

UN JUGE TÉMOIGNE SUR LA GARDE DE L'ENFANT

par Carrier FORTIN*

Invité par le Directeur de cette revue d'exprimer mon opinion sur la garde de l'enfant, je désire simplement exposer le résultat de mes constatations et présenter quelques suggestions, ce qui ne doit pas être considéré d'aucune manière comme une critique des politiques actuelles ou proposées ni un plaidoyer *pro domo*, encore moins une négation de l'importance des autres disciplines en la matière.

Lorsqu'un expert témoigne, il décline ses qualifications pour permettre au juge d'apprécier l'opinion qu'il donne sur les faits ou les hypothèses qu'on lui soumet. Admis au Barreau en 1940, j'ai exercé depuis ma profession d'avocat dans le district de St-François comme généraliste en droit pour répondre aux exigences du milieu et plaçant devant toutes les juridictions. Depuis 1969, je siège à la Cour supérieure dans les districts de St-François et Bedford. Les connaissances que je possède en psychologie proviennent de lectures personnelles et d'échanges de vues avec des experts. Puis-je ajouter une participation active à aider l'enfance malheureuse (terrains de jeux, camps de santé) et mon expérience de père de famille.

L'entrée en vigueur de la *Loi sur le divorce*¹ en 1968 a pris tout le monde par surprise au Québec, y compris juges et avocats. Je ne sais si, en fait avant cette date, la quantité de couples désunis et d'enfants malheureux était moindre qu'aujourd'hui mais le nombre infime d'actions en séparation de corps inscrites au greffe annuellement, avant 1968, nous incite à considérer avec prudence ce facteur comme jauge d'évaluation devant l'explosion qui suivit la mise en vigueur de la *Loi sur le divorce*.

Tous croyaient au départ que l'affluence initiale des causes provenait de personnes désireuses de légaliser un état de fait existant depuis longtemps et qu'une fois la période de transition et de récupération passée, cette activité judiciaire nouvelle serait marginale. À un point tel que le premier projet des règles de pratique de la Cour supérieure, en matière de divorce, prévoyait non

* Juge à la Cour supérieure, districts de St-François et de Bedford.

1. *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24.

seulement deux seuls greffes - à Montréal et à Québec - mais uniquement des auditions devant les tribunaux de ces deux villes. Le projet adopté maintenait deux greffes mais avec audiences dans tous les districts. En juin 1974 le nombre accru de litiges, les retards, perte de dossiers et d'exhibits et autres complications administratives exigèrent l'ouverture de greffes et la nomination de registraire dans chaque district. Quelques statistiques sont révélatrices.

Une analyse intéressante de M. Laurent Roy, démographe au Ministère des Affaires sociales du Québec² révèle, pour 1969, au Québec, 2,950 divorces avec une moyenne d'augmentation de 1,700 causes par année pour atteindre 14,093 en 1975. Pour les districts de St-François et Bedford les chiffres disponibles depuis 1974 indiqueraient une moyenne de 970 jugements par année. Pour ma part, durant les six dernières années, j'ai rendu environ 170 jugements par année. La garde des enfants et la pension alimentaire constituent la majorité des contestations.

Il appartient à des spécialistes d'analyser les facteurs d'ordre moral, social, économique et psychologique, expliquant cette hausse soudaine des divorces; je puis cependant affirmer que nous avons depuis longtemps disposé des situations d'avant 1968 et que nombreux sont les couples mariés depuis cette date qui se présentent devant nous.

Les conséquences, sur la vie des enfants, de la séparation subite de fait des époux, des procédures, du va-et-vient causé par les mesures provisoires et des ordonnances définitives n'avaient fait jusqu'alors l'objet d'aucune expérience, étude et jurisprudence exhaustive au Québec et je ne crois pas errer en affirmant que les psychologues et les psychiatres, tout comme les juristes, ont été à l'école de l'expérience.

Qui devait avoir la garde de l'enfant dans la catégorie des moins de cinq ans, celle de cinq à dix ans ou de dix à quinze ans? Pour les plus vieux les problèmes s'estompaient. Le sexe entraînait également en ligne de compte.

Quelle preuve apporter? Devait-on faire témoigner les enfants? Dès le début juges et avocats ont réalisé que l'application dans toute leur rigueur des règles de la preuve nous conduisait à une impasse, du moins sur le plan humain. La profondeur des mésententes conjugales se manifeste rarement à l'extérieur du foyer; parents et

2. Laurent ROY, démographe, *Le divorce au Québec, Évolution récente*, Gouvernement du Québec, Ministère des Affaires Sociales, Direction des Communications, mars 1978.

alliés des époux n'en connaissent que des faits isolés et le témoignage le plus sincère est nécessairement teinté de subjectivisme. Comment, malgré les interrogatoires les mieux conduits, discerner le oui-dire ou l'opinion basée sur une impression et livrée comme une constatation?

L'atmosphère actuelle des cours de justice est très peu propice à recevoir de jeunes enfants et des adolescents. Disons le mot, il est inhumain de faire entendre des jeunes enfants, même sans serment, à l'audience. Pour les plus âgés, il répugne de les mettre en conflit devant leurs parents. Pour ma part, et je crois que plusieurs collègues agissent ainsi, avec le consentement des parties et des procureurs, pour vérifier la crédibilité des témoignages et m'aider à me former une opinion, j'accepte de rencontrer seul dans mon cabinet les enfants. Cette procédure, je le concède, n'est pas orthodoxe mais les réactions spontanées de l'enfant sont révélatrices. Une telle approche cependant est insuffisante et imparfaite, et risque même, malgré tout le paternalisme qu'un juge peut afficher, à traumatiser les enfants. Nous n'avons ni le temps ni les moyens d'analyser leur comportement et l'atmosphère même des lieux s'y oppose. Trois expériences personnelles illustreront ma pensée et la difficulté de la situation.

Une fillette de onze ans est placée par son père en foyer nourricier depuis trois ans. La mère a été hospitalisée pour dépression et à son retour les époux se sont séparés. À l'occasion du divorce la mère requiert la garde légale et physique. À l'enquête, celle-ci me fait bonne impression et la gardienne, une brave femme d'un certain âge que la nature n'a pas avantagée de ses grâces, me laisse perplexe. Dans mon bureau je suis en présence d'une fillette mignonne et intelligente. Je lui parle de ses classes, de ses amies et de ses jeux. Il est gentil ce juge. Son regard s'anime, elle sourit et me parle de ses parents sans parti pris. Tous les deux la visitent, la sortent et lui donnent des cadeaux. Lorsqu'enfin je suggère qu'elle demeure avec sa mère la réaction est soudaine mais sans violence, les yeux s'emplissent de larmes. "Non Monsieur le Juge, je vous en supplie." Elle m'explique ses raisons et corrobore en partie la preuve faite. Je suis convaincu que personne ne lui a fait la langue.

J'ai encore en mémoire ce garçonnet de 12 ans, appartenant à un milieu social aisé, dont la mère a la garde depuis son divorce, avec des droits de visite et de sortie au père. Remariage de la mère et mutation du nouveau conjoint au Moyen-Orient, d'où demande de modification d'ordonnance. J'aperçois dans l'encadrement de la porte un garçonnet frêle, très bien vêtu, qui s'agrippe à sa mère et ne veut pas la laisser. Finalement il accepte d'entrer et j'ai l'impression,

poésie à part, d'être en présence d'un oiseau tombé de son nid. Après dix minutes d'entretien, j'ai la conviction qu'en enlevant cet enfant à sa mère, malgré le chagrin causé au père, je vais le détruire psychologiquement.

Enfin, ce garçon de douze ans, venant d'un milieu très modeste, que sa mère garde depuis un an. Un jour, prétextant qu'elle ne peut "en venir à bout" elle le conduit chez son père. Celui-ci s'est occupé de son fils, lui a acheté une bicyclette et a refusé de le rendre, d'où bref d'*habeas corpus*. L'enfant est dans le corridor et à l'enquête le père admet son impossibilité de le garder mais requiert que la garde physique en soit confiée aux grands-parents paternels présents à l'audience. Par contre, je réalise l'incapacité et l'indignité de la mère. Dans mon bureau entre un garçon déluré et nullement intimidé. Quand je lui parle de demeurer chez ses grands-parents parce que son père ne peut le recevoir, il éclate et pleure de colère. "Comment cela? Mon père vient de me dire dans le corridor qu'il veut me garder." Qui est le menteur, le juge ou le père? Sans que j'aie le temps d'intervenir, il sort de mon bureau en courant et pleurant. De retour à la cour, c'est le juge qui est en colère. Il m'a fallu une heure pour regagner la confiance de l'enfant et lui faire accepter de demeurer chez ses grands-parents.

Ces exemples et combien d'autres m'ont permis de constater qu'un enfant, avant l'âge de puberté, conserve encore une certaine innocence et que nous pouvons déceler assez facilement s'il nous trompe ou encore s'il récite une version dictée par l'une des parties. Par contre, je constate que les juges à l'audience n'ont à leur disposition ni le temps, ni les moyens, ni les lieux pour conduire une enquête complète. Évidemment, si l'on veut se retrancher derrière le rigorisme de la loi et de la procédure, il est facile de rendre jugement sur le banc. C'est expéditif et le rôle se vide; à mon avis ce n'est ni efficace ni humain.

Devant pareille situation et en coopération avec le Ministère des Affaires sociales, l'Honorable Juge en Chef Jules Deschênes a pris l'initiative de mettre sur pied un service d'expertise psychosociale pour assister le tribunal. Après un an d'essai à Montréal il fut implanté dans nos deux districts. Plusieurs praticiens, devant une preuve recueillie en dehors du tribunal sans leur participation, ont exprimé de fortes réserves. Le dialogue entre le pouvoir judiciaire, le Barreau et les responsables du Service a été direct, sérieux et objectif. Des assurances ont été données. J'ose affirmer que l'expérience à date a été bénéfique et que les parties et leurs avocats me paraissent satisfaits. L'expert, après avoir rencontré les père et mère, les enfants, les autres parents, les professeurs, etc., dépose un

rapport détaillé et des recommandations motivées qui sont étudiés par le juge et les procureurs. Est-ce suffisant pour assurer la protection des droits et le bien-être des enfants des divorcés?

Pour l'instant, je n'envisage pas d'autres moyens si nous ne cherchons qu'à régler au mieux possible les conséquences d'un mal chronique, mais nous pourrions, en certains cas, l'éliminer à sa source en instaurant la conciliation préalable obligatoire. Je suis profondément convaincu, après avoir entendu de si nombreuses causes, que bien des divorces n'auraient pas été accordés si les parties avaient bénéficié de cette procédure dont l'efficacité est maintenant démontrée en France.

Lorsque des époux doivent dévoiler, même à huis clos, devant le juge, les avocats et les officiers de justice les secrets de leur intimité et toutes les misères de leur vie conjugale, l'orgueil, l'amour-propre et les sentiments les plus profonds sont heurtés et brisés; l'amour parfois cède à une haine acharnée. Sauf exception, la réconciliation à ce stade est impossible.

Si nous acceptons que la famille est la cellule-mère de la société suivant la loi naturelle et non uniquement comme institution de la civilisation judéo-chrétienne, nous devons, pour protéger l'enfant, nous efforcer de la conserver comme le milieu le plus propice à son éducation. Je préconiserais donc la conciliation obligatoire, préalable à toute procédure, par des experts, sociologues, psychologues ou psychiatres. En cas d'échec, donner le pouvoir au juge, suivant les circonstances, d'interrompre l'enquête et d'ordonner une nouvelle tentative. Les juges et les avocats n'ont ni le temps ni les capacités pour un tel travail qui, d'ailleurs, n'est pas de leur ressort. Est-ce à dire qu'il faut se diriger vers une complète déjudiciarisation des problèmes familiaux? Des réformes sont suggérées, des projets s'amorcent. Je risque une réflexion.

On a dit qu'au Québec nous sommes portés aux extrêmes. Lorsque surgissent des problèmes nouveaux et aigus, nous jetons à terre les structures existantes pour en improviser de nouvelles risquant de compromettre l'avenir d'une ou deux générations en s'en servant comme cobayes. Les réformes vécues depuis 1960 dans le domaine de l'éducation et des affaires sociales ne nous invitent-elles pas à l'interrogation? Ce n'est pas un complexe ou un défaut qui nous est particulier. Il est humain et universel.

Dès qu'étant jeunes nous découvrons le monde et que plus tard nous assumons des responsabilités, nous avons l'assurance intransigeante de pouvoir mieux faire que nos prédécesseurs. Étudiant, j'ai participé à la fondation d'un mouvement universitaire

qui s'identifiait à la génération des vivants. Aujourd'hui, suivant les normes que nous avons établies, j'ai certainement rejoint la génération des morts.

En matière politique, sociale ou religieuse, on ne construit pas sur des ruines et nous ne réussirons jamais à déraciner brusquement un homme de son passé. La philosophie de l'histoire nous le démontre, d'où l'importance de son enseignement. Ce qu'il importe de connaître n'est pas le nombre de morts sur un champ de bataille ou si Montcalm est mort avant Wolfe mais les causes des grands remous historiques et leurs effets. L'expérience des générations passées peut nous être bénéfique, surtout à ceux qui acceptent d'orienter le destin de leurs concitoyens; elle nous aiderait à trouver, sans précipitation, les meilleurs moyens d'assurer de bons gardiens aux enfants des divorcés. "La tradition, c'est le progrès d'hier; le progrès, c'est la tradition de demain," a écrit Jean Guittou.

La civilisation d'un peuple s'évalue en partie par la manière dont il dispose des litiges entre ses membres. En démocratie, l'arbitraire cède la place à la règle de *audi alteram partem* et le juge est lié par sa conscience et la loi; ses décisions publiques sont susceptibles d'appel. Nous atteignons ainsi une uniformité dans la justice. La remise en cause de toutes nos valeurs a créé des conflits multiples et complexes. On a conclu que les juges, avec leur formation juridique et malgré toute leur compétence, ne pouvaient avoir la polyvalence requise pour tout arbitrer. Particulièrement, dans les conflits familiaux, ils ne possèdent pas de diplômes en psychologie et psychiatrie. D'où un mouvement vers la déjudiciarisation pour sortir des tribunaux de tels conflits et les confier à des experts; d'après certains projets, les parties passeraient d'un service à l'autre suivant la spécialité requise pour en arriver à une décision administrative.

Avec respect, je ne puis partager cette nouvelle théorie. La filiation biologique ou psychologique crée pour les parents et les enfants des droits et obligations d'un caractère humain et de continuité; c'est le lien qui relie les générations. Si la garde de l'enfant se résumait à une évaluation psychologique, nous pourrions peut-être être d'accord mais cet être appartient à une cellule familiale, il détient des droits qui découlent de sa filiation, droits réciproques prenant leurs racines dans les coutumes, les contrats et la loi. La preuve, l'étude, l'appréciation et l'arbitrage de ces droits relèvent d'une spécialité qui appartient aux juristes. Je soumets que l'expertise psychologique et psychiatrique n'établira qu'une question de faits, donc un élément de preuve ajouté à tous les autres. Lorsqu'un juge entend une cause de malfaçon, de faute profession-

nelle ou tout litige résultant d'opérations techniques complexes, doit-il être nécessairement ingénieur, architecte, médecin, chimiste ou scientifique pour en disposer? La loi et la procédure prévoient des expertises et des témoignages d'experts. Évidemment il faut au juge un minimum d'intelligence et de connaissances générales pour comprendre et apprécier les témoignages. Si le psychologue et le psychiatre peuvent se faire comprendre de leurs patients pour les aider, pourquoi n'en serait-il pas ainsi du juge?

Que le tribunal de la famille soit présidé par un juge spécialisé qui n'entendrait que de telles causes, je n'y vois pas d'objection, pour ceux dont le psychisme résistera à une telle épreuve, pourvu que l'enquête soit assujettie à la règle *audi alteram partem* et que la décision soit publique et sujette à appel. Autrement, et je le dis avec connaissance de cause, les parties seront les victimes sans recours des différents courants de pensée, des discussions d'écoles et de philosophie personnelle qui s'affrontent dans les diverses disciplines.

On avance enfin que la déjudiciarisation éviterait les délais et activerait le règlement des problèmes. Des expériences en d'autres domaines nous permettent d'en douter. D'abord il existe dans l'arbitrage de tout conflit des délais inévitables: le temps que doit prendre une personne pour s'exprimer, une étude intelligente du dossier et une salutaire réflexion par l'arbitre avant de décider. L'esprit, comme l'estomac, a besoin de digérer. Dans ces conflits humains où la complexité des êtres en cause fait de chaque litige un cas d'espèce, pourrait-on risquer le devenir d'une génération à l'efficacité en mettant à l'essai un nouveau système basé sur une réglementation administrative et quasi judiciaire? Pourquoi ne pas utiliser encore un système judiciaire dont l'évolution lente, il est vrai, est le fruit d'une expérience séculaire par plusieurs nations civilisées et qui s'est avéré jusqu'à date le rempart de nos libertés démocratiques. Ne serait-il pas plus sage et prudent de modifier et adapter graduellement les structures actuelles aux exigences nouvelles, tout en redressant en cours de route les déviations inévitables; les erreurs auraient des conséquences moins désastreuses. En démocratie on ne fait pas du bien au peuple malgré lui et des lois, si bonnes soient-elles, doivent être comprises et acceptées par la majorité pour être respectées.

Pendant les dix années que la Cour supérieure a subi l'impact de la *Loi sur le divorce*, peut-on dire qu'elle s'est figée dans l'immobilisme et que nous avons été mis en présence d'injustices graves ou de situations dramatiques inextricables? Suite aux expériences

acquises, les règles de pratique ont été amendées, le nombre des juges et le personnel des cours augmentés, un service d'expertise psychosociale instauré; quant aux délais, il n'existe aucun retard, du moins dans nos deux districts; une cause inscrite peut être entendue dans les deux semaines qui suivent.

Nous devrions favoriser pour l'instant la création de tribunaux de la famille présidés par des juges dans des locaux appropriés et conseillés par des spécialistes. Ils décideraient les litiges où les parties n'auraient pu s'entendre au préalable dans une conciliation obligatoire sur le divorce lui-même, la garde des enfants, la pension alimentaire et autres questions financières. Les différents experts déposeraient au dossier un rapport de leurs constatations pour assister le juge, sujet aux commentaires et représentations des parties et sans préjudice à toute autre preuve. Au cas d'échec de la procédure préventive, celle-ci, par contre, apporterait au tribunal une assistance accrue en lui fournissant une preuve exhaustive, tout en abrégeant les débats.

Telle me paraît être pour l'instant la voie la plus prudente à suivre pour assurer la garde des enfants. Le progrès d'une société est valable en autant qu'il s'appuie sur des éléments propres à assurer sa stabilité et sa continuité.