



HAL
open science

Nouvelles normativités socio-légales de la famille: la garde partagée au Québec, en France, et en Belgique

Denyse Côté, Florina Gaborean

► To cite this version:

Denyse Côté, Florina Gaborean. Nouvelles normativités socio-légales de la famille: la garde partagée au Québec, en France, et en Belgique. *Canadian Journal of Women and the Law / Revue Femmes et Droit*, 2015, 27 (1), pp.22-46. hal-01528851

HAL Id: hal-01528851

<https://hal.science/hal-01528851v1>

Submitted on 29 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Nouvelles normativités socio-légales de la famille: la garde partagée au Québec, en France et en Belgique

article soumis à la revue « Enfance, famille, générations »

par

Denyse Côté

Université du Québec en Outaouais

Florina Gaborean

Université du Québec en Outaouais

Prière de correspondre avec la première auteure

denyse.cote@uqo.ca

C.P. 1250, Succursale Hull

Gatineau, Qc J8X 3X7

tél : 819.595.3900 p 2268

fax : 819.595.2384

résumé :

Cet article porte sur les réformes récentes effectuées en France, en Belgique et au Québec en matière *résidence alternée*, d'*hébergement égalitaire* et de *garde physique partagée*. Sont-elles à géométrie variable? Quelles en sont les configurations? Comment expliquer qu'elles tendent vers le même modèle de reconstruction de l'institution familiale? Quels sont les impacts des réformes et quelles sont les nouvelles normativités familiales qui les sous-tendent? Les sources utilisées sont diverses : entrevues qualitatives auprès de parents, de médiateurs et de juristes québécois, analyse des nouvelles dispositions législatives et administratives, revue de la littérature dans les trois juridictions civilistes retenues pour l'étude.

mots clef :

garde partagée, famille, normativités, séparation, divorce

Nouvelles normativités socio-légales de la famille: la garde partagée au Québec, en France et en Belgique

Les normes familiales occidentales contemporaines évoluent rapidement vers un modèle bicéphale (Hiltenbrandt et Amiel, 2010) de rôles parentaux symétriques (Côté, 2006). Elles privilégient les droits des parents sans égard à leur sexe, ainsi qu'une acception particulière de l'intérêt de l'enfant au sein de l'institution familiale renouvelée (Hiltenbrandt et Amiel, 2010; Côté, 2006). Certaines réformes législatives (régimes matrimoniaux, divorce, garde parentale) et politiques publiques traduisent une telle nouvelle logique horizontale / consensuelle qui remplacent peu à peu l'ancienne logique verticale / conflictuelle en matière conjugale (Wynants et al. 2009).

Cette évolution répond à un désir répandu d'émancipation du modèle moderniste de la famille nucléaire : la vie familiale post-moderne se construit désormais à base de liberté individuelle, de choix personnels et de négociation des rôles parentaux (Commaille, 2006). L'instabilité des relations conjugales qui en résulte est contrebalancée par la pression à une conformité (Commaille, 2006) structurée autour du concept d'axe parental indissoluble (Hiltenbrandt et Amiel, 2010; Théry, 1993). De nouvelles régulations sociales se reconstruisent à travers les attentes, exigences et interactions multiples entre acteurs intra et extra familiaux (Commaille, 2006).

Par contre, les réponses législatives et juridiques à ces nouvelles normes sociales peuvent être parfois contradictoires. Même lorsqu'elles ne le sont pas, leurs effets varient selon les modalités de mise en œuvre par des dispositifs professionnels et administratifs (Commaille, 1986). Les pratiques parentales et familiales des sociétés qui ont connu de tels changements législatifs n'y sont pas toujours synchronisées.

Comment s'arrime cette nouvelle normativité avec les pratiques parentales ? Les réformes récentes portant sur la garde physique partagée des enfants articulent concrètement ces nouvelles régulations; elles sont dans certains cas appuyées par les pratiques professionnelles et parentales, ou soulèvent au contraire de nombreuses réactions et oppositions. Trois juridictions francophones ont retenu notre attention : la France, la Belgique et le Québec. Le partage du français comme langue d'usage a influencé ce choix ainsi que les caractéristiques sociodémographiques de ces trois juridictions : les relations conjugales et parentales y ont été profondément reconfigurées, ce que reflète l'augmentation du nombre de divorces, de séparations, d'unions libres et de naissances hors mariage¹. Fidèles à la tradition civiliste, ces trois juridictions distinguent l'autorité parentale et la garde physique de l'enfant. Elles ont toutes effectué des réformes (Code civil, pratiques judiciaires et administratives) qui accordent plus de place au modèle familial horizontal lors de séparations conjugales et mettant l'accent

¹On consignait en 2005 environ 3 divorces pour 4 mariages au Québec (Québec, 2010) ; en Belgique on consignait aussi en 2009 3 divorces pour 4 mariages (Belgique, 2011) ; en France, il s'agissait plutôt en 2009 d'un divorce pour 3 mariages en France (France, 2011). En France, 55% des enfants étaient nés hors mariage en 2010 (France, 2011), ce qui était le cas de 63,1 % des enfants québécois (Québec, 2011). Enfin 35% des couples vivaient en union libre au Québec en 2009. Pour le Québec, voir également (Desrosiers et Simard, 2010).

sur le partage symétrique du temps de garde parental : *résidence alternée* en France², *hébergement égalitaire* en Belgique³ et *garde physique partagée* au Québec⁴. Or ces réformes se sont révélées à géométrie variable : quelles en sont les configurations? Comment expliquer leurs différences? Surtout, comment interpréter le fait qu'elles semblent toutes tendre vers la même reconstruction de l'institution familiale? Enfin, que nous apprennent les caractéristiques et les impacts de ces réformes sur les nouvelles normativités familiales ainsi que sur leur gestation?

Notre analyse s'appuie sur plusieurs sources : dispositions législatives relatives à la garde des enfants et recherches portant sur les pratiques judiciaires, sur les modalités d'organisation de garde parentale, sur les représentations des mères et pères pratiquant la garde partagée, et enfin sur les retombées des changements législatifs sur les pratiques professionnelles et familiales. Pour le Québec, ces sources secondaires ont été complétées par une recherche qualitative réalisée auprès de 30 professionnels en droit de la famille (juges et avocats), médiateurs et parents en garde partagée.

1. Réformes introduites en France, en Belgique et au Québec

Dans un premier temps, il convient de clarifier le principe d'autorité parentale qui enchâsse les droits et devoirs des parents dans ces juridictions civilistes et de le mettre en rapport avec la pratique de la garde physique partagée. L'adoption du concept d'autorité parentale conjointe dans ces trois juridictions ont permis d'éliminer les biais sexistes hérités du Code napoléonien.

Le système québécois est à la fois voisin et différent des systèmes français et belge. Il s'appuie sur une double tradition juridique, civiliste et coutumière, s'inspirant à la fois de sources législatives provinciale et fédérale. Son Code civil est arrimé à la loi canadienne et ses tribunaux empruntent des principes jurisprudentiels au droit coutumier⁵ : les décisions en matière de garde d'enfants reflètent cette hybridité en ce qu'elles sont influencées par la jurisprudence des provinces du Canada anglais soumises au *common law*. La spécificité du cas québécois nous permet ainsi d'identifier certains points de rupture et de convergence entre traditions juridiques et de vérifier l'incidence de cette particularité sur les normativités sociales.

² La *résidence alternée* désigne en France un mode de garde parentale fondé sur un « partage équilibré du temps et de l'éducation de l'enfant entre ses deux parents séparés, en alternant des périodes de résidence de durée à peu près égale » (Brunet 2008). Introduit par la loi du 4 mars 2002, elle n'a pas été transformée en présomption. La loi ne précise pas si la résidence alternée implique la symétrie du partage du temps de l'enfant à chaque résidence parentale.

³ L'*hébergement égalitaire* suppose en Belgique le partage symétrique du temps de résidence l'enfant auprès de chaque parent. La loi belge du 18 juillet 2006 érige l'*hébergement égalitaire* en modèle de référence : le Tribunal doit examiner prioritairement la possibilité de fixer un hébergement « égalitaire » auprès de ses deux parents (De Scheemaeker 2009).

⁴ La *garde physique partagée* désigne au Québec la présence alternée des enfants aux deux domiciles parentaux dans une proportion de 40%/60%, qu'on distingue de la détermination des droits et obligations légales des parents après la séparation (Côté, 2006).

⁵ Les dispositions québécoises sur les pensions alimentaires, la garde et le droit de visite s'appliquent aux couples séparés (mariées ou en union de fait) alors que la *Loi sur le divorce* fédérale s'applique uniquement aux couples mariés lorsqu'ils présentent une demande de divorce.

Le Parlement canadien dispose au Québec d'une compétence exclusive en matière de mariage et de divorce; l'Assemblée nationale (québécoise) exerce une compétence exclusive sur la tutelle et la garde de l'enfant. Lorsque les parents sont mariés, la garde parentale relève de la loi canadienne mais est parallèlement soumise aux dispositions du Code civil québécois. La loi canadienne de 1968 sur le divorce était muette sur la garde physique partagée, mais n'en interdisait pas la pratique. Sa dernière refonte en 1985⁶ a ouvert la porte à la garde partagée dans sa section 16 qui en prévoit la possibilité. À ce moment, la loi canadienne a aussi enchâssé le principe du « maximum de communication », selon lequel l'enfant devrait avoir le plus de contacts possible avec chacun de ses deux parents (Tétrault, 2006, 2000). L'étalon du « meilleur intérêt de l'enfant » pour déterminer la garde parentale a aussi été adopté et confirmé par la Cour Suprême du Canada, confiant par la même occasion sa détermination aux Tribunaux (Millar, 2009). Mais le Code civil a pleine juridiction au Québec en matière d'octroi de la garde parentale dans les cas des enfants nés hors mariage, ce qui représente 65% des naissances (Québec, 2011).

Au Québec le concept d'autorité parentale conjointe a donc remplacé en 1981 les autorités maritale et paternelle de l'ancien Code civil (Tétrault, 2006, 1999); il a éliminé la différenciation entre parents mariés, unis civilement ou conjoints de fait, ceux-ci conservant aussi leurs droits et devoirs indépendamment de la modalité de garde parentale (partagée, maternelle ou paternelle). En 1994, le concept de « tutelle légale conjointe » a été introduit afin de préciser les responsabilités des parents en matière de droits administratifs et à de représentation légale de leurs enfants (Canada, 2000).

Emprunté au droit coutumier, le concept de « garde physique partagée » est largement répandu au Québec sans pour autant avoir été consacré par son Code Civil : il demeure à ce jour jurisprudentiel (Canada, 2000) mais non moins ancré chez les professionnels du droit de la famille. Dans les provinces canadiennes anglophones, les tribunaux doivent en effet statuer au cas par cas à la fois sur la « garde légale » de l'enfant (équivalent à l'autorité parentale déterminée d'office par le Code Civil québécois) et sur leur « garde physique ». Pour cette raison, plusieurs professionnels québécois disent éviter de recourir au concept de « garde » et le remplacer par le concept d'« exercice de l'autorité parentale » jumelée aux modalités précises de résidence ou d'horaire (Canada, 2000). Ce qui distingue le Québec par contre c'est que la pratique d'un partage symétrique des tâches parentales se retrouve fréquemment et que ce modèle, ainsi que celui de la garde physique partagée, est répandu dans les esprits. Les gardes partagées négociées à l'amiable sont beaucoup plus fréquentes que celles imposées par le Tribunal.

La France remplace en 1970 les concepts de « puissance paternelle » et de « puissance paternelle et maritale » s'appliquant aux couples mariés par celui d'autorité parentale⁷.

⁶La dernière tentative de refonte de la loi canadienne amorcée en 1999 n'a pas eu suite malgré la tenue d'un Comité parlementaire (Canada, 1999).

⁷Le divorce par requête conjointe a été instauré en 1970, suivi du divorce par consentement mutuel en 2004. On remarque une stabilisation du nombre de divorces depuis 20 ans en France, une diminution du nombre de mariages et une augmentation régulière des couples "pacsés" (Documentation française, 2010).

L'exercice conjoint de cette autorité parentale suite à un divorce ne sera introduit qu'en 1987, transformé en 1993 en principe de plein droit et enchâssé en 2002 dans une loi imposant le partage de son exercice (Brunet *et al.* 2008 :11). Ce nouveau principe d'autorité parentale conjointe sera compris alors comme les « droits et de devoirs (des parents) ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » (France, 2002) indépendamment du statut conjugal des parents.

La *résidence alternée* y a été reconnue en 2002. Comme au Québec (Côté, 2000), sa pratique en France s'est développée en marge de la loi (Brunet 2008) qui, depuis 1987, impose au juge de fixer la résidence de l'enfant au domicile d'un des parents. L'homologation légale d'ententes informelles de résidence alternée n'a été possible qu'en 1993, sans qu'elle ne soit toutefois pleinement consacrée (Brunet *et al.* 2008 : 12). La Loi du 4 mars 2002 a par la suite autorisé explicitement les tribunaux français à fixer la résidence de l'enfant « en alternance » aux deux domiciles parentaux et inscrit officiellement le terme de *résidence alternée* au Code civil (Brunet *et al.* 2008). La loi française s'y réfère comme une possibilité, au même titre que la résidence maternelle ou paternelle :

*La résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée*⁸. (France 2002)

La loi de 2002 ne contraint pas les parents désirant exercer la résidence alternée à obtenir une décision judiciaire. Aussi, dans bien des cas, la résidence des enfants déterminée à l'amiable entre les parents (Brunet *et al.* 2008). Cette loi introduit par contre la possibilité d'une résidence alternée imposée par le Tribunal en cas de désaccord des parents. Elle amorce également la reconnaissance du principe de coparentalité : « *chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent* »⁹ (France, 2002; Rouyer, 2008). Ce qui permet à certains juristes français (Piwnica 2003, Yanick 2003) d'avancer que la résidence alternée aurait été érigée en modèle.

Quelques modifications législatives relatives au droit fiscal et social français ont aussi été introduites en France. Ainsi, en 2002, le Code général des impôts a permis aux parents divorcés en résidence alternée de séparer la charge fiscale de façon symétrique entre les deux parents. En matière d'assurance-maladie, le rattachement des enfants aux deux parents est désormais possible (France 2007a, 2007b).

En Belgique, la *Loi relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale* du 13 avril 1995 a mis fin à l'imbrication de l'autorité parentale avec le lieu de résidence de l'enfant (Belgique, 1995). Elle élimine la notion de « droit de surveillance » du parent non-gardien et introduit l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les pères et mères, indépendamment de leur statut conjugal. Ceci n'implique pas cependant que les parents doivent se consulter pour tout : l'autorité parentale peut s'exercer en parallèle¹⁰

⁸Article 373-2-9 de la loi.

⁹Article 373-2-2 de la loi.

¹⁰Ceci est prévu à l'article 8 de la loi de 1995.

(Belgique, 1995).

À ce moment, la pratique de l'*hébergement égalitaire* commençait à se répandre en marge de la loi (Marquet, 2008 : 10). La loi de 1995 a remplacé la *garde* et les *droits de visite* par les concepts d'*autorité parentale conjointe* et de *modalités d'hébergement*, ces dernières étant laissées à la discrétion du juge.

En 2006, la *Loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et règlementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant* a consacré l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et règlementé son exécution. Il devient alors le *modèle de référence* (Kérim, 2007 :1).

*En cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents*¹¹. (Belgique 2006)

Il s'agit ici d'une présomption : à défaut d'accord entre les parents, l'hébergement égalitaire s'applique, sauf pour des raisons que le juge devra motiver, les conflits entre les parents ne pouvant en soi justifier un écart à ce principe (Kerim, 2007).

Contrairement à la situation actuelle, ce ne sera plus le parent qui sollicite l'hébergement égalitaire qui devra démontrer la pertinence de celui-ci mais au parent qui s'y oppose de démontrer qu'il existe une contre-indication. (Leroy, 2006 :2)

Le juge sera même autorisé à recourir à un système d'astreinte pour assurer l'exécution de l'hébergement égalitaire :

*Sans préjudice des poursuites pénales, le juge peut autoriser la partie victime de la violation de la décision à recourir à des mesures de contrainte. Il détermine la nature de ces mesures et leurs modalités d'exercice au regard de l'intérêt de l'enfant...*¹². (Belgique, 2006)

Pour conclure, soulignons qu'au Québec, certaines pratiques parentales et normativités sociales émergentes ont permis la mise en place de mesures administratives et juridiques de promotion de la garde physique partagée. En France et en Belgique, des réformes législatives ont plutôt précédé les pratiques professionnelles, familiales et parentales. Les modifications à l'autorité parentale dans ces trois juridictions respectent la *Convention internationale des droits de l'enfant* (ONU, 1989) qui confie la responsabilité de l'éducation des enfants à leurs parents de façon commune et première (Roy, 2001). Mais elles les adaptent par la même occasion aux nouvelles valeurs occidentales de symétrie des rôles parentaux de façon à leur donner « *un sens et une portée distinctive en raison (également) des présomptions qui orientent (leur) contenu et de l'interprétation globale dont (elles sont) l'objet* » (Roy, 2001 : 61). C'est en effet une acception particulière du concept d'autorité parentale conjointe qui a ouvert la porte, dans ces trois juridictions, à la nouvelle représentation sociale érigeant la garde physique partagée en pratique exemplaire post-séparation (Côté, 2006). À contrario, la garde maternelle symboliserait désormais l'inégalité entre les sexes ainsi que la

¹¹Article 2-2 de la loi de 2006.

¹²Article 4 de la loi de 2006.

restriction de l'exercice d'une paternité responsable. L'instauration de l'autorité parentale conjointe n'aura cependant pas suscité autant de controverse que celle de la garde physique partagée, en particulier dans les juridictions où elle s'est effectuée par voie de changement législatif.

2. Les polémiques suscitées par ces changements législatifs

D'importantes polémiques ont accompagné la rédaction et la mise en œuvre de ces réformes législatives. Ces controverses renvoient aussi bien à la présence de la norme maternelle qu'à la radicalité de la transformation proposée.

En France, des auditions et confrontations ont précédé la rédaction de la loi de 2002, et la *résidence alternée* a été transformée en débat de société. Pédo-psychologues et psychiatres (Brisset et al, 2010; Phélip, 2006; Berger, 2009, 2008) ont insisté et insistent encore sur la nocivité de la résidence alternée pour les jeunes enfants et réclamé son interdiction avant 3 ou 6 ans, selon le cas. Les défenseurs de la résidence alternée (Neyrand 2010, 2005; Poussin, 2008) ont pour leur part argumenté l'importance du maintien de la double relation parentale dès le plus jeune âge (Brisset et al., 2010).

En Belgique, avant leur adoption, les réformes législatives introduisant l'*hébergement égalitaire* ont suscité un débat public au sein la classe politique et entre spécialistes sur la pertinence de l'instauration d'un modèle légal de référence. Les partisans d'un régime de bi-localisation obligatoire ont invoqué l'importance de l'« égalité » parentale et ses opposants, la difficulté de son fonctionnement pratique (Marquet, 2008 :13). L'« intérêt de l'enfant » est resté au cœur des débats suite à la promulgation de cette loi, (Casman et al. 2010), mais selon des acceptions différentes et à la limite contradictoires : pour certains, il est important de bien définir l'« intérêt de l'enfant » pour mieux l'atteindre; pour d'autres, l'« intérêt de l'enfant » doit rester flou afin que les situations puissent être analysées au cas par cas (Casman et al., 2010 : 740).

Au Canada, la polémique publique sur la garde partagée s'est cristallisée dès 1998 autour des travaux du *Comité parlementaire mixte sur la garde des enfants et les droits de visite* (Canada, 1999). Elle a mobilisé tenants et opposants d'une présomption de garde partagée, mais s'est concentrée dans les provinces anglophones et n'a pas touché, à vrai dire, le public québécois, les enjeux en matière de réforme législative n'y étant pas les mêmes que dans les provinces anglophones. En effet, tel que soulevé précédemment, l'autorité parentale conjointe instituée depuis 1981 au Québec une présomption de « garde légale partagée » toujours absente dans les provinces anglophones régies par le droit coutumier; or cette présomption était justement l'objet central du débat au Comité parlementaire canadien. Le gouvernement canadien n'a pas donné suite à ce Comité et la loi canadienne n'a pas été amendée.

Au Québec, le débat sur la garde partagée se tient principalement à ce jour en sous-main. On retrouve certes chez les psychologues un questionnement public sur l'âge limite de la garde partagée dont certains échos ont rejoint les médias sans pourtant atteindre l'ampleur d'un débat de société. Ces spécialistes et chercheurs se questionnent sur la pertinence de la garde partagée pour les enfants d'âge préscolaire ou encore sur la nécessité d'un parent principal pour développer un « sain » attachement chez l'enfant

(Cyr, 2008; Gauthier, 2008; Cyr, 2006). Ce débat se traduit de façon plus passionnée devant les tribunaux, où experts juridiques et psychosociaux documentent leurs positions opposées dans des cas particuliers, souvent à partir de valeurs et croyances personnelles, ce qui mènerait même selon certains auteurs à un usage biaisé des données empiriques disponibles (Cyr, 2008). La « mode » de la garde physique partagée s'est installée dans les tribunaux québécois de la famille, même si elle devrait susciter, selon plusieurs auteurs, prudence et inquiétude (Gagnon, 2006).

La pratique de la garde physique partagée s'est instaurée très tôt au Québec chez des parents à double insertion professionnelle (Côté, 2000). Elle est devenue par la suite, chez de nombreux juristes, un idéal-type (Côté, 2006), plutôt que simplement une alternative viable. Certains juristes s'opposent à cette normalisation de la garde physique partagée. Chez les médiateurs familiaux agréés, on en fait largement la promotion lors des séances obligatoires prévues par la loi québécoise. Pourtant, les intervenants en matière de violence conjugale insistent sur sa dangerosité pour les victimes d'une présomption de facto de garde physique partagée (Côté, 2012). Plusieurs groupes de défense des droits des pères font par contre la promotion d'un enchâssement législatif de la présomption de garde physique partagée (Canada, 1999).

Si les changements législatifs introduits en France et en Belgique ont été argumentés par le biais du renforcement du lien paternel à conserver, la présomption de garde physique partagée fait encore couler beaucoup d'encre. Certaines associations en France, notamment les lobbys des pères, militent toujours pour une présomption de résidence alternée identique à celle ayant cours en Belgique (Brunet et al. 2008)¹³. En Belgique, la controverse porte sur les effets négatifs de la présomption d'hébergement égalitaire maintenant enchâssée, d'autant plus que le droit fiscal et le droit social ne lui ont pas été ajustés, ce qui multiplie les tensions et conflits entre ex-conjoints (Casman et al. 2010 : 134)¹⁴.

3. Pratiques parentales de garde physique partagée

Les changements législatifs favorisant la garde physique partagée s'appuient dans les trois cas étudiés sur le principe de l'intérêt de l'enfant défini en termes d'accès symétrique en temps auprès de chaque parent. Ils enchâssent en quelque sorte une nouvelle conception de la parentalité basée sur la symétrie des rôles parentaux. Ces nouvelles normes correspondent-elles aux réalités de l'exercice quotidien de la parentalité?

¹³Ces lobbys associatifs ont exercé une forte influence auprès des députés français afin de modifier la législation en vigueur. Ainsi, en 2009, quelques députés ont déposé à l'Assemblée Nationale une proposition de loi visant la modification du Code civil afin d'établir une présomption de résidence alternée (France, 2009).

¹⁴Le Sénat de Belgique aurait été saisi par la suite d'une demande d'explication par le Centre démocrate humaniste (CDH) : la présomption d'hébergement égalitaire poserait plusieurs problèmes pratiques, ne réduirait pas les tensions entre parents ; de plus, les décisions judiciaires n'étaient pas respectées (Belgique, 2007).

Les données actuellement disponibles sur la garde physique partagée dans les trois juridictions étudiées restent malheureusement lacunaires. Quelques études sociologiques réalisées en France et en Belgique portent sur les pratiques professionnelles (juges, médiateurs familiaux, intervenants sociaux) et parentales (formes et usages de cette forme de garde, représentations des mères et des pères relatives au processus de l'alternance). Au Québec, certains travaux ont été faits sur les pratiques des tribunaux relatives à la garde physique partagée mais très peu d'écrits abordent les pratiques parentales en la matière. Nos recherches antérieures (Côté 2000, 2006, 2012) ainsi qu'une enquête qualitative actuellement en cours nous ont permis de compléter et d'éclaircir certaines pratiques parentales dans cette juridiction.

3.1 « Garde physique partagée » au Québec – une réalité plus socialement ancrée, un idéal plus répandu

Depuis plus de 15 ans, la garde physique partagée est très prisée au Québec par de jeunes parents séparés à double insertion professionnelle (Côté, 2006). Ils la choisissent pour exercer une parentalité plus active et horizontale, pour améliorer leur conciliation famille-travail, pour adopter de nouvelles pratiques parentales. Dans les cas extrêmement litigieux, la garde partagée est demandée par un parent pour réduire la pension alimentaire ou pour exercer une pression sur son ex-conjoint.

Sa popularité se reflète dans les statistiques : en 2008 et 2009, les Tribunaux québécois auraient octroyé 20,6% de gardes partagées (Québec, 2011). Et ces statistiques ne prennent pas en compte les ententes à l'amiable, qui sont nombreuses : rappelons que 42 % des parents québécois séparés interrogés en 1994, dans le cadre d'une enquête exhaustive, n'avaient pas d'ordonnance de Cour pour la garde de leurs enfants et n'étaient pas en voie d'en obtenir une (Canada, 1999)¹⁵. Bien que des données plus récentes ne soient pas disponibles, on peut facilement présumer que cette proportion a augmenté, étant donné l'augmentation des unions libres et du nombre d'enfants nés hors-mariage.

Au Canada, on ne recense que les cas ayant fait l'objet d'une ordonnance du Tribunal. Au Québec, il s'agit des cas de garde physique partagée, mais, dans les provinces anglophones, les données statistiques saisies sont plutôt celles de la garde légale partagée (l'équivalent de l'autorité parentale conjointe). Ceci alimente la confusion entre garde physique et garde légale, même dans les statistiques citées par des auteurs réputés (Millar 2009).

Dans les faits, la grande majorité des jugements canadiens entérinent des ententes conclues au préalable par les parents (Côté, 2000). Joyal (2003 : 271) recensait à cet effet à peine qu'à peine 15% des jugements montréalais de divorce et moins de 10% des jugements de garde pour les couples montréalais en union libre avaient fait l'objet d'un litige tranché par le Tribunal. Et seulement 10% de ces cas avaient fait l'objet d'une

¹⁵Nous ne disposons pas d'études récentes sur ce sujet. Les dernières études du Ministère canadien de la Justice sur la garde parentale date de dix ans et ne sont pas ventilées pour chaque province (Canada, 2004). Selon cette étude, les ententes de garde partagée sont souples et tendent à se transformer au fil du temps.

ordonnance de garde physique partagée. Dans ces cas, la mère ne demande jamais la garde physique partagée et s'y oppose beaucoup plus souvent que le père (Québec, 2002 : 52). Les motifs d'octroi de la garde partagée invoquées dans les jugements sont les suivants : l'intérêt de l'enfant, le point de vue de celui-ci (qui veut continuer à vivre avec ses deux parents), le point de vue des experts et les capacités parentales (Québec, 2002 : 57). L'opinion des parents y est curieusement absente.

[Le juge a accordé] la garde partagée. Comme ça. Sans lire les affaires. Il ne m'a même pas écouté on dirait : « Ah! bien je rends mon verdict, puis c'est tout! », wow! (FEM-7 recherche violence)

La complexité logistique et relationnelle de la garde physique partagée (Côté, 2000) n'est pas pour autant diminuée de par sa popularité. Dans sa forme volontaire (négociée à l'amiable), la garde physique partagée s'articule autour d'une entente-cadre, sur une confiance mutuelle dans les capacités parentales de chacun et de l'intérêt de l'enfant à vivre aux deux domiciles parentaux (Côté 2004). Elle reste accessible aux parents disposant de revenus variables (Côté 2006). L'organisation du temps de présence de l'enfant à chaque domicile parental ainsi que la responsabilité économique sont conçus sur le principe de partage symétrique (moitié/moitié). Cependant, en réalité, ni le partage financier, ni le partage de la charge éducative et des soins n'est symétrique : les mères assument souvent plus de tâches que les pères et le principe de partage symétrique des coûts efface la disparité de revenus toujours présente, les revenus des mères étant, règle générale, plus faibles (Côté 2004). Les usages parentaux de la garde physique partagée révèlent un écart entre la représentation de symétrie et les pratiques de partage.

Oui, c'est partagé, mais sauf qu'il ne me paie pas. Il ne m'a pas payé encore... Il me dit qu'il a de petits problèmes d'argent et il ne me paie pas... Ah! Il a fait des rénovations, il a payé un voyage à (ma fille) en Floride au mois de mars. Ça, il a de l'argent pour ça, pas pour l'essentiel (rire). (FEM-17)

Reste que les parents québécois interviewés dans le cadre de notre étude la plus récente soulignent que la garde physique partagée s'est maintenant transformée en norme sociale : plusieurs ont même adopté l'idée que cette forme de garde permet de mieux voir au bien-être et respecter l'intérêt de l'enfant :

Dans ma tête, tout le monde qui se sépare a la garde partagée, sauf s'il y a quelque chose d'extrêmement grave... c'est social, tous les parents qui sont séparés ont la garde partagée. J'ai une sœur aînée du premier mariage de mon père, et elle a suggéré que c'est mieux que les enfants aient accès aux deux parents peu importe les circonstances des parents. (GPPFBQ-MÈRE-B-0-2).

Cette opinion reflète aussi le fondement des pratiques judiciaires et administratives au Québec qui accordent désormais une place centrale à la garde partagée. Selon plusieurs, la garde physique partagée y ferait même l'objet actuellement d'une présomption de facto (Tétrault, 2009; Gauthier, 2008; Le Roy, 2006; Joyal, 2003); « plusieurs auteurs et juges [croient que] la garde partagée est la meilleure formule [permettant] de respecter le principe fondamental de la maximisation des contacts d'un enfant avec chacun de ses parents » (Tétrault, 2009 :49). Plusieurs services professionnels, dont celui de médiation, qui est obligatoire au Québec, la proposent systématiquement aux parents en voie de séparation.

S'appuyant sur cette interprétation de l'intérêt de l'enfant, des critères d'octroi de la garde physique partagée ont été établis par la Cour d'appel du Québec (Tétrault, 2009 : 68) qui a même dû rappeler qu'il n'existe pas au Québec de présomption légale de garde partagée¹⁶ (Tétrault 2004). Cela n'empêche pas la garde physique partagée d'être de plus en plus privilégiée par des juges même en situation de désaccord des parents, de communication déficiente (Le Roy, 2006; Joyal, 2003), de conflit soutenu ou de violence conjugale (Côté, 2012)¹⁷. Certains experts opinent que cette tendance se modère, d'autres croient au contraire qu'elle s'est consolidée, ce que semble confirmer les quelques recherches disponibles sur le sujet. Dans les jugements de son échantillon, entre 2003 et 2006, où elle était en litige, Le Roy a relevé 70% de jugements octroyant une garde physique partagée (Le Roy, 2006). De plus, près des trois-quarts (7 sur 10) des juges de la Cour Supérieure du Québec interviewés par Joyal (2003 : 274) et siégeant régulièrement en Chambre de la famille de Montréal ont affirmé « privilégier clairement » la garde physique partagée. Ceci confirme les perceptions de nombreux experts, juristes, observateurs et intervenants québécois. L'argument des juges est simple : dans l'intérêt de l'enfant, il faudrait « minimiser les effets du divorce sur les liens parent-enfant, et notamment sur les liens père-enfant, très souvent affaiblis à la suite d'une rupture. Ils veulent préserver l'unicité de la famille initiale et la continuité de son histoire familiale » (Joyal, 2003 : 274). Les avocats québécois en droit de la famille que nous avons interviewés en 2011 affirment ainsi, confirmant les résultats de Joyal, qu'ils n'ont plus désormais à démontrer au Tribunal le bien-fondé d'une demande de garde partagée, mais qu'ils doivent plutôt « établir les motifs (de) pourquoi on n'en veut pas » (Joyal, 2004 : 453) : la garde partagée serait souvent demandée par les parents et de plus en plus accordée par les juges,

La garde partagée, c'est devenu la norme. Il faut vraiment trouver une raison très solide pour qu'il n'y ait pas de garde partagée. (GPPFBQ-AVOMÉD-0-4)

La garde partagée est entrée dans les mentalités au point où certains juges à certains moments, je dirais surtout à partir des années 2000, ont commencé à se faire reprocher d'y être trop favorables. On peut dire qu'ils sont très favorables dans l'ensemble à la garde partagée, si elle est appropriée, il faut aussi qu'on ait ce critère, par contre... Donc il ne s'agit pas de les convaincre que ça peut être une bonne formule de garde ou que ce n'est pas une formule qui est contre l'intérêt de l'enfant. Mais en même temps, il n'y a pas de présomption favorable....(GPPFBQ-JUGE-M-1)

même dans des contextes difficiles : conflit important et durable entre les parents, violence post-séparation ou soupçons d'abus sexuel.

Une de mes clientes soupçonnait que l'enfant avait été abusé sexuellement et ça a été compliqué, parce qu'il y avait plusieurs niveaux, plusieurs espaces qui étaient impliqués. Le niveau criminel, le niveau de la DPJ, puis le niveau familial. Le juge voulait attendre ce que la travailleuse sociale avait proposé. Et la travailleuse sociale soupçonnait que madame avait un problème d'aliénation parentale. Ils ont à ce moment-là, imposé, avec les recommandations de la travailleuse sociale, une garde partagée de façon progressive. Je n'ai jamais vu dans ma pratique quelque chose de si drastique. (GPPFBQ-AVOMÉD-0-4)

¹⁶Entrevues récentes avec des juges québécois en matière familiale.

¹⁷Ceci est confirmé par des intervenantes en maison d'hébergement interviewées récemment.

Déjà adoptée par certains parents, mais toujours minoritaire comme mode de garde, la garde physique partagée s'est répandue au Québec dans l'imaginaire collectif grâce à la promotion qu'en on fait divers dispositifs administratifs, professionnels et juridiques, la voie législative ayant été écartée par les pouvoirs publics. Bien que la garde maternelle soit encore beaucoup plus répandue, elle est désormais rarement accordée en situation de désaccord parental, la garde partagée étant conçue par plusieurs juges comme un bon moyen de trancher ou encore de régler ou de remédier au désaccord parentale. La norme de la garde partagée a été naturalisée et sert désormais de référence incontournable pour les parents en voie de séparation.

3.2 « Hébergement égalitaire » en Belgique – écart entre normes juridiques et pratiques parentales

En Belgique, le but poursuivi par le législateur a été d'instaurer un principe de référence qui rendrait plus prévisibles les décisions des tribunaux (De Scheemaeker, 2009). Les juges belges affirment examiner l'option d'un hébergement égalitaire de façon prioritaire sans toutefois l'imposer (Casman et al., 2010)¹⁸. La notion d'accord parental est centrale et ils ne refusent que très rarement un arrangement de garde conclu entre les parents (Casman et al., 2010). La moitié des juges belges considèrent par contre que l'hébergement égalitaire constitue un rempart contre le risque d'une rupture du lien paternel. Ils y voient aussi un outil offrant un certain confort aux parents ainsi que la possibilité de préserver la qualité de la relation parent-enfant. Les avocats belges en droit de la famille semblent par contre plutôt opposés à l'hébergement égalitaire (Casman et al. 2010 : 43).

Les professionnels belges interrogés par Casman constatent une nette augmentation du nombre d'hébergements égalitaires depuis la promulgation de la loi (Casman et al. 2010). Ils considèrent que la loi belge de 2006 érige la symétrie des charges parentales en principe (Casman et al. 2010)¹⁹. Les médiateurs familiaux interrogés croient aussi qu'un plus grand nombre de pères s'investissent au niveau des soins quotidiens et de l'éducation des enfants mais que les mères assument toujours un plus lourd fardeau de soins (Casman et al. 2010 : 36).

La majorité des professionnels ainsi que des juges interrogés par Casman et al. (2010) projettent l'hébergement alterné comme la meilleure alternative pour l'enfant à la famille nucléaire. Les jugements d'hébergement égalitaire ne rendent pas compte cependant de la réalité plurielle des parents et des familles et la nouvelle loi ne permet pas de rendre plus prévisibles les jugements en matière de garde (Casman et al. 2010). L'élasticité des critères servant de base aux décisions judiciaires (l'intérêt de l'enfant en particulier), les représentations sociales des juges, les valeurs et les pratiques des autres acteurs de la scène judiciaire (avocats, médiateurs) influencent grandement la mise en application de cette loi.

¹⁸Cette étude quantitative et qualitative a été réalisée auprès de 37 professionnels (avocats, juges, médiateurs familiaux) et 262 parents.

¹⁹On note que le vocabulaire choisi par le législateur belge assimile le concept d'égalité à celui de symétrie du temps de résidence de l'enfant chez chaque parent.

Beaucoup de parents belges critiquent la nouvelle loi en ce qu'elle tente d'imposer un modèle unique alors que les situations familiales sont multiples. Certains qualifient même l'idéal de symétrie promulgué par la loi de « violence institutionnelle » dissonante de leur réalité quotidienne. Plusieurs s'avouent démunis face aux démarches et procédures judiciaires rendus nécessaires par la nouvelle loi, par l'absence d'information sur celle-ci : ils ne voient pas comment s'y conformer (Casman et al. 2010). Certaines mères interrogées, exerçant le rôle de parent principal avant la séparation, trouvent que la symétrie encouragée par l'hébergement égalitaire constitue une atteinte à leur intégrité, en porte-à-faux avec la répartition réelle des rôles parentaux qui est asymétrique (Casman et al. 2010 : 123). Cela dit, 21% des parents belges interrogés ont eu recours aux Tribunaux pour faire respecter une décision d'hébergement égalitaire.

La logique des parents menant au choix d'un mode de garde est différente de celle des juges ou des professionnels du domaine de la famille. Leurs considérations sont avant tout logistiques, personnelles et matérielles (disponibilité horaire, envie de changement de vie, de liberté, distance géographique, maintien de contact entre l'enfant et ses frères et sœurs issus d'une autre union). Le critère juridique de l'« intérêt de l'enfant » est étranger à leur choix. Et, contrairement aux parents québécois (Côté, 2000), les parents belges interrogés consulteraient rarement leurs enfants avant de fixer leur choix. Casman et al. concluent en se demandant si le Tribunal est l'endroit adéquat pour régler le conflit familial et dans quelle mesure l'État décide de la vie privée des familles (Casman et al., 2010 : 113).

Cet écart entre les décisions judiciaires et les pratiques parentales en matière d'hébergement égalitaire ressort aussi de l'étude de Limet (2009) qui révèle que les décisions du Tribunal ordonnant un hébergement égalitaire ne sont souvent pas respectées par les parents²⁰ malgré le système d'astreinte prévu par la loi de 2006. En effet, la loi privilégie l'accord négocié entre ex-conjoints, ce rend difficile l'imposition par le Tribunal du respect d'une décision d'hébergement égalitaire. Paradoxalement, la portée de la loi de 2006 demeure plutôt symbolique et axée sur la promotion « du (lien) parental qui survivrait au (lien) conjugal » : selon Limet (2009 : 99), l'hébergement égalitaire reste peu applicable aux parents en situation de conflit. La portée symbolique²¹ (Commaille 1986) de la loi belge semble donc avoir préséance. Très médiatisée lors de son instauration, elle a suscité une évolution des mentalités en matière de garde parentale. Elle a aussi généré une prolifération de démarches pour les parents opposés à l'hébergement égalitaire, tenus de présenter maintenant une preuve négative s'ils désirent la garde maternelle ou paternelle (Casman et al. 2010). De plus,

²⁰Selon Limet, environ 20 000 plaintes ont été déposées en 2005, 2006 et 2007 pour non-représentation d'enfants (refus de l'un des parents de présenter l'enfant à l'autre parent ou aux personnes qui ont droit de le réclamer). Ce nombre de plaintes concerne 7500 familles (Limet 2009 : 16).

²¹Commaille (1986) souligne la différence entre les effets réels d'un changement législatif et ses retombées symboliques. Les effets réels sont l'action directe de la loi sur les comportements sociaux alors que les retombées symboliques sont plutôt le « pouvoir d'agir sur le réel en agissant sur la représentation du réel » (Bourdieu, 1982). Ces derniers sont difficiles à évaluer car ils sont indirects et plus lents à se manifester (Commaille 1986 : 121).

certaines pères, convaincus que l'hébergement égalitaire est désormais obligatoire, se culpabiliseraient à l'idée de ne pas désirer ou pouvoir l'exercer (2010 : 39).

3.3 Formes, usages et représentations de la « résidence alternée » en France

En France, la définition assez large de l'alternance résidentielle dans les textes de loi accorde aux tribunaux une marge de manœuvre importante. Ceux-ci peuvent imposer une résidence alternée en cas de désaccord parental ou même la refuser lorsque les parents se sont mis d'accord pour l'exercer. L'examen des décisions judiciaires rendues²² semble démontrer que la capacité du juge d'imposer une résidence alternée demeure plus symbolique que pratique (Brunet et al. 2008). Ainsi, une enquête réalisée par le ministère de la Justice en 2003 concluait que 95% des résidences alternées fixées résultaient d'un accord entre les parents et que les juges évitaient d'imposer la résidence alternée en situation de désaccord parental (France 2004; Brunet et al. 2008 : 13). Dix ans après sa promulgation, la résidence alternée ne semble toujours pas s'être imposée dans l'arène judiciaire. Dans la plupart des cas, les juges entérineraient l'accord conclu entre les parents, dont la majorité fixe le domicile maternel comme résidence principale de l'enfant. Cette norme maternelle semble aussi motiver la plupart des décisions judiciaires ainsi que les argumentaires des professionnels. Les juges sont donc souvent pris entre deux types de normativités : celle de l'évidence maternelle très répandue en France (Bessière et al. 2010) et celle de la symétrie parentale propre à la résidence alternée (Juston, 2010). Ces deux séries de normes se retrouvent aussi de façon variable dans les milieux sociaux et professionnels. Pour les juges, leur propre conception de la famille et des rôles parentaux et leur trajectoire professionnelle peuvent influencer leurs décisions (Bessière et al. 2010).

La préférence des parents est, elle aussi, variable, car l'asymétrie des rôles parentaux est encore très présente en France, et ce, même lorsqu'il y a résidence alternée (Sylvie Cadolle, 2008, 2009). La mère continue d'y jouer un rôle important, les investissements en temps et en matière de prise en charge des enfants sont généralement reconduites après la séparation. Les pères semblent tous avoir été favorables à la résidence alternée, indépendamment du degré de conflictualité inter-parental. Plusieurs mères en résidence alternée soulignent leur réticence face à la résidence alternée, suite au peu d'implication préalable du père dans l'éducation des enfants. Or, de plus en plus de mères, pour éviter le conflit, acceptent la résidence alternée contre leur volonté, tout en assumant une large part des soins et se privant d'une pension alimentaire (Cadolle 2009 : 77). Car des intérêts matériels sont en jeu, comme le soulignent certains avocats et médiateurs : « les demandes des parents ne sont pas guidées par le seul intérêt de leur enfant, mais par deux autres types de considérations : le regard des autres et l'argent » (Cadolle, 2009 : 58)²³.

²²En 2003, les décisions judiciaires sur la mise en œuvre d'une résidence alternée ne représentaient en France qu'une part restreinte des décisions rendues.

²³Propos cités par Cadolle (2009) et tirés de J.-J. Hyest, N. About, *Rapport d'information n° 349*, déposé le 26 juin 2007, Audition publique de la Commission des lois au Sénat, mercredi 23 mai 2007.

La recherche de Brunet et al. (2008) sur l'organisation matérielle des parents en résidence alternée ainsi que sur leurs stratégies respectives arrive aux mêmes conclusions : la garde alternée est à la fois source de contraintes et des nouvelles libertés pour les ex-conjoints. Dans la plupart des cas, les hommes sont séduits par ce mode de garde qui leur permet de combiner leurs responsabilités parentales avec une vie libérée, des contraintes qui lui sont propres. Les femmes évoquent au contraire la difficulté de se séparer de leur(s) enfant(s) et ne perçoivent cette liberté qu'au fil du temps. Les hommes soulignent que la résidence alternée comporte aussi un caractère contraignant au niveau professionnel, des sacrifices en terme de carrière, car les exigences organisationnelles de la résidence alternée limite leur mobilité professionnelle. Par ailleurs, la question financière, dont le partage des frais, cristallise les conflits entre les parents (Brunet *et al.* 2008 : 50).

Les situations de résidence alternée étudiées en Belgique comme au Québec reflètent la recomposition des rôles paternel et maternel. Si le principe de partage symétrique des tâches et des obligations domine le discours des ex-conjoints pratiquant la garde partagée, xes pères et mères conservent toutefois des représentations différentes de son usage (Brunet et al. 2008 ; Côté 2000).

Tout comme en Belgique, les études sur la résidence alternée en France soulignent l'écart entre la norme juridique de l'indissolubilité du couple parental et les normativités familiales fondées sur l'évidence maternelle cette dernière étant le reflet d'une division sexuelle classique du travail parental. La résidence alternée s'installe peu à peu dans certains usages en France mais demeure minoritaire (11,5% des divorces et 6% des séparations). Les effets symboliques du changement législatif sont, par contre, significatifs. La loi de 2002 semble avoir eu un impact idéologique important sur les représentations sociales des rôles parentaux. Les débats publics parfois enflammés, les passions suscitées dans les médias et les milieux professionnels ainsi que la manifestation d'une paternité plus engagée (Martial, 2011) en sont le reflet.

Conclusion

Le processus de désinstitutionalisation de la famille (Hurtubise 2005) semble arriver à terme. Notre étude illustre en effet comment les cadres de référence collectifs et les contraintes sociales se reconstruisent en relation à la famille postmoderne.

Pourtant, les trois juridictions civilistes étudiées avaient adopté différents types de politiques familiales: familialiste, sociale ou individualiste (Hurtubise, 2005). Au nom de la démocratisation des liens familiaux (Commaille et Duran, 2009) et de la protection du rôle du père suite à une séparation (Parkinson, 2011), elles mettent en place des mesures de promotion de la garde physique partagée. Le droit ainsi que divers dispositifs administratifs ou professionnels ont été mobilisés pour implanter de nouveaux contrôles sur l'univers privé des parents.

Ces trois juridictions ont adopté en premier lieu un principe d'autorité parentale conjointe auquel ils ont accordé une définition semblable. À travers leurs réformes

législatives ou administratives, elles ont par la suite encouragé la garde physique partagée. La loi française de 2002 a autorisé les juges à fixer une résidence alternée et la loi belge de 2006 a établi une présomption d'hébergement égalitaire indépendamment de l'âge de l'enfant. Au Québec, la garde physique partagée n'a fait l'objet d'aucune réforme législative, mais a été encouragée par les tribunaux, les directives administratives, les mesures fiscales ainsi que de la transformation radicale des valeurs des professionnels de la famille.

Malgré tout, l'usage de la résidence alternée en France reste cependant limité. Après la loi de 2002, les résidences alternées ne sont passées que de 12% à 14% (Kesteman 2007), les juges ayant du mal y recourir et évitant de l'imposer en cas de désaccord parental (Brunet et al. 2008). De plus en plus de groupes de pères français militent certes pour la résidence alternée, mais ce combat est plus symbolique que pratique : les rôles maternels/paternels ont peu évolué en France (Bessière et al. 2011).

Une dynamique semblable s'observe en Belgique. Malgré l'augmentation des hébergements égalitaires, la loi de 2006 n'a pas réussi à changer les habitus parentaux et à rendre les décisions de justice plus prévisibles (Casman et al. 2010). De plus, les parents contraints à adopter un hébergement égalitaire se heurtent à des difficultés importantes : les dispositifs administratifs n'y sont pas adaptés et la nouvelle norme législative de symétrie contraste fortement avec la conception différenciée des rôles parentaux prévaut toujours dans la société belge (Casman et al. 2010). Cela rend le décalage entre normes juridiques et familiales très douloureux, l'idéal construit n'étant pas encore intégré dans les pratiques familiales et modèles sociaux.

Au Québec, même si la norme sociale de symétrie des rôles parentaux est plus répandue, la répartition du travail parental reste toujours inégale. La mise en place d'une norme juridique, administrative et professionnelle de garde physique partagée impose ici, une fois de plus, l'idéal de l'égalité à des parents qui ne la désirent pas.

La garde maternelle reste en effet toujours plus répandue dans ces trois juridictions et la préférence maternelle prévaut clairement encore dans deux de celles-ci. Les réformes législatives française et belges, effectuées « par le haut », visaient à encourager ou imposer la garde physique partagée. Elles ont, c'était prévisible, suscité d'importants débats publics, puisqu'en porte-à-faux avec les pratiques. Le Québec a plutôt procédé « par le bas », sans réforme législative : tant et si bien qu'une présomption de facto de garde physique partagée fait actuellement au Québec office de norme familiale.

Les nouvelles normativités liées à ce modèle sont celles de la diversité des situations conjugales, de la fluidité des places, de la démocratisation de la vie privée fondée sur un processus d'individualisation (Commaille 1989) et sur le principe de symétrie parentale. Les nouveaux systèmes de valeurs, de référence et de comportements prescriptifs sont liés à la présence continue de chaque parent auprès de l'enfant, à un attachement parental symétrique et à la réalisation personnelle de chaque individu, adulte comme enfant.

Nous avons levé le voile sur les logiques de ces nouvelles régulations socio-légales. En effet,

« la famille n'est pas seulement une réalité construite par les individus, elle est contrôlée et par là instituée par la société, elle est une réalité socialement construite par les regards que la société et ceux qui y exercent le pouvoir portent sur elle et par les usages qu'on prétend faire d'elle en référence à la société et avec les intérêts de celle-ci » (Commaille 1998 : 47).

Le principe d'un axe coparental indissoluble impose aux parents séparés le maintien d'une relation dont ils ne veulent souvent plus, sous forme d'une négociation, donc d'un contact continu, tout en projetant paradoxalement la représentation d'une famille élective. Systématiser ce principe renvoie aux conditions de sa mise en œuvre, celle-ci n'étant pas toujours applicable pour des raisons pratiques (proximité, logement, coût) (Côté, 2006; Cardia-Vonèche et Bastard, 2005). De plus, systématiser le modèle de symétrie des rôles parentaux équivaut à imposer un fonctionnement qui n'a pas souvent pas d'ancrage dans les relations familiales pré-rupture; selon certains, il s'agirait même une marque de violence institutionnelle, en particulier lorsque le législateur en impose la présomption (Casman et al. 2010). En consacrant la symétrie parentale comme modèle de garde parentale post-séparation, celle-ci se retrouve confrontée à d'autres types de normativités plus présentes au sein des familles : répartition sexuée de la prise en charge des enfants, négociation des rôles parentaux, « évidence » maternelle (Bessiere et al. 2011). Se structure alors un décalage avec l'idéal de symétrie parentale et d'axe parental indissoluble promu par les dispositifs.

De plus, faute de mieux semble-t-il, la symétrie des rôles parentaux s'interprète maintenant souvent au Québec comme une donnée comptable basée sur la répartition du temps de l'enfant chez chaque parent (Cyr, 2008) ce qui banalise en fait la complexité du phénomène de la garde parentale (Cyr, 2008; Côté, 2006). En effet, grâce à des modifications récentes de la psychologie et de la psychanalyse, le regard porté sur le rôle du père s'est transformé et l'accent est désormais porté sur l'importance du maintien des liens entre le père et l'enfant après une séparation (Cyr, 2008). Or si la garde partagée est garante d'un temps de présence de l'enfant, elle n'est ni un prédicteur de l'adaptation de l'enfant, de son développement, de la qualité de son lien avec chaque parent, ni de la cohérence de la garde partagée avec les pratiques parentales antérieures ou futures.

Le contrôle social qui s'exerçait autrefois à travers des normativités religieuses et communautaires s'exerce maintenant à travers des normativités socio-juridiques et professionnelles et celles-ci font désormais la promotion du modèle de la garde physique partagée (Commaille 2006).. Par le biais de lois ou de jurisprudence, le droit devient le système de référence obligé des comportements parentaux, la « ressource » commune en matière de représentations et de valeurs. Il se voit attribuer une fonction symbolique : celle d'indiquer ce que le monde devrait être : asexué et fondé sur l'idéologie libérale de l'égalité⁵. La garde physique partagée se convertit ainsi en

⁵ De plus en plus d'acteurs participent ouvertement à la construction des réformes législatives (Parkinson, 2011 ; Dekeuwer-Défossez, 2011 ; Commaille et Duran, 2009) : les mouvements sociaux et les secteurs professionnels se sont ajoutés aux acteurs institutionnels, politiques et juridiques traditionnels. Par le biais

modèle d'équité parentale, plus attrayant que les *droits de visite*, devenus choquants sur les plans émotif et symbolique. S'opère ici la confusion entre les désirs d'équité et la réalité sociale. Selon cet idéal, les deux parents devraient s'impliquer de la même manière auprès de l'enfant après la séparation. Pour y arriver, il faut alors concéder au parent le moins actif (la plupart du temps, le père) un statut parental et décisionnel formel, sans égard aux conséquences sur le parent principal pourvoyeur de soins ou à l'efficacité d'une telle mesure (Canada, 1993). Il faut en plus lui concéder la présence continue et paritaire de l'enfant à son domicile.

La contradiction entre la fluidité des rapports conjugaux et l'indissolubilité des rôles parentaux (Commaille 2006) se reflète dans les réformes législatives en France et en Belgique: on reconnaît aux individus le droit de se séparer librement mais on impose ou on suggère fortement la continuation du lien parental (Parkinson 2011). Cette nouvelle norme est aussi imposée, quoique de façon différente, dans les trois juridictions étudiées. Certes, ces normes combinées de symétrie parentale et d'axe parental indissoluble incluent certaines revendications du mouvement féministe, mais favorisent par la même occasion l'invisibilisation (Boyd, 1989) et la complexification du travail maternel ainsi que, dans plusieurs cas, de nouvelles formes de subordination et d'appropriation de ce travail. Et ceci pourrait favoriser, comme le souligne Parkinson (2011) une reprise de la guerre des sexes plutôt qu'un nouvel équilibre des droits.

de lois ou de jurisprudence, le droit devient le système de référence obligé des comportements parentaux, la « ressource » commune en matière de représentations et de valeurs.

Références

- BASTARD, Benoît (2005), *Controverses autour de la coparentalité*. Sciences Humaines no 156.
- BELGIQUE, CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS (1995), *Loi du 13 avril 1995 sur l'autorité parentale conjointe*.
- BELGIQUE, CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS (2006), *Loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant*. Service public fédéral justice.
- BELGIQUE, SÉNAT (2007), *Demande d'explications de Mme Clotilde Nyssens à la vice-première ministre et ministre de la justice sur « l'application de la loi du 18 juillet 2006... »*, Annales 3-200 du jeudi 25 janvier, séance de l'après-midi.
- BELGIQUE, STATISTICS BELGIUM (2011), *Mariages, divorces et cohabitation légale*. Direction générale Statistique et Information économique.
- BERGER, Maurice (2009), « La résidence alternée pour les enfants de moins de 3 ans : une pièce sombre », *Spirale*, no. 49, pp. 43-56.
- BERGER, Maurice (2008), « On n'est pas près d'en finir », *Santé mentale au Québec* vol. 33, no 1, printemps, pp. 191-195.
- BESSIÈRE Céline, GOLLAC Sibylle *et al.* (2011), *Au tribunal des couples. Les situations professionnelles d'hommes et de femmes au prisme des procédures judiciaires*. Rapport de recherche pour la Mission de recherche Droit et Justice, Paris.
- BOURDIEU, Pierre, (1982), « Les rites comme actes d'institution », *Actes de la recherche en sciences sociales* 43 (1) : 58-63.
- BOYD, Susan B. (1989), « Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work », *Queen's Quarterly*, vol. 96, n° 4, p. 834.
- BRISSET, Claire, DOLTO, Catherine et POUSSIN, Gérard (2010), *Pour ou contre la garde alternée ?* Paris, Éditions Mordicus.
- BRUNET, Florence, KERTUDO, Pauline et MALSAN, Sylvie (2008), *Étude sociologique sur la résidence en alternance des enfants de parents séparés*. FORS Recherche sociale, Dossier d'étude, no 109.
- CADOLLE, Sylvie (2008), « La résidence alternée : ce qu'on disent les mères », *Informations sociales* 149, pp. 68-81.
- CADOLLE, Sylvie (2009), « Les points de vue différenciés des pères et des mères sur la résidence alternée », *Spirale* 49, pp. 57-77.
- CANADA, COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS (1999), *Pour l'amour des enfants*, Ottawa, Parlement du Canada.
- CANADA, COUR SUPRÊME DU CANADA (1993), *Young c. Young*, Jugement minoritaire de la juge Claire l'Heureux-Dubé, 21 octobre.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE (2000), *Réforme du divorce et exercice conjoint de l'autorité parentale. La perspective du droit civil québécois*. Document de référence préparé présenté par Dominique Goubau, Ottawa, éditeur officiel.
- CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, (1999), *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire: Résultats tirés de l'enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, Rapport de recherche de l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants, Ottawa.

- CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, (2004), *Quand les parents se séparent : nouveaux résultats de l'enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*. Rapport de recherche préparé par Heather Juby, Nicole Marcil-Gratton et Céline le Bourdais. Ottawa.
- CARDIA-VONÈCHE Laura et BASTARD Benoît, 2005, *Vers un nouvel encadrement de la parentalité ? L'intervention sociale face aux ruptures familiales*, Informations sociales 122, pp. 110-121.
- CASMAN, Marie-Thérèse, CÉSAR, Angèle, WAXWEILER, Charline, MEZABI, Dounia CHAOUI, (2010), *Évaluation l'instauration de l'hébergement égalitaire dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation*, Liège, Université de Liège.
- COMMAILLE, Jacques et DURAN, Patrice (2009), « Pour une sociologie politique du droit », *L'année sociologique* 59 (1) : 11-28.
- COMMAILLE, Jacques (2006), « L'économie socio-politique des liens familiaux », *Dialogue* 174 (4) : 95-105
- COMMAILLE, Jacques (1986), « D'une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales », *Sociologie et sociétés* 18 (1) : 113-128.
- CÔTÉ, Denyse (2012), « *Mais je voulais que ça cesse!* » : récits de mères sur la garde partagée et la violence post-séparation, *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 25, no.1.
- CÔTÉ, Denyse (2006), *D'une pratique contre-culturelle à l'idéal-type : la garde partagée comme phénomène social*, *Revue québécoise de psychologie* 27(1), pp. 15-43.
- CÔTÉ, Denyse (2004), *La garde partagée des enfants : nouvelles solidarités parentales ou renouveau patriarcal ?* *Nouvelles questions féministes* 23(3), 2004, pp. 80-95.
- CÔTÉ, Denyse (2000), *La garde partagée, l'équité en question*, Montréal, Remue-ménage.
- CYR, Francine (2008), *Débat sur la garde partagée : vers une position plus nuancée dans le meilleur intérêt de l'enfant*, *Santé mentale au Québec*, 33 (1) printemps, pp. 235-251.
- CYR, Francine (2006), *La recherche peut-elle éclairer nos pratiques et aider à mettre un terme à la polémique concernant la garde partagée ?* *Revue québécoise de psychologie* 27(1), pp. 79-114.
- DE SCHEEMAER, Christine (2009), *Garde partagée : égalité parentale et intérêts de l'enfant enfin rencontrés ?* Liège, Edipro.
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise (2011), *Le droit de la famille en quête de sens*, *Projet* 322, pp. 33-40.
- DESROSIERS, Hélène et SIMARD, Micha (2010), *Diversité et mouvance familiale durant la petite enfance*. Volume 4, Fascicule 4. Institut de la statistique Québec, Québec.
- DOCUMENTATION FRANÇAISE (sans date), *La France : 50 ans d'évolutions*, dossier, Site internet <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/france-50-ans-transformations/index.shtml>.
- FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE (2009), *Proposition de loi visant à privilégier la résidence alternée pour l'enfant dont les parents sont séparés*. No. 1531, Documents parlementaires, Paris.

- FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE (2002), *Loi No 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale*, NOR : JUSX0104902, Paris, Journal officiel de la République française.
- FRANCE, INSEE, (2011), *Estimations de population et statistiques de l'état civil*.
- FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE (rédaction Laure Chaussebourg et Dominique Baux) (2007a), *L'exercice de l'autorité parentale après le divorce ou la séparation des parents non mariés*, Paris.
- FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE (rédaction Caroline Moreau, Brigitte Munoz-Perez et Évelyne Serverin) (2004), « La résidence en alternance des enfants de parents séparés », *Études et Statistiques Justice no 23*, Paris.
- FRANCE, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOLIDARITÉS (2007b), *Décret No 2007-550 du 13 avril 2007, relatif aux modalités de calcul et de partage des allocations familiales en cas de résidence alternée des enfants au domicile de chacun des parents et modifiant le code de la sécurité sociale*, NOR : SANS0721467D, J.O. no 88 du 14 avril 2007, Site Legifrance.gouv.fr.
- GAGNON, Michel (2006), « Les mythes de la garde partagée », *Revue québécoise de psychologie*, 27(1), pp. 47-78.
- GAGNON, Michel (2006), « Présentation », numéro thématique sur la garde partagée, *Revue québécoise de psychologie*, 27(1), pp. 3-7.
- GAUTHIER, Yvon (2008), « Les enfants sont-ils les cobayes de la présomption du Tribunal en faveur de la garde partagée? », *Santé mentale au Québec*, 33 (1) printemps, pp. 203-208.
- GERMÉ, Pascal et RICHET-MASTAIN, Lucile (2006), *Reconnaître son enfant : une démarche de plus en plus fréquente et de plus en plus souvent anticipée*. INSEE Première, no 1105.
- GOUBAU, Dominique (2003), « La garde partagée : vogue passagère ou tendance lourde ? », dans Benoît Moore (dir), *Mélanges Jean Pineau*, éditions Thémis, pp. 107-131.
- HILTENBRANDT Jean-Paul et AMIEL, Gérard (2010). « Interview sur le droit de la famille avec Monsieur le professeur Pierre Murat », *La revue lacanienne*, vol. 3, no.8, pp. 49-62.
- JOYAL, Renée (2003), « Garde partagée de l'enfant – Constat et réflexions à la lumière de recherches récentes », *Cahiers du Droit* 44 (2), pp. 267-280.
- JOYAL, Renée (2004), « L'attribution de la garde des enfants après le divorce ou la séparation des parents : perceptions d'avocates et d'avocats en droit de la famille », *Revue du Barreau*, tome 64, automne, pp. 445-456.
- JUSTON, Marc (2010), « Réflexions d'un juge aux affaires familiales ; ruptures, séparations, comment ne pas perdre les liens », *Connexions* 1(93), pp. 89-96.
- KERIM, Maamer (2007), *Loi sur l'hébergement : partage, espoir ou miroir ?* Banc Public no 156.
- KESTEMAN, Nadia (2007), *La résidence alternée : bref état des lieux des connaissances sociojuridiques*, Recherches et Prévisions 89, pp. 80-86.
- LE ROY, Inès (2006), « La garde partagée...une présomption jurisprudentielle? », *Revue québécoise de psychologie*, 27(1), pp 33-46.

- LEROY, Antoine (2006), *Une nouvelle référence : l'hébergement égalitaire*, Site internet : droitbelge.be
- LIMET, Olivier (2009), *Parents séparés : contraints à l'accord ? Une analyse à partir de la loi de 2006 sur l'hébergement égalitaire : contexte, discours et pratiques du judiciaire face à la non-représentation d'enfants*, Liège, Edipro.
- MARQUET, Jacques (2008), *La famille à l'épreuve de la rupture conjugale*, Les cahiers du CEPESS, Bruxelles, pp. 8-44.
- MARTIAL, Agnès (2011), « Choisir ses héritiers : recompositions familiales et successions patrimoniales en France et au Québec », *Anthropologie et sociétés*, vol. 33, no. 1, pp. 193-209.
- MILLAR, Paul (2009), *The Best Interests of Children*, Toronto, University of Toronto Press.
- NEYRAND, Gérald (2005), « La résidence alternée, réponse à la reconfiguration de l'ordre familial : un débat », *Recherches familiales*, vol. 1, no 2, pp.83-99.
- NEYRAND, Gérard (2010), *La résidence alternée, une pratique en cours de légitimation*, *Études*, no 4134, pp. 331-341.
- ORGANISATION DES NATIONS UNIES (1989), *Convention internationale des droits de l'enfant*.
- PARKINSON, P. (2011), *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge Cambridge University Press.
- PHÉLIP, Jacqueline (2006), *Le livre noir de la garde alternée*, Paris, Dunod.
- PIWNICA, Dominique (2003), « La résidence alternée à l'épreuve du conflit parental », Paris, *Documents Avocats Publishing*, jeudi 16 octobre.
- POUSSIN, Gérard (2008), « La résidence alternée : de loin la principale menace au bien-être des enfants de parents divorcés », *Santé mentale au Québec*, 33 (1) printemps, pp. 229-233
- QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DES AÎNÉS, (2011), *Un portrait statistique des familles au Québec*, Québec, éditeur officiel.
- QUÉBEC, INSTITUT DE LA STATISTIQUE DE QUÉBEC, (2010), *Bilan démographique du Québec*, Québec, éditeur officiel.
- QUÉBEC, MINISTÈRE DE L'EMPLOI, DE LA SOLIDARITÉ SOCIALE ET DE LA FAMILLE (2002), (rédigé par Renée Joyal, Évelyne Laperrière-Adamcyk, Céline Le Bourdais et Nicole Marcil-Gratton), *Le rôle des tribunaux dans la prise en charge des enfants après la séparation ou le divorce*, Gouvernement du Québec, éditeur officiel.
- ROUYER, Véronique (2008), « Coparentalité : un mythe pour quelles réalités », *Empan* 4 (72), pp.99-105.
- ROY, Nicole (2001), « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant: deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », *Revue du Barreau*, tome 61, printemps, pp. 53-183.

- TÉTRAULT, Michel (2009), *La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution*, Montréal, Éditions Yvon Blais.
- TÉTRAULT, Michel (2006), *La garde partagée et les tribunaux : une option ou la solution*, Montréal, Yvon Blais.
- TÉTRAULT, Michel (2004), *La garde partagée : de la légende urbaine à la réalité*. Texte du Congrès du Barreau du Québec tenu à Québec du 3 au 5 juin. www.barreau.qc.ca/congres/2004/textes.html.
- TÉTRAULT, Michel (2000), *La garde partagée, l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le recours autonome de l'enfant*, Scarborough, Carswell.
- TÉTRAULT, Michel (1999). «La garde partagée: la contrainte par corps existe-t-elle encore?» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit familial*, n° 126, p. 83-204.
- THÉRY, Irène (1993), *Le démariage*, Paris, Odile Jacob.
- WYNANTS B., WILLEMAN N., GUISLAIN C. et MARQUET J. (2009), *Comment favoriser le recours à la médiation familiale dans les conflits familiaux ?* Rapport de recherche. Université catholique de Louvain, CIRFASE, Louvain.
- YANICK, Jacquet (2003), *La résidence alternée expliquée par les avocats*, publié le jeudi 16 octobre 2003, Documents Avocats Publishing, Paris, 2003.