

Articles

GARDE D'ENFANTS ET RELATIONS EXTRA-CONJUGALES DES PARENTS

par Mireille D.-CASTELLI*

SOMMAIRE

I- LES ÉLÉMENTS SUSCEPTIBLES D'AFPECTER L'ENFANT	166
A- Le danger moral	167
1- L'immoralité du parent	167
2- Le danger moral pour l'enfant	167
B- Le scandale social	168
C- L'instabilité du milieu familial	169
II- L'IMPACT DES DIFFÉRENTS TYPES DE RELATIONS EXTRA-CONJUGALES	170
A- Le concubinage	170
B- La vie dissolue	173
C- L'homosexualité	174
1- Le risque de déviance	174
a- Le ménage homosexuel	174
b- Attitude et entourage du parent	175
2- Le scandale social	177

* Docteur en droit et professeur à l'Université Laval.

Parmi les nombreux éléments parfois soulevés relativement à la garde des enfants, il en est un qui est souvent présenté par l'autre époux, ou l'autre parent: c'est celui des relations extra-conjugales.

Indignation devant un mode de vie ne correspondant pas aux normes traditionnelles de notre société, continuation de jalousie, crainte réelle de l'influence sur l'enfant d'un modèle considéré comme peu souhaitable, ou simple volonté d'accabler l'autre au maximum sont les motifs sous-jacents — et parfois peu louables — de ceux qui invoquent devant le tribunal cet argument. Mais le seul motif pour lequel un tel fait pourrait avoir un impact sur la décision relative à la garde d'un enfant serait, bien évidemment, non la pénalisation du parent "coupable", mais la crainte que son attitude n'influence directement celle de l'enfant dans un sens considéré comme peu souhaitable ou immoral.

Ce motif est suffisamment important pour que les tribunaux, même s'ils écartent l'argument invoqué, se sentent obligés de motiver leur appréciation de la situation. Aussi, bien que, maintenant, les mœurs soient beaucoup plus libres qu'il y a quelques années, les jugements ne manquent pas où une question de cet ordre est soulevée.

Nous allons donc essayer de déterminer quels sont les éléments qui font de cet aspect de la vie privée des parents un facteur pouvant influencer sur l'attribution de la garde des enfants. Puis nous verrons, en pratique, l'impact des différents types de relations extra-conjugales.

I- LES ÉLÉMENTS SUSCEPTIBLES D'AFPECTER L'ENFANT

Lorsque cet aspect de la vie privée d'un des parents est présenté devant un tribunal, il est alors presque toujours envisagé comme un élément négatif de nature à faire refuser la garde de l'enfant au "coupable". Or il ne peut en lui-même influencer la décision, laquelle doit être prise, en tout premier lieu, en fonction de l'intérêt de l'enfant, et ce, même dans les cas de divorce où le texte de la loi permet de tenir compte de la conduite des époux l'un à l'égard de l'autre¹, ainsi d'ailleurs que la Cour suprême l'a confirmé récemment².

Il faut donc que la situation invoquée contienne — au moins plausiblement — aux yeux de celui qui argue de ce fait, et l'espère-t-il

1. *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, c. D. 8, art. 11 (1) (c).

2. *Mac Donald v. Mac Donald*, (1976) 2 R.C.S. 259.

aux yeux du juge — des éléments susceptibles d'affecter l'enfant dans son bien-être, dans son équilibre ou dans sa sécurité morale ou affective. C'est, en effet, à cette condition qu'il pourra en être tenu compte. Ces éléments sont le plus souvent sous-entendus.

Bien que rares soient les décisions qui mentionnent ces éléments pour évaluer leur importance dans la situation envisagée, on peut en distinguer trois. Le premier — celui qui est généralement sous-entendu — est l'immoralité du parent et son influence pernicieuse sur l'enfant. Le deuxième est le scandale social engendré par la vie menée par le parent, et dont l'enfant pourrait souffrir. Le dernier est l'instabilité familiale engendrée.

A- Le danger moral

1- L'immoralité du parent

L'immoralité du parent concerné est sous-entendue chaque fois que l'existence de relations extra-conjugales est invoquée. Le mode de vie choisi est alors censé constituer à lui seul — pour celui qui l'invoque — une preuve suffisante d'immoralité entraînant l'indignité du parent en ce qui a trait à la garde de l'enfant.

Or les juges sont loin, à notre époque, de partager systématiquement cet avis. Ils estiment, au contraire, que ce seul fait ne suffit pas pour "que l'on doive crier à l'immoralité"³ et ne permet pas de conclure que la personne est "indigne qu'on lui confie la garde de ses enfants"⁴.

A fortiori a-t-on estimé que lorsqu'un homme a vécu en concubinage avec une femme mariée avant de l'épouser, une fois le divorce de celle-ci prononcé, "il ne s'ensuit pas qu'il est un homme indigne"⁵.

2- Le danger moral pour l'enfant

De plus, en admettant même que l'on estime la situation immorale, il ne s'ensuivra pas nécessairement qu'elle aura un effet sur les enfants. L'immoralité ou le mode de vie considéré comme peu souhaitable ne seront pris en considération que s'ils mettent l'enfant en "danger moral"^{5a}. L'enfant peut, en effet, être "contaminé" par le

3. *Villeneuve v. Adams*, C.S. Trois-Rivières, no 7676-D, 4 août 1975.

4. J. Mayrand dans *Gravel v. Gravel*, (1975) C.A. 387, 388.

5. *Hébert v. Landry*, (1975) C.A. 108, 111.

5a. Cf. à propos du concubinage, F. HÉLÈNE, "Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit", 38 *R. du B.* 679, 681.

mode de vie qu'il a sous les yeux et qui peut pervertir son sens moral ou influencer négativement les conceptions de vie qu'il est en train d'élaborer. Il peut aussi être perturbé au plan psychologique⁶.

Même pour les juges les plus sévères, cet aspect est toujours présent, bien qu'il soit parfois sous-entendu⁷:

"Without any desire on attempt to establish myself as arbiter of the morals of Mr. Friday and Mrs. Forsyth and being fully cognizant of today's changed mores, I am of the opinion that the long-range welfare of the three boys presently with their father would best be served by their being given an opportunity to grown up in a home where such irregular behaviour and conduct did not prevail"⁸.

Généralement, si le parent agit avec assez de discrétion pour ne pas perturber l'enfant psychologiquement et pour ne pas risquer d'influencer de manière néfaste ses conceptions et son comportement, les tribunaux accepteront de lui confier l'enfant, même si le mode de vie sort des normes généralement admises⁹.

B- Le scandale social

Lorsque le mode de vie choisi par le parent soulève dans son entourage une atmosphère de scandale, l'enfant peut en être très fortement éprouvé. Il est arrivé qu'un juge soulève cet aspect de la question¹⁰.

Ce risque existe, et il peut être très grave dans certains cas. À travers les réactions fortement négatives suscitées dans l'entourage, l'enfant peut percevoir une image très dévalorisée de son parent. Il peut, de plus, être personnellement atteint par assimilation au groupe parental auquel il est confié. Un tel état de fait, difficile à cerner parce que souvent tissé d'un réseau de réflexions, d'attitudes, de sous-entendus... n'en risque pas moins d'être traumatisant pour un enfant pris dans une situation qui lui échappe. Certes, celui-ci pourra en être affecté de manière fort variable. Certains, dotés d'une forte personnalité et d'une sensibilité peu aiguisée y seront relativement indifférents. Pour d'autres au contraire, les faire vivre dans un climat d'hostilité affectera définitivement leur personnalité dans un sens des plus négatifs tels,

6. Cf. par ex.: *Latreille v. Latreille*, (1974) C.S. 173.

7. *Friday v. Friday*, 20 R.F.L. 202; *Favreau v. Ethier*, (1976) C.S. 48.

8. *Friday v. Friday*, 20 R.F.L. 202, 204.

9. Ex. pour un cas d'homosexualité: *K. v. K.*, (1975) 23 R.F.L. 58 (Alb.); ex. de "conduite immorale et scandaleuse": *Favreau v. Ethier*, (1976) C.S. 48.

10. *K. v. K.*, (1975) 23 R.F.L. 58 (Alb.).

repliement sur soi ou agressivité. Or, aussi bien les réactions de l'enfant que celles de son entourage sont difficiles à apprécier.

Dans l'affaire *K. v. K.* où le juge a soulevé ce problème, il a estimé que ces réactions ne seraient pas très différentes de celles suscitées par les ménages inter-raciaux¹¹, comprenant par là, semble-t-il, que ce facteur ne devait pas être déterminant. Cependant, lorsqu'un tel couple se brise, et que le problème de la garde des enfants se pose, il est déjà arrivé qu'un tribunal décide en fonction de cet élément. Dans l'affaire *Hayre v. Hayre*¹², le tribunal de première instance, face à des parents présentant les mêmes qualités, choisit de confier le garçon au père, qui était de race Sikh, plutôt qu'à la mère qui était canadienne, car l'enfant semblait de race Sikh. Voici comment la décision était motivée:

"It will, in my view, be possible for him to find a secure personal identity only in the Sikh community. It is the only identity our society permits him. Let him, then, be a Sikh and be proud of the tradition and accomplishments of a proud and worthy race. No matter how much she loves him, his mother cannot accomplish this"¹³.

Et cette manière de voir a été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie Britannique:

"In my opinion the trial Judge was right in attaching importance of these aspects of the case. It is not, and was not treated as, a matter of choosing between religions and ways of life. The questions of race and religion were considered directly in relation to the welfare of this boy. I think the decision was right"¹⁴.

Bien que la référence à la réaction sociale soit indirecte, et un peu différente — puisqu'il est alors question d'assimilation à un groupe plutôt que de réactions hostiles — celles-ci apparaissent en filigrane.

Il semble donc, dans la situation qui nous préoccupe que, le tribunal serait amené à prendre l'élément social en considération.

C- L'instabilité du milieu familial

Le dernier aspect des relations extra-conjugales pouvant affecter le droit de garde d'un enfant est celui relatif à l'instabilité du milieu familial. Des mises en ménages trop fréquentes, suivies de

11. *Id.*, 65.

12. *Hayre v. Hayre*, 21 R.F.L. 191 (B.C., Cour d'appel).

13. *Id.*, 192.

14. *Ibid.*

ruptures plus ou moins rapides, ne constituent certes pas un climat propre à favoriser un sentiment de sécurité chez l'enfant, ni son épanouissement¹⁵. Des attachements successifs suivis de séparations renouvelées, ne sont guère souhaitables pour l'enfant. Un mode de vie dans lequel il semble difficile de trouver une place à l'enfant n'est pas non plus désirable. En effet, l'enfant ne doit pas entretenir de doutes sur l'attention dont on disposera à son égard. Les "oncles" et les "tantes" trop changeants ou de passage, semblent difficiles à concilier avec les exigences de la vie d'un enfant, même jeune.

Aussi, un mode de vie de ce type est-il parfois retenu lorsqu'il réunit les éléments propres à constituer un milieu familial trop instable.

L'un ou l'autre de ces éléments aura plus ou moins de chances d'exister selon le type de relations entretenues par le parent. Aussi allons-nous essayer de dégager quel est, en pratique, l'impact des différentes formes de relations extra-conjugales sur l'attribution de la garde des enfants, au regard de ces éléments, que leur existence soit relevée ou non expressément.

II- L'IMPACT DES DIFFÉRENTS TYPES DE RELATIONS EXTRA-CONJUGALES

Les relations extra-conjugales invoquées peuvent se classifier en trois catégories: le concubinage, la vie "dissolue", et l'homosexualité. Et à ces diverses catégories correspondent différents risques relativement aux enfants.

A- Le concubinage

Des trois éléments susceptibles de retentir sur la garde des enfants, le concubinage stable peut en contenir deux: l'immoralité et le scandale social.

S'il fut une époque où le seul fait de vivre en concubinage suffisait à faire conclure à l'immoralité de la personne¹⁶, tel n'est

15. Cf. par ex., *X. v. Y.*, C.S. Québec, no 09-001 73-75, 8 juil. 1976, qui souligne la "vie instable et incertaine" de la requérante.

16. Voir par ex. la remarque du juge dans *L. v. M.*, (1949) C.S. 124 sur "l'indignité de la défenderesse" qui vivait en concubinage. Il est vrai que dans cette affaire, la conduite de cette dernière quoique légalement inattaquable était très nettement immorale puisqu'elle réclamait des aliments à son mari pour des enfants incontestablement adultérins qu'elle avait eus de son concubin.

plus le cas aujourd'hui. Ainsi que le souligne le juge Mayrand dans *Gravel v. Gravel*: "l'intimée vit maritalement avec un homme qu'elle a l'intention d'épouser plus tard, mais il ne s'ensuit pas qu'elle est indigne qu'on lui confie la garde de ses enfants"¹⁷. De même, ainsi que le souligne le juge P. Lesage, "De nos jours, ce n'est pas parce qu'une personne vit avec une autre de sexe différent que l'on doit crier à l'immoralité", et il conclut dans le cas pratique qui lui était soumis qu'"aucune preuve d'immoralité n'a été faite contre l'intimé"¹⁸.

Or, même à l'époque où le concubinage était considéré comme témoignant d'immoralité, on ne considérait pas que ce seul état de fait constituait pour l'enfant un danger moral et une incitation à la débauche^{18a}. Quelques juges considèrent cependant que le caractère non dissimulé de ces relations suffit pour constituer un climat moralement malsain pour les enfants. C'est ainsi que dans *Friday v. Friday*¹⁹, le principal motif pour lequel le juge a confié la garde des enfants à la mère était le concubinage du père. De même, dans l'affaire *Favreau v. Ethier*²⁰, le juge a vu encore dans une telle situation un problème de moralité suffisant pour justifier "un certain éloignement des enfants de la résidence" du père qui vivait en concubinage, et ce même pour un simple droit de visite. D'autres enfin voient dans le concubinage un élément négatif à cause de l'état d'esprit qu'il semble révéler: "She certainly does not feel herself bound by generally accepted standards of behaviour"²¹.

Généralement, le seul fait du concubinage, ne sera cependant pas déterminant. Il n'est qu'à voir les nombreux cas où une personne vivant en concubinage a obtenu la garde de ses enfants²², et ceux où

17. *Gravel v. Gravel*, (1975) C.A. 387, 388.

18. *Villeneuve v. Adams*, C.S. Trois-Rivières, no 7676-D, 4 août 1975.

18a. Cf. F. HÉLÈNE, "Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit", 38 *R. du B.* 679, 681.

19. *Friday v. Friday*, 20 R.F.L. 202.

20. *Favreau v. Ethier*, (1976) C.S. 48.

21. *Gravel v. Gravel*, (1975) C.A. 387.

22. *Bell v. Bell*, (1955) O.W.N. 341 (C.A.); *Philpott v. Philpott*, (1954) O.R. 120; *Re Edwards*, (1960) 23 D.L.R. (2d) 662 (C.A.); *Voghell v. Voghell*, (1962) 35 D.L.R. (2d) 592 (Man.), 38 W.W.R. 368; *Hind v. Hind*, (1962) 31 D.L.R. (2d) 662 (C.B.); *Dunne v. Dunne*, 12 R.F.L. 210 (Nfld); *Laberge v. Laberge*, (1974) 16 R.F.L. 60 (B.C.); *Kajtar v. Kajtar*, 27 R.F.L. 85 (Ont.); *Bowyer v. Bowyer*, 27 R.F.L. 131; *Henderson v. Henderson*, 29 R.F.L. 1; *Richardson v. Richardson*, (1971) 4 R.F.L. 150 (Sask.), 17 D.L.R. (3d) 481.

le concubinage n'a pas eu d'influence sur la décision²³ bien que l'enfant ait été confié à l'autre parent. Pour qu'il le devienne, il faudra qu'un autre élément entre en jeu: instabilité révélée par des concubinages répétés²⁴, instabilité du concubinage vécu lui-même²⁵, ou caractère incestueux de celui-ci^{25a}. Un juge a ainsi interdit à un homme séparé de corps d'avec sa femme, d'exercer son droit de visite en présence de sa concubine car celle-ci était la soeur de sa femme. Il a estimé qu'une telle situation "pourrait être néfaste à l'éducation morale des enfants et créer dans leur esprit de la confusion quant au concept du couple et de l'entité familiale"²⁶.

Enfin, même si le concubinage s'écarte encore des normes les plus généralement admises il n'engendre plus le scandale qu'il suscitait autrefois. Les risques de voir les enfants pris dans les remous d'hostilité déclenchés par la situation sont donc relativement limités. Et créant moins de réprobation, pratiquement dépourvu de connotations morales, le concubinage présuppose donc moins l'immoralité de ceux qui le vivent.

Un concubinage présenté comme l'antichambre d'un mariage subséquent²⁷ est sans doute préférable. Autrement, on peut parfois craindre qu'il ne constitue un foyer bien fragile pour un enfant²⁸: volonté de ne pas s'engager et sécurité sont en effet difficilement conciliables. Le mariage ne fait-il pas disparaître du point de vue du droit le caractère d'illégitimité que pouvaient présenter des relations extra-conjugales, même adultérines²⁹, puisque les tribunaux n'hésitent pas alors à confier à l'époux coupable d'adultère ayant épousé son complice, les enfants du mariage brisé³⁰.

Très différente est la situation de celui (ou celle) qui mène une vie dissolue.

23. *Re Lessard*, 3 R.F.L. 107 (Ont.); *Re Greenhow Infants*, 9 R.F.L. 95 (Sask.); *Lowe v. Lowe*, 15 R.F.L. 244; *Rea v. Rea*, 23 R.F.L. 240 (Ont.).

24. Cf. par ex., *X. v. Y.*, C.S. Québec, no 09-001 73-75, 8 juil. 76.

25. *Re Greenhow Infants*, 9 R.F.L. 95 (Sask.).

25a. Sur les caractéristiques du concubinage nécessaires pour que l'enfant soit confié à l'époux concubin, cf. F. HÉLÈNE, *loc. cit.*, note 18a, 683.

26. *Laprise v. Lachapelle*, C.S. Montréal, no 04-001-639-799, 28 mai 1979.

27. *Gravel v. Gravel*, (1975) C.A. 387; *Allen v. Archibald*, 19 R.F.L. 374 où le mariage subséquent était la condition posée à l'octroi de la garde de l'enfant.

28. *Re Greenhow Infants*, 9 R.F.L. 95 (Sask.).

29. *Hébert v. Landry*, (1975) C.A. 108.

30. *Lantier v. Latour*, C.A. Québec, no 09-000 182 73, 10 septembre 1974.

B- La vie dissolue

Bien des relations extra-conjugales ne pourront constituer des concubinages — même brefs — un concubinage suppose une certaine durée et un certain sérieux dans l'établissement de ces relations. Il est un "presque-mariage".

Des relations sexuelles extra-conjugales ne rencontreront ce critère, et ne constitueront un concubinage que dans des cas limités. C'est donc dans les relations extra-conjugales et extra-concubinaires que peut prendre place une vie dissolue.

Il ne suffit certes pas qu'une personne ait des relations sexuelles éphémères pour qu'elle mène une vie dissolue. Tant que celles-ci demeurent occasionnelles, il n'y aura que de simples aventures. On ne parlera de vie dissolue que si ces relations essentiellement passagères, de rencontre, sont recherchées et pratiquées de façon quasi systématique et constituent le mode de vie habituelle de la personne.

Aussi une personne mariée ou vivant en concubinage peut-elle en même temps et par ailleurs mener une vie dissolue.

Un tel mode de vie peut présenter deux risques pour un enfant: le danger moral auquel il pourra se trouver exposé, et un risque d'insécurité.

Le fait pour un parent d'avoir "une conduite immorale et scandaleuse"³¹ n'est pas suffisant pour justifier qu'on lui retire la garde de l'enfant. Dès lors que le parent agit avec discrétion et que l'enfant ignore la situation — ou ne la découvre que par accident — rien ne s'opposera à ce qu'il conserve la garde³².

Il en va tout différemment lorsque cet état de chose est étalé au grand jour sans égard à l'enfant. Le risque d'instabilité et des retentissements psychologiques et affectifs sont alors élevés. Cependant, même face à une situation de ce type, le tribunal a accordé la garde *légale* d'un enfant de quatorze ans à sa mère qui menait aux vu et su de cet enfant une vie désordonnée, vraisemblablement en raison du fait que l'enfant refusait catégoriquement d'aller avec quelqu'un d'autre. Ceci prouve que même alors, un tel état de chose n'est qu'un élément parmi d'autres. Il est à noter cependant que dans cette affaire, la garde physique devait être déterminée par la Cour de bien-être social³³.

31. *Favreau v. Ethier*, (1976) C.S. 48.

32. *Ibid.*

33. *Latreille v. Latreille*, (1974) C.S. 173.

C'est pour les deux raisons mentionnées — en partie sous-entendues — que la garde d'un enfant a été refusée à la mère "présentement supportée par le Bien-être social"³⁴ et, vivant en communauté laïque; on a estimé que ces circonstances l'empêchaient "d'assurer à son enfant la sécurité matérielle et même affective" en partie parce qu'elle vivait "une expérience sociale encore à titre de projet"^{34a}.

Ainsi, outre la question de la répercussion non encore évaluée de ce genre d'existence sur un enfant, réapparaît la question des normes sociales.

C- L'homosexualité

L'homosexualité seule ne suffit pas à entraîner automatiquement et du seul fait de son existence une conséquence quelconque sur la garde des enfants: "It (homosexuality) should not be considered a bar in itself to a parent's right to custody"³⁵. En décider autrement reviendrait à une punition indirecte du parent; ce n'est pas le but des décisions relatives à la garde d'un enfant.

Il faut donc que l'homosexualité soit susceptible de nuire à l'enfant. Or il semble que les homosexuels ne sont pas moins équilibrés que d'autres et que leurs tendances sexuelles n'affectent pas leur capacité à être de bons parents³⁶. Mais deux choses peuvent être nuisibles à l'enfant: l'influence déviante que l'attitude du parent peut exercer sur l'enfant et le scandale social suscité dans l'entourage, qui sera celui de l'enfant si on le lui confie.

1- Le risque de déviance

Au simple énoncé des problèmes mentionnés, il devient évident que seule l'homosexualité affichée ouvertement pourra être susceptible d'affecter la garde d'un enfant. Ce sera le cas lorsqu'une personne vit en ménage avec son ami(e). Nous verrons si cet élément est considéré comme suffisant pour mettre l'enfant en danger ou si d'autres facteurs doivent être considérés tel l'entourage choisi ou l'attitude adoptée par le parent.

a) Le ménage homosexuel

Tous les cas canadiens que nous avons pu trouver réfèrent à des homosexuels vivant en couples.

34. *Boyer v. Malenfant*, C.S. Beauharnois, no 05-000 183-78, 17 oct. 1978.

34a. *Ibid.*

35. Juge Mac Pherson in, *Case v. Case*, (1974) 18 R.F.L. 132, 136 (Sask.)

36. Avis exprimé par la psychologue Cheryl Nalmon et cité dans *K. v. K.*, (1975) 23 R.F.L. 58, 61 (Alb.)

Dans l'affaire *X. v. Y.*³⁷, la mère vivait avec une compagne dont la preuve semblait révéler l'homosexualité. Il en était de même dans l'affaire *Case v. Case*³⁸. Dans l'affaire *K. v. K.*³⁹, la mère avait quitté son mari pour se mettre en ménage avec une autre femme séparée de son mari et qui avait elle-même des enfants.

Le risque est alors qu'une telle situation provoque des déviations sexuelles chez l'enfant et les tribunaux doivent donc évaluer "the risk to children at critical ages, being exposed or introduced to ways of life which might lead to severance from normal society to psychological stresses and unhappiness and possibly even to physical experiences which scar them for life"⁴⁰.

Cependant on ne peut déduire ce danger de la seule existence d'une liaison homosexuelle. Tout dépendra en fait de l'attitude du parent concerné. C'est ainsi que, dans l'affaire *K. v. K.*⁴¹, le Dr Brown, psychiatre, estimait que "the homosexual relations (...) could be a factor but that depended mostly on the manner in which it was handled. For example, if sexual contact between Mrs. K. and Mrs. O. was overt and if Mrs. K. encouraged her daughter to shun male companionship and, in effect, preached the joys of lesbianism, problems could arise"⁴².

Ceci est vrai pour tous les cas d'homosexualité. La prise en considération de la déviance du parent dépendra donc presque entièrement du comportement du parent concerné.

b) Attitude et entourage du parent

Aussi telle est bien l'attitude des tribunaux. En appel, dans l'affaire *D.* précitée, la Cour a indiqué très clairement:

"Again the position seems to be that the courts are not concerned with the fact that a parent is a homosexual but how that homosexuality is dealt with. It is felt that a "crusading" homosexual, who might actively try to convert the child, would be harmful, but a homosexual (...) who had indeed stated that he did

37. *X. v. Y.*, C.S. Québec, no 09-001 73-75, 8 juillet 1976.

38. *Case v. Case*, (1974) 18 R.F.L. 132.

39. *K. v. K.*, (1975) 23 R.F.L. 58 (Alb.)

40. *In re D. (an infant)*, *The Times*, 6 déc. 1976, critiqué par Shirley RISDOM, "The homosexual and the Courts: a critique", (1977) 7 *Family Law* 78.

41. *K. v. K.*, (1975) 23 R.F.L. 58 (Alb.)

42. *Id.*, 61.

not think it was right for his son to be subjected to homosexual influences, would not constitute a danger"⁴³.

Ainsi, dans l'affaire *K. v. K.*, l'homosexualité de la mère était relativement affichée puisque "Mrs. K. and Mrs. O. sleep together in the same bed"⁴⁴. Cependant, note le juge, "(they) do not engage in sexual contact in the presence of the children"⁴⁵ et "having had the opportunity to observe her in the course of her testimony together with that of Mrs. O., I am satisfied that their relationship will be discreet and will not be flaunted to the children or to the community at large"⁴⁶. De plus la mère ne vivait pas dans un milieu d'homosexuels. Elle avait, semble-t-il, choisi ce mode d'existence sans vouloir y convertir les autres: "(she) is not a missionary about to convert her present way of life"⁴⁷.

Bien différent est le cas où, non seulement le parent et celui ou celle avec qui il vit sont homosexuels, mais où plusieurs personnes constituant leur entourage immédiat partagent les mêmes tendances. Il se crée alors un milieu — constituant parfois presque un ghetto — qui, sur le plan des attitudes sexuelles reflète une image fautive de la société. Un tel état de choses est évidemment nocif pour l'enfant. Tel était le cas précisément dans l'affaire *X. v. Y.* Non seulement la compagne de la mère et la mère elle-même, mais "d'autres personnes vivant dans son entourage immédiat 'étaient des inverties'." Et même si "aucune preuve directe et positive n'avait été apportée de l'existence de propensions sexuelles anormales dans ce milieu", "la preuve soumise par l'intimé au sujet de la moralité des personnes vivants dans l'intimité de la requérante a créé une impression des plus défavorables"⁴⁸.

Aussi, dans un tel cas, la garde a-t-elle été refusée à la mère.

Plus évident encore, quant aux risques courus par l'enfant est le cas du parent qui, non content d'être lui-même homosexuel, entend convertir les autres à son mode de vie. Tel était le cas dans l'affaire *Case v. Case*. La mère prenait une part active dans une association

43. In Christine BOYLE, "Custody, Adoption and Homosexual parent", 18 *R.F.L.* 129, 136.

44. *K. v. K.*, (1975) 23 *R.F.L.* 58, 59 (Alb.).

45. *Ibid.*

46. *Id.*, 64.

47. *Id.*, 63.

48. *X. v. Y.*, C.S. Québec, no 09-001 73-75, 8 juil. 1976. Le fait que l'on puisse parler de "milieu" est significatif. Il ne s'agit pas de quelques relations isolées, mais bien de ce qui constitue l'essentiel du monde dans lequel on évolue.

d'homosexuels, et était vice-présidente de la section féminine d'un tel club dont elle ramenait des membres chez elle. Aussi, l'attitude de la mère liée à l'entourage qu'elle s'était choisi, ont-ils amené le juge à préciser parmi les éléments l'incitant à refuser la garde à la mère: "there is another factor and that is that I greatly fear that if these children are raised by the mother they will be too much in contact with people of abnormal tastes and proclivities"⁴⁹.

On voit donc, comme le notait Christine Boyle, que "the decision will depend on how a homosexual parent deals with his or her sexual orientation in society, in view of the obvious problems that the child may have"⁵⁰.

2- Le scandale social

Quant au risque couru par l'enfant du fait du scandale social suscité par le mode de vie choisi par son parent, il n'a été soulevé que dans l'affaire *K. v. K.* Cependant, dans cette affaire, le risque n'était que potentiel et même relativement improbable puisque les deux femmes faisaient preuve, semble-t-il, de discrétion quant à la nature exacte de leurs relations. Et le tribunal estime que, au cas où des relations viendraient à être connues et susciteraient une réaction sociale, celle-ci serait comparable à celle suscitée par les mariages inter-raciaux. Il souligne cependant le caractère temporaire de l'attribution de la garde d'un enfant. Suivant son appréciation de la réaction sociale potentielle, une telle remarque laisse supposer que si ce danger se précisait et devenait trop grave, il serait toujours possible alors d'intervenir.

Ainsi, en regard des trois situations "types" relatives aux relations extra-matrimoniales entretenues par l'un des parents, l'attitude des tribunaux ne varient pas, sauf de rares exceptions. Il faudra que, par l'un ou l'autre des aspects que nous avons dégagés, ces relations mettent l'enfant en danger moral, ou soit susceptible de lui nuire. Et ce risque ne saurait se déduire de la seule preuve de l'existence de ces relations. Tout dépendra finalement de l'attitude adoptée par le parent au regard de cet aspect de sa vie face à l'enfant. Aussi, pour prendre appui sur cet aspect de la vie d'un parent, il faudra fournir une preuve beaucoup plus complexe que celle de l'existence de ces relations. Il faut établir le caractère nuisible pour l'enfant du mode de vie de ses gardiens. Ceux qui, du seul fait de l'existence de telles relations de la part de l'autre parent croient

49. *Case v. Case*, (1974) 18 R.F.L. 132, 138.

50. Christine BOYLE, *loc. cit.*, note 43, 134.

pouvoir obtenir facilement la garde de l'enfant, se trompent donc lourdement. Ils oublient que ce problème est avant tout guidé par l'intérêt de l'enfant; la décision ne doit pas servir de punition extrapénale à des attitudes sortant des normes habituelles. Aujourd'hui, la moralité ou l'immoralité d'une personne dépendent de bien d'autres facteurs que ceux se rattachant à sa vie sexuelle.