

La justice familiale au Québec : de la politique provinciale aux régulations fédérales

Projet de recherche présenté au programme Savoir du CRSH – octobre 2011

1- Objectifs

Ce projet entend examiner la justice familiale québécoise en tant que révélatrice et partie-prenante de la manière dont la province se situe et perçoit sa position au sein du Canada. Il se donne pour objectifs d'estimer ce degré d'idiosyncrasie, en matière de politique et de pratique judiciaires, et d'en déterminer les ressorts, politiques, juridiques et sociaux. En d'autres termes, il prend **la justice familiale comme un analyseur des relations fédérales-provinciales.** Plus précisément, ce secteur présente deux caractéristiques, qui confèrent sa pertinence aux fins proposées :

1- Tout en relevant d'un pouvoir régalien traditionnel, la justice familiale n'en est pas moins fortement reliée aux politiques sociales pour lesquelles les provinces disposent de marges de manœuvre importantes. Y résonnent en particulier les paradigmes contemporains en faveur de l'égalité hommes-femmes et de l'investissement dans l'enfance (Saint-Martin 2002; Jenson 2004). Dès lors, l'objectif de cette recherche est de **compléter les travaux qui ont étayé le caractère original de l'État-providence québécois et d'évaluer si le droit et l'institution judiciaire confirment, ou au contraire atténuent, cette originalité.** Si les spécificités du code civil québécois sont reconnues depuis la création de la fédération, la régulation jurisprudentielle, assurée par la Cour Suprême du Canada, constitue un mécanisme d'harmonisation entre provinces, au demeurant contesté par certains acteurs québécois.

2- **L'administration de la justice fait l'objet de régulations complexes, tant en raison de la répartition des compétences entre provincial et fédéral que de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juges.** Du point de vue du droit, on sait que la législation du divorce est fédérale, tandis que le régime des pensions alimentaires et le partage des biens relèvent du palier provincial. Du point de vue des juges de la Cour Supérieure, si leur nomination par le ministre canadien de la Justice pose la question de leur proximité au politique, leur formation, leurs carrières, leur rémunération et leur déontologie échappent au contrôle administratif, relevant du Parlement et surtout d'organismes nationaux, sous l'égide de la juge en chef de la Cour Suprême. Au quotidien, le travail de la Cour demeure dépendant de conditions matérielles déterminées par le ministère québécois de la Justice. En conséquent, **la double dynamique, politico-administrative et judiciaire, du fédéralisme est au cœur de ce projet.**

Pour prendre en compte ces caractéristiques, notre étude repose sur trois hypothèses :

1- La période ouverte par l'enchâssement de la Charte des droits et des libertés dans la Constitution, en 1982, est caractérisée par un processus de judiciarisation de l'action publique (Manfredi 2001; Morton 2001 ; Murphy et al. 2005), particulièrement affirmé en matière linguistique et plus largement dans les politiques visant les minorités (Cardinal 2005 notamment). On associe en général ce processus à un renforcement de l'échelon fédéral, la Cour suprême devenant un acteur politique majeur (Woehrling 2005; Halberstam 2008). De ce fait, **nous faisons l'hypothèse de la convergence des politiques et des pratiques judiciaires** et nous entendons observer la manière dont la justice familiale québécoise évolue au sein de cette dynamique.

2- Pour analyser ce phénomène, il faut étudier précisément les relations entre le gouvernement ministériel de la justice et celui exercé par les Cours. Si l'on observe un pouvoir accru de la magistrature, les décisions de la Cour Suprême sont loin de s'imposer unilatéralement aux gouvernements et aux législateurs (Hogg et Bushell 1997). En d'autres termes, la gouvernance multi-niveaux prend des modalités différentes selon que l'on se situe du côté politique (fédéralisme) ou judiciaire (hiérarchie des

normes et des tribunaux). **Il n’y a donc pas nécessairement congruence – dans le sens d’une centralisation croissante – entre la régulation politique et la régulation judiciaire, qui plus est dans une période où est proclamée la volonté politique d’un fédéralisme asymétrique** (Croisat 1999; Cardinal 2008).

3- Parce que la justice familiale se situe au carrefour des prérogatives régaliennes et de l’État social, **les connaissances qui orientent l’action publique sont hybrides**. Si le droit est le savoir premier de l’activité judiciaire, la nature familiale du contentieux, ainsi que les pressions managériales à la maîtrise des coûts, se combinent pour légitimer le recours à une expertise psychologique, sociodémographique mais aussi gestionnaire. Il s’agira d’étudier les usages croisés de ces savoirs dans le gouvernement de la justice.

2- Contexte

- **Positionnement au regard de la littérature**

La littérature a bien mis au jour les traits sociologiques, politiques et juridiques qui distinguent le Québec des autres provinces. La part des couples non-mariés, et conséquemment des enfants nés hors mariage (63% des naissances d’après ISQ 2010) est la caractéristique la plus marquante. S’agissant des couples mariés, on observe un taux de divorce supérieur à la moyenne canadienne (Statistique Canada 2005; ISQ 2009). Finalement, on estime que les désunions impliquent une fois sur deux des enfants (Duchesne 2006) et sont jusqu’à deux fois plus fréquentes chez les conjoints de fait que chez les couples mariés (Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk 2008). Du point de vue de l’action publique, on a montré que l’État-Providence québécois s’écarte, depuis la Révolution tranquille (Baillargeon 1996), du modèle résiduel présent ailleurs en Amérique du Nord (Esping-Andersen et Palier 2008) pour se rapprocher des régimes présents en Europe continentale (Jenson et Thompson 1999; Bernard et Saint Arnaud, 2004). Cette situation s’explique notamment par un trait original du fédéralisme canadien : au regard des autres pays fédérés occidentaux, le Canada est celui où les prérogatives propres à l’échelon fédéral sont les moins nombreuses mais où les compétences partagées sont les plus développées (Thorlakson 2003). Du côté du droit de la famille, on connaît le magistère accordé au parlement fédéral par l’acte de l’Amérique du Nord (1867) en dépit de la reconnaissance du code civil du Bas-Canada, aboutissant à la tardive reconnaissance du divorce dans la province (1968). Au cours des deux dernières décennies toutefois, les initiatives législatives provinciales ont contribué à préciser ou à amender les dispositions issues de la loi fédérale sur le divorce de 1985. Aujourd’hui, le Québec est connu pour son soutien public à la médiation familiale ainsi que pour l’exercice, le plus souvent partagé, de l’autorité parentale. La judiciarisation des divorces, en revanche, y demeure plus importante que dans le Canada anglais et la garde partagée est moins fréquemment ordonnée (Millar 2009). Et contrairement au reste de l’Amérique du Nord, les ex-conjoints de fait n’y ont pas encore la possibilité de réclamer une pension alimentaire pour eux-mêmes ni de partager le patrimoine familial.

Ces constats justifient l’intérêt des politologues pour la politique judiciaire. Déjà ancien (Imbeau et Lachapelle 1994), le **constat du manque de travaux sur l’organisation judiciaire des provinces** ne semble toutefois guère avoir été démenti depuis. Les études relevant du fédéralisme comparé et des relations provincial-fédéral font une large place aux politiques sociales (Banting 1987; Boismenu, Graefe, Jenson 2003) et aux mécanismes de redistribution fiscale (Day et Brodsky 2007; Stevenson 2004). Dès lors, c’est bien à un dialogue avec les travaux sur les politiques sociales qu’invite notre objet. En effet, en ce qu’ils contribuent au traitement institutionnel des transitions familiales, les juges peuvent être considérés comme des parties prenantes de la politique familiale. Et de même que l’État-providence promeut ses propres idées sur la société, la famille et les femmes (Wilson 1977), la justice familiale est

portée par des représentations de la citoyenneté. La loi instituant un nouveau Code civil et portant sur la réforme du droit de la famille, entrée en vigueur en 1981, consacre par exemple le primat du « meilleur intérêt de l'enfant », quelques années avant la gestation des programmes d'« investissement dans l'enfance ». Cette coïncidence justifie que l'on étudie l'articulation entre politique familiale et politique judiciaire. Le positionnement des *law & politics studies* (Shapiro 1993 ; Whittington, Keleman et Caldeira 2008) ne permet pas de satisfaire complètement cette attente. Dans le contexte canadien, la Cour Suprême demeure la principale institution étudiée (Ostberg et Wetstein 2007), davantage vers les tribunaux de première instance. Ces recherches documentent bien les processus de nomination des juges (Hausegger et al. 2010 notamment) et leurs prises de décision (Songer, Szmer et Johnson 2011 notamment) mais nous disent encore peu de choses de leur travail face aux justiciables.

- **Inscription du projet dans notre programme de recherche**

Notre programme actuel de recherche vise quant à lui à articuler les différents ordres de juridiction. **Il a d'abord pris la forme d'un examen qualitatif et quantitatif du traitement judiciaire des séparations conjugales au Québec et en France.** Au moment où se termine la collecte des données de cette première étape, cette coopération franco-québécoise s'oriente vers l'étude des circulations des instruments de la justice familiale entre les deux territoires. Conscient du caractère heuristique des variations d'échelle en sociologie du droit (Vigour 2009), le projet présenté ici propose de situer la justice familiale québécoise dans le cadre canadien. En d'autres termes, **aux côtés de l'échelle locale du palais de justice et de l'échelle internationale de la comparaison franco-québécoise, il nous semble essentiel d'intégrer le fédéralisme à notre approche.** Un programme plus global, prolongation possible de ce projet, entreprendrait une comparaison des politiques judiciaires entre les provinces canadiennes, de manière à tester, de manière exhaustive, l'hypothèse de la convergence. À ce stade, **nous nous limiterons au cas québécois, tout en prêtant attention à la manière dont Québec et Ottawa opèrent des comparaisons entre les provinces.**

- **Contribution anticipée de la recherche à l'avancement des connaissances**

Pour opérationnaliser notre questionnement, nous avons décidé de centrer notre approche de la justice familiale sur **trois instruments qui sont à l'agenda de la politique judiciaire depuis les années 1990.** Outre leur actualité politique et judiciaire, **ces dispositifs sont heuristiques car ils présentent des configurations variées du rapport provincial-fédéral.**

1 - **les lignes directrices et le système de perception des pensions alimentaires pour enfants,** élaborées au niveau fédéral en 1985 (modifiées en 2006) et donnant lieu à un modèle québécois depuis 1997 (loi de 1996 modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile). Ce dispositif apparaît typique des arrangements résultant de l'exercice de compétences partagées entre les deux paliers de gouvernement, récemment contesté devant la Cour Supérieure (Droit de la famille 111526, 2011 QCCS 2662). Sa nature financière s'inscrit dans la montée en puissance des régulations parajuridiques (Mockle 2002) et nous donnera l'occasion d'en déterminer l'importance.

2- **les dispositifs d'encadrement et de promotion de la médiation familiale.** Contrairement aux régulations relatives aux pensions alimentaires, on s'intéresse ici à un instrument faisant l'objet de circulations entre territoires (souvenons-nous de ses origines californiennes) mais qui s'est institutionnalisé à l'échelle des provinces au cours des années 1990 (loi québécoise de 1997 instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale). Significative de la tendance à la déjudiciarisation des séparations (Goundry, Peters et Currie 1998 ; Paetsch, Lorne et Hornick 2001; Noreau et Amor 2004; Conseil de la famille et l'enfance 2003), la médiation fait l'objet de nombreuses

comparaisons entre les provinces, produites tant au niveau fédéral (Condition féminine Canada 1998) que provincial (Justice Québec 2008).

3- les pensions alimentaires entre ex-conjoints de fait. Fortement ancrés dans l'actualité (au moment de l'écriture de ce projet, la Cour suprême, saisie par le procureur général du Québec, doit prochainement entendre de l'affaire « Lola contre Éric »), les débats liés à la possible introduction de ce dispositif dans le code civil renseigneront sur les représentations changeantes des liens conjugaux dans une société marquée par la fréquence de la cohabitation hors mariage.

Nous étudierons donc la genèse, la mise en œuvre et la transformation de ces dispositifs en insistant sur les représentations des rapports sociaux de sexe et de génération dont ils sont porteurs. Plus précisément, **notre apport à l'avancement des connaissances se situe à la fois du côté des institutions (1) et du côté des savoirs de gouvernement (2).**

1- Pour étudier l'articulation entre régulation politique (par les ministères et parlements) et régulation judiciaire (par les Cours) de la justice familiale, il apparaît essentiel de **comparer les modes de fonctionnement respectifs et les relations entre les institutions chargées de la coordination entre les différents échelons gouvernementaux et judiciaires.** Ce premier chantier enrichira la compréhension des dynamiques contemporaines du fédéralisme canadien, tout en contribuant aux analyses de la judiciarisation de l'action publique.

2- Plusieurs chercheurs soulignent la place des cadres cognitifs et des savoirs dans la légitimation de l'action publique et dans la construction de ses instruments (Lascoumes et Le Galès 2004; Hood et Margetts 2007 notamment). À notre tour, nous considérerons que l'appréhension technique et savante de la position québécoise constitue un ressort des relations fédérales-provinciales. Le **deuxième chantier s'intéressera donc aux mobilisations de connaissances par les acteurs en charge des dispositifs étudiés.** Il examinera les relations entre les acteurs publics (politiques, administratifs et judiciaires) et les groupes (universitaires, militants, avocats) contribuant à la production de ces connaissances. Connaissant la place de la quantification dans les politiques publiques (Desrosières 2008), particulièrement dans les contextes fédéraux (Alonso et Starr 1987) et dans les réformes de la justice (Vauchez 2007), on portera une attention particulière aux données chiffrées, tant du côté de la mesure de l'activité judiciaire (logique gestionnaire amplifiée par l'ère néolibérale) que du côté de la quantification des transformations de la société québécoise. Nous contribuerons ainsi à la **meilleure connaissance du processus d'apprentissage social** (Hall 1993) **dans le domaine judiciaire, tout en documentant les rôles respectifs des différents acteurs engagés dans la construction de l'action publique.**

- **Cadre théorique**

Ce projet s'inscrit dans le mouvement de recherche qui **approche les phénomènes juridiques au travers des concepts et des méthodes des sciences sociales** (*Law & Society*). Plus précisément, il s'intègre à l'ensemble des recherches qui interrogent la place du droit et de la justice dans l'action publique (Commaille et Duran 2009, Noreau 2000). Il étudie cette contribution dans un cadre politique fédéral (décrit par Orban et alii 1991). Sur le terrain politique, les « voies multiples » expérimentées depuis les années 1990 (Tully 1994) auraient rendu « flexible » (Joanis 2010) ce mode de gouvernement. Pour estimer la justesse de cette analyse sur le terrain judiciaire, nous élargirons nos références aux travaux qui analysent les logiques d'import / export entre systèmes juridiques et entre modèles de politiques publiques. Au sein du répertoire de concepts offerts par les sciences sociales (Dumoulin et Saurruger 2010), **nous croiserons les apports du néo-institutionnalisme sociologique, centrés sur les conditions et les modalités de l'isomorphisme organisationnel** (di Maggio et Powell 1983), **à ceux du néo-institutionnalisme historique, qui permettent de penser le maintien de trajectoires provinciales de politiques publiques** (Pierson et Skocpol, 2002 pour une synthèse). Des éléments de diagnostic, tels

que le risque de paupérisation des familles monoparentales, et à travers lui de féminisation de la pauvreté (Amato et Booth 1991 ; Martin 1997 ; Amato et DeBoer 2001 ; Wagner et Weiß 2006), sont désormais partagés, non seulement au sein du territoire canadien mais même entre Europe et Amérique du Nord. Dans cet ensemble de pays, les dispositifs qui régulent les liens familiaux se rapprochent eux aussi : la montée en puissance des droits du parent non gardien et le développement de la garde partagée au nom de la coparentalité, l'institutionnalisation de conjugalités hors mariage (union civile au Québec) et la reconnaissance des couples homosexuels (Cour suprême du Canada, Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698) comptent parmi les principales tendances. Le souci d'« humaniser » les procédures judiciaires et l'expérimentation d'autres formes de résolution des conflits transforment également le traitement public des séparations conjugales. Dès lors, cette recherche canadienne ne peut ignorer la thèse actuellement dominante relative à la globalisation du droit (Shapiro 1993; de Sousa Santos 2004). Celle-ci tend à amoindrir la dichotomie historique entre les pays relevant de la common law et ceux régis par le droit civil (Mattei et Pes 2008), sous l'égide d'un nouveau constitutionnalisme, qui renforce le pouvoir judiciaire (Hirschl 2004). Mais ces auteurs montrent également que **ces convergences internationales s'accompagnent de dynamiques de régionalisation. L'étude du cas québécois, dans le contexte canadien, prêtant attention aux coordinations verticales sans négliger les ajustements horizontaux, en est d'autant plus justifiée.**

3- Méthodologie

- **Stratégie de recherche**

Notre stratégie de recherche découle des deux niveaux d'analyse (institutions et savoirs) que nous entendons privilégier.

1- **On comparera les modalités de travail et d'action de trois types d'institutions :**

- les instances politico-administratives de coordination verticale (sous l'égide du ministère canadien de la Justice, notamment la conférence pour l'harmonisation des lois au Canada)
- les institutions de coordination relevant du pouvoir judiciaire (Institut national de la magistrature, Conseil Canadien de la magistrature et Cour Suprême).
- les instances politico-administratives de coordination horizontale (intergouvernementalité)

2- Enfin, pour étudier les usages des connaissances, nous nous intéresserons aux **rapports, études et recherches commandées par les services en charge des trois dispositifs**, en particulier les ministères de la Justice et les Cours (supérieure et suprême). **Nous nous intéresserons également aux dispositifs institutionnels de circulation de connaissances, tels que la formation des juges.**

- **Instruments et procédures**

Ce projet combine un travail documentaire (1) centré sur les productions des institutions et des « experts » qu'elles sollicitent et des entrevues avec ces acteurs-clés (2).

1- **Centrée sur l'activité des ministères et des Cours** (ainsi que, dans une moindre mesure, des comités consultatifs et des parlements), **la première approche consistera en une revue systématique de leurs écrits** (des rapports officiels aux documents destinés au grand public) dans les champs de cette étude. À titre d'exemple, la section de la famille, des enfants et des adolescents du Ministère de la Justice du Canada produit régulièrement des rapports sur la pension alimentaire pour enfants. Tous mobilisent fortement des études quantitatives et certains ont explicitement une teneur comparative (Comité Fédéral-Provincial-Territorial 2002), si bien qu'ils pourront être utiles à l'ensemble des chantiers couverts par cette recherche. À travers eux :

- nous repérerons les acteurs mobilisés dans la formulation des problèmes et l'élaboration des solutions et de cernerons les alliances, compromis, luttes de pouvoir qui structurent leurs relations;
- nous identifierons les registres argumentatifs et les modes de légitimation qui se cristallisent dans les phases de construction et d'évaluation des dispositifs;
- nous comparerons les productions des différentes institutions étudiées afin de mettre au jour leur place dans les processus d'apprentissage et de réforme.

Formellement, nous construirons une base de données de ces écrits qui permettra de repérer la chronologie des activités d'expertise, les propriétés professionnelles et disciplinaires des experts et des commanditaires et les usages de leurs travaux (au moyen d'une recension des citations).

2- La réalisation d'entrevues avec les principaux acteurs de la justice familiale complètera cette exploitation de sources écrites. Nous les interrogerons en effet sur :

- leur contribution à la production des connaissances et leurs usages de cette dernière;
- les ressorts de leur investissement dans les causes étudiées (pensions et médiation);
- leur position et leurs trajectoires au sein de leur institution d'appartenance.

Les acteurs ciblés pour ces entretiens (au nombre d'une trentaine) sont les suivants :

- analystes et responsables des services ministériels concernées;
- membres de la magistrature, en particulier : juges en chef associés; juges responsables du contentieux familial (ou ayant eu à connaître des causes importantes); juges chargés de la formation.
- producteurs d'études sur la famille et la justice familiale : universitaires, groupes militants (féministes, défenseurs des enfants, groupes de pères), organismes consultatifs, barreaux (avocats familialistes).
- responsables politiques : ministres de la justice; parlementaires provinciaux et fédéraux spécialisés sur les questions judiciaires ou familiales.

La complémentarité entre ces chantiers et méthodes repose sur l'élaboration d'une chronologie de recherche qui permette leur fécondation réciproque.

Activités	Année 1			
Chantier <i>Institutions</i> : détermination des institutions étudiées et négociation des entrevues (+ approbation du comité d'éthique)				
Chantier <i>Savoirs</i> : revue systématique des documents produits par les institutions sur les 3 dispositifs				
	Année 2			
Chantier <i>Institutions</i> : entrevues avec les acteurs en charge des dispositifs				
Chantier <i>Savoirs</i> : entrevues avec les acteurs impliqués dans l'expertise sur la justice familiale; dépouillement et codage des études et rapports.				
	Année 3			
Construction d'outils permettant l'analyse croisée des données.				
Analyse des données et élaboration des résultats.				