de la femme [8], dont la vie de couple, ne repose pas nécessairement sur le mariage [9], dont l'union est souvent éphémère [10] et n'a pas pour seul but la procréation [11].

Suite à ces changements, la typologie des familles devait être redéfinie en distinguant conjugalité et parentalité; la première ne devant plus avoir d'influence sur la seconde [12].

---

7. Office de révision du Code civil, *Rapport sur la famille*, Partie 1, Vol. 26, Montréal, 1974, p. 1.

8. E. DELEURY, M. RIVET et J.M. NAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », (1974) 15 *C. de D.* 781, p. 828.

9. Thomas K. BURCH et A.K. MADAM, *Formation et rupture d'unions : résultats de l'enquête sur la famille de 1984*, ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1986, Catalogue 99-963, p. 10 et ss. Dans leur étude, BURSH et MADAM ont constaté que si le nombre d'unions consensuelles a augmenté beaucoup au cours des dernières années au Canada, cette augmentation serait compensatoire au vieillissement de ceux qui se marient. Selon leur étude, si les Canadiens tendent à se marier plus tard dans leur vie, le rythme de formation des couples est, quant à lui, demeuré à peu près constant au cours des dernières années. Les unions consensuelles apparaissent donc comme un type d'union que l'on rencontre de plus en plus souvent chez les jeunes, d'une durée très éphémère (70 % sont dissoutes dans les 5 ans de leur formation, leur durée médiane étant de 3 ans) et précédant souvent un mariage (près de 50 % de ces unions se terminent par le mariage des parties).

10. Selon Thomas K. Burch et Ashok K. Madam, en tenant compte conjointement des séparations et des divorces, le taux de ruptures de mariage chez les générations de Canadiens les plus jeunes pourrait dépasser 30 % et pourrait peut être même atteindre 40 %; voir J.K. BURCH et A.K. MADAM, *op. cit.*, note 9, R. 16.

11. Si, en 1951, on ne rencontrait que 3,1 % des naissances hors mariage, en 1981, ce taux était passé à 15,6 %. Par ailleurs, l'indice de fécondité a chuté dramatiquement au Québec au cours des trente dernières années, étant de 3,98 % en 1956, il était tombé à 1,57 % en 1982. Voir *Pour les familles québécoises*, Document de consultation sur la politique familiale, Gouvernement du Québec, 1984, p. 25 et 26.

12. C'est ce que proclament l'article 594 C.c.Q. à l'égard des enfants : « Tous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance », et l'article 647 C.c.Q. qui accorde l'autorité parentale aux père et mère de l'enfant sans distinction quant à leur état matrimonial.

A. LA RÉFORME AU PLAN CONJUGAL

Au niveau du mariage, la réforme a donc visé à redonner à la femme mariée sa capacité juridique de personne majeure et à instaurer la cogestion familiale [13].

Sur le plan matériel, considérant les époux comme deux associés, le principe de la cogestion a été étendu formellement à la résidence familiale [14] et aux meubles qui la garnissent [15]. De plus, au cas de dissolution du mariage, afin de favoriser un partage équitable des biens acquis par les époux au cours de leur association de vie commune, la société d'acquêts a été promue au rang de régime matrimonial légal [16]. C'est dans la même perspective que l'on aura introduit, en régime de séparation de biens, une présomption de copropriété indivise de tout bien à l'égard duquel aucun des époux ne peut justifier une propriété exclusive [17]. Enfin, pour s'assurer qu'aucun des époux ne puisse s'enrichir aux dépens de l'autre, le législateur a introduit au *Code civil* le recours en prestation compensatoire, exerçable chaque fois qu'il est porté atteinte au lien matrimonial [18]. Ce recours d'équité, rappelons-le, permet au tribunal, au-delà des règles du régime matrimonial, d'établir un équilibre entre les patrimoines de chacune des parties [19], pour éviter tout enrichissement indu.

Troisièmement, la réforme a cherché à rendre plus accessible et équitable la séparation des époux dont le mariage a connu un échec. Ainsi, au cas de séparation de corps, si une entente est intervenue entre les époux et portant sur les diverses conséquences de leur séparation, le tribunal peut l'entériner et rendre jugement sans que les époux n'aient à faire la preuve des causes de leur action [20]. Dans les autres cas, des présomptions ont été édictées afin de faciliter la preuve des motifs de séparation [21]. En matière de nullité de mariage, on a revisé l'institution du mariage putatif afin d'y insérer un recours alimentaire en faveur de l'ex-conjoint de bonne foi et le recours en prestation compensatoire [22]. Ces modifications ont eu pour effet d'uniformiser les conséquences de la nullité de mariage avec celles d'un divorce ou d'une séparation de corps.

---

13. Art. 441, 442 et 443 C.c.Q.
14. Art. 444 et 451 et ss C.c.Q.
15. Art. 449 et 450 C.c.Q.
16. Art. 464 C.c.Q.
17. Art. 520 C.c.Q.
18. Art. 439, 459, 533, 559 C.c.Q. et 735.1 C.c.B.-C.
19. Le juge Robert LESAGE, « La compensation de l'appauvrissement indu », (1984-85) 87 *R. du N.* 5.
20. Art. 527 C.c.Q.
21. Art. 526, 540 à 542 C.c.Q.
22. Art. 439 C.c.Q.

Enfin, au niveau du divorce, en 1986, entrait en vigueur la nouvelle loi sur le divorce par laquelle le Parlement du Canada, allant dans le même sens que l'avait fait l'Assemblée nationale cinq ans auparavant, simplifiait les motifs de divorce [23], redéfinissait les conditions d'attribution et fixait des objectifs à la pension alimentaire [24], désormais perçue comme un moyen de pallier à court terme [25] aux conséquences économiques d'une société de vie commune qui se dissout.

B. LA RÉFORME ET LA PARENTALITÉ

La réforme du droit de la famille, au titre de la filiation et de l'autorité parentale, a voulu transformer complètement la philosophie du *Code civil* de 1866 qui n'accordait aux parents que des droits et à l'enfant, que des devoirs [26]. Conséquence de la nouvelle égalité des conjoints en mariage, la puissance paternelle fait place à l'autorité parentale, exercée en pleine égalité par le père et la mère [27].

Du point de vue de l'enfant, celui-ci apparaît d'abord, au lendemain de la réforme, comme un être à protéger : contre lui-même, en raison de sa minorité [28], et contre les autres, dans la mesure où sa santé ou

---

23. *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, S.C. 1986, c. 4 (ci-après citée *L.D.*). Si cette loi nouvelle a simplifié les causes de divorce en réduisant leur nombre de neuf à une seule, soit l'échec du mariage, cette réforme n'est quand même pas allée aussi loin que celle qu'avait adoptée en 1980 l'Assemblée nationale du Québec, par les articles 538 et ss. C.c.Q. Ces dispositions du *Code civil du Québec* ne sont cependant pas entrées en vigueur, faute de compétence législative provinciale à cet effet (voir *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 80).
En effet si le Parlement du Canada a réduit les causes de divorce à une seule, celle-ci ne peut-être établie que par la preuve de l'une ou l'autre des trois situations contemplées au paragraphe 8(2) *L.D.* Aussi bien dire que le divorce ne sera prononcé que lorsque les parties auront vécu séparées l'une de l'autre depuis au moins un an, ou lorsque la partie défenderesse aura commis l'adultère ou encore lorsqu'elle aura traité la partie demanderesse avec cruauté mentale.
À l'opposé, la réforme provinciale du divorce, si elle prévoyait des présomptions pouvant faciliter la preuve du motif de divorce (art. 540, 541 et 542 C.c.Q.) cette preuve n'était pas limitée aux seuls moyens édictés par le Code et les parties pouvaient même en être totalement dispensées, si elles s'étaient entendues sur les conséquences de leur divorce (539 C.c.Q.). Le divorce serait alors devenu, pour le tribunal, l'exercice d'une juridiction gracieuse, en l'absence de toute procédure adversariale.

24. Art. 15 *L.D.*

25. *Droit de la famille — 318*, [1986] R.J.Q. 2911 (C.A.).

26. O.R.C.C., *Rapport sur la famille*, Partie 2, Vol. 26, Montréal, 1975, p. 6.

27. Art. 638 C.c.Q.

28. Art. 986 C.c.B.-C. et ss.; *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, ch. 18 : art. 170 et ss. C.c.Q. Par cette disposition, le tribunal devient le protecteur de l'enfant dont il recherche activement l'intérêt et la protection des droits dans les décisions qui le concernent.

son développement seraient compromis [29]. L'autorité parentale fait également l'objet d'un double contrôle d'opportunité [30] et d'exercice [31] visant à protéger l'enfant.

Deuxièmement, l'enfant devient sujet de droits [32]. Par rapport à sa famille, les droits de l'enfant découlent de sa filiation [33] et cessent d'être tributaires de l'état civil de ses parents au moment de sa conception ou de sa naissance. Il n'y a plus de distinction entre enfants légitimes ou naturels; tous ont les mêmes droits. Cette première réforme, qui sépare pour la première fois les rapports de filiation de la conjugalité, sera bientôt complétée par l'entrée en vigueur du livre premier du *Code civil du Québec* [34]. En effet, le nouveau *Code civil* édicte des droits de personnalité spécifiques à l'enfant qui s'ajoutent aux autres droits dont il est titulaire comme tout être humain. Ainsi, il y est édicté que l'enfant a droit à la protection, la sécurité et à l'attention de ses parents [35]. On y réitère aussi le principe contenu à l'article 30 C.c.B.-C. à l'effet que toute décision prise à son sujet doit l'être dans son intérêt et dans le respect de ses droits [36].

Enfin, alors que sous le Code actuel l'enfant qui n'aurait pas demandé à intervenir dans un litige qui l'intéresse, peut se voir invité à le faire par le tribunal [37], cette possibilité deviendra une obligation dans le nouveau Code [38].

II. LA NOUVELLE JURIDICTION DU TRIBUNAL EN MATIÈRE FAMILIALE

A. LE DROIT ET SA NÉCESSAIRE SANCTION JUDICIAIRE

L'affirmation des droits de l'épouse et de l'enfant, de même que l'instauration d'une direction collégiale de la famille [39] ont eu pour effet de structurer et rendre plus formels les rapports familiaux.

---

29. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.
30. Pour motif grave, dit le *Code civil*, un parent peut être déchu totalement ou partiellement de son autorité parentale; art. 654 et ss. C.c.Q.
31. Lorsque la sécurité et le développement de l'enfant sont compromis, celui-ci pourra faire l'objet de mesures de protection; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. 34.1, art. 51 et ss. Voir aussi art. 653 C.c.Q. où le tribunal est appelé à arbitrer les conflits parentaux d'exercice de leur autorité parentale.
32. E. DELEURY *et al*, *loc. cit.*, note 8.
33. Art. 594 C.c.Q.
34. *Supra*, note 28. Sanctionné le 15 avril 1987, mais devant entrer en vigueur sur proclamation du Gouvernement.
35. Art. 32, C.c.Q.
36. Art. 33 C.c.Q.
37. Voir art. 31 C.c.B.-C.
38. Art. 34, C.c.Q.
39. Office de révision du Code civil, *op. cit.*, note 26, p. 13. L'affirmation des droits

Si nous définissons le droit subjectif comme « une restriction légitime à la liberté d'autrui établie par la norme objective (la règle de droit) en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs »[40], il est de l'essence d'un droit que son titulaire soit protégé contre toute atteinte qui pourrait y être portée. Si un droit n'emporte pas de restriction obligatoire à la liberté d'autrui, il n'établit plus de domaine réservé d'action à son titulaire. Il est donc essentiel à un droit qu'il puisse être opposé à quiconque. Or, cet attribut essentiel du droit ne saurait exister sans la protection judiciaire; sinon, c'est le retour à la loi du plus fort qui va à l'encontre du principe même de la règle de droit.

L'affirmation des droits individuels des membres de la famille appelle donc nécessairement leur sanction judiciaire. Mais cette judiciarisation des conflits familiaux et leur traduction au sein du débat contradictoire va à l'encontre de la solidarité et de l'altruisme que l'on s'attend tout naturellement à retrouver au sein d'une famille[41].

B. LES CONFLITS FAMILIAUX ET LE PROCESSUS JUDICIAIRE

Le Comité sur le tribunal de la famille de l'Office de révision du Code civil avait pressenti les conséquences de l'affirmation des droits individuels sur la vie familiale; c'est pourquoi il recommandait la création d'un tribunal ayant une double fonction, à la fois sociale et judiciaire :

> Le Comité estime que le tribunal de la famille devrait être essentiellement une cour de justice, car il considère que le système judiciaire demeure, encore aujourd'hui, la seule solution valable tant et aussi longtemps que l'on n'aura pas trouvé une formule plus adéquate offrant les mêmes garanties d'impartialité et de respect des droits des parties. Le Comité est également d'avis que le tribunal de la famille devrait assumer un rôle thérapeutique en offrant aux justiciables l'aide nécessaire pour concilier leurs différends et prévenir, dans

---

de l'enfant a consisté principalement à ne plus les rendre tributaires de l'état matrimonial de ses parents (594, 431, 535 et 568 C.c.Q.) et à lui donner une voix indépendante dans les conflits où son intérêt n'est pas représenté, *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille et modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1982, c. 17 a. 29. Quant à la femme mariée, cette affirmation de ses droits a provoqué redéfinition du concept de mariage, qui, par ses effets, se veut une union en pleine égalité d'un homme et d'une femme. C'est donc principalement au moyen du régime primaire que l'on a imposé à toutes les unions matrimoniales cette matrice de l'égalité des conjoints (441 C.c.Q.) et de la cogestion familiale (443, 444, 449, 451, 452 et 453 C.c.Q.).

40. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Introduction générale*, Paris, L.G.D.F., 1977, p. 141.

41. F. OLSEN, « The Family and the Market : A Study of Ideology and Legal Reform », (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 1497, p. 1539.

la mesure du possible, la détérioration du conflit et la création de problèmes plus graves et plus complexes ou encore de situations irréversibles. [42]

Comme nous l'avons vu plus haut, les législateurs canadiens et québécois ont donné suite à ces recommandations et confié au tribunal, en plus de sa fonction traditionnelle d'adjudication, la mission de conseiller, concilier [43], réconcilier [44] les époux et de veiller aux intérêts de la famille et de l'enfant [45]. Tel qu'il avait été suggéré par le Comité [46], pour l'accomplissement de cette mission, le tribunal a été doté de certains services spécialisés [47] et la procédure civile a été modifiée afin de permettre une approche globale des problèmes familiaux. Mais cette approche nouvelle, qui vise à permettre une meilleure compréhension des problèmes familiaux, affecte le processus d'adjudication lui-même. Dorénavant, le tribunal est voué « à la recherche de solutions et à la prise de décisions dans le meilleur intérêt de la famille, plutôt qu'à la seule sanction des droits d'un individu, sans égard aux conséquences qu'elle peut entraîner sur les autres membres de la famille » [48]. C'est précisément la consécration de cette vision du processus judiciaire que le législateur québécois a retenu pour l'arbitrage des conflits entre conjoints (art. 448 C.c.Q.) et entre parents (art. 653 C.c.Q.).

La recherche de l'intérêt de la famille ou de l'enfant, selon le cas, devient le principe décisionnel supérieur en vertu duquel les conflits familiaux doivent être tranchés. Motif déterminant des décisions judiciaires, ce principe transcende les droits individuels des membres. Or, notre Code ne définit pas ce principe supérieur ni ne précise ses critères d'appréciation [49]. Il appartient au tribunal de définir cet intérêt dans chaque cas particulier. Cette juridiction nouvelle du tribunal a pour effet de porter atteinte à la légitimité même de l'institution judiciaire. Le tribunal n'est plus tenu de se limiter à la sanction des droits des parties, qui dès lors n'en sont plus, mais est appelé à faire œuvre législative en définissant lui-même l'issue du débat, dans chaque cas particulier.

Une décision récente et unanime de la Cour suprême du Canada [50] illustre bien cette juridiction pour le moins inusitée qui est accordée aux tribunaux.

---

42. Office de révision du Code civil, *op. cit.*, note 26, p. 45.
43. Art. 448 et 528 C.c.Q.
44. Art. 10, *L.D.*
45. Art. 30 C.c.B.-C., 448, 528 et 653 C.c.Q.
46. Office de révision du Code civil, *op. cit.*, note 26, p. 45.
47. Le service d'expertise psycho-sociale, les services de médiation et de conciliation et le service de perception des pensions alimentaires.
48. Office de révision du Code civil, *op. cit.*, note 26, p. 42.
49. Seul l'article 30 C.c.B.-C. énumère de façon non limitative certains facteurs devant être pris en considération par le tribunal dans la détermination de l'intérêt de l'enfant.
50. *Vignaux-Fines* c. *Chardon*, [1987] 2 R.C.S. 244.

En 1981, l'épouse de l'intimé demande le divorce et obtient de consentement la garde provisoire de ses deux enfants âgés de 10 et 11 ans[51]. En 1983, étant atteinte d'une maladie mortelle, la mère confie les enfants à sa sœur et son beau-frère, les appelants en la présente cause. La mère décède le 23 novembre 1983. Devant le refus des appelants de lui rendre les enfants, le père entreprend des procédures judiciaires au début de l'année 1984. Le 16 mars 1984, la Cour supérieure fait droit à la demande du père et ordonne que ses enfants lui soient rendus, ce qui fut fait le 25 mars. Mais les enfants ne l'entendent pas ainsi et à compter de ce jour, ils multiplieront les fugues pour tenter de retourner vivre chez les appelants, tant et si bien que de nouvelles procédures judiciaires seront entreprises quelques mois plus tard par les appelants et que la Cour supérieure leur confiera la garde « physique » des enfants le 29 novembre 1984.

Ce jugement de la Cour supérieure sera renversé par la Cour d'appel pour deux motifs : premièrement, parce que le jugement de première instance établit une distinction illégale entre la garde légale des enfants (qui appartiendrait de droit à leur père en vertu des articles 647 et 648 du *Code civil du Québec*) et leur garde physique; et deuxièmement, parce que ce droit de garde accordé au père par la loi ne pouvait être simplement ignoré en faveur d'une tierce personne sans un motif grave. Or, en l'espèce, aucune preuve d'indignité ou d'incapacité parentale n'avait été faite contre le père. Le jugement de première instance était fondé simplement sur l'opinion d'un expert qui concluait que le lien psychologique qui s'était tissé entre les enfants et le couple appelant devait transcender le seul lien biologique. Pour la Cour d'appel, cela était insuffisant. En effet, à la page 14, le juge Nichols, rendant le jugement pour la Cour, dit :

> En mariage, ce sont les époux qui exercent ensemble cette autorité (art. 643 C.c.Q.). Dans tous les cas, ce sont le père et la mère (art. 648 C.c.Q.). Que les enfants soient liés aux parents par un lien biologique ou par adoption, leurs droits et obligations sont les mêmes (art. 594 et 628 C.c.Q.). Enfin, tous les enfants restent sous l'autorité de leur père et mère jusqu'à leur majorité (art. 646 C.c.Q.) [...]
>
> Bref, la loi consacre le principe que les père et mère ou, le cas échéant, le survivant d'entre eux, sont présumés agir dans le meilleur intérêt de leurs enfants.

51. Malgré l'importance de l'âge des enfants lorsqu'il s'agit d'apprécier judiciairement la manifestation de leurs désirs, une imprécision semble s'être glissée dans la décision de la Cour suprême. En effet, la Cour, dans son jugement, affirme que les enfants auraient êtê âgés de 13 et 12 ans en 1981, soit au début des procédures de divorce de leurs parents. Or, selon le jugement de la Cour d'appel du Québec ([1987] R.J.Q. 9), ces enfants étaient respectivement nés le 14 septembre 1970 et le 25 août 1971. Ils ne pouvaient donc, en 1981, avoir plus de 10 et 11 ans.

> Le tiers qui veut dépouiller les père et mère de l'autorité parentale que la loi leur reconnaît doit demander en justice la déchéance totale ou partielle en démontrant un motif grave et l'intérêt de l'enfant. [52]

En fait, tel que l'exprimait le juge Louis LeBel dans une autre affaire, « [i]l n'est pas nécessaire que le jugement attribuant la garde de l'enfant à un tiers soit précédé d'une autre décision concluant à la déchéance paternelle. Il suffit que le motif soit établi. La constatation de celui-ci, cependant, reste nécessaire à la décision sur l'attribution du droit de garde, même s'il n'est pas nécessaire de prononcer implicitement le retrait de l'autorité » [53].

Pour la Cour d'appel, lorsqu'un conflit relatif à la garde d'un enfant oppose un (ou les) parent(s) et une tierce personne, il ne peut être passé outre au droit du (des) premier(s) en faveur de la seconde, au nom de l'intérêt de l'enfant, que dans la mesure où est mis en preuve contre ledit parent un fait qui serait suffisamment grave pour entraîner la déchéance de l'autorité parentale.

Pour la Cour d'appel, il n'y a de cohérence entre le principe décisionnel supérieur édicté par l'article 30 C.c.B.-C. et les droits accordés aux parents à l'article 647 C.c.Q. que dans la mesure où l'on tire de ces deux articles une inférence nécessaire à l'effet que les parents sont présumés agir dans l'intérêt de leur enfant. Dès lors, il y a coïncidence entre les droits des parents et l'intérêt de l'enfant et cette coïncidence ne peut être brisée que par la preuve d'un motif grave le justifiant. Ainsi, le tiers qui, au départ, n'a aucun droit à la garde d'un enfant, ne peut se la voir confiée par le tribunal qu'en faisant d'abord la preuve de faits suffisamment graves pour démontrer que les parents devraient en être déchus. C'est à ce prix que le tiers pourrait se voir conférer par jugement un droit que la loi accordait à d'autres. Tel que le mentionnait le juge Mayrand dans *Droit de la famille —52* :

> L'article 30 C.c.B.-C. n'a pas pour effet de permettre à un tiers de se faire attribuer la garde d'un enfant contre la volonté de son père pour la seule raison qu'il serait mieux en mesure que ce dernier d'exercer son « devoir de garde, de surveillance et d'éducation ». S'il en était autrement, aucun parent ne serait à l'abri d'un retrait de son droit de garde, car il est toujours possible de trouver un meilleur éducateur et un meilleur gardien que soi. [54]

Or, c'est précisément ce que la Cour suprême du Canada semble avoir fait dans la présente affaire, en renversant la décision de la Cour d'appel. En effet, pour la Cour suprême :

---

52. *Droit de la famille —320*, [1987] R.J.Q. 9, p. 15.
53. *Droit de la famille — 236*, [1985] C.A. 566, p. 573. Voir aussi l'opinion du juge MAYRAND dans *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388, p. 391-392.
54. [1983] C.A. 388, p. 392.

> L'article 30 C.c.B.-C., qui fait de l'intérêt de l'enfant le motif déterminant des décisions prises à son sujet, permet d'attribuer la garde d'un enfant à un tiers lorsqu'il y va de son bien-être, *en l'absence même de tout comportement fautif du titulaire de l'autorité parentale*. Le tiers qui entend obtenir la garde d'un enfant doit renverser la *présomption* qui veut qu'un parent est mieux en mesure d'assurer le bien-être de son enfant. Il doit établir de façon prépondérante que le développement ou l'épanouissement de l'enfant *risque* d'être compromis s'il demeure chez son père ou sa mère ou s'il retourne y vivre. [55]

Ainsi, au jugement de la Cour suprême, le droit des parents n'est pas un droit mais une simple présomption, réfragable sur preuve d'un risque pour l'enfant de voir son développement être compromis. Le tribunal peut et doit même agir de façon préventive. L'intérêt supérieur de l'enfant commande. Dans la recherche positive de cet intérêt, le droit des parents cède le pas. À moins de supposer, comme le faisait la Cour d'appel du Québec, que dans l'ordre juridique, le droit des parents et l'intérêt de l'enfant coïncident [56], chaque fois que l'un et l'autre entrent en compétition, le tribunal doit préférer l'intérêt de l'enfant, tel que le commande l'article 30 C.c.B.-C. Le droit de garde de l'enfant devient donc un droit qui sera créé par jugement, par opposition à un droit créé par la loi et dont la sanction s'imposerait au tribunal [57].

La mission conférée au tribunal de rechercher l'intérêt de la famille ou de l'enfant peut donc l'amener à passer outre à la sanction des droits individuels conférés par la loi. Au surplus, la discrétion donnée au tribunal de définir l'intérêt supérieur devant être poursuivi dans chaque cas particulier, conduit à des décisions particularisées, ne comportant aucune garantie à l'effet que tous les cas semblables seront traités de la même façon par tous les juges; et cela porte atteinte au principe de l'égalité de tous devant la loi.

C. LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU TRIBUNAL

Lorsque le Comité sur le tribunal de la famille recommandait en 1975 que les décisions judiciaires visent à trouver une solution au problème litigieux plutôt qu'à sanctionner les droits d'un membre de la famille sans égard aux conséquences que cela peut avoir sur les droits des autres membres [58], ce qui était suggéré en fait, c'était de faire du tribunal de la famille une cour d'équité par opposition à une cour de justice. Il y a

---

55. *Vignaux-Fines* c. *Chardon*, 17 septembre 1987, n° 20257, p. 5 et 6. (Le souligné est le nôtre).

56. Voir *Droit de la famille — 320, supra*, note 52, p. 14.

57. Voir par exemple l'opinion exprimée par le juge en chef CÔTÉ dans *Baillargeon* c. *Baillargeon*, C.S.Q., n° 200-05-004125-741, 7 avril 1975, confirmé à C.A.Q., n° 200-09-00173-75, 8 juillet 1976 et cité par le juge L'HEUREUX-DUBÉ dans *Droit de la famille — 320, supra*, note 52, p. 22.

58. Office de révision du Code civil, *op. cit.*, note 26, p. 33.

là plus qu'une différence d'approche, c'est la nature et le fondement même du processus judiciaire qui se voient modifiés. En effet, « although there are rights at law, there is no such thing as a right in equity, because courts of law are bound by rules, while courts of equity proceed by discretion »[59].

Pour accomplir sa mission, le tribunal s'est vu conférer une très large discrétion. Les notions d'intérêt de la famille ou de l'enfant n'étant pas définies par la loi et les critères d'appréciation n'étant pas davantage précisés, le tribunal est laissé libre de définir cet intérêt comme bon lui semble dans chaque cas. N'étant limitée par aucune règle, critère ou même standard qui en guident et balisent l'exercice, pareille discrétion est inédite en droit[60], d'autant qu'elle s'exerce dans un cadre juridictionnel qui n'est assujetti ni aux règles du *stare decisis*, ni à celle de l'*ultra petita*[61]. N'étant pas lié par la convention des parties[62], n'étant pas tenu de sanctionner les droits individuels, le tribunal devient libre de formuler sa décision comme bon lui semble, au nom de ce qu'il perçoit être l'intérêt de la famille ou de l'enfant, selon le cas.

Le processus judiciaire ne vise plus seulement à tirer les conséquences juridiques de faits passés dont l'avènement peut être tenu pour certain. En matière familiale, le but visé est tout autre : le tribunal est davantage préoccupé par les conséquences futures de la décision qu'il est appelé à formuler que par la détermination des faits qui ont provoqué le litige dont il est saisi. Chargé de régir le futur de la famille, la décision judiciaire fixe les objectifs à poursuivre et détermine les mesures à prendre pour les atteindre. La formulation de cette décision judiciaire procède davantage de l'évaluation discrétionnaire des faits, des personnes impliquées, des ressources disponibles et de leur allocation pour le futur que de l'établissement d'une certitude historique. Dans cette perspective, la décision devient législative et pas plus qu'une règle de conduite, elle n'est immuable. Au contraire, elle devra être révisée au gré des changements de circonstances.

---

59. C.C. LANGDELL, *A Brief Survey of Equity Jurisdiction*, 2e éd., Cambridge, Harvard Law Review Association, 1908, aux pages 251-252.

60. H. CALTON, « Children in the Courts : A Selected Empirical Review », in HH. IRVING, *Family Law : An Interdisciplinary Perspective*, Toronto, Carswell Co. Ltd, 1981, p. 187.

61. *Droit de la famille — 261*, [1986] R.J.Q. 315 (C.A.).

62. Voir cependant *Richardson* c. *Richardson*, C.S. Can., 4 juin 1987, n° 19287; *Pelech* c. *Pelech*, C.S. Can., 4 juin 1987, n° 19265; *Caron* c. *Caron*, C.S. Can., 4 juin 1987, n° 19414. Dans ces trois arrêts rendus le même jour, la Cour suprême du Canada a précisé que le tribunal, s'il n'était pas lié par la convention des parties, doit quand même la respecter, lorsque celle-ci a été librement consentie et après que les parties aient bénéficié des services de conseillers juridiques indépendants et dans la mesure où cette convention n'est pas lésionnaire au sens du droit positif.

Cette façon d'administrer la justice conduit à des décisions individualisées, adaptées à chaque cas, basées non seulement sur les faits mis en preuve mais aussi sur la perception que le tribunal aura développée des besoins des parties, de leur personnalité et de leurs comportements [63]. Ce faisant, le tribunal n'est plus l'arbitre neutre et objectif qui tranche un litige par l'application de la loi. Il doit plutôt se saisir du problème en litige et y rechercher une solution satisfaisante. Ce faisant, il développe donc un intérêt personnel dans l'issue du débat, ce qui peut porter atteinte à son objectivité.

Ayant à prendre une part active dans la recherche d'une solution au litige, le tribunal ne peut être limité à la seule preuve que lui offrent les parties, ni aux seules solutions qu'elles recherchent par leurs conclusions. Assumant un rôle actif, le tribunal descend dans l'arène avec les parties pour y mener sa propre évaluation des faits, compléter la preuve si nécessaire et développer sa vision subjective des choses. Et c'est sur cette vision subjective que reposera la décision, plutôt que d'être basée sur une règle générale, édictée à l'avance, par une autorité responsable politiquement. La famille et ses membres sont donc passés de la puissance paternelle à la puissance judiciaire.

D. UNE DISCRÉTION QUI TROUVE SA LÉGITIMITÉ DANS LES SCIENCES DU COMPORTEMENT

Pour mieux soutenir le tribunal dans sa mission de gardien des intérêts de la famille et de l'enfant, on a doté l'institution de divers services spécialisés, tel que l'avait recommandé le Comité sur le tribunal de la famille de l'Office de révision du Code civil [64]. Cependant, à l'exception du service du percepteur des pensions alimentaires [65], ces services spécialisés n'ont pas été créés, à proprement parler, au sein du tribunal, mais ont plutôt été rendus disponibles par arrangements administratifs [66].

En intégrant l'usage des services de spécialistes à la détermination de l'intérêt de la famille et de l'enfant, on donnait une légitimité

---

63. C'est d'ailleurs ce qui avait été souhaité par le Comité sur le tribunal de la famille; voir Office de révision du Code civil, *op. cit.*, note 26, p. 46.

64. Ces services sont : le service d'expertise psycho-sociale; le service de médiation, offert par les membres du service d'expertise; le service de liaison entre les services psycho-sociaux et le judiciaire; le service du percepteur des pensions alimentaires. Ces services représentent ceux dont la création avait été jugée essentielle par le Comité sur le tribunal de la famille, *op. cit.*, note 26, p. 158.

65. *Loi pour favoriser la perception des pensions alimentaires*, L.Q. 1980, c. 21.

66. E. DELEURY, A. CLOUTIER et C. ROBERGE, *Maman ou papa? L'attribution de la garde des enfants dans les situations de divorce*, Collection Droits et Libertés, Université Laval, 1987, p. 40 et ss.

scientifique à l'exercice de cette large discrétion judiciaire que la règle de droit devenait incapable de justifier seule. Mais la façon par laquelle ce recours aux sciences psycho-sociales a été rendu possible entraîne des conséquences qui portent de nouveau atteinte de deux façons à l'intégrité du processus judiciaire.

En donnant accès au tribunal à un service déjà disponible à travers le réseau des services sociaux, se pose d'abord la question de savoir qui est le client dudit service, les parties ou le tribunal. S'il s'agit des parties, en vertu des dispositions de la *Loi sur les services santé et services sociaux* (L.R.Q., c. S-5), alors pourquoi le rapport de l'expert commun est-il remis directement au juge avant même que les parties ne l'aient vu. D'ailleurs, sur le plan de la preuve, pourquoi remet-on ce rapport au juge plutôt qu'au tribunal? Depuis quand le juge du procès prend-il connaissance d'une preuve hors cour, avant même qu'elle n'ait été versée au dossier dont le tribunal est saisi? Par ailleurs, si l'on considère que l'expert est celui du tribunal, on doit se demander comment le Centre de services sociaux peut être habilité à servir une institution étatique, alors que la *Loi sur les services santé et les services sociaux* prévoit que seules les personnes physiques ont droit à de tels services [67].

Il faudrait aussi se demander comment le tribunal peut nommer un expert autrement qu'en suivant les prescriptions de la loi à cet effet [68]. Mais plus encore, en ordonnant au « Service d'expertise psycho-sociale » de procéder à une évaluation, ni le tribunal ni les parties ne choisissent ni n'ont l'opportunité de mettre en question le choix de l'expert qui interviendra au dossier. Ainsi, le champ de compétence ou d'expertise de cette personne n'est pas accrédité ni sa compétence professionnelle examinée. Or, la qualification du témoin expert et la détermination de l'utilité de l'expertise sont deux conditions préalables à la recevabilité de son témoignage [69]. Si tous admettent aujourd'hui que le tribunal ne peut que bénéficier d'un éclairage scientifique des questions relatives à la garde et au droit de visite des enfants, la détermination de l'objet de l'expertise et de la compétence particulière de certains experts demeure confuse.

Comment déterminer le champ d'expertise d'une profession qui n'a pas d'exercice exclusif. Normalement, cette détermination découle de l'examen des connaissances de l'expert acquise par l'étude et l'expérience. Mais puisque, dans notre cas, le dossier est référé administrativement à un professionnel à l'emploi du Centre des services sociaux, cet examen

67. Par. 1f) et art. 4.

68. Art. 414 et ss. C.p.c. Voir sur cette question une étude que nous avons faite en 1984, « Le service d'expertise psycho-sociale et l'instance judiciaire en matière familiale », (1984) 2 *R.D.J.* 658.

69. J.C. ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 69.

n'a pas lieu. De plus, bien que ces services spécialisés soient constitués de divers types de professionnels, psychologues ou travailleurs sociaux pour la plupart, l'attribution des dossiers à l'un ou l'autre type de compétence échappe aussi au contrôle des parties et du tribunal. Les connaissances particulières d'un psychologue ou d'un travailleur social sont-elles à ce point interchangeables que la détermination du champ de compétence particulier à chacun puisse être ignorée par l'instance judiciaire? L'objet de l'expertise étant mal défini, comment pourrait-on déterminer qu'une personne détient les connaissances et l'expérience nécessaires pour être habilitée, de préférence à une autre, à émettre une opinion relativement à certains faits? Pourquoi mandater un travailleur social plutôt qu'un psychologue ou même un psychiatre? Quelle est la pertinence d'une expertise plutôt que l'autre?

Voilà autant de questions qu'il appartient normalement aux parties d'examiner et au tribunal de décider. Ici cependant, tout se passe en matière familiale, comme si l'on avait jugé inapproprié de se poser ces questions. Cette façon de faire nous semble insatisfaisante parce que contraire aux fondements des règles de preuve. Permettre à des professionnels choisis par d'autres d'intervenir dans le débat sans que leur expertise n'ait été établie, c'est renoncer à examiner la crédibilité d'un témoin qui, dans les circonstances, n'aurait même pas été assermenté [70]. Or, une étude des dossiers de la Cour supérieure, pour les six districts judiciaires de la région de Québec, démontre que les recommandations contenues à ces rapports d'expertise constituent le facteur déterminant du jugement à intervenir, au-delà de tout autre élément de preuve entendu [71]. C'est là attacher beaucoup d'importance à une expertise dont la crédibilité n'est pas établie.

La façon avec laquelle ces expertises sont menées affecte aussi l'intégrité du processus judiciaire. Le *Code de procédure civile* prévoit que la seule production du rapport de l'expert nommé par le tribunal constitue une preuve suffisante des faits qui y sont contenus [72]. Cela se comprend facilement dans la mesure où cet expert se voit conférer par la loi le pouvoir de faire enquête (art. 420 C.p.c.) et de recueillir une preuve hors cour qu'il expose dans son rapport (art. 423 C.p.c.) en annexe duquel il joindra la preuve (art. 421 C.p.c.). Mais en matière familiale, puisqu'aucune des règles prescrites par le Code ne sont respectées dans la façon de procéder à l'expertise, le rapport devient une nullité qui, bien sûr, pourrait être soulevée par l'une ou l'autre des parties. Mais la recherche de l'intérêt de l'enfant étant d'ordre public, le seul fait pour les

70. Les membres du Service d'expertise et de médiation ne sont pas spécialement assermentés devant le protonotaire avant d'intervenir au dossier.

71. E. DELEURY, A. CLOUTIER et C. ROBERGE, *op. cit.*, note 66, p. 128 et ss.

72. Art. 423 C.p.c.

parties de ne pas invoquer la nullité du rapport d'expertise est-il suffisant pour en couvrir l'irrecevabilité? S'il est possible pour une partie de le faire lorsque la règle de preuve vise des intérêts privés, en est-il de même en matière d'ordre public? Nous ne le croyons pas. Le tribunal a ici un devoir dont les parties ne peuvent l'exempter[73].

L'expert n'assiste pas à la preuve faite devant le tribunal mais procède lui-même à la constatation de certains faits sur lesquels il base son évaluation. Il indique dans son rapport le nom des personnes rencontrées mais n'annexe pas leur témoignage, qui est d'ailleurs recueilli hors la présence des parties et sans qu'elles en aient été avisées (art. 419 C.p.c.). Enfin, les témoins ne sont pas assermentés (art. 420 C.p.c.). Les faits ainsi recueillis ne peuvent dont être considérés comme prouvés. L'évaluation de l'expert étant basée sur ces mêmes faits, elle demeure une simple hypothèse tant et aussi longtemps que ces faits n'auront pas été admis en preuve. Or, nous l'avons vu, les recommandations de l'expert sont le plus souvent reprises et entérinées par le jugement de la cour. Cet élément déterminant du jugement étant développé en dehors du forum judiciaire et hors la présence des parties, celles-ci deviennent assujetties à une décision dont la production leur échappe. L'intégrité et la légitimité même du processus judiciaire s'en trouvent profondément atteintes, puisque les parties assujetties au jugement n'exercent plus cette participation essentielle ni ce contrôle du processus décisionnel qui leur garantissait le respect de leur liberté et de leur dignité. Le fait que l'expert puisse être interrogé par les parties ne change rien à cette situation. Ne connaissant pas les faits sur lesquels l'expert base son opinion, comment juger de la valeur scientifique de son opinion?

CONCLUSION

La réforme du droit de la famille des années 1980 aura donc eu pour résultat d'assujettir plus que jamais la vie privée des citoyens au contrôle de l'État. En accordant aux membres de la famille des droits subjectifs dont la sanction ne s'impose pas aux tribunaux, on a créé autant de prétextes à l'intervention du judiciaire dans la vie privée des familles. Par la voie des tribunaux, l'État intervient dans la vie privée des citoyens pour y régir non seulement ce qui peut y être fait mais comment cela doit être fait. Devant cette intervention, le citoyen est laissé sans protection, car en confiant au tribunal la mission de rechercher l'intérêt de la famille et de l'enfant sans définir ces intérêts ni préciser leurs critères d'appréciation, les tribunaux se sont vu conférer carte blanche pour administrer les affaires familiales. Les membres de la famille sont donc

73. J.C. ROYER, *op. cit.*, note 69, par. 1455 et ss.

passés de la puissance paternelle à la puissance judiciaire. Aussi, afin de donner une légitimité à cette discrétion judiciaire que la règle de droit n'arrive plus, seule, à justifier, on a recours à la participation des sciences du comportement. Mais encore là, cette participation se fait dans des conditions telles que le contrôle que les parties avaient sur le processus judiciaire, c'est-à-dire sur la production des décisions qui les concernent, se trouve gravement atteint.

Cette réforme du droit de la famille, qui avait été entreprise afin de permettre surtout à la femme et à l'enfant d'avoir une voix dans les décisions qui les concernent, laisse la famille plus que jamais assujettie au contrôle de l'État. En voulant remplacer l'arbitraire de l'autorité paternelle par un processus décisionnel qui soit plus respectueux de la liberté et de la dignité des membres de la famille, on a modifié le processus judiciaire au point où les parties n'exercent plus ce contrôle essentiel sur la production de la décision qui les concerne.

Ce bilan pessimiste des résultats de la réforme des années 1980 explique peut-être la popularité sans cesse croissante d'un nouveau mode de solution des conflits familiaux, la médiation. Déjà, le *Code civil du Québec*[74] et la *Loi sur le divorce* de 1985[75] lui réservent une place privilégiée. Cependant, ce n'est que tout récemment que l'on a vu ces services devenir disponibles auprès de la Cour supérieure[76]. À l'opposé de ces services institutionnels, une pratique professionnelle privée s'organise[77]. Cet intérêt sans cesse grandissant pour la médiation est partagé non seulement par les professionnels mais aussi par les parties[78].

Définie comme « le processus par lequel les participants, ensemble, avec l'aide d'un ou plusieurs intervenant(s) neutre(s), isolent systématiquement les questions de dispute de manière à élaborer des options, à considérer des alternatives et à conclure une entente mutuelle

---

74. Malgré que le *Code civil* parle de « conciliation » aux articles 448, 528 et 653 C.c.Q., il faut y voir un synonyme de médiation, l'un et l'autre terme étant souvent utilisés indistinctement.

75. Art. 9-10 *L.D.*

76. E. DELEURY, A. CLOUTIER et C. ROBERGE, *op. cit.*, note 66, p. 143.

77. L'Association de médiation familiale du Québec regroupe environ cent trente membres, professionnels de diverses disciplines au Québec. Pour la plupart, ceux-ci ont reçu une formation intensive leur permettant de développer cette habileté professionnelle nouvelle qui vient s'ajouter à une formation de base, en droit, en psychologie, en service social, etc. et aux années d'expérience clinique du professionnel. (Renseignements tirés de : Association de médiation familiale du Québec, *Étude des membres et de leurs besoins de formation en médiation*, Québec, 10 juin 1987.) Au-delà des membres de cette association, on évalue à plus de quatre cents, au Québec, les personnes ayant reçu, au cours des cinq dernières années, une formation ou une initiation aux techniques de médiation familiale (Mme Pierrette Brisson-Amyot, consultante à la Direction des services professionnels, Centre de services sociaux de Québec).

78. E. DELEURY, A. CLOUTIER et C. ROBERGE, *op. cit.*, note 66, p. 147.

qui réponde à leurs besoins »[79], la médiation apparaît de plus en plus comme une alternative souhaitable à la procédure adversariale du processus judiciaire. Économique en temps, elle apparaît comme un processus de solution de conflit permettant aux parties de se réapproprier les décisions qui les concernent, en réduisant le plus possible les conflits émotionnels et les affrontements. Processus éducationnel, la médiation permet aux parties de développer leur capacité de solutionner ensemble les problèmes qui les confrontent.

Malgré l'intérêt que représente l'application en matière familiale des techniques de médiation, plusieurs problèmes subsistent, auxquels une solution devra être rapidement apportée, si l'on ne veut pas que le « laisser faire » qui hypothèque si lourdement les services d'expertise psycho-sociale, ne fasse de même pour la médiation familiale. Ces problèmes sont relatifs à la formation des médiateurs, leur responsabilité professionnelle, l'accessibilité de leurs services, de contrôle de leur pratique, leur place par rapport au processus judiciaire. Voilà autant de questions auxquelles il faudra donner une réponse claire si l'on ne veut pas que la médiation se fasse au détriment des familles, des enfants et de l'intérêt public.

---

79. Jay FOLBERG and Allison TAYLOR, *Mediation : A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, Jossey-Bass Pubs, 1984, p. 1. (Notre traduction.)