

COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE : TRANSSEXUALITÉ ET DROIT DE GARDE

Johanne CLOUET

Volume 117, Number 2, 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043490ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043490ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

CLOUET, J. (2015). COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE : TRANSSEXUALITÉ ET DROIT DE GARDE. *Revue du notariat*, 117(2), 217–227. <https://doi.org/10.7202/1043490ar>

COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE : TRANSSEXUALITÉ ET DROIT DE GARDE

Johanne CLOUET*

Introduction	219
1. Les faits	221
1.1 <i>Droit de la famille – 133870</i>	221
1.2 <i>Droit de la famille – 151902</i>	222
2. Les jugements	223
3. Commentaire	224
Conclusion	226

* Docteure en droit, chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

INTRODUCTION

Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, la société québécoise a connu d'importants changements sociaux qui ont transformé les valeurs et bouleversé l'ordre juridique établi. Pensons, entre autres, à l'adoption, en 1964, de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*¹ qui abrogeait la notion de « puissance maritale » fondée sur l'obéissance que la femme devait à son mari. Près de 20 ans plus tard, la réforme de 1980 modernisait le droit de la famille québécois en prévoyant notamment l'égalité entre les époux² et entre les enfants, et ce, quelles que soient les circonstances de la naissance de ces derniers³. En juin 1999, la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*⁴ étendait la notion de « conjoint de fait », employée dans diverses lois à caractère social ou fiscal, à l'ensemble des conjoints de fait, indépendamment de leur orientation sexuelle⁵. De même, la réforme du Code civil de juin 2002, consacrée par la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*⁶, en plus de permettre l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et deux personnes du même sexe, aménageait un nouveau régime d'état civil quasi similaire au mariage. Enfin, le législateur du Québec adoptait en décembre 2013 la *Loi modifiant le Code civil en matière d'état civil, de successions et de publicité des droits*⁷. Cette loi modifie entre autres l'article 71 du *Code civil du Québec* de manière à ce que la personne dont l'identité sexuelle ne correspond pas à la mention du sexe figurant à son acte de naissance puisse en obtenir la modification sans devoir subir au

1. S.Q. 1964, c. 66.

2. Art. 441 C.c.Q. (1980) [art. 392, al. 1. C.c.Q.].

3. Art. 594 C.c.Q. (1980) [art. 522 C.c.Q.]. Auparavant, le législateur établissait différentes catégories d'enfants et modulait leurs droits en fonction des circonstances de leur naissance, les enfants naturels (nés hors mariage) héritant d'un statut juridique beaucoup moins enviable que les enfants nés de parents mariés (enfants légitimes). Sur le statut juridique de l'enfant naturel, voir Jean PINEAU, « La situation juridique des enfants nés hors mariage », (1973) 8 *R.J.T.* 209 et Jean-Louis BAUDOIN, « Examen critique de la situation juridique de l'enfant naturel », (1966) 12 *R.D. McGill* 157.

4. L.Q. 1999, c.14.

5. On retrouve l'équivalent au fédéral dans la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12.

6. L.Q. 2002, c. 6.

7. L.Q. 2013, c. 27.

préalable des traitements médicaux et des interventions chirurgicales pour changer de sexe⁸.

Ces derniers changements législatifs participent du droit à l'égalité des personnes trans⁹ prévu respectivement aux articles 10 et 15 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰ et de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹.

En matière familiale, ce droit à l'égalité se conjugue avec le principe de l'intérêt de l'enfant. En effet, le juge appelé à rendre une décision qui concerne l'enfant doit statuer en fonction du seul intérêt de l'enfant visé par la procédure judiciaire et indépendamment de l'identité sexuelle (personne trans ou non) des parties. Ainsi, dans les litiges portant sur la garde des enfants à la suite d'une rupture conjugale, un parent ne pourrait se voir retirer ou interdire la garde de son enfant mineur pour le seul motif qu'il ou elle est transgenre ou transsexuel(le).

Bien que ces scénarios soient rares, la Cour supérieure du Québec a récemment eu à statuer sur la garde d'un enfant mineur dont l'un des deux parents était trans. Il s'agit des décisions *Droit de la famille – 133870*¹² et *Droit de la famille – 151902*¹³, respectivement rendues en 2013 et en 2015 par les juges Jocelyn Geoffroy et Pierre Nollet.

-
8. La modification est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2015 en vertu de l'article 2 du *Règlement modifiant le Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, (2015) 147 G.O. II, 3238. Le premier alinéa de l'article 71 C.c.Q., avant sa modification, se lisait comme suit : « La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms. » [Nous soulignons]
 9. Un auteur définit la personne trans comme étant celle « qui ne s'identifie pas à la catégorie de sexe à laquelle elle a été rattachée à la naissance » : Jean-Sébastien SAUVÉ, « Les oublié-e-s du régime de catégorisation du sexe aux fins de l'état civil : regard sur la situation juridique des personnes intersexes et trans* », dans Vincent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 165.
 10. RLRQ, c. C-12.
 11. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.
 12. 2013 QCCS 6825.
 13. 2015 QCCS 3615.

1. LES FAITS

1.1 *Droit de la famille – 133870*

Dans l'affaire *Droit de la famille – 133870*, le tribunal est saisi d'une requête en modification de garde et de droits d'accès.

Au moment de la rupture (2006), la garde exclusive de l'enfant a été confiée à la mère sur la base d'une expertise psychosociale. Le père s'était, quant à lui, vu accorder des droits d'accès. Les parties en réclament maintenant toutes deux la garde exclusive.

En 2010, la mère entreprend un processus de transformation physique dans le but de devenir un homme. Elle se décrit aujourd'hui comme un transsexuel.

Depuis la rupture, les parties entretiennent entre elles une relation hautement conflictuelle. Elles se dénigrent mutuellement et se disputent sans cesse.

Considérant que l'enfant « est prisonnier d'une dynamique relationnelle conflictuelle entre ses parents et en est arrivé à développer un conflit de loyauté afin de ne pas déplaire à l'un et l'autre de ses parents »¹⁴, l'expert Abel Edmond, psychologue spécialiste de l'identité sexuelle et de la transsexualité, recommande la mise en place de la garde partagée tout en soulignant l'urgence que les parties mettent fin à leurs conflits¹⁵.

Le conflit de loyauté est également souligné par la travailleuse sociale Stéphanie Morin. Même son de cloche chez la psycho-éducatrice Cloé Gingras qui, au surplus, souligne que l'enfant présente des troubles de comportement sévères (comportements d'opposition, d'agressivité, attitude de retrait et faible tolérance à la frustration).

Contrairement à l'expert Edmond, le psychologue Pierre Barrette est d'avis qu'une modalité de garde partagée aurait pour effet d'accroître les tensions entre les parents. Soulignant que les trou-

14. *Droit de la famille – 133870*, par. 8.

15. Cette seconde évaluation psychosociale a été réalisée en 2011 à la suite d'une ordonnance du juge Jacques Viens de la Cour supérieure : *Droit de la famille – 133870*, par. 6.

16. *Droit de la famille – 151902*, par. 108.

bles de comportement de l'enfant sont survenus dans un contexte de garde exclusive en faveur du demandeur (mère trans, désormais monsieur V... (D...) C...), pour qui l'enfant joue le rôle inapproprié de partenaire de vie, de confident et de vulgarisateur, il recommande que la garde exclusive soit confiée au défendeur (père), avec droits d'accès élargis en faveur du parent non gardien.

1.2 Droit de la famille – 151902

Dans l'affaire *Droit de la famille – 151902*, les parents réclament tous deux la garde exclusive de leur enfant âgée de 9 ans.

Au moment de la rupture en août 2008, la garde de l'enfant a été partagée entre les parties. Puisque la demanderesse (père qui a procédé à une transition d'identité sexuelle) prévoyait déménager dans une région éloignée du Québec afin de compléter sa résidence en médecine, les parties conviennent par la suite de confier la garde de l'enfant à la défenderesse. L'entente prévoit également la reprise progressive de la garde partagée dès la fin de la résidence de la demanderesse.

Pour des raisons qui ne sont pas mentionnées au jugement, la demanderesse ne se rendra finalement jamais en région éloignée pour faire sa résidence. Malgré cela, la défenderesse refuse de donner suite à l'entente de garde partagée antérieurement convenue, d'où le dépôt d'une première requête de la demanderesse réclamant la garde partagée de l'enfant. Cette requête est suivie de diverses ordonnances intérimaires et d'une seconde entente entre les parties, intervenue en 2011, qui confie la garde exclusive de l'enfant à la défenderesse, la demanderesse se voyant pour sa part accorder des droits d'accès toutes les fins de semaine. Des modifications seront ensuite apportées à cette entente dès juin 2012 afin, d'une part, d'instaurer une garde partagée de l'enfant pendant la période estivale et, d'autre part, de fixer les droits d'accès de la demanderesse à trois fins de semaine sur quatre.

En février 2013, la défenderesse informe la demanderesse de son déménagement prochain. En mai 2013, la demanderesse informe à son tour la défenderesse de son intention de déménager près de la future résidence de la défenderesse et dépose, le même mois, une requête demandant la garde exclusive de l'enfant ou, subsidiairement, la garde partagée. À l'été de la même année, les parties conviennent d'une expertise psychosociale. Le rapport de l'expert

Paule Lamontagne est déposé en janvier 2014. À la lumière des observations effectuées au cours des mois de novembre et décembre 2013, l'expert recommande le maintien des modalités de garde convenues par les parties en juin 2012 afin de « cristalliser les acquis de l'enfant »¹⁶ qui a dû, jusqu'à présent, faire face à de nombreux changements dans sa vie. L'expert précise toutefois que ces modalités de garde pourraient faire l'objet de modifications après deux ou trois ans de stabilité de l'enfant.

2. LES JUGEMENTS

Selon les critères établis par la Cour d'appel du Québec, la garde partagée d'un enfant n'est envisageable que si les facteurs nécessaires à sa réussite sont réunis, soit : 1) des capacités parentales comparables ; 2) une communication fonctionnelle et une absence de conflits significatifs entre les parents ; 3) une proximité géographique entre leurs résidences respectives et 4) la stabilité de l'enfant¹⁷.

Procédant à l'analyse de chacun de ces critères à la lumière des faits mis en preuve, le juge Geoffroy, dans l'affaire *Droit de la famille – 133870*, estime que la garde partagée ne peut être envisagée en raison de la dynamique relationnelle conflictuelle entre les parties¹⁸. Cela étant, il devait déterminer si l'intérêt de l'enfant serait mieux servi par une garde exclusive en faveur du défendeur ou du demandeur.

Après avoir reconnu que les deux parents ont des capacités parentales équivalentes, le juge Geoffroy confie la garde exclusive de l'enfant au défendeur pendant l'année scolaire. Le demandeur, pour sa part, se voit accorder des droits d'accès élargis. La garde sera toutefois partagée entre les deux parents pendant la période estivale.

À l'inverse, l'analyse des critères de réussite de la garde partagée dans l'affaire *Droit de la famille – 151902* amène le juge Nollet à conclure que cette modalité de garde est non seulement possible,

17. On peut notamment consulter les arrêts suivants : *Droit de la famille – 3123*, J.E. 98-2091 ; T.L. c. L.A.P., [2002] R.J.Q. 2627 ; T.P.G. c. D.M., [2004] R.D.F. 272 ; G.G. c. J.P., 2005 QCCA 210 ; *Droit de la famille – 072386*, [2007] R.D.F. 655 ; *Droit de la famille – 082022*, [2008] R.D.F. 567 ; V.F. c. C.F., 2009 QCCA 1268 ; D. (P.) c. F. (W.), *sub nom.*, *Droit de la famille – 102622*, EYB 2010-180289.

18. Le juge ne se prononce pas explicitement en ces termes. Nous déduisons cette conclusion de ses propos énoncés aux paragraphes 9 et 12 de la décision.

mais qu'elle est celle qui est la mieux à même d'assurer le meilleur intérêt de l'enfant concerné et de préserver l'importance du rôle de la demanderesse dans sa vie. En effet, le juge Nollet est d'avis que le comportement de la défenderesse laisse croire qu'elle n'a pas accepté le changement d'identité de la demanderesse et qu'elle n'a aucunement l'intention de préserver les liens entre cette dernière et l'enfant.

3. COMMENTAIRE

Précisons d'entrée de jeu que nous sommes parfaitement consciente que les décisions à l'étude présentent des différences significatives qui ne nous permettent pas de les comparer, ne serait-ce qu'à seule fin de discuter de l'arbitraire dont pourrait être marquée l'une d'elles.

Dans l'affaire *Droit de la famille – 151902*, le juge Nollet discute longuement des comportements de la défenderesse, soulignant notamment que celle-ci « refuse systématiquement d'apparaître publiquement en compagnie de la demanderesse. Elle refuse même que la demanderesse vienne conduire l'enfant chez elle après les accès »¹⁹. En d'autres termes, la défenderesse évite tout contact avec la demanderesse, prétextant que l'enfant n'est pas à l'aise avec la situation. Si, dans cette affaire, le juge est sensible aux incidences que peut avoir la transition identitaire de la demanderesse sur l'enfant et la défenderesse, il déplore néanmoins le manque d'ouverture dont fait preuve cette dernière – de même que son nouveau conjoint – face à la nouvelle identité sexuelle de la demanderesse.

Nous ignorons les raisons pouvant expliquer ce comportement chez la défenderesse et son conjoint. S'il est hasardeux de conclure que le peu de respect et le manque d'ouverture dont ils font preuve à l'égard de la demanderesse procèdent de leurs préconceptions négatives et de leur intolérance face à la diversité, nous ne pouvons néanmoins faire complètement abstraction de cette possibilité. Dans l'éventualité où cette hypothèse s'avérerait fondée, l'objectivité du juge Nollet dans cette affaire, qui semble avoir adopté une attitude ou un état d'esprit tout à fait ouvert et désintéressé face au résultat en évaluant au fond la demande des parties, est rassurante.

19. *Droit de la famille – 151902*, préc., note 13, par. 69.

Peut-on toutefois prétendre à la même conception égalitaire et dénuée de préjugés du juge Geoffroy dans l'affaire *Droit de la famille – 133870* ?

Dans cette affaire, deux experts se sont prononcés sur la modalité de garde qui devrait être accordée par le tribunal, l'un suggérant la garde partagée (Edmond) et l'autre, la garde exclusive au défendeur (Barrette). Or, après avoir reconnu expressément les capacités parentales des deux parents, le juge Geoffroy appuie sa décision sur les seuls propos tenus par l'expert Barrette, qu'il reprend comme suit :

L'expert Barrette note que lorsque X séjourne chez monsieur H..., il évolue au sein d'un réseau social plus ouvert. Il côtoie la fille de la conjointe de son père, Y, qui parle de lui comme de son frère. Il passe du temps à jouer à l'extérieur de la maison et est en contact avec des personnes faisant partie du réseau social de son père et sa conjointe. Ce modèle familial plus traditionnel suscite moins de pression chez X que lorsqu'il est chez D... où il passe plus de temps à jouer avec des jeux vidéos [sic].²⁰

Selon nous, ce positionnement est discutable, et ce, à différents égards.

D'abord, nous nous sommes étonnée de constater que le juge Geoffroy met de côté l'opinion de l'expert Edmond – qui, est-il important de le rappeler, est un psychologue spécialiste de l'identité sexuelle et de la transsexualité – sans justifier son choix. En effet, bien que le juge ne soit pas lié par la preuve d'expertise, il doit néanmoins, selon la Cour d'appel, indiquer les raisons qui justifient de s'en écarter²¹.

Nous nous sommes ensuite demandé pourquoi le juge Geoffroy, afin de justifier sa décision, reprend la référence au modèle

20. *Droit de la famille – 133870*, préc., note 12, par. 13 (nous soulignons). Notons que la formulation de ce passage ne permet pas d'identifier avec exactitude l'auteur des propos relatifs au modèle familial « plus traditionnel ». Ces propos sont-ils ceux de l'expert Barrette – que le juge ne ferait que reprendre – ou ceux du juge lui-même ? Nous nous sommes enquis de cette question auprès des procureures des parties demanderesse et défenderesse, mais aucune d'elles n'a donné suite à notre demande. Cela étant, nous considérerons, aux fins de cet article, que ces propos sont ceux de l'expert Barrette et qu'ils sont cautionnés par le juge Geoffroy dans la mesure où il les reprend pour fonder sa décision sans les remettre en question.

21. *D.L. c. L.D.*, 2006 QCCA 1259 ; *J.M.R. c. S.M.*, [2006] R.D.F. 27 (C.A.).

familial « plus traditionnel » faite par l'expert Barrette pour qualifier le milieu de vie du défendeur.

Nous convenons que le modèle familial offert par le défendeur correspond au modèle le plus communément admis de la famille, soit celui composé d'un homme, d'une femme et des enfants qui en sont issus. Nous admettons également l'effet bénéfique que peuvent avoir la nouvelle conjointe du défendeur et la fille de cette dernière sur l'enfant. Or, nous nous expliquons plus difficilement l'aval que donne le juge Geoffroy à l'opinion de l'expert Barrette suivant lequel ce milieu de vie serait plus sain pour l'enfant²², alors qu'il ne semble disposer, à la lumière du jugement, que de très peu d'informations sur le milieu de vie du demandeur. En effet, lorsque l'expert discute du milieu offert par le demandeur, il ne se réfère qu'au temps que passe l'enfant à jouer à des jeux vidéo. Si l'enfant passe *plus* de temps à jouer avec des jeux vidéo quand il est avec le demandeur, il n'y passe néanmoins pas *tout* son temps. Comment occupe-t-il alors le reste de ses journées ? Joue-t-il dehors avec des amis ? A-t-il des activités stimulantes physiquement et intellectuellement ? Passe-t-il du temps de qualité avec le demandeur et son entourage ?

Le juge Geoffroy a-t-il eu accès, lors de l'audition, à des informations qui, bien que non mentionnées au jugement, lui ont permis de répondre à ces questions et de conclure, par le fait même, que l'intérêt de X était d'être confié au demandeur ?

Dans l'affirmative, nous sommes d'avis que la décision aurait dû en faire état. Cela aurait permis, d'une part, d'avoir une image plus complète de la situation et, d'autre part, d'écarter tout soupçon de préjugé favorable, de la part du juge Geoffroy, envers la famille traditionnelle que le droit n'autorise pas.

CONCLUSION

Alors que les contours de certaines normes paraissent plus clairement circonscrits et, par le fait même, plus facilement identifiables, il en va autrement du concept d'« intérêt de l'enfant », dont le niveau d'indétermination laisse au juge-interprète une importante marge de manœuvre. Profitant de l'imprécision du critère de l'intérêt de l'enfant, le juge en détermine le sens suivant, notamment, ses

22. *Droit de la famille* – 133870, préc., note 12, par. 15.

valeurs, ses idéologies et ses traits caractéristiques dominants qui sont socialement orientés.

Il est intéressant de souligner que dans le cadre de nos études doctorales, nous avons procédé à l'analyse de décisions judiciaires rendues en matière de garde d'enfant à la suite d'une rupture conjugale dans lesquelles la garde partagée et la garde exclusive étaient des solutions envisageables. Notre objectif était de vérifier si le genre et l'âge du juge sont des marqueurs identitaires pouvant avoir une incidence sur le sens qu'il donne au concept d'« intérêt de l'enfant » et, partant, sur les décisions qu'il rend dans le contexte d'un conflit portant sur la garde. Parmi les décisions retenues pour analyse, l'une a été rendue par le juge Geoffroy, soit la décision *Droit de la famille – 082732*²³. Dans cette affaire, le juge Geoffroy accorde la garde partagée des enfants aux deux parents en soulignant « qu'il en va du meilleur intérêt des enfants qu'ils puissent être le plus possible en présence de leurs deux parents »²⁴. À notre avis, cette décision traduit les valeurs et les idéologies qui caractérisent les membres du groupe générationnel auquel appartient le juge Geoffroy, soit la génération X, qui ont été les premiers à remettre en question le modèle parental traditionnel.

Pourquoi avoir adopté, dans la décision ici commentée²⁵, une position qui favorise expressément la famille « plus traditionnelle » ? La transsexualité du demandeur serait-elle en cause ? Nous l'ignorons. Mais si tel était le cas, cela pourrait démontrer la fragilité de nos convictions et la difficile gestion des préjugés et des préconceptions qui nous habitent tous.

23. 2008 QCCS 5064.

24. *Id.*, par. 11.

25. *Droit de la famille – 133870*, préc., note 12.