

Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques

Élisabeth Godbout, Claudine Parent and Marie-Christine Saint-Jacques

Number 20, Spring 2014

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1025335ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1025335ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

INRS-UCS

ISSN

1708-6310 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Godbout, É., Parent, C. & Saint-Jacques, M.-C. (2014). Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques. *Enfances, Familles, Générations*, (20), 168–188. <https://doi.org/10.7202/1025335ar>

Article abstract

This summary of theoretical, scientific, and professional writings is focused on three questions related to determining the best interests of the child whose custody is disputed following a separation: (1) What are the stakes when it comes down to the best interests of the child? (2) What are the characteristics of the situations that end up being analyzed or debated in the courtroom? (3) How is this principle assessed from a practical point of view; what weight is given to the various criteria examined by the judges and the specialists? As concerns the professionals whose task it is to come to a decision as to the best interests of the child, the answers to these questions highlight a range of challenges that underlie their being regulated by a flexible yardstick that provides few clear guidelines within a context itself often extremely controversial and complex. An examination of these writings concerning the practices of judges and specialists reveals two conflicting currents of thought: the importance of the referral parent, more especially when the children are very young, and the trend towards co-parenting and an equal sharing of custody between the parents. It is on the basis of these conclusions that suggestions for future research are made.

Le meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée : enjeux, contexte et pratiques

Élisabeth Godbout

Doctorante, École de service social
Université Laval (Canada)
elisabeth.godbout.1@ulaval.ca

Claudine Parent

Professeure, École de service social
Université Laval (Canada)
claudine.parent@svs.ulaval.ca

Marie-Christine Saint-Jacques

Professeure, École de service social
Université Laval (Canada)
marie-christine.saint-jacques@svs.ulaval.ca

Résumé

Cette recension des écrits théoriques, scientifiques et professionnels s'intéresse à trois questions en lien avec la détermination du meilleur intérêt de l'enfant dont la garde est contestée à la suite d'une séparation : 1) Quels sont les enjeux entourant le principe de meilleur intérêt de l'enfant? 2) Quelles sont les caractéristiques des situations qui se retrouvent à être expertisées ou débattues en cour? 3) Comment ce principe est-il évalué concrètement; quel poids est accordé à différents critères examinés par les juges et les experts? Pour les professionnels qui doivent se prononcer sur le meilleur intérêt de l'enfant, la réponse à ces questions met en lumière différents défis inhérents au fait d'être guidés par un critère souple, mais offrant peu de balises claires dans un contexte souvent hautement conflictuel et complexe. L'examen des écrits sur les pratiques des experts et des juges met au jour une tension entre deux courants : l'importance du parent de référence, particulièrement pour les très jeunes enfants et une tendance vers la coparentalité et un partage équilibré de la garde entre les parents. À partir de ces constats, des pistes pour les recherches futures sont proposées.

Mots clés : *Meilleur intérêt de l'enfant, droit d'accès, séparation, expertise psychosociale, garde des enfants, évaluation*

Abstract

This summary of theoretical, scientific, and professional writings is focused on three questions related to determining the best interests of the child whose custody is disputed following a separation: (1) What are the stakes when it comes down to the best interests of the child? (2) What are the characteristics of the situations that end up being analyzed or debated in the courtroom? (3) How is this principle assessed from a practical point of view; what weight is given to the various criteria examined by the judges and the specialists? As concerns the professionals whose task it is to come to a decision as to the best interests of the child, the answers to these questions highlight a range of challenges that underlie their being regulated by a flexible yardstick that provides few clear guidelines within a context itself often extremely controversial and complex. An examination of these writings concerning the practices of judges and specialists reveals two conflicting currents of thought: the importance of the referral parent, more especially when the children are very young, and the trend towards co-parenting and an equal sharing of custody between the parents. It is on the basis of these conclusions that suggestions for future research are made.

Keywords: *Best interests of the child, right of access, separation, psychosocial expertise, custody, assessment*

1. Introduction

Pierre angulaire d'une multitude de décisions qui concernent les enfants en Occident, principe consacré par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989 (Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille, 2001), le principe de meilleur intérêt de l'enfant fait partie du langage à la fois courant et spécialisé au sujet de l'enfance. Il s'agit d'un principe qui semble « aller de soi » tant il est ancré dans les valeurs de notre société. Pourtant lorsqu'il doit être appliqué à des situations réelles de séparation ou de divorce, il suscite des débats importants. À cet égard, Goubau (2009b) affirme que le meilleur intérêt de l'enfant est l'une des notions les plus controversées du droit de la famille contemporain. C'est pourtant sur la base de ce principe que des professionnels, des juges et des experts doivent en arriver à départager le conflit entre ex-conjoints qui se disputent la garde et les droits d'accès de leur enfant. Cette question est d'une grande importance, puisqu'elle a un impact durable sur le vécu d'enfants et de familles particulièrement vulnérables. À cet effet, il faut considérer que parmi les enfants qui vivent la séparation de leurs parents, ceux dont la garde et les droits d'accès sont disputés deviennent un enjeu important du conflit entre ex-conjoints : ils sont à risque d'être pris à partie (triangulés) dans les querelles entre leurs parents (Drapeau *et al.*, 2004; Johnston *et al.*, 2009) et même d'être exposés à la violence conjugale (Ayoub *et al.*, 1999; Jaffe *et al.*, 2003; Johnston et Campbell, 1993b). Bien que l'ordonnance de la cour ou l'expertise psychosociale ne représentent que des moments ponctuels dans un processus de séparation qui peut s'étaler sur des années, ces expériences peuvent être déterminantes et être aussi bien traumatisantes que thérapeutiques. Bien souvent, de la perspective des parties, la décision du juge vient établir qui a raison et qui a tort. Ainsi, cette décision peut être perçue comme une punition, une humiliation ou une condamnation pour le parent « perdant » (Johnston *et al.*, 2009). Il en va de même pour l'expertise psychosociale qui peut générer de la colère et de l'incompréhension, mais aussi des solutions pour ces familles (Dessureault, 2010; Timmermans, 2006).

Cet article propose d'examiner trois aspects qui génèrent des débats autour de la question du meilleur intérêt de l'enfant : 1) l'indétermination de ce principe, 2) son application dans un contexte humainement difficile et délicat et 3) son application concrète qui place les juges et les experts devant des choix. Pour ce faire, cette recension des écrits tâche de répondre aux questions suivantes :

- Quels sont les enjeux entourant le principe de meilleur intérêt de l'enfant?
- Dans quel contexte le principe de meilleur intérêt de l'enfant doit-il être appliqué par les juges et les experts? Plus précisément, quelles sont les caractéristiques des situations qui se retrouvent à être expertisées ou débattues en cour?
- Comment ce principe est-il évalué concrètement; quel poids est accordé à différents critères examinés par les juges et les experts?

Les réponses à ces questions permettent d'identifier les principaux débats autour du principe de meilleur intérêt de l'enfant, de décrire les tendances actuelles permettant d'interpréter ce principe et de prendre la mesure des limites des écrits sur ce sujet. Plus largement, cet article a pour but de circonscrire ce domaine de pratique au carrefour du juridique et du psychosocial.

2. Méthodologie

Pour mener à bien cette recension des écrits théoriques, scientifiques et professionnels, différents mots-clés ont été employés dans des banques de données en sciences sociales (*PsycInfo* et *Social Work Abstracts*) : « *best interests of the child* », « *custody dispute* », « *custody evaluation+best interests of the child* », « *child custody + judge* ». Afin d'avoir accès à des études québécoises, les bases de données Repère et Famili@ ont été utilisées avec les mots-clés : « garde des enfants » et « intérêt enfant+garde ». Seules les publications parues en 1995 et après étaient considérées (avec quelques exceptions pour les travaux constamment cités ou qui ont fait école dans ce domaine d'étude). Les publications retenues devaient avoir pour sujet l'intérêt de l'enfant dans un contexte de conflit de garde et de droits d'accès qui doit être débattu en cour ou évalué en expertise, ce qui impliquait l'exclusion des articles portant sur l'intérêt de l'enfant dans le cadre de la protection de la jeunesse, de l'adoption, de la médiation familiale, etc. Après l'application de ce critère et l'élimination des doublons, 24 textes sur 227 ont été conservés. La recherche documentaire s'est avérée moins systématique qu'escompté : les articles s'intéressant aux pratiques et aux enjeux en lien avec le principe de meilleur intérêt de l'enfant demeurent peu nombreux et dispersés dans divers champs professionnels, il est difficile d'y accéder uniquement au moyen d'une recherche par mots-clés dans des bases de données en sciences sociales. La recherche documentaire a donc nécessité la consultation de la bibliographie d'une recension des écrits qui a permis d'identifier 19 références supplémentaires (Saini, 2008). De plus, des périodiques de droit, des revues professionnelles et des manuels cliniques en psychologie et en service social ont été consultés afin de compléter la documentation.

3. Le meilleur intérêt de l'enfant : définitions et enjeux

L'intérêt de l'enfant est d'abord un concept légal. Il s'agit d'une « notion-cadre » qui est décrite comme un grand principe général et même comme une « notion presque supralégislative » utilisée dans différents contextes légaux : elle est reconnue dans le Code civil, dans la Loi sur la protection de la jeunesse, dans la Charte des droits et libertés de la personne et même, en droit international, dans la Convention sur les

droits de l'enfant (Malacket, 2010). En matière de garde à la suite d'une séparation ou d'un divorce, cette notion est au cœur de la décision du tribunal. Il s'agit, en fait, du seul critère relatif à la détermination de la garde selon les lois fédérale et provinciale (D.-Castelli et Goubau, 2000). Si la primauté de ce standard ne fait pas de doute, ses contours sont moins clairs. En effet, aucun texte législatif n'en donne de définition précise (Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille, 2001). L'article 33 du Code civil du Québec¹ stipule que dans les décisions prises dans l'intérêt de l'enfant, « sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation ». Le Code civil prévoit également que le tribunal doit donner à l'enfant « [...] la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent » (article 34). La loi sur le divorce² mentionne à l'article 16(8) que le meilleur intérêt de l'enfant est défini « [...] en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation ». Deux principes (les notions de *maximum de contacts* et de *parent amical*) mentionnés à l'article 16(10) de la loi sur le divorce exposent l'importance du maintien de liens significatifs entre l'enfant et ses deux parents :

En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact.

Ces critères sont modulés selon chaque situation particulière afin de déterminer quel est l'intérêt concret de l'enfant; il s'agit donc d'une question de fait (D.-Castelli et Goubau, 2000; Lavallée, 2005). De façon plus spécifique, déterminer quel est le meilleur intérêt de l'enfant revient à choisir, dans une situation particulière, la meilleure solution compte tenu de toutes les possibilités et en prenant en considération les effets à court et à long terme de la décision (Lavallée, 2005).

Le flou autour du principe de meilleur intérêt de l'enfant est utile non seulement à l'évaluation au « cas par cas », mais il permet également au concept d'évoluer au gré du développement de la littérature scientifique, de la jurisprudence, de la doctrine et des changements sociaux (Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille, 2001). Le principe de meilleur intérêt de l'enfant s'est effectivement beaucoup transformé depuis son apparition au courant du 19^e siècle. D'abord évaluée en fonction de la faute conjugale et de la doctrine de l'âge tendre³ (Cliche, 1997; Goubau, 2009b; Mason, 1994; Quéniart et Joyal, 2000), la notion de meilleur intérêt est actuellement principalement interprétée au regard de facteurs psychologiques qui ont pris le pas sur d'autres considérations (économiques, éducationnelles et médicales, par exemple) (Emery *et al.*, 2005), et ce, bien souvent à travers le regard d'experts formés en sciences sociales (Kelly, 1997; Mason, 1994; Quéniart et Joyal, 2000). À ce propos, Kelly (1997) propose une définition pouvant guider le travail de l'expert :

¹ Code civil du Québec, L. Q. 1991, c. 64

² Loi concernant le divorce et les mesures accessoires, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e supp.)

³ Principe selon lequel un jeune enfant ne devrait pas être séparé de sa mère qui a engendré une présomption de garde à la mère à partir de la deuxième moitié du 19^e siècle jusqu'à la fin du 20^e siècle.

[...] a useful working definition of the child's "best interest" is what combination of factors this child needs in a custody and/or access arrangements that will sustain his or her adjustment and development (p. 378).

Pour Kelly, cette définition présuppose, d'une part, l'identification et la préservation des forces déjà présentes dans l'entourage de l'enfant qui se développe normalement (en d'autres termes, il s'agit de ne pas changer ce qui réussit déjà bien) et, d'autre part, elle inclut une vision proactive de ce dont aura besoin l'enfant qui présente des difficultés développementales ou psychologiques pour qu'il arrive à mieux s'adapter dans le futur et dans un contexte de séparation. Encore une fois, cette définition demeure très large et assez malléable pour tailler des solutions sur mesure à des cas particuliers.

En résumé, le concept à l'étude prend naissance dans le droit, mais doit être traduit en termes psychologiques ou psychosociaux. Il s'agit, de ce fait, d'un objet interdisciplinaire rendant propices les débats et les controverses entre les professionnels de « cultures » différentes qui se penchent sur cette question (Birnbaum *et al.*, 2008). Ceci laisse présager un certain nombre d'enjeux en lien avec le principe de meilleur intérêt de l'enfant.

3.1 Enjeux sociaux

L'idée de mettre le meilleur intérêt de l'enfant au centre du processus décisionnel en matière de garde n'est pas récente : des textes de droit datant de plus d'un siècle y font déjà allusion comme critère prépondérant dans les décisions que doivent prendre les magistrats (Goubau, 2009b). Selon Goubau (2009b), depuis l'apparition de ce principe au cours du 19^e siècle, chaque époque a eu ses certitudes à ce sujet. C'est donc dire que ce principe est en constante évolution et reflète les valeurs d'une société à une époque donnée.

En raison de son caractère fortement subjectif, le principe de meilleur intérêt de l'enfant s'est valu de nombreuses critiques. Celles-ci ont été recensées par Krauss et Sales (2000). Ces auteurs citent d'abord le juriste Robert H. Mnookin, qui est l'un des premiers à s'être exprimé sur le sujet au milieu des années 1970. Ce dernier s'inquiète alors de la grande discrétion que ce standard laisse aux magistrats, permettant que les croyances et expériences personnelles de ces derniers guident leurs décisions. De même, est régulièrement soulevé, un risque selon lequel les décisions peuvent manquer d'uniformité d'un juge à l'autre et d'un district à l'autre (Kelly, 1994; Krauss et Sales, 2000; Théry, 1993). D'autres critiques posent l'hypothèse que l'ambiguïté de ce principe amène davantage de causes devant les tribunaux. Ainsi, en ne sachant pas précisément à l'avance quels critères sont déterminants dans une décision de garde, les parents ayant des causes « faibles » pourraient choisir de se présenter quand même devant un juge dans l'espoir qu'il prenne arbitrairement une décision en leur faveur (Krauss et Sales, 2000).

En plus des critiques provenant de juristes, certaines auteures féministes remettent en question l'utilisation de ce principe. Selon leur avis, ce standard est faussement neutre par rapport au genre, car il omettrait de prendre en compte de façon équitable l'investissement maternel avant la séparation ou passerait sous silence le fait que les femmes tiennent généralement davantage à la garde que les pères et vont, par le fait même, faire de grandes concessions (financières, par exemple) pour s'assurer de ne pas la perdre (Boyd, 2003; Elizabeth *et al.*, 2012; Krauss et Sales, 2000). Pour leur part, les pères pourraient être victimes de préjugés qui les confinent au rôle de pourvoyeur. Différents auteurs recensés par Quéniart et Rousseau (2004) indiquent que le système

judiciaire, voire la société en général, véhiculerait cette vision du père lors de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant (Quéniart et Rousseau, 2004).

À la lumière de toutes ces critiques, une question s'impose : pourquoi un principe aussi vague a-t-il survécu pendant plus d'un siècle? La réponse tient justement dans sa flexibilité et son adaptabilité aux valeurs sociales et familiales changeantes (Dolgin, 1996). De plus, le principe de meilleur intérêt de l'enfant conférerait un sens moral aux décisions de garde, car il témoigne de l'intention constante de placer l'enfant au centre du processus, même si ce dernier est influencé par des courants ayant peu à voir avec les besoins réels des enfants (Dolgin, 1996). En effet, ce principe est souvent mis de l'avant pour masquer les réels enjeux d'un conflit. Ainsi, sous le couvert du meilleur intérêt de l'enfant et de son bien-être, les belligérants peuvent en fait se disputer pour des questions de pension, de résidence ou d'autres récriminations d'ordre personnel et conjugal sans les adresser directement (Smart et May, 2004). La primauté et l'indétermination de ce principe fait en sorte que le discours officiel et dominant sur le bien-être de l'enfant est intériorisé et réinterprété et que ses prémisses permettent de justifier plusieurs prises de position divergentes, tant chez les parents qui se disputent la garde de leur enfant que chez les différents acteurs du système de justice familiale et les groupes qui défendent les droits des pères et des mères (Fogarty et Augoustinos, 2008; Kaganas et Day Sclater, 2004; Leduc, 2000).

3.2 Enjeux scientifiques

En raison des connaissances scientifiques limitées dans ce domaine, la validité des évaluations de garde n'a pas été démontrée et aucune méthodologie pour mener à bien les expertises ne fait consensus malgré l'existence de lignes directrices et de nombreux manuels sur cette question (Bala, 2004; Saini, 2008). Un aspect particulièrement décrié est la possibilité pour les experts de faire des recommandations concernant le partage du temps parental, car cela implique des tâches qui dépassent les connaissances scientifiques actuelles, soit soupeser différents éléments complexes d'une situation et prédire les conséquences des modalités de garde et d'accès (Emery *et al.*, 2005; Gould et Martindale, 2005; O'Donohue *et al.*, 2009; O'Donohue et Bradley, 1999; Tippins et Wittmann, 2005). Par exemple, des auteurs (Tippins et Wittmann, 2005) affirment que les professionnels devraient s'en tenir à l'exposition des faits (observations et éléments mentionnés lors des entrevues cliniques, scores des tests psychométriques, etc.), leur interprétation prudente de ces données (sans l'utilisation de construits mal appuyés par la recherche) et la simple exposition des risques et avantages que présentent certaines modalités de garde dans la situation évaluée. Suivant cet avis, s'avancer plus loin dans l'interprétation des données ne serait pas éthiquement et légalement acceptable (Emery *et al.*, 2005; Tippins et Wittmann, 2005). D'autres auteurs (Bala, 2005; Fridhandler, 2008; Kelly et Johnston, 2005) s'opposent à cette position empiriste très stricte. Par exemple, Fridhandler (2008) précise que l'expertise ne pourrait jamais être uniquement guidée par des résultats de recherche, car ceux-ci ne sont pas assez détaillés pour être entièrement applicables à une situation précise de garde d'enfant. D'autres auteurs sont d'avis que les juges ne sont pas mieux qualifiés pour élucider la question de la garde et faire fi de leurs biais personnels que les experts (Kelly et Johnston, 2005). Le travail des experts, bien qu'il demeure imparfait, peut pallier le manque de connaissances et d'expérience de certains juges face à des situations litigieuses en droit familial (Bala, 2005). Dans un autre ordre d'idées, Bala (2005) soutient que les avocats et les juges reconnaissent que le processus d'expertise facilite souvent l'émergence d'un accord entre les parties. La fonction des experts dépasse donc le cadre de la seule évaluation. En effet, selon des données du Service d'expertise psychosociale du Centre jeunesse de Montréal colligées pendant une période d'un an, dans 56 % des cas, l'intervention de l'expert engendre une résolution du conflit par les

parents eux-mêmes qui en arrivent à une entente ou se désistent de leur requête (Filion, 1998). Malgré l'utilité évidente de l'expertise, il reste que les experts disposent de peu de données probantes pour appuyer une opinion concernant le meilleur intérêt d'un enfant dans un contexte donné (Saini, 2008).

4. Le contexte de pratique des experts et des juges

Si, dans un premier temps, le caractère insaisissable du critère du meilleur intérêt de l'enfant a été exposé, là ne s'arrête pas la complexité associée aux recommandations et décisions de garde. Les situations portées à l'attention des experts et des juges se distinguent de l'ensemble des séparations à plusieurs égards, tant sur le plan de la prévalence que sur le plan de la nature et de l'intensité des conflits qui les caractérisent. Comme discuté plus tôt, le meilleur intérêt de l'enfant est une question de fait. Le contexte particulier et hors normes des situations qui se retrouvent en expertise ou en cour teintera donc nécessairement l'application concrète de ce principe.

4.1 Prévalence et caractéristiques des situations qui se retrouvent devant la cour et en expertise

Les données de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes (ELNEJ) montrent que près de 60 % des parents canadiens qui se séparent ont officialisé le partage de la garde par une ordonnance de la cour cinq ans après la séparation (Marcil-Gratton et Le Bourdais, 1999). L'ELNEJ révèle, en outre, que le degré de tension à propos des modalités de garde entre les ex-conjoints représente un facteur fortement associé aux probabilités d'aller chercher cette ordonnance (Marcil-Gratton et Le Bourdais, 1999).

Cela ne signifie pas pour autant que toutes ces situations ont nécessité qu'un juge tranche le litige. En effet, ces cas sont l'exception plutôt que la règle. L'examen de 806 dossiers concernant des divorces ou des ruptures d'union libre ouverts entre 1995 et 1998 dans les districts judiciaires de Montréal et de Saint-Jérôme montre que seuls 15,2 % des dossiers de divorce et 9,2 % des dossiers de rupture d'union libre ont été réglés par décision du juge, alors que ces proportions sont respectivement de 72,6 % et 83,8 % par consentement et de 12,1 % et 6,9 % par défaut (Joyal *et al.*, 2002). Des données plus récentes tirées de 2000 ordonnances de pension alimentaire rendues en 2008 et représentatives des 43 localités du Québec où siège la Cour supérieure révèlent que 7,7 % des dossiers présentent deux demandes divergentes pour la garde et que le désaccord persiste au terme des procédures dans moins de 3 % des dossiers (Biland et Schütz, 2012). Ces résultats corroborent ceux d'une large étude californienne qui a démontré qu'une forte majorité de parents résolvent la question de la garde et de l'accès sans l'intervention soutenue de l'appareil judiciaire (Maccoby et Mnookin, 1992).

Par ailleurs, le recours à l'expertise n'est pas rare dans les cas de garde contestée. Selon les données colligées par Joyal et ses collaboratrices (2002), elle serait utilisée dans 10,5 % de tous les cas de séparation ou de divorce et son utilisation demeurerait beaucoup plus fréquente que d'autres dispositifs tels le témoignage de l'enfant (3,3 %) et la représentation de l'enfant par un avocat (2,7 %) (Joyal, 2002). Cette proportion peut sembler minime sur l'ensemble des dossiers, mais elle serait utilisée dans la majorité des dossiers où la décision est ultimement rendue par un juge et sa fréquence d'utilisation serait croissante (Joyal, 2002; Quéniart et Joyal, 2000). Des juges et des avocats interrogés par Joyal (2002) ont identifié les situations nécessitant l'intervention d'un expert : un conflit aigu entre les parents, l'alcoolisme et la

toxicomanie, le déménagement d'un parent, l'incompétence parentale et la violence. De façon similaire, des juges et des avocats sondés par Bow et Quinnell (2004) et les juges interrogés par Waller et Daniel (2004) ont nommé les problématiques suivantes comme justifiant une référence à un expert : le conflit parental, l'instabilité psychologique d'un parent, les allégations de mauvais traitements physique et sexuel et l'alcoolisme. Ainsi, il semble que les experts doivent évaluer des situations particulièrement complexes et sévères.

4.2 Les séparations hautement conflictuelles

Les séparations dites hautement conflictuelles sont fréquemment mises en lien avec le fait de recourir aux tribunaux pour trancher la question de la garde et des droits d'accès. Dans la littérature sur le sujet, il est courant que le conflit interparental soit estimé en fonction du conflit légal, comme si les deux construits étaient équivalents (Drapeau *et al.*, accepté; Saini et Birnbaum, 2007). En réalité, les ex-conjoints qui s'engagent dans un conflit juridique tendent effectivement à être ceux qui sont également très hostiles et discordants quant à l'exercice de la coparentalité, sans que ces deux groupes ne se superposent parfaitement (Maccoby et Mnookin, 1992). Autrement dit, bien que la présence d'un litige pour la garde devant les tribunaux ne soit pas nécessaire ou suffisante pour qualifier la situation de hautement conflictuelle, force est d'admettre que ce sont souvent des situations très détériorées qui se retrouvent en cour.

Le terme « séparation hautement conflictuelle » est actuellement un concept fourre-tout utilisé pour décrire plusieurs problématiques différentes pouvant se chevaucher (Birnbaum et Bala, 2010; Saini et Birnbaum, 2007) : les cas où il y a un recours aux tribunaux (de façon répétée ou non), ceux où il y a un degré élevé de colère et de méfiance entre les ex-conjoints et une incapacité à coopérer et à communiquer à propos des enfants de même que des situations plus graves telles la violence conjugale et l'aliénation parentale⁴. Si la définition de séparation hautement conflictuelle reste assez floue, la plupart des auteurs s'accordent pour faire des distinctions importantes. Ainsi, pour être qualifié d'élevé, le conflit devrait également être enraciné, chronique et omniprésent (Anderson *et al.*, 2010). De même, le conflit qui émane d'un désir des deux parents d'être impliqués dans la vie de leurs enfants doit être distingué de celui caractérisé par des stratégies de contrôle (physique ou autres) associées à la violence conjugale, bien que les deux situations puissent être vues comme hautement conflictuelles (Birnbaum et Bala, 2010). Il apparaît également important de distinguer la violence susceptible de se manifester entre les ex-conjoints qui vivent une séparation hautement conflictuelle (violence bidirectionnelle liée à l'escalade des conflits dans le couple) et la violence plus grave appelée « terrorisme intime » qui comporte généralement des actes violents et de coercition de même qu'un déséquilibre de pouvoir entre les ex-conjoints (Anderson *et al.*, 2010; Jaffe *et al.*, 2008; Johnston, 2006). Des recherches (Johnston et Campbell, 1993a, 1993b) menées auprès d'ex-conjoints en litige pour la garde ($n=140$) ont permis l'élaboration d'une typologie clinique de violence interparentale qui montre qu'elle peut prendre des formes variées dans ces situations : en plus de la violence physique perpétrée par l'homme, il y a des cas où la violence est amorcée par la femme, où les deux ex-conjoints participent à

⁴ L'aliénation parentale est généralement définie comme une alliance entre un parent et son enfant visant le rejet de l'autre parent par l'enfant. Le jeune aliéné d'un parent exprimerait librement et de façon persistante des croyances et des sentiments négatifs ou déraisonnables (colère, haine, rejet et/ou peur) envers le parent, qui sont disproportionnés par rapport à son expérience réelle avec ce parent.

l'escalade des conflits, mais où le contrôle est repris par l'homme, où les comportements violents sont ponctuels et reliés au traumatisme de la séparation ou caractérisés par des réactions psychotiques ou de paranoïa.

Cette question est très importante, car les situations typiquement catégorisées comme hautement conflictuelles cacheraient, dans les faits, une importante réalité de violence conjugale (Jaffe *et al.*, 2003; Johnston, 1994). Par ailleurs, deux études (Kernic *et al.*, 2005; Morrill *et al.*, 2005) basées sur de larges échantillons de dossiers de garde montrent que le système de justice peine à détecter la violence conjugale et à mettre en place des mesures adéquates pour protéger les victimes dans les ordonnances concernant la garde et les droits d'accès. Ces chercheurs expliquent ces résultats par le manque de coordination de l'information et des services d'une cour à l'autre (cour criminelle et celle traitant des affaires familiales). Ils soutiennent, en outre, que certaines victimes demeureraient silencieuses pour ne pas donner l'impression de vouloir faire obstruction aux liens entre l'enfant et son autre parent. Une recherche de Shaffer et Bala (2003) menée auprès d'un échantillon canadien non représentatif de 45 jugements sur la garde comportant de la violence conjugale révèle une certaine sensibilité des juges à la violence conjugale et ses impacts sur les enfants. La garde était ainsi rarement accordée aux pères ayant été violents lorsque les allégations de violence étaient jugées fondées. Toutefois, la majorité de ces pères ont obtenu un accès à leur enfant sans supervision ou sans cadre pour l'échange de la garde, ce qui peut présenter un risque pour la sécurité des victimes. La question du meilleur intérêt de l'enfant est particulièrement délicate et sujette à controverses lorsqu'elle est mise en lien avec la violence conjugale. Cette tension est la conséquence de deux principes opposés : d'une part, la volonté de conservation des liens avec le parent qui a été violent et se retrouve à être le parent non-gardien (souvent le père) et, d'autre part, la nécessité de protéger les victimes et de reconnaître les conséquences négatives de la violence conjugale pour les femmes et les enfants (Lapierre *et al.*, 2004).

En plus de la violence conjugale, la recension des écrits de Saini et Birnbaum (2007) de même que celle de Johnston (1994) révèlent une grande variété de facteurs associés aux séparations hautement conflictuelles : les problèmes de santé mentale et troubles de la personnalité, l'abus de substance, les allégations de maltraitance envers les enfants, l'historique de criminalité d'un parent, etc. Ces éléments compliquent davantage le portrait des séparations dites hautement conflictuelles.

Pourtant, il s'agit d'un concept de plus en plus utilisé, comme en témoigne une recherche qui a répertorié l'utilisation du terme *high conflict* dans les décisions judiciaires des deux dernières décennies au Canada. Ces données révèlent une augmentation constante de l'utilisation du terme, particulièrement depuis les années 2000 (Birnbaum et Bala, 2010). Les résultats de cette étude montrent que le terme est utilisé par différents acteurs (le juge, l'expert ou les deux parties) dans une variété de circonstances, allant des problèmes de communication entre les parents à la violence conjugale en passant par l'aliénation parentale. De surcroît, l'étude de ces dossiers met au jour une véritable rhétorique autour du terme *high conflict*. Par exemple, les conflits dits élevés peuvent être alimentés ou dépeints de façon exagérée par une seule partie dans le but d'éviter une ordonnance de garde partagée (Birnbaum et Bala, 2010; Friedman, 2004).

5. Les recherches sur les pratiques des juges et des experts

Peu de recherches se sont penchées sur les éléments qui retiennent ou non l'attention des juges et des experts qui doivent rendre une décision dans le meilleur intérêt de l'enfant et seulement quelques-unes s'intéressent à leur pratique au sens large. Une

recherche approfondie de la littérature scientifique et professionnelle en sciences sociales et en droit a permis de retenir près d'une vingtaine d'articles sur ce sujet.

Un thème qui revient souvent dans les recherches s'intéressant aux décisions des juges est l'existence ou non d'un biais de genre chez cette population. À ce propos, les auteurs ne s'accordent pas tous sur la persistance chez les juges de la doctrine de l'âge tendre. Bien que la loi soit neutre quant au genre du parent gardien, certaines recherches font le constat que, dans l'absolu, une proportion substantielle de juges présente une nette préférence pour la garde à la mère ou, du moins, à des modalités de garde comportant de longues périodes sans changement de garde. Ceci est montré dans certaines enquêtes (Stamps, 2002; Stamps et Kunen, 1996; Stamps *et al.*, 1996; Stamps *et al.*, 1997) ou par des entrevues en face à face auprès de cette population (Artis, 2004). Sans parler d'une préférence envers les mères, Sorensen et ses collaborateurs (1997) remarquent que, bien que la garde physique était accordée à la mère ou au père dans des proportions qui n'étaient pas significativement différentes dans leur échantillon (analyse de 60 jugements de garde), la garde principale au père était significativement liée à la présence de déficits parentaux chez la mère, à un bon soutien social du père et au fait qu'il n'y ait qu'un enfant impliqué plutôt qu'une fratrie. Qui plus est, le « lien chaleureux qui unit le père et l'enfant » était associé à la décision des juges uniquement lorsque les tuteurs d'instance de l'enfant (*guardian ad litem*) se disaient très confiants de leur évaluation de ce lien, ce qui n'était pas le cas dans les décisions de garde favorisant les mères. Les auteurs croient que ces résultats montrent que, d'emblée, les juges doutent moins des compétences parentales des mères comparativement à celles des pères.

En contrepartie, d'autres recherches portant sur les pratiques autorapportées montrent que les juges se disent neutres quant au genre du parent gardien (Ackerman et Steffen, 2001; Reidy *et al.*, 1989; Wallace et Koerner, 2003) et certaines mettent au jour une préférence chez bon nombre de juges envers la garde partagée. À ce propos, une étude québécoise (Joyal et Quéniart, 2001; Quéniart et Joyal, 2001) révèle que sept juges sur les dix interrogés y sont favorables même en présence de conflits. Parmi ces derniers, trois juges affirmeront même avoir une présomption de garde partagée dans tous les cas. Pour trois juges seulement, la garde partagée est à proscrire si les parents n'arrivent pas à se parler au départ. Dans une autre étude, américaine cette fois, la garde partagée demeurerait une option envisagée favorablement par les magistrats lorsque les capacités parentales sont jugées bonnes chez les deux parents, quitte à l'imposer aux parties (Wallace et Koerner, 2003). D'autres recherches ont montré que ce type de garde était fréquemment ordonné malgré des conflits interparentaux importants et documentés (Joyal *et al.*, 2002; McIntosh et Chisholm, 2008) et qu'il pouvait être utilisé par les juges dans le but de prévenir l'obstruction des contacts avec un parent (cas d'allégations d'aliénation parentale) (Saini et Birnbaum, 2005). Par ailleurs, certains chercheurs déplorent le manque d'attention portée aux conflits dans les décisions rendues par les tribunaux (Sorensen *et al.*, 1997; Wallace et Koerner, 2003). En effet, les résultats rapportés précédemment renvoient inévitablement à la question du risque pour les enfants que représente l'exposition aux conflits lorsque la garde est divisée entre les parents (Drapeau *et al.*, accepté).

La question des « préférences » des tribunaux pour des modalités de garde particulières fait l'objet de débats, voire de polémiques. Il demeure difficile de trancher ces questions à partir des statistiques sur les ordonnances de garde. La recherche de Joyal *et al.* (2002) révèle que, peu importe le type d'ordonnance (intérimaire ou définitif), la modalité de garde qui prédomine est la garde exclusive à la mère. Or cette situation est plus habituelle dans les cas consentis que lorsque la cour a dû trancher le litige. On ne peut donc conclure, à la lumière de ces données, que le tribunal favorise

les mères au détriment des pères (Joyal, *et al.*, 2002). De façon similaire, Maccoby et Mnookin (1992) ont observé que la proportion de garde physique partagée et la garde physique confiée au père augmente à mesure que le conflit de garde est judiciairisé, pour atteindre un ratio approchant de la parité entre les pères et les mères lorsque la garde doit être ultimement décidée par un juge (1,5 % de leur échantillon, $n=933$). Pourtant, dans tous les cas où les demandes de garde divergeaient d'un parent à l'autre (environ 20 % de leur échantillon), les mères obtenaient les modalités de garde qu'elles désiraient au départ deux fois plus souvent que les pères. Sur la base de ces résultats, il est difficile de conclure qu'il existe ou non un biais de genre dans le système de justice familial.

Enfin, différentes études montrent que, bien souvent, les juges vont accorder beaucoup d'importance aux préférences des adolescents de quinze ans et plus quant aux modalités de garde, mais peu aux souhaits des enfants plus jeunes (Ackerman et Steffen, 2001; Crosby-Currie, 1996; Reidy *et al.*, 1989; Sorensen *et al.*, 1997; Wallace et Koerner, 2003). En plus du stade développemental du jeune, les juges porteraient une grande attention aux capacités parentales de chacun des parents, au lien parent-enfant et à la stabilité des parents et seraient évidemment attentifs aux allégations de maltraitance, d'abus de substance et d'aliénation parentale (Ackerman et Steffen, 2001; Reidy *et al.*, 1989; Sorensen *et al.*, 1995; Wallace et Koerner, 2003).

Les thèmes traités dans les recherches qui s'intéressent aux pratiques des experts sont sensiblement les mêmes que ceux explorés auprès des juges. Ces derniers seraient d'ailleurs très influencés par le regard de l'expert, puisqu'ils suivraient ses recommandations plus de 90 % du temps, selon différentes études recensées par Saini (2008). Les recherches sur les pratiques des experts ont été réalisées en grande majorité auprès de psychologues et à partir de sondages où les répondants devaient hiérarchiser certains éléments selon l'importance qu'ils leur accordent dans l'évaluation de garde. Les éléments qui ressortent comme étant très importants dans ces études font principalement référence aux habiletés parentales, au lien d'attachement parent-enfant, à la santé mentale et à la stabilité des parents, à la maltraitance, à l'abus de substance d'un parent, au dénigrement d'un parent ou à la problématique d'aliénation parentale ou, inversement, à la propension à encourager les contacts avec l'autre parent (Ackerman et Ackerman, 1997; Bow et Quinnell, 2001; Jameson *et al.*, 1997; Lafortune et Carpenter, 1998). Les éléments les moins importants aux yeux des experts étaient la préférence envers la mère, la faute conjugale, la religion, le statut conjugal et l'orientation sexuelle des parents, le sexe de l'enfant et les préférences du jeune enfant (Ackerman et Ackerman, 1997; Jameson *et al.*, 1997; Lafortune et Carpenter, 1998). Questionnées sur les recommandations qu'ils pourraient faire en faveur de la garde partagée, les répondants de l'étude de Ackerman et Ackerman ($n=201$ psychologues experts pratiquant dans 39 états des États-Unis), ont indiqué, tant lors des questions ouvertes que lors des questions de hiérarchisation des critères, que la capacité à dépasser les difficultés interpersonnelles pour se concentrer sur la relation coparentale, l'absence de colère, les liens entre l'enfant et chaque parent et la bonne santé mentale des deux parents étaient des éléments de premier ordre à considérer. Pour ce qui est de la garde exclusive, ces mêmes experts ont mentionné que celle-ci ne devrait pas être recommandée si elle est susceptible d'exclure un parent de la vie de l'enfant, s'il y a risque d'aliénation parentale, si les deux parents ont des habiletés équivalentes et que l'enfant est attaché à ses deux parents (Ackerman et Ackerman, 1997).

Enfin, les deux recherches québécoises recensées sur les pratiques des experts arrivent à des résultats inconsistants. Une première recherche montre qu'une proportion substantielle d'experts (38 %) de l'échantillon ($n=76$ psychologues) était en accord

avec la doctrine de l'âge tendre. Face à l'énoncé affirmant que la garde physique conjointe correspond au meilleur intérêt de l'enfant, 46 % de ces psychologues ont adopté une position neutre (Schwartz et Sabourin, 2001). Van Gijsegem *et al.* (2004) se sont quant à eux intéressés aux pratiques et perceptions de onze experts montréalais (neuf psychologues et deux travailleurs sociaux). Tous les experts interrogés déclarent d'emblée recommander régulièrement la garde partagée et six d'entre eux la considèrent comme la meilleure formule de garde. L'analyse du discours des experts montre que le fait que les parents soient en conflit et la mauvaise communication seraient de moins en moins vus comme des obstacles à la garde partagée (Van Gijsegem *et al.*, 2004).

6. Discussion

Cette recension des écrits théoriques, scientifiques et professionnels s'intéresse à trois questions en lien avec le principe de meilleur intérêt de l'enfant dont la garde ou les droits d'accès sont contestés après une séparation.

6.1 Quels sont les enjeux entourant le principe de meilleur intérêt de l'enfant?

De prime abord, la définition même du principe d'intérêt de l'enfant lorsqu'il est utilisé en contexte de garde ou de droits d'accès renvoie à des enjeux interdisciplinaires. Pour les experts, il s'agit de traduire un concept issu du droit à partir de connaissances scientifiques et cliniques, et ce, sur un terrain qui n'est pas le leur et sur lequel ils peuvent se sentir mal à l'aise (Melton *et al.*, 2007; Snow, 2002). Les juges doivent, pour leur part, prendre connaissance de différentes théories et concepts issus des sciences sociales (ex. : la théorie de l'attachement, le conflit de loyauté, etc.) acquises par des formations qui leur sont offertes, par leur propre travail de recherche ou à travers les rapports et les témoignages des experts (Bala, 2004). Ils doivent toutefois composer avec un manque de consensus des experts et de la littérature scientifique concernant certains sujets (ex. : les modalités de garde des bébés et très jeunes enfants) ou méthodes de travail (ex. : l'utilisation ou non de tests psychométriques) (Bala, 2004; Comité sur l'expertise en matière familiale, 1999; Cyr, 2008). Les sciences sociales prennent aujourd'hui une place importante au sein des tribunaux en matière familiale, au point où des craintes ont été formulées selon lesquelles le recours à l'expertise soit aveuglément utilisé ou devienne une porte de sortie trop facilement empruntée par les juges malgré que la responsabilité ultime de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant leur revienne (Bala, 2004). Par ailleurs, et ceci fait référence aux enjeux scientifiques du meilleur intérêt de l'enfant, l'expertise est une pratique dont la validité scientifique a fait peu l'objet d'études et est régulièrement remise en question. Dans ce contexte, les recommandations faites dans le meilleur intérêt de l'enfant ne seraient pas exemptes de prises de position personnelles de la part des experts qui doivent ultimement se fier à leur « flair clinique » (Bala, 2004). D'autres enjeux sont en lien avec l'ambiguïté, l'indétermination et la subjectivité associées au meilleur intérêt de l'enfant. L'absence de définition claire de ce concept peut mener à l'instrumentalisation de l'enfant. Bien qu'au cœur de tous les débats, son intérêt devient souvent un prétexte pour mettre de l'avant les intérêts des adultes. Ceux-ci trouvent leurs origines dans différents phénomènes sociaux : séparations et réorganisations familiales rapides, appauvrissement lié à la séparation, redéfinition du partage des rôles parentaux, des tâches et des ressources financières au sein des familles, système de justice contradictoire, difficulté d'accès à la justice, etc. L'interprétation du principe de meilleur intérêt de l'enfant varie donc nécessairement en fonction du contexte social dans lequel il est appliqué.

6.2 Quelles sont les caractéristiques des situations expertisées ou débattues en cour?

L'examen des statistiques concernant les situations se rendant en cour ou en expertise montrent que celles-ci ne représentent qu'une fraction de tous les cas de partage du temps de garde après une séparation, les ex-conjoints arrivant le plus souvent à régler cette question entre eux. Néanmoins, ces cas ne sont pas à négliger, car différents indices laissent croire qu'ils sont très prenants, potentiellement lourds, voire hautement conflictuels. Beaucoup de temps, d'argent et d'énergie y seraient investis, tant par les familles que par le système de justice et les acteurs qui le composent.

De plus, les tendances en matière de garde et de droits d'accès devant les tribunaux teinteraient vraisemblablement les pratiques qui se font « à l'ombre de la loi », soit lors d'ententes hors cour (Mnookin et Kornhauser, 1979; Saini, 2008; Schwartz et Sabourin, 2001; Stamps, 2002). Dans le même ordre d'idées, une recherche (Braver *et al.*, 2011) montre que la population en général croit majoritairement que le système de justice est biaisé en faveur des mères. Selon Braver et ses collaborateurs, cette perception pourrait avoir un impact sur les ententes que les parents prennent à la suite d'une séparation en évaluant la probabilité de gagner leur cause s'ils se présentent en cour. Bien que les auteurs précédemment cités ne fassent part que de suppositions ou d'observations personnelles, reste l'idée que les événements se déroulant en cour ont une influence qui dépasse l'individuel et le privé et qu'ils peuvent avoir un poids dans les attentes et les représentations de la population en général.

6.3 Comment ce principe est-il évalué concrètement; quel poids est accordé à différents critères examinés par les juges et les experts?

L'examen des écrits sur ce sujet ne permet pas de répondre définitivement à cette question. Tout au plus, il ressort des travaux sur les pratiques des experts et des juges une importante dualité entre deux courants forts qui se retrouvent en compétition : la préférence envers la mère et une tendance allant vers la coparentalité et la garde partagée. D'abord, un premier courant met de l'avant la préférence envers le parent de référence (qui est souvent la mère) au nom de la stabilité de l'enfant. Le deuxième courant promeut le partage le plus équilibré possible du temps parental entre les deux parents, et ce, bien souvent malgré la présence de conflits et de difficultés de communication marquées. Cette tension contradictoire avait déjà été décrite par Théry (1993) dans une recherche menée au début des années 1980 sur le critère d'intérêt de l'enfant. Selon ces données, la représentation dominante du système de justice familiale français était alors le modèle suivant une logique de substitution selon laquelle l'enfant devrait avoir un pôle référentiel principal autour duquel se construira son nouveau foyer. Par opposition, le modèle suivant une logique de pérennité s'effectuait dans la continuité de l'histoire de l'enfant avec une réorganisation bipolaire de sa famille d'origine.

Qu'en est-il de ces tensions aujourd'hui? Il y a fort à parier que le modèle de pérennité a pris davantage d'importance, c'est du moins le point de vue d'auteurs qui soulèvent l'existence d'un courant fort en faveur de la garde partagée dans la jurisprudence (Goubau, 2003; Tétrault, 2006). Ce mouvement semble aller de pair avec l'opinion générale de la population (Braver *et al.*, 2011; Saint-Jacques *et al.*, 2013). En effet, un sondage représentatif de la population du Québec révèle un appui très majoritaire à la garde partagée après une séparation pour les enfants âgés de plus de deux ans (Saint-Jacques *et al.*, 2013).

Malgré certaines contradictions, les études recensées permettent de dégager quelques récurrences. Par exemple, l'évaluation du lien parent-enfant et des habiletés parentales

apparaissent comme des incontournables tandis que le sexe de l'enfant, les préférences du jeune enfant quant à sa garde ou le statut conjugal des parents seraient généralement peu considérés. D'autres éléments nommés dans plusieurs études semblent faire consensus quant à leur importance : l'aliénation parentale et les allégations de maltraitance. Néanmoins, ces problématiques suscitent une vive controverse, surtout lorsque replacées dans le contexte d'un conflit de garde où la bonne foi de chaque partie est remise en doute (Gagné *et al.*, 2005; Trocmé et Bala, 2005). Par ailleurs, l'opinion de l'adolescent aurait généralement un grand poids dans la décision des juges. Ce constat n'est pas étonnant considérant l'importance de plus en plus grande accordée à l'enfant, à sa parole et à son opinion en matière familiale depuis les 30 à 40 dernières années (Goubau, 2009a; Quéniart et Joyal, 2000). À titre indicatif, l'avis d'un adolescent âgé de douze ans et plus à propos de ses modalités de garde ou d'accès est considéré comme largement déterminant sans être exclusif, selon la Cour d'appel du Québec (Goubau, 2009a).

Si les études recensées apportent peu de réponses précises à la question du poids accordé à différents critères en concurrence, c'est entre autres en raison de certaines de leurs limites sur le plan méthodologique. La plupart ont analysé les attitudes et pratiques autorapportées des experts et des juges, et rien ne garantit que les réponses rapportées par ces professionnels soient le reflet réel de leur pratique. La principale limite de ces études tient toutefois du fait qu'elles sont peu en lien avec les cas réels; la consigne voulant que « chaque chose étant égale par ailleurs » pour se prononcer sur l'importance d'un critère n'existe pas en réalité. Puisque chaque cas est un cas d'espèce et qu'une multitude d'éléments peuvent nuancer une situation, il est possible de se demander si les recherches où un choix est « forcé », sans être rattaché à une situation particulière, constituent la meilleure stratégie pour bien comprendre comment les experts et les juges pensent ces situations et prennent leurs décisions. De plus, les taux de réponse à ces questionnaires envoyés massivement par la poste sont généralement bas et il semble difficile de vérifier la représentativité de ces échantillons. Dans l'ensemble, les études de ce domaine sont essentiellement descriptives, élaborées à partir de petits échantillons et peu généralisables. De façon générale, le contexte judiciaire et social d'un territoire donné pourrait avoir une grande influence sur ces questions et il semble difficile de généraliser les résultats d'études américaines à la situation québécoise, par exemple. Par ailleurs, plusieurs études dataient de plus de 15 ans. Considérant l'évolution assez rapide des mentalités et des tendances dans ce domaine, il est permis de se demander si ces recherches dépeignent encore bien la situation actuelle.

7. Conclusion

Déterminer le meilleur intérêt de l'enfant dans une évaluation de garde ou dans un jugement équivaut à manipuler un concept flou et changeant dans un contexte où la science n'offre pas un garde-fou permettant d'éviter de se référer au sens commun ou à de grands principes généraux. Ces grands principes témoignent des représentations personnelles du meilleur intérêt de l'enfant de ceux qui ont à faire des recommandations ou à prendre des décisions cruciales pour ces familles, soit les juges et les experts. Ces personnes sont aussi porteuses des représentations des groupes sociaux et des organisations auxquels elles appartiennent, ce qui entretient une certaine régularité dans les processus décisionnels (Théry, 1993).

Ainsi, au-delà des prises de position individuelles, il semble pertinent de s'attarder aux grandes tendances qui sous-tendent actuellement les décisions et recommandations concernant la garde et les droits d'accès. Il serait intéressant d'observer, dans des cas

réels de décisions pour la garde et les droits d'accès, quels sont les éléments déterminants malgré la présence de différents facteurs en compétition et quels principes sous-tendent ces éléments déterminants. Par exemple, l'accès maximal aux deux parents est-il préférable à une certaine stabilité physique de l'enfant, et si oui, dans quelles conditions?

De plus, il importe de tenir compte du fait que le travail des juges et des experts s'effectue dans des situations émotionnellement et idéologiquement chargées, à haut risque de dérapage et de biais (Johnston *et al.*, 2009). Pour cette raison, de futures recherches devraient s'intéresser à la prise de décision dans le contexte hautement conflictuel où ces familles peuvent être plongées. Par exemple, comment traite-t-on de certaines questions délicates telle la parole de l'enfant alors que ce dernier se retrouve pris à partie dans le conflit? Quel poids donne-t-on aux allégations de violence conjugale lorsque les ex-conjoints en litige semblent prêts à user de différentes stratégies pour obtenir gain de cause? Des réponses à ces questions pourraient assurément contribuer au développement des connaissances dans ce champ de recherche.

Références

- Ackerman, M. J. et M. C. Ackerman. 1997. « Custody evaluation practices: A survey of experienced professionals (revisited) », *Professional Psychology: Research and Practice*, vol. 28, no 2, p. 137-145.
- Ackerman, M. J. et L. J. Steffen. 2001. « Child custody evaluation practices: A survey of family law judges », *American Journal of Family Law*, vol. 15, p. 12-23.
- Anderson, S. R., S. A. Anderson, K. L. Palmer, M. S. Mutchler et L. K. Baker. 2010. « Defining high conflict », *American Journal of Family Therapy*, vol. 39, no 1, p. 11-27.
- Artis, J. E. 2004. « Judging the best interests of the child: Judges' accounts of the tender years doctrine », *Law & Society Review*, vol. 38, no 4, p. 769-806.
- Ayoub, C. C., R. M. Deutsch et A. Maraganore. 1999. « Emotional distress in children of high-conflict divorce: The impact of marital conflict and violence », *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 37, no 3, p. 297-314.
- Bala, N. 2005. « Tippins and Wittmann asked the wrong question: Evaluators may not be "experts", but they can express best interests opinion », *Family Court Review*, vol. 43, no 4, p. 554-562.
- Bala, N. 2004. « Assessments for postseparation parenting disputes in Canada », *Family Court Review*, vol. 42, no 3, p. 485-510.
- Biland, É. et G. Schütz. 2012. *Pour avoir la garde, il faut la demander ! Les déterminants de la garde des enfants dans les procédures judiciaires au Québec*, 2e colloque franco-québécois du projet de recherche Ruptures. Les séparations conjugales : décisions judiciaires et incidences familiales, Université de Montréal, 29 octobre 2012.
- Birnbaum, R. et N. Bala. 2010. « Toward the differentiation of high-conflict families: An analysis of social science research and canadian case law », *Family Court Review*, vol. 48, no 3, p. 403-416.
- Birnbaum, R., B. J. Fidler et K. Kavassalis. 2008. « The evolution of custody law », dans *Child custody assessment: A resource guide for legal and mental health professionals*, sous la dir. de R. Birnbaum, B. J. Fidler et K. Kavassalis, Scarborough, Ontario, Thomson/Carswell, p. 1-25.
- Bow, J. N. et F. A. Quinnell. 2004. « Critique of child custody evaluations by the legal profession », *Family Court Review*, vol. 42, no 1, p. 115-127.
- Bow, J. N. et F. A. Quinnell. 2001. « Psychologists' current practices and procedures in child custody evaluations: Five years after American Psychological Association Guidelines », *Professional Psychology: Research and Practice*, vol. 32, no 3, p. 261-268.
- Boyd, S. B. 2003. *Child custody, law, and women's work*, Don Mills, ON, Oxford University Press.
- Braver, S. L., I. M. Ellman, A. M. Votruba et W. V. Fabricius. 2011. « Lay judgments about child custody after divorce », *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 17, no 2, p. 212-240.
- Cliche, M.-A. 1997. « Puissance paternelle et intérêt de l'enfant : la garde des enfants lors des séparations de corps dans le district judiciaire de Montréal, 1795-1930 », *Lien social et Politiques*, vol. 37, no printemps, p. 53-62.

Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille. 2001. *Mémoire sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants*, Colloque sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L'intérêt de l'enfant d'abord, Québec.

Comité sur l'expertise en matière familiale. 1999. *Rapport du comité sur l'expertise en matière familiale*, Québec, Qc, Ministère de la justice du Québec.

Crosby-Currie, C. A. 1996. « Children's involvement in contested custody cases: Practices and experiences of legal and mental health professionals », *Law and Human Behavior*, vol. 20, no 3, p. 289-311.

Cyr, F. 2008. « Débat sur la garde partagée : vers une position plus nuancée dans le meilleur intérêt de l'enfant », *Santé mentale au Québec*, vol. 33, no 1, p. 235-251.

D.-Castelli, M. et D. Goubau. 2000. *Précis de droit de la famille*, Saint-Nicolas, Québec, Presses de l'Université Laval.

Dessureault, D. 2010. *L'expérience de parents expertisés en matière de garde d'enfant et de droits d'accès*, thèse de doctorat en service social, Montréal, Université de Montréal.

Dolgin, J. L. 1996. « Why has the best-interest standard survived?: The historic and social context », *Children's Legal Rights Journal*, vol. 16, p. 2-10.

Drapeau, S., M.-H. Gagné et R. Hénault. 2004. Conflits conjugaux et séparation des parents, dans *Séparation, monoparentalité et recomposition familiale : bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, sous la dir. de M.-C. Saint-Jacques, D. Turcotte, S. Drapeau et R. Cloutier, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 175-194.

Drapeau, S., E. Godbout, M. Vézina, M.-C. Saint-Jacques, M.-H. Gagné et R. Lemieux. Accepté. «Le partage du temps parental lorsque les parents sont en conflit : que nous apprend la recherche sur l'adaptation de l'enfant?», dans *L'enfant et le litige en matière de garde-Regards psychologiques et juridiques*, sous la dir. de K. Poitras, L. Mignault et D. Goubau, Québec, Presses de l'Université du Québec.

Elizabeth, V., N. Gavey et J. Tolmie. 2012. « "...He's just swapped his fists for the system" The governance of gender through custody law », *Gender & Society*, vol. 26, no 2, p. 239-260.

Emery, R. E., R. K. Otto et W. T. O'Donohue. 2005. « A critical assessment of child custody evaluations: Limited science and a flawed system », *Psychological Science in the Public Interest*, vol. 6, no 1, p. 1-29.

Filion, L. 1998. *Comité sur l'expertise en matière familiale. Document soumis par le Service d'expertise psychosociale, Centre Jeunesse de Montréal*, Montréal, Service d'expertise psychosociale du Centre Jeunesse de Montréal.

Fogarty, K. et M. Augoustinos. 2008. « Feckless fathers and monopolizing mothers: Motive, identity, and fundamental truths in the Australian Public Inquiry into Child Custody », *British Journal of Social Psychology*, vol. 47, p. 535-556.

Fridhandler, B. 2008. « Science and child custody evaluations: What qualifies as "scientific"? », *Journal of Child Custody*, vol. 5, no 3/4, p. 256-275.

Friedman, M. 2004. « The so-called high-conflict couple: A closer look », *The American Journal of Family Therapy*, vol. 32, p. 101-117.

Gagné, M.-H., S. Drapeau et R. Hénault. 2005. « L'aliénation parentale : Un bilan des connaissances et des controverses », *Psychologie canadienne*, vol. 46, no 2, p. 73-87.

- Goubau, D. 2009a. « L'enfant devant les tribunaux en matières familiales : un mal parfois nécessaire », dans *La représentation des enfants devant les tribunaux*, sous la dir. de B. Moore, C. Bideau-Cayre et V. Lemay, Montréal, Les Éditions Thémis, p. 111-131.
- Goubau, D. 2009b. « L'évolution de la place de l'enfant au sein du droit de la famille séparée au Canada », dans *Du droit de l'enfant à l'intérêt de la famille séparée*, sous la dir. de FAJEF et AIFI, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1-20.
- Goubau, D. 2003. « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde? », dans *Mélanges Jean Pineau*, sous la dir. de B. Moore, Montréal, Les Éditions Thémis.
- Gould, J. W. et D. A. Martindale. 2005. « A second call for clinical humility and judicial vigilance: Comments on Tippins and Wittman (2005) », *Family Court Review*, vol. 43, no 2, p. 253-259.
- Jaffe, P. G., C. V. Crooks et S. E. Poisson. 2003. « Common misconceptions in addressing domestic violence in child custody dispute », *Juvenile and Family Court Journal*, vol. 54, p. 57-67.
- Jaffe, P. G., J. R. Johnston, C. V. Crooks et N. Bala. 2008. « Custody dispute involving allegation of domestic violence: Toward a differentiated approach to parenting plans », *Family Court Review*, vol. 46, no 3, p. 500-522.
- Jameson, B. J., M. F. Ehrenberg et M. A. Hunter. 1997. « Psychologists' ratings of the best-interests-of-the-child custody and access criterion: A family systems assessment model », *Professional Psychology: Research and Practice*, vol. 28, no 3, p. 253-262.
- Johnston, J. R. 2006. « A child-centered approach to high-conflict and domestic-violence families: Differential assessment and interventions. », *Journal of Family Studies*, vol. 12, no 1, p. 15-35.
- Johnston, J. R. 1994. « High-conflict divorce », *The Future of Children*, vol. 4, no 1, p. 165-182.
- Johnston, J. R. et L. E. G. Campbell. 1993a. « A clinical typology of interparental violence in disputed-custody divorce », *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 63, no 2, p. 190-199.
- Johnston, J. R. et L. E. G. Campbell. 1993b. « Parent-child relationships in domestic violence families disputing custody », *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 31, no 3, p. 282-298.
- Johnston, J. R., V. Roseby et K. Kuehnle. 2009. *In the name of the child: A developmental approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*, New York, Springer.
- Joyal, R. 2002. « La prise en compte du point de vue de l'enfant dont la garde est contestée : examen des principaux dispositifs utilisés », dans *Séparation conjugale: pour qui les gains, pour qui les pertes? Actes du colloque de recherche tenu dans le cadre du 70e Congrès de l'ACFAS*, sous la dir. de M.-C. Saint-Jacques et R. Cloutier, Québec, Centre de recherche JEFAR, p. 111-123.
- Joyal, R., É. Lapierre-Adamcyk, C. Le Bourdais et N. Marcil-Gratton. 2002. *Le rôle des tribunaux dans la prise en charge des enfants après le divorce ou la séparation des parents*, Québec, Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille du Québec.

- Joyal, R. et A. Quéniart. 2001. « La parole de l'enfant et les litiges de garde : points de vue de juges sur divers aspects de la question », *Revue du Barreau*, no 61, p. 281-297.
- Kaganas, F. et S. Day Sclater. 2004. « Contact disputes: Narrative constructions of "good" parents », *Feminist Legal Studies*, vol. 12, p. 11-27.
- Kelly, J. B. 1997. « The best interests of the child: A concept in search of meaning », *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 35, no 4, p. 377-387.
- Kelly, J. B. 1994. « The determination of child custody », *The Future of Children*, vol. 4, no 1, p. 121-142.
- Kelly, J. B. et J. R. Johnston. 2005. « Commentary on Tippins and Wittmann's "empirical and ethical problems with custody recommendations: A call for clinical humility and judicial vigilance" », *Family Court Review*, vol. 43, no 2, p. 233-241.
- Kernic, M. A., D. J. Monary-Ernsdorff, J. K. Koepsell et V. L. Holt. 2005. « Children in the crossfire. Child custody determinations among couples with a history of intimate partner violence », *Violence Against Women*, vol. 11, no 8, p. 991-1021.
- Krauss, D. A. et B. D. Sales. 2000. « Legal standards, expertise, and experts in the resolution of contested child custody cases », *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 6, no 4, p. 843-879.
- Lafortune, K. A. et B. N. Carpenter. 1998. « Custody evaluations: A survey of mental health professionals », *Behavioral Sciences and the Law*, vol. 16, p. 207-224.
- Lapierre, S., G. Lessard et D. Turcotte. 2004. « La séparation dans un contexte de violence conjugale: quels sont les défis pour l'intervention auprès des enfants? », dans *Séparation, monoparentalité et recomposition familiale : bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, sous la dir. de M.-C. Saint-Jacques, D. Turcotte, S. Drapeau et R. Cloutier, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 195-216.
- Lavallée, C. 2005. *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur.
- Leduc, F. 2000. « Le rapport canadien *Pour l'amour des enfants* : autonomie et droits des enfants, groupes de femmes et groupes de pères », *Lien social et Politiques*, no 44, p. 141-154.
- Maccoby, E. E. et R. H. Mnookin. 1992. *Dividing the child: Social and legal dilemmas of custody*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Malacket, A. 2010. *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire de maîtrise en droit, Montréal, Université de Montréal.
- Marcil-Gratton, N. et C. Le Bourdais. 1999. *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire. Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes.*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada.
- Mason, M. A. 1994. *From father's property to children's rights: The history of child custody in the United States*, New York, Columbia University Press.
- McIntosh, J. E. et R. Chisholm. 2008. « Cautionary notes on the shared care of children in conflicted parental separation », *Journal of Family Studies*, vol. 14, no 1, p. 37-52.

- Melton, G. B., J. Petrila, N. G. Paythress et C. Slobogin. 2007. *Psychological evaluations for the courts: A handbook for mental health professionals and lawyers*, 3e ed., New York, the Guilford Press.
- Mnookin, R. H. et L. Kornhauser. 1979. « Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce », *The Yale Law Journal*, vol. 88, no 5, p. 950-997.
- Morrill, A. C., J. Dai, S. Dunn, I. Sung et K. Smith. 2005. « Child custody and visitation decisions when the father has perpetrated violence against the mother », *Violence Against Women*, vol. 11, no 8, p. 1076-1107.
- O'Donohue, W. T., K. Beitz et L. Tolle. 2009. « Controversies in child custody evaluations », dans *Psychological science in the courtroom: Consensus and controversy*, sous la dir. de J. L. Skeem, K. S. Douglas et S. O. Lilienfeld, New York, The Guilford Press, p. 284-308.
- O'Donohue, W. T. et A. R. Bradley. 1999. « Conceptual and empirical issues in child custody evaluations », *Clinical Psychology: Science and Practice*, vol. 6, no 3, p. 310-322.
- Quéniart, A. et R. Joyal. 2001. « La garde contestée de l'enfant à la suite d'une rupture conjugale: des juges de la Chambre de la famille s'expriment sur divers aspects de la question », *PRISME*, no 35, p. 116-130.
- Quéniart, A. et R. Joyal. 2000. « Les pratiques entourant la prise en compte de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée devant le tribunal : contexte historique et réflexions découlant de l'étude de dossiers judiciaires récents », dans *Comprendre la famille, Actes du 5e symposium québécois de recherche sur la famille*, sous la dir. de M. Simard et J. Alary, Québec, Presses de l'Université du Québec, p. 312-325.
- Quéniart, A. et N. Rousseau. 2004. « L'exercice de la paternité à la suite d'un divorce : un parcours semé d'obstacles », dans *Séparation, monoparentalité et recomposition familiale: bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, sous la dir. de M.-C. Saint-Jacques, D. Turcotte, S. Drapeau et R. Cloutier, Québec, Presses de l'Université Laval, p. 101-125.
- Reidy, T. J., R. M. Silver et A. Carlson. 1989. « Child custody decisions: A survey of judges », *Family Law Quarterly*, vol. 23, no 1, p. 75-87.
- Saini, M. A. 2008. « Evidence base of custody and access evaluation », *Brief Treatment and Crisis Intervention*, vol. 8, no 1, p. 111-129.
- Saini, M. A. et R. Birnbaum. 2007. « Unraveling the label of "high conflict": What factors really count in separated and divorced families? Part 1 », *Ontario Association of Children's Aid Societies Journal*, vol. 51, no 1, p. 14-29.
- Saini, M. A. et R. Birnbaum. 2005. « Linking judicial decision-making in joint custody awards with evidence-based practice: It is possible », *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 24, no 2, p. 139-165.
- Saint-Jacques, M.-C., E. Godbout, D. Turcotte et S. Drapeau. 2013. *Opinion des Québécoises et des Québécois à l'endroit des familles séparées et recomposées et la protection de la jeunesse*, Québec, Centre de recherche JEFAR.
- Schwartz, G. et M. Sabourin. 2001. « Garde d'enfants: attitudes des psychologues québécois pratiquant l'expertise psycholégale », *Psychologie Québec*, no septembre, p. 19-22.
- Shaffer, M. et N. Bala. 2003. « Wife abuse, child custody and access in Canada », *Journal of Emotional Abuse*, vol. 3, no 3/4, p. 253-275.

- Smart, C. et V. May. 2004. « Why can't they agree? The underlying complexity of contact and residence disputes », *Journal of Social Welfare and Family Law*, vol. 26, no 4, p. 347-360.
- Snow, C. 2002. « Garde d'enfants : la justice et le social peuvent-ils faire bon ménage? », *Intervention*, no 117, p. 102-106.
- Sorensen, E., J. Goldman, L. Sheeber, I. Albanese, M. Ward, L. Williamson et C. Mcdanal. 1997. « Judges' reliance on psychological, sociological, and legal variables in contested custody decisions », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 27, no 1/2, p. 1-24.
- Sorensen, E., J. Goldman, M. Ward, I. Albanese, L. Graves et C. Chamberlain. 1995. « Judicial decision-making in contested custody cases: The influence of reported child abuse, spouse abuse, and parental substance abuse », *Child Abuse & Neglect*, vol. 19, no 2, p. 251-260.
- Stamps, L. E. 2002. « Maternal preference in child custody decisions », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 37, no 1/2, p. 1-11.
- Stamps, L. E. et S. Kunen. 1996. « Attitudes of Quebec superior court judges regarding child custody and visitation issues », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 25, no 1/2, p. 39-53.
- Stamps, L. E., S. Kunen et R. Lawyer. 1996. « Judicial attitudes regarding custody and visitation issues », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 25, no 1/2, p. 23-37.
- Stamps, L. E., S. Kunen et A. Rock-Faucheux. 1997. « Judges' beliefs dealing with child custody decisions », *Journal of Divorce & Remarriage*, vol. 28, no 1/2, p. 3-16.
- Tétrault, M. 2006. *La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.
- Théry, I. 1993. *Le démariage*, Paris, Éditions Odile Jacob.
- Timmermans, H. 2006. « L'expertise psycholégale en matière de garde d'enfants: un "espace-solution"? », *Psychologie Québec*, vol. 23, no 2, p. 20-23.
- Tippins, T. M. et J. P. Wittmann. 2005. « Empirical and ethical problems with custody recommendations: A call for clinical humility and judicial vigilance », *Family Court Review*, vol. 43, no 2, p. 193-222.
- Trocmé, N. et N. Bala. 2005. « False allegations of abuse and neglect when parents separate », *Child Abuse & Neglect*, vol. 29, p. 1333-1345.
- Van Gijseghem, H., R. Joyal et A. Quéniart. 2004. « Étude exploratoire des pratiques et des perceptions d'experts montréalais en matière de garde et de droits d'accès », *Revue québécoise de psychologie*, vol. 25, no 2, p. 121-136.
- Wallace, S. R. et S. S. Koerner. 2003. « Influence of child and family factors on judicial decisions in contested custody cases », *Family Relations*, vol. 52, no 2, p. 180-188.
- Waller, E. M. et A. E. Daniel. 2004. « Purpose and utility of child custody evaluations: from the perspective of judges », *The Journal of Psychiatry and Law*, vol. 32, no 1, p. 5-27.