

L'influence des marqueurs identitaires du juge dans les décisions relatives à la garde des enfants

Johanne CLOUET*

The influence of the judge's identity in decisions pertaining to child custody

El efecto de la identidad del juez en las decisiones relativas a la custodia de los hijos

A influência da identidade do juiz nas decisões relativas à guarda de crianças

法官身份对子女监护权判决的影响

Résumé

L'«intérêt de l'enfant» est un concept fondamental en droit de la famille puisqu'il constitue le critère déterminant dans toute décision qui le concerne. En premier lieu, l'auteure esquisse, dans ses grandes lignes, les origines et l'évolution de ce concept à travers les époques. Ce concept est aujourd'hui déterminé en prenant en considération l'ensemble des facteurs d'appréciation énoncés au second alinéa de l'article 33 du *Code civil*

Abstract

The 'child's interest' is a cardinal concept in family law as it is the decisive criterion in each decision where it is invoked. In the first part of the paper, the author presents an overview of the child's interest's roots and evolution. This concept is currently framed taking the numerous criterion listed in s. 33, al. 2 of the *Québec Civil Code* into consideration; the open texture of the latter giving a large interpretative power to the judi-

* 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. L'auteure tient à remercier le professeur Alain Roy pour ses commentaires et sa grande générosité dans les relectures du présent texte.

du Québec, dont le caractère indéterminé fournit une marge de manœuvre considérable aux juges. L'auteure précise, en second lieu, les points de repère fixés par les tribunaux afin d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant dans le cadre précis des litiges portant sur la garde. Constatant que la discrétion judiciaire donne lieu à des conceptions opposées du principe de l'intérêt de l'enfant, l'auteure discute, en dernier lieu, de ce qui peut expliquer les contradictions jurisprudentielles observées.

Resumen

El “interés del niño” es un concepto fundamental en derecho de familia, puesto que constituye el criterio determinante en toda decisión que le pueda afectar. En primer lugar, la autora esboza a grandes líneas, los orígenes y la evolución de ese concepto a través de las épocas. Así, hoy se determina tomando en consideración el conjunto de factores de evaluación establecidos en el párrafo segundo del artículo 33 del Código Civil de Quebec, ya que su naturaleza indeterminada proporciona una considerable discrecionalidad a los jueces. La autora afirma, en segundo lugar, los puntos de referencia establecidos por los tribunales con el fin de evaluar lo que es mejor en interés del niño en el contexto específico de los litigios por la custodia. Tomando nota de que la discreción judicial va en contravía del principio del interés del niño, la autora argumenta, por último, lo que puede explicar las contradicciones jurisprudenciales observadas.

ciary. In the second part, the author highlights the landmarks settled by judges in order to appraise the best interest of the child within the specific context of custody law. In front of different conceptions of the same principle resulting from the exercise of judiciary discretion, the author lastly discusses reasons that may explain contradictory decisions.

Resumo

O «interesse da criança» é um conceito fundamental em Direito de Família, pois constitui o critério determinante em todas as decisões que lhe concernem. Em primeiro lugar, a autora esboça, em linhas gerais, as origens e a evolução desse conceito através do tempo. Atualmente delinea-se esse conceito tomando-se em conta o conjunto de fatores de apreciação enunciados na alínea segunda do artigo 33 do Código Civil do Quebec, cujo caráter indeterminado fornece uma margem de manobra considerável aos juízes. À vista disso, a autora determina, em segundo lugar, os marcos fixados pelos tribunais a fim de avaliar o melhor interesse da criança no quadro específico de litígio sobre a guarda. Constatando que a discricção judiciária abre espaço para concepções opostas do princípio do interesse da criança, a autora discute, por fim, o que pode explicar as contradições observadas na jurisprudência.

中文摘要

“子女的利益”是家庭法中的一个基本概念。在任何涉及子女利益的案件中，它是具有决定意义的裁判标准。本文中，作者首先简要概括了这一概念的起源以及不同时期的演进。当前，援引这一概念还需从整体上考虑《魁北克民法典》第33条第2款所列举的多项标准，但是该条款的开放性特征给予法官巨大的自由裁量权力。所以在文章第二部分，作者重点考察了法院在涉及监护权的具体争议中所确立的参考标准以正确评估子女的最大利益。作者注意到司法自由裁量导致与“子女的利益”这一原则相悖的观念出现，为此，作者对司法判决中存在的这种矛盾探析了原因。

Plan de l'article

| | |
|---|----|
| Introduction | 63 |
| I. Le meilleur intérêt de l'enfant : d'hier à aujourd'hui | 65 |
| II. Évaluation du meilleur intérêt de l'enfant dans les décisions relatives à la garde | 70 |
| III. L'influence de l'âge et du sexe du juge : une explication possible? | 76 |
| A. Constats de recherches antérieures | 76 |
| B. Mouvement réaliste américain | 78 |
| C. Projet de recherche en cours..... | 83 |
| Conclusion | 85 |

Ce serait un truisme d'affirmer que l'institution familiale et les relations conjugales ont connu, à travers les époques et avec l'évolution des conceptions juridiques et sociales, d'importantes transformations, que ce soit au niveau de l'âge des conjoints au moment du mariage, des rôles conjugaux, du nombre d'enfants, de la définition du mariage et de la famille, des modèles de conjugalité ou de la durée des unions. À ce dernier égard, on ne saurait ignorer, comme le rappelle la juge l'Heureux-Dubé, «le fait que le taux de divorce au Canada, entre 1970 et 1987, est passé de 18,6 à 43,1 pour 100»¹. Plus récemment, un rapport de recherche présenté au ministère de la Justice du Canada par Heather Juby, Nicole Marcil-Gratton et Céline Le Bourdais indique que «la séparation des parents est de plus en plus fréquente et survient de plus en plus tôt»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. En effet, si, pendant la vie commune, les parents exercent conjointement les prérogatives que l'autorité parentale leur confère, y compris le droit de garde, cette collégialité devient impossible dès qu'il y a cessation de la cohabitation en raison de la désunion.

À défaut d'une entente entre les parties quant à la garde³, celle-ci sera déterminée par le tribunal, qui pourra soit confier la garde exclusive de

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

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*, Rapport de recherche INRS, 2004-FCY-6F, p. 2, en ligne: <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/2004_6/index.html> (consulté le 15 mars 2014).

³ Dans la plupart des cas, les parents s'entendent quant aux modalités de garde et d'accès à la suite de l'éclatement de la cellule familiale: Suzanne GUILLET, «Les droits de l'enfant à l'occasion d'un litige familial», dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2011-2012, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2011, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2011CDD47. Il est toutefois légitime de se questionner sur le réel consentement des parties dans le cadre de ces ententes qui, très souvent, interviennent dans un contexte de déchirement et de grand stress émotionnel, ces circonstances pouvant entraver la capacité des parties d'évaluer de façon réaliste et objective leurs préférences actuelles et à venir. L'enquête réalisée par Renée Joyal auprès de vingt avocats et avocates de la région de Montréal fournit certains éléments de réponse à cette question. En effet, les juristes interrogés admettent qu'il existe parfois des consentements «à l'arraché», la proportion variant toutefois considérablement selon le sexe des répondants, les avocates faisant davantage état de ce type d'entente (12 %) que leurs

l'enfant à l'un des parents tout en octroyant – ou non – des droits d'accès à l'autre, soit plutôt opter pour la garde partagée, selon ce que lui dicte le meilleur intérêt de l'enfant concerné⁴. Concept fondamental en droit de la famille, j'esquisserai, dans une première partie, les grandes lignes de ses origines et de son évolution à travers les époques. Cette partie montrera, entre autres, que le meilleur intérêt de l'enfant est aujourd'hui déterminé en prenant en considération chacun des facteurs d'appréciation énoncés au second alinéa de l'article 33 C.c.Q., soit « les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation ».

Le caractère général de ces facteurs fournissant aux juges une marge de manœuvre importante, je présenterai, dans une deuxième partie, les points de repère fixés par les tribunaux afin d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant dans le cadre précis des litiges portant sur la garde. Cette partie permettra de constater que la discrétion dont jouissent les juges en cette matière semble avoir donné lieu à des différences d'approche au sein de la magistrature. Ainsi, dans les cas où la garde exclusive et la garde partagée sont toutes autant envisageables, il semble y avoir, pour certains juges, une présomption de fait favorable à cette dernière modalité de garde. D'autres, au contraire, sont davantage enclins à octroyer une garde exclusive à l'égard du parent qui, pendant l'union, a été la figure parentale dominante pour l'enfant⁵.

confrères (2 %). Parmi les différents facteurs incitant un parent à signer une entente contre son gré figurent notamment l'épuisement psychologique, les pressions exercées par l'autre parent ou des tiers, les considérations financières et la crainte d'un passage devant le tribunal : Renée JOYAL, « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents. Perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille », (2004) 64 *R. du B.* 445, 446 et 454.

⁴ Dans des cas exceptionnels, la garde pourrait plutôt être confiée à un tiers. Je limiterai toutefois mes propos, dans le cadre du présent article, à la garde confiée à l'un et/ou l'autre des parents par le tribunal. Ces jugements de garde sont rendus, en matière de divorce, en vertu de l'article 16(1) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.), qui autorise le tribunal à « [...] rendre une ordonnance relative soit à la garde des enfants à charge ou de l'un d'eux, soit à l'accès auprès de ces enfants, soit aux deux ». En matière de séparation de corps, de dissolution de l'union civile et de séparation de fait, ce sont les articles 514, 521.17 al. 3 et 604 C.c.Q. qui permettent au tribunal de statuer en cette matière.

⁵ Dominique GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit familial : une mission possible », (1998) 1 *Rev. trim. dr. fam.* 7, 13. Voir également : Michel TÉTRAULT, *La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais,

Au-delà de l'absence d'unanimité des avis scientifiques auxquels réfèrent régulièrement les tribunaux, je discuterai, en troisième partie, de ce qui, à mon avis, peut expliquer les contradictions jurisprudentielles observées.

I. Le meilleur intérêt de l'enfant : d'hier à aujourd'hui

Principe d'origine anglaise⁶, le meilleur intérêt de l'enfant a très tôt permis aux tribunaux de restreindre l'exercice du droit de garde du gar-

2006, p. 54, où l'auteur mentionne qu'«une revue approfondie de la jurisprudence amène presque à déceler l'existence d'une présomption de fait à l'égard du parent qui a été et est la figure parentale principale auprès de l'enfant sur une période de temps significative et, à défaut de qualifier de "présomption" cette position des tribunaux, il s'agit d'un critère auquel ils attachent une grande importance». Pour une étude étayée sur la nécessité de reconnaître une telle présomption, voir: Nicholas BALA et Susan MIKLAS, *Rethinking Decisions About Children: Is the "Best Interests of the Child" Approach Really in the Best Interest of Children?*, Toronto, The Policy Research Centre on Children, Youth and Family, 1993, p. 114. Il est intéressant de souligner que ces présomptions opposent également les groupes pour la défense des droits des hommes et les groupes de revendication féministes sur la notion d'égalité, les premiers revendiquant une égalité formelle (théorique) entre les hommes et les femmes, les seconds prônant plutôt une égalité réelle qui prend compte de la réalité de tous les jours: Nicole ROY, «L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leurs enfants: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille», (2001) 61 *R. du B.* 51, 115.

⁶ Sur la distinction entre les règles de droit et les principes et sur la valeur normative de ces derniers, voir: Ronald DWORKIN, *Positivism*, trad. par Michel TROPPEL, (1985) 1 *Droit et société* 31. Sur l'origine anglaise du principe du meilleur intérêt de l'enfant, voir: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 36, où la juge l'Heureux-Dubé affirme que: «En Angleterre, le Parlement a reconnu explicitement l'importance du bien-être de l'enfant, dans la *Guardianship of Infants Act, 1886* (R.-U.), 49 & 50 Vict., ch. 27. Avec l'adoption de la *Guardianship of Infants Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 45, le bien-être de l'enfant est devenu [TRADUCTION] "la considération première et primordiale". Le bien-être, aujourd'hui appelé le meilleur intérêt de l'enfant, l'emportait désormais sur tout droit dont les parents auraient pu auparavant être titulaires en common law». L'article premier de la loi anglaise de 1925 est ainsi libellé: «Where in any proceeding before any court (whether or not a court within the meaning of the *Guardianship of Infants Acts, 1886*) the custody or upbringing of an infant, or the administration of any property belonging to or held on trust for an infant, or the application of the income thereof, is in question, the court, in deciding that question, shall regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration, and shall not take into consideration whether from any other point of view the claim of the father, in respect of such custody, upbringing, administration or application is supe-

dien légal (généralement le père) lorsque celui-ci abusait de ce droit ou s'en rendait indigne ou incapable :

« Le père, et la mère, à son défaut, ont, d'après le droit civil et d'après le droit naturel, droit à la garde de leur enfant. Pour qu'ils soient privés de ce droit, il ne suffit pas d'un caprice d'enfant ; il faut une raison, soit que le père ait abusé de son droit, soit qu'il soit indigne ou incapable de l'exercer. Dans ces cas, étant incapable de remplir son devoir, il ne peut réclamer l'exercice de son droit. C'est ainsi que les auteurs peuvent logiquement dire que l'intérêt des enfants doit seul guider le juge. Se bâser [sic] sur d'autres principes c'est tomber dans l'arbitraire »⁷.

Le droit de garde absolu dont disposait le gardien légal à l'égard de son enfant, qui pouvait être revendiqué par une requête en *habeas corpus*⁸, était donc limité par l'intérêt de l'enfant, bien qu'aucun texte de loi ne le prévoyait expressément⁹. Ce principe, réaffirmé quelques années plus tard par la Cour suprême du Canada, notamment dans les arrêts *Stevenson*

rior to that of the mother, or the claim of the mother is superior to that of the father » [je souligne].

⁷ *Moquin c. Turgeon*, (1912) 42 C.S. 232, 233.

⁸ La procédure d'*habeas corpus* est une procédure de droit criminel d'origine anglaise visant à s'assurer qu'une personne n'est pas illégalement détenue. Le fait, pour un enfant, d'être sous la garde de personnes autres que celle à qui la loi confère l'autorité parentale a ainsi été assimilé, par les tribunaux, à une privation de liberté: Édith DELEURY, Michèle RIVET et Jean-Marc NEAULT, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », (1974) 15 *C. de D.* 779, 841 et 842.

⁹ Un auteur a d'ailleurs déploré cette « liberté » dont s'autorisaient les tribunaux de suppléer à la loi au nom de la morale et de la conscience: E.-Auguste CÔTÉ, *La puissance paternelle*, Rimouski, Imprimerie générale, 1926, p. 137 et 138.

c. *Florant*¹⁰, *Dugal c. Lefebvre*¹¹ et *Taillon c. Donaldson*¹², fut par la suite retenu par les tribunaux lors de l'attribution du droit de garde dans les cas

¹⁰ [1925] R.C.S. 532, conf. par [1927] A.C. 211. Il s'agissait, en l'espèce, d'une requête en *habeas corpus* présentée par la mère biologique d'un enfant de neuf ans et demi afin d'en obtenir la garde, celle-ci ayant été confiée par la mère aux grands-parents paternels à la suite du décès du père de l'enfant. La Cour suprême confirme d'abord, du point de vue procédural, que la requête en *habeas corpus* est la procédure appropriée dans de telles circonstances. Sur le fond, la Cour conclut, d'une part, que le droit de garde appartient à la mère en tant que titulaire de l'autorité paternelle et non aux tuteurs (grands-parents) et, d'autre part, qu'il est de l'intérêt de l'enfant de grandir au sein de sa famille d'origine, sous l'autorité paternelle de sa mère. Cela étant, la Cour rejette le pourvoi de l'appelant (grand-père), confirmant par le fait même le jugement de première instance rendu par la Cour supérieure qui avait fait droit à la requête de la mère et ordonné aux grands-parents de lui remettre l'enfant (le jugement de première instance avait également été confirmé en appel : [1925] 38 B.R. 314).

¹¹ [1934] R.C.S. 501. Il s'agissait, dans cette affaire, d'une requête en *habeas corpus* présentée par le père d'un enfant de quinze ans afin d'en obtenir la garde, celle-ci ayant été confiée par le père à la grand-mère maternelle et à une tante à la suite du décès de la mère. Contrairement à l'arrêt *Stevenson* dans lequel la mère, qui ne s'était jamais désintéressée de son enfant, avait confié sa garde aux grands-parents paternels en raison de l'état d'indigence dans lequel elle s'est retrouvée à la suite du décès de son mari, les circonstances de l'espèce indiquent que le père n'a jamais démontré un quelconque intérêt que ce soit pour son enfant. Considérant que l'exercice de l'autorité du père allait, en l'espèce, à l'encontre de l'intérêt de l'enfant et de son libre choix (l'enfant avait clairement manifesté son refus de retourner vivre auprès de son père), la Cour suprême accueille le pourvoi, rétablissant ainsi le jugement de première instance qui avait rejeté la requête du père; le jugement d'instance avait été infirmé par la Cour d'appel : [1933] 54 B.R. 82.

¹² [1953] 2 R.C.S. 257. Dans cette affaire, un bref d'*habeas corpus* était présenté par le père afin de récupérer la garde de son enfant confiée sept ans auparavant à ses parrain et marraine en raison de difficultés financières. Accordant une importance absolue à l'intérêt de l'enfant, les juges majoritaires (anglophones) confirment le jugement de première instance qui avait rejeté la demande présentée par le père, celui-ci n'ayant jamais donné de marques d'affection à son enfant. Tout en considérant l'intérêt de l'enfant concerné dans cette affaire, les juges minoritaires (francophones) auraient quant à eux fait droit à la requête du père, soulignant que « les désavantages qui peuvent résulter pour l'enfant de l'admission du bref introduit par son père ne doivent pas faire oublier la considération des avantages d'ordre fondamental et permanent que l'enfant doit raisonnablement trouver au sein du foyer naturel de ses père et mère » (j. Fauteux). L'influence exercée par la tradition juridique à laquelle appartiennent les juges transparaît donc ici clairement, les valeurs individualistes caractérisant le droit anglais s'opposant aux valeurs familiales et aux principes de la puissance paternelle de la tradition civiliste. Pour une critique de cette décision, voir : Louis BAUDOIN, « Puissance paternelle », (1954) 14 *R. du B.* 478.

de séparation et de divorce¹³. L'honorable Pierre-Basile Mignault affirmait d'ailleurs, dès 1896, que le plus grand avantage des enfants était le critère devant guider la Cour dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire en matière de garde dans les instances en séparation de corps¹⁴. C'est ainsi que le meilleur intérêt de l'enfant permettait au père de renverser la présomption voulant que la mère, en raison de son [prétendu] instinct maternel, était mieux à même de répondre aux différents besoins d'un jeune enfant (« doctrine des années tendres »)¹⁵. Il donnait également au tribunal la possibilité, en application des anciens articles 200 et 214 C.c.B.C., de confier l'administration provisoire des enfants à la mère (ou à une tierce personne) pendant l'instance en séparation de corps si cela était à leur avantage¹⁶ et, à titre de mesure définitive, de confier les enfants au conjoint fautif si celui-ci était le mieux à même de servir leurs intérêts¹⁷. En effet, l'ancien article 214 C.c.B.C., entré en vigueur en 1866 et abrogé en 1969, prévoyait que les enfants devaient être confiés à l'époux qui avait obtenu la séparation de corps, à moins que le tribunal, « après avoir consulté le conseil de famille, s'il le juge convenable, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux soient confiés aux

¹³ É. DELEURY, M. RIVET et J.-M. NEAULT, préc., note 8, 843. On pourra aussi consulter les décisions citées par les auteurs à la note 207.

¹⁴ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret Éditeurs, 1896, p. 36.

¹⁵ L'existence d'un lien naturel entre la mère et le jeune enfant ne découlait donc pas d'une règle de droit, mais d'une présomption jurisprudentielle. Au sujet de cette prétendue présomption voulant que la mère soit naturellement plus apte que le père à prendre soin d'un jeune enfant, la Cour d'appel a affirmé qu'elle ne constitue pas une règle de droit, mais une règle de bon sens qui repose sur des données que l'évolution des mœurs a modifiées : *Droit de la famille – 7*, [1984] C.A. 350. Voir également : *V.P. c. C.F.*, 2009 QCCA 1268, par. 58, où la Cour d'appel mentionne qu'il n'y a aucune règle voulant qu'une mère soit plus apte à s'occuper des enfants en bas âge.

¹⁶ L'article 200 C.c.B.C., en vigueur de 1866 à 1969, prévoyait que « [l']administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants ».

¹⁷ Le lecteur remarquera que je n'utilise pas l'expression « garde des enfants », celle-ci ayant fait son apparition dans le Code civil qu'en 1969 lors de l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil*, S.Q. 1969, c. 74, le nouvel article 200 permettant dorénavant aux tribunaux de statuer sur la garde des enfants en dehors des règles qui régissent l'instance en séparation de corps des conjoints : Marie Christine KIROUACK, « Attributs de l'autorité parentale », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 32, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, p. 5.

soins de l'autre époux, ou d'une tierce personne». Commentant cet article, le professeur Mayrand considérait que la règle ainsi posée n'avait pas pour effet de faire passer l'intérêt de l'enfant au second plan. Selon cet auteur, le législateur, en adoptant cette disposition, avait tout simplement établi une présomption [simple] que l'intérêt de l'enfant était d'être confié au parent innocent plutôt qu'au parent coupable¹⁸. Du côté des tribunaux, l'arrêt *Bockler c. Bockler*, jugement unanime de la Cour d'appel rendu en 1974, illustre bien l'importance accrue qu'ils accordaient à l'intérêt de l'enfant et l'assouplissement de la puissance paternelle qui en résultait :

« La puissance paternelle vise à assurer l'unité de la société familiale, mais lorsque cette société se désagrège et que l'unité est rompue et remplacée par la discorde et bien souvent l'animosité des parents, le juge n'a plus les contraintes d'autrefois lorsqu'il s'agit pour lui de décider de la garde des enfants et c'est l'intérêt des enfants qui doit être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide. »¹⁹

Consacré législativement par le Code civil lors de la réforme du droit de la famille de 1980²⁰ et interprété par la Cour suprême du Canada –

¹⁸ Albert MAYRAND, « L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 632.

¹⁹ [1974] C.A. 41, 42.

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

notamment – dans les arrêts *King c. Low*²¹ et *Young c. Young*²², il ne fait plus aujourd’hui aucun doute que le meilleur intérêt de l’enfant constitue la règle cardinale de toute décision qui le concerne, comme le mentionne très éloquemment la Cour suprême, sous la plume du juge Beetz, dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*:

«L’intérêt de l’enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l’avant en 1980 [...] a consacré le caractère primordial du critère de l’intérêt de l’enfant. Le principe de la primauté de l’intérêt de l’enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le Code civil [...].»²³

Le meilleur intérêt de l’enfant sera déterminé en prenant en considération chacun des facteurs d’appréciation énoncés au second alinéa de l’article 33 C.c.Q., soit «les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l’enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation», aucun de ces facteurs n’ayant préséance sur les autres²⁴.

II. Évaluation du meilleur intérêt de l’enfant dans les décisions relatives à la garde

On comprend aisément, à la lecture des facteurs de détermination du meilleur intérêt de l’enfant énoncés au Code civil, que leur caractère général fournit une marge de manœuvre importante aux juges d’instance, qui devra déterminer si le meilleur intérêt des enfants visés par les procédures

²¹ [1985] 1 R.C.S. 87.

²² [1993] 4 R.C.S. 3.

²³ [1987] 2 R.C.S. 244, 269, par. 42. Au même effet, voir : *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014.

²⁴ *Van de Perre c. Edwards*, préc., note 23, 1022, par. 10: «Lorsqu’il élabore les motifs de sa décision dans une affaire de garde, le juge est censé prendre en considération chacun des facteurs [énoncés dans la loi applicable] à la lumière de la preuve soumise [...]».

(intérêt *in concreto*²⁵) commande une garde partagée²⁶ ou une garde exclusive²⁷ au père ou à la mère.

Pour ce faire, le juge doit d'abord déterminer, à la lumière du droit et des faits mis en preuve, si les facteurs d'application de garde partagée dégagés par la Cour d'appel sont réunis, soit: 1) des capacités parentales comparables, 2) une communication fonctionnelle et une absence de

²⁵ Carmen LAVALLÉE, « Éthique et droit en matière d'adoption », dans Françoise-Romaine OUELLETTE, Renée JOYAL et Roch HURTUBISE (dir.), *Familles en mouvances: quels enjeux éthiques?*, coll. « Culture et société », Québec, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 258. Dans cet article, l'auteure s'intéresse aux différences entre l'intérêt de l'enfant *in abstracto* et l'intérêt de l'enfant *in concreto*, soutenant que le premier réfère à l'intérêt des enfants en général et justifie le fondement d'une règle de droit. Quant à l'intérêt *in concreto* de l'enfant, il permet aux tribunaux de choisir, parmi toutes les règles de droit élaborées dans l'intérêt des enfants en général (*in abstracto*), celle qui répond le mieux à l'intérêt d'un enfant déterminé.

²⁶ La « garde partagée », aussi appelée « garde alternative ou garde alternée », désigne l'exercice commun du droit de garde (au sens civil du terme), c'est-à-dire, aux fins de la réglementation provinciale et fédérale, lorsque chacun des parents assume au moins 40 % du temps de garde au cours de la même année: *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 129 G.O. II, 2117, art. 6; *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/1997-175 (Gaz. Can. II), art. 9. Cette modalité de garde est reconnue expressément par l'article 16(4) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.), qui se lit ainsi: « L'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut prévoir la garde par une ou plusieurs personnes des enfants à charge ou de l'un d'eux ou l'accès auprès de ces enfants ». Selon le professeur Goubau, le Code civil, bien que n'envisageant pas formellement cette modalité de garde, ne l'exclut pas pour autant puisqu'il laisse aux tribunaux le soin de prendre les décisions dans le meilleur intérêt de l'enfant en vertu des articles 33 et 604: Dominique GOUBAU, « La garde partagée: vogue passagère ou tendance lourde? », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la direction de Benoît MOORE Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 109, à la page 110. Le juge Gervais écrivait d'ailleurs, dans *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48, 49, que « [n]i le Code civil, ni le Code de procédure civile, ni la Loi sur le divorce n'interdisent au Tribunal d'accorder la garde juridique conjointement aux père et mère ». Il est important de préciser que la garde partagée ne doit pas être confondue avec la coparentalité, ces notions renvoyant à deux réalités différentes. Alors que la garde partagée réfère à l'organisation du temps de garde, la coparentalité consiste en la collaboration parentale au sujet de l'enfant, tant avant qu'après une rupture: Michel TÉTRAULT, « La garde partagée: la charrue avant les boeufs? » (2007) 1 *Revue scientifique de l'AIFI* 115, 137.

²⁷ La garde est dite exclusive lorsqu'il n'y a qu'un seul parent gardien.

conflits significatifs entre les parents, 3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et 4) la stabilité de l'enfant²⁸.

Au terme de cette analyse, que nous présupposons être réalisée en toute impartialité dans le sens où le juge, tout en luttant contre ses propres préjugés ou préconceptions, adopte une attitude ou un état d'esprit tout à fait désintéressé face au résultat en évaluant au mérite la demande des parties²⁹, deux scénarios sont possibles.

Dans un premier cas de figure, le juge peut en arriver à la conclusion que l'un ou plusieurs de ces éléments fait défaut, auquel cas la garde partagée ne peut être considérée. Le juge devra dès lors octroyer la garde exclu-

²⁸ Ces critères proviennent de mon analyse des arrêts suivants de la Cour d'appel du Québec: *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091 (C.A.); *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.J.Q. 2627 (C.A.); *T.P.G. c. D.M.*, [2004] R.D.F. 272 (C.A.); *G.G. c. J.P.*, 2005 QCCA 210; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 (C.A.); *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 (C.A.); *V.P. c. C.F.*, préc., note 15; *D.(P.) c. F.(W.)*, sub nom. *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289 (C.A.).

²⁹ Ainsi que l'a noté le Conseil canadien de la magistrature, traitant de la norme d'impartialité à laquelle sont tenus les juges, l'obligation d'impartialité: « [...] ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées – à supposer que cela soit possible – manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé. La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert. »: CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Propos sur la conduite des juges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 15. Ces propos sont repris par le juge Cory dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, 533, par. 119. La juge McLachlin réfère également à ce devoir d'impartialité lorsqu'elle précise, dans l'arrêt *Young*, que le critère de l'intérêt de l'enfant, bien qu'il s'agisse d'un critère souple, est tout de même un critère juridique qui doit être appliqué à la lumière de la preuve au dossier. Cela étant, « [i]l n'y a pas de place pour les prédilections et les préjugés du juge. Son devoir est d'appliquer la loi; non pas d'agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire »: *Young c. Young*, préc., note 6, 117. Ainsi vu, le processus d'interprétation est une forme complexe d'activité humaine qui consiste en de constants allers-retours entre le texte et l'interprète lui-même: Hans Georg GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1996, p. 290.

sive du ou des enfants au parent qui sera le mieux à même de servir leurs meilleurs intérêts. Questionnés sur les facteurs de détermination auxquels ils attachent de l'importance dans le choix du parent gardien, les juges mentionnent, entre autres: la capacité du parent de communiquer, de donner du temps à l'enfant, de l'éduquer, l'environnement familial (ambiance familiale, fratrie, voisinage, animal domestique), la disponibilité des parents, la situation géographique (compte tenu de l'ensemble des activités de l'enfant), la relation de l'enfant avec chacun de ses parents et la capacité de ces derniers à lui donner amour, affection et encadrement³⁰. Le jeune âge de l'enfant, qui renvoie à la théorie du lien d'attachement essentiellement développée par les chercheurs Bowlby et Ainsworth³¹, est un critère qui est également invoqué par les juges afin de justifier l'octroi de la garde exclusive au parent qui, au cours de la vie commune, aura agi à titre de figure parentale principale ou de parent de référence à l'égard de l'enfant³².

L'analyse des critères d'application de la garde partagée peut, dans un second cas de figure, amener le juge à conclure que cette modalité de garde

³⁰ Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur les divers aspects de la question », (2001) 61 *R. du B.* 281, 292. Bien que non soulevés par les juges interviewés, mentionnons que l'identité raciale et le sexe de l'enfant sont des facteurs qui peuvent aussi être considérés dans la détermination du meilleur intérêt de l'enfant, le concept de l'identification avec le parent de même sexe ne semblant toutefois être appliqué que lorsque les autres critères permettant d'établir l'intérêt supérieur de l'enfant ne peuvent être déterminants: *Droit de la famille – 111846*, [2011] R.L. 380 (C.S.); *Droit de la famille – 121496*, 2012 QCCS 2784. Sur la pertinence du critère de la race selon le contexte, voir: *Van de Perre c. Edwards*, préc., note 23.

³¹ John BOWLBY, *Attachment and loss*, New York, Basic Books, 1969-1980; Mary D. SALTER AINSWORTH, « Attachment as Related to Mother-Infant Interaction », dans Jay S. ROSENBLATT, Robert A. HINDE, Colin BEER et Marie-Claire BUSNEL (dir.), *Advances in the study of behavior*, vol. 9, New York, Academic Press, 1979, p. 1.

³² Tel fut le cas dans l'affaire *L.S. c. B.J.*, EYB 2005-96771 (C.S.), où la garde d'un enfant de 21 mois a été confiée à la mère, la juge Capriolo étant d'avis qu'un lien affectif très important s'était établi entre la mère et l'enfant durant la première année de sa vie. Pour d'autres illustrations jurisprudentielles où ce concept a joué un rôle déterminant dans l'attribution de la garde à un des parents, voir notamment: *G. (S.) c. P. (SA.)*, REJB 2005-93536 (C.A.); *J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.); *Droit de la famille – 121515*, 2012 QCCA 1140; *Droit de la famille – 1313*, [1990] R.D.F. 198 (C.S.); *M.-J.H. c. É.C.*, [2006] R.D.F. 818 (C.S.); *Droit de la famille – 073023*, 2007 QCCS 5746; *Droit de la famille – 091071*, 2009 QCCS 2083; *Droit de la famille – 112288*, 2011 QCCS 3942; *Droit de la famille – 113934*, 2011 QCCS 6691.

est dans l'ordre du possible, l'ensemble de ses facteurs d'application étant réunis. Cela étant, le juge se retrouve devant un scénario que nous qualifions de « neutre », c'est-à-dire une situation où les deux modalités de garde sont toutes autant envisageables.

Dans cette seconde hypothèse, 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 ce que commande l'intérêt supérieur de l'enfant. L'indétermination ou l'incomplétude de ce principe ne lui fournissant toutefois pas l'ensemble de l'information nécessaire à la solution du litige, il devra, en tant qu'interprète, en définir le contenu en puisant hors des éléments écrits qui le compose³³.

À cet égard, l'analyse de la jurisprudence permet de constater que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges a donné lieu à des présomptions jurisprudentielles proposant des modèles familiaux complètement opposés. En effet, dans les situations où, une fois considérés le droit et les faits mis en preuve lors de l'enquête judiciaire, les deux modalités de garde sont envisageables, certains juges semblent considérer que la garde partagée constitue, *a priori*, la formule de garde la mieux à même de servir le meilleur intérêt de l'enfant, alors que d'autres, au contraire, semblent avoir un préjugé favorable à la garde exclusive. Des compréhensions opposées ou des différences d'approche importantes du principe de l'intérêt de l'enfant mènent ainsi à des solutions juridiques tout aussi opposées, 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

³³ Gérard TIMSIT, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p. 14 et suiv; Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », (1992) 26 *R.J.T.* 1, 10 et 11. 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*, préc., note 6, 73-77). De façon plus générale, la Cour suprême du Canada avait antérieurement reconnu, dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, que la précision absolue ou l'exhaustivité de la loi était impossible (théorie de l'imprécision législative).

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.»³⁴

Ces compréhensions peuvent certes être influencées par la preuve d'expertise déposée au dossier démontrant qu'un mode de garde est plus favorable qu'un autre. Il est toutefois nécessaire de rappeler, d'une part, que le juge n'est pas lié par la preuve d'expertise³⁵ 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 de garde sur l'adaptation de l'enfant³⁶. 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 inclination vers l'une ou l'autre des modalités de garde?

Inspirée par la pensée des membres du mouvement réaliste américain, de même que par certains travaux de recherche dont je discuterai dans les prochains paragraphes, je considère que l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde peut être influencée par les valeurs, idéologies et traits caractéristiques que révèlent les 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, je suis d'avis qu'on ne peut qualifier d'improbable l'incidence qu'ils y exercent, le tout tel que plus amplement explicité dans la partie suivante.

³⁴ *MacGyver c. Richards*, [1995] O.J. No. 770 (C.A.) (QL/LN).

³⁵ *D.L. c. L.D.*, 2006 QCCA 1259; *J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.). Le juge qui s'écarte ou met l'expertise de côté devra toutefois justifier sa décision.

³⁶ 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 16^{es} 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? », 16^{es} Journées annuelles de santé publique, Montréal, 26 novembre 2012, en ligne: <http://jasp.inspq.qc.ca/Data/Sites/1/SharedFiles/presentations/2012/jasp2012_26nov_unirseparation_fcyr.pdf> (consulté le 13 mars 2013).

III. L'influence de l'âge et du sexe du juge : une explication possible?

A. Constats de recherches antérieures

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 décideur³⁷. Ainsi, on peut lire que les juges âgés de 50 ans et plus (« *older judges* ») ont tendance à octroyer une garde exclusive à la mère³⁸ 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, ni ne 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.

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 masculins³⁹. Au Canada, l'article publié en 1990 par la juge Bertha Wilson à ce sujet est fort intéressant⁴⁰. Première femme à être

³⁷ Jessica PEARSON et Maria A. LUCHESE RING, « Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases », (1983) 21 *J. Fam. L.* 703.

³⁸ 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 » : *id.*, 721.

³⁹ 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 *Alb. L. Rev.* 1205 ; Donald R. SONGER, Sue DAVIS et Susan HAIRE, « A Reappraisal of Diversification in the Federal Courts: Gender Effects in the Courts of Appeals », (1994) 56 *Journal of Politics* 425.

⁴⁰ Bertha WILSON, « Will Women Judges Really Make a Difference? », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 507.

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. Reconnaisant 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 »⁴¹. 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 » catégorique⁴². 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 élevé⁴³. Sans toutefois aller jusqu'à affirmer que les femmes partagent une essence commune, les auteures soutiennent « [q]u'il y aurait donc, potentiellement,

⁴¹ « 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 »: *id.*, 522 [en italique dans l'original].

⁴² 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.

⁴³ Peter McCORMICK, *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000. Après avoir analysé 2231 jugements de la Cour suprême entre 1982 et 2012, les auteures Belleau et Johnson concluent que la juge L'Heureux-Dubé détient le titre de la plus grande dissidente, cette dernière s'étant distinguée dans 63,2 % des décisions. Ces résultats ont été présentés lors du 81^e Congrès de l'Acfas qui s'est tenu à Québec du 6 au 10 mai 2013: Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « Dissidences salutaires à la Cour suprême », Conférence, 81^e Congrès de l'Acfas 2013, Québec, 6 mai 2013. Au sujet de la dissidence de la juge Claire L'Heureux-Dubé et de sa grande influence sur le droit, voir: Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON, « La dissidence judiciaire: réflexions préliminaires sur les émotions, la raison et les passions du droit/Judicial Dissent: Early Reflections on Emotion, Reason, and Passion in Law », dans Marie-Claire BELLEAU et François LACASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 699, 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 materiality) 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 » (*id.*, à la page 718).

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»⁴⁴.

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

Certaines approches, qui contrastent avec les théories plus classiques du droit, soutiennent un tel raisonnement. C'est le cas, notamment, de celle mise de l'avant par le mouvement réaliste américain, dont la pensée sera dès à présent présentée. Le lecteur ne doit cependant pas s'attendre ici à un exposé détaillé de l'argumentation des tenants de ce mouvement dont les propos furent divers et parfois même indépendants les uns des autres. La présentation relativement homogène de la position adoptée par ces derniers à laquelle je m'emploierai ne vise pas à créer artificiellement une certaine unité conceptuelle; elle a plutôt pour but de mettre en exergue l'apport de ce mouvement à la théorie du droit et les aspects fondamentaux sur lesquels a porté sa réflexion.

B. Mouvement réaliste américain

Le mouvement réaliste américain a pris naissance aux États-Unis dans la première moitié du xx^e siècle⁴⁵. Inspiré par la *Sociological Jurisprudence* qui lui a précédé⁴⁶ et marqué par le relativisme de l'époque⁴⁷, ce mouvement qui, à l'instar de son prédécesseur, voit le droit comme un produit

⁴⁴ M.-C. BELLEAU et R. JOHNSON, préc., note 42, 34.

⁴⁵ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997, p. 121.

⁴⁶ Essentiellement, les membres de l'école de la *Sociological Jurisprudence* ont participé à une tentative de rapprochement entre la théorie du droit et la sociologie par leur souci de tenir compte des faits sociaux et par leur désir de comprendre les relations du droit avec la société. Voir à ce sujet: Françoise MICHAUT, *L'école de la «sociological jurisprudence» et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse d'État, Nanterre, Université de Paris X-Nanterre, 1985.

⁴⁷ L'idée que rien n'est absolu et que tout dépend des circonstances socio-historiques transparaît clairement dans un article de Walter W. Cook publié en 1927 dans lequel l'auteur insiste sur les limites à la validité d'un discours et sur l'importance de confron-

social⁴⁸, s'est employé, à des degrés variés et sous des formes diverses, à critiquer la pensée juridique classique qui s'est essentiellement développée entre les années 1885 et 1940⁴⁹.

Bien que les points de vue, les orientations et les intérêts des membres de ce mouvement – les Réalistes – ne soient pas homogènes, ces derniers partagent des prémisses théoriques communes, dont celle voulant que les normes juridiques ne permettent pas aux tribunaux d'en arriver, dans certains cas, à des conclusions précises, certaines et concluantes⁵⁰. S'inscrivant en faux contre la théorie classique et formaliste de l'interprétation, les Réalistes – dont notamment, Charles E. Clark, Walter W. Cook, Jerome Frank, Leo Green, Karl N. Llewellyn, William U. Moore, Herman Oliphant et Max Radin⁵¹ – 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

ter les postulats à l'expérience: Walter W. Cook, «Scientific Method and the Law», (1927) 13 *A.B.A.J.* 303.

⁴⁸ La Cour suprême du Canada l'a d'ailleurs reconnu dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, 700, par. 16, où la juge L'Heureux-Dubé, rendant jugement pour les juges Gonthier, McLachlin et elle-même, s'exprime ainsi à ce sujet: «En outre, depuis l'école du réalisme juridique et la «théorie sociologique du droit» (sociological jurisprudence) de Roscoe Pound, il est reconnu que le droit n'est pas au-dessus des autres institutions sociales et qu'il n'existe pas en vase clos. La distinction largement reçue, établie par des juristes éminents tel Kenneth Culp Davis, entre “faits en litige” – se rapportant spécifiquement à l'espèce en cause – et “faits législatifs” – intervenant dans des décisions de droit ou de politique générale – démontre clairement que le droit et la société entretiennent des liens d'interdépendance inextricables et que les faits sociaux font partie intégrante du processus d'élaboration des lois» (par. 16).

⁴⁹ Duncan KENNEDY, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940», (1980) 3 *Research in Law and Sociology* 3. Pour un aperçu des principales orientations de ce mouvement, voir: Karl N. LLEWELLYN, «Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound», (1931) 44 *Harv. L. Rev.* 1222.

⁵⁰ K. N. LLEWELLYN, préc., note 49, 1237; HARVARD LAW REVIEW EDITORIAL BOARD, «Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship», (1982) 95 *Harv. L. Rev.* 1669, 1670.

⁵¹ Il s'agit, selon Andrée Lajoie, des auteurs qui forment le noyau central du mouvement réaliste américain: A. LAJOIE, préc., note 45, 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.

d'un raisonnement syllogistique dépourvu de toute subjectivité. Voici comment Karl N. Llewellyn pose le problème :

« If deduction does not solve cases, but only shows the effect of a given premise; and if there is available a competing but equally authoritative premise that leads to a different conclusion then there is a choice in the case; a choice to be justified; a choice which can be justified only as a question of policy – for the authoritative tradition speaks with a forked tongue. »⁵²

Les Réalistes soutiennent ainsi l'idée que le processus interprétatif transcende la méthode. Confortés par les travaux réalisés en psychologie mettant en exergue le rôle joué par l'intuition et par l'expérience dans tout processus décisionnel – qu'il soit judiciaire ou non – ils dénonceront les insuffisances de la logique formelle pour faire place à une conception plus libérale du processus d'interprétation du droit en y faisant intervenir des éléments autres que ceux de la déduction⁵³.

Ayant sous les yeux un système de *common law*, les Réalistes vont surtout s'intéresser à la lecture des précédents qui est faite par les juges. Distinguant les situations où une règle précise se dégage de la jurisprudence antérieure de celles où les précédents n'apportent aucune solution claire et non équivoque au litige⁵⁴, ils insisteront, dans ce dernier cas de figure, sur les choix – de nature politique, éthique ou autre – auxquels devra inévitablement procéder le juge⁵⁵. D'aucuns estimeront que ces choix sont teintés par la personnalité de celui qui l'a effectué et sur les interprétations néces-

⁵² K. N. LLEWELLYN, préc., note 49, 1252.

⁵³ Jerome FRANK, *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens & Sons Ltd., 1949; Oliver W. HOLMES, Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1948; Oliver W. HOLMES, « The Path of the Law », 1897, dans *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, p. 167.

⁵⁴ On voit ici le parallèle évident avec le niveau de détermination des règles auquel on réfère dans les systèmes de droit civil. Benjamin N. Cordozo affirmait d'ailleurs à ce sujet que « even in code systems, the law leaves many things unsaid. It states a general principle, and turns over to the judge the task of filling up the gaps » : Benjamin N. CORDOZO, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 28.

⁵⁵ 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.

sairement différentes qui en résultent⁵⁶. D'autres, comme Karl N. Llewellyn⁵⁷, mettent plus spécialement l'accent sur l'importance de la perception, par le juge, du monde dans lequel il vit, car « [c]e n'est pas le texte qui change, c'est le lecteur. Celui-ci fera vivre le texte en lui conférant une signification qui portera la trace de sa compréhension de ce qui l'entoure »⁵⁸.

Des propos de Llewellyn, nous comprenons que le lecteur du texte lui confère un sens, une orientation normative qui est à l'image de sa compréhension du monde qui l'entoure. Nous utilisons ici le terme « image » en référence à la théorie de l'image développée par l'économiste et philosophe Kenneth E. Boulding selon laquelle l'échelle de valeurs d'un individu 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 message it receives on its image of the world »⁵⁹. Selon l'auteur, nous nous connaissons nous-mêmes et connaissons les autres et le monde qui nous entoure à partir des « images » que nous en avons. Appliquée au droit, 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 judiciaires⁶⁰. Les propos de la professeure Andrée Lajoie au sujet de cette théorie méritent d'être cités *in extenso*, compte tenu de l'éclairage qu'ils y apportent :

« En effet, la conception que les juges se font de concepts flous et néanmoins centraux du droit constitue une représentation, une image de la réalité sociale à laquelle elle fait référence. C'est le contenu de base d'une idéologie que les

⁵⁶ Walton H. HAMILTON, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 8, New York, MacMillan Co., 1932, p. 450; Felix S. COHEN, « Field Theory and Judicial Logic », (1950) 59 *Yale L.J.* 238.

⁵⁷ Karl N. LLEWELLYN, « Realistic Jurisprudence – The Next Step », (1930) 30 *Colum. L. Rev.* 431; Karl N. LLEWELLYN, « On Reading and Using the Newer Jurisprudence », (1940) 40 *Colum. L. Rev.* 581.

⁵⁸ F. MICHAUT, préc., note 55, 504.

⁵⁹ Kenneth E. BOULDING, *The Image*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1957, p. 12.

⁶⁰ 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.

juges promeuvent à travers leur pratique judiciaire: la formation de ces images suit le processus décrit par Boulding, au cours duquel se cristallise une perception subjective de la réalité, filtrée d'abord par les valeurs personnelles dont leurs auteurs sont porteurs, de sorte que ces images ne sont pas des photos d'une réalité objective, mais des "dessins d'après nature" d'une réalité subjectivement perçue, de représentations induites à partir de la réalité sociale, à travers divers filtres dont le premier est constitué du système de valeurs auquel les juges adhèrent.»⁶¹

En situant ainsi le droit dans son contexte social avec, comme acteur central, le juge, les membres du mouvement réaliste américain proposeront une nouvelle lecture de la doctrine du précédent. Posant le droit comme l'activité des juges eux-mêmes, ils insisteront sur l'importance de saisir, par des méthodes empiriques essentiellement quantitatives, les facteurs individuels et psychologiques susceptibles d'orienter le comportement des juges, comme l'exprime clairement Andrée Lajoie: « [les réalistes] sont des empiriques pour lesquels le droit est énoncé par des juges créateurs, dont il faut saisir le comportement si l'on veut prédire les règles »⁶².

Cette théorie de la prévisibilité du droit, qui est au centre du mouvement réaliste américain – bien que tous n'y accordaient pas la même importance⁶³ – et dont l'origine se trouve dans la *Sociological Jurisprudence*⁶⁴, a fortement été critiquée. On lui a notamment reproché d'être déterministe⁶⁵ et de minimiser l'importance des règles de droit sur le produit judiciaire⁶⁶. Selon Françoise Michaut, cette dernière critique, bien que

⁶¹ A. LAJOIE, préc., note 45, p. 135 [référence omise].

⁶² *Id.*, p. 123.

⁶³ F. MICHAUT, préc., note 51, 36 et suiv.

⁶⁴ Oliver W. Holmes, dont le nom est associé à l'école de la *Sociological Jurisprudence*, déclarait, dès 1897, que « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law »: O. W. HOLMES, JR., « The Path of the Law », préc., note 53, à la page 173. Ces propos seront repris un peu plus de trente années plus tard par Karl N. Llewellyn, celui-ci affirmant que « [w]hat these officials (judges, sheriffs or clerks or jailers or lawyers) do about disputes is, to my mind, the law itself »: Karl N. LEWELLYN, *The Bramble Bush*, 2^e éd., New York, 1930, p. 12.

⁶⁵ A. LAJOIE, préc., note 45, p. 126.

⁶⁶ Nombreux sont ceux à avoir critiqué la préséance de la décision sur la règle de droit que postulent les Réalistes. Ces critiques ont été recensées et résumées par Françoise Michaut: F. MICHAUT, préc., note 51, 55 et suiv. Or, selon l'auteure, les Réalistes ne remettent pas en cause le système du précédent et ne nient pas que des règles s'imposent aux juges comme point de départ à la formulation de la décision. Ce qu'ils

compréhensible, demeure néanmoins déplorable, et ce, pour plusieurs raisons que l'auteure résume comme suit :

« S'il est vrai que le réalisme américain, à la suite de la "sociological jurisprudence", a voulu introduire une nouvelle approche du droit et même alors inaugurer une approche scientifique sur le modèle des sciences expérimentales, et s'il est vrai que ses résultats dans ce domaine ne sont pas tous convaincants, il est tout aussi exact qu'il a soulevé des questions essentielles, qu'avec la "sociological jurisprudence" il a envisagé des questions primordiales que la théorie du droit aujourd'hui ne peut négliger ou qu'en posant dans ce cadre le problème de la prévisibilité en droit, de la prévisibilité des décisions judiciaires en particulier, ils ont mis à nu un rouage d'une grande importance dans le fonctionnement des systèmes juridiques en même temps qu'ils ont relancé par là d'une autre manière le problème des rapports du droit et de la morale. »⁶⁷

Le mouvement réaliste américain, malgré ses imperfections, a donc joué un rôle important dans le développement de la doctrine de l'interprétation judiciaire⁶⁸. Considérant le droit comme un phénomène social et insistant sur les facteurs individuels et psychologiques des décideurs, la doctrine réaliste incite à regarder au-delà des règles afin de prendre en compte les différentes variables liées aux acteurs du système judiciaire et leur influence sur le processus interprétatif.

C. Projet de recherche en cours

À la question précédemment soulevée, à savoir ce qui peut influencer l'inclinaison du juge vers l'une ou l'autre des modalités de garde dans le cas de situations que j'ai qualifiées de « neutres », j'ai soumis l'hypothèse que les marqueurs identitaires du décideur (sexe et âge) et les traits caractéristiques qui leur sont reliés (incluant le système de valeurs et d'idéologies) influencent la teneur des jugements qu'il prononce. Cette hypothèse, qui s'appuie sur la vision du droit soutenue par le mouvement réaliste

veulent mettre en évidence, c'est ce qui, dans le processus d'interprétation, permet de passer des décisions antérieures à la décision nouvelle : F. MICHAUT, préc., note 55, 504.

⁶⁷ F. MICHAUT, préc., note 51, 35.

⁶⁸ « If their historiography disrupted established learning in a variety of doctrinal fields, the realists' resort to the arsenal of analytic jurisprudenc revolutionized legal thinking and directly contributed to the uneasy pluralism characteristic of today's legal scholarship » : HARVARD LAW REVIEW EDITORIAL BOARD, préc., note 50, 1673.

américain ainsi que sur les conclusions tirées des études ci-dessus présentées, sera vérifiée dans le cadre de mon projet de doctorat.

Pour ce faire, j'ai d'abord procédé au recensement de décisions dites neutres, c'est-à-dire, au risque de me répéter, des décisions dans lesquelles les deux modalités de garde (partagée et exclusive) étaient envisageables. La discrimination des décisions effectuée sur la base du critère de neutralité me permettait ainsi de ne retenir que celles où la subjectivité du juge a été sollicitée.

Le Québec ayant connu des changements sociaux majeurs qui, au cours des dernières décennies, ont marqué les façons de vivre au quotidien, les décisions judiciaires retenues devaient également répondre à un critère de temporalité. L'intégration croissante des femmes sur le marché du travail et une prise de conscience de l'importance du rôle du père figurent parmi ces changements qui, à partir du milieu des années 1990, ont eu pour effet de faire de la garde partagée une modalité de garde de plus en plus présente dans le paysage juridique québécois⁶⁹. Cela étant, seuls les jugements rendus à partir de 1994 ont été considérés⁷⁰.

Au terme de cet exercice, quarante-deux décisions neutres ont été obtenues. La garde partagée a été octroyée dans trente-trois de ces décisions, alors que la garde exclusive est la modalité de garde retenue dans les neuf autres cas. Le premier constat pouvant être tiré de ces résultats est que dans le cadre d'un scénario neutre, la garde partagée est la modalité de garde la plus souvent octroyée par les tribunaux, et ce, dans une très nette proportion.

Mes recherches devraient par la suite me permettre de déterminer si les marqueurs identitaires retenus peuvent expliquer ces résultats.

Pour ce faire, je traduirais d'abord, à l'aide de la documentation issue des sciences sociales⁷¹, à quoi correspondent les variables « sexe » et « âge »

⁶⁹ Michel TÉTRAULT, « La garde partagée : de la légende urbaine à la réalité », Conférence présentée dans le cadre du congrès du Barreau du Québec, Québec, 4 juin 2004 [non publiée]. Transcription disponible en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/congres/2004/legende.pdf>> (consulté le 13 mars 2014).

⁷⁰ L'année 1994 a été retenue comme point de départ puisqu'elle correspond à l'entrée en vigueur du Code civil actuel.

⁷¹ Je considérerais que l'interdisciplinarité, c'est-à-dire le dialogue et l'échange de connaissances entre le droit et les sciences sociales (sociologie et psychologie), me permettait

en termes de valeurs, d'idéologies et de traits caractéristiques dominants. Les portraits de groupe obtenus par cette analyse documentaire me permettront ensuite de créer différentes typologies (par exemple: progressiste, traditionnel, libéral, créatif, radical, etc.). Ceci étant fait, il s'agira, en dernier lieu, de vérifier si la modalité de garde octroyée dans le cadre d'un scénario neutre peut s'expliquer ou se justifier par la typologie à laquelle appartient le décideur. À titre d'exemple, les questions auxquelles je devrai pouvoir répondre pour parachever cette étape peuvent être formulées de la façon suivante: un décideur dit «traditionnel» sera-t-il davantage enclin à octroyer une garde exclusive à la mère, considérant que les valeurs et les idéologies dominantes qui sous-tendent cette modalité de garde peuvent être basées sur l'idée que les mères sont biologiquement «connectées» à l'enfant et ainsi mieux à même d'en assumer la garde et les responsabilités qui en découlent? À l'inverse, un décideur qualifié de «libéral» aura-t-il davantage tendance à s'écarter de la distribution traditionnelle des rôles familiaux et ainsi octroyer une garde partagée confectionnée sur mesure et traduisant un souci d'adéquation aux changements qui ont bouleversé l'économie générale de la famille au cours des dernières années?

*
* *
*

L'«intérêt de l'enfant» est un concept fondamental en droit de la famille puisqu'il constitue le critère déterminant dans toute décision qui le concerne. Le *Code civil du Québec*, sans le définir, énonce, au second alinéa de l'article 33, les critères qui doivent servir à le déterminer. Concept à «texture ouverte»⁷², son interprétation est laissée à l'appréciation des juges

de mieux appréhender mon sujet dans sa réalité globale. Cette approche est d'ailleurs de plus en plus utilisée, et ce, autant par les chercheurs que par les tribunaux, comme le mentionne la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Willick c. Willick*, préc., note 48, 700, par. 15: «Les recherches en sciences sociales et les données socio-économiques font depuis longtemps partie des outils des tribunaux tant au Canada qu'aux États-Unis. Depuis 1908, la Cour suprême des États-Unis s'y réfère de façon constante tant pour rechercher le fondement des règles de droit que pour les soumettre à la critique. La pratique judiciaire consistant à colliger ces recherches et à en prendre connaissance d'office afin de mieux étayer l'analyse juridique, est maintenant bien établie dans cette cour». Voir, au même effet, *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, 873.

⁷² L'expression est empruntée au professeur Pierre-André Côté: Pierre-André CÔTÉ avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd.,

d'instance qui, au fil du temps, ont élaboré certains critères afin de guider l'exercice de leur discrétion judiciaire dans le cadre des litiges portant sur la garde des enfants suivant une rupture conjugale. L'application ou l'interprétation de ces critères donne toutefois lieu à une jurisprudence contradictoire dans les cas où la garde partagée, tout comme la garde exclusive, est envisageable. Ainsi, confrontés à un scénario 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-ci⁷³, alors que d'autres interpréteront ce même intérêt en fonction de la maximisation des contacts entre l'enfant et ses deux parents.

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, j'ai soutenu que les valeurs, idéologies et traits caractéristiques du décideur peuvent influencer l'inclinaison de ce dernier vers l'une ou l'autre des modalités de garde.

L'étude que j'ai entreprise dans le cadre de mes études doctorales a pour but de vérifier mes prétentions. Plus précisément, mes travaux visent 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.

Ceci étant dit, il est important de comprendre que mon objectif n'est pas d'établir un lien de causalité entre les marqueurs identitaires du juge et la teneur des décisions qu'il rend, mais plutôt de vérifier si des corrélations peuvent être établies entre ces deux paramètres, tout en faisant les nuances qui s'imposent afin d'éviter de simplifier indûment les choses en prétendant que le bagage de l'interprète, bien que pertinent, soit toujours déterminant. Désirant aller au-delà des perceptions traditionnelles véhiculées par la doctrine classique, mes travaux se veulent davantage une contribution au développement d'une conception non formaliste du droit plutôt

Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 321. Sur cette notion, l'auteur réfère le lecteur aux ouvrages suivants: Glanville L. WILLIAMS, «Language and the Law», (1945) 61 *L.Q.Rev.* 71, 179 et suiv.; Herbert L.A. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», (1957-58) 71 *Harv. L. Rev.* 593, 607 et suiv.; Herbert L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1976, p. 155 et suiv.

⁷³ 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.

qu'une démonstration que le sexe et l'âge des décideurs conditionnent systématiquement et invariablement leurs décisions. Une étude de ce genre comporte certes des difficultés en ce qu'elle confronte la juriste que je suis à des concepts et des théories qui appartiennent à d'autres champs disciplinaires et qui, partant, ne me sont pas familiers. La compréhension plus fine de l'activité d'interprétation judiciaire en matière familiale et des décisions qui en résultent en justifie cependant le bien-fondé.

