L'influence des marqueurs identitaires des juges dans les décisions relatives à la garde des enfants.

Une relation à explorer.[1]

Johanne Clouet, avocate et LL.M., Université de Montréal

Figurant parmi les changements sociaux majeurs des dernières années dans les pays développés, les séparations conjugales sont de plus en plus fréquentes et surviennent de plus en plus tôt[2]. 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. Dans l'éventualité où les conjoints n'arrivent pas à s'entendre à cet égard, la garde sera déterminée par le tribunal sur la base du critère du meilleur intérêt de l'enfant concerné.

---

1 Avocate au Barreau du Québec, chargée de cours (Université de Montréal), LL.B. (Université de Montréal), LL.M. (Université McGill), LL.D. – en cours (Université de Montréal). Le présent texte est inspiré, pour partie, de la thèse doctorale de l'auteure, dirigée par les professeurs Alain Roy et Jean-François Gaudreault-DesBiens.

2 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, 2004-FCY-6F, p. 2.

ARUC Séparation parentale Recomposition familiale
Débats et enjeux
ISSN 2292-7069 Débats et enjeux (En ligne)

Alors que certaines situations ne laissent au juge que le difficile choix d'accorder la garde exclusive au père ou à la mère de l'enfant[3], d'autres se prêtent tout autant à la garde exclusive qu'à la garde partagée, les facteurs nécessaires à la réussite de cette dernière modalité de garde étant 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[4].

Face à ce dernier scénario, que nous qualifions de « situation neutre », le juge peut soit accorder la garde exclusive de l'enfant à celui des deux parents qu'il considère en mesure de mieux servir son intérêt, soit plutôt opter pour la garde partagée selon un partage du temps qui variera en fonction des besoins de l'enfant et de la disponibilité des parents. Autrement dit, le juge doit, face à une situation neutre, déterminer si le meilleur intérêt de l'enfant commande une garde partagée ou une garde exclusive au père ou à la mère.

Nos recherches nous ont permis de constater que le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les juges a donné lieu à des présomptions jurisprudentielles proposant des modèles familiaux complètement opposés.

L'indétermination du principe de l'intérêt de l'enfant ne lui fournissant toutefois pas l'ensemble des éléments d'information nécessaires à la solution du litige, le juge devra, en tant qu'interprète, en définir le contenu en puisant hors des éléments écrits qui le compose[5]. À cet égard, nos recherches nous ont permis de constater

3 Ce choix sera guidé par divers facteurs développés par les tribunaux qui, sans être ni exhaustifs ni hiérarchisés, apportent un éclairage non négligeable au juge. Ainsi, le juge 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 entretien 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 : 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.

4 Ces critères proviennent de notre analyse des arrêts suivants de la Cour d'appel du Québec : Droit de la famille – 3123, J.E. 98-2091; T.L. c. L.A.P., [2002] R.J.Q. 2627; T.P.G. c. D.M., [2004] R.D.F. 272;
G.G. c. J.P., 2005 QCCA 210; Droit de la famille – 072386, [2007] R.D.F. 655; Droit de la famille – 08022, [2008] R.D.F. 567; V.F. c. C.F., 2009 QCCA 1268; D.(P.) c. F.(W.), sub nom. Droit de la famille – 102622, EYB 2010-180289.

5 Gérard TIMSIT, Gouverner ou juger. Blasons de la légalité, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 14 et suiv. Notons 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 du meilleur intérêt de l'enfant permet non seulement de désigner les considérations ou les facteurs pertinents aux fins de la prise de décisions 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 : Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3.

que le pouvoir discrétionnaire dont jouissent 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 le meilleur intérêt de l'enfant, alors que d'autres, au contraire, semblent avoir un préjugé favorable à la garde exclusive. Ainsi, confrontés à une situation neutre proposant différentes solutions d'un même conflit, certains décideurs définiront le meilleur intérêt de l'enfant à la lumière de la stabilité socio-affective de celui-ci[6], alors que d'autres interpréteront ce même intérêt en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents. Des compréhensions opposées de la norme de l'intérêt de l'enfant mènent ainsi à des solutions juridiques tout aussi opposées, comme le fait remarquer la juge Abella dans l'arrêt MacGyver :

« *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. »[7]

Ces compréhensions peuvent certes être influencées par la preuve d'expertise[8] déposée au dossier démontrant qu'un mode de garde est plus favorable qu'un autre. Est-il toutefois important de rappeler, d'une part, que le juge n'est pas lié par la preuve d'expertise et, d'autre part, qu'il n'y a, à l'heure actuelle, aucun consensus réel au sein de la littérature scientifique sur l'influence que peut avoir la modalité

6 Dans le sens où la garde sera confiée au parent qui, au cours de la vie commune, aura agi à titre de figure parentale principale ou de parente de référence à l'égard de l'enfant.

7 MacGyver c. Richards, 22 O.R. (3d) 481 (Ont. C.A.).

8 D.L. c. L.D., 2006 QCCA 1259 (C.A.); J.M.R. c. S.M., [2006] R.D.F. 27 (C.A.).

de garde sur l'adaptation de l'enfant[9]. Or, dans les cas où cette preuve d'expertise est inexistante, c'est-à-dire où le juge se retrouve seul face à lui-même quant à l'issue du litige, quels sont les éléments ou les facteurs qui influencent son inclinaison vers l'une ou l'autre des modalités de garde ?

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 dans la démarche interprétative que le droit sous-tend, nous considérons que l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde peut être influencée par les valeurs, les idéologies et les traits caractéristiques liés aux marqueurs identitaires que sont le sexe et l'âge du décideur. Sans admettre que ces éléments suffisent, à eux seuls, à expliquer le produit 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.

Valeurs, idéologies et traits caractéristiques dominants

Des recherches réalisées au Québec et aux États-Unis démontrent l'influence que l'âge et le sexe peuvent avoir sur notre façon de percevoir les choses. Par exemple, 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, Pearson et Luchesi Ring dénotent des distinctions importantes reliées à l'âge du décideur[10]. Ainsi, 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[11] 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[12], ni considèrent le sexe de l'enfant comme un critère déterminant. Ces constats amènent les auteures à conclure que l'âge du juge est un élément-clé pour comprendre son comportement dans les cas de garde.

9 Cette absence de consensus a d'ailleurs été réitérée par la psychologue Francine Cyr lors d'une conférence présentée à Montréal dans le cadre des 16es journées annuelles de santé publique le 26 novembre 2012 : Francine CYR, « Y a-t-il un type de garde plus favorable à l'adaptation des enfants ou des adolescents ? », 16es Journées annuelles de santé publique, Montréal, 26 novembre 2012 : http://jasp.inspq.qc.ca/2012-familles-separees-et-recomposees.aspx.

10 Jessica PEARSON et Maria A. LUCHESI RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21 J. of Family Law 703.

11 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. LUCHESI RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21 J. of Family Law 703, 721.

12 Un seul juge appartenant au groupe des younger judges favorisait cette modalité de garde : Jessica PEARSON et Maria A. LUCHESI RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21 J. of Family Law 703, 721.

De même, les travaux de la professeure Artis, de l'Université DePaul, à Chicago, démontrent que le sexe des juges joue un rôle important dans le processus décisionnel, les femmes juges étant plus susceptibles de s'écarter de la présomption voulant que la mère soit naturellement plus apte que le père à prendre soin d'un jeune enfant (doctrine dite de « l'âge tendre ») que leurs collègues masculins[13]. Au Canada, l'article publié en 1990 par la juge Bertha Wilson à ce sujet est fort intéressant[14]. 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 timide « peut-être »[15]. Quinze ans plus tard, les professeurs Marie-Claire Belleau et Rebecca Johnson reprennent la question soulevée par la juge Wilson et y répondent par un « oui »

13 Pour d'autres exemples de recherches américaines sur les distinctions mesurables en fonction du sexe des juges, voir notamment : Elaine MARTIN et Barry PYLE, « Gender, Race, and Partisanship on the Michigan Supreme Court », (2000) 63 Albany Law Review 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.

14 Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference ? », (1990) 28 Osgoode Hall Law Journal 507.

15 « 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 » : Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference ? », (1990) 28 Osgoode Hall Law Journal 507, 522 [en italique dans l'original].

catégorique[16]. En effet, les auteures estiment qu'il est désormais difficile de conclure que le sexe 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[17]. Sans toutefois aller jusqu'à affirmer que les femmes partagent une essence commune, les auteures soutiennent « [q]u'il 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[18]».

Certains éléments tels que l'âge et le sexe des juges, parce qu'ils sous-tendent des expériences qui leur sont propres, influencent, du moins dans une certaine mesure, les décisions rendues dans les litiges de garde.

Il est donc possible d'avancer, à la lumière de ces différents écrits, que certains éléments tels que l'âge et le sexe des juges, parce qu'ils sous-tendent des expériences qui leur sont propres, influencent, du moins dans une certaine mesure, les décisions rendues dans les litiges de garde.

Approche théorique

Une telle position contraste avec les théories plus classiques du droit. Pourtant, d'autres approches soutiennent un tel raisonnement. C'est le cas notamment de l'approche mise de l'avant par le mouvement réaliste américain, qui nie le caractère déductif du raisonnement juridique et situe le juge au cœur même de ses réflexions. S'inscrivant en faux contre la théorie classique et formaliste

16 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 Can. J. Women & L. 27.

17 Peter McCORMICK, Supreme at Last : The Evolution of the Supreme Court of Canada, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000. Au sujet de la dissidence de la juge Claire L'Heureux-Dubé plus particulièrement, 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, 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 ».

18 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 Can. J. Women & L. 27, 34.

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[19]– contestent le postulat positiviste selon lequel l'activité d'interprétation consiste en une opération intellectuelle quasi-mécanique où le rôle de l'interprète se limite à mettre à jour le sens du texte au terme d'un raisonnement syllogistique dépourvu de toute subjectivité.

Distinguant les situations où une règle précise se dégage de la jurisprudence antérieure de celles où les précédents n'apportent aucune solution claire et non équivoque au litige, les Réalistes insistent, dans ce dernier cas de figure, sur les choix – de nature politique, éthique ou autre – auxquels devra inévitablement procéder le juge[20]. D'aucuns estiment que ces choix sont teintés par la personnalité de celui qui l'a effectué et sur les interprétations nécessairement différentes qui en résultent[21]. D'autres, comme Llewellyn[22], mettent plus spécialement l'accent sur l'importance de la perception, par le juge, du monde dans lequel il vit.

Des propos de ce dernier auteur, nous comprenons que le lecteur du texte lui confère un sens, une orientation normative qui est à l'image de la 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 Boulding selon laquelle l'échelle de valeurs d'un individu influence 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

19 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, 34, à la note 2.

20 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.

21 Walton H. HAMILTON, Encyclopedia of the Social Sciences, New York, MacMillan Co., vol. 8, 1932 ; Felix S. COHEN, « Field Theory and Judicial Logic », (1950) 59 Yale L.J. 238.

22 Karl N. LLEWELLYN, « On Reading and Using the Newer Jurisprudence », (1940) 40 Colum. L. Review 581.

message it receives on its image of the world »[23]. Selon Boulding, nous nous connaissons nous-mêmes, les autres et le monde qui nous entoure à partir des « images » que nous en avons. Appliquée au droit, 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[24].

Les différents textes et auteurs présentés ici soutiennent l'idée d'une relation entre le sexe et l'âge du juge et la représentation qu'il entretient du concept flou mais néanmoins central de l'intérêt de l'enfant. Tout en s'inspirant de ces travaux de recherche, notre étude[25] adopte une approche différente en ce qu'elle vise à identifier les expériences propres aux femmes et aux hommes appartenant à des cohortes générationnelles distinctes afin de vérifier si elles ont – ou non – une incidence sur les décisions rendues. Il convient cependant d'éviter de simplifier indûment cette relation en établissant un lien de causalité entre le sexe et l'âge du juge et les décisions qu'il rend, en prétendant que le bagage de l'interprète, bien que pertinent, soit toujours déterminant. Si des corrélations peuvent être établies entre ces

23 Kenneth E. BOULDING, The Image, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1957, p. 12.

24 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, Boréal, 2003; Peter BERGER et Thomas LUCKMANN, La construction sociale de la réalité, Paris, Méridiens Klincksieck, 1992.

25 Johanne CLOUET, L'influence des marqueurs identitaires des juges dans les décisions relatives à la garde des enfants, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009 - ...

Appliquée au droit, 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.

paramètres, il faut s'assurer de faire les nuances qui s'imposent. L'étude de cette relation soulève en effet d'importants enjeux liés à la saisie du « rapport entre interprète et chose interprétée »[26] mais permet une compréhension plus approfondie de l'activité d'interprétation judiciaire en matière familiale.

Pour citer ce document:

Clouet, J. (2013). *L'influence des marqueurs identitaires des juges dans les décisions relatives à la garde des enfants. Une relation à explorer.* Collection Débats et enjeux (3), Québec, ARUC – Séparation parentale, recomposition familiale.

26 Jean-François GAUDREAULT-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 76.

Pour en savoir plus

L'ARUC – Séparation parentale, recomposition familiale, c'est plus d'une trentaine de chercheurs et de partenaires issus des milieux universitaires, communautaires, publics et étatiques, tous préoccupés par la réalité des familles séparées et recomposées.

www.arucfamille.ulaval.ca

L'ARUC – Séparation parentale, recomposition familiale est financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).