

uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTOCTORALES



u Ottawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTY OF GRADUATE AND POSDOCTORAL STUDIES

Luce Bourassa

AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

LL.D.

GRADE / DEGREE

Faculté de droit

FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

Les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde

TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

Alain-François Bisson

DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

EXAMINATEURS (EXAMINATRICES) DE LA THÈSE / THESIS EXAMINERS

Denyse Côté

Dominique Goubau

Rachel Grondin

Denis Vincelette

Gary W. Slater

Le Doyen de la Faculté des études supérieures et postdoctorales / Dean of the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies

LES MODALITÉS D'ÉCOUTE DE LA PAROLE DE L'ENFANT EN MATIÈRE DE GARDE

par

Luce Bourassa

Thèse déposée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa
en vue de l'obtention du
doctorat en droit (LL.D.)

Université d'Ottawa
août 2006

©Luce Bourassa, 2006

Library and Archives Canada

Published Heritage Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et Archives Canada

Direction du Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence
ISBN: 978-0-494-25858-3
Our file Notre référence
ISBN: 978-0-494-25858-3

NOTICE:
The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:
L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

Canada

RÉSUMÉ

Les récents développements législatifs ayant trait aux droits de l'enfant font en sorte que le libre développement de l'enfant apparaît désormais réalité. La *Convention relative aux droits de l'enfant* lui reconnaît, depuis 1989, le statut de sujet de droit mais aussi son droit à être entendu en fonction de son âge et son degré de maturité, principe également reconnu à l'article 34 du *Code civil du Québec*.

En matière de garde toutefois, malgré l'adoption des nombreuses dispositions législatives relatives à l'écoute de la parole de l'enfant lors de la désunion des parents, nous constatons que peu d'enfants se prévalent véritablement de leur droit à être entendu devant les tribunaux. En droit civil québécois, l'article 34 du *Code civil du Québec* constitue une règle souple, l'écoute de l'enfant étant directement reliée à son âge et à son discernement. Une telle souplesse paraît nécessaire à cause de la nature du sujet traité. Par contre, cette souplesse entraîne inévitablement son lot de difficultés et, à cet égard, nous déplorons les nombreuses lacunes qui résultent de son application.

Tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law, une pluralité de modalités d'écoute de la parole de l'enfant sont mises à la disposition de l'enfant ou encore de toute personne appelée à le représenter dans le respect de ses droits.

REMERCIEMENTS

La réalisation de cette thèse n'aurait pu être possible sans le soutien de mon directeur de recherche, le professeur Alain-François Bisson, que je remercie profondément et avec toute ma gratitude pour son dévouement, ses relectures assidues, sa rigueur et son amour de la langue française.

Je veux également remercier tous les professeurs, collègues de droit, parents et ami(e)s qui, par leurs commentaires constructifs, leurs encouragements et soutien ont contribué à l'accomplissement de cette thèse et sans lesquels cette thèse n'aurait pu voir le jour.

Je tiens à remercier les membres de ma famille, mes parents, qui m'ont transmis leur curiosité de la vie et leur soif de connaissances pour lesquelles je leur serai toujours reconnaissante. Ils ont tous fait preuve d'une confiance indéfectible à mon endroit tout au cours de l'élaboration de ce projet.

Enfin, j'aimerais dédier cette thèse à Benjamin, Audrey et Océane de même qu'à tous les enfants, qu'ils évoluent au sein d'une union stable ou encore qu'ils soient appelés à composer avec la désunion de leurs parents. Le droit de l'enfant d'être entendu devrait prévaloir en tout temps et il est à espérer que, grâce à ce droit, les enfants d'aujourd'hui deviendront des adultes plus épanouis et, peut-être, aussi plus respectueux des droits d'autrui. C'est le souhait que je leur fais, c'est aussi par cette thèse mon humble contribution à leur meilleur développement.

Nous constatons toutefois que les procureurs, magistrats, médiateurs et parents sont laissés seuls à eux-mêmes au moment de l'application de telles modalités et que sans un encadrement adéquat, sans d'indications précises relativement à la mise en oeuvre du droit de l'enfant à être entendu, ce droit risque de se révéler inefficace et faire en sorte que l'enfant soit laissé pour compte à un moment aussi crucial de sa jeune existence. Pour ces motifs, cette thèse a pour objectif de démontrer qu'un droit reconnu soit, l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde, risque de se réduire telle une peau de chagrin si aucune action n'est entreprise afin de remédier aux difficultés soulevées.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....1

Titre premier: Le droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux.....31

Chapitre premier: Le droit de l'enfant à être entendu sur la scène nationale.....31

Section I: Les droits spécifiques de l'enfant.....32

Sous-section A: L'enfant, une personne à part entière.....33

1) L'enfant, "sujet de droit".....34
a) La vision autonomiste des droits de l'enfant.....34
b) La vision protectionniste des droits de l'enfant.....36
2) Certaines précisions d'ordre juridique.....37

Sous-section B: L'enfant et son autonomie juridique.....41

1) La convergence des concepts d'autonomie et de protection.....42
2) L'acquisition progressive de l'autonomie juridique du mineur.....43

Sous-section C: L'enfant et l'autorité de ses parents.....44

1) La puissance paternelle.....44
2) L'autorité parentale.....46
a) Les droits et les devoirs des parents.....47
b) L'exercice conjoint de l'autorité parentale.....48
3) Le contrôle de l'exercice de l'autorité parentale par l'État.....50
a) Le rôle de l'État.....51
b) La nouvelle trilogie familiale.....54

Section II: L'enfant, sa garde et son intérêt.....57

Sous-section A: L'enfant et sa garde.....58

1) La garde, terminologie et concept.....58
a) La garde en droit civil québécois.....60
b) La garde dans les provinces canadiennes de common law.....63
2) Le concept de garde, une question d'interprétation.....65
a) Les enseignements de la Cour suprême du Canada.....66
b) Des opinions divergentes.....68

Sous-section B: L'enfant et son intérêt.....70

1) Les origines du concept de l'intérêt de l'enfant.....70
2) L'intérêt de l'enfant et son désir.....76

Section III: L'importance de l'écoute de la parole de l'enfant.....77

Sous-section A: Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant.....79

1) Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant.....83
a) Les études répertoriées.....83
b) Les études fréquemment citées.....86
c) Les émotions ressenties par l'enfant.....92
2) La place de l'enfant au moment de la désunion des parents.....94
a)Les études américaines.....95
b)Les études canadiennes.....98
c) Les études québécoises.....100

Sous-section B: La parole de l'enfant et son développement....103

1) Les stades de développement de l'enfant....104
2) Les besoins et la perception de l'enfant face à la désunion....109
3) L'enfant et la rupture, l'impact à plus long terme....113

Chapitre deuxième: Le droit de l'enfant à être entendu sur la scène internationale....116

Section I: Les Déclarations relatives aux droits de l'enfant....117

Sous-section A : Les Déclarations de Genève....117

1) La *Déclaration de Genève* de 1924....118
2) La *Déclaration de Genève* de 1948....119

Sous-section B: La *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959....120

1) Son contenu et ses liens avec la *Déclaration des droits de l'homme* de 1948....120
2) La reconnaissance des droits de l'enfant....121

Section II: La *Convention relative aux droits de l'enfant*....122

Sous-section A: La Convention et ses principales composantes....123

1) Un rappel historique....123
2) Les traits juridiques généraux de la Convention....125

Sous-section B: La place accordée à l'enfant....126

1) L'écoute de la parole de l'enfant et l'article 12 de la Convention....126
2) Les modalités d'application de la Convention....127

Sous-section C: La tension entre les libertés individuelles et la famille....128

1) L'érosion de l'autorité morale des parents....129
2) À la recherche d'un certain équilibre....130

Section III: La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* et l'enlèvement international d'enfants.....132

Sous-section A: La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980*..... 133

1) La Convention et ses mécanismes de protection.....134
2) L'écoute de la parole de l'enfant et les modes de défense invoqués.....135

Sous-section B: La *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants du Québec*.....136

1) Les traits juridiques généraux de la Convention.....137
2) L'enfant, son écoute et la défense d'intégration.....138

Titre deuxième: Les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux du Québec et des provinces canadiennes de common law 142

Chapitre premier: La prise en compte de la parole de l'enfant: une approche directe....148

Section I: L'enfant partie au litige judiciaire de ses parents.....149

Sous-section A: La règle *audi alteram partem*.....149

Sous-section B: Le bref d'*habeas corpus*.....153

1) La reconnaissance de la parole de l'enfant en matière d'*habeas corpus*.....155
2) L'écoute de la parole de l'enfant et le bref d'*habeas corpus*.....159

Sous-section C: La participation de l'enfant au litige judiciaire de ses parents.....161

1) L'exercice autonome du recours judiciaire du mineur (art. 159 C.c.Q.).....162
2) La nomination d'un tuteur *ad hoc* (art. 394.2 C.p.c.).....167

Section II: L'enfant et le tribunal.....169

Sous-section A: L'enfant témoin, un témoignage libre de toute contrainte.....171

1) Les principes de droit.....172
2) Le syndrome d'aliénation parentale.....176

Sous-section B: L'écoute de la parole de l'enfant: une question d'âge et de discernement.....181

1) Le témoignage de l'enfant: une question d'âge.....182
2) Le témoignage de l'enfant: une question de discernement.....183

Sous-section C: Les règles de preuve et de procédure civile en matière de témoignage.....185

1) Le témoignage de l'enfant: un rappel historique.....186
2) Le témoignage de l'enfant et son serment.....188
3) Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant.....190

Sous-section D: Les souhaits de l'enfant et son interrogatoire.....193

1) L'enfant et ses souhaits.....196
2) L'enfant et son interrogatoire.....200
3) Un langage différent, une compréhension différente.....202

Sous-section E: Le juge et l'enfant.....206

1) La rencontre individuelle entre le juge et l'enfant.....207
2) Une rencontre à la recherche d'un meilleur encadrement.....212

Chapitre deuxième: La prise en compte indirecte de la parole de l'enfant.....217

Section I: La représentation de l'enfant par un avocat.....220

Sous-section A: La représentation par un avocat, le contexte historique.....228

1) Les premiers balbutiements.....229
2) La reconnaissance formelle d'un droit.....230

Sous-section B: La représentation de l'enfant par un avocat: une question de mandat.....235

1) Les règles relatives au mandat.....236
2) La capacité du mineur de mandater son procureur et la Cour d'appel du Québec.....238
3) Les modes de représentation de l'enfant par un avocat.....244
a) En droit civil québécois.....245
i) Le tuteur *ad hoc*.....246
ii) Le tuteur à l'instance ou le gardien *ad litem*.....248
iii) L'*amicus curiae*.....251
iv) Le procureur de l'enfant.....252
b) Dans les provinces canadiennes de common law.....254
i) L'*amicus curiae*.....255
ii) Le gardien *ad litem*.....256
iii) Le procureur de l'enfant.....260
c) Sur la scène internationale.....261
i) Aux États-Unis d'Amérique.....262
ii) En Angleterre, en Australie et en France.....267
iii) En Afrique du Sud.....274

Sous-section C: La représentation de l'enfant par un avocat: le bien-fondé d'une telle représentation et le mandat de l'enfant immature: analyse et discussion.....277

1) Le bien-fondé de la représentation de l'enfant par un avocat.....278
2) Le rôle du procureur de l'enfant immature.....288

Section II: L'expertise psychosociale.....294

Sous-section A: Le contexte historique.....295

1) Le service d'expertise psychosociale.....296
2) L'importance de l'expertise psychosociale.....299
3) La connaissance judiciaire des faits sociaux, les tribunaux et le rôle des experts.....304

Sous-section B: L'expert et l'enfant.....310

1) L'expertise psychosociale.....311
2) Les différents types d'expertise.....313
a) L'expertise psychosociale et la déontologie.....314
b) La contre-expertise.....315

Section III: La médiation familiale 319

Sous-section A: La médiation familiale, vers un nouveau mode de résolution des conflits.....320
1) Le contexte historique 321
2) La médiation familiale, une définition.....323
Sous-section B: L'enfant et la médiation familiale.....324

Chapitre troisième: L'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde, une règle de droit floue à applications multi-directionnelles à la recherche d'un meilleur encadrement 328

Section I: Une règle de droit reconnue à applications multi-directionnelles.....329

Sous-section A: L'écoute de la parole de l'enfant, l'incertitude engendrée par la pluralité des modalités d'écoute.....329

Sous-section B: L'écoute de la parole de l'enfant et la mouvance du droit.....331

Sous-section C: L'écoute de l'enfant, une règle de droit paradoxale.....336

Section II: Une règle de droit floue à la recherche d'un meilleur encadrement.....341

Sous-section A: L'impact de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*.....343

1) L'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en droit interne.....344
2) L'impact de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec* 347

Sous-section B: De la concertation à la participation.....354

Sous-section C: Une nouvelle dynamique familiale.....359

CONCLUSION.....362
1) Des modifications à la *Loi sur le divorce de 1985*.....368
2) Un meilleur encadrement du témoignage de l'enfant.....369
3) Porter une attention particulière à l'interrogatoire de l'enfant.....372
4) Favoriser la nomination du procureur de l'enfant.....373
5) Limiter le nombre d'expertises psychosociales.....374
6) Encourager et favoriser la formation de procureurs de l'enfant.....375

7) Favoriser la participation des parents et des enfants aux modes alternatifs de résolution des conflits.....377
8) La création d'un bureau du procureur de la famille.....377

BIBLIOGRAPHIE.....385

INTRODUCTION

> "Si l'on considérait le libre développement de l'individualité comme l'un des principes essentiels du bien-être, si on le voyait non pas comme un accessoire coordonné à tout ce qu'on désigne par civilisation, instruction, éducation, culture, mais comme un élément et une condition nécessaires de toutes ces choses, il n'y aurait pas de danger que la liberté fût sous-estimée, et il n'y aurait pas de difficulté extraordinaire à tracer la frontière entre elle et le contrôle social."[1]

Le souhait formulé, il y a quelques siècles de voir tout individu et, plus particulièrement, tout enfant, libre de se développer de la meilleure façon qui soit nous semble toujours d'actualité à l'aube du troisième millénaire. Le philosophe anglais John Stuart Mill considérait que le bonheur humain, composé d'éléments multiples dont l'individualité et l'autonomie, n'était possible qu'en laissant à chacun un maximum de liberté et que cette liberté pouvait permettre à tout individu de réaliser son potentiel[2]. À ce titre, Mill considérait que les facultés humaines de la perception, du jugement, du discernement, de l'activité mentale, et même de la préférence morale, ne pouvaient s'exercer que par

---

[1]John Stuart MILL (traduit de l'anglais par Laurence Lenglet à partir de la traduction de Dupond White, préface de Pierre Bouretz), *De la liberté John Stuart Mill*, Paris, Gallimard, collection Folio/essais, n° 142,1990, p.147 dont le manifeste *De la liberté* de John Stuart Mill (1806-1873), rédigé en faveur de la liberté individuelle, parut en 1859.

[2]Catherine AUDARD, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme. L'utilitarisme victorien John Stuart Mill, Henri Sidgwick et G.E. Moore (1838-1903)*, vol. II, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p.128. À la page 9 de son ouvrage, l'auteure précise que "John Stuart Mill domine la philosophie anglaise du XIXe siècle comme il domine le mouvement utilitariste, tant par l'étendue d'un génie qui passe sans effort des sciences pures à l'économie politique et à l'éthique, sans compter les débats politiques et les campagnes électorales, que par la complexité et la richesse d'une pensée qui n'est jamais systématique, à la différence des autres grands esprits de son temps (...). Mill est un penseur de transition, cherchant, comme tous ses contemporains, une synthèse impossible entre les idéaux individualistes et abstraits des Lumières, en particulier sur le plan de la méthode de la science, et une conscience historique aiguë qui interdit les généralisations hâtives. Sa doctrine se veut celle de l'expérience, mais d'une expérience qui ne réussit guère à être comprise à l'aide d'un principe unique, que ce soit le principe d'utilité, le principe inductif ou le principe de liberté."

la possibilité de faire des choix[3]. Les principes proposés par le philosophe Stuart Mill soit, les éléments d'individualité et d'autonomie, composantes du bonheur humain, la liberté de tout individu de réaliser son potentiel ainsi que la possibilité pour celui-ci de faire des choix, nous semblent favorisés en ce début de XXI[e] siècle par les nouvelles dispositions législatives reliées à l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux.

En fait, grâce à l'adoption de nouvelles dispositions législatives reliées à l'écoute de la parole de l'enfant, de nombreux États et législateurs favoriseront désormais le libre développement, l'autonomie ainsi que le plein épanouissement du jeune adulte en devenir. Ces nouvelles dispositions permettront à l'enfant de s'épanouir, de se développer, de faire des choix dans la mesure de ses capacités et de trouver sa véritable place au sein d'une société en mutation.

En effet, l'enfant de ce nouveau millénaire sera confronté à l'émergence de la nouvelle réalité sociale et familiale que représente la désunion des parents. La fragilisation de la cellule conjugale[4] constituera un phénomène social dont les chercheurs constateront non seulement l'ampleur[5] mais aussi

---

[3] *Id.*, p.122.

[4] Nicolas ROUSSEAU et Anne QUÉNIART, "Les pères face au système de justice: l'influence des facteurs juridiques sur le niveau d'engagement paternel à la suite d'un divorce", (2004) 21 *Rev. Can. D. Fam.* 179, 180.

[5] Selon les dernières données publiées par Statistique Canada, 36% des mariages célébrés au Canada se seraient terminés par un divorce au cours de l'année 2000, les données statistiques démontrent toutefois une légère diminution du nombre de divorces au pays au cours des années 1990. Selon Statistique Canada, le nombre de divorces aurait diminué considérablement puisqu'il était de 71 528 en 1996 alors qu'il était de 70 292 en 2000. Pour obtenir plus de précisions, consulter le site internet de "Statistique Canada" à l'adresse ci-après: http://www.stat.can/français/Pgdb/famil02_f.htm.

l'impact sur l'enfant[6]. Au Canada, depuis la mise en vigueur de la loi fédérale sur le divorce de 1985, le nombre de divorces aura connu une augmentation fulgurante[7] entraînant une croissance exponentielle du nombre d'enfants touchés par la désunion de leurs parents[8].

---

[6]Maureen BAKER (dir.), *Families: Changing Trends in Canada*, 3e éd., Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1996, p. 216. ÉQUIPE SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, *Statistiques choisies sur les familles canadiennes et le droit de la famille: deuxième édition*, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, CSR-1999-2F. Les résultats de cette étude peuvent être consultés sur le site internet du "ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc.ca/fr/ps/sup/pub/rap/SelStats.pdf. Voir *infra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section A: Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant, p.79.

[7]Jean-Pierre SENÉCAL et les autres auteurs de l'ouvrage *Droit de la famille québécois*, Farnham, Éditions CCH Canadien limitée (feuilles mobiles) observent à la page 2 758 que "[l]e nombre de demandes en divorce a triplé au Canada après la mise en vigueur de la nouvelle *Loi sur le divorce* le 1er juin 1986. Entre le 1er juin et le 15 août 1986, on enregistra près de 49 000 actions en divorce dans l'ensemble du pays comparativement à 17 000 pour la même période en 1985".

[8]Au Canada, au cours de l'année 1995, plus de 50 000 enfants auraient vécu la rupture de leurs parents, consulter Rhonda FREEMAN, "Parenting After Divorce: Using Research to Inform Decision-Making About Children", (1998) 15 *Rev. Can. D. Fam.* 79,81, alors qu'aux États-Unis, au cours des années 1990 à 2000, ce nombre d'enfants serait d'environ 15 millions, voir Raymond J. TAYLOR,"Then and Now: A Follow-up Study of Professionals Perceptions of Parenting After Divorce Classes", (2004) 41(3-4) *Journal of Divorce & Remarriage*, p.135; ajoutons qu'un enfant sur deux ferait désormais l'expérience du divorce de ses parents avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans, voir Heather WESTBERG, Thorana S. NELSON et Kathleen W. PIERCY, "Disclosure of Divorce Plans to Children: What The Children Have to Say", (2002) 24(4) *Contemporary Family Therapy*, p. 525, F.F. FURSTENBERG, "Divorce and the American family", (1990) 16 *Annual Review of Sociology*, p. 379 et que selon les auteurs de l'ouvrage du CONSEIL CANADIEN DE DÉVELOPPEMENT SOCIAL, "[l]e nombre d'enfants de moins de 12 ans dont les parents sont séparés ou divorcés a triplé dans les derniers 20 ans" dans *Le progrès des enfants au Canada*, Ottawa, 1998, à la page 4; à ce propos, voir E. Mavis HETHERINGTON, Margaret STANLEY-HAGAN et Edward R. ANDERSON, "Marital Transitions. A Child's Perspective", (1989) 44(2) *American Psychologist*, p. 303 où les auteurs soutiennent que "(...) it is estimated that between 40% and 50% of the children born in the late 1970s and early 1980s will experience their parents' divorce and will spend an average of five years in a single-parent home before their custodial parents' remarriage. (Glick & Lin, 1986)." voir également Nicole MARCIL-GRATTON et Céline LE BOURDAIS, *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire: Résultats tirés de l'enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes*, présentée à l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, CSR-1999-3F. Ce document peut être consulté sur le site internet du "ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après:http://www.canada.justice.gc.ca /fr/ps/sup/pub/anlsc.pdf.

Cette situation vécue par l'enfant nous interpellera de façon particulière et, malgré les progrès considérables réalisés en matière de reconnaissance des droits de l'enfant au cours des dernières décennies, nous nous interrogerons sur l'écoute de la parole de l'enfant devant le tribunal au moment de la désunion de ses parents. Tel sera notre sujet d'étude. Pour ce motif, nos recherches porteront sur l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law ainsi que sur la pluralité de ces modalités d'écoute devant ces tribunaux. Nos recherches nous permetront de mettre en lumière certaines difficultés d'application de ces modalités d'écoute lors de leur mise en oeuvre et de nous interroger sur les façons de mieux assurer la prise en compte de la parole de l'enfant dans les démarches judiciaires relatives à sa garde. Nos recherches nous permettront conséquemment sur l'efficacité réelle d'une règle de droit reconnue et de nous interroger sur la perte de droit qui pourrait en résulter pour l'enfant[9].

---

[9]GOUVERNEMENT DU CANADA. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite*, Ottawa, Parlement du Canada, décembre 1998, p. 2. Parmi les multiples raisons qui peuvent entraîner une perte du droit pour l'enfant à être entendu en matière de garde, notons le fait qu'en matière familiale, plus de 90 % des divorces canadiens sont accordés sans audience officielle devant un tribunal; cette information est contenue dans le rapport ci-mentionné qui peut être consulté sur le site internet du "Gouvernement du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-f.htm; voir *infra*, Conclusion, p. 362.

D'emblée, nous noterons que l'expression "écoute de la parole de l'enfant" devant les tribunaux ne sera nullement définie tant par le législateur québécois que par les législateurs des provinces canadiennes de common law. De plus, nous constaterons qu'aucune décision ou arrêt judiciaire consultés lors de nos recherches ne précisera de quelle façon une telle écoute de la parole de l'enfant doit être réellement prise en compte devant les tribunaux. En fait, nous noterons que le législateur québécois fera uniquement état du devoir du tribunal, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt de l'enfant, de lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent, sans préciser de quelle façon une telle écoute de la parole de l'enfant doit être assurée devant les tribunaux[10]. À défaut donc de définition précise, nous nous attarderons aux diverses dispositions législatives adoptées par les législateurs québécois et ceux des provinces canadiennes de common law qui permettront d'assurer la prise en compte de la parole de l'enfant devant les tribunaux relativement à sa garde[11].

Nos recherches nous permettront ainsi de mettre en lumière la pluralité de modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde et les difficultés d'application de ces modalités pour les magistrats, les experts, les procureurs ou les parents appelés à en assurer l'écoute devant les tribunaux. Nous observerons qu'au quotidien des litiges judiciaires en matière de garde, peu d'enfants se prévaudront véritablement de leur droit à être entendu devant le tribunal au moment de la désunion

---

[10]Art. 34 C.c.Q.: "Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent".
[11]Notons que, compte tenu de l'ampleur du sujet analysé, nos recherches ne porteront que sur l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law, nos recherches avant fait abstraction de l'écoute de la parole de l'enfant intervene dans le cadre d'ententes à l'amiable entre les parents non judiciarisées par les tribunaux.

de leurs parents. Nous observerons qu'en matière de garde, le nombre d'enfants entendus ou représentés par un avocat demeurera nettement moindre que celui d'enfants pour qui une expertise psychosociale aura été tenue. Également, dans le cas de témoignage d'enfants devant les tribunaux en matière de garde ou encore de la représentation d'enfant par un avocat, nous observerons que le témoignage de l'enfant demeurera nettement moins fréquent que l'expertise psychosociale ordonnée. Ainsi, nous observerons que peu de chercheurs se seront véritablement attardés au témoignage de l'enfant devant les tribunaux en matière de garde ou sur la fréquence de la représentation de celui-ci par avocat en de telles occasions[12]. Compte tenu des lacunes répertoriées quant à la mise en oeuvre de ce droit à être entendu en matière de garde, nos recherches nous permettront de soutenir que la règle de droit à application mufti-directionnelles visant à permettre à un enfant d'être entendu en matière de garde pourra devenir inefficace et même inutile si son application n'est assortie de lignes directrices ou de balises mieux agencées au moment de sa mise en oeuvre.

Pour mieux cerner les diverses composantes de notre sujet d'étude et faire état du résultat de nos recherches, nous regrouperons sous deux titres distincts les éléments qui y sont reliés. Il s'agira dans un premier temps de l'étude du droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law puis,dans un deuxième temps, de l'étude des modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant ces mêmes tribunaux.

---

[12]Voir *infra*, note 323.

Parmi ces modalités d'écoute de la parole de l'enfant que nous analyserons plus en détail dans le deuxième titre de cette thèse, l'écoute directe de la parole de l'enfant sous-entendra le témoignage de l'enfant devant les tribunaux. Pour ce faire, nous effectuerons une analyse des plus récentes décisions et arrêts en la matière de même qu'une étude de la règle *audi alteram partem* et du bref d'*habeas corpus* qui seront d'une grande utilité à cet égard. L'écoute indirecte de la parole de l'enfant quant à elle fera appel à l'intervention de tierces personnes appelées à représenter l'enfant ou à l'écouter et à exprimer son point de vue devant les tribunaux. À ce titre, nous effectuerons une étude plus détaillée de ces modalités et nous nous attarderons à l'intervention de ces dernières devant le tribunal, celles-ci pouvant être le procureur de l'enfant, le psychologue ou le travailleur social appelé à effectuer une évaluation ou expertise psychosociale demandée par l'une des parties ou le tribunal. Il pourra également s'agir du médiateur appelé à rencontrer les parents et l'enfant ou cours des séances de médiation familiale tenues en retrait du processus judiciaire. Ces tierces personnes seront chargées de recueillir les propos de l'enfant tenus lors des rencontres. Le procureur de l'enfant, le psychologue ou le travailleur social pourront alors transmettre au tribunal les propos tenus par l'enfant.

Dans cette thèse, une attention particulière sera apportée à la représentation de l'enfant par un avocat, un secteur du droit encore méconnu pour de nombreux juristes. En effet, nous remarquerons que la validité du mandat du procureur de l'enfant et la façon d'exécuter ledit mandat sembleront poser encore problème au Québec[13]. Nous remarquerons que, dans les provinces

[13]BARREAU DU QUÉBEC. COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, Service de la formation permanente, février 1995, p. 7.

canadiennes de common law, le rôle du procureur de l'enfant suscitera moins d'interrogations[14] puisque le rôle de l'avocat y semblera mieux défini, celui-ci agissant en tant qu'*amicus curiae* ou gardien *ad litem* soit, de tuteur à l'instance, et ce, dans de nombreux cas devant les tribunaux[15].

En ce qui a trait au psychologue ou au travailleur social, l'expert qui aura entendu l'enfant sera appelé à rapporter au tribunal les paroles de l'enfant. Nous remarquerons qu'il existe des règles précises à observer lorsque les propos d'un enfant seront rapportés au tribunal. Enfin, lorsque la parole de l'enfant sera entendue par l'intermédiaire du médiateur, ses propos devront demeurer confidentiels et n'être transmis aux parents qu'après autorisation formelle donnée par l'enfant. Nous remarquerons qu'en matière d'écoute indirecte de la parole de l'enfant, les modes alternatifs de résolution de conflits sembleront constituer une possibilité intéressante à explorer au moment de la rupture de l'union des parents et nous traiterons de cette question plus en détail dans le cadre de cette thèse.

---

[14]En Ontario, le Bureau de l'avocat des enfants permet la représentation d'environ 8 000 enfants par année dont 1 600 d'entre eux font l'objet de garde et de droits de visite. Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Sous-section B, 3) b) Dans les provinces canadiennes de common law, p. 254.
[15]E. LEECO, "Independent legal perspectives for children in custody and access cases", (1996)34(2) *Family and Conciliation Courts Review* 303, 319.

Et puisque l'écoute de la parole de l'enfant demeurera intimement liée à l'application du critère de l'intérêt "supérieur" de l'enfant[16], plus particulièrement dans les provinces canadiennes de common law, nous nous pencherons sur ce critère et rappellerons les éléments qui y sont reliés. Ce critère, qui a fait l'objet de vifs débats, aura été sévèrement critiqué en raison de son manque de précision[17]. Cette imprécision aura été justifiée par la souplesse dont ce critère doit faire preuve afin de s'adapter aux mouvances de la société occidentale. À ce titre, nous rappellerons que l'intérêt de l'enfant constitue une notion complexe, considérée comme une "notion à contenu variable"[18], étant reconnue comme un droit pluriel, "(..) un droit (...) dont le contenu est formé d'éléments multiples

---

[16]Soulignons que l'expression l'intérêt "supérieur" de l'enfant a aussi pour synomyne l'"intérêt de l'enfant", l'"intérêt véritable de l'enfant" ou le "meilleur intérêt de l'enfant", expression plus fréquemment utilisée par les tribunaux québécois et les auteurs de doctrine québécoise. L'expression intérêt "supérieur"de l'enfant, qui permet d'évaluer l'intérêt de l'enfant du point de vue de l'enfant, est mentionnée dans de nombreux textes législatifs provinciaux, arrêts et décisions judiciaires ainsi que divers instruments internationaux. Citons à titre d'exemple les dispositions législatives suivantes, soit la *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, c. F-20, qui prévoit, à son article 2(1), que "L'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale du tribunal dans toutes les procédures engagées en application de la présente loi", la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales*, L.N.-B., 1980, c. 2.1, qui prévoit, à son article premier, que l'"intérêt supérieur de l'enfant" désigne "l'intérêt supérieur de l'enfant compte tenu, entre autres critères, des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître". Citons également à titre d'exemple la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *infra*, note 31, qui prévoit au premier alinéa de l'article 3 que "Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale"; voir *infra*, note 182.

[17]Art. 30 C.c.B.C. "L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve." Voir Jean-François BOULAIS, *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*, 5e éd., Montréal, SOQUIJ, 2003, p. 33.

[18]Chaïm PERELMAN, "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", dans Chaïm PERELMAN et RAYMOND VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1984, p. 363, à la page 365.

non perçus immédiatement"[19], qui laisse place à de diverses interprétations selon le cas étudié.

Nous retiendrons le principe énoncé par les tribunaux qu'en ce qui a trait à l'intérêt de l'enfant, tant en matière de protection qu'en matière de garde[20], "la considération primordiale à laquelle toutes les autres considérations doivent rester subordonnées doit être le bien-être de l'enfant"[21]. Nous préciserons d'ailleurs que la Cour suprême du Canada aura eu tôt fait de trancher

---

[19]Anne SARIS, *L'originalité des mécanismes de protection de l'enfant dans les Conventions de La Haye de 1980 et de 1993*, thèse de maîtrise, Montréal, Faculté des Études supérieures de l'Université McGill, 1998, p. 90. L'auteure précise à la page 94 que "(...) si la notion de l'intérêt de l'enfant a bien été retenue, aucun élément n'est venu la circonstancier. Sans doute les rédacteurs ont-ils voulu préserver sa flexibilité et sa variabilité qui en fait un vecteur, facteur d'adaptation du droit à l'enfant selon sa situation sociale, culturelle et territoriale dans laquelle il se trouve(...)", et d'ajouter, à la page 107, que "[t]out comme l'ordre public, l'intérêt de l'enfant est une règle à contenu variable et son appréciation se fait par le recours à un faisceau d'indices. Il est donc un droit pluriel. Essayer d'en définir le contenu apparaît être une entreprise périlleuse et peu utile. Par contre, sa qualification nous semble nécessaire afin d'en déterminer le jeu."

[20]*Stevenson* c. *Florant*, [1925] R.C.S. 532, 548, [1925] 4 D.L.R. 530, 1925 Carswell, Que 71, Q.R. 38 K.B. 314, [1925] D.L.R. 1189. Dans cet arrêt, le juge Rinfret rappelle que l'intérêt de l'enfant ne réside surtout pas dans le confort matériel mais dans les soins et l'affection paternels et dans les avantages de l'éducation familiale et religieuse. Consulter les arrêts et décisions suivants: *Dugal* c. *Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Beson* c. *Director of Child Welfare (Nfld)*, [1982] 2 R.C.S. 716, (1983) 142 D.L.R. 20; *Racine* c. *Woods*, [1983] 2 R.C.S.173; *King* c. *Low*, [1985]1 R.C.S. 87; *C.(G.)* c. *(V.-F.)T.*, [1987] 2 R.C.S. 244, [1987] R.D.F. 20, (1987) 9 R.F.L. 263 (S.C.C.), (1988) 9 Q.A. 241, [*sub. nom*: *Droit de la famille-320*, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.)]; *N.B. (Ministre de la Santé)* c. *C.(G.C.)*, [1988] 1 R.C.S.1073; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* c. *M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165. Consulter également *Droit de la famille-1914*, [1994] R.J.Q. 564, [1994] R.D.F. (C.S.)(J.E. 94-290)(juge Élaine Demers)(appels rejetés avec dissidence,[1996] R.J.Q. 219, [1996] R.D.F. 14 (rés.)(J.E. 96-291))(C.A.)(juges Fish, Chamberland et Beauregard, diss.). Dans sa décision, la juge Demers rappelle que "nul n'est besoin de redire que l'intérêt de l'enfant passe d'abord et avant tout par le respect de ses droits qui le concernent" et souligne, à la page 572, que "lorsque le tribunal est appelé à trancher, l'intérêt de l'enfant doit toujours favoriser les conditions les plus propices à son épanouissement." Consulter également *In re Goyette* c. *Centre des Services Sociaux du Montréal-Métropolitain*, (1983) C.S. 429 (juge Paul Reeves); *Droit de la famille-1100*, [1987] R.D.F. 238, 240 (C.S.) (juge Orville Frenette) (désistement d'appel, C.A.M. nº 500-09-00539-874, décision du 27 novembre1987).

[21]*King* c. *Low*, précité, note 20, 101.

le débat relié à la question, la juge L'Heureux-Dubé spécifiant que "(...) l'unique critère est celui du meilleur intérêt de l'enfant évalué du point de vue de l'enfant(...)"[22], reconnaissant à deux reprises la constitutionnalité d'un tel critère[23]. La notion d'intérêt de l'enfant, qualifiée de "notion à contenu variable", aura permis au législateur et aux tribunaux de s'adapter aux mouvances de la société occidentale, les législateurs ayant été appelés à en préciser le contenu au fil des ans[24]. À ce propos, nous soulignerons que dans le cadre d'un projet de loi qui visait à modifier la *Loi sur le divorce*[25] de 1985 et qui n'a pas abouti, le législateur fédéral désirait en outre énoncer qu'au moment de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant en matière de garde, le tribunal devait prendre en compte le point de vue de l'enfant de même que ses préférences[26], prise en compte qui n'est pour l'instant nullement prévue

---

[22] *Young* c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, (ci-après appelé arrêt *Young*).

[23] *Young* c. *Young*, précité, note 22; *P.(D.)* c. *S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, [1993] 4 R.D.F. 712 (rés.), (1994) 58 Q.A.C. 1, (J.E. 93-1767) [*sub. nom.*: *Droit de la famille-1150*, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.)(juges Vallerand, Tourigny, Proulx, diss.)(en appel de la décision du juge Orville Frenette, [1988] R.D.F. 40 (C.S.))].

[24] Art. 33 al. 2 C.c.Q. "Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation."

[25] *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3 (2e suppl.) [L.R.C., c. D-3.4] (ci-après appelée *Loi sur le divorce*); la nouvelle *Loi sur le divorce* de 1985 est entrée en vigueur le 1er juin 1986; voir *infra*, note 77.

[26] *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence, Projet de loi C-22*, (1ère lecture), 2e session, 37e legislature (Can.) (ci-après appelé Projet de loi C-22); le projet de loi C-22 est "mort au feuilleton" au cours de l'automne 2003 à la suite de l'élection d'un nouveau parlement. Notons la destitution de ce parlement au mois de décembre 2005 et la tenue de nouvelles élections fédérales fixées au 23 janvier 2006. L'article 16.2(1) du Projet de loi C-22 prévoyait que "[l]orsqu'il rend une ordonnance en vertu des articles 16 ou 16.1 ou des alinéas 17(1) b) ou c), le tribunal tient compte uniquement de l'intérêt de l'enfant à charge. (2) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal prend en considération ses besoins, et, d'une façon générale, sa situation, notamment: f) le point de vue et les préférences de l'enfant, dans la mesure où ils peuvent être raisonnablement déterminés." Consulter également à ce sujet le BARREAU DU QUÉBEC, Mémoire, *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence (P.L. C-22)*, août 2003 qui peut-être consulté sur le site internet du

dans la *Loi sur le divorce*.

Mais avant d'énoncer plus en détail le contenu de cette thèse, nous ferons état, dans cette introduction, de la méthodologie de recherche adoptée. En ce qui a trait aux aspects légaux de notre sujet d'étude, nos recherches, d'ordre documentaire, auront porté sur les dispositions législatives pertinentes répertoriées au Québec et au Canada mais aussi sur un certain nombre de dispositions en vigueur dans certains pays occidentaux. Nos recherches auront aussi porté sur de nombreux arrêts et décisions judiciaires publiés au cours des trente dernières années, soit depuis les réformes entamées par le législateur québécois en matière familiale vers la fin des années 1970. En certaines occasions, nous rapporterons certains arrêts et décisions judiciaires datant du début du XXe siècle. Des commentaires ainsi que des analyses provenant de juristes québécois, canadiens et étrangers notamment américains, principalement recueillis dans les principaux ouvrages de doctrine québécois et canadiens des trente dernières années, compléteront nos recherches.

En ce qui a trait à la méthodologie adoptée pour les éléments de recherche reliés aux sciences humaines, nos recherches, également d'ordre documentaire, auront porté sur les études et recherches citées ou publiées au cours des trente dernières années dans les arrêts, les décisions judiciaires et les articles de doctrine précédemment répertoriés. Dans certains cas, nous ferons état en outre d'études récentes publiées dans certaines revues spécialisées provenant à la fois des milieux québécois, canadiens et étrangers. Il convient de noter cependant que le choix des études en sciences humaines n'est opéré qu'en fonction des travaux cités dans la jurisprudence et qu'en conséquence, les

---

"Barreau du Québec" à l'adresse ci-après:http://www.barreau.qc.ca/opinions/ memoires/2003/c22.pdf.

références à ces travaux sont uniquement destinées à fournir des informations contextuelles nous permettant de développer un argumentaire essentiellement juridique.

Ainsi, énonçant plus en détail le contenu de cette thèse et les divers éléments qui y sont reliés, dans le premier chapitre du titre premier, nous ferons état des visions autonomistes et protectionnistes des droits de l'enfant. À diverses occasions et sans véritable succès, les législateurs auront tenté d'amalgamer ces deux visions des droits de l'enfant. Le nouveau *Code civil du Québec* les réunira de façon harmonieuse grâce au concept d'acquisition progressive de l'autonomie du mineur, l'article 34 du *Code civil du Québec*[27] relatif à l'écoute de la parole de l'enfant s'inscrivant dans une telle ligne de pensée. Les concepts d'autonomie et de protection de l'enfant seront d'ailleurs mis à l'honneur avec l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*[28].

---

[27]Art. 34 C.c.Q précité, note 10.

[28]Au sujet de la protection de l'enfant, citons l'article 177 C.c.Q. qui fait état de la tutelle au mineur et l'article 192 C.c.Q. qui déclare les parents tuteurs de plein droit à l'enfant. En ce qui a trait à l'autonomie de l'enfant, l'article 156 C.c.Q. prévoit que le mineur âgé de quatorze ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi ou à l'exercice de son art ou de sa profession alors que l'article 159 al. 2 C.c.Q. permet au mineur, avec l'autorisation du tribunal, d'intenter seul une action relative à son état, à l'exercice de l'autorité parentale ou à un acte à l'égard duquel il peut agir seul. Voir entre autres décisions à ce sujet *K.D.* c. *M.B.*, [2003] R.D.F. 291 (C.S.)(J.E. 2003-548) (juge Pierre Isabelle) dans laquelle le tribunal a rejeté la requête de deux enfants âgés de treize et de quatorze ans pour être autorisés à exercer seuls un recours dont une demande en modification de droits d'accès auprès de leur mère. À propos du consentement aux soins, le mineur âgé de quatorze ans et plus peut consentir seul aux soins requis par son état de santé en vertu de l'article 14 C.c.Q. ainsi qu'aux soins non requis par son état de santé en vertu de l'article 17 C.c.Q. En ce qui a trait maintenant à l'adoption, elle ne peut avoir lieu qu'avec le consentement de l'enfant, s'il est âgé de dix ans et plus conformément à l'article 549 C.c.Q.

Puis, la progression fulgurante des droits de l'enfant nous incitera à analyser le statut de l'enfant en tant que personne à part entière et à mieux comprendre le chemin parcouru par l'enfant avant de voir son droit à être entendu reconnu devant les tribunaux en matière de garde au moment de la désunion de ses parents. Nous retiendrons que l'antique puissance paternelle ainsi que le concept d'autorité parentale qui lui a succédé auront joué un rôle important dans l'évolution des nombreux droits de l'enfant dont celui d'être entendu devant les tribunaux. La décision du législateur d'abolir le concept de la puissance paternelle et d'accorder aux deux parents des pouvoirs égaux sur leur progéniture n'aura pas été sans conséquence. Afin de permettre à l'enfant de faire valoir ses droits, le législateur québécois prévoira une intervention plus musclée de l'État où parents, enfant et État constitueront une nouvelle trilogie familiale visant à assurer le respect des droits de l'enfant. Ce nouveau rôle d'arbitre de l'État ne sera pas exempt de critiques. Nous exposerons dans cette thèse les principaux motifs d'opposition à ses nouvelles fonctions[29].

Ainsi, après avoir énoncé les principes fondamentaux reliés à l'enfant et à sa garde et plus particulièrement à ceux ayant trait à son écoute, après avoir observé de quelle façon certaines conventions internationales auront favorisé l'évolution des droits de l'enfant et après avoir examiné attentivement les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law, nous proposerons certaines pistes de

---

[29]Lise BINET et Édith DELEURY, "L'enfant, la famille et l'État: trilogie de la socialisation", (1986) 5 *Rev. Can. D. Fam.* 139, 140; Donald POIRIER, "Du patriarcat individuel au patriarcat d'État. Critique de la juridicisation des relations parents-enfants à l'intérieur de la famille canadienne", (1991-92) 10 *Rev. Can. D. Fam.* 115, 126; Julie BELLEMARE et Mélanie CAMIRÉ, "La place de la famille en droit québécois", dans PRIX CHARLES-CODERRE (1995), *La place de la famille en droit québécois*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1996, p. 73.

solution afin de remédier aux lacunes soulevées. Nous présenterons à cet égard certaines solutions novatrices dont celles existant dans le pays d'Afrique du Sud qui, depuis 1990, possède un bureau du procureur de la famille (Office of the Family Advocate)[30] permettant aux enfants dont les parents sont divorcés d'être entendus par des intervenants spécialisés en la matière. Ce bureau a également pour fonction de s'assurer que les ententes prises par les parents dans le cadre des procédures judiciaires en divorce respectent l'intérêt des enfants.

Mais afin de mieux situer les divers éléments de cette thèse, il nous semblera utile de rappeler dans cette introduction les principaux progrès réalisés par l'enfant au cours des derniers siècles et du cheminement parcouru par l'enfant. Au cours des dernières décennies, des législateurs auront attribué un rôle important à l'enfant. À ce titre, la *Convention relative aux droits de l'enfant*[31] lui reconnaît depuis 1989 le statut de sujet de droit[32]. Le préambule de la Convention proclame les principes fondamentaux établis dans la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959[33] qui spécifient que l'enfant,

---

[30]Dans le cas de l'Afrique du Sud, voir les auteurs D.A. LOUW et R. SCHERRER, "Children's perception and experience of the family advocate system", (2004) 32 (1) *International Journal of the Sociology of Law*, 17; voir *infra*, Conclusion, 8) La création d'un bureau du procureur de la famille, p.377.

[31]*Convention relative aux droits de l'enfant*, AGNU Doc. A/RE/44/25 (1989) (Convention dite Convention de New York, ci-après appelée *Convention relative aux droits de l'enfant*). La Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. Elle a été signée par le Canada le 28 mai 1990. La Convention a été ratifiée par le Canada le 11 décembre 1991 (R.T. Can. 1992, nº 3) et par le Québec le 9 décembre 1991 (Décret 1676-91 du 9 décembre 1991, (1992) 124, G.O. II 51). L'instrument de ratification du gouvernement canadien a été déposé auprès du Secrétaire général de l'ONU le 13 décembre 1991, faisant en sorte que la Convention est entrée en vigueur au Canada 30 jours plus tard soit, le 12 janvier 1992.

[32]Notons que l'expression "sujet de droit" peut paraître inadéquate si nous considérons que tout citoyen est par lui-même "sujet" de droit; voir les commentaires formulés à ce sujet sous *infra,* Titre premier, Chapitre premier, Section I, Sous-section A, 2) Certaines précisions d'ordre juridique, p. 37.

[33]*Déclaration universelle des droits de l'enfant*, le 20 novembre 1959, AG 1386 XIV.

en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, nécessite une protection juridique accrue. La *Convention relative aux droits de l'enfant* s'inscrit dans la lignée des nombreux instruments internationaux qui ont assuré, au cours des derniers siècles, la protection des droits de l'homme. Nommons la *Déclaration d'indépendance*[34] de 1776, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*[35] de 1789, la *Déclaration des droits de l'enfant*[36] de 1924 et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[37] de 1948. Afin de souligner le sérieux de leur démarche, les États signataires de la *Convention relative aux droits de l'enfant* se sont engagés à prendre toutes les mesures nécessaires afin de mettre en oeuvre les droits de l'enfant[38] et de lui assurer la jouissance et l'exercice de ses droits[39].

Cette Convention, considérée comme la "clef de voûte" de toute l'action des Nations Unies dans la lutte destinée à améliorer le sort des enfants[40], proclame l'intérêt supérieur de l'enfant[41]. En plus d'énoncer une panoplie de nouveaux droits dont le droit de l'enfant à la liberté d'expression[42],

---

[34]*Déclaration d'indépendance* des États-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776.
[35]*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789.
[36]*Déclaration des droits de l'enfant* de 1924 (Société des Nations) (ci-après appelée *Déclaration des droits de l'enfant* de 1924 ou encore *Déclaration de Genève* de 1924).
[37]*Déclaration universelle des droits de l'homme, Doc. off.*, A.G.N.U. A/810, 3e session 1948 (ci-après appelée *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948).
[38]Art. 4 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*; consulter Philip ALSTON, "Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *Bulletin des droits de l'homme 9 1/2. Les droits de l'enfant*, New York, Nations Unies, 1992, p. 1; voir *infra*, p. 343;
[39]P. ALSTON, *loc. cit.*, note 38, p. 5; Hugues LÉTOURNEAU, "L'accession de l'enfant à la reconnaissance légale de sa personne", (1990) 13(4) *Apprentissage et Socialisation*, p. 261.
[40]Adam LOPATKA, "Importance de la Convention relative aux droits de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *op. cit.*, note 38, p. 59.
[41]Voir *supra*, note 16.
[42]*Id.*, art. 13.

à la liberté de pensée, de conscience, de religion[43], d'association et à la liberté de réunion pacifique[44], cette Convention proclame le droit de l'enfant de prendre part aux délibérations le concernant, de faire connaître ses vues[45], d'exprimer librement son point de vue sur toutes les questions l'intéressant et d'être entendu en fonction de son âge et son degré de maturité[46].

Mais en fait, il aura fallu plus de deux siècles pour que l'enfant soit reconnu comme un être humain à part entière, deux siècles avant qu'il puisse être affranchi des lourdes chaînes qui l'encombraient et qu'il puisse exercer lui-même ses droits. Dans la Grèce antique, des nouveau-nés étaient sacrifiés pour apaiser les dieux. L'enfant était alors considéré comme une extension de son père. Cet état prévalait jusqu'à ce que l'enfant atteigne un certain âge et que l'enfant se distancie de son père[47], l'enfant relevait alors directement de la famille et non pas de la Cité. Chez les Grecs, le père détenait de larges pouvoirs sur son enfant, situation que nous retrouvions également chez les Romains où l'enfant était aussi considéré comme une extension de son père. Les pouvoirs de vie ou de mort détenus par le patriarche sur son enfant relevaient de la puissance paternelle exercée par le

---

[43] *Id.*, art. 14.
[44] *Id.*, art. 15.
[45] *Id.*, art. 9 al. 2.
[46] *Id.*, art. 12 al. 1 "Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité"; art. 12, al. 2 "À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale."
[47] ARISTOTE (textes choisis et traduits par Florence et Claude Khodoss), *Morale et Politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970, p.120, où les auteurs traduisent les propos tenus par Aristote à l'effet que, malgré tout, dans cette société,"(...) les parents chérissent leurs enfants comme étant une partie d'eux-mêmes, et ceux-ci aiment leurs parents, étant quelque chose qui vient d'eux."; voir également Constantin DESPOTOPOULOS, "Sur la famille d'après Aristote", (1975) 42 *Archives de philosophie du droit, Réformes du droit de la famille*, p.71, à la page 80.

pater familias, personnage appelé à gérer toutes les activités de la famille, y compris les relations père enfant. Les pouvoirs du père lui permettaient d'emprisonner son enfant s'il le fallait, de le battre ou encore de le tuer[48].

Cette puissance paternelle aura subi au fil des ans plusieurs transformations car en réalité, "l'adoucissement des moeurs, qui est résulté du christianisme, a atténué considérablement l'autorité du *pater familias*"[49]. Vers la fin du premier millénaire, dans les pays de droit écrit d'Europe, les enfants étaient encore soumis à l'autorité de leur père bien que cette obligation tendait déjà à disparaître dans les pays de droit coutumier[50]. Au début du second millénaire, sous Guillaume le Conquérant, roi d'Angleterre, la situation de l'enfant évoluait à un point tel que l'enfant cessait d'être soumis à son père dès l'obtention de son statut d'adulte, soit à l'âge de 21 ans. Malgré tout, à cause des conditions de vie difficiles du Moyen-Âge, l'enfant assumait seul dès son jeune âge les responsabilités d'un adulte. Tout comme les autres membres de sa famille, l'enfant n'avait d'autres choix que de travailler dans les champs. Puis, avec la révolution industrielle, l'enfant fit son entrée dans les manufactures et les usines. À cause de l'urbanisation et l'industrialisation accélérées, la

---

[48]M.C.J. OLMESDAHL, "Parental Power and Child Abuse: An Historical and Cross Cultural Study", dans John M. EEKELAAR & Sanford N. KATZ, *Family violence: an international and interdisciplinary study*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 253, à la page 255, l'auteur souligne que "(...) throughout the history of Rome we find recorded examples of the exercise of the power of death", rapportant toutefois à la page 257 que "(...) by the time of Justinian (560 A.D.), the *patria potestas* has dwindled to a right of reasonable chastisement." Pour un historique de l'évolution de la famille, voir Jean PINEAU, *La famille, droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 3.

[49]Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil: la famille*, Paris, Éditions Cujas, 1987, p. 12.

[50]Nicholas C. BALA et Kenneth L. CLARKE, *The Child and the Law*, Scarborough, Ont., McGraw-Hill Ryerson, 1981, p. 4.

famille de cette époque subira de nombreuses transformations.

À ce propos, il fut rapporté que "[l]e XVIII[ème] siècle constitue une 'période charnière': des idées nouvelles font leur apparition. L'économie évolue, la fortune se détache de l'exploitation de la terre. Le siècle des Lumières ne condamne pas la famille: il l'exalte au contraire mais remet en cause le lien conjugal (...) L'école fait son apparition"[51] et que "[l]e XVIII[ème] siècle a découvert l'enfant. Les travaux de Freud, des psychanalistes, nous révèlent l'enfance: période essentielle au développement humain"[52]. Mais c'est aussi à compter de cette époque que la situation de l'enfant commence à être examinée avec plus d'attention par divers États et de nombreux législateurs[53] et pour cause, puisque "[l]'essor des manufactures, le développement du capitalisme, ont provoqué la complète désagrégation de la relation parents-enfants dans la famille ouvrière.(...)"[54]. Les premières réformes relatives à l'enfant seront alors mises en place. L'enfant, que l'on considérait comme un adulte en miniature, ne sera plus cet être sans droits[55]. Quelques lois discrètes, mais symboliques, feront alors

---

[51]Claire NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984, p. 3.
[52]*Id.*, p. 9. L'historien Philippe ARIES dans l'ouvrage *Centuries of Childhood. A Social History of Family Life*, New York, Alfred A. Knopf, 1962 (traduction de *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*), apporte toutefois certaines nuances à ce propos en indiquant à la page 47 que "[n]o doubt the discovery of childhood began in the thirteenth century, and its progress can be traced in the history of art in the fifteenth and sixteenth centuries. But the evidence of its development became more plentiful and signifiant from the end of the sixteenth century and throughout the seventeenth."
[53]Jeffery WILSON & Mary TOMLINSON, *Wilson: Children and the Law*, Toronto, Butterworths,1986, p. 3.
[54]C. NEIRINCK, *op. cit.*, note 51, p. 5.
[55]Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, 5[e] éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001, où l'auteure précise à la page 5 que "[l]'enfant est désormais pensé comme un sujet, une personne dotée de liberté."

leur apparition[56].

Vers la fin du second millénaire, des lois plus significatives à l'égard de l'enfant seront adoptées tant au Québec qu'au Canada. Au Québec, le législateur décidera de protéger l'enfant contre les sévices qui pouvaient lui être imposés[57] mais aussi contre les sévices qu'il pouvait s'infliger à lui-même[58]. L'entrée en vigueur du Code civil du Bas-Canada[59] permettra l'intégration de plusieurs principes de droit reconnus tout en codifiant le droit français de la Nouvelle-France qui existait antérieurement à la Confédération de 1867.

Avec l'adoption de ces nouvelles dispositions législatives, l'enfant sera appelé à conserver honneur et respect à ses père et mère et à demeurer sous leur gouverne jusqu'à l'obtention de sa majorité ou de son émancipation, la puissance paternelle demeurant toujours de mise bien qu'épurée d'un certain archaïsme, relent d'une époque surannée. Au Québec, les nouvelles dispositions

---

[56]Renée JOYAL, *Les enfants, la société et l'État au Québec: 1608-1989 jalons*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH, 1999, p. 19.

[57]*Acte pour remédier plus efficacement à divers abus préjudiciables à l'amélioration de l'agriculture, et à l'industrie dans cette Province, et pour d'autres objets*, S.B.-C. 1824, c. 33; *Acte pour accélérer le procès et la punition des jeunes délinquants*, S.C. 1857, c. 29; *Acte pour établir des prisons pour les jeunes délinquants*, S.C. 1857, c. 28; S.C. 1858, c. 88; *Acte des manufactures de Québec*, S.Q. 1885, c. 32; *Acte à l'effet d'amender et refondre les Loi des mines*, S.Q. 1892, c. 20; *Loi relative aux établissements industriels*, S.Q. 1894, c. 30; *Loi relative aux jeunes délinquants*, S.Q. 1910, c. 26.

[58]Claire NEIRINCK,"La défense de l'enfant au Québec", dans Marcelle BONGRAIN, Philippe CHAILLOUX, Claire DAVIDSON et CLAIRE NEIRINCK, *La défense de l'enfant en justice*, Evry, Presses Universitaires de France,1989, p. 71, à la page 74; R. JOYAL, *op. cit.*, note 56, p. 43.

[59]*Code civil du Bas-Canada*, c. 41 des lois de 1865 de la législature provinciale du Canada par l'Acte concernant le Code civil du Bas-Canada (ci-après cité C.c.B.C.).

législatives adoptées en matière de protection de l'enfance[60] seront reçues favorablement[61].

Le XX[e] siècle deviendra l'occasion pour les législateurs provinciaux de faire une place plus importante à l'enfant[62]. Puis, au Québec, faisant suite à un vent de réforme, le législateur choisira de modifier les diverses dispositions contenues à l'ancien Code civil du Bas-Canada[63]. En 1994, le nouveau *Code civil du Québec*[64] verra le jour. Dans la foulée des dispositions législatives existantes,

---

[60]*Acte concernant les écoles de réforme*, S.Q., 1869, 32 Vict., c.18. *Acte concernant les écoles d'industries*, S.Q., 1869, 32 Vict., c.17. Cette loi qui fut sanctionnée le 5 avril 1869 visait à protéger par voie judiciaire les enfants abandonnés, les orphelins ainsi que les enfants aux comportements difficiles.

[61]Oscar D'AMOUR, "Survol historique de la protection de l'enfance au Québec, de 1608 à 1977", dans QUÉBEC. ASSEMBLÉE NATIONALE. COMMISSION PARLEMENTAIRE SPÉCIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, Éditeur officiel du Québec, novembre 1982; Mario PROVOST, "Le mauvais traitement de l'enfant: perspectives historiques et comparatives de la législation sur la protection de la jeunesse", (1991) 22 *R.D.U.S.* 1, 58; Renée JOYAL-POUPART, "La délinquance juvénile, d'hier à demain", (1982-1983) 13 *R.D.U.S.* 353,356; Renée JOYAL et Mario PROVOST, "La *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur", (1993) 34 *C. de D.* 635, 637.

[62]*Loi de la protection de la jeunesse*, S.R.O., 1964, c. 220; *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, L.Q. 1974, c. 59; *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20, loi sanctionnée le 19 décembre 1977 et entrée en vigueur le 15 janvier 1979 (ci-après appelée *Loi sur la protection de la jeunesse* ou L.P.J.); *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72.

[63]*Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q.1980, c. 39 et Proclamation du 4 mars 1981, G.O. 1981. II. 1565 (ci-après appelée *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*). La *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* est entrée en vigueur le 2 avril 1981 par proclamation du 4 mars 1981. À cette époque, le Québec vit une situation unique au monde en ayant deux Codes civils en vigueur dans la même province. La nouvelle loi instaure le concept d'autorité parentale. Pour plus de précisions sur ce concept en droit civil québécois consulter Dominique GOUBAU, *Réforme du divorce et exercice conjoint de l'autorité parentale. La perspective du droit civil québécois*, document de référence présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2000-FCY-3F, ce document peut être consulté sur le site internet du " ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad /reports/2000-fcy-3.html.

[64]*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après appelé C.c.Q. ou *Code civil du Québec*); le *Code civil du Québec*, adopté le 18 décembre 1991, est entré en vigueur le 1[er] janvier 1994 en vertu du

le législateur québécois non seulement reconnaîtra formellement des droits à l'enfant, mais aussi fera la promotion de son autonomie croissante tout en assurant sa protection.

Le nouveau *Code civil du Québec* précise que "[t]out enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner"[65], formulant distinctement le principe que l'enfant, comme tout être humain, est titulaire de droits[66]. À cet égard, en vertu du premier alinéa de l'article 33 du nouveau *Code civil du Québec*, le législateur québécois prévoit que "[l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits"[67]. En matière de divorce et de séparation, avec l'évolution des mœurs et la reconnaissance des nombreux droits de l'enfant, les tribunaux retiennent le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant et contribuent à l'élaboration du concept de garde au moment de la rupture de ses parents.

À ces dispositions législatives relatives à l'enfant, s'ajouteront des dispositions contenues dans la *Charte des droits et libertés de la personne*[68] ainsi que dans la *Charte canadienne des droits et*

---

décret n° 712-93, (1993) 125 *G.O.* II 3589.

[65]Art. 32 C.c.Q. Cet article reprend l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec; voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Les commentaires du ministre de la justice: le code civil du Québec, t.1.*, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 31.

[66]Art. 1 C.c.Q. "Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance de ses droits civils"; art. 3, al.1 C.c.Q. "Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée."

[67]Art. 33 C.c.Q.; cet article remplace l'article 30 C.c.B.C. et en reprend la substance.

[68]*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après appelée *Charte des droits et libertés de la personne*). Cette charte, adoptée le 27 juin 1975, est entrée en vigueur au Québec le 28 juin 1976. La charte québécoise interdit la discrimination fondée sur l'âge (art.10), accorde à toute personne le droit d'être représenté par un avocat (art. 34) et à l'enfant le droit à la sécurité et à

libertés[69]. Ces chartes interdisent toute discrimination fondée sur l'âge, principe reconnu tant par la *Charte canadienne des droits et libertés*[70] et la *Déclaration canadienne des droits*[71] que par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec[72].

Et puisque l'enfant faisant l'expérience de la désunion de ses parents détiendra désormais le droit formel d'être entendu par le tribunal, la discrétion du tribunal ne portera plus sur "l'opportunité" pour l'enfant d'être entendu[73] mais davantage sur "l'aptitude" de l'enfant à être entendu par le

---

l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner (art. 39).

[69]*Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)] (ci-après appelée *Charte canadienne des droits et libertés*). Cette charte est entrée en vigueur au Canada le 17 avril 1982. La *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit le droit à un avocat pour toute personne en cas d'arrestation et de détention (art. 10) et interdit la discrimination fondée sur l'âge (art. 15).

[70]*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 2 "Chacun a les libertés fondamentales suivantes: a) liberté de conscience et de religion; b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication; c) liberté de réunion pacifique; d) liberté d'association"; art. 15 (1) "La loi (...) s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques."

[71]*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), App. III (ci-après appelée *Déclaration canadienne des droits*). La *Déclaration canadienne des droits* a été adoptée en 1960 et s'applique principalement au Parlement fédéral ainsi qu'aux lois d'ordre fédéral et, dans certains cas bien spécifiques, aux particuliers.

[72]*Charte des droits et libertés de la personne*, art. 3 "Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association"; art. 10 "Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap."

[73]L'ancien article 31 du Code civil du Bas Canada prévoyait que "[l]e tribunal peut, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt de l'enfant, donner à cet enfant l'occasion d'être entendu" alors que l'article 34 du *Code civil du Québec* prévoit que le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu

tribunal. Il s'agira d'une modification importante qui malgré sa simple formulation semble encore mal comprise par certains juristes. Précisons, aux fins de cette thèse, que l'enfant sera défini en conformité avec les dispositions contenues dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui définit l'enfant comme toute personne âgée de moins de dix-huit ans, sauf si sa majorité est atteinte plus tôt[74].

Afin de mieux cerner les enjeux soulevés, nous examinerons attentivement certains concepts fondamentaux, soit les concepts de garde et d'intérêt "supérieur" de l'enfant. Puisque ces concepts feront l'objet d'une attention particulière de notre part, nous soulignerons dans cette introduction une particularité tout à fait canadienne en matière familiale, soit la complémentarité des compétences législatives fédérale et provinciales, sur fond de bijuridisme. Bien que la délicate question de la Constitution canadienne soit accessoire à notre sujet d'étude et qu'elle joue un rôle important dans le système judiciaire actuel, nous en décrirons la teneur dans cette introduction et examinerons son influence sur les principes fondamentaux des droits de l'enfant, droits qui découleront des droits qui prévalent pour tout individu.

---

si son âge et son discernement le permettent; également, à ce sujet, consulter entre autres Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, nº 603, p. 519; Monique OUELLETTE, "Des personnes", dans BARREAU DU QUÉBEC. CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du code civil du Québec. Personnes, successions et biens*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, p. 15, à la page 44; voir *infra* Titre deuxième, Chapitre premier, Section II: L'enfant et le tribunal, p. 169.

[74]L'article 153 C.c.Q. prévoit que "[l]'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans. La personne, jusqu'alors mineure, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils." En 1866, le Code civil du Bas-Canada fixait l'âge de la majorité à 21 ans puis, en 1971, le législateur a réduit cet âge à 18 ans. Consulter à ce sujet Édith DELEURY et Michèle RIVET, "La protection de l'enfant en droit social québécois", (1978) 9 *R.D.U.S.* 16, 98. Nous noterons que les législateurs sont demeurés peu bavards sur la question des droits de l'enfant non encore né, vivant et viable; voir les commentaires des tribunaux dans les arrêts suivants: *Tremblay* c. *Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest)* c. *G.(D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

La Constitution canadienne prévoit la répartition des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Depuis l'avènement de la Confédération canadienne et de la *Loi constitutionnelle de 1867*[75], les pouvoirs législatifs en matière de mariage, de divorce et d'enfant sont répartis entre le gouvernement fédéral et les provinces canadiennes. En vertu de l'article 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le parlement fédéral détient une compétence exclusive en matière de mariage et de divorce, alors qu'en matière de célébration de mariage, l'article 92(12) accorde une compétence exclusive aux provinces, compétence provinciale qui prévaut également en matière de propriété et de droits civils selon l'article 92 (13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisque le Québec a réussi à conserver son système de droit civil au moment de la Conquête[76], depuis la mise en vigueur de la *Loi sur le divorce*[77], les règles relatives au mariage et à la famille au Québec proviennent tant du droit civil québécois que de la *Loi sur le divorce*, répartition des pouvoirs ayant été abondamment traitée par de nombreux juristes[78].

---

[75]*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 (ci-après appelée *Loi constitutionnelle de 1867*).

[76]Gérald A. BEAUDOIN, "De la répartition des compétences législatives au Canada en matière de mariage et de divorce", (1973) 4 *R.G.D.* 66 où l'auteur précise que les citoyens de la province de Québec qui ont vécu sous un régime français jusqu'en 1760 se sont vu accorder la possibilité de vivre sous un régime de droit privé d'inspiration française en vertu de l'Acte de Québec de 1774 suite au Traité de Paris de 1763; Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, A. Periard,1888, p. 353.

[77]*Loi concernant le divorce*, S.C. 1967-68, c. 24, devenue S.R.C. 1970, c. D-8; voir *supra*, note 25.

[78]Consulter entre autres auteurs J.-P. SENÉCAL et autres, *op. cit.*, note 7, où les auteurs décrivent, à la page 505, les compétences législatives de chacun des paliers législatifs précisant que la compétence fédérale en matière de divorce s'étend aux mesures accessoires que sont la garde des enfants, la pension alimentaire et les mesures provisoires qui y sont pertinentes puisqu'il s'agit du pouvoir "ancillaire" nécessaire à son exercice.

Les lois adoptées par le Parlement fédéral auront eu pour effet de réglementer certaines questions de droit privé de façon incidente ou accessoire. Au Québec, le droit civil constitue le droit commun en matière de droit privé. En fait, "(...) c'est le droit civil, dont le Code civil est la pièce maîtresse qui est appelé à s'appliquer à titre supplétif de toute disposition législative fédérale portant sur une question de droit privé pour la compléter, combler ses lacunes et fournir 'le soutien conceptuel nécessaire à une application intelligente de cette loi' "[79]. Avec l'adoption du nouveau *Code civil du Québec* et en raison des liens qui existent entre le droit fédéral et le droit civil, "[i]l importe, en somme, de rétablir l'harmonisation entre ces deux droits là où le nouveau Code a opéré des ruptures et de la parfaire là où la législation fédérale est en contrarié avec la tradition civiliste"[80], d'où l'importance d'harmoniser, en matière familiale, les lois fédérales et provinciales et de rendre compatibles les concepts de droit visés par les deux systèmes juridiques ayant existence au Canada[81].

---

[79]Jean-Maurice BRISSON et André MOREL,"Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation", dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE.CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, recueil d'études. The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism: Collection of studies*, Ottawa, ministère de la Justice, Canada, 1997, p. 213, à la page 231.

[80]André MOREL, "L'harmonisation de la législation fédérale avec le *Code civil du Québec*. Pourquoi? Comment?", dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE.CANADA, *op. cit.*, note 79, p. 1, à la page 6.

[81]Pierre-André CÔTÉ,"La survie du droit préconfédéral: le cas des dispositions relatives à l'interprétation et à l'application des lois du Code civil du Bas-Canada", dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE.CANADA, *op. cit.*, note 79, p. 407, à la page 418, l'auteur note qu'en 1969, le Parlement fédéral avait inscrit dans la *Loi sur les langues officielles* une directive qui recommandait de rechercher la signification qui était commune aux deux versions et d'en tenir compte dans le sens de la disposition. L'auteur précise aux pages 418 et 419 que "[l]e Parlement avait ainsi donné une expression législative à une directive d'interprétation de source jurisprudentielle. En 1988, le Parlement a abrogé ce texte." Malgré tout, l'application de cette directive d'interprétation a été maintenue à titre de règle non écrite de source jurisprudentielle. Consulter la *Loi sur les langues officielles*, S.C. 1968-1968, c. 54, a. 8(2)b et la *Loi sur les langues officielles*, S.C. 1988, c. 38, a. 110 (*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), c. 31 (4e suppl.)); voir Pierre-André CÔTÉ, "La loi de 1985 sur le divorce et le droit civil", (1987) 47 *R. du B.* 1181; Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 74; consulter également John D. RICHARDS, "Le bilinguisme judiciaire au Canada", (2001) 42 *C. de D.* 389.

La nouvelle *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*[82], entrée en vigueur le 1er juin 2001, aura pour objectif de créer une interaction harmonieuse entre les législations provinciales et fédérales[83]. Suite à l'adoption de cette nouvelle loi, des modifications auront été apportées à la *Loi d'interprétation*[84]. Il est désormais bien établi que certains concepts clés en matière familiale dont celui de la garde et de l'intérêt de l'enfant doivent recevoir des acceptions différentes tant en droit civil québécois que pour la common law s'appliquant dans les provinces canadiennes. Nous noterons que cette compréhension du bijuridisme canadien était nettement moins prédominante avant l'adoption de cette nouvelle loi. C'est pourquoi nous ferons nôtre les diverses recommandations émises au sujet de l'avenir du bijuridisme canadien en espérant que "(...) le bijuridisme canadien continuera d'être une caractéristique originale et enviée à l'échelle internationale s'il peut compter sur le soutien de la Cour suprême et de la communauté juridique en général mais aussi sur l'appui des autorités politiques"[85].

---

[82] *Loi n° 1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. 4 (ci-après appelée *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*).

[83] *Ibid*; consulter aussi à ce sujet le "préambule"de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*.

[84] *Loi d'interprétation*, L.R.Q. (1985), c. I-21. L'article 8.1 prévoit que "[l]e droit civil et la common law font pareillement autorité et sont tous deux sources de droit en matière de propriété et de droits civils au Canada et, s'il est nécessaire de recourir à des règles, principes ou notions appartenant au domaine de la propriété et des droits civils en vue d'assurer l'application d'un texte dans une province, il faut, sauf règle de droits s'y opposant, avoir recours aux règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l'application du texte." L'article 8.2 de cette loi prévoit que "[s]auf règle de droit s'y opposant, est entendu dans un sens compatible avec le système juridique de la province d'application le texte qui emploie à la fois des termes propres au droit civil de la province de Québec et des termes propres à la common law des autres provinces, ou qui emploie des termes qui ont un sens différent dans l'un et l'autre de ces systèmes."

[85] Louise LAVALLÉE, *Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la cour suprême du Canada depuis l'adoption du Code civil du Québec*, document préparé pour le ministère de la Justice du Canada; ce document peut être consulté le site internet du "ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après:http://canada.justice.gc.ca/fr/dept/pub/httf/fascicule3b.pdf.

Ces observations relatives au droit constitutionnel canadien étant complétées, nous jugerons important de noter tout au cours de cette thèse que les acteurs appelés à intervenir dans le respect du droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux québécois et des provinces canadiennes de common law seront nombreux. En raison de la minorité de l'enfant ou dans certains cas, en raison de la fragilité de l'enfant, l'exercice du droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux dépendra dans une large mesure de l'intervention des parents ou du tribunal. Puisque depuis la réforme du *Code civil du Québec* les parents exercent désormais ensemble leur autorité parentale à l'égard de leur enfant mineur[86], nos recherches nous permettront de constater que le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux demeurera limité par les droits des parents ou de l'intervention du tribunal, une réalité faisant partie intégrante de la problématique soulevée[87].

Une brève incursion dans le domaine des sciences humaines à la lumière des études répertoriées dans le cadre des décisions judiciaires et arrêts consultés, nous permettra de constater que la mise en oeuvre du droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux se situera véritablement à la jonction du droit, des sciences humaines et de l'intervention psychosociale.

---

[86]Art. 600 al. 1 C.c.Q. "Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale"; art. 604 C.C.Q. "En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorité la conciliation des parties."
[87]Au sujet de l'autorité parentale, consulter Mireille D. CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 211; Ethel GROFFIER-ATALA, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale", (1977) *R.G.D.* 223; Ruth ST-PIERRE, "L'autorité parentale en droit québécois", dans Jacques BEAULNE et Michel VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial. Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 205; voir *infra*, Titre premier, Chapitre premier, Section I, Sous-section C,1) La puissance paternelle, p. 44.

Elle nécessitera une collaboration étroite, plus soutenue et encore mieux coordonnée de la part des divers intervenants en cause.

Quand au rôle de l'État ainsi que de celui des divers législateurs appelés à faire respecter le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde, le regard critique que nous aurons choisi de porter à cet égard nous incitera à nous interroger sur les défis que les législateurs auront à relever en la matière. Puisqu'il aura toujours été difficile pour l'État de suivre l'évolution de la société, la recherche d'un juste équilibre entre l'écoute de la parole de l'enfant et l'encadrement législatif requis afin d'assurer le respect d'un tel droit nous semblera l'un des exercices les plus délicats à réaliser.

Et même si certains juristes se déclareront satisfaits du travail accompli[88], nous soutiendrons que les divers intervenants au litige au moment de la rupture des parents devront être davantage sensibilisés à la situation vécue par l'enfant si nous ne voulons pas que l'enfant soit contraint au silence à un moment aussi crucial de sa vie[89]. Force sera conséquemment de reconnaître la nécessité d'intégrer de nouvelles mesures législatives visant à assurer une meilleure coordination des dispositions législatives existantes tant sur la scène nationale qu'internationale et d'en assurer une meilleure concertation.

Mais avant d'analyser plus en détail les modalités d'écoute de la parole de l'enfant ayant trait à sa garde devant les tribunaux québécois et des provinces canadiennes de common law (Titre deuxième), nous proposerons l'étude du droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux québécois et des provinces canadiennes de common law (Titre premier). Ainsi, verra-t-on si et dans quelle mesure la mise en oeuvre de ce droit tient les promesses de sa conquête.

---

[88]Brenda COSSMAN et Roxanne MYKITIUK,"Reforming Child Custody and Access Law in Canada: A Discussion Paper", (1998) 15 *Rev. Can. D. Fam.* 13.

[89]Judith S. WALLERSTEIN, Julia M. LEWIS et Sandra BLAKESLEE, *The Unexpected Legacy of Divorce, A 25 Year Landmark Study*, New York, Hyperion, 2000, à la page xxiv, les auteures font état des mythes existant en matière de divorce dont la croyance voulant que le divorce ne serait qu'une période transitoire. Selon les auteures, cette croyance empêcherait les principaux intervenants en matière familiale de s'attarder aux répercussions à plus long terme de la désunion des parents sur les enfants et occulterait toute tentative de résolution de la problématique posée.

Titre premier: Le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux

L'écoute de la parole de l'enfant, qui aura connu une évolution considérable au cours des dernières décennies, s'inscrira au coeur de l'évolution de l'ensemble des droits de l'enfant, corrolaire de l'évolution de l'ensemble des droits qui prévalent pour tout individu. Afin de mieux comprendre l'évolution des droits de l'enfant en matière familiale et de mieux comprendre la place qu'y occupe l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux, nous exposerons dans ce titre les principaux droits de l'enfant reliés à son écoute. Pour ce faire, nous tiendrons compte des principes reconnus tant dans la législation et la jurisprudence tant canadiennes (Chapitre premier) qu'internationales (Chapitre deuxième). Prendre connaissance des travaux déjà réalisés par les divers législateurs relativement aux droits de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux nous permettra également de mieux comprendre l'importance d'assurer un encadrement plus rigoureux des modalités d'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents.

Chapitre premier: Le droit de l'enfant à être entendu sur la scène nationale

Le droit de l'enfant de se faire entendre quant à sa garde a été officiellement reconnu au Québec par l'adoption de l'article 34 du *Code civil du Québec*. Le bien fondé de ce droit nous semble clairement établi. Toutefois, force est d'admettre que les méthodes d'écoute n'ont pas encore été clairement définies par les législateurs et tribunaux. L'obligation formelle imposée par le législateur québécois d'entendre le point de vue de l'enfant lorsque son intérêt est en jeu et que son âge et son

discernement le permettent ne constitue nullement, en matière de garde à tout le moins, un devoir d'écouter systématiquement le point de vue de l'enfant. Qui plus est, tel que mentionné, nos recherches montreront que les méthodes d'écoute de la parole de l'enfant susceptible d'applications multi-directionnelles au gré de chacun pourront engendrer une certaine confusion et des difficultés diverses en l'absence de lignes directrices précises.

Un regroupement des principaux thèmes d'étude proposés nous permettra d'examiner, sous trois angles distincts, le droit de l'enfant d'être entendu sur la scène nationale, le premier portant sur l'étude des droits de l'enfant (Section I), le deuxième sur la garde de l'enfant et son intérêt supérieur (Section II) et le troisième sur l'importance d'écouter la parole de l'enfant en matière de garde (Section III).

Section I: Les droits spécifiques de l'enfant

À une époque où les droits de l'enfant ne cessent d'évoluer, le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux constitue l'un des principaux jalons reliés à la reconnaissance formelle des droits de l'enfant. Au Canada, le droit de l'enfant de se faire entendre en matière de garde devant les tribunaux s'appuie sur des assises juridiques solides. En effet, les diverses dispositions législatives relatives à l'écoute de l'enfant constituent le prolongement naturel des nombreuses décisions judiciaires destinées à faire reconnaître le droit de l'enfant à être entendu sur sa garde et les réformes législatives les plus récentes ainsi que la réforme du droit de la famille de

1980 ont été déterminantes à cet égard[90]. Elles ont transformé en profondeur les principes fondamentaux relatifs à la famille contenus au Code civil du Bas-Canada de 1866[91].

Dans la présente section, les principaux éléments reliés à l'étude des droits de l'enfant seront présentés en trois sous-parties. Dans la première, nous étudierons les droits de l'enfant en tant que personne à part entière (Sous-section A), dans la deuxième, nous examinerons le processus d'acquisition progressive de l'autonomie juridique du mineur (Sous-section B) et, dans la troisième, nous présenterons certains commentaires relatifs à l'enfant aux prises avec l'autorité de ses parents (Sous-section C).

Sous-section A: L'enfant, une personne à part entière

Le législateur québécois a choisi de reconnaître les droits de l'enfant de façon plus particulière avec l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*. Avec cette reconnaissance formelle des droits de l'enfant, certains auteurs ont proclamé haut et fort que l'enfant avait acquis un nouveau statut juridique, celui d'enfant "sujet de droit". Il importe de nous attarder quelque peu sur cette qualification avant d'examiner en profondeur le droit de l'enfant de se faire entendre en matière de garde.

---

[90]Renée JOYAL et Mario PROVOST, "La *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur", dans Renée JOYAL (sous la direction de), *L'évolution de la protection de l'enfance au Québec: des origines à nos jours*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 179; *supra*, note 61.

[91]Notons toutefois que le nouveau *Code civil du Québec* s'inscrit dans la continuité des réformes amorcées au cours des années 1980 avec la filiation des mineurs (art. 522 C.c.Q. et suivants) et son émancipation.

1) L'enfant, "sujet de droit"

En considérant l'enfant comme "sujet de droit", deux conceptions relatives aux droits de l'enfant sont mises en relief. Il s'agit dans un premier temps de la vision autonomiste des droits de l'enfant, puis de celle de la vision protectionniste de ses droits.

a) La vision autonomiste des droits de l'enfant

Les tenants de la vision autonomiste des droits de l'enfant affirment que l'enfant doit être considéré comme l'égal de l'adulte[92]. Cette vision, poussée à l'extrême, ferait en sorte qu'aucune dépendance entre l'adulte et l'enfant ne devrait exister. Selon les tenants de cette vision, les parents de l'enfant ne seraient que des conseillers à leur enfant. En fait, ils ne tiendraient qu'un rôle de conseillers et d'appuis auprès de celui-ci puisque selon eux, le libre arbitre de l'enfant demeurerait aussi valable que celui des parents[93]. Avec l'adoption de ces dispositions législatives, il semblerait que les enfants soient appelés à devenir d'abord adulte avant même d'être enfant!

---

[92]John EEKELAAR, "The importance of thinking that children have rights", dans Philip ALSTON, Stephen PARKER et John SEYMOUR, *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 228.
[93]Caroline R. MARGOLIN, "Salvation vs Liberation: The Movement for Children's Rights in an Historical Context", (1978) 25 *Social Problems*, p. 441.

Les tenants plus modérés d'une telle vision réclament plutôt l'indépendance de l'enfant, une indépendance qui pourrait être assortie de directives protectrices en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, nous notons que "(...) cette branche de la thèse autonomiste favorise certes l'enfant en tant qu'individu indépendant de ses parents et qui doit jouir lui-même des garanties dues à son état d'être humain dissociable du noyau familial (...), mais elle est perméable aux protections spéciales qui permettront à l'enfant d'exercer plus efficacement son rôle d'individu, en palliant aux carences d'expérience et de connaissance que le jeune âge d'une personne ne peut manquer d'entraîner"[94]. Les tenants de cette vision se disent satisfaits de l'adoption de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* de 1989, puisqu'elle s'inscrirait dans une telle optique en accordant des droits à l'enfant et non aux parents, qui sont alors considérés comme de simples accompagnateurs ou encore conseillers de l'enfant. Les tenants de cette vision approuveraient le fait qu'en vertu de cette Convention, l'exercice des droits de l'enfant soit laissé à la discrétion de l'enfant, une approche qui milite en faveur d'une vision autonomiste des droits de l'enfant.

Une auteure française soulignait à ce propos que "[l]e souci de protection de l'enfant ne doit pas occulter le fait qu'il est titulaire de prérogatives dont il convent de lui laisser l'exercice. Ce souci a conduit les États à s'entendre pour reconnaître à l'enfant une certaine liberté juridique pour agir. L'avancée la plus spectaculaire concerne certainement la parole de l'enfant en justice. De ce point de vue, les apports des conventions internationales n'ont pas été sans incidence sur notre droit. Bien que l'enfant n'ait pas encore d'accès direct à la justice en France, il peut être entendu, et doit être

---

[94]Sophie POULIOT, "L'enfant, les parents et l'État: le ménage à trois est-il possible?", dans PRIX CHARLES-CODERRE (1998), *La protection de l'enfant: évolution*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999, p. 217, à la page 239.

représenté"[95].

Il faut noter par ailleurs que, selon certains auteurs, l'incapacité du mineur ne constituerait aucunement une limitation de sa sphère d'autonomie mais plutôt un système de protection de l'enfant[96]. Observons au cours de la prochaine sous-section la position des tenants d'une vision protectionniste des droits de l'enfant.

b) La vision protectionniste des droits de l'enfant

De leur côté, les tenants de la vision protectionniste des droits de l'enfant exigent que l'enfant soit protégé par ses parents et refusent que d'aussi jeunes individus soient laissés seuls à eux-mêmes dans l'exercice de leurs droits.

Selon les tenants de cette vision, les décisions prises par l'enfant demeurent exemptes de tout sens de responsabilité d'où la nécessité pour les parents d'intervenir[97]. Selon les tenants de cette vision, l'enfant aurait besoin d'être protégé contre lui-même par un adulte qui connaîtrait mieux que lui son propre bien. À ce titre, la *Loi sur la protection de la jeunesse* s'inscrirait dans une telle ligne de pensée puisqu'elle se veut au service de l'enfant et fait appel à la responsabilité des parents dans

---

[95]Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la direction de), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, p. 682; consulter également V.E. MATTEI, *La parole et les nouveaux droits de l'enfant en justice, L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 447.
[96]Michel BAUER et Thierry FOSSIER, *Les tutelles, protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, 2e éd. rev. et augm., Paris, ESF, 1996; J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.* note 95.
[97]Laura M. PRUDY, "Why Children Shouldn't Have Equal Rights", (1994) 2(3) *The International Journal of Children's Rights* 223, 238.

la protection de leur enfant[98].

Si nous avons jugé important de faire certaines observations sur les visions autonomistes et protectionnistes des droits de l'enfant, il nous semble tout aussi important d'apporter certaines précisions d'ordre juridique sur les propos tenus par de nombreux juristes au sujet du nouveau statut de l'enfant.

2) Certaines précisions d'ordre juridique

Avec l'adoption du *Code civil du Québec*, plusieurs auteurs ont affirmé que l'enfant ne constituait plus ce simple "objet de droit" qu'il avait été pendant plusieurs siècles, mais bien qu'il devenait un véritable "sujet de droit". La mise en opposition des concepts enfant "objet de droit" et enfant "sujet de droit" pourra facilement jeter la confusion dans les esprits. Cette déclaration nous a incité à nous interroger davantage sur les droits véritables détenus par l'enfant au cours des dernières années.

Pour certains, les nouveaux articles 32 à 34 C.c.Q. constituent une mini-charte des droits de l'enfant[99] selon laquelle l'incapacité du droit ancien de l'enfant est remplacée par une capacité variable délimitée par la loi. À ce titre, l'enfant est désormais considéré comme un "sujet" actif apte à

---

[98]S. POULIOT, *loc.cit.*, note 94, p. 253.
[99]J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 7, p. 4 115.

participer au processus judiciaire relatif à ses droits[100]. Ce statut d'enfant "sujet de droit" risque toutefois d'être trompeur et de prêter à confusion puisqu'il faut reconnaître que l'enfant était malgré tout détenteur de droits bien avant l'adoption de ces nouvelles dispositions législatives en matière familiale.

Ceux qui ont proclamé que l'enfant était nouvellement devenu "sujet de droit" auront essentiellement affirmé que "[d]'enfant, objet de la sollicitude et la bienveillance des adultes, il devient sujet de droits, c'est-à-dire véritablement propriétaire de droits qu'il peut exercer de manière autonome (...) [ceci constituant] la première fois dans l'histoire du droit, à notre connaissance, qu'un tel statut est octroyé à l'enfant"[101]. Mais affirmer que l'enfant peut exercer ses droits de manière autonome pourrait sembler quelque peu excessif puisqu'un enfant ne peut, à tout âge, exercer seul tous les droits dont il est désormais le détenteur. La réalité juridique de l'enfant nous invite à faire preuve de nuances à cet égard.

C'est ainsi que ceux qui auront été les plus réticents à affirmer que l'enfant avait désormais obtenu un nouveau statut en devenant "sujet de droit" auront souligné à juste titre nous semble-t-il que l'enfant, comme tout citoyen, possédait conformément à loi une personnalité juridique depuis

---

[100]Claire BERNARD, Robin WARD et Bartha Maria KNOPPERS, "Best Interests of the Child' Exposed: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law", (1992) 11 *Rev. Can. D. Fam.* 57, 131. Les auteures indiquent que "[r]ecognizing children as having rights independant of their parents involves seing the child's role as participatory, that is subject actively involved in the legal process and not object over which a legal battle is fought."

[101]Jean ZERMATTER, président de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille, "notes introductives", dans Mamoud ZANI, *La Convention internationale des droits de l'enfant: Portée et limite*, Paris, Éditions Publisud, 1996, p. xiii.

plusieurs années[102]. Le législateur québécois avait été sans équivoque à ce sujet en spécifiant, dès 1971, à l'article 18 C.c.Q., que tout être humain possède la personnalité juridique et qu'il a la pleine jouissance des droits civils. Sous le régime du Code civil du Bas-Canada, nul ne doutait que l'enfant détenait une telle personnalité même en l'absence de texte précis sur le sujet[103]. Seul l'exercice des droits de l'enfant demeurait limité par l'application des règles relatives à l'incapacité des mineurs[104].

D'un point de vue historique, en droit romain, même si le détenteur de la puissance paternelle exerçait des droits de vie et de mort sur son enfant qui lui était soumis, l'enfant détenait un statut. Ce statut était faible certes, mais tout de même certain[105]. De plus, au fil des ans, les législateurs des pays occidentaux lui ont reconnu une capacité juridique accrue. Le processus fut très lent il est vrai mais tout de même engagé.

---

[102]Art.1C.c.Q.; consulter également OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Rapport sur le Code civil du Québec, Commentaires, tome 1, livres 1 à 4*, tome 2, Québec, Éditeur Officiel, 1978, à la page 3, les auteurs soulignent que "[l]a personne est sujet de droit. En tant qu'être capable d'avoir des droits et des devoirs. Elle constitue dans le Code civil, la pierre d'angle de l'ensemble des relations juridiques qui y sont prévues."

[103]Art. 18 C.c.B.C. "Tout sujet britannique est, quant à la jouissance des droits civils dans le Bas Canada, sur le même pied que ceux qui y sont nés, sauf les dispositions particulières resultant du domicile"; art. 20 C.c.B.C. "Est sujet britannique par droit de naissance, tout individu qui nait dans une partie quelconque de l'empire britannique (...)."

[104]Art. 155 C.c.Q. "Le mineur exerce ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi."

[105]C.-C. ARION, *De la puissance paternelle, à Rome, en France et en Roumanie. Thèse pour le doctorat*, Paris, Typographie N. Blanpain, 1878, p. 3; au sujet de la puissance paternelle en droit romain et du droit de propriété du détenteur du *patria potestas* sur ses enfants, l'auteur indique à la page 33 que "[j]amais cette idée n'a dominé dans le droit romain, jamais il n'y eut cette assimilation de la personne de la femme ou de l'enfant à une chose. Si l'esclave était dépourvu de toute personnalité, le fils de famille en avait une."

Par son statut d'être humain, nous reconnaîtrons que l'enfant détenait déjà la capacité de jouissance de ses droits puisqu'à ce titre, l'enfant pouvait être considéré "sujet de droit" bien avant les réformes des dernières années. Nous retiendrons à ce propos les commentaires de la professeure Marie-Thérèse Meulders-Klein qui soulignait que "(...) nul n'oserait douter que toute personne humaine acquiert cette qualité dès sa naissance, et même virtuellement dès avant celle-ci, au moins jusqu'ici dans nos pays européens. Au surplus, tout enfant jouit des mêmes droits fondamentaux, en tant que citoyen, sous réserve de la capacité et du pouvoir de les exercer lui-même en fait et en droit (...)"[106].

Aux fins de la présente thèse, nous retiendrons que cette opposition entre enfant "sujet de droit" et enfant "objet de droit" se rapporte davantage à l'exercice autonome par l'enfant de ses droits[107] et que cette opposition fait plutôt appel à un titre accrocheur qu'à une réalité juridique bien établie. À cet égard, nous constaterons que l'autonomie juridique de l'enfant demeurera largement tributaire des adultes qui l'entourent. Cette autonomie grandissante de l'enfant pourrait être totalement ignorée au moment de la désunion de ses parents par manque d'encadrement approprié quant aux modalités d'écoute relatives à sa garde. Observons dans la prochaine sous-section les principales composantes relatives à l'autonomie juridique du mineur.

---

[106]Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, "Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille: Un voyage sans destination?", (1996) (1) *Annales de Droit de Louvain* 3, 23.

[107]Geneviève BICH, "La représentation de l'enfant dans le système judiciaire", dans PRIX-CHARLES CODERRE (1990), *La représentation de l'enfant dans le système judiciaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p.1, à la page 6, l'auteure déplore la longue absence de capacité d'exercice du mineur en précisant que "(...) ces lois n'octroyaient pas aux enfants une personnalité juridique véritable, une faculté de jouissance et d'exercice réelles de leurs droits, leur attribuant plutôt un statut de la nature de celui de 'pupille' de l'État et ce, uniquement lorsque les parents n'étaient plus en mesure d'exercer leur toute puissante autorité parentale."

Sous-section B: L'enfant et son autonomie juridique

Les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* s'inscrivent dans l'énonciation des principes fondamentaux visant à promouvoir l'autonomie juridique de l'enfant[108] et la reconnaissance de ses droits[109], la nouvelle autonomie juridique de l'enfant se situant au carrefour des concepts d'autonomie et de protection de l'enfant, d'où l'importance nous semble-t-il de mieux définir ces deux concepts.

---

[108]À titre de résumé des principales dispositions législatives adoptées par le législateur québécois ayant trait à l'acquisition graduelle de l'autonomie du mineur, notons que le mineur peut exercer ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi (art. 155 C.c.Q.). De cette façon, le mineur de quatorze ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi ou à l'exercice de son art ou de sa profession (art. 156 C.c.Q.). Le mineur peut, selon l'article 157 C.c.Q., contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels. L'âge de la majorité demeure toujours le point culminant relativement à l'autonomie du mineur puisque le second alinéa de l'article 153 C.c.Q., eu égard à l'obtention de sa majorité, prévoit que "[l]a personne, jusqu'alors mineure, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils." Cette capacité d'exercice permet à l'enfant d'être libéré de la tutelle de ses parents qui agissaient jusqu'alors en tant que tuteurs légaux à l'enfant. La seule façon de limiter la capacité du majeur est celle prévue par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection (art. 154 C.c.Q.). Le mineur âgé de quatorze ans et plus peut, dans un but médical ou scientifique, donner son corps ou autoriser sur celui-ci le prélèvement d'organes et de tissus (art. 43 C.c.Q.). Le mineur de quatorze ans et plus peut présenter lui-même une demande de changement de nom, mais il doit alors aviser le titulaire de l'autorité parentale et le tuteur, il peut aussi s'opposer seul à une demande (art. 66 C.c.Q.). L'adopté mineur de quatorze ans et plus a le droit d'obtenir les renseignements qui lui permettront de retrouver ses parents si ces derniers y ont préalablement consentis (art. 583 C.c.Q.); voir également l'article 21 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2.

[109]É. DELEURY et M. RIVET, *loc. cit.*, note 74, 17; Jean PINEAU et Monique OUELLETTE, "La protection de l'enfant dans le droit de la famille", (1978) 9 *R.D.U.S.* 76,78; Mario PROVOST, "Le mauvais traitement de l'enfant: perspectives historiques et comparatives de la législation sur la protection de la jeunesse", (1991) 22 *R.D.U.S.* 1, 5.

Page 42 missing.

2) L'acquisition progressive de l'autonomie juridique du mineur

Grâce aux nouvelles dispositions législatives du *Code civil du Québec*, dans certaines situations spécifiques[112], l'enfant peut désormais exercer seul ses droits sans que la présence de ses parents ne soit nécessaire[113]. En favorisant l'acquisition progressive de l'autonomie juridique de l'enfant, le législateur désire ainsi refléter la nouvelle réalité vécue par l'enfant:

> "La minorité est donc la période où la personne acquiert graduellement une pleine capacité. Ce passage est marqué arbitrairement de certains seuils. Suivant qu'il a six, sept, dix, douze, quatorze ou seize ans, la loi lui reconnaîtra des droits scolaires, une faculté de discernement du bien et du mal, une capacité de donner son avis, d'être pénalement responsable, de donner son consentement à certains actes qui le concerne ou de travailler. Il a semblé difficile d'attribuer aux mineurs la pleine capacité. Une telle proposition n'a pas semblé réaliste, d'autant plus qu'elle ne répond pas aux lois de la nature. En effet, l'être humain est ainsi fait qu'il acquiert graduellement science, jugement, maturité et sagesse."[114]

Cette autonomie acquise par l'enfant demeure toujours reliée à son besoin de protection. Ainsi, même s'il acquiert graduellement science, jugement, maturité et sagesse dans l'exercice de ses droits, l'enfant demeure toujours soumis à l'autorité de ses parents, et ce, jusqu'à ce qu'il soit émancipé ou atteigne l'âge de la majorité. Afin de mieux comprendre les aspects juridiques reliés aux droits et devoirs des parents à l'égard de leur enfant, il convient de retracer les origines de l'autorité parentale.

---

[112]J.-P. SENÉCAL, *op. cit.*, note 7, p. 4 119.
[113]Voir l'article 159 al. 2 du C.c.Q.; l'article 56 C.p.c. indique qu'"[i]l faut être apte à exercer pleinement ses droits pour ester en justice (...). Celui qui n'est pas apte à exercer pleinement ses droits doit être représenté, assisté ou autorisé, de manière fixée par les lois qui régissent son état et sa capacité (...). L'irrégularité résultant du défaut de représentation (...) n'a d'effet que s'il n'y est pas remédié, ce qui peut être fait rétroactivement en tout état de cause, même en appel."
[114]MINISTÈRE DE LA JUSTICE. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 65, p. 93.

Sous-section C: L'enfant et l'autorité de ses parents

Puisque le concept de l'autorité parentale a remplacé l'ancien concept de la puissance paternelle, relent d'une époque révolue[115], les parents sont désormais tuteur légaux de l'enfant et doivent assurer le respect des droits de leur progéniture. Il conviendra ainsi d'étudier plus à fond ces concepts. Dans le cadre de la présente sous-section, nous examinerons les composantes de l'antique puissance paternelle et apporterons certains commentaires relatifs au contrôle étatique de l'autorité parentale.

1) La puissance paternelle

La puissance paternelle considérée comme un droit naturel détenu à l'époque romaine par le patriarche de la famille a subi comme nous l'avons noté d'importantes transformations au fil des ans. En Europe, ces transformations ont été plus marquées dans les pays de droit coutumier que dans les pays de droit écrit[116]. La puissance paternelle qui a été insérée au Code civil du Bas-Canada en 1866 se définissait comme "(...) l'ensemble des pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents"[117] bien que dans les faits, pendant le mariage seul le père exerçait ces pouvoirs sur l'enfant.

---

[115]Yveline MARTIN et Jacques A.-ULYSSE, "L'autorité parentale: un droit ou un devoir-pour qui!", dans PRIX CHARLES-CODERRES (1984), *L'autorité parentale: un droit ou un devoir-pour qui!*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.1.

[116]Pierre AZARD et Alain-François BISSON, *Droit civil québécois T. I, Notions fondamentales. Famille. Incapacité*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, p.154;Y. MARTIN et J.A. ULYSSE, *loc. cit.*, note 115, p. 13.

[117]Jean PINEAU, *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, p.188. Ethel GROFFIER-ATALA, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale", (1977) *R.G.D.* 223.

Puisque le détenteur de la puissance paternelle assurait la protection de l'enfant, l'État était mis en retrait des relations familiales et n'y intervenait qu'en des circonstances exceptionnelles. Le professeur Trudel affirmait à ce propos que "[l]a famille a priorité sur l'état parce que ce dernier est organisé en vue de l'épanouissement de celle-là. La société familiale a donc besoin d'une autorité: c'est la puissance paternelle. Elle y est aussi nécessaire que l'autorité du gouvernement est essentielle à l'état"[118]. Certains auteurs n'avaient-ils pas d'ailleurs soutenu à ce sujet que "(...) vu la faiblesse de corps et de caractère qui marque cet enfant dans les premières années de sa vie, et même jusqu'à sa majorité ou son émancipation, la puissance paternelle permet aux parents de soustraire l'enfant à ses mauvais penchants, ainsi qu'aux mauvais exemples, voire aux sollicitations dangereuses des tiers (...)"[119].

Le Code civil du Bas-Canada donnait aux père et mère tous les pouvoirs pour leur permettre d'exercer leur autorité parentale sur leur progéniture. Ces pouvoirs étaient principalement exercés par le père. Seules quelques dispositions législatives du Code civil du Bas-Canada définissaient les liens juridiques existant entre parents et enfant[120]. À ce propos, nous notons que la Cour suprême du Canada avait reconnu dans un arrêt du début du XXe siècle l'importance de l'institution familiale et le maintient de son unité en indiquant que "[t]he normal well ordered home is unquestionably

---

[118]Gérard TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. II, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 174.
[119]P. AZARD et A.-F. BISSON, *op. cit.*, note 116, p.154.
[120]Art. 242 C.c.B.C. "L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère"; art. 243 C.c.B.C. "Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage (...)".

preferable to the foster home, however well ordered"[121].

Le principe de puissance paternelle étant devenu désuet, il était devenu plus que temps que le législateur québécois le remplace par celui de l'autorité parentale qui traduit mieux les devoirs et les responsabilités des deux parents à l'égard de leur enfant.

2) L'autorité parentale

Avec l'abolition de la puissance paternelle en 1977[122], l'entrée en vigueur de la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*[123] et l'adoption du concept de l'autorité parentale, le rôle de parent a subi une transformation radicale[124]. Cette transformation qui découle du principe d'égalité des époux proclamé par l'article 47 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, a permis aux père et mère de devenir égaux dans l'exercice de leurs droits envers leur enfant, et par choix du législateur, d'être tous deux soumis, dans l'exercice de leur autorité, à un certain contrôle de l'État[125]. Dans le cadre de l'étude de l'autorité parentale, nous énoncerons les droits et devoirs des parents, la façon dont l'autorité parentale peut être exercée conjointement et ce qu'il peut advenir lorsque les parents ne s'accordent pas sur la façon d'exercer leur autorité parentale.

---

[121]*Stevenson* c. *Florant*, précité, note 20, 548, dans cet arrêt, le juge Rinfret a fait sien les propos tenus par le chandelier Boyed dans *In re D'Andrea*, (1916) 37 O.L.R. 30, 33.
[122]*Loi modifiant le Code civil*, précitée, note 62.
[123]*Supra*, note 63.
[124]OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 102, à la page 213, les auteurs soulignent que "[l]es parents possèdent des droits, mais ces droits ne leurs sont accordés que pour mieux remplir leurs obligations à l'égard de l'enfant."
[125]D. POIRIER, *loc. cit.*, note 29.

a) Les droits et les devoirs des parents

Le *Code civil du Québec* ne donne aucune définition du concept de l'autorité parentale et conséquemment le principe existant voulant que les parents sont dans l'obligation d'acquitter leurs devoirs envers leurs enfants demeure[126]. La mise en place du concept d'autorité parentale par le législateur viendra rétablir nous semble-t-il l'équilibre existant entre père et mère quant à l'exercice de leurs droits et leurs devoirs sur leur enfant. Les parents, détenteurs de l'autorité parentale, deviennent non seulement détenteurs de droits mais aussi investis de devoirs à l'égard de leurs enfants[127]. L'équilibre des responsabilités et des devoirs parentaux constitue désormais un principe de droit reconnu tant au Québec qu'ailleurs dans certains pays occidentaux[128].

Nous noterons par ailleurs que le concept de l'autorité parentale demeure pour l'instant encore inconnu dans les provinces canadiennes de common law. En effet, "la common law connaît plutôt la notion de *custody* ou, plus précisément, de *lawful custody*, qui fait référence au parent détenant légalement la garde de l'enfant"[129]. Nous aurons l'occasion d'approfondir cette importante distinction

---

[126]E. GROFFIER-ATALA, *loc. cit.*, note 117, 223. J. PINEAU, *op. cit.*, note 117, p. 276; consulter aussi pour la France, Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil-Les personnes, la famille, les incapacités*, 5e éd., Paris, Dalloz,1983, p. 740.

[127]Art. 599 C.c.Q. "Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant."

[128]Voir *infra*, Tire premier, Chapitre premier, Section II, Sous-section A: L'enfant et sa garde, p. 58.

[129]Marie-Noëlle POURBAIX, "L'abandon d'enfants: du Québec à la France en passant par l'Ontario", (1998) 29 *R.G.D.* 133,148. Notons que le projet de loi fédéral C-22 ayant pour objectif de modifier la *Loi sur le divorce* de 1985 proposait l'adoption du nouveau concept de responsabilité parentale devant être exercée par les deux parents suite à leur divorce, concept similaire à celui d'autorité parentale existant en droit civil québécois; voir *supra*, note 26; voir également *infra*, Titre premier,

dans la présente thèse. Pour l'instant, nous retiendrons qu'une autorité parentale commune exercée par les parents ne se traduit pas nécessairement par l'obtention de pouvoirs égaux bien que cette autorité parentale puisse offrir à chacun des parents le droit de participer à la décision commune et, si mésentente il y a, d'en assurer l'exercice par l'intervention de l'autorité judiciaire appropriée.

b) L'exercice conjoint de l'autorité parentale

L'autorité parentale est constituée d'attributs distincts[130] et peut être exercée par l'un ou l'autre des parents. Au moment de la rupture, en droit civil québécois à tout le moins, l'exercice de l'autorité parentale est similaire à l'autorité parentale exercée pendant l'union des parents bien que cette affirmation puisse faire l'objet d'interprétations divergentes de la part de certains auteurs et juristes et plus particulièrement des juges de la Cour suprême du Canada[131]. Un arrêt de la Cour suprême sur la question nous apparaît contestable en plusieurs points et nous aurons l'occasion d'y revenir plus en détail dans cette thèse[132].

Pour surmonter les difficultés qui pourraient survenir au moment de la désunion des parents, certains auteurs ont recommandé que le tribunal puisse expressément ordonner aux parents d'exercer

---

Chapitre premier, Section II, Sous-section A, 1 b) La garde dans les provinces de common law, p. 63.

[130]Article 599 C.c.Q.

[131]*P. (D.)* c. *S.(C.)*, précité, note 23. Voir *infra*, Titre premier, Chapitre premier, Section II, Sous-section A, 2 b) Des opinions divergentes, p. 68.

[132]Voir *infra*, Titre premier, Chapitre premier, Section II, Sous-section A, 2 a) Les enseignements de la Cour suprême du Canada, p. 66.

ensemble et conjointement leur autorité parentale au moment de leur rupture[133]. Nous noterons que le concept d'autorité parentale apporte de nouvelles considérations à la philosophie antérieure du Code civil du Bas-Canada de 1866 selon laquelle les parents ne détenaient que des droits sur leur progéniture et les enfants, que des devoirs à l'égard de leurs parents[134]. Le concept d'autorité parentale prévu au *Code civil du Québec* fait désormais en sorte que les parents détiennent non seulement des droits mais aussi des devoirs envers leurs enfants, bien que les pratiques aient été plus nuancées à cet égard au cours des dernières années. Dans l'arrêt *Young*, la juge L'Heureux-Dubé s'exprimait ainsi à ce propos:

> "(...) les droits parentaux ont pour fonction, dans la société moderne, non pas de permettre l'exécution forcée des pouvoirs de garde et de surveillance dont les parents sont titulaires à l'égard de leurs enfants, mais de permettre aux parents de s'acquitter de leurs obligations envers eux."[135]

---

[133]Michel TÉTRAULT, *La garde partagée: l'exercice conjoint de l'autorité parentale: le recours autonome de l'enfant*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 31. Pour la situation en France, voir *infra*, note 153.

[134]Louis BAUDOUIN, "Puissance paternelle", (1954) 14 *R. du B.* 478, 482 où l'auteur indique que "[l]a puissance paternelle, qui est avant tout une fonction comportant en premier lieu des obligations, a, dans le droit de la province de Québec, des exigences, un rigorisme et un esprit qui lui sont propres. Enracinée dans le droit naturel, elle est entourée d'un réseau de devoirs, d'obligations que soulignent à l'envie doctrine et jurisprudence de cette province. La puissance paternelle est affirmée comme un droit inaltérable."

[135]*Young* c. *Young*, précité, note 22, 59.

Cette différence étant relevée, examinons de quelle façon le législateur assurera le contrôle de la nouvelle autorité parentale et la façon dont l'enfant y trouvera sa place afin de s'y faire entendre, le nouveau rôle de l'État entraînant d'importantes modifications à la dynamique familiale qui aura prévalu tout au cours des dernières décennies.

3) Le contrôle de l'exercice de l'autorité parentale par l'État

La mise en place du concept d'autorité parentale par le législateur québécois a transformé de façon notoire la façon dont les rôles parentaux sont désormais exercés par ces derniers. En fait, la mise en place de ce concept permet une intervention plus marquée de l'État dans la gestion de la famille. Lorsque les parents voudront soumettre leurs conflits familiaux au tribunal, seul l'un d'entre eux pourra avoir gain de cause compte tenu du système judiciaire actuel. Il va de soi que l'autre parent devra vivre avec les conséquences de la décision rendue puisque seul le tribunal sera appelé à trancher le débat. Tout litige soumis au tribunal risquera de faire des heureux et des malheureux. Nous faisons conséquemment nôtres les propos tenus par la professeure Glendon sur le sujet à l'effet que"(...)de même que des droits hyper-libertariens ne devraient pas être utilisés pour miner la protection de la famille, la défense de celle-ci ne devrait pas servir à la violation de la dignité humaine des femmes et des enfants"[136].

---

[136]Mary Ann GLENDON, "La tension entre liberté individuelle et protection de la famille dans la déclaration universelle des droits de l'homme", (1999) 59 (1-2) *Annales de Droit de Louvain* 193, 204; à titre d'exemple d'intervention de l'État au sein de l'unité familiale dans les décisions relatives au choix d'école de l'enfant consulter: Sylvie SCHIRM et Pascale VALLANT, "L'exercice de l'autorité parentale: ménage à trois pour l'éducation?", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE.

Afin de mieux saisir les enjeux en cause, nous énoncerons au cours de la prochaine sous-section les principales composantes de cette nouvelle trilogie familiale, la place de l'enfant y étant déterminante à cet égard ainsi que le rôle de l'État.

a) Le rôle de l'État

Si, voilà quelques décennies, l'intervention de l'État dans les relations familiales pouvait choquer, aujourd'hui, cette intervention n'étonne plus. Il peut même apparaître de bon aloi que l'État participe activement à l'administration de la justice familiale lorsque la famille éclate. Il peut également apparaître de bon aloi que l'État soit appelé à intervenir au sein de cette première cellule responsable du développement de l'enfant[137]. Si cette intervention de l'État ne pouvait être limitée, il nous semblerait tout de même nécessaire d'en circonscrire les modalités.

L'État justifie son rôle interventionniste en alléguant la protection de l'enfant. Les auteurs du rapport de l'Office de révision du Code civil de 1977 avait émis certaines réserves quant au rôle des tribunaux en déclarant que "[l]a disposition proposée s'insère dans une perspective plus large d'un droit familial appliqué par un tribunal de la famille, pourvu des services complémentaires spécialisés,

---

BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en matière familiale (2004)*,Cowansville, Éditions Yvons Blais, p. 1.

[137]Jean-Louis RENCHON, "La fonction parentale au temps du divorce", (1994) (3) *Annales de Droit de Louvain*, 259, 283.

indispensables pour être à même d'harmoniser les relations entre parents et enfants"[138].

L'intervention étatique pourrait nous apparaître acceptable si les tribunaux, qui sont les agents de cette intervention, recevaient l'aide appropriée afin de venir véritablement en aide aux familles. Mais nous doutons que la mise en place de mécanismes d'aide puisse réduire la fréquence d'intervention des tribunaux. Ces mécanismes pourraient-ils véritablement aider l'État à assumer son rôle adéquatement?

Compte tenu des changements législatifs apportés relativement à l'autonomie juridique croissante du mineur ainsi qu'à l'intervention marquée de l'État au sein de l'unité familiale, la possibilité qu'une telle intervention puisse miner l'autorité parentale enfants aura été émise[139]. Toutefois, si l'intervention étatique, par l'entremise du tribunal, avait eu pour effet de miner l'autorité parentale, n'aurait-il pas fallu dénoncer ce fait surtout si une telle intervention avait été exercée au détriment de l'enfant? À ce questionnement, d'autres juristes auront affirmé qu'il ne pourrait être

---

[138]OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 102, p. 215.

[139]D. POIRIER, *loc. cit.*, note 29, à la page 126, l'auteur souligne qu'"(...) en enlevant au père son autorité absolue sur les enfants pour la redistribuer aux deux parents, le législateur et les tribunaux s'étaient sentis obligés d'octroyer à l'État l'ultime pouvoir en la matière. On passe donc de normes juridiques domestiques de type patriarcal à des normes juridiques étatique qui, elles aussi, sont de type patriarcal, mais où l'État a remplacé l'homme. La femme accède à l'égalité de pouvoir avec son mari, non pas par le fait qu'elle possède autant de droits qu'il en avait mais par le fait qu'on lui enlève ceux qu'il avait. Ils sont égaux dans la pauvreté des droits. Le fait que les tribunaux ne tiennent plus compte de l'intérêt supérieur de l'enfant du point de vue des parents revient à dire que les parents ne sont plus qualifiés pour décider ce qui représente l'intérêt supérieur de l'enfant. Ou mieux, si les parents sont encore qualifiés, l'État se présente comme super qualifié de manière à se donner l'autorité de reviser les décisions prises par les parents. Comme l'enfant est lui-même trop jeune ou trop immature pour être qualifié en la matière, il faut donc une troisième personne(...)".

possible d'assurer le respect des droits de l'enfant si ses tuteurs légaux, les parents eux-mêmes, refusaient d'exercer les recours appropriés afin d'assurer le respect des droits de leur enfant au moment de leur désunion[140].

Les auteurs des commentaires du projet de Code civil de l'Office de révision du Code civil semblaient d'ailleurs favoriser une telle intervention de l'État auprès de la famille ainsi que la mise en place d'un tribunal à la famille en indiquant à ce propos que "[c]ertains ont reproché au Projet [de Code civil] de vouloir créer ainsi un ménage à trois où le juge détiendrait le pouvoir de décision (...) Il n'y a, d'ailleurs, pas lieu de s'alarmer outre mesure de l'ingérence du juge dans les affaires familiales car le Projet a été conçu dans l'optique d'une réforme parallèle de l'administration de la justice familiale par la création d'un tribunal de la famille (...)"[141]. Par leurs propos, ces auteurs soulevaient tout de même, de façon incidente cependant, que l'intervention étatique pouvait susciter certaines craintes et qu'une réforme de l'administration de la justice familiale se devait d'être mise en place afin d'apaiser les craintes de ses détracteurs. Encore à ce jour, les réformes proposées au regard de la mise en place d'un tribunal de la famille au Québec se font toujours attendre et rien ne laisse

---

[140]L. BINET et E. DELEURY, *loc. cit.*, note 29, à la page 141, les auteures indiquent que "[l]'égalité juridique accordée aux femmes et les droits qui ont été reconnus à l'enfant ont permis de niveler le pouvoir de domination des pères. L'État s'est cependant approprié une partie de ce pouvoir puisqu'il veille, tel un prince, à l'intérêt de ses sujets, et celui des enfants peut être jugé en contradiction ou en conflit avec la manière dont les parents s'acquittent de leurs responsabilités parentales. La socialisation des enfants n'est pas un enjeu privé mais bien social.(...) Et si l'on s'intéresse tant à la famille, ce n'est pas pour la reconnaître comme seul lieu de pouvoir sur les enfants, mais au contraire pour multiplier autour d'elle les interventions qui peuvent aller jusqu'à la tutelle. Car les droits de l'enfant et la défense de son intérêt interrogent ses conditions de vie et de socialisation et la possibilité du contrôle étatique sur ces conditions."

[141]OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 102, p.113.

présager que ces réformes puissent avoir lieu dans un avenir rapproché. Nous pouvons d'ailleurs nous demander de quelle façon la création d'un tel tribunal de la famille pourrait éviter une intervention accrue de l'État si, par l'entremise d'un tel tribunal, l'État demeurait malgré tout appelé à intervenir dans la famille. Or, il nous semble manifeste que l'intervention étatique mise en place par le législateur est appelée à demeurer et que l'État deviendra désormais un acteur incontournable dans l'organisation de la nouvelle structure familiale. À ces questionnements et commentaires, nous considérons donc que la réponse à la problématique soulevée semblera davantage résider dans le délicat équilibre devant prévaloir entre l'autorité parentale et le respect des droits de l'enfant, d'où la nécessaire intervention de l'État.

b) La nouvelle trilogie familiale

Même si l'intervention de l'État dans la famille demeure encore susceptible de générer certaines craintes, nous reconnaissons qu'une telle intervention demeure inévitable. À ce propos, la professeure Meulder-Klein exprimait le souhait que notre société et l'État montrent une plus grande ouverture d'esprit afin d'éviter toute opposition entre l'individu et sa famille et nous invite à rejeter l'individualisme radical et la totale subordination des individus au groupe afin de régler les conflits entre les membres d'une même famille. En reconnaissant que les individus ne peuvent s'épanouir hors de la famille et de la collectivité, la professeure Meulder-Klein favorise la solidarité familiale et recommande au gouvernement de ne pas faire preuve de subsidiarité, ajoutant que le gouvernement ne doit pas usurper les fonctions des membres de la famille qu'il doit aider les familles à faire de leur mieux, surtout ne pas leur nuire[142].

---

[142]M.A. GLENDON, *loc. cit.*, note 136, 205; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 106, 131.

Ces recommandations devront être retenues lors de l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec* au moment de la désunion des parents. Mais puisque la famille devient désormais soumise à l'intervention de l'État, il nous semble utile de noter le rôle plus intrusif que l'État est appelé à jouer au sein de la famille au moment de la désunion des parents. Dans le cadre de nos recherches, nous avons pris note de certaines critiques affirmant que la reconnaissance des droits individuels ne pourra qu'affaiblir la famille. En fait, selon ces critiques, l'intervention étatique pourra créer une opposition entre les individus composant la famille et l'unité familiale[143]. Certains considèreront ainsi que l'intervention étatique pourra avoir des répercussions négatives sur l'enfant quand bien même l'État ne devrait intervenir dans les relations familiales que pour assurer la reconnaissance et la protection de ses droits[144]. Avec les nouvelles dispositions mises en place par le législateur québécois relativement à l'autorité parentale, nous ne pouvons que constater une augmentation de l'intervention étatique au sein des familles, les nombreux arrêts et décisions judiciaires cités dans le cadre de cette thèse en faisant foi. Compte tenu de ces interventions, nous aussi nous nous interrogeons sur les conséquences de telles interventions auprès de la famille et plus particulièrement sur l'enfant.

Nous reconnaissons que le délicat équilibre entre la protection de la famille et le respect de ses membres pourrait rendre plus difficile le contrôle de l'exercice de l'autorité parentale par l'État. Nous partageons nous aussi la crainte qu'une telle intervention puisse poser problème au sein d'une unité familiale déjà fragilisée par la rupture des parents. Des études devront toutefois confirmer ce fait

---

[143]M.A. GLENDON, *loc. cit.*, note 136; à titre d'exemple d'intervention de l'État au sein de l'unité familiale consulter S. SCHIRM et P. VALLANT, *loc. cit.*, note 136.
[144]L. BINET et É. DELEURY, *loc. cit.*, note 29,163.

même s'il nous est permis de croire que l'intervention de l'État pourra manifestement causer une tension supplémentaire auprès des membres de la famille lorsque l'un des parents cherchera à saisir le tribunal d'un conflit existant au sein de la famille. La prochaine sous-section nous invitera à reconnaître cette nouvelle dynamique familiale et à composer avec cette dernière.

L'acquisition progressive de l'autonomie juridique du mineur a manifestement engendré un rétrécissement marqué de l'autorité parentale[145]. L'égalité créée entre les parents dans l'exercice de leur nouvelle autorité parentale a rendu inévitable la judiciarisation des relations familiale et puisqu'il nous apparaît impossible de freiner la "juridicisation" constante des relations familiales[146], nous tenterons d'en délimiter les pourtours.

Pour ce faire, nous préconisons la mise en place d'un cadre interventionniste étatique plus cohérent ainsi que la mise en place de dispositions législatives plus soutenues visant à assurer une meilleure cohésion des modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde. Et puisque les enfant, les parents et l'État constituent les principaux acteurs de cette nouvelle trilogie familiale[147],

---

[145]D. POIRIER, *loc. cit.*, note 29,115.

[146]*Id.*, 117, où l'auteur précise que "[l]e terme juridicisation évoque le fait qu'un plus grand nombre d'aspects de la vie deviennent formellement assujettis à une règle de droit étatique." Ce phénomène ne serait pas nouveau. L'auteur souligne que la sociologie naissante s'y était déjà intéressée et rapporte à cet égard l'ouvrage de Max WEBER (traduction de J. Grosclaude), *Sociologie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

[147]Le *Code civil du Québec* prévoit au premier alinéa de l'article 196 qu'"[e]n cas de désaccord relativement à l'exercice de la tutelle entre les père et mère, l'un ou l'autre des parents peut saisir le tribunal du différend"; art. 400 C.c.Q. "Si les époux ne parviennent pas à s'accorder sur l'exercice de leurs droits dans l'accomplissement de leurs devoirs, les époux ou l'un d'eux peuvent saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de la famille, après avoir favorisé la conciliation des parties." La Cour suprême du Canada a précisé dans l'arrêt *B.(R.)* c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de

nous devons espérer que cette intervention se fasse avec harmonie plutôt que fracas. Avant d'examiner les façons dont l'intervention étatique se devra d'être mieux encadrée et structurée[148], nous poursuivrons la démarche déjà amorcée par l'étude des concepts de garde et d'intérêt de l'enfant intimement reliés à son écoute au moment de la désunion des parents. Ces concepts nous permettront de mieux situer le droit de l'enfant à être entendu au moment de la rupture devant les tribunaux québécois et des provinces canadiennes de common law.

Section II: L'enfant, sa garde et son intérêt

Dans la présente section, nous proposerons une analyse des concepts de base reliés à la garde de l'enfant afin de mieux situer le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux ainsi que l'écoute de sa parole au moment de la rupture de ses parents. Pour ce faire, les principaux éléments reliés à l'étude des droits de l'enfant seront présentés en deux sous-parties. Dans la première, nous aborderons l'enfant et sa garde (Sous-section A) puis, dans la deuxième, nous proposerons l'étude de l'intérêt supérieur de l'enfant (Sous-section B).

---

prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux font partie du droit à la liberté d'un parent. Toutefois, bien qu'il soit présumé que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant, cette présomption n'est pas absolue.Ainsi, l'État peut intervenir à bon droit dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale acceptable bien que dans ce cas, l'État restreint les droits constitutionnels des parents. Dans cet arrêt, la Cour suprême a déclaré constitutionnelle une disposition législative de l'Ontario qui permettait à l'État d'intervenir dans la vie de l'enfant afin d'assurer son droit à la vie et à la santé. Les parents, témoins de Jéhovah, s'opposaient à ce que leur enfant, gravement malade et âgée de quelques semaines à peine, reçoive une transfusion sanguine.

[148]Voir *infra*, p. 328.

Sous-section A: L'enfant et sa garde

Dans la présente sous-section, nous examinerons le concept de garde, sa terminologie et son contenu. Nous apporterons les distinctions requises entre la garde telle que définie en droit civil québécois et le concept de garde existant dans les provinces canadiennes de common law. Nous constaterons que, selon les enseignements reçus par la Cour suprême du Canada, le concept de garde fait encore l'objet d'interprétation et qu'il existe encore certaines divergences d'opinion quant à sa définition.

1) La garde, terminologie et concept

La garde de l'enfant peut être attribuée à l'un ou l'autre de ses parents ou encore à une tierce personne au moment de la désunion des parents[149]. Bien que le terme "garde " n'ait fait son apparition dans le Code civil du Bas-Canada qu'en 1969, la notion de garde était connue bien avant des tribunaux et juristes. Les tribunaux utilisaient l'article 244 du Code civil du Bas-Canada afin de statuer sur la garde de l'enfant lorsque cette question était soulevée par les parties en litige. En vertu de cet article, le mineur non émancipé ne pouvait quitter la maison paternelle sans la permission de son père.

---

[149]Marie PRATTE, "Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant: L'affaire *Vignaux-Fines* c. *Chardon*, [1987] 2 R.C.S. 244", (1988) 19 *R.G.D.* 171; aussi, pour la France, consulter Philippe SIMLER, "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)", (1972) 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

Les articles 200 et 212 du Code civil du Bas-Canada ont comblé un vide juridique en ajoutant le terme "garde" à la législation québécoise. Le second alinéa de l'article 200 indiquait que, dans le cadre des mesures provisoires pendant l'instance en séparation de corps ou de divorce, le tribunal pouvait aussi statuer sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants pendant l'instance. Le second alinéa de l'article 212 indiquait que le tribunal pouvait aussi, aux conditions qu'il jugeait appropriées, statuer sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants dans le cadre des effets de la séparation de corps et du divorce.

Le législateur fédéral a eu recours au terme de garde beaucoup plus tardivement, en 1985, afin de réparer un oubli commis lors de l'adoption de la toute première *Loi sur le divorce* de 1968[150]. Ironie du sort, après quelques décennies d'usage, le législateur fédéral s'apprête à remplacer le terme de "garde" et l'expression d'"ordonnance de garde" par les concepts d'"ordonnance parentale" et "ordonnance sur les contacts personnels". Nous aurons l'occasion d'examiner plus en profondeur les modifications qui ont été proposées par le législateur fédéral. Notons qu'en droit civil québécois et dans les provinces canadiennes de common law, les concepts de garde et de droit d'accès ont une acception différente. Nous présentons ces distinctions.

---

[150] *Loi sur le divorce*, art. 2(1) (h) " 'garde' Sont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache."

a) La garde en droit civil québécois

Le législateur québécois reconnaît au parent gardien le droit d'exercer ses pouvoirs et ses responsabilités parentales au moment de la désunion tout en accordant au parent non gardien le droit d'exercer les autres attributs reliés à son autorité parentale[151]. Le droit de garde entraîne pour le parent gardien le droit de vivre avec son enfant, de choisir son lieu de résidence, de voir à sa surveillance ainsi qu'aux décisions quotidiennes relatives à son enfant.

En droit civil québécois, l'ordonnance de garde ne dépouille aucunement le parent non gardien de son autorité parentale. L'autorité parentale appartient aux deux parents peu importe leur statut. La notion de garde découle d'un principe général qui s'appuie sur une notion tacite de co-parentalité[152] . En cas de désunion, l'autorité parentale demeure intacte. Il est intéressant de rappeler que la notion d'autorité parentale, telle qu'elle a été élaborée par le législateur québécois, n'a pas

---

[151]*C. (G.)* c. *V.F. -(T.)*, précité, note 17.

[152]Notons que le terme co-parentalité n'est pas encore reconnu par le législateur québécois bien qu'utilisé en certaines circonstances par certains auteurs. Ainsi, selon le psychologue Richard Cloutier, le terme co-parentalité consiste en "la relation fonctionnelle nécessaire à l'actualisation des rôles parentaux auprès d'un même enfant", dans Richard CLOUTIER, "Transitions familiales et développement de l'enfant: les enjeux pour l'intervention", (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 19, 38; consulter également Michel TÉTRAULT, "La garde partagée: de la légende urbaine à la réalité" dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès du Barreau du Québec 2004*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 399 qui rapporte, à la page 407, que le terme co-parentalité "[r]envoie à la coopération, l'implication et la collaboration entre les père et mère que l'on devrait retrouver en ce qui concerne les décisions concernant l'enfant, tant avant qu'après la rupture. Il s'agit en fait de la mise en pratique de l'exercice conjoint de l'autorité parentale." Notons également que les Centres Jeunesse de Montréal, par l'entremise du Service d'expertise psychosociale et du Service de médiation à la famille, offrent des séminaires sur la co-parentalité aux parents qui demeurent sur l'île de Montréal et qui vivent une séparation ou un divorce.

toujours été définie de la même façon dans les autres pays d'inspiration civiliste.

En droit français, la réforme du 4 juin 1970 a permis aux père et mère d'exercer en commun leur autorité parentale pendant l'union. Les réformes de 1987 et 1993 ont modifié l'article 287 du Code civil français pour y introduire l'exercice conjoint de l'autorité parentale au moment de la rupture des parents[153]. En Belgique, selon la loi du 13 avril 1995 qui est entrée en vigueur le 3 juin 1995, l'exercice conjoint de l'autorité parentale est maintenu au moment de la rupture à moins d'ordonnance contraire de la part du tribunal en vertu des articles 302 et 374 du Code civil belge.

---

[153]Le concept de garde conjointe fut intégré en France lors de l'adoption de la *Loi n° 1987-370 du 22 juillet 1987* (dite loi 'Malhuret'). La loi du 8 janvier 1993 a permis l'ajout de l'exercice conjoint de l'autorité parentale selon la nouvelle rédaction de l'article 287 du Code civil français ainsi que la création d'un avocat d'enfants, le droit ayant connu une évolution similaire en Belgique, en Allemagne ainsi qu'aux Pays-Bas. Notons toutefois qu'en France, la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002* relative à l'autorité parentale a abrogé les articles 287 à 295 du Code civil français, l'article 6 de cette loi précisant qu'à la suite de l'article 373-1 du Code civil français sont insérés une division et un intitulé ainsi rédigés: "2. De l'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés -II. - L'article 373-2 du même code est ainsi rédigé: 'Art. 373.2- La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. 'Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. (...)"; aussi, selon l'article 373-2-9, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux et qu'au moment de la désunion des parents, selon l'article 373-2-10, 2°, les sentiments exprimés par l'enfant peuvent être considérés. Il semblerait également qu'en 2004, un groupe de députés ait co-signé une proposition visant à rendre obligatoire la résidence alternée, ou encore la garde partagée, en cas de séparation parentale à charge pour l'un des parents d'exposer les motifs de son désaccord, proposition qui ne fut pas retenue. Une présomption en faveur d'une modalité de garde partagée au moment de la rupture des parents a toutefois été adoptée dans certains états américains. Pour plus d'explications sur le sujet, consulter Consulter Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 10e éd., Paris, Litec, 2001, p. 200; voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B, 3)c) En Angleterre, en Australie et en France, p. 267.

Tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law, les enfants vivant la désunion de leurs parents peuvent faire l'objet de diverse modalités de garde. Ces modalités sont regroupées en diverses catégories. Au Québec, la garde est dite "exclusive" lorsque l'un ou l'autre des parents assume jusqu'à 40% du temps de garde de l'enfant. Elle est dite garde légale exclusive assortie de "droits d'accès prolongés" si le parent non gardien peut avoir accès à l'enfant de 20 à 40% du temps de garde. La garde est qualifiée de "garde partagée" lorsque les parents ont accès à l'enfant de 40 à 60% du temps de garde[154].

En matière de garde d'enfants, il n'existe ni au Québec ou encore dans les provinces canadiennes de common law aucune présomption juridique en faveur de la garde partagée[155] bien que

---

[154]Entre autres ouvrages sur le sujet, consulter Denyse CÔTÉ, *La garde partagée: l'équité en question*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 2000. Claudette GUILLEMAINE, *La garde partagée, un heureux compromis*, Montréal, Éditions Alain Stanké, 1991.

[155]*T.P.G.* c. *D.M.*, [2004] R.D.F. 272 (C.A.) (juges Rousseau-Houle, Morin et Hilton) (en appel d'une décision de la juge Hélène Langlois, C.S. Montréal, n° 500-12-261122-018, décision du 18 novembre 2003). Dans cet arrêt, la Cour d'appel indique qu'"[i]l n'existe pas, en vertu de l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce*, une présomption favorable à la garde partagée. Cet arrangement est toutefois de plus en plus favorisé lorsque les facteurs requis pour son succès sont établis. La simple présence de difficultés de communication n'est plus considérée comme un obstacle absolu à une telle solution lorsqu'il existe une capacité minimal de communication entre les époux", la Cour d'appel ajoute que [s]'il est clair que l'intérêt de l'enfant est la pierre angulaire des décisions prises à son sujet, certains facteurs particuliers paraissent faire consensus auprès des juges, qui, en général, n'imposent la garde partagée que lorsque les conditions suivantes sont réunies: 1) une capacité parentale adéquate, 2) un degré fonctionnel minimal de communication et de coopération entre les parents et 3) une proximité géographique des deux domiciles des parents."; *W.(D.)* c. *G.(A.)* et *W.(R.F.)* et *al.*, [2003] R.D.F. 547, [2003] R.J.Q. 1411(C.A.)(J.E. 2003-1114)(juges Dussault, Pelletier et Dalphond)(en appel de la décision de la juge Marie-Christine Laberge, C.S. Montréal n°500-12-243455-981, décision du 23 octobre 2002). Il s'agit d'un arrêt dans lequel la Cour d'appel a rappelé le fait que l'article 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne donne priorité à aucun modèle de répartition des responsabilités parentales; *V.(P.)*. c. *G.S.*, (C.A.) REJB 2000-21256(juges Robert Pidgeon, André Forget et André Rochon, *ad hoc*, C.A.Q. Québec n° 200-09-003235-006, décision du 22 novembre 2000) (en appel de la décision du juge Raymond W. Pronovost, C.S. St-Maurice n° 410-04-001441-008, décision du 10 juillet 2000). Dans cet arrêt, la Cour d'appel déclare que le tribunal de première instance s'est appuyé sur

la question de cette modalités de garde auprès d'enfants en bas âge ait récemment fait l'objet de vives discussions dans certains médias du Québec[156]. La modalité de garde partagée semblerait ainsi favorisée par les tribunaux québécois si elle se révélait dans l'intérêt de l'enfant et que les conditions émises par la Cour d'appel du Québec soient réunies.

b) La garde dans les provinces canadiennes de common law

Selon qu'il s'agit de droit civil ou de common law dans les provinces canadiennes, les termes "garde"[157] et "droit d'accès" ont des acceptions différentes. En common law[158], les tribunaux distinguent la garde physique de la garde juridique de l'enfant. La garde physique constitue le droit pour le parent gardien de retenir l'enfant chez lui ou encore de déterminer son lieu de résidence. Ce

---

un principe juridique erroné en prétendant que la garde partagée s'impose à moins que la partie qui s'y oppose ne démontre par une prépondérance de preuve que l'intérêt de l'enfant commande qu'il en soit autrement; voir Dominique GOUBAU, "La garde partagée: vogue passagère ou tendance lourde?", dans Benoît MOORE (sous la direction de), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 107; M. TÉTRAULT, *loc. cit.*, note 152, p. 418; notons également les propos de la professeure Michelle GIROUX, "Le partage des responsabilités parentales après une rupture: rôle et limites du droit", (2003) 105 *R. du N.* 87, 107, qui note au sujet de la garde partagée que "(...) prévoir une présomption de garde partagée rendrait plus difficile la prise en compte de la réalité par le droit. Elle imposerait un fardeau additionnel au parent qui veut obtenir la garde puisque l'intérêt de l'enfant le commande. La dualité serait encore plus présente et pourrait causer plus de tort à l'enfant en raison des débats qui en résulteraient." Renée JOYAL,"Garde partagée de l'enfant-Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes", (2003) 44(2) *C. de D.* 267; Marie PRATTE, "La garde conjointe d'enfants de familles désunies", (1988) *R.G.D.* 571.

[156]Notons la publication de l'article "La garde partagée, c'est bon ou pas?", de la journaliste Céline POISSANT, dans *La Presse*, Montréal, le jeudi 20 janvier 2005, section Actuel, p. 3 et les discussions subséquentes dans les divers médias télévisés, radiophoniques et écrits du Québec.

[157]*Wakaluk* c. *Wakaluk*, (1977) 25 R.F.L. 292 (Sask. C.A.) (juges Woods, Brownridge et Bayda, diss.)(ci-après appelé arrêt *Wakaluk*); *Kruger* c. *Kruger*, (1980) 11 R.F.L. (2d) 52, 25 O.R (2d) 673 (Ont. C.A.) (juge Thorson, Arnup, Wilson, diss.).

[158]Berend HOVIUS, *Family law: cases, notes and materials*, 5e éd., Scarborough, Ont., Carswell, 2000, p. 639.

droit demeure distinct des deux autres attributs reliés à la garde de l'enfant qui sont la surveillance et l'éducation de ce dernier. La garde juridique, quant à elle, signifie, pour le parent gardien, le droit de surveiller et d'éduquer l'enfant même si l'enfant ne réside pas avec lui. Dans ce cas, la garde juridique constitue une autorité parentale amputée du droit physique de garde. Cette conception de la garde a longtemps été reconnue comme l'apanage de la common law et son apparition en droit civil québécois fut vivement contestée[159]. Elle semble par ailleurs tout aussi contestée par certains juristes canadiens de common law[160].

---

[159]Albert MAYRAND, "La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnance de garde d'enfant", (1988) 33 *R.D. McGill* 257, 278. L'auteur note que la distinction entre la garde légale et la garde physique que nous retrouvons dans certaines décisions québécoises serait d'origine jurisprudentielle. La notion de garde légale semble avoir été empruntée de la notion de "legal custody" de la commmon law canadienne, une notion totalement inconnue du droit civil québécois. L'auteur précise qu'en droit civil québécois "[l]'expression 'garde physique' n'a d'utilité que si on veut l'opposer à la 'garde juridique' et que lorsque l'un et l'autre reposent sur la tête du même titulaire, la distinction est inutile et l'on parle alors de la garde au sens large du mot." Voir aussi Albert MAYRAND, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale ", (1988) 67 *R. du B. can.* 193, 222.

[160]B. HOVIUS, *op. cit.*, note 158. L'auteur fait état de deux écoles de pensée existant dans les provinces canadiennes de common law relativement aux droits d'accès du parent non gardien. En commentant l'arrêt *Kruger* c. *Kruger*, précité, note 157, le professeur Hovius rapporte, aux pages 613 et 614 de son ouvrage, les propos du juge Thorson de la Cour d'appel qui indiquait que "(...) that the effect of such an order (de garde) 'is to clothe that parent, for whatever period he or she is awarded custody, with full parental control over, and ultimate parental responsibility for, the care, upbringing and education of the child, generally to the exclusion of the right of the other parent to interfere in the decisions that are made in exercising that control or carrying out that responsability'. Thus,the non-custodial parent who has a right to access has been traditionally considered to have no voice in the upbringing of the child.(...) This description of the traditional custody and access order has never been universally accepted and must be reassessed in light of recent developments. First, the *Chauvin* case, above, (*Chauvin* v. *Chavin*, (1987) 6 R.F.L. (3d) 403 (Ont. Dist. Ct.)) indicates that s. 21 of the *CLRA* provides a mechanism whereby the non-custodial parent can obtain judicial scrutiny of a decision made by the custodial parent. Although the wording of the *Divorce Act* is significantly different, a custody order under that Act may contain conditions that may restrict the decision making power or activities of the custodial parent." Voir à ce propos *Gordon* c. *Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27 (J.E. 96-959), (1996) 134 D.L.R. 321 (S.C.C), (1996) 19 R.F.L. (4th) 177 (S.C.C.) et *S.(L.)* c. *S.(C.)*, (1997) 37 R.F.L. (4th) 344 (S.C.C.). L'auteur mentionne aussi à la page 614 que "both the *CLRA* and the *Divorce Act* provide that in the absence of a contrary court order the parent with access has the

Nous avons affirmé que le concept de garde de l'enfant en droit civil québécois différait de celui élaboré par la common law dans les autres provinces canadiennes[161]. Nous devons nuancer nos propos car ils pourraient prêter à confusion. Présentons les principaux points de droit en cause.

2) Le concept de garde, une question d'interprétation

Selon les règles du droit civil québécois, il faudrait toujours opter pour une interprétation restrictive de la notion de garde au moment de la désunion des parents[162]. Si nous options pour une interprétation large de la notion de garde au moment de la désunion, seul le parent gardien pourrait jouir de l'ensemble des droits et des devoirs rattachés à son rôle de parent. En droit civil québécois, les responsabilités du parent non gardien se résument en un droit de surveillance et un droit de participation accru auprès de son enfant, ce qui limite en quelque sorte les droits du parent gardien[163].

---

right to make inquiries and to be given information regarding the health, education and welfare of the child" dont les dispositions sont contenues à l'article 20(5) du *Children Law Reform Act*, R.S.O. c. C-12 (ci-après citée *Children Law Reform Act* ou encore de *la Loi portant réforme du droit de l'enfance* (ci-après citée *Loi portant réforme du droit de l'enfance*) ainsi qu'à l'article 16(5) de la *Loi sur le divorce* de 1985.

[161] *C.(G.)* c. *V.F.-(T.)*, précité, note 20, 285; *P.(D.)* c. *S.(C.)*, précité, note 23; *Young* c. *Young*, précité, note 22, *Gordon* c. *Goertz*, précité, note 160, où les juges de la Cour suprême ont affirmé que le parent gardien pouvait décider seul du lieu de résidence de l'enfant.

[162] Michelle GIROUX, "Le partage des responsabilités parentales après une rupture: une matière à débat", (1998) 77 *R. du B. can.* 354, 373; voir M. GIROUX, *loc. cit.*, note 155.

[163] Robert LESAGE, "Garde ou autorité parentale: l'emprise de la sémantique", (1988-89) 91 *R. du N.* 46, à la page 49, l'auteur indique que "[l]e parent non gardien conserve aussi le droit de participer aux décisions qui ne sont pas de nature courante, i.e. les décisions majeures, à moyen et à long terme, tel que le choix de la formation scolaire, religieuse, traitements médicaux non urgents et possiblement, l'endroit de résidence."

La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la question. À la suite d'une analyse soutenue et fort élaborée, la juge Claire L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité, a retenu une interprétation large du concept de garde en droit civil québécois[164]. Pourtant, avant cet arrêt, les enseignements de la Cour suprême du Canada étaient tout autres et semblaient nettement favoriser une interprétation restrictive du concept de garde en droit civil québécois[165]. Certains juristes ont d'ailleurs noté la contradiction apparent de ces deux arrêts et déploré, après la décision récente rendue par la Cour suprême du Canada, que le courant jurisprudentiel qui concentre tout le pouvoir éducationnel entre les mains du parent gardien soit fondé sur une erreur de droit.

Dans cette thèse, il nous a semblé important de nous attarder quelque peu à ces distinctions. L'exposé qui suivra nous permettra de mieux comprendre les enjeux reliés à la garde de l'enfant au moment de la désunion des parents et de bien saisir les difficultés avec lesquelles les juges et les avocats doivent composer au moment du litige opposant les parents relativement à la garde de leur enfant.

a) Les enseignements de la Cour suprême du Canada

Dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays a renversé la tendance qui semblait exister en droit civil québécois en cas de garde et a indiqué qu'une interprétation large de la notion de garde devait prévaloir au moment de la désunion des parents et non pas une interprétation restrictive. Examinons de plus près les enseignements de la Cour suprême

---

[164] *W.(V.)* c. *S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, 134 D.L.R. (4th) 481, [1996] R.D.F. 205 (J.E. 96-960).
[165] *C.(G.)* c. *V.F.-(T.)*, précité, note 20, 285; *P.(D.)* c. *S.(C.)*, précité, note 23; *Young* c. *Young*, précité, note 22.

du Canada à ce sujet.

Dans l'arrêt *W.(V.)* c. *S.(D.)*[166], la Cour suprême du Canada a affirmé que seul le parent gardien pouvait déterminer le lieu de résidence de l'enfant lorsqu'aucune indication contraire n'avait été donnée par le tribunal ou dans la convention signée par les parties. Ce choix du parent gardien de déterminer seul la résidence de l'enfant est bel et bien conforme au droit existant. Toutefois, en ce qui avait trait aux autres décisions relatives à l'enfant et aux pouvoirs du parent gardien qui y sont reliés, la Cour suprême du Canada a retenu une conception "large" du concept de garde, c'est-à-dire une conception de la notion de garde selon laquelle seul le parent gardien peut jouir de l'ensemble des droits et des devoirs rattachés à son rôle de parent. La juge L'Heureux-Dubé a indiqué que "(...) le parent non gardien ne conserve qu'un droit de surveillance à l'endroit de l'enfant, lequel droit peut être exercé au moyen du droit de visite et de sortie"[167] et a conclu son analyse en indiquant qu'"[e]n résumé tant la doctrine que la jurisprudence confirment que le Code civil du Québec retient une conception libérale de la notion de garde, conception dont ne fait pas partie le droit de visite, qui confère au gardien le pouvoir de prendre seul toutes les décisions au sujet de l'enfant, notamment quant au choix du lieu de sa résidence"[168].

---

[166] *W.(V.)* c. *S.(D.)*, précité, note 164.
[167] *Id.*,146.
[168] *Id.*,147.

b) Des opinions divergentes

Des juristes québécois ont exprimé leur désaccord avec la décision rendue par la Cour suprême du Canada relativement à l'interprétation à donner de la notion de garde en droit civil québécois. Ayant pris bonne note des enseignements antérieurs de la Cour suprême du Canada, ces juristes se sont opposés à l'arrêt rendu pour des raisons fort valables. À leur avis, une interprétation large de la notion de garde ne peut être retenue en droit civil québécois et nous citerons à ce sujet les propos de la professeure Giroux qui souligne qu'"(...) en droit civil québécois, sauf une ordonnance claire du tribunal à l'effet contraire, les responsabilités du parent non gardien devraient se traduire par un *droit de surveillance* et par un *droit de participation* aux décisions concernant son enfant"[169]. La professeure Giroux poursuit son analyse en s'interrogeant sur le message véhiculé par la Cour suprême du Canada et ajoute qu'avec la décision de la Cour suprême:

> "L'interprétation large de la notion de garde est donc remise à l'honneur. Est-ce à bon droit que la Cour en arrive à cette conclusion? Nous ne le croyons pas. Nous tenons pour acquis que le choix de l'éducation de l'enfant et plus particulièrement de l'éducation religieuse, constitue une décision importante qui relève des deux parents. Aussi, même si nous sommes d'accord avec l'idée que c'est au gardien que revient le choix de la résidence de l'enfant dont il a la garde, cela n'implique pas pour autant l'application d'une définition large de garde. Comme nous l'avons vu, le droit civil québécois exige une interprétation plus restrictive de la notion de garde. À cet égard, il faut se rappeler les enseignements du juge Beetz dans *C.(G.)* c. *V.- F.(T.)*. Ces derniers sont toujours applicables, car ce n'est qu'en *obiter* que la Cour suprême a plus récemment remis cette interprétation en question."[170]

---

[169]M. GIROUX, *loc. cit.*, note 162.
[170]*Id.*, 374.

Le professeur Goubau soutient l'analyse de la professeure Giroux et déplore à son tour l'interprétation large de la notion de garde retenue par la Cour suprême du Canada endroit civil québécois[171]. L'examen détaillé de la notion de garde pourrait nécessiter plus ample développement. Toutefois, puisqu'il ne s'agit pas de notre sujet d'étude proprement dit, nous retiendrons que l'interprétation large de la notion de garde pose problème en droit civil québécois. Il nous semble que la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *C.(G.)* c. *V.-F. (T.)* devrait toujours prévaloir en droit civil québécois, d'où la nécessité de retenir l'interprétation restrictive de la notion de garde conforme au courant jurisprudentiel antérieur ainsi qu'aux résultats des analyses juridiques mentionnées. Cette notion de garde, à défaut de plus de précisions de la part du législateur québécois, risque de provoquer encore pendant plusieurs années de profondes divergences d'opinion. Puisque le concept de garde demeure soumis à un critère nettement supérieur à tout autre critère mentionné, soit celui de l'intérêt de l'enfant, concept largement reconnu par les divers législateurs, qu'internationaux, nous examinerons ce concept dans la prochaine sous-section.

---

[171]D. GOUBAU, *loc. cit.*, note 63. Notons que dans l'arrêt *W.(D.)* c. *G.(A.)*, précité, note 155, la Cour d'appel du Québec a précisé dans cet arrêt que lorsque les parents cessent de faire vie commune et que la garde de l'enfant est confiée à l'un d'entre eux ou à une tierce personne, qu'il s'agisse de couples ayant vécu en union de fait ou mariés, en vertu de l'article 605 C.c.Q., l'autorité parentale continue d'être exercée par les deux parents après leur rupture, à moins d'une ordonnance contraire de la part du tribunal. À propos du consentement aux soins du mineur suite à la désunion des parents et des pouvoirs du parent non gardien en de telles circonstances, consulter É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 73, n° 106, p. 128.

Sous-section B: L'enfant et son intérêt

L'adoption du concept de l'intérêt de l'enfant a rendu possible la reconnaissance des droits de l'enfant en Amérique du Nord et contribué au libre développement de l'enfant mentionné en exergue. Il nous semble opportun, à cette étape-ci de notre thèse, de nous attarder à ce concept mais avant tout, de retracer ses origines.

1) Les origines du concept de l'intérêt de l'enfant

Afin d'adoucir la toute puissance paternelle, les tribunaux québécois ont clairement mentionné, dès le début du XX[e] siècle, que les attributs de la puissance paternelle devaient être soumis au concept de l'intérêt de l'enfant[172]. Dans leur rôle d'arbitre entre les droits du père et ceux de l'enfant, les tribunaux n'intervenaient que de façon discrète dans ce débat opposant père et enfant. Ils se limitaient en quelque sorte à appliquer le critère de l'intérêt de l'enfant[173]. Les tribunaux n'apportaient aucune modification juridique au droit des parents et plus particulièrement aux droits du père sur son enfant.

---

[172]Claire L'HEUREUX-DUBÉ, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?", (1979) 39 *R. du B.* 835, 853.

[173]*Taillon* c. *Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 258; *Dugal* c. *Lefebvre*, précité, note 20; *Stevenson* c. Fleurant, précité, note 20; *Bleau* c. *Petit*, [1902] 6 R.P. 353; G. TRUDEL, *op. cit.*, note 118, où l'auteur souligne à la page 183 que, "[l]'intérêt de l'enfant, ce futur citoyen, est un facteur primordial dans l'examen des faits de la cause parce qu'il reste la raison et le but de la puissance paternelle même." Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section I, Sous-section B: Le bref d'*habeas corpus*, p. 153.

En réalité, les tribunaux ne suspendaient que temporairement l'exercice de quelques-uns des attributs du père, détenteur de la puissance paternelle, une suspension qui se trouvait justifiée pendant une brève période requise en considération du meilleur intérêt de l'enfant.

Au fil des ans et après avoir prévalu pendant de nombreuses années sur la scène judiciaire tant en droit civil québécois que pour les provinces canadiennes de common law, le critère de l'intérêt de l'enfant a été intégré au sein des diverses législations provinciales[174]. Les législateurs provinciaux et fédéral ont finalement fait du critère de l'intérêt de l'enfant la considération suprême à retenir en matière de garde d'enfant[175]. Ainsi, depuis le début du siècle dernier, même si la compétence parentale constituait un facteur important à considérer au moment de l'attribution de la garde d'un enfant[176],

---

[174]En 1994, le législateur québécois a remplacé l'ancien article 30 du C.c.B.C. par l'article 33 du nouveau *Code civil du Québec*. L'article 30 C.c.B.C., modifié par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, précité, note 63, art. 3, prévoyait que "l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet." Le nouvel article 33 dispose que "les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits." Le second alinéa de l'article 33 C.c.Q. prévoit que "sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation." Depuis 1984, le premier alinéa de l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit que "les décisions prises en vertu de la présent loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits."

[175]Art.16(8) de la *Loi sur le divorce*: "En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation." Art. 16(10): "En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal applique le principe selon lequel l'enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt et, à cette fin, tient compte du fait que la personne pour qui la garde est demandée est disposée ou non à faciliter ce contact." Voir également l'article 17 de la *Loi sur le divorce* qui fait état des modalités à respecter lors de la demande d'une ordonnance modificative d'une ordonnance de garde.

[176]En ce qui a trait à la compétence parentale, consulter Rodrigue OTIS, "Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde: un relevé des écrits expérimentaux", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1995*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 109, à la page 113.

les tribunaux avaient clairement exprimé que le principal critère à retenir en matière de garde demeurait toujours celui de l'intérêt de l'enfant.

L'adoption du critère de l'intérêt de l'enfant fit l'objet de vives controverses au Québec[177] et de façon particulière en matière de protection de l'enfance[178]. Il faut rappeler que ce concept a subi avec succès à deux reprises le test de sa constitutionnalité[179]. Aujourd'hui, la légitimité du critère de l'intérêt de l'enfant ne fait plus aucun doute[180]. Ce critère fait toutefois l'objet d'une application variée par les tribunaux.

De nombreux juristes ont mentionné que d'un point de vue juridique, le critère de l'intérêt de l'enfant constituait un critère souple soumis à des variables multiples[181]. Lors de son adoption, les

---

[177]R. JOYAL et M. PROVOST, *loc.cit.*, note 61, 635; Édith DELEURY et Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 216.
[178]J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 17.
[179]*Young* c. *Young*, précité, note 22; *P.(D.)* c. *S.(C.)*, précité, note 23. Dans ces deux arrêts, la Cour suprême du Canada reconnaît la constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant. Dans l'affaire *Young* c. *Young*, en appel d'un appel provenant de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, les parties, ayant fait l'objet d'un divorce, sont régies par l'article 16(8) de la *Loi sur le divorce* alors que dans l'affaire *P.(D.)* c. *S.(C.)*, en appel d'un arrêt provenant de la Cour d'appel du Québec, les parties, non mariées, demeurent régies par l'article 30 du C.c.B.C. Dans les deux cas, la mère, parent gardien, s'opposait à ce que le père, membre des Témoins de Jéhovah, soit accompagné de ses enfants lors de l'exercice de sa pratique religieuse. Ces arrêts, à la fois complexes et fort élaborés, aux motifs multiples, ont permis aux magistrats de parvenir à un point d'entente soit, que le critère de l'intérêt de l'enfant est constitutionnel. La Cour suprême du Canada déclare ainsi, à deux reprises faut-il le préciser et de façon fort détaillée, que malgré la prévalence des droits individuels, l'intérêt de l'enfant demeure le motif déterminant dans toutes décisions relatives à l'enfant.
[180]*C.(G.)* c. *V.F.-(T.)*, précité, note 20, 270.
[181]É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 73, p. 516, à ce sujet, les auteurs soulignent que la notion d'intérêt de l'enfant est une notion à contenu variable qui évolue avec les situations particulières et les époques et que la raison d'être de ce contenu variable est justement de pouvoir demeurer flexible. Voir également Alison HARVISON YOUNG, "The Changing Family, Rights Discourse And The Supreme Court of Canada", (2001) 80 *R. du B. can.* 749.

législateurs se sont abstenus d'en définir la portée se contentant seulement d'en énumérer le contenu. L'intérêt de l'enfant constitue délibérément un concept vague et flou permettant aux tribunaux de l'adapter selon chaque cas soumis. Certains législateurs provinciaux ont certes tenté de le définir avec plus de précision que d'autres[182]. Malgré tout, nous constatons que toute définition demeure une opération complexe et périlleuse en la matière. En droit de la famille, chaque cas constitue un cas d'espèce et ce qui est valable pour l'un risque de ne pas l'être pour un autre. Les tribunaux ont donc tout de même choisi de rappeler que l'intérêt d'une personne est la mesure de son bien[183] et que l'intérêt de l'enfant constitue une notion à contenu variable dont les contours demeurent délibérément vague et indéterminés[184]. Dans notre société occidentale, l'intérêt de l'enfant s'évalue *in concreto*, au cas par cas, alors que dans certains pays musulmans, l'intérêt de l'enfant s'évalue *in abstracto*, en

---

[182]Voir pour la Nouvelle-Écosse, le *Children's Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. C-13, modifié par S.N. 1995, c. 27, art. 31(2); en Saskatchewan, il s'agit de l'article 8 de la *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, L.S. 1007, c. C-8.2. En Ontario, il s'agit de l'article 24(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précité, note 160. Au Yukon, consulter la *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, c. 22, art. 30(1) et au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales*, L.N.0-B. 1980, c. C-2.1 réintitulée *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980 c. F-2.2 modifiée par la L.N.-B. 1996, c. 13, les articles 1 et 129(2); voir *supra*, note 16.

[183]*In re Goyette* c. *Centre de services sociaux du Montréal-Métropolitain*, [1983] C.S. 429 (juge Paul Reeves).

[184]Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, à la page 790, l'auteur souligne que "les notions de droit à contenu variable introduisent une certaine souplesse et une certaine flexibilité et que plus les notions juridiques applicables sont vagues et indéterminée, plus grand et le pouvoir d'appréciation laissé au juge". Consulter à ce propos Jean CARBONNIER, "Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, dans C. PERELMAN et R. VANDER ELST, *loc. cit.*, note 18, p. 99 où l'auteur souligne que "les spécialistes du développement de l'enfance associent l'intérêt de l'enfant à des critères tels que la stabilité, la continuité et la sécurité "; sur la question, consulter également les ouvrages et articles de référence suivant Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et A.J. SOLNIT, *Dans l'intérêt de l'enfant: vers un nouveau statut de l'enfance*, Paris, Éditions E.S.F., 1978; Joseph GOLDSTIEN, Anna FREUD et A.J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973; J. GOLDSTEIN et autres, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, New York, Free Press, 1996, Joseph GOLDSTEIN, "In whose best interest?", dans Rosalie S. ABELLA et Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *Family Law Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 119.

fonction des principes établis et reconnus par la communauté. À ce propos, madame Gosselain exprimait ce qui suit: "[e]n droit musulman, la garde (Hadana) et la tutelle (Wilaya) de l'enfant sont basées sur une conception complémentaire des droits et obligations du père et de la mère, en fonction de l'âge de l'enfant. Cette structure parentale partagée correspond à un certaine vision de l'intérêt de l'enfant *in abstracto* qui trouve sa source dans la tradition musulmane pluricentenaire et non dans l'appréciation d'un pouvoir judiciaire. En effet, dans les pays de tradition islamique, l'intérêt de l'enfant est dépendant de la conception de la famille et de la société édictée par l'Islam. Le Coran, source suprême de droit, élabore un ensemble de règles de conduite et d'obligations sociales conditionnant la structure et l'organisation de la famille. Cette vision est difficilement compatible avec la conception ses système occidentaux qui privilégient la recherche *in concerto* de l'intérêt de l'enfant"[185].

L'intérêt de l'enfant est considéré comme un droit pluriel dont le contenu est formé d'éléments multiples non perçus immédiatement. La notion d'intérêt constitue une notion cadre, à géométrie variable, polyvalent et polymorphe et comme l'indiquait madame Anne Saris:

---

[185]Caroline GOSSELAIN, *Enlèvement d'enfant et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et état de tradition islamique, la Conférence de La Haye de droit international privé, enlèvement d'enfant*, Doc. Prél. No 7, août 2002, p. 8, document produit à l'intention de la Commission spéciale d'enlèvement d'enfants de septembre/octobre 2002. Ce document peut être consulté sur le site internet de la "Conférence de La Haye de droit international privé", à l'adresse ci-après: http://www.hcch.net/doc/2002_pd7f.doc.

> "(...) si la notion de l'intérêt de l'enfant a bien été retenue, aucun élément n'est venue la circonstancier. Sans doute les rédacteurs ont-ils voulu préserver sa flexibilité et sa variabilité qui en fait un vecteur, facteur d'adaptation du droit à l'enfant selon sa situation sociale, culturelle et territoriale dans laquelle il se trouve. En bref, la variabilité du contenu de l'intérêt de l'enfant, sa non définition (...) reflète la volonté sous-jacente d'assurer une cohérence dans la situation de l'enfant en mouvement qui va se trouver au croisement de plusieurs normes, ainsi qu'une cohésion au système national qui l'accueille dans le but d'assurer son intégration."[186]

Le critère de l'intérêt de l'enfant étant prédominant en matière familiale, il nous apparaissait important d'en définir la teneur et d'en retracer les origines. Ce critère nous semble d'autant plus important que lors de la détermination de la garde de l'enfant, les tribunaux des provinces canadiennes de common law sont également appelés à connaître son désir, le désir de l'enfant demeurant l'une des nombreuses composantes du critère de l'intérêt de l'enfant. Conséquemment, puisque les tribunaux son appelés à considérer le désir de l'enfant au moment de la détermination de son intérêt supérieur en matière de garde, ils sont inévitablement appelés à entendre l'enfant de façon directe ou encore de façon indirecte, et par voie de conséquence, à prendre en compte l'expression de son désir.

---

[186]A. SARIS, *op. cit.*, note 19, p. 94. À propos des pluriels de l'intérêt de l'enfant mentionnés par madame Saris lors de son analyse du critère de l'intérêt de l'enfant de même que des pluralismes juridiques relevés, consulter Roderick A. MACDONALD, "L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées", (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 134,135 qui précise que "(...)l'hypothèse du pluralisme révèle l'impact de divers ordres juridiques autonomes et concurrentiels dans nos vie quotidiennes. Elle nous permet de voir dans quelle mesure le sujet de droit est effectivement celui qui crée le droit. Enfin, cette hypothèse montre que le sujet de droit est celui qui rend possible le fonctionnement de toutes les institutions juridique-étatiques ou autres-en leur accordant leur légitimité."

2) L'intérêt de l'enfant et son désir

L'intérêt de l'enfant constitue le principe fondamental à respecter au moment de l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde. Dans les provinces canadiennes de common law, le critère de l'intérêt de l'enfant demeure toujours intimement lié à celui de son désir[187]. Contrairement au droit civil québécois où l'écoute de la parole de l'enfant est prévue à l'article 34 C.c.Q., l'écoute de la parole de l'enfant dans les provinces canadiennes de common law est abordée de façon incidente au moment de la détermination de son intérêt supérieur. Le projet de loi fédéral C-22 entendait d'ailleurs prendre en compte le désir de l'enfant au moment de la détermination du choix du parent gardien[188] bien qu'à nouveau, le législateur fédéral demeurait muet sur la façon de faire. L'enfant désireux de faire entendre sa parole en matière de garde doit composer avec la dualité juridique du système canadien, système qui semble apporter, en certaines occasions, son lot de complexités et de frustrations[189]. La prise en compte du désir de l'enfant, plus particulièrement dans les provinces

---

[187]Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II: L'enfant et le tribunal, p. 169.

[188]L'article 16.2(2) du projet de loi fédéral C-22 indiquait que "pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal prend en considération ses besoins et, d'une façon générale, sa situation (...)"; et ajoutait parmi les critères à considérer "f) le point de vue et les préférences de l'enfant, dans la mesure où ils peuvent être raisonnablement déterminés;" au sujet de l'intérêt de l'enfant et des changements qui devaient être apportés à la définition de l'intérêt de l'enfant, les auteurs du mémoire du Barreau du Québec déploraient que l'article 16.2(2) du projet de loi C-22 semblait requérir une preuve des bienfaits que pouvait apporter à l'enfant des rapports solides avec ses deux parents alors que l'article 16(10) de la loi actuelle souligne de façon sans équivoque que l'enfant doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt; voir *supra*, note 26.

[189]Voir *Droit de la famille-361*, [1987] R.J.Q. 1094 [1987] R.D.F. 196 (C.S.)(J.E. 87-541)(juge Christine Tourigny) où, à la page 1098, le tribunal rejette la position adoptée par le juge Jonh H. Gomery qui avait estimé, à tort, dans la cause *Droit de la famille-301*, [1986] R.J.Q. 2141 (C.S.)(J.E. 86-837)(appel accueilli en partie, [1988] R.J.Q. 17(C.A.)(J.E. 88-56)(juges Amédée Monnet, Williams Tyndale et Paul-Arthur Gendron), qu'il ne fallait pas envisager une interprétation de la loi fédérale sur

canadiennes de common law, demeure intimement liée à la notion de son intérêt supérieur. Mais pour ce faire, nous considérons qu'il faut savoir écouter l'enfant de façon adéquate.

À cet égard, le résultat de nos recherches qui sera exposé plus en détail dans le titre deuxième de la présente thèse nous permettra d'analyser plus en profondeur des diverses modalités d'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux, et ce, tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law. Mais tout comme nous pourrons le constater au cours de la prochaine section, nous ne saurions traiter de la question de l'écoute de la parole de l'enfant sans faire état des raisons qui militent en faveur d'une telle écoute au moment de la désunion de ses parents devant les tribunaux.

Section III: L'importance de l'écoute de la parole de l'enfant

Afin de mieux cerner le cadre dans lequel s'inscrit l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux, nous avons fait l'étude, en première section de ce chapitre, des droits spécifiques à l'enfant, celui-ci étant désormais reconnu comme un sujet de droit à part entière pouvant faire l'acquisition progressive de son autonomie juridique bien qu'il demeure toujours soumis à l'autorité de ses parents, et ce, jusqu'à l'âge de sa majorité.

---

le divorce différente dans la province de Québec à celle des autres provinces canadiennes; voir *supra*, note 81.

Puis, en deuxième section de ce chapitre, nous avons abordé l'étude du concept de garde de l'enfant en droit civil québécois et dans les provinces canadiennes de common law, et ce, tout en rappelant les origines du concept de son intérêt et souligné l'importance de son désir au moment de la détermination de sa garde.

Dans la présente section, nous aborderons l'importance de l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux, ce qui, par voie de conséquence, nous pemettra de mieux comprendre les raisons qui militent en faveur du respect de son droit à être entendu devant les tribunaux en matière de garde. Pour ce faire, nous présenterons dans cette section les conclusions de certaines études reliées à l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la rupture des parents. Nous rapporterons ainsi, dans une première sous-section, les conclusions de certaines études portant sur les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant (Sous-section A) puis, dans une seconde sous-section, nous regrouperons sous un seul thème les conclusions des études faisant état de l'importance de l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents (Sous-section B).

Sous-section A: Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant

L'enfant qui fait l'expérience de la rupture conjugale de ses parents doit composer avec une nouvelle réalité familiale qu'il n'a, dans la majorité des cas, nullement désirée. Pour cette raison, l'écoute de la parole de l'enfant à un moment aussi crucial de sa jeune existence nous semble fondamentale non seulement d'un point de vue juridique mais aussi d'un point de vue social et humain. L'écoute de la parole de l'enfant constitue selon certains experts une approche importante à retenir afin de faciliter la transition familiale avec laquelle il est appelé à composer.

Au Canada, des milliers d'enfants subissent chaque année la désunion de leurs parents[190]. À ce propos, dans une étude menée par la chercheuse Anne-Marie Ambert sur les faits, les cause et les conséquences du divorce au Canada, madame Ambert répondait à la question posée par certains individus sur les prévisions statistiques relatives aux enfants ayant vécu la rupture de leurs parents que les données qui estimaient que de 40 à 50% des enfants verront leurs parents divorcer n'étaient pas très réalistes. Madame Ambert indiquait que "[s]i nous considérons que seulement 31 à 36% de tous les mariages peuvent se solder par un divorce et qu'une proportion de ces mariages, peut-être 50%, ne comprennent *pas* d'enfants, alors *la prévision est beaucoup trop élevée* "[191]. Nous retiendrons tout

---

[190]S*upra*, note 8.

[191]Anne-Marie AMBERT, *Tendances contemporaines de la famille. Divorce: faits, causes et conséquences*, (édition révisée en 2002) Ottawa, p. 8, document commandé par l'Institut Vanier de la famille en guise de contribution au débat et pour servir de ressources en vue de la formuler l'opinion de cet Institut sur le divorce au Canada. Ce document peut être consulté sur le site internet de l'Institut Vanier de la famille à l'adresse ci-après: http://www.ivfamille.ca/library/cft/divorce_fr.html.

de même pour les fins de cette thèse que le nombre d'enfants canadiens pouvant être affectés chaque année par la désunion de leurs parents pourrait se chiffrer à environ 50 000 enfants[192].

Mais même si des milliers d'enfants connaissent chaque année la rupture de leurs parents, selon les études analysées, la majorité de ces enfants sont en désaccord avec cette décision et désapprouvent la désunion de leurs parents. En effet, des chercheurs ont mis en lumière le fait que la séparation des parents constitue une décision avec laquelle la majorité des enfants sont en désaccord[193] et que la décision de la rupture des parents demeure source de désapprobation pour ces enfants[194]. En fait, la plupart des enfants aux prises avec la rupture de leurs parents désireraient les garder unis pour la vie[195] et la plupart d'entre eux ne comprendraient que très rarement les raisons qui militent en faveur de leur rupture. Une experte sur la question déclarait ce qui suit à ce propos:

---

[192]*Supra*, note 8.
[193]J.S. WALLERSTEIN, J.M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89, p. 237.
[194]Justin LÉVESQUE, *Méthodologie de la médiation familiale*, Saint-Hyacinthe, Québec, Edisem, 1998, p. 96.
[195]Richard CLOUTIER, "Transitions familiales et développement de l'enfant: les enjeux pour l'intervention", (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 19, à la page 33 de son article, l'auteur précise que dans 90% des cas répertoriés, les enfants ne désiraient aucunement que leurs parents se séparent.

> "Few children are aware that their parents are suffering. Even if they have seen one or both of their parents crying or yelling or hitting, they do not make the connexion between the parents' behavior and the breakup of the marriage. Among younger children, such a connection is an abstract idea far beyond their ability to understand. It's well known that young children cannot cope with what they don't understand. Moreover-and this is particularly difficult for adults to grasp-children do not understand about recurrent patterns of behavior."[196]

Mais avant de présenter les conclusions d'études portant sur les conséquences de la désunion des parents, nous jugeons opportun de faire une mise en garde. Certains experts ont émis de sérieuses réserves sur la méthodologie utilisée par les auteurs de certaines études portant sur les conséquences de la rupture des parents sur l'enfant.

Selon ces experts, les résultats de ces études portant sur la détresse des enfants de parents séparés pourraient dans certains cas, ne pas bien refléter la situation de la majorité des enfants en raison de l'échantillon restreint d'individus interrogés. Voici de nouveau les propos de la chercheuse canadienne Anne-Marie Ambert relativement à l'analyse de ces résultats:

---

[196]J.S. WALLERSTEIN, J.M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89, p. 91.

> "Premièrement, chez un nombre inconnu d'enfant, *certaines* des manifestations qui semblent être des effets négatifs du divorce existaient déjà avant la séparation des parents. En d'autres termes, un grand nombre d'enfants et d'adolescents ayant des troubles de comportement après le divorce éprouvaient les mêmes troubles avant, soit à cause de leur personnalité, de la pression par les paires, de problèmes avec les parents, d'un conflit interparental ou d'un manque d'engagement des parents. Par conséquent, quand on étudie les enfants après un divorce, il importe de savoir comment ils étaient *avant* le divorce.(...) Le second point important à retenir est que quelles que soient les statistiques consultées sur les effets négatifs dont sont victimes les enfants 'du divorce', elles *ne s'appliquent pas* à la *majorité* d'entre eux. Elles indiquent seulement que les enfants de parents divorcés risquent davantage de développer des problèmes que ceux dont les parents demeurent ensemble."[197]

Reconnaissant toutefois que le divorce a des répercussions sur l'enfant, madame Ambert indiquait à ce propos que "(...) comme le suppose le concept de détresse, les enfants souffrent beaucoup en général au moment de la séparation de leurs parents: ils s'ennuient de l'autre parent; quand ils sont jeunes, ils peuvent se sentir partiellement responsables du divorce; certains tentent désespérément de réconcilier leurs parents; ils sont tristes; certains pleurent beaucoup tandis que d'autres deviennent agressifs ou développent des problèmes de comportement temporaires"[198]. Examinons maintenant plus en détail les conclusions des principales études répertoriées sur les conséquences sur l'enfant de la rupture des parents.

---

[197]A.M. AMBERT, *op. cit.*, note 191, p. 18.
[198]*Id.*, p. 19.

1) Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant

Au cours des dernières décennies, de nombreux chercheurs se sont penchés sur les répercussions du divorce sur l'enfant. Il semblerait ainsi que "[l]'enfant du divorce n'existe pas; seul existe l'enfant du conflit"[199]. Bien que le cadre de cette thèse n'exige ni ne permet que nous rapportions l'ensemble des études effectuées sur la question, nous nous attarderons dans cette sous-section aux conclusions d'études retenues non seulement pour leur pertinence mais aussi pour le fait que, pour la majorité d'entre elles, ces études ont recueilli un large consensus auprès des membres de la communauté juridique. Toutefois, nous tenons à préciser que l'accueil favorable de certaines études auprès des membres de la communauté juridique ne constitue d'aucune manière une preuve de la validité scientifique de ces études[200]. Observons plus en détail les études répertoriées.

a) Les études répertoriées

Les études répertoriées sur les conséquences du divorce chez l'enfant sont nombreuses. Nous présenterons toutefois les principales conclusions de certaines études[201], entre autres celles d'une recherche récente portant sur les répercussions du divorce chez les adolescents[202]. Il s'agit

---

[199]Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI (sous la direction de), *Autorité parentale et parents désunis*, Paris, CNRS, 1985, p.11.

[200]À titre de rappel de la méthodologie de recherche adoptée, voir *supra*, introduction, p. 12.

[201]Les principales revues américaines que nous avons consultées dans le cadre de nos recherches portant sur les thèmes reliés aux sciences humaines ont été les suivantes: *Journal of Divorce & Remarriage*, *Contemporary Family Therapy*, *American Psychologist*, *American Psychology*, *Psychological Bulletin*, *Developmental Psychology*.

[202]Alisa BURNS et Rosemary DUNLOP, "Parental Marital Quality and Family Conflict: Longitudinal effects on Adolescents from Divorcing and Non-Divorcing families", (2002) (1-2) 37*Journal*

d'une étude menée par les chercheuses américaines Alisa Burns et Rosemary Dunlop qui ont tenté de confirmer ou d'infirmer les conclusions des études de chercheurs américains (Wallerstein, Blakeslee et Lewis (2000) et Amato et Booth (1997)) qui auraient démontré que le divorce des parents a des répercussions sur l'enfant qui, devenu adulte peut éprouver des difficultés à s'engager dans une relation amoureuse et à maintenir un tel engagement amoureux[203].

L'étude des chercheuses Burns et Dunlop consistait à examiner le comportement de 67 adolescents âgés de 13 à 16 ans. Ces adolescents provenaient de familles dont les parents étaient sur le point de divorcer dans le cas de la moitié des familles étudiées. Les chercheuses Burns et Dunlop ont eu l'occasion de rencontrer ces enfants à deux reprises, une première fois lorsque les enfants étaient adolescents puis, dix années plus tard lorsqu'ils étaient devenus adultes. À vrai dire, les chercheuses ont noté peu de différences entre les enfants ayant vécu la rupture de leurs parents et les enfants dont les parents étaient demeurés unis. Ainsi, ces dernières ont rapporté ce qui suit à ce propos:

> "Parent's marital status was relevant only to wariness about relationships. Children from the divorce group were more wary overall. Their level of wariness was unaffected by their Year 1 reports of involvement in parental disagreements, but within the intact group, greater wariness was associated with greater involvement in parental conflict at Year 1. These findings indicate a diffférent patern of long-term outcomes from those reported by Amato & Booth (1997) and Wallerstein, Blakeslee and Lewis (2000)."[204]

---

of Divorce & Remarriage, p. 57.

[203]*Supra*, note 89.

[204]A. BURNS et R. DUNLOP, *loc. cit.*, note 202.

Compte tenu des réserves précédemment mentionnées quant à l'analyse des résultats de recherches reliées aux sciences humaines[205], il nous apparaît difficile à ce moment-ci de dégager des conclusions significatives de l'étude de Burns et Dunlop. Toutefois, nous pouvons affirmer que certains enfants pourront ressentir les effets de la rupture de leurs parents et que ces effets pourront varier selon chaque enfant. Également, il nous semblera bien établi que l'intensité du conflit vécu par les parents pourra avoir des conséquences sur l'enfant, les auteurs de nombreuses recherches l'ayant d'ailleurs démontré[206]. Mais avant de poursuivre l'étude des conséquences de la rupture sur l'enfant, il nous semblera de mise de présenter les conclusions de quelques études plus spécifiques portant sur les conséquences du divorce chez l'enfant au cours de la prochaine subdivision.

---

[205]*Supra*, note 200 et *supra*, introduction, p. 12.
[206]*Supra*, note 89; également voir *infra*, note 209, note 210 et note 221.

b) Les études fréquemment citées

Dans le cadre de nos recherches, nous présenterons les conclusions de plusieurs études qui ont particulièrement retenu notre attention dont celle d'une étude qui nous a semblé des plus concluantes relativement à notre sujet d'étude et qui a été fréquemment citée par les magistrats et les juristes tout au cours des dernières décennies. Il s'agit de l'étude de la docteur américaine Judith Wallerstein dont les recherches ont porté sur les enfants ayant vécu le divorce de leurs parents. Les conclusions des recherches de la docteure Wallerstein ont été rapportées dans de nombreux ouvrages spécialisés et cités à deux reprises dans deux importants arrêts de la Cour suprême du Canada en matière de garde soit, les arrêts *Gordon* c. *Goertz*[207] ainsi que *Young* c. *Young*[208].

Dans l'arrêt *Young*, la juge L'Heureux-Dubé énonçait ce qui suit à ce propos:

> "Deux des études majeures menées sur le divorce et les effets des conflits sur le bien-être affectif et psychologique des enfants insistent sur l'importance cruciale de la capacité de réduire les conflits. L'ouvrage de Wallerstein et Kelly, (...) constitue l'étude de longue durée la plus complète jamais réalisée sur les effets du divorce sur les enfants, bien que son objet soit limité à des familles blanches de classe moyenne en Californie, sans antécédents cliniques et s'étant portées volontaires. J.S. Wallestein et S. Blakeslee ont fait un suivi des mêmes sujets d'étude, dix ans après, dans *Second Chances*: *Men, Women and Children a Decade After Divorce* (1989)."[209]

---

[207] *Gordon* c. *Goertz*, précité, note 160, 93, 94.
[208] *Young* c. *Young*, précité, note 22, 80.
[209] *Ibid*; voir entre autres *D.(I.)* c. *P.(P.)*,(C.S.)REJB 1998-10117(juge G.B. Maughan, C.S. Montréal nº 500-04-013411-989, décision du 22 décembre 1998). Il s'agit d'une décision dans laquelle le tribunal a rapporté les conclusions des recherches effectuées par la docteure Wallerstein, publiées dans J.S. WALLERSTEIN, "The Long Term Impact of Divorce on Children: A First Report from a 25-Year Study", (1988) 36 *Family & Conciliation Courts Rev.* 368 et qui furent commentées dans

Les conclusions des recherches de la docteure Wallerstein ont ainsi porté sur les conséquences du divorce chez les enfants ayant vécu une telle rupture de leurs parents au début des années 1970[210]. Au fil des ans, la docteur Wallerstein a poursuivi ses recherches et choisi de comparer deux groupes d'enfants distincts dont l'un était composé d'enfants ayant vécu le divorce de leurs parents au cours des années 1970 et l'autre, d'enfants nés de parents non divorcés. Ces enfants provenaient tous de la même région géographique de même que du même milieu social[211].

Les conclusions de ces études ont été citées par de nombreux magistrats[212], chercheurs et juristes[213]. Qui plus est, les conclusions des recherches de la docteure Wallerstein ont été appréciées tant pour leur qualité, leur durée sur laquelle elles se sont échelonnées que pour la variété des sujets

---

Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *A Response to Remarks by Judith Wallerstein on the Long-Term Impact of Divorce on Children*, p. 3; voir *infra*, note 89.

[210]Judith WALLERSTEIN et Joan Berlin KELLY, *Surviving the breakup: how children and parents cope with divorce*, New York, Basic Books, 1980; Judith WALLERSTEIN et Sandra BLAKESLEE, *Men, women, and children a decade after divorce*, New York, Ticknor & Field, 1989; J.S. WALLERSTEIN, J.M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89.

[211]J.S. WALLERSTEIN, J.M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89.

[212]Citons entre autres décisions *M.J.P.* c. *T.D.*, (C.S.) (J.E. 99-271) (décision du juge Ivan St-Julien, C.S. Longueuil nº 505-04-010277-028, décision du 26 mars 2003); *N.(I.)* c. *T.(P.-L.)*, [1999] R.D.F. 87, 94 (C.S.) (juge G.B. Maughan).

[213]Consulter entre autres chercheurs et juristes M. GIROUX, *loc. cit.*, note 155, 92; M.GIROUX, *loc. cit.*, note 162, 376; R. FREEMAN, *loc. cit.*, note 8, 83; M. PRATTE, *loc. cit.*, note 155; Carol S. BRUCH, "Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases", (2001) 35(3) *Family Law Quarterly*, p.527; Lynne KASSIE & Kimberly WENGER, "Children: Part of the Family Patrimony A Commentary on Joint Custody", dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 789, 795 où les auteures indiquent à propos de l'étude de la docteure Wallerstein qu'elle est: "[o]ne of the most frequently cited studies on the issue of children and divorce (...)".

observés[214]. Bien que les résultats de ces recherches aient fait l'objet de critiques, comme l'attestent les résultats de l'étude des chercheuses Burns et Donlop[215] précédemment mentionnée et les membres du comité de la pédiatrie psychosociale de la Société canadienne de pédiatrie[216], nous constatons que ses détracteurs auront malgré tout reconnu que le divorce des parents pouvait avoir des répercussions sur l'enfant, tout en apportant certaines nuances à ce propos quant aux résultats des recherches effectuées. Ces critiques ont en effet précisé que "[d]es études faites auprès de populations plus représentatives indiquent que le risque de dysfonction que courent les enfants des parents divorcés est inférieur à celui qu'avancent Wallerstein Blakeslee, et des observations font état d'une légère augmentation des troubles de comportement chez ces enfants par rapport aux enfants de parents non divorcés"[217].

---

[214]*Infra,* note 216.

[215]A. BURNS et R. DUNLOP, *loc. cit.*, note 202.

[216]COMITÉ DE LA PÉDIATRIE PSYCHOSOCIALE. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, "La promotion de la santé mentale pour les enfants de parents qui se séparent", (2000) 5(4) *Paediatrics & Child Health*, p. 237, à la page 239. Les membres du comité ont rapporté que:"[c]ertaines études qui indiquent qu'une forte proportion des enfants sont perturbés par un divorce sont faussées parce que les échantillons cliniques proviennent de familles en thérapie plutôt que de la population générale. Wallerstein et Blakeslee, par exemple, ont effectué une étude à long terme auprès d'enfants de parents divorcés de classe moyenne, et ont découvert que près de la moitié des enfants présentaient un stress et une insécurité prolongés qui nuisaient à leur travail et à leurs relations sociales. L'étude était toutefois limitée par un échantillon relativement restreint et faussé de familles autosélectionnées, toutes envoyées en thérapie". Précisons toutefois que les enfants qui n'ont pas eu besoin de consulter un psychologue au moment de la désunion de leurs parents n'ont pas fait l'objet des études de la docteure Wallerstein et que, pour cette raison, les résultats des études de la docteure Wallerstein ne peuvent être généralisés à toute la population et ne sont rapportés à titre indicateur uniquement. Qui plus est, à nouveau, nous reconnaissons le fait que l'accueil favorable des études de la docteure Wallerstein par les membres de la communauté juridique ne constitue d'aucune manière une preuve de la validité scientifique de ce qu'avancent les conclusions des études menées par la docteure Wallerstein. Des extraits de cet article peuvent être consultés sur le site internet de la "Société canadienne de pédiatrie", à l'adresse ci-après: http://www. spc.com.

[217]*Ibid.*

Parmi les chercheurs ayant accueilli favorablement les recherches de la docteure Wallerstein, mentionnons le professeur Richardson qui soulignait que "[t]he study provoked a great deal of reaction from mental health professionals, because the findings challenged the idea that most children are unharmed by divorce. Contrary to Wallerstein's own expectations, most of the children in her study showed severe difficulties in school and in personal and social relationships. There was a noticeable increase in drug and alcohol use and a higher rate of delinquency. The children of divorce showed high rates of depression, aggression and social withdrawal. The study also challenged the idea that helping children express their feelings in therapy at the time of divorce would have long-term preventive benefits. Many were experiencing serious difficulties in their adult relationships (...)"[218]. À la page 191, le professeur Richardson ajoute que "[however], almost ten years later, at the 1998 Annual Conference of the Association of Family and Conciliation Courts in Washington, D.C.-which was attended by a group of Members of this Committee-a panel of sociologists and psychologists argued that Wallerstein's findings were correct, because larger research studies in the United States and Great Britain had subsequently supported them"[219].

---

[218]B. HOVIUS, *op. cit.*, note 158 où le professeur Hovius fait siens les propos du professeur James Richardson contenus dans James RICHARDSON, "Children of Divorce", dans Karen L. ANDERSON et autres, *Family Matters*: *Sociology and Contemporary Canadian Families*, Toronto, Methuen,1987, pp.166-174, où ce dernier commente l'étude de Judith Wallerstein et Sandra Balkeslee, *Second chances*: *men, women and children a decade after divorce*, New York, Ticknor & Fields; consulter également R. WEISS et al., "Follow up: Judith Wallerstein & Robert West take Issue With a Review", (1989) 4 *Readings*, p. 12.

[219]B. HOVIUS, *op. cit.*, note 158, p. 191.

Ajoutons également à ces commentaires favorables ceux du professeur Hovius qui émet les commentaires suivants à propos des recherches de la docteure Wallerstein en soulignant que: "[i]ts real contribution is made, not in showing that children are upset and distressed when their parents separate- we would expect that- but in its ability to identify what helps or hinders children to adjust to their new situation. Two key factors emerge as helpful: 1) easy access and an ongoing relationship with a non-custodial parent, and 2) a post-divorce mother-father relationship in which conflict is kept to a minimum"[220].

Ainsi, selon l'une des conclusions des recherches de la docteure Wallerstein à laquelle sont également arrivés d'autres chercheurs [221], l'intensité du conflit entre les parents au moment de leur rupture semblerait avoir une plus grande importance sur l'enfant que les modalités de garde établies entre eux et en fait, le divorce ne constituant aucunement un incident isolé mais appelé à avoir des répercussions différentes sur les enfants au fil des ans. Voici comment la juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada résumait les conclusions de ces recherches:

---

[220] *Id.*, p. 188.

[221] Voir entre autres E. Mavis HETHERINGTON, Margaret STANLEY-HAGAN et Edward R. ANDERSON, "Marital Transitions. A Child's Perspective", (1989) 44(2) *American Psychologist*, p. 303, à la page 304; E.M. Hetherington et al.,"Effects of Divorce on Parents and Children", dans M. LAMB (dir.) *Nontraditional Families*: *Parenting and Child Development*,1982; M. LAMB,"The effects of divorce on children's personnality development", (1977) 1 *Journal of Divorce*, p. 163.

"Une des conclusions les plus significatives de ces deux rapports est la constatation que la séparation ou le divorce n'est pas un événement isolé auquel il faut faire face une fois pour toute, mais qu'il constitue le plus souvent le point de départ d'une série d'événements perturbateurs dans la vie de l'enfant. Longtemps après que le divorce soit devenu irrévocable, les enfants continuent dans de nombreux cas à subir le stress résultant du changement des structures familiales et de la réduction du support financier qui s'ensuivent. Ces conclusions sont largement corroborées par une autre étude américaine portant sur les répercussions du divorce sur les enfants. Dans 'Effects of Divorce on Parents and Children' tiré de M.E. Lamb, dir. *Nontraditional Families*: *Parenting and Child Development(1982)*, E.M. Hetherington, M. Cox et R. Cox ont mesuré les effets des conflits sur les enfants en comparant des familles divorcées et des familles intactes, les sujets étant des enfants blancs d'âge pré-scolaire issus de la classe moyenne et confiés à la garde de leur mère. Cette étude met en évidence le rôle du conflit eu égard au bien-être des enfants, les auteurs ayant constaté que deux ans après le divorce, les enfants issus de familles divorcées où le niveau de conflit est faible s'en sortent mieux que ceux qui évoluent dans des familles intactes où le niveau de conflit est élevé."[222]

À ce propos, la docteure Wallerstein observait que:

"The bottom line that our studies show is that the legal form of custody is *not* what matters in the child's welfare. (...)What matters is the mental health of the parents, the quality of the parent-child relationships, the degree of open anger versus cooperation between the parents, plus the age, temperament, and flexibility of the child. What also matters is the extent to which parents are able and willing to have the same routines for their child in each house (...) With older children, it also depends on asking their opinion and taking it seriously."[223]

---

[222] *Young* c. *Young*, précité, note 22, 82; notons les commentaires plus nuancés des auteurs D.A. LOUW et R. SCHERRER, *loc.cit.*, note 30, 19, au sujet des recherches de la docteure Wallerstein qui notaient que: "[i]t is generally accepted that the divorce of parents can be disruptive and traumatic for the children. Some researchers believe that the impact is enormous and even catastrophic and that it merely intensifies with the passage of time (Wallerstein et al (2000)). At the other end of the spectrum there are those who recognize the negative effect of divorce, but also concentrate on the possibility of and opportunity for, radical personal growth (Hetherington and Kelly (2002))". L'étude des chercheurs E.M. Hetherington, M.Cox & Cox R. (1985) peut également être consultée dans "Long-term effects of divorce and remarriage on the adjustment of children",(1985) 24(5) *Journal of American Academy of Psychiatry*, p. 518.

[223] J.S. WALLERSTEIN, J.M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89, pp. 215 et 216.

Ces précisions ayant été apportées, attardons-nous dans la prochaine subdivision aux émotions généralement ressenties par l'enfant au moment de la désunion de ses parents.

c) Les émotions ressenties par l'enfant

Nous avons observé que certains chercheurs considéraient que les enfants ayant vécu la rupture de leurs parents pouvaient présenter un plus grand nombre de problèmes de comportement que les enfants de couples non séparés. Selon ces chercheurs, les enfants ayant vécu la désunion de leurs parents pouvaient connaître, à divers degrés, diverses difficultés d'adaptation[224].

Également, il fut noté que les émotions ressenties par l'enfant au moment de la rupture des parents et les étapes vécues par celui-ci pouvaient varier d'un enfant à l'autre. Dans certains cas, l'enfant pouvait vivre une régression des habiletés acquises et ressentir des émotions telles que la colère, l'agressivité, la tristesse, la culpabilité, la peur d'être abandonné, le désir de réconciliation de ses parents, ainsi que la tendance à vieillir plus vite et à se désengager de la famille qui, dans ce cas

---

[224]R. FREEMAN, *loc. cit.*, note 8, 85; Rodrigue OTIS, *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation. Synthèse des écrits scientifiques*, Eastman, Éditions Behaviora, 2000, p. 65.

précis serait surtout ressentie et vécue chez l'adolescent[225]. Par ailleurs, nous avons déjà mentionné que d'un point de vue psychologique, l'enfant pouvait avoir besoin de savoir ce qu'il adviendra de sa famille au moment de la rupture. Ce besoin de savoir de l'enfant impliquerait nécessairement celui de pouvoir questionner les membres de sa famille et de pouvoir commenter la situation vécue par l'enfant. L'adulte devrait ainsi être en mesure de repérer les émotions difficiles vécues par l'enfant au moment de la rupture afin de l'aider à surmonter ses difficultés et de mieux comprendre ses besoins immédiats et concrets[226].

Pour l'adulte à la recherche d'une meilleure intégration de son enfant à son nouveau projet de vie, connaître le point de vue de l'enfant pourra, selon les chercheurs, favoriser une meilleure intégration de ce dernier à sa nouvelle dynamique familiale[227]. Une meilleure intégration de l'enfant à sa nouvelle dynamique familiale serait à ne pas en douter souhaitée par plusieurs, tout comme nous l'observerons dans la prochaine sous-section ayant trait à la place de l'enfant au moment de la désunion des parents.

---

[225]R. OTIS, *loc. cit.*, note 176, p. 120; consulter aussi à ce sujet Michel HUARD et Claire JODOIN-PILON, "Coûts émotifs des litiges de garde d'enfant et d'accès pour les enfants", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1993, p. 389. Les auteurs indiquent à la page 391 que "[l]a principale crainte d'un enfant face à la séparation est celle de perdre ses deux parents: peur de perte d'amour, peur d'abandon." Les auteurs ajoutent qu'"en cas de stress tel le divorce, le sens de la permanence sera affaibli même si l'enfant est à un âge beaucoup plus avancé."
[226]R. CLOUTIER, *loc. cit.*, note 195, 22.
[227]*Ibid.*

2) La place de l'enfant au moment de la désunion des parents

L'écoute de la parole de l'enfant par le tribunal constitue un droit reconnu pour l'enfant au moment de la rupture de ses parents. D'un point de vue social et humain, nous considérons que l'écoute de la parole de l'enfant pourra se révéler utile et nécessaire afin d'aider l'enfant à franchir les diverses étapes de vie qu'il aura à franchir suite à la désunion de ses parents. Cette écoute pourra également permettre aux adultes qui l'entourent de mieux connaître ses besoins et de pouvoir y répondre de façon adéquate. Des experts ont à ce propos indiqué que "la non reconnaissance des besoins particuliers des enfants amène un blocage et une cristallisation de toutes les interactions, et le tribunal quelque fois est l'ouverture vers le déblocage et le changement"[228]. Au cours des prochaines subdivisions, nous ferons état des résultats des diverses études que nous avons répertoriées sur la question et qui démontre l'importance pour les tribunaux de prendre en compte la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents.

---

[228]Paule LAMONTAGNE, "La théorie des interactions circulaires intrafamiliales comme schéma de compréhension de la fausse allégation d'abus sexuel, exemples cliniques", dans Hubert VAN GIJISEGHEM (dir.), *L'enfant mis à nu: l'allégation d'abus sexuel: La recherche de la vérité*, Montréal, Éditions du Méridien, 1992, p.153, à la page 162.

a) Les études américaines

Dans ses recherches, la docteure Wallerstein a énoncé l'importance d'écouter la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents afin de faciliter son adaptation à sa nouvelle structure familiale. Elle estime à ce propos que "[w]e need to develop procedures that allow children to discuss their needs and wishes before visiting arrangements are made-and we need to make provisions for monitoring these arrangements through time. Each arrangements should be tailored to individual circumstances"[229].

---

[229]J.D.WALLERSTEIN, J.M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89, p. 219.

La docteure Wallerstein a rappelé que l'écoute de la parole de l'enfant constituait l'un des éléments les plus importants à respecter au moment de la rupture des parents. Selon elle, cette écoute peut permettre de favoriser le mieux-être de l'enfant surtout dans le cas d'enfants plus âgés[230]. La docteure Wallerstein ajoutait qu'"entendre" l'enfant, consiste non seulement à écouter ce que l'enfant a à dire, mais aussi à lui permettre de vivre une vie aussi normale que possible suite à la rupture de ses parents. À ce sujet, celle-ci déplore le fait que peu d'enfants avaient véritablement eu la possibilité d'exprimer leurs désirs au moment de la rupture de leurs parents. Elle dénonce ainsi le fait que "[t]ypically children are not asked to participate in formulating court-ordered mediated plans that make for radical changes in their lives. (...) The court made no provision for gradual implementation of the new schedule. Basically the children were treated like objects and set off on the assumption that of course everything would work out for the best"[231]. Enfin, la docteure Wallerstein constate que "[w]hen visiting and custody plans are made, the child's friendships and play activities are rarely considered by parents"[232].

---

[230] *Id.*, p. 181. La docteure Wallerstein énonce ainsi que "[t]he American legal system is under the impression that its activities and decisions are geared toward safeguarding children after divorce. But I have rarely met a child who felt protected by this system. On the contrary, most children would be very surprised to hear that any juge, attorney, mediator, or anyone else had their interests at heart when setting up court-ordered visiting. Many do not feel protected by their own parents in the planning of visiting or custody. Instead, they feel silenced. The visiting schedule, which the children deem arbitrary and oppressive, is made without their interests and wishes in mind."

[231] *Id.*, pp. 176 et 177. À ce propos, les auteurs s'interrogent, à la page 181, sur l'impact que les experts en relations humaines et législateurs peuvent avoir sur l'enfant du divorce et se posent les questions suivantes: "[h]ow foolish we are to think that we can legislate or direct the human heart?"ou encore "[h]ow many are still reacting to their feelings of having been bullied and made to feel powerless?"

[232] *Id.*, p. 20.

Dans les recherches de la docteure Wallerstein, les enfants affectés par la rupture de leurs parents se sont déclarés dans l'ensemble peu satisfaits des ententes de garde élaborées par leurs parents[233] et surtout, ont déploré le fait que leurs parents avaient omis de les consulter au moment de déterminer leurs modalités de garde. Nous observerons dans la prochaine subdivision que certaines études canadiennes atteignent des conclusions similaires à celles précédemment mentionnées. Toutefois, il convient de présicer qu'il serait imprudent d'étendre les conclusions des recherches de la docteure Wallerstein à l'ensemble de la population, car cette chercheuse a interrogé uniquement des enfants ayant fait appel à de services de soutien psychologique. Ces conclusions ne valent que pour cette population et il n'est donc pas permis d'en déduire que l'ensemble des enfants ayant vécu le divorce de leurs parents ont été peu consultés au cours des procédures judiciaires de ceux-ci.

---

[233] *Ibid.*

b) Les études canadiennes

La première étude canadienne que nous avons choisi de répertorier porte sur l'opinion qu'ont les juristes relativement à l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la rupture des parents. Cette étude canadienne, publiée par le ministère de la Justice du Canada, fut effectuée auprès de juristes canadiens[234] pour le ministère de la Justice du Canada par la Fédération des professions juridiques du Canada (FPJC) en collaboration avec l'Institut canadien de recherche sur le droit de la famille.

Les conclusions de cette étude nous ont permis de constater que la majorité des juristes canadiens interrogés sur la question reconnaissaient l'importance de porter une attention particulière à la parole de l'enfant au moment de la rupture de ses parents. Dans cette étude, des juristes canadiens interrogés sur les façons de prendre en compte la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents avaient indiqué que, parmi les modalités d'écoute répertoriées, 66% d'entre eux favorisaient la tenue de rapports d'évaluation, 56% favorisaient la représentation de l'enfant par un avocat, 25% favorisaient la représentation de l'enfant par quelqu'un d'autre qu'un avocat et 24% d'entre eux favorisaient l'entrevue judiciaire avec l'enfant.

---

[234]CANADA. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, "Consultation de la Fédération des professions juridiques du Canada relative aux lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, la garde et le droit de visite", préparée par la Fédération des professions juridiques du Canada et l'Institut canadien de recherche sur le droit de la famille, présentée à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2001-FCY-10F. Les résultats de cette étude peuvent être consultés sur le site internet du "ministère de la Justice du Canada", à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc.ca/fr/ps/sup/pub/2001-FCY-10F.pdf.

Au même titre que la jurisprudence sur ce point, 59% des répondants considéraient qu'en matière de garde, il ne fallait pas accorder d'importance aux préférences d'enfants âgés de moins de 6 ans, 74% d'entre eux étaient d'avis qu'il fallait accorder une légère importance aux préférences d'enfants âgés de 6 à 9 ans, 94% d'entre eux étaient d'avis que les préférences d'enfants âgés de 14 ans ou plus devaient être sérieusement prises en considération par le tribunal. En ce qui avait trait aux enfants âgés de 10 à 13 ans, 50% des répondants pensaient qu'il ne fallait accorder qu'une légère importance à leurs préférences, tandis que 48% préféraient leur en accorder beaucoup[235]. Nous noterons également d'autres résultats intéressants, soit que 78% des répondants considéraient que des réformes législatives ou des améliorations des services s'imposaient en vue de mieux permettre aux enfants d'exprimer leur point de vue en de telles circonstances, données intéressantes à considérer dans l'élaboration de changements à apporter au regard de la problématique soulevée[236].

Et puisque les résultats des études canadiennes consultées semblent correspondre aux conclusions d'études américaines répertoriées[237], nous avons choisi de ne rapporter qu'une seule autre étude canadienne menée dans le cadre de consultations provinciales et fédérale relativement à l'enfant et sa garde en matière de divorce. Dans cette étude, et il nous apparaît important d'en souligner les conclusions dans le cadre de nos recherches, une majorité des enfants rencontrés avaient

---

[235]*Ibid.*

[236]Voir *infra*, p . 328.

[237]R. FREEMAN, *loc. cit.*, note 8, 82. L'auteure rapporte les résultats d'une étude canadienne menée auprès de familles canadiennes ayant vécu la désunion des parents indiquant que: "[i]n 66.4 % of cases, children were dissatisfied with the parenting plan arrangements." Les enfants rencontrés étaient âgés de 7 à 16 ans.

indiqué avoir senti que leur opinion avait eu peu d'importance au moment de la désunion de leurs parents. Les auteurs de l'étude avaient indiqué que: "[l]es enfants ont dit qu'ils se sentaient laissés pour compte dans une démarche qui, souvent, va déterminer leur mode de vie quotidien pour bien des années à venir. (...) Les enfants sont souvent surpris que leurs parents décident de divorcer. (...) Ils n'avaient pas l'impression d'avoir leur mot à dire dans la décision et se trouvaient face à l'incertitude de l'avenir. Ils n'avaient pas non plus de réseau de soutien comme les parents"[238].

Les études québécoises consultées dans le cadre de nos recherches ont également mis en lumière un tel état de fait, conclusions qui seront plus amplement examinées dans la prochaine subdivision.

c) Les études québécoises

Nous rapporterons dans la présente subdivision les conclusions de deux études québécoises portant plus spécifiquement sur le sujet de cette thèse. Il s'agit d'études menées par les psychologues québécois Suzanne Barry et Rodrigue Otis fréquemment citées par les magistrats et juristes québécois tout au cours de la dernière décennie. Quelques-unes des conclusions de l'étude menée par la psychologue Suzanne Barry portant sur la place faite à l'enfant dans les décisions relatives à

---

[238]GOUVERNEMENT DU CANADA. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *op. cit.*, note 9, p. 13; notons qu'en mai 1999, le gouvernement du Canada a répondu favorablement à ce rapport par le dépôt du document intitulé: *Réponse du gouvernement du Canada au Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants. Stratégies de réforme*, mai 1999. En 2000, une enquête canadienne avait été menée à travers le pays sur la question dont les conclusions ont été rapportées dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *L'intérêt de l'enfant d'abord. Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada. Consultations fédérales, provinciales, territoriales*, mars 2001, voir également à ce sujet M. GIROUX, *loc. cit.*, note 155, 89.

la garde au moment du divorce seront rapportées dans le cadre de la présente subdivision. Les conclusions de l'étude de madame Barry ont été publiées dans diverses revues québécoises spécialisées en sciences humaines[239] ainsi que recueillis portant sur la médiation familiale[240]. Les conclusions de ces recherches ont essentiellement porté sur la compréhension que pouvaient avoir les enfants aux prises avec la désunion de leurs parents au regard de la problématique posée par la réorganisation familiale.

Dans l'étude menée par madame Barry, les enfants interrogés semblaient détenir une meilleure compréhension de la réalité familiale vécue au moment de la rupture que les adultes ne pouvaient le croire. Les enfants semblaient être plus en mesure de participer aux décisions reliées à leur vie familiale que les adultes ne le croyaient et semblaient se trouver conséquemment plus aptes à le faire que les adultes ne voulaient bien l'admettre. Dans cette étude, la psychologue québécoise Suzanne Barry constatait que:

> "[L]es adolescents, dans la plupart des domaines décisionnels, ne peuvent être distingués des adultes sur la base de leur compétence à prendre des décisions. (...) les plus jeunes (8 ans) affichent un niveau de compréhension moindre que les adultes alors que les pré-adolescents (11ans) obtiennent des résultats comparables à ceux des pères."[241]

---

[239]Les conclusions de la recherche de la psychologue Suzanne Barry ont été principalement publiées dans Suzanne BARRY, "La place de l'enfant dans les transitions familiales", (1990) 13(1) *Apprentissage et Socialisation*, p. 27; Suzanne BARRY et al.,"La place faite à l'enfant dans les décisions relatives au divorce", (1985) 6(3) *Revue québécoise de psychologie*, p. 86.

[240]Parmi les recueils ayant publié les résultats de l'étude de madame Barry, citons entre autres publications Suzanne BARRY, "L'implication de l'enfant: sa place dans les réorganisations familiales, dans Lisette LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p.181.

[241]*Id.*, p. 185.

Madame Barry ajoutait que "[l]a capacité de l'enfant de comprendre les enjeux de la séparation n'apparaît pas une justification valable pour son exclusion dans le processus décisionnel"[242]. La chercheuse a distingué trois niveaux de participation de l'enfant dans la prise de décision de la famille, soit l'accès à l'information, la participation à l'interaction des membres de la famille et le contrôle effectif ou poids décisionnel du point de vue de l'enfant. Les recherches effectuées par madame Barry ont indiqué que le poids décisionnel de l'enfant devenait significativement moindre au moment de la rupture des parents. Ces résultats nous amènent à conclure que la rupture du couple incite les parents à donner moins de place au point de vue de leur enfant au profit de leur propre point de vue[243].

Ainsi, comme le soulignait madame Barry, "[d]ans le cadre des réorganisations familiales engendrées par la séparation parentale, cette implication de l'enfant au processus de décision assure le respect de ses droits et est susceptible de permettre une dépolarisation du problème. Le conflit dyadique entre les parents, fortement chargé d'hostilité devient, avec l'implication de l'enfant, un problème où plusieurs perspectives entrent en ligne de compte, chacune étant objectivée par rapport aux autres"[244].

---

[242] *Ibid.*
[243] *Ibid.*
[244] *Id.*, p. 189.

En ce qui a trait toutefois à la participation de l'enfant à la décision relative à sa garde, nous croyons opportun d'apporter une précision. La psychanalyste française Françoise Dolto[245] déclarait que nous nous devions de distinguer la participation de l'enfant au processus judiciaire de la décision proprement dite et le fardeau qui y est rattaché. Il nous semble donc important de ne jamais perdre de vue que l'écoute de la parole de l'enfant ne doit en aucun temps être considérée comme une occasion pour l'enfant de porter sur ses frêles épaules le trop fardeau relié à la prise de décision concernant sa garde. L'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents nous aparait davantage reliée à une écoute et prise en compte des besoins et de ses désirs, verbalisés par l'enfant lui-même quant à sa garde, et non à un transfert d'autorité quant à la déterminante question de son lieu de résidence, intimement liée à son meilleur intérêt et à son mieux être.

Suite aux considérations émises, nous consacrerons la prochaine sous-section à l'étude de la parole de l'enfant et à son développement afin de mieux connaître l'enfant et son développement, ce qui nous semblera constituer une condition essentielle à une écoute adéquate de sa parole devant les tribunaux.

Sous-section B: La parole de l'enfant et son développement

Puisque tout adulte appelé à écouter la parole de l'enfant au moment de sa garde devra être en mesure d'avoir accès aux informations pertinentes reliées à son développement, nous énoncerons dans cette sous-section les divers aspects reliés à son développement. Ces informations nous

---

[245]Françoise DOLTO, *Quand les parents se séparent*, Paris, Seuil, 1988, p. 130.

permettront de comprendre l'importance de détenir une connaissance adéquate du langage et des émotions qui habitent l'enfant au moment de la rencontre avec ce dernier[246]et de favoriser une meilleure écoute de sa parole devant les tribunaux.

1) Les stades de développement de l'enfant

Des études menées sur le développement de l'enfant ont démontré que l'enfant d'âge pré-scolaire possédait une conception du temps tout à fait différente de celle de l'adulte. À vrai dire, l'enfant en bas âge ne détient aucune conception du temps, ni de ce que représente une semaine, un mois, voire une année. Certains parents sont incités à croire que le concept du temps est bien assimilé chez leur enfant et que celui-ci en détient une pleine maîtrise, alors qu'en fait, il n'en est rien. La méprise vient du fait que chez l'enfant, le développement langagier précède le développement cognitif. Le temps n'a aucune existence dans l'univers enfantin. Les seuls points de repère demeurent les gestes du quotidien. L'absence de routine pour un enfant en bas âge constitue une menace à sa sécurité, l'enfant ne pouvant trouver ses points d'ancrage. Seuls les gestes connus pourront le rassurer, gestes connus qui tendent à disparaître au moment de la rupture.

À cause de cette notion diffuse du temps chez l'enfant, nous ne saurions trop insister sur la célérité avec laquelle les décisions judiciaires doivent être prises en matière familiale. Des experts en relations humaines ont affirmé que la notion de temps est largement différente chez l'enfant que chez

---

[246]John Philippe SCHUMAN, Nicholas BALA et Kang LEE, "Developmentally Appropriate Questions for Child Witnesses", (1999) 25 *Queen's L. J.* 251, 261.

l'adulte. Lorsque l'enfant se développe, la perception du temps est influencée par l'âge de l'enfant, mais aussi par son degré de développement[247]. Selon les observations rapportées, l'enfant ne pourrait supporter les absences ou interruptions prolongées dans ses relations avec ses parents. De plus, de telles interruptions dans la continuité du lien entre l'enfant et ses parents sont susceptibles d'entraîner des réactions irrationnelles chez l'enfant[248]. D'ailleurs, à ce sujet, de nombreux législateurs, conscients de la réalité vécue par l'enfant ayant fait l'expérience de la désunion de ses parents et de sa perception du temps qui diffère de celle de l'adulte, ont prévu des mécanismes accélérés au moment des procédures judiciaires entreprises par l'un ou l'autre des parents. Le législateur ontarien a, par exemple, précisément pris en compte cette différente perception du temps chez l'enfant en matière de garde. Le *Children's Law Reform Act*, dispose à son article 26 alinéa 1.(2) que "[i]n any proceedings in which any question with respect to the upbringing of a child arises, the court shall have regard to the general principle that any delay in determining the question is likely to prejudice the welfare of the child". Pour cette raison, les concepts de continuité et de

---

[247]Ce principe, qui doit être considéré au moment de l'écoute de la parole de l'enfant, peut également trouver application lors du déroulement du processus judiciaire en matière de garde. L'article 19 des *Règlements de procédures de la Cour supérieure en matière familiale*, c. C-25, r. 9, (ci-après appelés R.p.fam.(C.S.)), prévoit que "[l]e tribunal peut, en tout état de cause, prescrire toute mesure susceptible de favoriser la saine administration du dossier et son cheminement à l'audition. Il peut également, en cas d'urgence, prononcer une ordonnance de sauvegarde des droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine." Voir D.C. MICHELLE, C. SAMIS, D. T. SAPOSNEK,"Parent-Child Relationships in Family Mediation: A Synthesis of Views", (1987) (14-15) *Mediation Quarterly*, p. 23, où des experts sur la question de notion de temps chez l'enfant et des changements qui peuvent survenir chez l'enfant après la désunion des parents ont souligné ce qui suit: "[c]hildren's perceptions of a situation change with the developmental stage. For example, a twelve-year-old child may find that a particular time-sharing arrangement is wonderful while his seven-year-old sister feels quite ambivalently about it."

[248]Claude BOISCLAIR, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Shebrooke, 1978, p. 76.

stabilité revêtent-ils une importance fondamentale en matière de garde[249]. Jean Piaget a été le premier à avoir élaboré un modèle des stades du développement cognitif de l'enfant[250]. Encore aujourd'hui, les autorités en psychologie font fréquemment référence à ses découvertes.

Il nous semble également important de rappeler pour les fins de la présente thèse les diverses phases reliées au développement de l'enfant, diverses phases qu'il faut garder à l'esprit lors de l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux. Selon Piaget, la première phase du développement de l'enfant, appelée phase sensorimotrice, survient lorsque l'enfant est âgé de 0 à 2 ans. Lors de cette phase, l'enfant connaît le monde grâce à ses capacités motrices et ses réactions sensorielles. La seconde phase du développement de l'enfant, dite phase pré-opératoire, survient lorsque l'enfant est âgé de 2 à 7 ans. Il s'agit de la période où l'enfant fait preuve d'un raisonnement pré-opératoire par l'application, entre autres méthodes, de la pensée magique. Puis survient la troisième phase du développement de l'enfant, celle du raisonnement opératoire concret lorsque l'enfant atteint l'âge de 7 ans et qui se poursuit jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 12 ans. Il s'agit d'une étape où l'enfant devient conscient des relations de cause à effet. L'enfant se définit plus objectivement par rapport aux autres individus. Enfin, survient la quatrième phase du développement

---

[249]Joseph GOLDSTEIN, "In Whose Best Interest?", dans R.S. ABELLA et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *op. cit.*, note 181, p. 119, où l'auteur soutient, à la page 121, qu'en matière de garde, il est important de connaître le parent qui tient le rôle du "parent psychologique" afin de déterminer la modalité de garde qui sera conforme à l'intérêt de l'enfant, ce qui favorisera l'établissement et la continuité des soins déjà reçus par l'enfant.

[250]Jean PIAGET, *La construction du réel chez l'enfant*, 5e éd., Neuchâtel, Delachaux et Nestlé, 1971; consulter également Danielle NADEAU et Louis MIGNAULT, "L'entrevue avec l'enfant et son témoignage à la Cour: aspects psychologiques", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2002)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 367, à la page 370.

de l'enfant, celle dite du raisonnement opératoire formel. Cette phase du développement de l'enfant survient vers l'âge de 12 ans et l'enfant ne parvient à maîtriser cette forme de raisonnement que vers l'âge de 14 ans seulement.

Le développement de l'enfant s'effectuerait également en fonction d'un certain ordre. Selon Érik Érickson, un retard dans le développement de l'enfant en bas âge pourrait entraîner un déséquilibre dans le développement ultérieur de l'enfant. Une étude de l'univers psycho-affectif de l'enfant nous permettra de mieux comprendre certains principes relatifs au développement de l'enfant.

L'autonomie du mineur s'obtiendrait grâce à l'acquisition de son sentiment d'identité développé par son sentiment de sécurité, son sentiment d'avoir de la valeur et d'être aimé. Il s'agit alors pour l'enfant de pouvoir devenir un sujet distinct et différent des autres, un sujet qui détient sa spécificité et sa singularité[251]. D'un point de vue psychologique, l'enfant peut idéalement parvenir à une telle autonomie de façon très graduelle, et ce, seulement après avoir complété et réussi diverses étapes jalonnant le processus de développement de l'enfant propre à chaque individu. Il s'agit des phases d'attachement, d'identification et de séparation de ses parents[252].

La désunion des parents pourra entraîner de profonds bouleversements dans le mode de vie familial, ces boulversements pouvant même avoir un impact sur le déroulement de certains stades du développement de l'enfant au moment de la désunion des parents. Tout comme l'ont souligné de

---

[251]J.-L. RENCHON, *loc. cit.*, note 137, 269.
[252]*Ibid.*

nombreux spécialistes en matière de développement de l'enfant, au moment de la rupture, l'enfant aurait besoin d'être adéquatement informé de la situation réelle vécue par ses parents. L'enfant aurait besoin d'être rassuré sur l'amour de chacun d'eux, de pouvoir sentir qu'il peut aimer librement chacun d'eux et en dernier lieu de reconnaître la permanence du divorce[253].

La juge Claire L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada avait noté au sujet de la rupture des parents et plus particulièrement au sujet de jeunes enfants, que "[w]hen dealing with very young children, who are not yet capable of directly voicing their concerns, we must remain especially attuned to behavioural and other signs of distress and/or well-being; ensure that we place their most fundamental needs first in our considerations, such as those for security and nurturing"[254]. Aussi, afin de mieux comprendre le comportement de l'enfant au moment de la désunion de ses parents, nous a-t-il semblé important de nous attarder dans la prochaine subdivision aux besoins et à la perception que peut avoir l'enfant ayant fait l'expérience de la rupture conjugale de ses parents.

---

[253]Francine GUILBAULT, "Les enfants du divorce: nouveau défi pour les parents, la société et la médiation", dans Lisette LAURENT-BOYER, *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, (éd. rév.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 159, à la page 165.
[254]C. L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 209, 384, 386.

2) Les besoins et la perception de l'enfant face à la désunion

Comment l'enfant vit-il la désunion de ses parents? Peu d'études nous ont apporté de réponses précises à ce sujet. L'enfant, de nature fragile, ne peut manifestement demeurer insensible à sa réalité familiale. Certains aspects reliés aux stades de développement de l'enfant nous aideront à mieux comprendre comment l'enfant peut être appelé à percevoir et à vivre la désunion de ses parents.

Les experts en développement de l'enfant nous indiquent que l'enfant est un être influençable. Sa mémoire, qui n'a pas encore atteint sa pleine maturité, le rend fortement vulnérable à la suggestion. À cause d'une telle malléabilité, l'enfant tente de se conformer aux attentes des adultes[255]. L'enfant âgé de 2 à 5 ans peut être appelé à vivre, selon certains spécialistes en matière de développement de l'enfant, une période d'apprentissage. L'enfant âgé de 5 à 12 ans vit une période dite d'identification faisant place par la suite à l'adolescence, qui fait graduellement son entrée vers l'âge de 12 ans. D'autres experts apportent des catégorisations variables selon des âges de 3 à 5 ans pour la période préscolaire, de 7 à 9 ans pour la période appelée "early latence", de 9 à 12 ans pour la période appelée "older latence" et par la suite, l'entrée graduelle de l'adolescence[256]. Ces phases de développement de l'enfant nous permettent de comprendre qu'avant l'âge de 7 à 8 ans, l'enfant serait incapable de se distancier de la parole révélée par l'adulte[257]. Vers l'âge de 7 à 8 ans, l'enfant

---

[255]Luc MORIN et Claude BOISCLAIR, "La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert", (1992) 23 *R.D.U.S.* 27, 36.

[256]R. FREEMAN, *loc. cit.*, note 8, 91.

[257]Louisiane GAUTHIER, "De quelques réflexions sur le serment: histoire de ne pas se faire raconter d'histoire", dans H.VAN GIJISEGEM, *op. cit.*, note 228, p. 47, à la page 51, l'auteure nous rappelle que durant la petite enfance, l'enfant prête à ses parents les mêmes caractéristiques qu'à Dieu et se voit très influencé par la parole de tout adulte: "[i]l y a dans cette capacité de dégagement de la vérité

développerait une morale dite "autonome" comparativement à la morale précédente dite "de l'autorité".

En vertu de la morale dite "autonome", c'est à ce moment seulement que l'enfant développerait une capacité de coopération et une meilleure compréhension de la nécessité du respect mutuel, il s'agit alors d'une coopération consentie contrairement à la contrainte imposée de la période précédente[258]. Également, pour en revenir à Piaget, ce n'est que vers l'âge de dix ou douze ans seulement que l'enfant peut comprendre la règle universelle de réciprocité. Notons par ailleurs que ces périodes charnières peuvent se révéler importantes afin d'évaluer la capacité de discernement de l'enfant, capacité requise afin de permettre à l'enfant d'être entendu selon les critères établis par les législateurs.

Comme nous l'avons précédemment précisé, les émotions telles que la peur de l'abandon, l'angoisse, les fantasmes de réconciliation, le sentiment de se sentir responsable du divorce de ses parents risquent de ne pas être étrangères à l'enfant ayant vécu les effets de la rupture conjugale de ses parents. Il semblerait même que le divorce soit plus difficile à traverser pour les garçons que pour les filles, le problème d'adaptation des filles se trouvant résolu deux ans après la rupture, alors que celui des garçons ne le serait que beaucoup plus tard. Également, le degré d'adaptation serait proportionnel à la qualité de la relation parent-enfant, du degré de coopération entre les parents et

---

révélée une forme d'achèvement impliquant rigueur intellectuelle et autonomie affective, auxquelles nombre d'adultes n'accèdent jamais."

[258] *Id.*, p. 54.

des situations auxquelles l'enfant doit faire face à l'extérieur de la famille[259].

L'âge de l'enfant au moment de la désunion pourrait également apporter un certain éclairage en ce sens. L'attachement de l'enfant à son parent se développerait principalement pendant les deux premières années d'existence de l'enfant; la perte d'une personne à laquelle l'enfant est psychologiquement attaché à cette période cruciale de sa courte vie pourrait se révéler dévastatrice pour l'enfant de cet âge. En fait, il semblerait que la perte d'une telle personne constituerait "a prominent feature of that person's personality"[260].

Également, l'enfant âgé de 2 à 7 ans, semblerait être particulièrement malléable et posséderait une mémoire fragile:"(...) l'enfant se rappelle de l'événement au moment où il se produit, mais sa mémoire reste sujette à des distorsions causées par l'intégration d'informations postérieures à l'événement initial "[261]. À cet âge, c'est le processus intellectuel de rétention de la mémoire qui serait peu développé, sa capacité d'attention étant faible et la compréhension des événements et ses connaissances de base limitées. Plus l'enfant gagnerait en maturité, "plus son comportement est prévisible et indépendant des influences extérieures. De façon générale, avant l'âge de neuf ans, l'enfant n'aurait pas encore intégré et fait siennes les règles et les valeurs de la société, de sorte que

---

[259]M. HUARD et C. JODOIN-PILON, *loc. cit.*, note 225, p. 394.
[260]Robert KRELL, "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes", dans R.S. ABELLA et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *op. cit.*, note 184, p. 175; R. OTIS, *op. cit.*, note 224, l'auteur rappelle aux pages 53 et 54 que "[p]lusieurs théories psychologiques, dont celle d'Erikson (1972), soulignent l'importance de la présence des deux parents, principalement de celui du même sexe, auprès de l'enfant. L'éloignement de l'un des parents peut entraîner comme conséquences à long terme une coupure dans le processus d'identification".
[261]L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 255, 36.

les personnes qui l'entourent, l'interrogent ou s'intéressent à lui pourraient l'influencer grandement"[262].

Ces commentaires et remarques peuvent nous aider à mieux comprendre la façon dont l'enfant en bas âge risque d'être affecté par la désunion de ses parents. Au cours du prochain titre, nous constaterons que l'enfant ne pourrait être apte à témoigner devant le tribunal s'il n'a la capacité intellectuelle d'examiner ou d'interpréter avec exactitude l'événement au moment où il se produit et celle de se rappeler certains faits[263]. Nous reviendrons sur cette question au cours de la prochaine partie. Retenons que la connaissance du niveau de développement de l'enfant afin de savoir s'il est apte à témoigner ou non demeure un concept de grande importance en matière de garde et ajoutons à ces commentaires que la perception des tribunaux à l'égard de la fiabilité du témoignage des enfants pourra également être source de questionnement.

En résumé, nous pouvons affirmer que l'écoute de l'enfant en matière de garde et, surtout, la mise en oeuvre de ce droit, font appel à des dispositions législatives bien précises mais aussi à la recherche pour l'enfant d'un mieux-être affectif, social et psychologique. L'enfant ayant fait l'expérience de la rupture conjugale de ses parents, à cause de sa sensibilité et des diverses facettes de son développement, a besoin d'être entendu mais aussi d'être tenu à l'écart de tout conflit opposant les parents afin qu'il puisse préserver son équilibre et ne point encourir de séquelles dans son développement. Cette position peut sembler paradoxale, surtout lorsque le législateur accorde

---

[262] *Id.*, 38.
[263] *Ibid.*

à l'enfant le droit d'être entendu dans un contexte où les parents sont en opposition quant à sa garde et qu'il lui permet de participer à une telle décision. Encore une fois, il nous semble des plus importants de toujours avoir à l'esprit et de respecter les concepts de protection et de libre développement de l'enfant au moment d'une telle écoute et de voir à son intérêt supérieur. Attardons-nous, dans la prochaine subdivision, à l'impact à plus long terme de la désunion des parents sur l'enfant, impact qui pourra nous permettra de mieux saisir l'importance d'écouter la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux et d'apporter les correctifs appropriés aux lacunes répertoriées.

3) L'enfant et la rupture, l'impact à plus long terme

Les experts en relations humaines ont émis certaines opinions divergentes à propos de l'impact à plus long terme de la désunion des parents sur l'enfant (Deno et Acock,(1988) et Shaw(1991)). Certains experts ont prétendu que la période la plus critique se situerait lorsque l'enfant est âgé de 3 à 5 ans, soit lorsque l'enfant est d'âge pré-scolaire au moment où l'identité de l'enfant commencerait à se mettre en place. L'absence du parent du même sexe pourrait alors retarder le processus d'identification chez l'enfant. Il semblerait toutefois que les effets négatifs de la désunion seraient moins accentués lorsque l'enfant vivrait avec le parent de même sexe[264].

Selon d'autres experts (Hetherington et autres 1989), l'impact de la désunion des parents chez l'enfant varierait selon l'âge de l'enfant. Selon Kline et autres (1989), les garçons en période de

---

[264]R. OTIS, *loc. cit.*, note 176, p. 120.

latence, âgés de 6 à 11 ans, seraient eux aussi très vulnérables à la rupture de leurs parents[265]. À cette période, le divorce ou la séparation, qui entraînerait dans la plupart des cas une rupture du processus d'identification chez l'enfant, pourrait créer chez ces jeunes garçons des difficultés de socialisation[266].

De nombreux experts ont souligné l'importance de l'attachement de l'enfant à ses parents, attachement des plus importants pour que l'enfant puisse évoluer sainement. L'attachement consiste pour l'enfant en un lien qui se développe sur une base continue et régulière entre le parent et l'enfant au sein de la famille[267]. L'enfant a besoin d'une famille pour vivre, et ce, peu importe sa composition. Les études répertoriées ont démontré que l'enfant ressent le besoin d'appartenir à une famille qui sait l'écouter. Certaines études québécoises relatives à la garde d'enfants indiquent d'ailleurs qu'au moment de la rupture, la satisfaction de l'enfant est fonction de son sentiment d'appartenance à une famille cohésive dont les membres s'adonnent à des activités ensemble et dans laquelle l'enfant détient une place[268]. Ces experts déclarent que "(...)quelle que soit la formule de garde adoptée, la satisfaction de la centaine d'enfants répondants à l'égard du fonctionnement familial auquel ils doivent se soumettre chez leur père comme chez leur mère est d'abord reliée au sentiment d'appartenance à une cellule dont les membres font des choses ensemble. Ensuite, les enfants

---

[265] *Ibid.*
[266] *Ibid.*
[267] Luc MORIN, "Pour une définition de l'enfant basée sur son besoin d'appartenir", (1977) 7 *R.D.U.S.* 452, 454.
[268] Louise CAREAU et Richard CLOUTIER, "La garde de l'enfant après la séparation: profil psychosocial et appréciation des familles vivant trois formules différentes", (1990) 13(1) *Apprentissage et Socialisation*, p. 55, à la page 56; Richard CLOUTIER, Lorraine FILION et Harry J.P. TIMMERMANS, *Les parents se séparent: Pour mieux vivre la crise et aider son enfant*,'Collection Parents', Éditions de l'Hôpital Ste-Justine, Montréal, 2001.

semblent attribuer de l'importance à la qualité de la communication familiale"[269].

Par cette nomenclature des études précédemment répertoriées au sujet des divers thèmes reliés au développement de l'enfant et à sa place au sein de sa nouvelle unité familiale, nous retiendrons que l'intégration de l'enfant à sa nouvelle structure familiale pourra être largement favorisée par une écoute attentive de ses besoins et, par voie de conséquence, par une amélioration des communications familiales existant au moment de la rupture des parents. Les résultats de ces études nous inciteront à favoriser la prise en compte de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents devant les tribunaux, les résultats de ces études ayant souligné l'importance de l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents.

Nous constaterons, dans le prochain chapitre, que plusieurs législateurs auront tenu compte de ce fait sur la scène internationale dans de nombreuses législations relatives à l'enfant et à l'écoute de sa parole devant les tribunaux. L'étude de ces législations nous permettra de mieux comprendre l'évolution du droit de l'enfant à être entendu tant sur la scène internationale que sur la scène nationale et à faire état, dans le titre deuxième de cette thèse, des diverses dispositions législatives québécoises et des provinces canadiennes de common law destinées à permettre l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux au moment de déterminer de sa garde.

---

[269]L. CAREAU et R. CLOUTIER, *loc. cit.*, note 268.

Chapitre deuxième: Le droit de l'enfant à être entendu sur la scène internationale

Au début du XXe siècle, diverses déclarations visant la reconnaissance des droits de l'enfant ont été adoptées sur la scène internationale. Toutefois, ces déclarations n'ayant aucune force obligatoire, il devenait impérieux qu'une convention oblige les États signataires à respecter les droits de l'enfant. La *Convention relative aux droits de l'enfant*, appelée "Convention de New York", a comblé la lacune. En adoptant une telle Convention, la communauté internationale se dotait d'un instrument à caractère juridique contraignant qui, en plus de lier les États signataires, les amenait à reconnaître formellement les droits de l'enfant et son statut de personne ayant des droits distincts de ceux de ses parents.

Afin de mettre en relief le sujet de notre étude, nous présenterons, dans le présent chapitre, les premières déclarations relatives aux droits de l'enfant (Section I), ainsi qu'un aperçu des plus récentes conventions permettant une écoute attentive de la parole de l'enfant, soit la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989 (Section II) de même que la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980*[270] et son application au Québec (Section III).

---

[270] *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983, n° 35; (ci-après appelée *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* ou *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980*).

Section I: Les Déclarations relatives aux droits de l'enfant

En quelques décennies, des années 20 aux années 50, trois déclarations visant la reconnaissance des droits de l'enfant furent adoptées sur la scène internationale[271]. Il s'agit des déclarations des droits de l'enfant de 1924[272] et de 1948[273] (Sous-section A) ainsi que de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959[274] (Sous-section B). Énonçons les principales composantes de ces déclarations.

Sous-section A: Les Déclarations de Genève

Les deux premières déclarations des droits de l'enfant exposent de façon succincte les principes sur lesquels s'appuyaient les droits fondamentaux de l'enfant de l'époque. Ces déclarations constituent d'importants jalons, sur la scène internationale, de l'histoire de la reconnaissance des droits de l'enfant.

---

[271]Carmen LAVALLÉE, "La Convention international relative aux droits de l'enfant et son application au Canada" (1996)(3) *Revue internationale de droit comparé*, 605, aux pages 607 et 608, l'auteure apporte certaines précisions à propos de l'intérêt que les Nations-Unies ont manifesté pour la protection des droits de l'enfant au XXe siècle. Cet intérêt a été particulièrement remarqué lors de la création de l'UNICEF dont le premier mandat, en 1946, fut de venir en aide aux enfants victimes de la guerre. Par la suite, l'UNICEF a élaboré et mis en oeuvre des programmes visant à améliorer la santé et la nutrition des enfants dans les pays en voie de développement.

[272]*Déclaration des droits de l'enfant de 1924*, précitée, note 36.

[273]*Déclaration des droits de l'enfant de1948*, (Nations Unies) (ci-après appelée *Déclaration des droits de l'enfant* de 1948 ou encore *Déclaration de Genève* de 1948); cette déclaration a été reproduite dans J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 17, p. 539.

[274]*Déclaration des droits de l'enfant de 1959*, précitée, note 33.

1) La *Déclaration de Genève* de 1924

La première déclaration des droits de l'enfant fut adoptée par la Société des Nations en 1924. La Déclaration de Genève s'inscrit dans la lignée de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*[275], mais constitue aussi d'une certaine façon le prolongement des diverses chartes et déclarations de droits adoptées après la Première Guerre mondiale qui s'inspiraient des doctrines socialistes prévalant à ce moment[276].

La *Déclaration de Genève* de 1924 énonce les cinq principes sur lesquels s'appuyaient les droits fondamentaux de l'enfant, soit le droit pour l'enfant d'être en mesure de se développer de façon normale, matériellement et spirituellement, le droit d'être nourri, soigné, encouragé, recueilli et secouru, le droit d'être le premier à recevoir des secours en temps de détresse, le droit d'être en mesure de gagner sa vie et d'être protégé contre toute exploitation, ainsi que le droit d'être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères[277].

La Deuxième Guerre mondiale a été l'occasion pour la communauté internationale de devenir encore plus consciente du besoin de protection de l'enfant et de la nécessité de reconnaître ses droits. Voilà pourquoi, en 1948, fut adoptée une déclaration des droits de l'enfant dite également

---

[275] *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 14 juillet 1879; consulter Maurice TORRELLI et Renée BAUDOUIN, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, Montréal, P.U.Q., 1972, p. 9.

[276] Renée JOYAL, "L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision", (1996) 37 *C. de D.* 51, 54.

[277] Cette déclaration a été reproduite dans J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 17, p. 539.

Déclaration de Genève dont la portée était un peu plus étendue à celle de la *Déclaration de Genève* de 1924. Les principes énoncés dans la *Déclaration de Genève* de 1924 ainsi que certains autres nouveaux y sont reconnus.

2) La *Déclaration de Genève* de 1948

La deuxième déclaration des droits de l'enfant dite *Déclaration de Genève* de1948 réaffirme les principes énoncés dans la Déclaration de 1924. Elle énonce, sous forme de sept principes, les droits fondamentaux de l'enfant. Il s'agit du droit de l'enfant d'être protégé peu importe sa race, sa nationalité et ses croyances, du droit d'être aidé en respectant l'intégrité de la famille, du droit d'être en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement, moralement et spirituellement, du droit d'être nourri, soigné, aidé, rééduqué et recueilli, du droit d'être le premier à recevoir des secours en cas de détresse, du droit de bénéficier pleinement des mesures de prévoyance et de sécurité sociale et d'être en mesure le moment venu de gagner sa vie et d'être protégé de toute exploitation. L'enfant bénéficie également du droit d'être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités doivent être mises au service de ses frères[278].

---

[278] *Déclaration de Genève*, précitée, note 273.

L'adoption de cette Déclaration s'inscrit dans la lignée de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 qui aura elle aussi contribué à marquer son époque, cette Déclaration ayant pour objectif de protéger hommes, femmes et enfants. Il faudra cependant préciser que les seuls droits relatifs à l'enfant qui y étaient contenus étaient énoncés au deuxième alinéa de l'article 25 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Il y était alors fait mention que tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors du mariage, avaient droit à la même protection sociale.

Sous-section B: La *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959

Une troisième déclaration internationale des droits de l'enfant fut adoptée le 20 novembre 1959 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies. Plus étoffée que les deux déclarations précédentes, la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959 reconnaît, pour la première fois, l'intérêt supérieur de l'enfant.

1) Son contenu et ses liens avec la *Déclaration des droits de l'homme* de 1948

Dans son préambule, la *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959 réitère les principes énoncés dans la *Déclaration des droits de l'homme* de 1948. La Déclaration fait état, pour l'enfant, de ses besoins de protection et de soins spéciaux. Elle prévoit qu'en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, l'enfant a besoin d'une protection juridique appropriée avant et après sa naissance. En outre, pour la première fois, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est reconnu sur la scène internationale. Selon le septième principe de la Déclaration, "l'intérêt supérieur de l'enfant

doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation; cette responsabilité incombe en priorité à ses parents"[279].

2) La reconnaissance des droits de l'enfant

Les États signataires de la nouvelle Déclaration s'étaient engagés à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire respecter les droits de l'enfant[280]. Les États signataires s'étaient aussi engagés à assurer à l'enfant la jouissance et l'exercice de ses droits[281], mais malgré le bien-fondé de ces principes, la nouvelle *Déclaration relative aux droits de l'enfant* de 1959 demeurait non contraignante pour les États signataires.

Plusieurs juristes ont soutenu que "[l]a faiblesse majeure de la Déclaration est de constituer un ensemble de principes vagues et idéalistes n'ayant aucune force obligatoire sur la place juridique contrairement à une convention dont le caractère contraignant exige une formulation plus précise et détaillée de son contenu"[282]. La *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989 aura toutefois une portée plus considérable.

---

[279] *Déclaration des droits de l'enfant* de 1959, précitée, note 33, 7e principe.
[280] *Convention relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 31, art. 4.
[281] P. ALSTON, *loc. cit.*, note 38, p. 5; C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 271, 630.
[282] C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 271, 608.

Section II: La *Convention relative aux droits de l'enfant*

La *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989 constitue la clé de voûte de toute l'action des Nations Unies dans la lutte visant à améliorer le sort des enfants. Selon cette Convention, adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies, l'enfant est titulaire de droits subjectifs et des droits substantiels qui lui sont propres, y compris des droits civils et politiques, économiques, sociaux et culturels[283]. Par ailleurs, la Convention réitère le principe fondamental de la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes décisions le concernant[284].

Pour mieux saisir les répercussions de la Convention sur l'enfant et la reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu sur la scène internationale, nous ferons un historique de la Convention (Sous-section A), expliquerons la place accordée à l'enfant en vertu de la Convention (Sous-section B) et présenterons les conflits pouvant désormais survenir entre les libertés individuelles et la famille (Sous-section C).

---

[283]Sophie DEMARS, "La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et la Belgique", (1999) (1-2) *Annales de Droit de Louvain* 39.

[284]Art. 3 al. 1 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989; en ce qui a trait à l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant sur la scène internationale, consulter A. SARIS, *op. cit.*, note 19.

Sous-section A: La Convention et ses principales composantes

Dans cette sous-section, nous proposons un rappel historique de la *Convention relative aux droits de l'enfant* de même qu'un rappel de ses origines. Nous énoncerons également les traits juridiques généraux relatifs à la Convention.

1) Un rappel historique

La *Convention relative aux droits de l'enfant* a vu le jour suite à une recommandation de la Pologne qui, en 1978, avait proposé l'élaboration d'une véritable convention internationale relative aux droits de l'enfant auprès de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Pendant une dizaine d'années, plusieurs pays ont participé aux travaux préparatoires de la Convention menés par les Nations Unies. Lors de l'élaboration de la Convention, les divers pays participants avaient convenu entre eux que chaque décision reliée à ce projet serait prise par voie de consensus, ce qui fut respecté[285]. La *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui a été adoptée dix ans après l'Année internationale de l'enfant de 1979, est entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

---

[285]A. LOPATKA, *loc. cit.*, note 40, p. 60.

Le nombre considérable de pays ayant ratifié la Convention en fait aujourd'hui un instrument international à portée presqu'universelle[286], les États signataires ayant d'ailleurs délibérément choisi de lui reconnaître son caractère contraignant[287]. Ces États se sont conséquemment donné comme objectif de faire respecter et de garantir les droits prévus par la Convention et de prendre toutes les mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour y parvenir, un comité d'experts veillant au respect de la Convention par les États signataires ayant été créé à cet effet.

Nous remarquons toutefois que, malgré son caractère contraignant et à cause des particularités législatives de chaque pays, la Convention n'a aucun effet sur les diverses provinces si celles-ci n'ont d'abord choisi de mettre en oeuvre la Convention au sein de leur propre législation[288].

---

[286]En date du 28 janvier 2005, 192 États avaient ratifié la Convention. Seuls la Somalie et les États-Unis ne l'avaient pas encore ratifiée à cette date. Pour de plus d'informations sur la question, voir le site internet des "Nations Unies" à l'adresse ci-après: http://www.unog.ch/news2/documents/ nvewsfr. crc0326f.htm.

[287]L'article 2 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit que "1. Les États s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction (...)"; voir P. ALSTON, *loc. cit.*, note 38, p. 5 où l'auteur rappelle que "[l]' obligation de 'garantir' va bien plus loin que celle de 'respecter' du fait qu'elle impose à l'État l'obligation active de prendre toutes les mesures nécesaires pour assurer à chacun la jouissance et l'exercice de ses droits pertinent." Consulter aussi Claire NEIRINCK, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, Paris, Delmas, 1993, p. 10.

[288]C. LAVALLÉ, *loc. cit.*, note 271, 613.

2) Les traits juridiques généraux de la Convention

La Convention qui regroupe l'ensemble des droits de l'enfant énonce les besoins fondamentaux qui sont propres à l'enfant, dont son besoin de protection ainsi que la reconnaissance d'une autonomie croissante. Dans son préambule, la Convention réaffirme les principes de protection de l'enfant énoncés dans les *Déclarations de Genève* de 1924 et de 1948, de même que ceux qui étaient énoncés dans la Déclaration de 1959.

La Convention proclame ainsi la reconnaissance de droits visant à promouvoir l'autonomie croissante de l'enfant. À l'article 12 par exemple, la Convention énonce que l'enfant a le droit d'exprimer son opinion et, selon son âge et son niveau de maturité, d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié et de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale[289]. Cette Convention innove en présentant l'enfant comme un être indépendant qui jouit de droits fondamentaux sans être nécessairement soumis à l'autorité parentale, sans oublier le principe fondamental déjà mentionné selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale dans toutes décisions le concernant. En fait, la Convention constitue l'un "(...) des rares textes juridiques qui retrouve (nt) à vérifier cette vision futuriste et réitère(nt) à vérifier la liaison, établie par la Charte, entre les générations futures et les droits de l'homme"[290].

---

[289]Art. 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant.*

[290]Fatma-Zohra KSENTINI, "La Convention sur les droits de l'enfant: des normes de protection et un instrument de coopération pour la survie, le développement et le bien-être de l'enfant", dans

Sous-section B: La place accordée à l'enfant

Dans la présente sous-section, nous observerons que l'écoute de la parole de l'enfant occupe une place de premier choix dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, et ce, grâce à l'adoption d'une disposition spécifique relative à son écoute, soit l'article 12. Dans cette sous-section, nous observerons également les modalités d'application de la Convention de même que les tensions pouvant exister entre les libertés individuelles et la famille suite à l'adoption de ces nouvelles dispositions.

1) L'écoute de la parole de l'enfant et l'article 12 de la Convention

Nous l'avons précédemment indiqué, l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* fait preuve d'une grande innovation. Selon cet article, si l'enfant est capable de discernement, il peut alors exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, selon son âge et son niveau de maturité dans toutes procédures judiciaires ou administratives qui l'intéressent. Certains auteurs ont soutenu que les droits de l'enfant et plus spécialement la liberté d'expression de l'enfant prévue à l'article 12 de la Convention ne peuvent exister sans la mise en place d'un certain encadrement parental. Le principe énoncé à l'article 12 de la Convention est en quelque sorte complémentaire des responsabilités, droits et devoirs des parents, y compris ceux des représentants

---

CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *op. cit.*, note 38, p. 46.

légaux énoncés à l'article 5 de la Convention[291] et, tel que souligné par une auteure, ces conseils devant être donnés à l'enfant de façon à ce qu'elle corresponde au développement et à la capacité de l'enfant[292]. Manifestement, une telle innovation dans l'affirmation des droits de l'enfant peut causer certaines tensions au sein de l'unité familiale, surtout en l'absence de lignes directrices ayant trait à la mise en oeuvre du droit de l'enfant à être entendu.

2) Les modalités d'application de la Convention

L'article 12 de la Convention ne prévoit aucune modalité d'application relativement au droit de l'enfant d'être entendu, ni quant à la façon dont l'écoute de l'enfant doit être assurée par les États signataires, ni quant aux individus ou organismes responsables d'assurer une telle écoute. De plus, aucune harmonisation étatique n'est mentionnée à cet effet dans la Convention. Ce constat a suscité l'inquiétude des membres du Comité d'experts sur le droit de la famille[293].

---

[291]L'article 5 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit que "[l]es États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention."

[292]Maria SANTOS PAIS, "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *op. cit.*, note 38, p. 83.

[293]S. DEMARS, *loc. cit.*, note 283, où, aux pages 47 et 48, l'auteure pose la question suivante: "(...) si les mécanismes permettant d'assurer la mise en application des droits fondamentaux des enfants ne sont pas garantis *en droit interne*, les enfants ne risquent-ils pas de se retrouver dans l'impossibilité d'exercer leurs droits?" Cette question nous semble très pertinente dans le cadre de la présente thèse. L'auteure souligne également que la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, dont le texte a été approuvé le 8 septembre 1995 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, tente de remédier à la situation en mettant en oeuvre le droit de l'enfant d'être consulté et de bénéficier d'une représentation impartiale dans toutes les procédures qui le concernent, spécialement dans le milieu familial et de reconnaître à l'enfant de nouveaux droits procéduraux dont le droit de

Cette absence de considération des modalités d'écoute de la parole de l'enfant à être entendu sur la scène internationale risque d'engendrer certaines tensions entre les libertés individuelles de chacun des membres de la famille et la famille en tant qu'institution, situation que nous analyserons plus en détail dans la prochaine sous-section.

Sous-section C: La tension entre les libertés individuelles et la famille

La *Convention relative aux droits de l'enfant* promeut une autonomie croissante de l'enfant qui pourra, en certaines circonstances, entraîner l'érosion des liens existant entre les membres de la famille. Nous nous attarderons dans cette sous-section à l'érosion pouvant être engendrée par l'application de la Convention de même que du délicat équilibre nécessaire entre parents et enfant afin de permettre à chacun des membres de la famille de voir ses droits respectés et plus particulièrement pour l'enfant, en quête d'une autonomie toujours croissante.

---

demander la désignation d'un représentant distinct comme un avocat lors de sa représentation devant les tribunaux.

1) L'érosion de l'autorité morale des parents

L'autonomie de l'enfant proclamée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'est pas sans causer une certaine réduction des pouvoirs des parents envers leurs enfants[294]. Des juristes ont reproché à la Convention la négation du rôle des parents, l'absence de protection de l'enfant par les parents, ainsi que l'intervention abusive de l'État dans la famille[295]. Certains ont même déploré "la subtile érosion de l'autorité morale des parents et l'expansion concomitante du rôle de l'État (...)"[296]. D'autres juristes par contre se sont réjouis de la part accordée aux parents dans le cadre de la Convention[297] et ont prétendu que si la Convention faisait aussi peu fréquemment mention des parents, c'est parce que les droits et les devoirs des parents avaient déjà été affirmés par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 dont s'inspirait la Convention[298].

En fait, même si la Convention réaffirme la prééminence du rôle du parental et énonce clairement les responsabilités, les droits et les devoirs des parents, dont celui de guider l'enfant dans l'exercice de ses droits fondamentaux, la Convention demeure silencieuse à propos de l'encadrement qu'il faut donner aux parents ou aux autres autorités lors de la mise en oeuvre du droit de l'enfant

---

[294]Claire BERNARD, "Les droits de l'enfant, entre la protection et l'autonomie", dans Lucie LAMARCHE et Pierre BOSSET, *Des enfants et des droits*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval,1997, p. 26, à la page 29.
[295]*Ibid.*
[296]M. A. GLENDON, *loc. cit.*, note 136, 198.
[297]*Ibid.*
[298]Art. 29 alinéa 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948.

à être entendu. Nous pouvons d'ailleurs nous interroger sur la façon dont les parents pourront assurer l'exercice du droit de l'enfant à être entendu si aucune modalité spécifique n'est prévue à cet effet ou encore si un conflit venait à surgir entre les droits des parents et ceux de l'enfant.

La nouvelle autonomie de l'enfant doit s'exercer dans le cadre d'une famille en mesure d'offrir un soutien adéquat. À ce propos, un juriste recommandait que "[l]es programmes pour l'enfant doivent s'accompagner de programmes pour la famille si l'on veut éviter la désintégration sociale et familiale. L'aide à l'enfant et à la famille doit être inscrite de manière complémentaire dans l'action de tous les ministères"[299]. Trouver le juste équilibre entre les droits de l'enfant et ceux des parents, voilà le défi que les tribunaux et législateurs sont appelés à relever au cours des prochaines années.

2) À la recherche d'un certain équilibre

Le droit international reconnaît deux fonctions importantes à la famille, soit d'être à la fois "the basic of society and as the natural environment for the growth and well-being of the child"[300]. La Convention cherche à consolider certains acquis puisqu'elle confirme "(...) la thèse de l'indivisibilité et de l'interdépendance de tous les droits de l'homme"[301].

---

[299]Vitit MUNTARBHORN, "La Convention relative aux droits de l'enfant: atteindre l'inaccessible?", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *op. cit.*, note 38, p. 70, à la page 78.

[300]Geraldine VAN BUEREN, *The international law on the rights of the child*, Boston, M. Nijhoff, 1995, p. 67. Il s'agit, selon une traduction libre de l'auteure, de reconnaître la famille comme la cellule de base de la société et comme le cadre naturel nécessaire pour le développement et le bien-être de l'enfant.

[301]F.-Z. KSENTINI, *loc. cit.*, note 290, p. 51.

À ce sujet, on peut ajouter qu'"[à] des droits définis correspondent nécessairement des devoirs à accomplir et des objectifs à atteindre qui concernent les États, les diverses composantes de la société ainsi que la communauté internationale dans son ensemble"[302]. En somme, "(...) toute réforme dans le sens d'un accroissement de l'autonomie de l'enfant au sein de la sphère judiciaire ne peut se faire que dans le respect des droits des parents mais aussi des responsabilités qui leur sont confiées en tant que premiers garants des droits et des intérêts de leurs enfants"[303].

Dans le titre deuxième de la thèse, nous soulignerons le déséquilibre causé par la proclamation de nouveaux droits pour l'enfant et plus particulièrement de ceux reliés à l'écoute de sa parole en matière de garde. Pour l'instant, nous notons que la Convention accorde à l'enfant le droit d'être entendu dans toute décision le concernant et demeure silencieuse sur les modalités d'écoute de sa parole. Comme nous l'expliquerons dans la prochaine section, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* permet elle aussi une écoute attentive de la parole de l'enfant.

---

[302]*Id.*, p. 53.
[303]S. DEMARS, *loc. cit.*, note 283, 68.

Section III: La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* et l'enlèvement international d'enfants

La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* constitue le principal traité international visant à aider les parents à retrouver leur enfant en cas d'enlèvement. Elle vise à protéger l'enfant, sur la scène internationale, contre les déplacements illicites du parent non-gardien ou encore du non-retour de l'enfant à son domicile par le parent non-gardien. La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* vise également à établir des modalités de retour de l'enfant à son domicile. Certains législateurs provinciaux ont choisi d'intégrer ses principes dans une loi spécifique. C'est le cas du législateur québécois, avec la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*[304].

Afin de mieux comprendre la place qui est accordée à l'enfant lors d'enlèvements internationaux et l'écoute de sa parole en de telles circonstances, nous proposerons un rappel des principaux

---

[304] *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants du Québec*, L.R.Q. c. A-23.01 (ci-après appelée *Loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*); cette loi est entrée en vigueur le 1er janvier 1985; la Convention a été ratifiée par le Canada en 1983. Au sujet de l'intégration d'instruments internationaux dans le droit civil québécois ou encore dans les provinces canadiennes de common law, consulter Danielle NAUD et Germain TREMBLAY, "L'enfant sujet de droit: à la recherche d'un nouvel équilibre familial", dans PRIX CHARLES CODERRE (1997), *Droits et responsabilités entre les parents et les enfants: y a-t-il un équilibre?*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1998, p. 1, à la page 41.

mécanismes de protection contenus dans la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* (Sous-section A). Et puisque la loi québécoise sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants fait siens les principes contenus dans la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980*, nous nous limiterons à présenter cette loi et son contenu et nous nous attarderons par la suite aux cas où le tribunal a été appelé à écouter la parole de l'enfant en application de cette loi (Sous-section B).

Sous-section A: La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980*

La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* vise à protéger l'enfant sur le plan international des effets nuisibles d'un déplacement ou encore d'un non-retour illicites. La Convention prévoit à cet égard des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. Les États signataires de la Convention ont déclaré que le déplacement illicite fait en violation d'un droit de garde ou d'un non-retour de l'enfant fait en contravention d'un droit de garde est protégé par la Convention, le droit de garde comprenant le droit du parent de décider des soins de la personne de l'enfant et, plus spécialement de décider de son lieu de résidence[305].

---

[305] *Thomson* c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, 600; *W.(V.)* c. *S.(D.)*, précité, note 161; consulter aussi sur le sujet Claire L'HEUREUX-DUBÉ, "The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", dans ACTES DE LA 4ème CONFÉRENCE BIENNALE INTERNATIONALE DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DES FEMMES JUGES (textes présentés par Anne-Marie Trahan), *Justice pour chaque enfant: vision nouvelle d'un monde sans*

1) La Convention et ses mécanismes de protection

La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980* établit, dans l'intérêt de l'enfant, des mécanismes de protection visant à garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. Selon le préambule de la Convention, l'intérêt de l'enfant demeure le facteur primordial à considérer lors de toutes prises de décision ayant trait à son déplacement illicite. Il est d'ailleurs présumé que l'intérêt de l'enfant réside dans son retour immédiat dans l'État de sa résidence habituelle[306].

Les tribunaux se sont prononcés en certaines occasions sur l'interprétation à donner aux concepts de garde, ainsi qu'aux autres concepts véhiculés par la Convention. Dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec[307], le juge Jacques Chamberland a déclaré qu'il fallait donner une interprétation relativement uniforme des concepts qui y sont contenus, le juge appuyant ses propos du rapport explicatif de la Convention[308]. Seuls les cas en contravention d'un droit de garde peuvent

---

violence, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 227.

[306] *W.(V.)* c. *S.(D.)*, précité, note 164.

[307] *Droit de la famille-2454*, [1996] R.J.Q. 2509, 2518, (C.A.)(J.E. 96-1934) REJB 1996-30397 (juges Jacques Chamberland, André Forget et Louis LeBel, diss.) (désistement de la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême, n° 25517, le 6 janvier 1997) (requête en rétractation de jugement rejetée le 17 octobre 1996)(requête en suspension d'exécution de jugement de la Cour d'appel rejetée, C.A.M. n° 500-09-002645-968, décision du10 octobre 1996(J.E. 96-2056)) (en appel de la décision rendue par le juge Roger E. Baker, C.S. Terrebonne n° 700-04-001386-967, décision du 17 mai 1996, REJB 1996-30395).

[308] *Ibid.* Le juge Chamberland cite quelques passages du rapport explicatif de la Convention où madame Pérez-Vera rappelle que "[c]es deux paragraphes du préambule reflètent assez clairement

être soumis aux tribunaux. La Cour suprême a déclaré à cet effet que le retour obligatoire d'un enfant ne visait que l'exécution d'un droit de garde et non pas d'un droit de visite exercé par le parent gardien[309].

2) L'écoute de la parole de l'enfant et les modes de défense invoqués

Parmi les exceptions pouvant être opposées au retour de l'enfant auprès de son parent gardien, la Convention prévoit que le tribunal peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant si ce dernier risque de subir un préjudice du fait de l'ordonnance de son retour chez son parent gardien ou encore, si l'enfant souhaite demeurer avec son parent non gardien et qu'il est assez âgé pour que l'on tienne compte de son opinion[310]. Si un délai d'une année s'est écoulé depuis son départ de chez son parent gardien, d'autres motifs de défense peuvent être invoqués. Le tribunal peut refuser de retourner

---

quelle a été la philosophie de la Convention à cet égard, philosophie que l'on pourrait définir comme suit: la lutte contre la multiplication des enlèvements internationaux d'enfants doit toujours être inspirée par le désir de protéger les enfants, en se faisant l'interprète de leur veritable intérêt. Or, parmi les manifestations les plus objectives de ce qui constitute l'intérêt de l'enfant figure le droit de ne pas être déplacé ou retenu au nom de droits plus ou moins discutables sur sa personne. En ce sens, il est souhaitable de rappeler la Recommandation 874 (1979) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dont le premier principe général dit que 'les enfants ne doivent plus être considérés comme la propriété de leurs parents, mais être reconnus comme des individus avec leurs droits et leurs besoins propres'", dans Elisa PÉREZ-VERA, "Rapport de la Commission spéciale", dans CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (14e: 1980: La Haye), HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (14th:1980: The Hague), *Actes et documents: de la quatorzième session, 6 au 25 octobre 1980, t. 3, Enlèvement d'enfant, Child Abduction*, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, 172, n° 112, p. 208. Ce document peut être consulté sur le site internet de la "Conférence de La Haye de droit international privé" à l'adresse ci-après: http://www.hcch.net.

[309] *Thomson* c. *Thomson*, précité, note 305; *W.(V.)* c. *S.(D.)*, précité, note 164.

[310] Article 13 de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980.*

l'enfant chez son parent gardien si, par exemple, l'enfant s'est intégré à son nouveau milieu de vie[311]. Dans ces deux cas précis, le tribunal doit écouter la parole de l'enfant et juger si le retour de ce dernier auprès de son parent gardien doit être ordonné, ces décisions devant toujours être prises en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Aucune modalité d'écoute de la parole de l'enfant n'est spécifiée dans la Convention[312]. Comme nous pourrons le constater au cours de la prochaine sous-section, la loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfants prévoit elle aussi que l'enfant peut être entendu dans de tels litiges sans toutefois prévoir de modalités d'écoute à cet effet.

Sous-section B: La *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants du Québec*

La *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants* est entrée en vigueur au Québec en 1985. Par cette loi, le législateur manifestait son intention de souscrire aux principes de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980.* Cette loi met en vigueur au Québec la Convention par l'interdépendance des deux lois qui est consacrée par le préambule de la loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfant[313].

---

[311]Article 12, alinéa 2 de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980.*

[312]Sylvain GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J. 1998, p. 528 où l'auteur souligne que "[l]'enfant est entendu et donne son avis sur le retour ou non dans le pays de sa résidence habituelle (...) aucune tranche d'âge au sein de laquelle l'enfant pourrait être entendu, ou bien consulté, ou bien auteur de la décision, n'a été déterminée."

[313]Le préambule de la *Loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfant* énonce ce qui suit: "ATTENDU que la Convention de La Haye du 25 mai 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants vise, au niveau international, à protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites." L'article 1 de la loi québécoise prévoit que "[l]a présente Convention a pour objet : a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou

1) Les traits juridiques généraux de la Convention

Tout comme la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980*, la loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfants vise à aider les parents à retrouver leur enfant en cas d'enlèvement d'enfants. Elle protège l'enfant des déplacements illicites du parent non-gardien ou encore du non-retour de l'enfant à son domicile. La loi québécoise prévoit qu'elle peut s'appliquer aux États désignés par décret. Les provinces canadiennes ne font pas partie des États désignés. En cas d'enlèvement interprovincial, il faut avoir recours à la *Loi sur le divorce* ou encore aux règles de droit privée propres à chaque province. L'enfant peut être entendu lorsque le parent non-gardien s'oppose à son retour au domicile du parent gardien. Certaines objections peuvent être soulevées par le parent non-gardien. En fait, il se peut que l'enfant refuse de retourner chez son parent gardien ou encore se soit intégré à son nouveau milieu de vie.

Le législateur québécois prévoit que les autorités québécoises ont compétence pour entendre le litige opposant les parents lorsque l'un d'eux est domicilié dans la province[314]. Notons que le

---

retenus illicitement dans tout État contractant; b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractant les droits de garde et de visite existant dans un État contractant."

[314]Il s'agit des articles 3083, 3093, 3136, 3142 du *Code civil du Québec*. À ce propos, consulter également sur le sujet Sonia HEYEUR, "Le droit de la famille en droit international privé", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 139.

parent non gardien pourra aussi être accusé d'enlèvement d'enfant selon les dispositions du Code criminel[315]. L'écoute de la parole de l'enfant nous apparaît déterminante lorsque le parent non-gardien s'oppose au retour de l'enfant chez son parent gardien, et ce, encore plus lorsqu'il sera allégué que l'enfant ne veut pas retourner chez son parent gardien. Il nous semble important d'accorder une attention toute particulière à l'écoute de l'enfant dans de telles circonstances. Toutefois, comme nous pourrons le constater, aucune directive précise n'a été prévue en ce sens par le législateur québécois, ni d'indication quant à la prise en compte de sa parole à cette occasion.

2) L'enfant, son écoute et la défense d'intégration

En vertu de la loi québécoise sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, si les tribunaux sont saisis d'une demande de retour de l'enfant dans son pays d'origine à l'intérieur d'un délai d'un an, le tribunal doit ordonner le retour immédiat de l'enfant chez son parent gardien. Toutefois, si le retour de l'enfant risque de l'exposer à un danger physique ou psychique et le place dans une situation intolérable ou encore que l'enfant refuse de retourner chez son parent gardien, le tribunal pourra refuser d'ordonner son retour chez son parent gardien.

À cet égard, le législateur prévoit à l'article 22 de la loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfant que la Cour peut refuser d'ordonner le retour de l'enfant "[s]i elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle

---

[315] *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c. 2 (1er supp.) (ci-après appelé C.cr.); voir les articles 282 et 283 C.cr.

approprié de tenir compte de cette opinion". Si un délai d'un an s'est écoulé depuis le départ de l'enfant de chez son parent gardien, la défense d'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu de vie peut être opposée avec succès à l'encontre de la demande du parent gardien[316]. Le tribunal se trouve donc implicitement tenu d'écouter la parole de l'enfant afin de déterminer le bien-fondé de l'opposition même si rien n'est prévu dans la loi ou encore dans la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants de La Haye du 25 mai 1980.*

L'opposition du retour d'un enfant chez son parent gardien doit être manifestement bien-fondée pour que le tribunal s'abstienne d'en ordonner le retour. Dans une décision récente de la Cour supérieure du Québec[317], le tribunal avait refusé d'ordonner le retour de deux jeunes filles chez leur père. Dans ce litige, le juge avait entendu individuellement les deux enfants: l'aînée, en présence de son procureur et de ceux des parents et la plus jeune, par l'intermédiaire de son procureur et d'une lettre rédigée par cette dernière. À aucun moment, le tribunal n'a demandé aux enfants avec lequel des deux parents elles préféraient vivre. Les parents, d'origine québécoise, avaient séjourné pendant environ deux ans en France et la mère avait choisi de revenir vivre au Québec à l'insu du père qui travaillait encore en France. Le tribunal a indiqué au sujet des deux enfants, âgées de 7 et 11 ans, qui ne voulaient pas retourner avec leur père, que "[l]eur opposition est sincère et viscérale. Leur

---

[316]Il s'agit des articles 20, 21 et 22 de la loi québécoise sur l'enlèvement international et interprovincial d'enfants; l'article 20 de la loi indique que "[l]orsqu'un enfant qui se trouve au Québec a été déplacé ou retenu illicitement et qu'une période de moins d'un an s'est écoulé à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant la Cour supérieure, celle-ci ordonne son retour immédiat." Toutefois, le deuxième alinéa de l'article 20 prévoit que "[m]ême si la demande est introduite après l'expiration de cette période, la Cour supérieure ordonne également le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que ce dernier s'est intégré dans son nouveau milieu."

[317]*S.E.* c. *T.R.*, [2003] R.D.F. 1005, [2003] R.J.Q. 2568 (C.S.) (J.E. 2003-1679) (juge Benoît Emery).

remarquable maturité ne fait aucun doute pour le tribunal (...) la décision du tribunal n'aurait probablement pas été la même s'il n'avait pas entendu les enfants. Dans les circonstances, le tribunal est d'avis qu'il se révèle approprié de tenir compte de l'opinion de ces deux filles et de leur enracinement au Québec. En conséquence, l'intérêt des enfants commande au tribunal qu'il n'ordonne pas leur retour en France"[318]. Le tribunal rejette la requête du père et refuse d'ordonner le retour des deux enfants en France.

Il nous semble important de pouvoir entendre l'enfant dans le cadre d'une défense d'intégration alléguée par le parent non-gardien à l'encontre du retour de l'enfant chez son parent gardien. Dans un arrêt assez récent, la Cour d'appel du Québec a refusé d'ordonner le retour d'un enfant chez sa mère qui demeurait en Espagne. L'enfant qui vivait depuis plusieurs années au Québec avec son père s'opposait à son retour en Espagne. Le juge de première instance avait refusé d'entendre l'enfant qui le lui demandait. Le juge avait ordonné le retour de l'enfant chez sa mère.

De façon plutôt inhabituelle, la Cour d'appel du Québec a accepté d'entendre l'enfant[319]. L'enfant, âgé de 8 ans et 10 mois, se disait heureux de vivre avec son père, sa nouvelle compagne et leur enfant. Le juge Biron de la Cour d'appel a indiqué qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de l'extraire de son milieu malgré le geste répréhensible du père. Le juge Biron ajouta qu'"[a]vec respect, le juge (de première instance) aurait dû au moins rencontrer l'enfant, qui le lui demandait.

---

[318]*Id.*, p. 25 (au paragraphe 126 de la décision).
[319]*Droit de la famille-2785*, [1998] R.J.Q. 10, 21(C.A.)(juges Jean-Louis Baudoin, Paul-Arthur Gendreau et Jacques Chamberland) (en appel de la décision du juge James T. Kennedy, C.S. Montréal n° 500-04-010132-976, décision du 17 septembre 1997).

Nous avons été d'avis qu'il y avait lieu de le rencontrer et d'entendre ce qu'il voulait nous dire. Les échanges que nous avons eus avec l'enfant, en présence des avocats des parties, m'ont convaincu que l'enfant qui aura neuf ans le 15 janvier prochain, a atteint un âge et une maturité qui nous justifient de tenir compte de son opinion, au moins dans une certaine mesure"[320].

Le tribunal fait donc droit à l'écoute de la parole de l'enfant lorsque de telles défenses sont alléguées par le parent non gardien en matière d'enlèvement international d'enfants[321]. Dans de nombreux cas, l'écoute de la parole de l'enfant pourra se révéler déterminante quant au dénouement du litige. Toutefois, nous constatons qu'en matière internationale, tout comme nous pourrons l'observer sur la scène nationale dans le cadre du titre deuxième de cette thèse en matière de garde devant les tribunaux, que les modalités d'écoute de la parole de l'enfant demeurent vagues, si ce n'est inexistantes. Il faudra craindre que l'absence de précisions à cet effet puisse, dans certains cas, priver l'enfant de la reconnaissance de ses droits. Le titre deuxième de cette thèse nous permettra d'énoncer les diverses modalités d'écoute de la parole de l'enfant existant sur la scène nationale. Nous y constaterons l'absence flagrante de balises et la nécessité d'un meilleur encadrement à cet égard.

---

[320] *Id.*, 21.

[321] *Droit de la famille-1427*, [1991] R.J.Q. 2252 (C.S.)(J.E. 91-1307)(juge Jean-Pierre Plouffe). Dans sa décision, le juge Plouffe a accueilli la défense d'intégration soumise compte tenu, entre autres raisons, de l'âge de l'enfant, son apprentissage de la langue française, son insertion dans une nouvelle cellule familiale, sa fréquentation de l'école primaire, l'existence de nouveau amis, son comportement en général et a conclu que l'intimé avait établi, par prépondérance, de preuve que l'enfant s'était intégré à son nouveau milieu et a refuse d'ordonner son retour aux États-Unis.

Titre deuxième: Les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux du Québec et des provinces canadiennes de common law

Nous avons fait l'étude, dans le titre premier de cette thèse, du droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux. Cette étude a porté sur les droits de l'enfant existant devant les tribunaux tant sur la scène nationale qu'internationale et, plus en détail, sur les droits spécifiques de l'enfant, sa garde et son intérêt de même que sur les diverses études portant sur l'écoute de la parole de l'enfant devant ces mêmes tribunaux.

Le cadre juridique de l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux étant ainsi mis en place, il nous sera maintenant possible de faire l'étude, dans le titre deuxième de cette thèse, des diverses modalités d'écoute de sa parole en matière de garde devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law. À cet effet, nous observerons que les législateurs provinciaux et fédéral ont établi au cours des dernières décennies une pluralité de modalités législatives permettant à l'enfant d'exprimer son point de vue lorsque ses parents demandent au tribunal d'en déterminer la garde. Ces modalités d'écoute seront alors variées et nombreuses mais aussi, nous semble-t-il, dépourvues de cohésion entre elles.

En fait, nos recherches nous permettront d'observer que l'absence d'encadrement par le législateur de ces modalités ne permet pas une écoute adéquate de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents devant les tribunaux. Le législateur n'informant ni magistrats ni procureurs sur les façons de mettre en place les diverses modalités d'écoute de la parole de l'enfant

en matière de garde, nos recherches nous permettront de démontrer que, sans balises ou encadrement mieux structuré, le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde devant les tribunaux risquera de demeurer lettre-morte et l'enfant abandonné à son sort si rien n'est fait afin de remédier aux lacunes soulevées.

De cette façon, bien que le législateur québécois ait tenu à favoriser un certain flou législatif au moment de l'adoption des principales dispositions du *Code civil du Québec* et plus particulièrement à celles ayant trait à la famille, force sera de constater que ce flou législatif pourra poser certaines difficultés au moment de la mise en oeuvre des modalités d'écoute répertoriées, ce qui nous permettra aussi de nous interroger sur l'efficacité d'une règle de droit reconnue, soit celle de l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux au moment de la désunion de ses parents.

Pour ce faire, il nous semblera de mise de rappeler certains commentaires du législateur québécois lors de l'adoption de certaines dispositions législatives faisant état du flou législatif utilisé, soit que: "[s]i le Code civil maintient, quant à certaines normes ou notions, un flou relatif, il traduit ainsi jusqu'à un certain point, les ambivalences et les intérêts diversifiés qui cohabitent dans la société. Il faut voir ces règles comme les pores par lesquels le code peut respirer, se vivifier et s'adapter par l'interprétation qui lui sera donnée suivant l'évolution de notre société"[322].

---

[322]MINISTÈRE DE LA JUSTICE. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 65, p. vii (introduction).

Nous respectons les principes qui sous-tendent le choix du législateur de favoriser un certain flou législatif plus particulièrement en matière familiale quant à l'écoute de la parole de l'enfant. Toutefois, pour ce faire, encore faudra-t-il que les "pores" souhaités ne deviennent de véritables passoires qui pourraient faire en sorte que le droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux soit négligé et que la "souplesse" proposée crée l'effet contraire à celui recherché, soit une absence de droit pour l'enfant à être entendu quant à sa garde. À ce titre, des chercheuses québécoises ont présenté certaines données qui étayeront notre propos, bien que l'objectif de leurs recherches ait été différent du nôtre. Les résultats de leurs études[323] nous semblent révélateurs de la situation qui prévaut à l'heure actuelle en droit civil québécois ainsi que dans les provinces canadiennes de common law.

Notre sujet d'étude s'appuyant sur la prémisse que peu d'enfants ayant vécu la désunion de leurs parents se prévalent véritablement de leur droit à être entendu devant les tribunaux québécois et des provinces canadiennes de common law, nous constaterons que cette absence de droit pourra se révéler préjudiciable pour l'enfant.

---

[323]Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, "La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question", (2001) 61 *R. du B.* 281. Madame Joyal est professeure à la Faculté de sciences politique et de droit de l'UQAM alors que madame Quéniart est sociologue et professeure au Département de Sociologie de l'UQAM; voir également Renée JOYAL, "Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde. Pratiques et perceptions d'avocats", (2002) 62 *R. du B.* 449, l'auteure souligne que dans ce dernier article, madame Quéniart a effectué la compilation des réponses obtenues dans la recherche précédemment citée.

Les conclusions de l'étude menée par Renée Joyal et Anne Quéniart portant sur l'écoute de la parole de l'enfant matière de garde aideront à notre démonstration. Dans leur étude, ces chercheuses ont fait l'analyse de près de huit cents litiges relatifs à des divorces et des séparations de couples avec enfants, litiges ayant été portés devant la Cour supérieure des districts de Montréal et de Saint-Jérôme au Québec au cours des dernières années[324]. Les chercheuses ont également recueilli les commentaires de juges, de procureurs et d'experts dans le cadre d'un questionnaire détaillé portant sur l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde.

D'emblée, les auteures indiquent que "[p]eu de recherches ont tenté d'analyser la place qu'occupent dans le processus judiciaires l'expertise psychologique ou psychosociale, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par avocat, d'en évaluer les avantages et les inconvénients et de suggérer les balises susceptibles d'éviter les écueils et de faire en sorte que le recours à ces dispositifs favorise réellement le respect des droits et de l'intérêt de l'enfant qui est leur objectif commun"[325].

Les auteures soulignent également que 85% des décisions en matière familiale le sont de consentement[326], les auteures citant les données contenues dans le mémoire du Barreau du Québec

---

[324]R. JOYAL, *loc. cit.*, note 323, 450; il s'agira de l'étude de dossiers judiciaires de garde ouverts entre les années 1995 à 1998 dans les districts judiciaires de Montréal et de St-Jérôme au Québec.
[325]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 283.
[326]*Ibid.*

portant sur la médiation préalable obligatoire[327] où il avait été mentionné qu'environ 80% des dossiers en matière familiale ne se rendaient pas à procès et se réglaient avant audition, cette étude précisant quant à elle que ce sont de 85% à 90% des dossiers qui n'arriveraient jamais à l'étape du procès[328].

Les chercheuses ont également fourni d'autres données intéressantes pour notre sujet d'étude. Leurs recherches ont révélé que des huit cents demandes déposées à la Cour, dans la moitié des cas litigieux au moins une expertise psychosociale a été ordonnée par le tribunal ou encore convenue entre les parents[329]. Leur recherche a également démontré que dans 7,5 % à 10 % des cas étudiés, l'enfant a été entendu par l'expert responsable de la tenue de l'expertise psychosociale demandée. En fait, il va de soi que ce nombre ne représente qu'une infime partie du nombre d'enfants faisant l'objet de la désunion des parents.

Mais voilà que les données se rétrécissent encore, telle une peau de chagrin. Les chercheuses ont en effet constaté que le nombre d'enfants entendus par le tribunal ou encore représentés par un avocat est nettement moindre que le nombre d'enfants pour qui une expertise psychosociale a été tenue. Dans le cas de témoignages d'enfants devant les tribunaux ou encore de la représentation de l'enfant par un avocat, les chercheuses sont arrivées à la conclusion que "[s]i le recours à l'expertise est relativement fréquent, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat

---

[327]BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la médiation préalable obligatoire (P.L. 65)*, Montréal, 1997. Ce mémoire peut être consulté sur le site internet du barreau du Québec à l'adresse ci-après: http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/1997/pl-65.pdf.
[328]*Id.*, p. 17.
[329]R. JOYAL, *loc. cit.*, note 323, 457.

apparaissent beaucoup plus rarement dans les dossiers étudiés. Le témoignage de l'enfant est deux fois moins fréquent que l'expertise (...) Quant à la représentation par un avocat, elle apparaît encore moins souvent que le témoignage de l'enfant dans les dossiers étudiés (...) Nous formulons en tout cas l'hypothèse que la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde est plus fréquente que le laissent voir les données recueillies"[330].

Ces observations nous permettent de mettre en lumière le peu d'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents devant les tribunaux. Elles nous permettent également de mettre en lumière la multiplicité des modalités d'écoute relatives à la parole de l'enfant en matière de garde. Cette multiplicité de modalités d'écoute pourra entraîner, comme nous pourrons l'observer au cours de cette thèse, des difficultés d'application tant pour les magistrats, les experts que les procureurs ainsi que pour les parties appelées à assurer l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux.

Dans le cadre de cette thèse, nous présenterons, dans les deux prochains chapitres, les principales modalités d'écoute répertoriées relativement à la parole de l'enfant. Dans le premier chapitre, nous étudierons la prise en compte directe de la parole de l'enfant (Chapitre premier) qui pourra être effectuée par le tribunal au moment de la rupture des parents. Dans le second, nous nous pencherons sur la prise en compte indirecte de la parole de l'enfant (Chapitre deuxième) qui pourra être effectuée dans les litiges judiciaires des parents. Nos recherches viseront à mettre en lumière la confusion qui existe au sujet des diverses modalités d'écoute de la parole de l'enfant répertoriées et

---

[330] *Id.*, 463.

à montrer l'importance d'assurer un meilleur encadrement au moment de leur mise en oeuvre.

Chapitre premier: La prise en compte de la parole de l'enfant: une approche directe

En cas de litige judiciaire, la parole de l'enfant peut être entendue de diverses façons. Elle peut être prise en compte de façon directe lorsque celui-ci désire agir à titre de partie au litige judiciaire de ses parents ou qu'il témoigne devant le tribunal. Dans les deux cas, l'enfant peut être directement entendu par le tribunal.

Dans ce chapitre, nous prendrons connaissance des principales modalités d'écoute de l'enfant exercée de façon directe lors de la prise en compte de sa parole. Dans un premier temps, nous ferons état des principes et des règles de droit existant lorsque l'enfant devient partie au litige de ses parents (Section I), ce qui ne saurait se produire dans tous les cas. Dans un deuxième temps, nous proposerons une étude des principales dispositions législatives ayant trait au témoignage de l'enfant (Section II) au moment des procédures judiciaires relatives à sa garde.

Section I: L'enfant partie au litige judiciaire de ses parents

En vertu de la règle *audi alteram partem*, l'enfant, directement partie au litige judiciaire de ses parents, peut être entendu au même titre que tout individu. Nous nous pencherons sur les règles et principes relatifs à l'intervention directe de l'enfant au litige judiciaire de ses parents, que nous avons répartis en trois sous-sections. Dans la première, nous étudierons la règle *audi alteram partem* (Sous-section A), dans la deuxième, nous examinerons les principes reliés au bref d'*habeas corpus* (Sous-section B) puis, dans la troisième, nous traiterons de la règle de droit et des dispositions législatives permettant à l'enfant de devenir partie au litige judiciaire de ses parents (Sous-section C).

Sous-section A: La règle *audi alteram partem*

Il existe deux règles de justice naturelle en droit canadien. La première, la règle *audi alteram partem*[331], donne le droit à toute partie à un litige d'être entendue par le tribunal. La seconde, la règle *nemo judex in sua causa*[332], permet à toute partie à un litige d'être traitée avec impartialité et sans préjugé. Dans le cadre de la présente thèse, seule la première règle retiendra notre attention. À ce

---

[331]Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 52, l'auteur indique que la maxime latine *audi alteram partem* qui signifie "entends l'autre partie" "(...)désigne un principe de justice naturelle selon lequel une personne qui est susceptible d'être affectée par une décision administrative ou judiciaire doit être préalablement informée des faits qui peuvent lui être préjudiciables et avoir la possiblité de faire valoir son point de vue."

[332]*Id.*, p. 379. Selon le même auteur, la maxime latine *nemo judex in sua causa*, signifiant que "nul n'est juge dans sa propre demeure"énonce une règle de justice naturelle selon laquelle "[u]n justiciable a le droit d'être traité avec impartialité et sans préjugé par la personne qui est appelée à prendre une décision à son égard."

sujet, certains auteurs ont prétendu que ce droit à être entendu devait inclure non seulement le droit pour tout individu à une audition efficace et impartiale, mais aussi le droit à une représentation par un avocat[333]. Puisque nous aurons l'occasion de traiter plus à fond la question de la représentation de l'enfant par un avocat au cours du présent titre, nous mentionnerons, pour l'instant, qu'en matière de garde à tout le moins, tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law, le droit à la représentation par un avocat ne constitue nullement un droit absolu et qu'en droit civil québécois, le rôle du procureur à l'enfant soulève encore de nombreuses questions.

Nous l'avons mentionné, la règle *audi alteram partem* permet à toute partie dont les droits sont lésés de se faire entendre devant le tribunal pour faire valoir sa défense ou son point de vue[334]. À ce sujet, nous soulignons le fait que les dispositions de l'article 34 du *Code civil du Québec* vont au-delà des principes énoncés par la règle *audi alteram partem*, puisque l'article 34 permet à l'enfant d'être entendu au même titre que toute autre partie, même s'il n'est pas directement partie au litige de ses parents.

---

[333]Viateur BERGERON, "Le droit d'être entendu et l'évocation", (1995) 26 *R.G.D.* 369, 384. Notons que le juge André Wery de la Cour supérieure du district de Montréal indiquait au sujet de l'écoute de la parole de l'enfant prévue à l'article 34 C.c.Q. qu'à son avis, cette écoute de l'enfant inclurait la représentation de l'enfant par un avocat, voir André WERY, "La parole de l'enfant recueillie par le juge",10(3) *Accalmie*, p. 9.

[334]Pierre LEMIEUX, "La règle du 'audi alteram partem' : principes et domaine d'application", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif 1990*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la page 4.

Selon certains auteurs, les origines de la règle *audi alteram partem* seraient très lointaines et pourraient remonter à la Genèse[335]. Selon d'autres auteurs, cette règle de droit aurait pris naissance avec le célèbre arrêt anglais *Bentley* de 1723[336]. Selon d'autres encore, la règle *audi alteram partem*, principe général du droit, existait déjà dans le droit romain classique[337]. Nous retenons que cette règle de droit a été intégrée dans de nombreux textes, la *Déclaration canadienne des droits*[338], la *Charte canadienne des droits et liberté*[339], la *Charte des droits et libertés de la personne*[340] ainsi que le *Code de procédure civile* du Québec[341]. Le principe de cette règle a aussi été proclamé par les tribunaux québécois et canadiens, y compris la Cour suprême du Canada[342]. Comme nous pourrons le constater tout au cours de la présente thèse, même si, en matière de garde, l'enfant n'est, dans la majorité des cas répertoriés, aucunement partie au litige judiciaire de ses parents, son écoute demeure intimement liée à ce principe général de droit dont l'universalité et le caractère sous-jacent s'appliquent à tout processus de nature juridictionnelle.

---

[335]Gilles PÉPIN et Yves OUELLETTE, *Principes de contentieux administratifs*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982, à la page 237, les auteurs mentionnent en boutade qu'au commencement, qu'"(...) avant de chasser Adam du paradis terrestre, Dieu aurait dit: Adam, pourquoi as-tu mangé du fruit défendu?", donnant ainsi à Adam l'occasion de justifier les motifs de la faute commise(...).
[336]*R.* c. *The University of Cambridge*, (1723) 88 E.R. 111.
[337]Gérard CORNU, *Procédure civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, pp. 369 et 373.
[338]*Déclaration canadienne des droits*, précitée, note 68, art. 2(e).
[339]*Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 66, articles 7,10(b) et 11.
[340]*Charte des droits et libertés de la personnes*, note 65, articles 23, 43 et 56.
[341]*Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25 (ci-après appelé *Code de procédure civile* ou C.p.c.); art. 5 C.p.c. "Il ne peut être prononcé sur une demande en justice sans que la partie contre laquelle elle est formée n'ait été entendue ou dûment appelée."
[342]*L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal* c. *Commission des relations ouvrières du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140. Le juge Rinfret a déclaré dans cet arrêt que "(...) nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un."

Outre la règle de droit *audi alteram partem* qui s'applique également à l'enfant lorsque celui-ci intervient directement dans le litige de ses parents, il existe une autre procédure judiciaire historique sur laquelle nous devons nous pencher pour mieux saisir la place accordée à l'enfant devant les tribunaux depuis la fin du XIX[e] siècle. Il s'agit de la requête en *habeas corpus*[343]. Cette procédure judiciaire, qui est dirigée contre la personne dont on prétend qu'elle détient illégalement une autre, permet au parent détenteur de la garde de l'enfant, d'exiger son retour immédiat à son domicile et permet à l'enfant détenu de faire valoir son point de vue sur les motifs de sa détention illégale.

Ainsi, dès la fin du XIX[e] siècle, par la délivrance d'un bref, la partie qui demandait au tribunal de se prononcer sur la détention illégale de l'enfant et d'ordonner sa libération ou encore son retour immédiat au domicile du requérant pouvait voir son enfant appelé à témoigner sur les motifs de sa détention. Grâce à une telle écoute, le tribunal pouvait rendre une décision en toute connaissance de cause sur les motifs justifiant la délivrance d'un tel bref. Afin de mieux cerner le rôle que l'enfant pouvait être appelé à jouer dans le cadre d'une telle procédure judiciaire, nous proposerons, dans la prochaine sous-section, une analyse des principales décisions jurisprudentielles reliées à la délivrance du bref d'*habeas corpus*.

---

[343]H. REID, *op. cit.*, note 331, p. 267; l'auteur indique que l'expression *habeas corpus* décrit un "[b]ref d'origine anglaise en vertu duquel un ordre est donné à celui qui détient une personne emprisonnée ou autrement privée de sa liberté, de se présenter devant le juge en compagnie de celle-ci, pour qu'il justifie la légalité de sa détention."

Sous-section B: Le bref d'*habeas corpus*

Dès la fin du XIX[e] siècle, les tribunaux canadiens sont devenus plus attentifs à la parole de l'enfant dans les procédures judiciaires visant la délivrance du bref d'*habeas corpus*. Cette procédure judiciaire permettait, et permet toujours, au parent d'un enfant privé de sa liberté de demander au tribunal d'ordonner son retour immédiat au domicile du parent requérant. Pour obtenir gain de cause, le parent requérant devait indiquer que l'enfant était détenu illégalement contre son gré. Le parent requérant devait indiquer que le détenteur de l'enfant contrevenait à la puissance paternelle dont il était titulaire ou encore agissait à l'encontre d'un jugement relatif à la garde de l'enfant[344].

Le bref d'*habeas corpus* ordonnait à la tierce personne détentrice de l'enfant ou encore au parent visé de conduire l'enfant devant le tribunal et de justifier les causes de sa détention illégale. Afin de déterminer un tel état de fait, le tribunal pouvait permettre à l'enfant d'être entendu sur les motifs de sa détention et, en certaines occasions, suite à l'écoute des motifs de l'enfant, lui permettre

---

[344]L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 134, 478; de nos jours, le bref d'*habeas corpus* est fréquemment utilisé en matière criminelle et, à un degré moindre, en cas d'enlèvements d'enfants, voir à ce sujet la décision *G.(P.)* c. *R.(M.)*,(C.S.) REJB 2001-33687 (juge Jean-Guy Dubois, C.S. Montréal n° 500-04-026394-016, décision du 28 septembre 2001); consulter également en matière d'enlèvement international d'enfants, Suzanne GUILLET, "Les droits de l'enfant à l'occasion d'un litige familial", COLLECTION DE DROIT 2000-2001. ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 99, à la page128; Jean-Marc NEAULT, "L'enlèvement international d'un enfant par un parent: éléments de solution et de prévention", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 231; H. Patrick GLENN, "Le nouveau droit international privé de la famille", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 27.

de demeurer chez son gardien de fait lorsque sa détention n'était aucunement exercée contre sa volonté. Dans de nombreux cas, la décision du tribunal était justifiée par la preuve apportée par le témoignage de l'enfant. Le non-respect de l'ordonnance du tribunal demeure encore toujours passible d'outrage au tribunal[345].

Dans de telles procédures, seul l'enfant en âge d'exprimer son opinion pouvait être entendu par le tribunal. Le tribunal ne devait alors tenir compte que de l'intérêt de l'enfant et non pas de "son caprice, ses préférences [ou encore] ses habitudes"[346]. Déjà, le critère de l'intérêt de l'enfant avait préséance sur la puissance paternelle du père, bien que les tribunaux formulaient différemment leur décision, ne suspendant que temporairement, pour le père, l'exercice de sa puissance paternelle. En fait, le bref d'*habeas corpus* devait être rejeté lorsque l'intérêt de l'enfant justifiait le maintien de l'enfant dans son nouveau milieu familial. Il faut noter que le désintérêt des parents biologiques à l'égard de leur enfant pouvait également contribuer au maintien de l'enfant dans son nouveau milieu familial, et, conséquemment, entraîner le rejet de la demande de délivrance d'un tel bref[347]. S'il en était autrement, le juge pouvait accueillir la demande de délivrance du bref, surtout lorsque l'enfant subissait une influence indue quant à son choix de demeurer avec ses gardiens de fait[348].

---

[345]Daniel A. BELLEMARE, "L'*habeas corpus* et l'art. 459 C.cr.", (1976) 36 *R. du B.* 715; Pierre AZARD et Alain-François BISSON, *Droit civil québécois, T.1, Notions fondamentales. Famille Incapacité*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971, p. 160.
[346]P. AZARD et A.F. BISSON, *op.cit.*, note 345.
[347]*Dugal* c. *Lefebvre*, précité, note 17; *Gyore* c. *Gulyas*, [1974] C.S. 146(juge Yves Leduc); *Droit de la famille-110*, [1984] C.S. 99(juge Édouard Martel); *Droit de la famille-86*, [1983] C.S. 1017(juge Denis Durocher).
[348]*Droit de la famille-125*, [1984] C.S. 380(juge Jean-Marie Brassard).

Encore à ce jour, le bref d'*habeas corpus* demeure une procédure judiciaire utilisée en matière de garde, autant en droit civil qu'en droit criminel. Son utilisation en matière familiale demeure toutefois de moins en moins fréquente, sauf en matière d'enlèvement d'enfants où elle possède encore toute son utilité[349]. Observons comment les tribunaux ont reconnu la parole de l'enfant en matière d'*habeas corpus*.

1) La reconnaissance de la parole de l'enfant en matière d'*habeas corpus*

Dès le début du XX[e] siècle, les tribunaux québécois et provinciaux se sont prononcés en de nombreuses occasions sur la question de la détention illégale d'un enfant. La procédure judiciaire visant la délivrance du bref d'*habeas corpus* a permis à de nombreux enfants de faire valoir leurs points de vue quant à leur détention illégale. Dans l'arrêt *Stevenson* c. *Florant*[350], la Cour suprême

---

[349]Le premier alinéa de l'article 851 du *Code de procédure civile* du Québec prévoit que "[t]oute personne qui est emprisonnée ou autrement privée de sa liberté, si ce n'est pas en vertu d'une ordonnance rendue en matière civile par un tribunal ou par un juge compétent, ni pour une matière criminelle ou supposée telle, peut, de même qu'un tiers pour elle, s'adresser à un juge de la Cour supérieure pour obtenir un bref d' *habeas corpus* ordonnant à celui sous la garde de qui elle est détenue de la conduire sans délai devant un juge de la Cour et de lui rapporter la cause de la détention, pour qu'il voie si elle est justifiée." Dans la décision *P.N.* c. *L.J.*, (C.S.) REJB 2003-43967 (juge Michel Richard, C.S. Trois-Rivières n° 400-05-003940-039, décision du 19 juin 2003), la détentrice d'une tutelle dative d'un enfant, en vertu du testament, a eu recours au bref d'*habeas corpus*, avec succès, afin d'obtenir le retour d'un enfant illégalement détenu par ses oncle et tante.

[350]*Stevenson* c. *Florant*, précité, note 17. Dans cet arrêt, une enfant, Gertrude, avait été confiée en bas âge à ses grands-parents paternels alors que sa mère était devenue veuve et sans moyens financiers. Le grand-père paternel fut nommé tuteur aux biens de l'enfant. Les grands-parents, passablement âgés, avaient décidé de placer leur petite-fille en pension, à Montréal, pour des raisons académiques. L'enfant, âgée de 9 ans, fit l'objet d'un bref d'*habeas corpus* demandé par sa mère dont la situation financière s'était améliorée depuis le décès de son mari. La Cour du Banc du Roi maintint la délivrance du bref d'*habeas corpus* et confia la garde de l'enfant à la mère malgré le désir de l'enfant de demeurer avec ses grands-parents paternels. Le juge Rinfret précisa que la mère, veuve, était la seul détentrice de la puissance paternelle et ne pouvait se départir de ses droits sans une ordonnance du

du Canada avait indiqué que les droits du détenteur de la puissance paternelle devaient prévaloir sur ceux du parent gardien lorsque ces droits entraient en conflit avec ceux du gardien de fait. En ce qui a trait au désir de l'enfant de demeurer avec son gardien de fait, dans ses motifs, la Cour suprême avait retenu les propos tenus par le juge Greenshields de la Cour d'appel qui apportait certaines nuances entre l'intérêt de l'enfant et l'expression de son désir en précisant à ce sujet que:

> "(...) the interest of the child is not to be confounded with the wish or will of the child.(...) In the present case the child was asked if she wished to leave her grandparents, and she said 'No'. Pressed for a reason, she said she was frightened of her mother, and she gave a reason which has no foundation in fact. Asked if her mother had always been good to her, she answer(sic), 'Yes', and asserts that she was always kind to her and never said any hard words."[351]

La Cour suprême du Canada, en la personne du juge Rinfret, avait énoncé que:

> "La loi ne suppose nulle part que l'enfant mineur pourra opposer son désir de liberté à la volonté de ses parents. C'est la jurisprudence qui a introduit ce correctif à la puissance paternelle. Elle n'a pas cependant posé de principe absolu. Elle s'est inspirée d'une discrétion restreinte basée sur certaines conditions d'âge et d'intelligence de l'enfant en tenant compte des circonstances spéciales à chaque cas particulier."[352]

---

tribunal à cet effet. Le tribunal rappela qu'à défaut de père, l'autorité du père appartenait à la mère; l'octroi de la tutelle à une personne autre que la mère ne pouvait avoir pour résultat de faire disparaître la puissance paternelle exercée par la mère. Cet arrêt fut repris avec approbation dans l'arrêt *Dugal* c. *Lefebvre*, précité, note 17.

[351]*Stevenson* c. *Florant*, Q.R. 38 K.B. 314, 318; les propos du juge Greenshields de la Cour d'appel ont su défier le temps puisqu'ils ont été repris depuis par de nombreux magistrats et juristes au cours du XX[e] siècle; au sujet de l'intérêt de l'enfant, voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section II, Sous-section B: L'enfant et son intérêt, p. 67.

[352]*Stevenson* c. *Florant*, précité, note 17, 544; au sujet du désir de l'enfant, voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section D: Les souhaits de l'enfant et son interrogatoire, p.193.

Le juge Rinfret avait ajouté que:

> "Rien ne nous paraît, en effet, moins satisfaisant que d'essayer de déterminer l'intérêt de l'enfant en se basant sur ses inclinations du moment; surtout de les déduire des déclarations plus ou moins incertaines qu'il peut proférer en cour à cet égard. En général, le témoignage des enfants doit être accueilli avec beaucoup de circonspection. À plus forte raison, dans des cas comme ceux-ci, serait-il fallacieux de s'en rapporter aux préférences indiquées par leurs réponses. L'atmosphère n'est pas favorable. Il y a toutes les chances du monde qu'ils se déclarent pour ceux avec qui ils ont accoutumé de vivre."[353]

Cet arrêt de la Cour suprême du Canada démontre que, dès le début de XX[e] siècle, les tribunaux canadiens prenaient malgré tout en compte de la parole de l'enfant, et ce, dans une certaine mesure lorsque l'âge et la maturité de l'enfant le permettaient.

La reconnaissance du droit de l'enfant à être entendu a toutefois connu par la suite certains reculs[354]. Les tribunaux ont longtemps été portés à croire que l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la détermination de sa garde lui aurait permis de devenir juge de la question et, par voie de conséquence, de se révéler contraire à son intérêt. Cette question semble encore d'actualité pour certains magistrats qui émettent certaines hésitations à entendre la parole de l'enfant dans les procédures de garde[355].

---

[353] *Id.*, 547.

[354] *R.* c. *Khan*, [1990] R.C.S. 531 (ci-après appelé l'arrêt *Khan*). Dans cet arrêt, dans le cadre d'une poursuite civile invoquant la faute professionnelle du docteur Khan, le docteur Khan a été poursuivi pour cause d'agression sexuelle à l'endroit d'une enfant âgée de 3 ans et demi. La juge MacLachlin a indiqué que les tribunaux devaient faire preuve d'une plus grande flexibilité au sujet du témoignage d'un enfant. Les critères de nécessité et de fiabilité furent retenus par le tribunal afin que les paroles prononcées par l'enfant à sa mère après qu'elle eut été agressée par le docteur Khan soient mises en prevue au moment du procès.

[355] Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section D:1) Les souhaits de l'enfant et son interrogatoire, p. 193.

Les décisions jurisprudentielles émanant tant de la Cour suprême du Canada[356] que de la Cour d'appel du Québec en matière de bref d'*habeas corpus*[357] nous ont permis de prendre connaissance des premiers jalons d'une certaine écoute de la parole de l'enfant dès le début du XX[e] siècle et,

---

[356]*Dugal* c. *Lefebvre*, précité, note 17. Dans cet arrêt, un enfant, âgé de 15 ans et demi, Léo, fait l'objet d'un bref d'*habeas corpus*. À l'âge d'un mois, suite au décès de sa mère, l'enfant fut confié par son père à sa grand-mère maternelle ainsi qu'à la soeur de cette dernière. Au cours du procès, l'enfant a témoigné en faveur de son maintien dans son nouveau domicile et a exprimé son désir de demeurer avec sa famille actuelle. À la page 507 du jugement, le juge Rinfret a indiqué qu'"[i]l nous paraît démontré qu'il [l'enfant] a toute l'intelligence requise pour que l'on doive prendre en compte de ses sentiments. Il les a exprimés 'd'une façon catégorique' et que le juge de première instance a trouvé raisonnable, vu les circonstances du procès. Ils ne sont pas le fruit d'un caprice ou d'une fantaisie, mais ils semblent appuyés sur les motifs les plus judicieux." Le juge Rinfret a souligné l'importance des devoirs des parents à l'endroit de leurs enfants, déclaration importante s'il en est une à une époque où les droits des parents sur les enfants ne semblaient que rarement assortis de devoirs. Le juge Rinfret a ainsi précisé, à la page 508, que "[l]'autorité paternelle n'accorde pas seulement des droits, elle comporte aussi des devoirs. Ils sont inscrits dans le code. Et si les parents désirent que les tribunaux les aident à conserver l'affection et l'attachement de leurs enfants, il faut au moins qu'eux-mêmes s'y intéressent." Le tribunal a déclaré que l'enfant faisant l'objet du bref d'*habeas corpus* n'était nullement détenu contre son gré et que son gardien ne le privait aucunement de sa liberté puisque l'enfant demeurait libre de retourner chez son père. Aux propos du juge Rinfret, le juge Cannon a ajouté, à la page 510 du jugement, que "[s]i, d'un autre côté, l'enfant est d'âge à faire un choix judicieux, si, de plus, les circonstances indiquent que son intérêt moral, religieux, intellectuel et physique est sauvegardé en ratifiant son choix, la cour peut déclarer que le recours par *habeas corpus* est mal fondé."

[357]*Marshall* c. *Fournelle*, [1926] B.R. 391 (juges Tellier, Rivard et Halls, diss.)(en appel de la décision du juge Bruneau, 22 janvier 1926). Dans cet arrêt, une mère de quatre enfants, veuve, sans ressources financières, confie sa fille,Violet, à la famille Fournelle. Quelque sept années plus tard, alors que l'enfant est âgée de 15 ans, la mère demande au tribunal que sa garde lui soit de nouveau confiée et exige la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* afin que son enfant puisse revenir vivre avec elle. L'enfant s'oppose à son retour chez sa mère. Le tribunal, qui a eu l'occasion d'entendre l'enfant note que Violet est une enfant intelligente, qu'elle a reçu une bonne éducation et qu'elle ne manque aucunement d'instruction. Le tribunal conclut que, pour ces motifs, il n'y a personne à libérer et que la délivrance du bref d'*habeas corpus* doit être refusée; l'appel de la mère fut rejeté.

comme nous pourrons le constater au cours de la prochaine sous-section en matière d'*habeas corpus*, l'âge et la maturité de l'enfant auront été les premiers éléments à considérer lors de l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux.

2) L'écoute de la parole de l'enfant et le bref d'*habeas corpus*

En matière de bref d'*habeas corpus*, l'âge et la maturité de l'enfant ont longtemps été les critères fondamentaux dont le tribunal devait tenir compte. Le tribunal a ainsi reconnu à l'enfant son droit à être entendu lorsqu'il avait l'âge requis pour exercer ce droit et qu'il était en mesure d'exprimer son point de vue quant à sa détention illégale. Toutefois, le tribunal avait clairement énoncé que personne n'était tenu de suivre les inclinaisons du moment de l'enfant[358]. En fait, le tribunal prévoyait que l'enfant plus âgé pouvait témoigner quant à sa détention illégale alors que l'enfant en bas âge pouvait se voir refuser ce privilège, même si l'enfant était alors directement partie au litige dont le tribunal était saisi, faisant fit, en quelque sorte, de la règle *audi alteram partem*.

Dans un arrêt la Cour d'appel du Québec[359], le tribunal de première instance avait refusé d'entendre les explications d'une jeune enfant âgée de huit ans quant à son choix du parent gardien avec lequel elle voulait vivre. La Cour d'appel avait maintenu la décision du tribunal de première

---

[358]Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section B: L'écoute de la parole de l'enfant: une question d'âge et de discernement, p. 181.

[359]*Porter* c. *McDonald*, [1962] B.R. 862(juges Tremblay, Bissonnette, Casey, Rivard et Badeaux, diss.). Dans cet arrêt de la Cour d'appel du Québec, la mère de l'enfant qui demeurait aux États-Unis demandait la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* afin de ramener son enfant chez elle alors que l'enfant demeurait chez son père. Le tribunal de première instance a accueilli la demande de la mère. La décision de première instance fut maintenue par la Cour d'appel du Québec.

instance en ce que le tribunal avait eu raison de ne pas entendre l'enfant sur une telle question puisque, selon le tribunal, un témoignage de l'enfant sur cette question aurait été à l'encontre de la bonne morale[360]. Il faut préciser que, dans ce cas-ci, le dispositif du jugement de la Cour d'appel est demeuré quelque peu nébuleux quant aux motifs justifiant le refus du tribunal d'entendre l'enfant. Les motifs de la Cour d'appel avaient peut-être été inspirés du jeune âge de l'enfant ou encore de son intérêt. À tout événement, la Cour d'appel a maintenu l'ordonnance de délivrance du bref d'*habeas corpus* demandé par la mère et, en *obiter*, donné raison au juge de première instance de ne pas permettre à l'enfant de répondre à la question posée, d'autant plus que la Cour d'appel a mis fin au débat sur la question en ajoutant que, de toute façon, la réponse apportée par l'enfant n'aurait pu permettre au tribunal de résoudre le litige qui opposait les parties relativement à la détention illégale de l'enfant[361].

Nous retenons que, des principes établis par les tribunaux en matière de bref d'*habeas corpus*, dans les cas où l'enfant était suffisamment mature afin d'exprimer son opinion sur sa détention, le tribunal a toujours permis l'écoute de la parole de l'enfant eu égard aux motifs justifiant sa détention. Dans les cas où l'enfant déclarait ne pas être détenu contre son gré, le tribunal faisait droit au désir de l'enfant de demeurer avec ses nouveaux gardiens dans la mesure où l'enfant détenait l'âge et la maturité requis pour exprimer son opinion sur cette question et que son désir était exprimé en toute

---

[360] *Ibid.*

[361] *Id.* 863. Le juge Badeaux, dissident, semblait douter que l'enfant était détenue contre son gré en indiquant qu'il ne pouvait concevoir qu'il soit contre la bonne morale de permettre à l'enfant d'être entendue et aurait ordonné dans cet arrêt que le dossier soit renvoyé à la Cour supérieure afin que l'enfant puisse être interrogée de nouveau et puisse répondre aux questions du juge de première instance afin que la preuve soumise soit complétée quant à sa détention illégale.

liberté.

En matière de bref d'*habeas corpus*, l'enfant qui est toujours directement partie au litige judiciaire doit être entendu par le tribunal. En matière de garde toutefois, l'enfant peut aussi, en certaines occasions, participer directement au litige judiciaire de ses parents s'il intervient directement au débat. En cette matière comme en toute autre matière, l'enfant, au même titre que toute autre personne intéressée par le litige d'autrui, peut directement intervenir au litige opposant ses parents afin de faire prévaloir ses droits. En droit civil québécois, grâce aux dispositions législatives relatives à l'intervention agressive de toute personne dans le litige d'autrui, l'enfant peut prendre partie au litige de ses parents. Cette intervention directe de l'enfant dans le litige judiciaire de ses parents retiendra particulièrement notre attention dans la prochaine sous-section.

Sous-section C: La participation de l'enfant au litige judiciaire de ses parents

En matière de protection de la jeunesse ou en matière criminelle, la participation de l'enfant est implicite au débat et l'enfant est directement partie au litige judiciaire. Puisque les mesures correctrices ou d'aide ou de protection s'adressent directement à l'enfant, le tribunal peut entendre directement l'enfant dans le cadre de telles procédures judiciaires. En matière de garde toutefois la situation est tout autre. En matière familiale, l'enfant n'est pas directement partie au litige judiciaire de ses parents. Les dispositions législatives relatives à l'enfant en matière de garde visent d'abord le détenteur de l'autorité parentale qui doit s'assurer que certaines règles de droit relativement à la garde de l'enfant sont respectées. L'enfant visé par les procédures judiciaires de ses parents ne se

retrouve ainsi aucunement partie au litige de ses parents puisqu'il n'est atteint par ce débat que de façon incidente, par ricochet. Seuls ses tuteurs légaux seront conséquemment appelés à décider des questions relatives à sa garde, son entretien et son éducation.

Toutefois, en droit civil québécois, au même titre que tout autre individu désireux de participer dans le litige d'autrui, le recours judiciaire de l'enfant peut être exercé par l'enfant de façon autonome[362]. L'enfant peut intervenir directement dans le litige de ses parents par une simple demande d'intervention judiciaire. Les modalités relatives à la demande d'intervention judiciaire ont été récemment modifiées par le législateur québécois. Les nouvelles procédures d'intervention se veulent moins complexes que les précédentes.

1) L'exercice autonome du recours judiciaire du mineur (art. 159 C.c.Q.)

En vertu du *Code civil du Québec*, le mineur ne peut intenter seul un recours judiciaire sauf en conformité avec les exceptions prévues à la loi. Le premier alinéa de l'article 159 du *Code civil du Québec* prévoit que le mineur doit être représenté en justice par son tuteur, sauf les exceptions prévues au second alinéa du même article. Le second alinéa de l'article 159 C.c.Q. prévoit que "(...) le mineur peut, avec l'autorisation du tribunal, intenter seul une action relative à son état, à l'exercice de l'autorité parentale ou à un acte à l'égard duquel il peut agir seul; en ces cas, il peut agir seul en défense". L'intervention du mineur constituant une action relative à son état, à l'exercice de l'autorité

[362]Il n'existe aucune disposition législative spécifique dans les provinces canadiennes de common law relativement à l'intervention directe de l'enfant dans le litige judiciaire de ses parents en matière de garde.

parentale ou à un acte à l'égard duquel il peut agir seul, le mineur pourra intervenir seul dans le litige judiciaire de ses parents ayant trait à sa garde[363].

En intervenant directement dans le litige judiciaire de ses parents, l'enfant devient partie au débat. Il peut être entendu par le tribunal comme toute autre partie et bénéficier de toutes les règles de droit prévalant en de telles circonstances, la règle *audi alteram partem* devant elle aussi être observée. L'intervention volontaire de l'enfant dite "agressive" selon les termes de l'article 209 C.p.c. peut être demandée par l'enfant lui-même ou encore par son tuteur ou procureur appelé à le représenter[364]. Cette intervention doit être effectuée en conformité avec la loi[365]. Nous tenons à apporter certaines précisions à ce propos.

---

[363] *J.B.* c. *M.C.*, (C.S.)(juge Diane Marcelin, C.S. Montréal n° 500-12-232387-963, décision du 26 mai 1998) (jugement porté en appel, C.A.M. n° 500-09-006738-983, règlement hors cour). Dans cette décision, la juge Diane Marcelin a accueilli la demande d'intervention de l'enfant, âgé de 11 ans, dans le litige judiciaire de ses parents. La juge Marcellin a toutefois ordonné que le procureur à l'enfant se retire des procédures entamées et qu'il soit remplacé par un autre procureur puisque sa nomination faisait l'objet de dissensions entre les parents.

[364] Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I: La représentation de l'enfant par un avocat, p. 220. Voir Hubert REID, *La réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, c. 7(P.L.54): étude comparative du code actuel et des nouvelles règles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 78.

[365] La *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 et a entraîné une réforme importante du *Code de procédure civile* du Québec. La nouvelle loi abroge plusieurs centaines d'articles dont plusieurs ayant trait au domaine familial. En ce qui a trait par exemple aux articles 208, 209 et 210 du *Code de procédure civile* relatifs à l'intervention de tierce personne dans le litige d'autrui, il existe désormais deux formes d'intervention prévues par le législateur au *Code de procédure civile* soit, l'intervention à titre de partie (art. 210 C.p.c.) et l'intervention pour faire des représentations lors de l'instruction (art. 211 C.p.c.). Ces dispositions simplifient les modalités d'intervention antérieures.

Au Québec, avant les récentes modifications apportées au *Code de procédure civile*, l'intervention agressive de l'enfant devait être effectuée en deux étapes. La première étape permettait au tribunal de se prononcer sur la réception de la demande d'intervention de l'enfant. La seconde étape permettait la présentation de la demande d'intervention agressive proprement dite et était entendue lors du procès[366]. Au stade de la réception de la demande d'intervention de l'enfant, l'intérêt de l'intervenant devait être vraisemblable pour que sa demande d'intervention soit reçue, les questions subsidiaires étant débattues au moment du procès seulement. Nous rapportons deux arrêts de la Cour d'appel du Québec qui se sont révélés déterminants à cet égard.

Dans l'arrêt *Droit de la famille-2224*[367], la Cour d'appel du Québec s'est prononcée sur la question de l'intervention d'enfants dans le litige judiciaire de leurs parents. Dans ce litige, le tribunal de première instance avait rejeté la demande d'intervention des enfants dans le litige judiciaire de leurs parents. En appel de la décision rendue par le tribunal de première instance, la Cour d'appel a rappelé que les enfants avaient démontré, à l'étape de la réception, qu'ils possédaient l'intérêt requis afin que leur demande d'intervention soit retenue et débattue au moment du procès. L'intérêt des enfants avait été considéré vraisemblable par le tribunal au moment de la réception de leur demande d'intervention; conséquemment, le tribunal avait décidé qu'il n'avait aucunement à statuer sur la question du choix

---

[366]Les articles 212 à 214 C.p.c. ont été remplacés par de nouvelles dispositions législatives contenues dans la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, art. 37; l'ancien article 212 C.p.c. prévoyait que "[l] es parties en cause peuvent s'opposer oralement, pour défaut d'intérêt de l'intervenant, à la réception de l'intervention, mais celle-ci doit être reçue si l'intervenant rend son intérêt vraisemblable".

[367]*Droit de la famille-2224*, [1995] R.D.F. 396(C.A.)(J.E. 95-1362)(juges Louis LeBel, Marie Deschamps et Jacques Chamberland)(en appel de la décision du juge Irving Halperin, C.S. Beauharnois (Salaberry-de-Valleyfield) n° 760-12-01509-943, décision du 24 novembre 1995).

du procureur aux enfants à cette étape-là des procédures judiciaires.

Dans l'arrêt *Droit de la famille-1549*[368], la Cour d'appel du Québec s'était prononcée sur une question similaire. La Cour d'appel du Québec, en la personne du juge Nichols, avait considéré que dans le cas soumis, les enfants avaient l'intérêt requis pour intervenir dans le litige judiciaire de leurs parents et avait énoncé qu'"[e]n matière d'intervention, dès que le juge reconnaît l'intérêt de l'intervenant, il n'a pas le pouvoir de limiter les droits de l'intervenant en circonscrivant le mandat de son avocat"[369]. Dans ce cas-ci, en ce qui a trait au mandat de l'avocate, la Cour d'appel avait considéré que le mandat des enfants obligeait l'avocate des enfants à tenir compte de leurs désirs et que le juge de première instance aurait dû lui permettre de se retirer du dossier.

---

[368]*Droit de la famille-1549*, [1992] R.J.Q. 855 (C.A.)(J.E. 92-509), (1992) 45 Q.A.C. 100 (juges Nichols, Proulx et Chevalier, *ad hoc*)(en appel de la décision du juge John H. Gomery, C.S. Montréal n° 500-12-159976-871, décision du 23 octobre 1990). Dans cet arrêt, le juge Nichols de la Cour d'appel du Québec s'est exprimé de façon catégorique au sujet de l'intervention agressive des enfants dans le litige judiciaire de leurs parents. Le tribunal de première instance, saisi d'une demande des enfants désireux d'intervenir directement dans le litige de leurs parents quant à leur garde, avait rejeté, au stade de la réception, les prétentions de l'avocate des enfants et avait refusé leur intervention. Les enfants se disaient être en désaccord avec les prétentions de leur procureur relativement à leur garde et s'opposaient à ce que cette avocate les représente. En plus de vouloir intervenir dans le litige de leurs parents, les enfants demandaient la révocation du mandat de leur procureur pour cause de divergences d'opinions. La procureur des enfants, consciente de ses vues divergentes avec les enfants quant à leur garde, s'était adressée au tribunal afin d'obtenir la permission de se retirer du dossier. Cette demande avait été adressée au moment de la réception de la demande d'intervention des enfants. Puisque le tribunal de première instance avait refusé à l'avocate de se retirer du dossier, la décision du tribunal fut portée en appel. La Cour d'appel a précisé que le seul rôle attribué au tribunal lors de l'examen de l'article 208 C.p.c. était de vérifier l'intérêt de l'enfant. Il a confirmé toutefois que malgré le mode de nomination du procureur aux enfants, les enfants avaient la capacité juridique de donner un mandat valable à leur procureur au même titre qu'un adulte. Cet arrêt de même que l'arrêt *Droit de la famille-2224*, précité, note 367, constituent deux des principaux arrêts clés en matière de représentation d'enfant par un avocat. Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I: La représentation de l'enfant par un avocat, p. 220.

[369]*Id.*, 863.

En raison des modifications législatives apportées au *Code de procédure civile* du Québec en date du 1er janvier 2003, les étapes précédemment énoncées sont désormais caduques. Selon les nouvelles dispositions législatives, en l'absence d'opposition des parties, après qu'une notification de la demande d'intervention d'un tiers ait été adressée aux parties en cause, l'intérêt de cette personne est présumé suffisant et les points de droit en litige ne sont débattus qu'au moment du procès.

Dans les provinces canadiennes de common law, en Angleterre, aux États-Unis de même que dans certains pays de droit civil, en matière de garde, l'enfant n'intervient que rarement en tant que partie aux procédures judiciaires de ses parents. En France, aucune disposition législative ne prévoit une telle intervention du mineur en matière de garde. Il en va de même dans les provinces canadiennes de common law.

En droit civil québécois, tout comme dans les provinces canadiennes de common law et ailleurs sur la scène internationale, l'enfant peut prendre la parole en tant que témoin dans le cadre du litige judiciaire de ses parents relativement à sa garde. Cette écoute de la parole de l'enfant fait l'objet de certaines dispositions législatives précises et seront davantage analysées au cours de la prochaine section.

2) La nomination d'un tuteur *ad hoc* (art. 394.2 C.p.c.)

Le tuteur *ad hoc* joue un rôle fort discret en droit civil québécois. Bien que rarement invoqué en droit civil, la nomination d'un tuteur *ad hoc* pourrait se révéler plus fréquente qu'elle ne l'est à l'heure actuelle à la lumière d'une décision de la Cour d'appel du Québec ayant trait au mandat de l'avocat lors de sa représentation des enfants devant le tribunal. La nomination d'un tuteur *ad hoc* pourrait devenir nécessaire lorsque l'enfant n'aurait pas la capacité de nommer son propre procureur pour lui donner un mandat valable de le représenter devant le tribunal. En vertu de l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*[370], il semblerait que la nomination d'un tuteur *ad hoc* puisse être nécessaire si l'enfant ne détient pas la capacité requise en vertu du *Code civil du Québec* de nommer de son propre chef son procureur afin d'être représenté devant le tribunal. Le tribunal devrait désigner lui même un tuteur *ad hoc* à l'enfant afin que celui-ci nomme un procureur à l'enfant. Le procureur recevrait alors ses instructions du tuteur *ad hoc* et non pas de l'enfant représenté par un avocat. Cette position semblerait toutefois contestée et sera plus amplement discutée, certains magistrats ayant soulevé l'hypothèse que le procureur de l'enfant incapable de donner un mandat valable puisse plutôt agir en de telles circonstances en tant qu'*amicus curiae*[371].

---

[370] *M.F.* c. *J.L.* et *F.L.*, [2002] R.J.Q. 676, [2002] R.D.F. 242 (rés.)(C.A.)(J.E. 2002-641) REJB 2002-29840 (juges Melvin L. Rothman, François Pelletier et Jacques Chamberland)(requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2002-10-24, 29211) (en appel de la décision de la juge Louise Lemelin, C.S. Montréal n° 500-12-251138-008, décision du 2 octobre 2001, REJB 2001-29837)(ci-après appelée *M.F.* c. *J.L.*).

[371] Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B) 3)a)iii) L'*amicus curiae*, p. 251.

En droit civil québécois, le processus de nomination d'un tuteur *ad hoc* peut être effectué de façon accélérée par une nomination par le tribunal sans convocation d'un conseil de famille. En cas d'irrégularité quant à la représentation du mineur et dans l'éventualité où une telle nomination pouvait être nécessaire pour l'enfant, le tribunal pourrait lui nommer un tel tuteur en vertu de l'article 56 C.p.c.[372]. Peu d'enfants font l'objet d'une telle procédure en droit civil québécois. Des dispositions similaires prévalent toutefois dans les provinces canadiennes de common law[373]. Il convient de rappeler que l'incapacité du mineur de contracter demeure toujours établie en sa faveur et que le législateur a établi une présomption permettant à l'enfant d'annuler tout acte posé en son nom pendant sa minorité pour cause de lésion[374].

Après avoir observé la prise en compte directe de la parole de l'enfant lorsque l'enfant est partie au litige judiciaire de ses parents, par l'étude de la règle *audi alteram partem* et du bref d'*habeas corpus*, nous proposerons, dans la prochaine section, l'étude de l'écoute de cette parole lorsque l'enfant agit en tant que témoin dans le cadre des procédures judiciaires relatives à sa garde.

---

[372]Art. 394.2 C.p.c. "Afin de favoriser une représentation adéquate du mineur et du majeur inapte, le tribunal doit, même d'office, dans tous les cas où l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur inapte est opposé à celui de son représentant légal, lui désigner un tuteur ou un curateur ad hoc."
[373]Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I: La représentation de l'enfant par un avocat, p. 220.
[374]S*upra*, note 108.

Section II: L'enfant et le tribunal

"L'enfant devrait toujours être entendu - ce qui n'implique nullement que l'on fasse ensuite ce qu'il demande."

- Françoise Dolto[375]

Par l'adoption de diverses dispositions législatives, les législateurs provinciaux ont su reconnaître l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux lorsque ce dernier n'était pas partie prenante au litige, l'article 34 du *Code civil du Québec* en faisant foi. Toutefois, force sera de constater qu'afin d'assurer une telle écoute, encore faudra-t-il que les dispositions mises de l'avant par les divers législateurs fassent preuve de cohésion et offrent des lignes directrices précises afin que ceux qui sont appelés à les appliquer puissent le faire dans l'intérêt de l'enfant. Qui plus est, comme le souligne François Dolto et tel qu'il nous sera permis de le constater dans la présente section, faire droit à l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux ne signifie nullement être tributaire des souhaits et des désirs de ce dernier.

---

[375]F. DOLTO, *op. cit.*, note 245, p. 130.

Que l'enfant intervienne directement dans le litige de ses parents ou qu'il soit appelé à témoigner au procès relativement à sa garde, nous retenons que les règles de procédure civile et de preuve doivent toujours être respectées au moment de son audition. Les principaux éléments relatifs au témoignage de l'enfant seront analysés plus à fond dans cette section et seront regroupés de la façon suivante. Dans une première sous-section, nous observerons de plus près le témoignage de l'enfant au moment du procès, un témoignage devant être libre de toute contrainte (Sous-section A). Dans la deuxième, nous examinerons l'écoute de la parole de l'enfant en fonction de son âge et son discernement (Sous-section B). Dans la troisième, nous énoncerons les principales règles de preuve et de procédure civile reliées au témoignage de l'enfant (Sous-section C) et nous nous attarderons dans la quatrième à l'interrogatoire de l'enfant et à l'expression de ses souhaits et de ses désirs relativement à sa garde (Sous-section D). Enfin, nous traiterons de la rencontre pouvant avoir lieu entre le juge et l'enfant hors la présence des parties au litige (Sous-section E).

Sous-section A: L'enfant témoin, un témoignage libre de toute contrainte

En droit civil québécois, toute personne est présumée apte à témoigner[376]. Les personnes souffrant d'une incapacité physique ou mentale ainsi que l'enfant en bas âge constituent les principales exceptions à cette présomption. Dans ce dernier cas, l'enfant qui n'est pas suffisamment développé pour rapporter les faits dont il a été témoin et qui ne comprend pas le devoir de dire la vérité ne pourra être appelé à témoigner. Il sera alors considéré comme une personne inapte à témoigner[377]. Afin de nous guider dans l'application de ces principes, nous énoncerons au cours de la présente sous-section les principaux critères à respecter pour que le témoignage de l'enfant soit valablement reconnu.

---

[376]Art. 295 C.p.c. "Toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter des faits dont elle a eu connaissance; et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire." L'article 56 C.p.c. prévoit qu'"[i]l faut être apte à exercer pleinement ses droits pour ester en justice sous quelque forme que ce soit, sauf disposition contraire de la loi (...)."

[377]Bernard GRATTON et Alexandra DRAGOMIR, "Aspects juridiques concernant la preuve de l'existence d'abus sexuels en matière de protection de la jeunesse, familiale ou criminelle", (1993) 23 *R.D.U.S.* 305, 350.

1) Les principes de droit

L'enfant en bas âge qui n'a pas l'aptitude requise afin de témoigner ne peut être entendu par le tribunal. Il n'existe à l'heure actuelle aucun âge précis à partir duquel l'enfant est présumé détenir l'aptitude requise afin de témoigner. Il est généralement reconnu qu'un enfant âgé de sept ans détient l'aptitude requise pour témoigner malgré le fait que dans certains cas, cette aptitude peut être acquise plus tôt ou plus tard selon les individus. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question au cours de la présente sous-section. Pour l'instant, retenons que selon une jurisprudence établie en droit civil québécois, un enfant âgé de sept ans a l'aptitude requise pour témoigner au procès de ses parents.

Comme nous l'avons invoqué, l'article 34 C.c.Q. précise que le témoignage de l'enfant n'est plus facultatif mais bien obligatoire, le tribunal devant donner à l'enfant la possibilité d'être entendu lorsque son âge et son discernement le permettent[378]. La reconnaissance de l'écoute de l'enfant

---

[378]Avec les nuances qu'il faut toutefois apporter à ce propos, voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section II, Sous-section B: L'écoute de la parole de l'enfant: une question d'âge et de discernement, p. 181. Les auteures Sylvie SCHIRM et Pascale VALLANT de l'ouvrage *La représentation des enfants en matière familiale, leurs droits, leur avenir*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, font état du désir des tribunaux de vouloir protéger l'enfant et indiquent à la page 5 que "[s]i louable soit-il de protéger les enfants, il ne faut jamais oublier que les enfants pris dans un litige de garde de haut conflit participent déjà activement au débat entre leurs parents. Ils sont les témoins et victimes quotidiens de cette guerre et lorsque, enfin, leurs voix peuvent être entendues, les diverses instances les écartent du processus sous prétexte par ailleurs bien intentionné de vouloir les protéger. Inévitablement, les enfants sont déjà exposés au conflit et, souvent, le fait d'être représentés et de pouvoir dire ce qu'ils désirent ou ce qu'ils ressentent est bénéfique en soi. Écarter l'enfant du débat lorsqu'il a un désir ferme d'être entendu risque d'être plus dommageable pour lui, surtout lorsqu'il a pris la peine d'engager un avocat. Ne faut-il pas respecter ses droits, surtout le plus légitime, soit celui d'être entendu?"

n'étant plus à débattre[379], seule la façon d'entendre l'enfant semble désormais faire l'objet de discussions[380].

Nous notons que deux tendances prévalaient en ce domaine avant l'adoption de l'ancien article 31 du Code civil du Bas-Canada : selon la première, l'écoute de l'enfant était essentielle au débat afin que le tribunal puisse être en mesure de prendre la meilleure décision qui soit au sujet de l'enfant[381], selon la seconde, l'écoute de l'enfant et l'expression de ses souhaits et ses désirs quant à sa garde se voulait contraire à la morale[382].

---

[379]*Supra*, introduction, p. 20. Voir également *Droit de la famille-2785*, [1998] R.J.Q. 10, 13 (C.A.) (juges Delisle, Nuss et Biron, *ad hoc*)(en appel de la décision du juge James T. Kennedy, C.S. Montréal n° 500-04-010132-976, décision du 17 septembre 1997 (J.E. 97-1961)). Selon certains auteurs, le droit de l'enfant à être entendu fait aussi appel à son corollaire, soit le droit pour l'enfant de ne pas avoir à témoigner bien que, selon la loi, tout témoin peut être contraint de le faire. Voir à ce propos Édith DELEURY, "Le droit de l'enfant à la représentation et à la parole devant les instances judiciaires et organismes chargés de la protection de l'enfance", dans J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEUX (dir.), *Enfance et violences*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1992, p. 301, à la page 309. Consulter aussi Claude BOIES, "Réflexions sur les nouvelles dispositions de la *Loi sur la protection de la jeunesse* touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des déclarations extrajudiciaires d'enfants", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Droit et enfant (1990)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 61. M.-N. MATHIS, "De quelques ambiguïtés", (1992) 115 *Dialogues*, (numéro thématique sur la Convention internationale des droits de l'enfant) p. 3; C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 268, 616.

[380]MINISTÈRE DE LA JUSTICE. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 62, p. 32; ASSEMBLÉE NATIONALE, "études détaillées du projet de loi 125- Code civil du Québec", *Journal des Débats*, Commissions Parlementaires, Sous-commission des institutions, 29 août 1991, n° 5, SCI-160; Monique OUELLETTE, "De la jouissance et de l'exercice des droits civils et de certains droits de la personnalité", (1988) 1 *C.P. du N.*1, 20.

[381]*M.* c. *D.*, [1966] C.S. 224 (juge Édouard Martel).

[382]*Porter* c. *McDonald*, précité, note 359.

Les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* ont quelque peu modifié la situation. Le législateur québécois veut désormais que l'enfant soit entendu en matière de garde. Toutefois, nous constatons que le législateur demeure toujours silencieux quant aux modalités d'écoute de la parole de l'enfant. À vrai dire, à la suite des recherches effectuées, l'enfant ne témoignera directement au moment du procès des parents qu'en un nombre assez limité d'occasions, que ce témoignage ait lieu devant le tribunal ou encore en présence du juge appelé à présider le procès[383].

À ce propos, un juriste déclarait qu'au quotidien de la pratique, "[i]l n'y a pas lieu d'en venir à la conclusion que les tribunaux doivent rencontrer les enfants impliqués dans tous les dossiers qui leur sont soumis, mais les juges doivent être attentifs à cette question et doivent d'office soulever le droit de l'enfant d'être entendu lorsque le débat porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur une question qui risque d'avoir des répercussions directes sur la situation d'un enfant dont

---

[383]En matière familiale, en vertu du deuxième alinéa de l'article 13 du *Code de procédure civile* du Québec, les audiences des tribunaux se tiennent à huis clos à moins que sur demande le tribunal n'ordonne une audience publique dans l'intérêt de la justice. Sur cette question, la Cour d'appel du Québec a récemment ordonné la tenue d'une nouvelle audience relativement au huis clos demandé par les parties. Il s'agit de l'arrêt *G. (S.)* c. *La Presse* et *al.*,(C.A.)(REJB 2004-81727)(juges François Pelletier, Pierre J. Dalphond, François Doyon, C.A.M. nº 500-09-014905-046, décision du 26 novembre 2004) (en appel de la décision du juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Montréal nº 500-04-035568-048, décision du 13 septembre 2004, REJB 2004-70815). Dans ce litige, le juge de première instance avait refusé d'ordonner le huis clos de l'audition au fond dans un litige qui portait, entre autres objets, sur une demande en déclaration de paternité du donneur de forces génétiques de son enfant né d'une mère mariée avec une autre femme. Afin de déterminer la question du huis clos et des circonstances spéciales de cette affaire, les juges de la Cour d'appel du Québec ont choisi d'ordonner la tenue d'une nouvelle audition devant un nouveau juge de la Cour supérieure. Cette décision pourrait avoir une incidence importante sur les décisions à être rendues par les tribunaux en matière familiale.

l'âge laisse croire qu'il doive être entendu par la cour"[384].

Dans le cadre de nos recherches, nous avons observé que le législateur français avait tenté de permettre une telle écoute systématique d'enfants en matière de garde, une mesure qui fut vivement critiquée et modifiée par la suite[385]. Une systématisation de l'écoute de l'enfant en matière de garde semblerait également déplaire à quelques magistrats québécois, question qui sera traitée davantage au cours de cette thèse[386].

---

[384]M. TÉTRAULT, *op. cit.*, note 130, p. 236.

[385]F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, note 52, p. 75. Avec l'adoption de la *loi Malhuret* du 22 juillet 1987, le législateur français imposait l'audition des enfants âgés de plus de treize ans au moment de la désunion des parents. Madame Dekeuwer-Défossez indiquait à ce propos, à la page 75, qu'"[o]n a dit la loi Malhuret excessive en raison de l'encombrement des tribunaux, et du peu de temps dont les juges disposent pour chaque divorce.(...) Faute d'enquête suffisamment large sur la question, il est difficile de savoir dans quelle mesure la loi fut effectivement respectée. On peut avancer cependant que l'audition a eu lieu quasi systématiquement lors les parents étaient en litige, mais pratiquement jamais quand ils avaient trouvé des modalités d'exercice de l'autorité parentale qui leur convenaient à tous deux. (...) Compte tenu de ces difficultés, une remise en ordre législative était indispensable. Elle fut réalisée par *la loi du 8 janvier 1993*"; l'article 388-1 inséré au Code civil français en vertu de la *Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993*, prévoit désormais que "[d]ans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure". En ce qui a trait à l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux français, nous devons souligner la tenue d'un important procès criminel ayant eu lieu devant la Cour d'Assise d'Angers, en France, où ont comparu une soixantaine de personnes impliquées dans un présumé réseau de pédophilie et où ont été entendus les témoignages de quelques uns des 45 enfants, âgés de quelques mois à dix ans, qui auraient été abusés par des membres de leur famille et de leur entourage entre les mois de janvier 1999 et de février 2002. Pour un suivi du déroulement de ces audiences, consulter les nombreux reportages parus dans *l'Humanité* de France à l'adresse internet ci-après: http://www.humanité.presse.fr.

[386]*Infra*, note 495.

Il va de soi que pour être valable, le témoignage de l'enfant doit être libre de toutes contraintes. Certains enfants toutefois aux prises avec le litige judiciaire de leurs parents ne seront en mesure d'exercer un tel témoignage à cause des pressions exercées par l'un de leurs parents à leur endroit. Dans d'autres cas, les pressions seront telles que le parent de l'enfant pourra avoir un comportement aliénant à l'égard de l'autre parent, comportement qualifié par certains experts de syndrome d'aliénation parentale. Au cours de la prochaine subdivision, nous examinerons les principales composantes de ce syndrome.

2) Le syndrome d'aliénation parentale

Nous l'avons spécifié, pour être valable et dûment considéré par le tribunal, le témoignage de l'enfant doit être exempt de toute contrainte. Puisque l'écoute de la parole de l'enfant inclut manifestement la prise en compte de son désir ou encore de sa volonté[387], une volonté libre de toute contrainte doit être considérée avec plus d'attention par le tribunal que celle ayant fait l'objet de contraintes.

Dans certaines situations, des parents pourront exercer au moment de leur rupture des pressions que nous pourrions qualifier d''excessives' auprès de leur enfant quant au choix du parent gardien. En de telles circonstances, le témoignage de l'enfant devant le tribunal ne pourra être considéré libre de toute contrainte. Que ces pression soient exercées consciemment ou non par l'un ou l'autre des

---

[387]Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section D: Les souhaits de l'enfant et son interrogatoire, p. 193.

parents, l'enfant pourra se sentir obligé de favoriser l'un de ses parents plutôt que l'autre et de donner un témoignage d'une faible valeur probante quant à sa garde. En fait, les pressions exercées par l'un des parents sur son enfant pourront avoir de profondes répercussions sur ce dernier et, à plus long terme, lui causer de lourds préjudices[388]. Entre autres conséquences, l'enfant pourra être appelé à vivre un important conflit de loyauté envers l'un de ses parents au moment de leur désunion[389]. Comment l'enfant pourra-t-il en de telles circonstances être appelé à choisir l'un ou l'autre de ses parents, alors que chacun d'eux tente d'influencer leur enfant sur le choix qu'il doit faire?

La question du choix du parent gardien pourra devenir pour l'enfant source de profondes angoisses. À cet égard, nous ne saurions trop insister sur l'importance pour l'enfant de ne pas être appelé à choisir son parent gardien sous aucune considération que ce soit compte tenu du fardeau qu'un tel choix pourrait représenter pour l'enfant et des conséquences que ce choix pourrait avoir dans ses relations ultérieures avec ses parents[390].

---

[388]R. OTIS, *loc. cit.*, note 176, p. 135 où l'auteur rappelle que "[l]es conflits parentaux exacerbent les conflits parents-enfants (...) Les difficultés d'adaptation des enfants sont reliées aux conflits parentaux; la modalité de garde importe peu (...)."

[389]*Id.*, p. 119, le psychologue Rodrigue Otis ajoute que "[d]ans un contexte conflictuel entre les parents, l'enfant est souvent placé dans une situation de double contrainte. S'il manifeste le désir de se rapprocher de son père, il déplaît à sa mère et s'il fait l'inverse, c'est-à-dire s'il se rapproche de sa mère, il crée de l'insatisfaction chez son père. Quoiqu'il fasse, il fait face à une contrainte; il choisit alors généralement le scénario qui provoque chez lui le moins d'anxiété", ce qui ne représente pas nécessairement la meilleure option pour le mieux-être de l'enfant. Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section B, 2) Les besoins et la perception de l'enfant face à la désunion, p. 109.

[390]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section B, 3) L'enfant et la rupture, l'impact à plus long terme, p. 113.

Mais au-delà des formes plus ou moins subtiles de pressions exercées par les parents sur l'enfant, nous devons souligner l'existence d'un nouveau concept élaboré voilà quelques années par le docteur Gardner qualifié de syndrome d'aliénation parentale[391], syndrome encore contesté par de nombreux experts[392]. Ce syndrome consisterait à dénigrer par l'un des parents le comportement de l'autre parent auprès de l'enfant de manière hostile, permanente et ouverte, et ce, sans raison valable[393]. Il s'agirait selon ces experts d'une forme d'aliénation observée dans des cas de désunion hautement conflictuels.

Ainsi, selon les experts qui soutiennent l'existence d'un tel syndrome, il existerait divers degrés dans la manifestation de ce syndrome dont l'intensité varierait de sévère à léger[394]. Le concept ou

---

[391]R. OTIS, *loc. cit.*, note 176, à page 114, l'auteur note que le concept d'aliénation parentale peut être utilisé pour qualifier la situation où rien ne montre un lien concret entre l'animosité de l'enfant à l'égard du parent haï et les comportements de ce dernier. Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section B, 2) Les besoins et la perception de l'enfant face à la désunion, p. 109.

[392]Louise DEZWIREK SAS, "Hearing Children's Testimony in Cases of Custody and Access Litigation: What Judges Needs to Know", dans INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Colloque sur le droit de la famille: la famille canadienne à la fin du millénaire-de nouveaux défis pour les juges*, Québec, du 10 au 12 février 1999 (non publié). À la page 12, l'auteure rapporte au sujet du concept du syndrome d'aliénation parentale élaboré par le docteur Gardner que "[h]is work however is highly controversial, and critics (...) argue that his theory lacks scientific validity, and reliability, (...)".

[393]Paule LAMONTAGNE, "Syndrome d'aliénation parentale. Contexte et pièges de l'interprétation", dans H. VAN GIJISEGHEM, *op.cit.*, note 228, p. 177, où l'auteure indique aux pages 179 et 180 au sujet du concept d'aliénation parentale élaboré par le docteur Gardner qu'"[i]l a développé ce concept utile et descriptif du phénomène de la résistance des enfants qu'on appelle désormais le syndrome d'aliénation parentale. L'enfant peut-être plus ou moins 'aliéné' (du latin *alius*, étranger). Il considère son parent comme un intrus qui sur le plan relationnel ne devrait plus avoir affaire à lui; il le prend ainsi pour cible de toutes ses récriminations." Consulter également M. TÉTRAULT, *loc. cit.*, note 149, p. 477; Hubert VAN GIJISEGHEM, "Le syndrome d'aliénation parentale", (2002) 218 *Revue d'action juridique et sociale*, p. 38.

[394]R. OTIS, *loc. cit.*, note 176; Anne-France GOLDWATER, "Le syndrome d'aliénation parentale", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements*

syndrome d'aliénation parentale a retenu l'attention de certains magistrats qui en ont reconnu la validité et l'existence dans certains litiges spécifiques[395]. D'autres experts ont toutefois exprimé de sérieuses réserves quant à son existence ou encore son application[396]. Notons également que ce syndrome ferait l'objet d'une certaine controverse au sein de la communauté médicale[397].

En ce qui a trait à la controverse soulevée, dans un colloque tenu à Québec par l'Institut National de la Magistrature en février 1999 sur le droit de la famille, le juge ontarien R. James Williams a apporté certaines précisions sur ce syndrome qui nous ont semblé fort éclairants que nous présenterons dans cette sous-section[398]. Dans son article, le juge Williams a défini le syndrome d'aliénation parentale à l'aide de la définition présentée par le docteur Gardner[399] qui le définit comme étant "(...) a disorder that arises primarily in the contexte of child custody disputes. Its primary manifestation is the child's campaign of denigration against a parent, a campaign that has no

---

récents en droit familial 1991, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 121. Voir également Richard A. GARDNER, *The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals*, 2e éd., Cresskill, N.J., Creative Therapeutics Inc., 1998; consulter aussi à ce sujet le site internet du docteur Gardner à l'adresse suivante:http:\\www.rgardner.com.

[395]*Droit de la famille-3331*, [1999] R.D.F. 454 (C.S.)(juge Clément Trudel) (tendance à l'aliénation parentale); *Droit de la famille-3256*, [1999] R.D.F. 394 (C.S.)(J.E. 99-670) REJB 1999-11306(juge Diane Marcelin) (règlement hors cour de l'appel incident, C.A.M. nº 500-09-007869-993) (appel rejeté C.A.M. 500-09-007869-993) (crainte d'aliénation parentale); *Droit de la famille-2550*, [1997] R.D.F. 768 (C.S.)(juge Jean-Pierre Senécal);*Droit de la famille-1717*, [1993] R.D.F. 173, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.)(J.E. 93-160)(juge Orville Frenette)(requête pour suspendre l'exécution provisoire pendant l'appel rejetée C.A.M. nº 500-09-000108-936); *Droit de la famille-1930*, [1994] R.D.F. 141(C.S.)(juge Clément Trudel); *G.(D.)* c. *R.(F.)*,(C.S.) REJB-1999-16410(juge Carol Cohen, C.S. Montréal nº 500-04-003773-950, décision du 8 novembre 1999); *M.(B.)* c. *Mo.(S.)*, (C.S.) EYB 2005-94182, (juge Brian Riordau)(aliénation parentale sévère).

[396]Carol S. BRUCH, "Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases", (2001) 35(3) *Family Law Quarterly*, 527, 531.

[397]*Ibid.*

[398]R. James WILLIAMS, "Should Courts Pass on *PAS* and *Pa*?", *op. cit.*, note 392.

[399]*Id.*, p. 2.

justification. It results from the combination of a programming (brainwashing) parent's indoctrinations and the child's owns contributions to the vilification of the target parent"[400].

Le juge Williams fait état des critiques de certains chercheurs sur ce syndrome et plus particulièrement sur la démarche du docteur Gardner qui, ayant publié des travaux sur le syndrome d'aliénation parentale, a accepté de témoigner dans de nombreuses causes. En faisant ainsi la promotion de sa théorie, ce chercheur a exercé une discrimination à l'égard des mères en les accusant 9 fois sur 10 d'être le parent aliénant. Il aurait également affirmé avoir observé ce syndrome chez un parent, et ce, sans jamais ne l'avoir rencontré[401]. Selon le juge Williams, le problème relié au syndrome d'aliénation parentale dépasserait désormais les théories du docteur Gardner puisque d'autres experts auraient eux aussi fait depuis la promotion de l'aliénation parentale en apportant toutefois quelques nuances à ce propos.

Dans son article, le juge Williams a affirmé être incapable de qualifier un parent atteint du "syndrome d'aliénation parentale" à cause du faible consensus des experts existant sur la nature du syndrome. Il soutient que "[w]e are or should be hesitant to label people as opposed to describing behaviour. (...) There is naivete in any feeling that calling behaviour a name or label is in itself a productive exercise"[402]. Le juge Williams a reconnu que la rupture des parents pouvait constituer une période difficile pour tous les membres de la famille et qu'il pouvait exister d'autres façons pour les tribunaux d'intervenir dans le litige familial que de déclarer l'un des parents atteint du syndrome

---

[400] *Id.*, p. 3.
[401] *Id.*, critiques contenues aux pages 5 à 11.
[402] *Id.*, p. 35.

d'aliénation parentale. Le juge Williams recommandait en conclusion la prudence et que "[w]e should be careful of the entrepreneur who is selling something-whether that be ideas or himself. We should distinguish or attempt to distinguish between science and social objectives. We should be vigilent as judges, in considering and applying rules of evidence. We should be open to new ideas. We should be measuredly critical of those same ideas"[403].

Suite aux commentaires émis par le juge Williams, il sera intéressant d'observer au cours des prochaines années l'intérêt que les magistrats manifesteront à l'endroit du concept ou syndrome d'aliénation parentale. Dans la prochaine sous-section, nous examinerons les autres critères reliés au témoignage de l'enfant dont ceux reliés à son âge et son discernement.

Sous-section B: L'écoute de la parole de l'enfant: une question d'âge et de discernement

Nous avons noté qu'outre les conditions relatives à l'aptitude du mineur de témoigner, l'enfant peut être entendu par le tribunal si son âge et son discernement le permettent. L'âge et le discernement de l'enfant, en regard de son droit de parole en matière de garde, constituent les principaux éléments destinés à guider le tribunal sur la pertinence d'entendre l'enfant ou non au moment du procès.

---

[403] *Id.*, p. 46.

Le législateur québécois a toutefois choisi de demeurer silencieux relativement aux modalités d'écoute de l'enfant en matière de garde. Selon certains auteurs, il ne faudrait pas s'étonner d'un tel silence puisqu'il serait justifié par la recherche du délicat équilibre entre la reconnaissance des droits du mineur et de sa protection[404]. Le législateur voit ainsi à protéger l'enfant tout en lui permettant d'exercer ses droits et conséquemment de développer une certaine autonomie. Toutefois, il nous faudra constater que l'absence de balises quant aux modalités d'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde soulèvera certains questionnements.

1) Le témoignage de l'enfant: une question d'âge

En de nombreuses occasions, le législateur québécois a eu recours au chiffrage de l'âge de l'enfant afin de déterminer les diverses étapes de sa jeune existence où l'enfant peut jouir d'une plus grande autonomie dans l'exercice de ses droits[405]. Il a déjà été proposé de convenir d'un âge limite

---

[404]Carmen LAVALLÉE, "How Best to Hear the Voice of the Child/Quelle est la meilleur façon d'entendre la voix de l'enfant", dans *op. cit.*, note 392. Aux pages 1 et 2, l'auteure précise qu'"[i]l est nécessaire d'établir un équilibre judicieux entre la reconnaissance de droits pour le mineur et les mécanismes de protection dont il a également le droit de se prévaloir. Une manière possible d'établir cet équilibre est de moduler la polarité droits et besoin de protection en fonction de l'âge de l'enfant et de son degré de développement. Le droit de l'enfant d'être entendu se prête particulièrement bien à une telle modulation. Or, si le législateur québécois a formellement reconnu le droit du mineur d'être entendu et représenté, il a laissé aux tribunaux le soin de fixer les modalités de la prise en compte de la parole de l'enfant. En effet, tous reconnaissent aujourd'hui que l'enfant a le droit de faire connaître son point de vue sur les questions qui le concernent, mais la difficulté consiste dans la mise en oeuvre de ce droit."

[405]S*upra*, note 108.

relativement à l'écoute de sa parole et que cet âge soit fixé à quatorze ans ou que pour l'enfant âgé de moins de quatorze ans, l'écoute de l'enfant soit exercée de façon indirecte au moment du procès par l'entremise d'experts destinés à rencontrer l'enfant dans le cadre de la préparation d'une expertise psychosociale reliée à sa garde[406].

Quelques arrêts de la Cour suprême du Canada avaient déjà mis en relief cette particularité bien québécoise de refuser de considérer le seul critère de l'âge afin de déterminer la possibilité pour l'enfant d'être entendu en matière de garde. En lieu et place, les tribunaux québécois ont opté pour la mise en place du critère plus souple de la capacité intellectuelle de l'enfant[407]. Il n'est donc pas étonnant que le législateur québécois ait maintenu la tendance établie par les tribunaux judiciaires et adopté une disposition législative où la notion de l'âge fut juxtaposée à celle de son discernement.

2) Le témoignage de l'enfant: une question de discernement

La maturité de l'enfant, critère autrefois retenu par les tribunaux, s'apparente fortement au critère de discernement retenu par le législateur québécois. En fait, il va de soi qu'un enfant faisant preuve de maturité, conséquemment de discernement, puisse être entendu par la Cour. Un juriste

---

[406]C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 248, p.122.

[407]*Stevenson* c. *Florant*, précité, note 17; *Marshall* c. *Fournelle*, précité, note 357. Dans ces arrêts, le tribunal avait déjà noté que l'intelligence, l'éducation et l'instruction de l'enfant constituaient des critères importants à retenir en ce qui avait trait au témoignage de l'enfant. Toutefois, dans l'affaire *V.* c. *M.*, (1967) R.P 145 (C.S.)(juge Albert Mayrand), le juge avait indiqué qu'il ne convenait pas de faire comparaître devant le tribunal les enfants âgées de 5, 6, et 7 ans. Nous constatons qu'en matière de témoignage d'enfants, une confusion a longtemps eu cours auprès des tribunaux, certains magistrats confondant entendre la préférence de l'enfant et le poids décisionnel d'une telle préférence.

énonçait à ce propos que:

> "(...) this right should be a consequence of developing maturity. The opinions of children are important. Children have expressed to me their desire to be with one or the other parent but have expressed fear of what this opinion would do to the one they did not choose."[408]

La notion de discernement constitue un critère souple dont l'appréciation est laissée à la discrétion du tribunal. Afin de mieux saisir le sens de cette notion, il nous semble intéressant de nous attarder à la définition utilisée par le législateur québécois en matière de responsabilité civile.

En matière de responsabilité civile, l'ancien article 1053 C.c.B.C. prévoyait que la personne "capable de discerner le bien du mal" pouvait être tenue responsable du dommage causé par sa faute à autrui. Cet article a été remplacé par le nouvel article 1457 C.c.Q. En vertu de ce nouvel article, le législateur fait désormais de la raison et non plus de la capacité de discerner le bien du mal une condition essentielle à la responsabilité civile de toute personne en droit civil québécois. L'ancien article 1053 C.c.B.C. déclarait que le discernement devait constituer une notion déterminante en matière de responsabilité. Selon le ministre de la Justice, le sens du nouvel article 1457 C.c.Q. s'inspirerait largement de l'ancien article 1053 C.c.B.C. même si sa formulation est aujourd'hui quelque peu différente, le changement législatif utilisé serait de simple nature terminologique[409].

---

[408]R. KRELL, *loc. cit.*, note 260, p. 182.

[409]Claude MASSE, "La responsabilité civile", dans BARREAU DU QUÉBEC. LA CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 241, à la page 257; Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 92, p. 67; Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 419.

En fait, l'analogie apportée entre les articles 1457 C.c.Q. et 1053 C.c.B.C. nous permet de considérer qu'une personne douée de raison serait capable de faire preuve de discernement en vertu de la loi et conséquemment d'être en mesure d'être entendue en matière de garde. Une question demeure entière toutefois. À compter de quel moment dans la vie l'enfant celui-ci peut-il faire preuve de la raison requise par le législateur afin de faire preuve de discernement? En matière de responsabilité civile, les tribunaux québécois ont généralement fixé l'âge de raison à sept ans au moment où l'enfant possède le discernement nécessaire afin d'engager sa responsabilité civile[410]. Les juristes précisent toutefois que cet âge n'a pourtant rien d'absolu puisque certains enfants plus jeunes ont déjà été tenus responsables de leurs actes alors que d'autres, pourtant plus âgés, se sont vus exonérés de toute responsabilité pour cause de retard intellectuel ou encore de troubles psychologiques[411].

Sous-section C: Les règles de preuve et de procédure civile en matière de témoignage

Les obstacles que l'enfant aura dû franchir afin d'obtenir une certaine crédibilité auprès du tribunal auront été nombreux. À ce propos, on a longtemps reçu le témoignage de l'enfant avec grande suspicion devant le tribunal. Son témoignage se voyait accorder peu de crédibilité, l'enfant étant considéré comme un témoin peu fiable, et ce, plus particulièrement dans les affaires d'abus sexuels.

---

[410]J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 409, n° 96, p. 69.
[411]*Ibid.*

Un auteur soulignait ce qui suit à ce propos:

> "[D]epuis le début du siècle et jusqu'en 1980, on niait aux enfants la fiabilité de leurs allégations dans les causes portées devant les tribunaux. Le célèbre précédent auquel on référait d'emblée depuis 1904 ou 1905 réside dans une affaire de meurtre qui avait eu lieu en Belgique et dont les seuls témoins étaient quelques enfants. Appelé à la barre, le psychanalyste flamand Varendock avait alors démontré sur la foi d'expérimentations mises au point pour l'occasion que le témoignage des enfants ne revêt aucune crédibilité. Le militantisme féministe a finalement eu gain de cause contre cette jurisprudence et, depuis quelques décennies, les enfants sont entendus en ce sens (...)."[412]

Une étude de l'évolution de la prise en compte du témoignage de l'enfant par les tribunaux nous permettra de mieux apprécier les règles actuelles existant en matière de garde.

1) Le témoignage de l'enfant: un rappel historique

Au début du XXe siècle, en matière criminelle surtout, le témoignage de l'enfant faisait l'objet de grandes suspicions. Le témoignage de l'enfant était soumis à une exigence stricte de corroboration afin de pouvoir être retenu par le tribunal. Pendant de nombreuses années soit, du début du XXe siècle jusqu'aux années 1980, les tribunaux ont longtemps douté de la fiabilité des allégations criminelles provenant d'enfants. Comme nous l'avons indiqué, l'attitude des tribunaux était justifiée par une célèbre cause de meurtre où un psychanalyste avait démontré au moment du procès que le

---

[412]Hubert VAN GIJISEGHEM, "Pièges et paradoxes dans le traitement sociojudiciaire de l'abus sexuel", dans Hubert VAN GIJISEGHEM (dir.), *Us et abus de la mise en mots en matière d'abus sexuel*, Montréal, Éditions du Méridien, 1999, p. 15, à la page 16; A. WERY, *loc. cit.*, note 333, à la page 9, afin de démontrer le chemin parcouru par l'enfant, le juge Wery a cité un auteur ayant écrit un article paru dans la revue du Barreau du Québec en 1944 déplorant l'inanité de l'adage populaire qui proclame que la vérité sort de la bouche des enfants.

témoignage des enfants dans cette cause n'avait aucune crédibilité[413].

Au fil des ans, l'enfant est devenu plus crédible devant les tribunaux, l'arrêt *Khan*[414] de la Cour suprême du Canada en faisant foi. Après une lente évolution, le témoignage de l'enfant a réussi à obtenir une place de plus en plus importante devant les tribunaux. Nous faisons nôtre l'opinion suivante selon laquelle:

> "(...) trop d'experts souscrivent au mythe que les enfants ne mentent pas en dépit du fait qu'il sont eux-même parents d'enfants normaux. Nous sommes loin de l'époque de Freud où les déclarations des enfants sur les abus sexuels étaient considérées comme des fantaisies d'enfant. Mais limiter ces déclarations à la possibilité de mensonge de la part de l'enfant est une erreur. Le mensonge présuppose une intention volontaire, intentionnelle et malicieuse. En réalité, peu d'enfants ont la capacité ou l'audace d'agir ainsi (...)."[415]

Bien que l'enfant soit devenu plus crédible devant les tribunaux, le témoignage de l'enfant non assermenté requiert toujours, en droit civil québécois, la corroboration d'une autre personne afin que ce témoignage puisse être retenu par le tribunal. En fait, seul le témoignage de l'enfant en mesure de rapporter les faits dont il a eu personnellement connaissance et de comprendre l'importance de devoir dire la vérité pourra être retenu par le tribunal. En droit civil québécois, un jugement ne peut être

---

[413] *Ibid.*

[414] Arrêt *Khan*, précité, note 354. La Cour suprême du Canada a reconnu dans cet arrêt une certaine crédibilité au témoignage de l'enfant, âgée de 3 ans et demi. À cause de la gravité des actes allégués et de ceux déclarés par l'enfant lors de son témoignage, la Cour suprême a estimé que la jeune enfant ne pouvait pas avoir inventé les actes subis. Rappelons que dans cet arrêt, le tribunal a accepté la mise en preuve de la déclaration extrajudiciaire de l'enfant faite à sa mère, quelques minutes après que l'enfant ait été victime d'un abus sexuel commis par son médecin.

[415] L. MORIN et C. BOISCLAIR, *loc. cit.*, note 255, 355; Hubert VAN GIJISEGHEM, "Le témoignage de l'enfant victime d'abus sexuel", dans H. VAN GIJISEGHEM, *op. cit.*, note 228, page 32.

fondé sur la foi d'un témoignage non assermenté.

2) Le témoignage de l'enfant et son serment

Au Québec, en vertu de l'article 299 du *Code de procédure civile*, nul n'est admis à déposer devant le tribunal s'il ne fait pas le serment de dire la vérité. Le second alinéa de l'article 2844 C.c.Q. ajoute que "[l]'enfant qui, de l'avis du juge, ne comprend pas la nature du serment, peut être admis à rendre témoignage sans cette formalité, si le juge estime qu'il est assez développé pour pouvoir rapporter des faits dont il a eu connaissance, et qu'il comprend le devoir de dire la vérité; toutefois, un jugement ne peut être fondé sur la foi de ce seul témoignage".

En droit civil québécois, lorsque l'enfant n'est pas en mesure de comprendre la nature du serment, la corroboration de son témoignage est alors nécessaire. Avant l'adoption de l'article 2844 C.c.Q., le témoignage de tous les enfants devait être corroboré. Aujourd'hui, seul le *Code civil du Québec* exige une telle corroboration puisque la corroboration du témoignage de l'enfant n'est plus nécessaire en matière de protection de la jeunesse[416] ou encore en matière criminelle[417].

---

[416]L'article 85.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* indique que "[l]'enfant âgé de moins de 14 ans qui, de l'avis du tribunal, ne comprend pas la nature du serment peut être admis à rendre témoignage sans cette formalité, si le tribunal est d'opinion qu'il est capable de rapporter les faits dont il a eu connaissance et qu'il comprend le devoir de dire la vérité. Il n'est pas nécessaire que ce témoignage soit corroboré."

[417]B. GRATTON et A. DRAGOMIR, *loc. cit.*, note 377, 359.

En ce qui a trait au serment, l'alinéa i) de l'article 4 du *Code de procédure civile* du Québec le définit comme "une affirmation solennelle par une personne de la vérité d'un fait ou de son témoignage". Ce changement législatif apporté voilà quelques années[418] pose certaines difficultés sur le plan de l'application et plus particulièrement, pour l'enfant, parce que le serment n'est plus une promesse faite en invoquant une croyance religieuse. Il n'est que l'obligation de dire la vérité.

Cette compréhension par l'enfant du serment, dont il est également fait mention à l'article 16(1) de la *Loi sur la preuve*[419], a fait l'objet d'une analyse fort élaborée par la juge McLachlin dans l'arrêt

---

[418]*Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, a. 171.

[419]L'article 16 de la *Loi sur la preuve* a été modifié à quelques reprises depuis l'arrêt *Khan*, précité, note 354, (L.C. 1994, c. 44, art. 91). L'article 16 prévoyait que si l'enfant ne comprenait pas la nature d'un serment, le témoignage de l'enfant pouvait être reçu si l'enfant était doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage et s'il comprenait le devoir de dire la vérité. Ce témoignage devait être corroboré. Avec les modifications apportées à l'article 16 de la *Loi sur la preuve*, un tel témoignage de l'enfant n'a plus à être corroboré. L'ancien article 16 de la *Loi sur la preuve* prévoyait que: (1) "[a]vant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de 14 ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si: a) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle; b) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage. (2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle. (3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut, malgré qu'une disposition de la loi exige le serment ou l'affirmation, témoigner en promettant de dire la vérité.(4)La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner". Notons que cette enquête sur la capacité d'un enfant de mois de 14 ans a été éliminée en vertu des modifications apportées par la *Loi modifiant le code criminel (Protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada)*, 2005, ch.32, art. 27. L'article 16.1(1) prévoit

Khan[420]. Mais puisque depuis cet arrêt, il est désormais devenu impossible en droit civil québécois d'établir la distinction entre le serment, l'affirmation solennelle et le devoir de dire la vérité, il se pourrait que seul le devoir de l'enfant de dire la vérité soit requis pour que le jugement s'appuie sur la foi de ce seul témoignage[421]. Notons toutefois que devant le tribunal, la distinction entre témoignage assermenté et témoignage non assermenté de l'enfant en bas âge demeurera quelque peu théorique puisqu'il est très rare que la garde d'un enfant soit décidée sur la foi du seul témoignage de l'enfant[422].

3) Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant

En vertu du premier alinéa de l'article 2843 du *Code civil du Québec*, le témoignage est "la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis". Le second alinéa de ce même article indique qu'"[i]l doit, pour faire preuve, être contenu dans une déposition faite à l'instance, sauf du consentement des parties ou dans les cas prévus par la loi".

---

que:"[t]oute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner". (6) "Avant de recevoir le témoignage, le tribunal fait promettre au témoin de dire la vérité". Voir BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire, Projet de loi C-20 (2003), Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, Montréal, août 2003. Ce mémoire peut être consulté sur le site internet du "Barreau du Québec" à l'adresse ci-après: http://www. barreau.qc.ca/opinions/memoires/2003/c20.pdf.

[420]Arrêt *Khan*, précité, note 354.

[421]Rhonda BESSNER, *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, document de référence présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada, 2002-FCY-1F. À la page 102 de ce document de recherche, l'auteure propose que le serment soit aboli à cause, entre autres raisons, de la laïcisation de la société actuelle. Ce document peut être consulté sur le site internet du "ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après: http: //www.canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/2002-fcy-1.html.

[422]A. WERY, *loc. cit.*, note 333, p. 10.

Nous avons souligné que seuls certains enfants, aux prises avec la rupture de leurs parents, pouvaient être appelés à témoigner devant le tribunal quant à leur garde. Dans certains cas, il est possible que des déclarations faites par l'enfant soient mises en preuve au moment du procès afin d'éclairer le tribunal sur l'intérêt supérieur de l'enfant et du choix des modalités de garde à établir. Les déclarations faites par l'enfant à de tierces personnes pourront être mises en preuve selon certaines règles précises sans que l'enfant n'ait à témoigner devant le tribunal.

Bien que le législateur québécois soit très strict en matière de déclarations extrajudiciaires devant les tribunaux et ait déjà décidé de codifier ses propres exceptions sur le sujet[423], tout comme en discutent certains auteurs[424], il existe certaines exceptions qui permettront la mise en preuve de telles déclarations[425]. Dans les provinces canadiennes, les tribunaux ont reconnu deux conditions générales de recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire, soit la nécessité et la fiabilité[426], principes

---

[423] Il s'agit des articles 2869 et suivants du *Code civil du Québec*. À titre d'exemple, notons l'article 2871 C.c.Q.: "Lorsqu'une personne comparaît comme témoin, ses déclarations antérieures sur des faits au sujet desquels elle peut légalement déposer peuvent être admises à titre de témoignage, si elles présentent des garanties sufisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier".

[424] Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 367; consulter également à ce sujet Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*. 3e éd., Cowansville, Éditions Yvons Blais, 2003, p. 492.

[425] L. DUCHARME, *op. cit.*, note 424, p. 367. L'auteur indique qu'"[i]l ne fait aucun doute que, en vertu du droit antérieur, les principales exceptions à l'interdiction de la preuve par ouï-dire étaient non codifiées. Même si la Cour d'appel s'est prononcée contre l'existence de telles exceptions, exigeant dans tous les cas un texte précis pour admettre une exception, cette position a été désavouée par la Cour suprême dans l'arrêt *Royal Victoria Hospital* c. *Morrow* [[1974] R.C.S. 501]. Depuis cet arrêt, la Cour suprême a déclaré les exceptions du droit anglais applicables à titre supplétif en droit québécois, dans la mesure où il n'y a pas de disposition expresse à cet égard ou incompatibilité avec une règle expresse".

[426] *Royal Victoria Hospital* c. *Morrow*, précité, note 425.

abondamment traités par de nombreux juristes[427]. Examinons de plus près dans la prochaine sous-section, l'expression des souhaits et des désirs de l'enfant lors de son témoignage et interrogatoire devant le tribunal.

Comme l'ont soutenu de nombreux juristes, le droit d'être entendu devrait sous-tendre le droit d'être représenté par avocat[428]. Mais en est-il réellement ainsi devant les tribunaux? Nous avons constaté que la demande de nomination d'un procureur à l'enfant peut être rejetée en certaines occasions par le tribunal. Ce rejet peut être justifié en vertu de l'âge et la maturité de l'enfant ou encore, comme nous aurons l'occasion d'y revenir, par l'absence de nécessité de nommer un tel avocat. La demande de nomination d'un procureur à l'enfant par ordonnance du tribunal ou à la demande d'un parent diffère largement de l'intervention directe de l'enfant dans le litige judiciaire de ses parents[429], la nature du mandat du procureur de l'enfant ayant longtemps été reliée à son mode de nomination, comme nous l'observerons plus en détail au cours de la prochaine sous-section[430].

---

[427]J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 424, p. 529.

[428]Johanne DOUCET, "La représentation des enfants en matière familiale", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC., *Droit et enfant*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1990, pp. 103, 106; Catherine ROSS, "From Vulnerability to Voice: Appointing Counsel for Children in Civil Litigation", (1996) 64(4) *Fordham Law Review* 1571; S. SCHIRM et P. VALLANT, *loc. cit.*, note 378, p. 198. Cet argument sera plus amplement développé dans la prochaine section; voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section C, 1) Le bien-fondé de la représentation de l'enfant par un avocat, p. 278.

[429]*Droit de la famille-3256*, précitée, note 395. Dans cette décision, le procureur d'un enfant âgé de 11 ans avait demandé la réouverture d'une enquête afin que l'enfant puisse être entendu par la Cour. La Cour supérieure a accepté la demande de réouverture d'enquête. Cette décision de la Cour supérieure a été portée en appel et la Cour d'appel a accepté que l'enquête soit rouverte afin de procéder à la nomination d'un procureur à l'enfant.

[430]*Droit de la famille-2224*, précitée, note 367.

Sous-section D: Les souhaits de l'enfant et son interrogatoire

L'écoute de la parole de l'enfant, l'expression de son désir ou de ses souhaits et la détermination de son intérêt supérieur, constituent d'importants éléments que le tribunal doit considérer en matière familiale au moment du choix du parent gardien. Ces composantes demeurent intimement liées entre elles. Lors de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut être appelé à considérer les souhaits formulés par l'enfant afin de déterminer l'intérêt de ce dernier[431]. Il est reconnu tant dans les provinces canadiennes de common law[432] qu'en droit civil québécois[433] que plus l'enfant avance en

---

[431]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section II, Sous-section B, 2) L'intérêt de l'enfant et son désir, p. 76.

[432]Consulter *Alexander* c. *Alexander*, (1988)15 R.F.L. (3d) 363 (B.C.C.A.)(juges Macdonald, Hutcheon, Locke)(en appel de la décision du juge Boyle) où les désirs d'un enfant âgé de 14 ans furent respectés; consulter également *House* c. *Tunney (House)*, (1992) 35 R.F.L. (3d) 68 (Sask.Q.B.)(juge Cartier). Voir aussi *Boukema* c. *Boukema*, (1998) 31 R.F.L (4th) 329 (Ont. Gen. Div.) et raisons additionnelles dans (December 19, 1997), Doc. 94 ND 212384 (Ont. Gen.Div.)(juge E. Macdonald); *Demeter* c. *Demeter*, (1996) 21 R.F.L. (4th) 54, 133 D.L.R. (4th) 746 (Ont. Gen. Div.)(juge Speyer).

[433]*J.L.* c. *S.L -S.*, [2002] R.D.F. 69 (C.S.) (J.E. 2002-89) (juge Johanne Trudel). Dans sa décision, la juge Trudel rappelle que l'opinion de l'enfant est l'un des critères à considérer quant à sa garde, que le désir d'un enfant âgé de 12 ans sera déterminant alors que celui d'un enfant âgé de 8 à 11 ans sera fortement considéré par le tribunal. Dans ce cas-ci, le tribunal indique que le désir d'un enfant qui sera âgé de 10 ans lorsque la requête du père sera entendue est important. Le tribunal ajoute qu'il s'agisse du témoignage de l'enfant devant le tribunal, de l'expression de son désir par la voie d'une expertise psychosociale ou d'un procureur, le désir de l'enfant est un élément important à considérer au moment du procès. Pour cette raison, la juge rejette la requête en irrecevabilité de la mère en opposition à la requête du père ayant trait à la garde de l'enfant. *S.D.* c. *E.L.*, [2002] R.D.F. 919 (C.S.)(J.E. 2002-1740)(juge Benoit Moulin). Dans le cas soumis au tribunal dans lequel le deuxième conjoint d'une mère décédée demandait la garde d'un enfant âgé de 12 ans qui souhaitait demeurer avec celui-ci, le tribunal a réitéré, à la page 921 de son jugement, le principe selon lequel "[l]e Tribunal n'est pas lié par l'opinion de l'enfant mais, dans ce cas-ci, il s'agit d'un facteur important, d'autant plus qu'il converge avec d'autres considérés précédemment (capacité parentale de M.D...,

âge, plus ses souhaits et ses désirs seront pris en considération par le tribunal même si le tribunal n'est jamais lié par le désir de l'enfant et que les souhaits d'un enfant ne constituent jamais un motif suffisant pour attribuer la garde de l'enfant à l'un ou à l'autre des parents. Dans l'arrêt *Wakaluk*, le juge dissident Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan avait d'ailleurs exprimé l'opinion suivante à propos des souhaits et des préférences de l'enfant:

> "I now turn briefly to another ground of appeal stressed by the appellant: that the learned trial judge was wrong in refusing to hear the children testify as to their wishes and preferences.(...) To call the child as a witness and ask direct questions to establish his preferences is a procedure that should be discouraged. It is generally, but not always, inappropriate. In the present case the learned trial judge was right, in my respectful view, to decline to hear the children as witnesses, even though they were represented by independant counsel. (...) Even if the wishes of a child are obtained there remains to decide what significance should be attached to those wishes. It must be remembered that the purpose of obtaining those wishes is not to give effect to them but to put the judge in a better position to decide what is in the best interest of the child."[434]

Bien que les droits de l'enfant aient évolué depuis cet arrêt, le témoignage de l'enfant demeure encore considéré avec circonspection dans certaines circonstances par le tribunal et son bien-fondé fait encore l'objet de certaines dissensions auprès des juges.

---

continuité et stabilité du milieu de vie, désstabilisation de l'enfant en cas de déménagement."
[434] *Wakaluk* c. *Wakaluk*, précité, note 157, 304, 305.

De nombreux auteurs et juges ont souligné l'importance d'accorder un certain poids aux souhaits formulés par l'enfant, surtout lorsque son âge et son discernement le requièrent. Ainsi, un juriste a affirmé au sujet du droit des provinces canadiennes de common law que "[a]lthough a child's wishes are not necessarily determinative of custody, there comes a point when a near-adult years a child, capable or responsable thought, must be deemed to be able to settle his or her own future (...)", cet auteur ajoutant toutefois que "[t]he views of the child in a custody dispute were given no weight where it was clear that they had not been arrived at independently (...) The wishes of the children is not the basis upon which a custody award to either parent should be made. The test is the welfare and best interests of the children (...)"[435]. Dans la prochaine sous-section, nous observerons plus en détail l'expression des souhaits et des désirs de l'enfant en matière de garde.

---

[435]James MACDONALD et Ann WILTON, *The 2001 Annotated Divorce Act*, Scarborough, Carswell, 2000, p. 403.

1) L'enfant et ses souhaits

Les tribunaux ont indiqué que l'enfant qui approchait l'âge de la majorité était plus en mesure de décider de son avenir et que vers cet âge, il était plus probable que l'enfant émette une opinion raisonnable relativement à sa garde[436]. Certains tribunaux rappellent que les désirs d'un adolescent devront toujours être considérés avec grande attention en matière de garde alors que les souhaits et les désirs d'un enfant moins âgés ne le seront moins[437]. Les souhaits et les désirs d'un enfant en bas

---

[436] *Droit de la famille-1883*, [1993] R.J.Q. 2709, 2711 (C.A.)(J.E. 93-1842)(juges Melvin L. Rothman, Rousseau-Houle et Delisle)(en appel de la décision du juge Paul Martineau, C.S. Hull 550-04-00409-026, décision du 7 décembre 1992). Dans cette décision, le tribunal a indiqué, au sujet du témoignage d'une enfant âgée de 11 ans, que "[l]e choix de l'enfant n'est certes pas un facteur exclusif de détermination de son gardien. Il s'agit cependant, d'un critère important, surtout lorsque ce choix est exprimé, comme dans le présent cas, par une enfant bien articulée, dont tous les témoins vantent les qualités intellectuelles, et qu'il n'est pas capricieux". Dans la cause *B.(D.)* c. *H.(J.-M.)*, (C.A.) REJB 2003-47686 (juges Michel Proulx, André Rochon et Pierrette Rayle, C.A.M. nº 500-09-013236-039, décision du 22 septembre 2003)(en appel de la décision du juge Maurice Laramé, C.S. Hull nº 550-04-003979-982, décision du 18 février 2003) (requête en rectification de jugement accueillie en partie le 15 janvier 2004). Dans cet arrêt, le tribunal a souligné qu'à moins de circonstances particulières, il faut respecter l'opinion du fils, âgé dans ce cas-ci de 17 ans qui, en raison de son âge et de l'absence de changement de sa situation, désirait demeurer avec sa mère plutôt qu'avec son père. Voir également *A.T.L.* c. *C.D.*, [2001] R.D.F. 487 (C.S.)(J.E. 2001-1255)(juge Luc Lefebvre).

[437] *J.L.* c. *S.L.-S.*, [2002] R.D.F. 69(C.S.)(J.E. 2002-89)(juge Johanne Trudel). Dans ce litige, le tribunal a rejeté la requête en irrecevabilité de la mère qui s'opposait à ce que le tribunal soit saisi d'une requête en modification de garde d'enfant du père. Le tribunal a indiqué que, dans la requête initiale, l'enfant n'avait pas été entendu si ce n'est à l'époque que par la transmission de ce désir par le témoignage de chacun des parents. Dans le cas en litige, l'enfant sera âgé de 10 ans révolus au moment de l'audition de la requête du père. De plus, le tribunal rappelle que le désir d'un enfant âgé de 12 ans est largement déterminant et que celui d'un enfant âgé entre 8 à 11 ans est à considérer fortement par le tribunal. Le tribunal ajoute que le témoignage de l'enfant ou encore l'expression de son désir par la voie d'une expertise ou d'un procureur constituera un élément important à considérer pour le tribunal et pour ces motifs, rejette la requête en irrecevabilité de la mère. Voir également à ce sujet les commentaires de Michel TÉTRAULT, *op. cit.*, note 133, p. 38 où l'auteur résume la position prévalant devant les tribunaux québécois en matière de garde. En ce qui a trait aux souhaits et désirs

âge toutefois ne seront jamais déterminants dans le choix du parent gardien. Dans un arrêt de la Cour d'appel du Québec[438], des enfants âgés de 11 et 13 avaient exprimé le désir de demeurer avec leur père. Le tribunal de première instance avait confié à garde des enfants à la mère qui demeurait depuis quelques années en Suisse alors que la garde des enfants était à l'époque exercée par le père. La Cour d'appel conclut que même si la volonté des enfants ne constituait pas un facteur déterminant en matière de garde, ce désir avait un poids non négligeable vu l'âge des enfants. Compte tenu des faits en l'instance, le tribunal confia la garde des enfants au père. Dans un autre litige soumis à la Cour supérieure du Québec[439], la juge Johanne Trudel a également retenu l'opinion des enfants âgés de 8 et 11 ans qui, représentés par un avocat, désiraient voir leur mère plus souvent. Dans une décision judiciaire antérieure, la garde de ces enfants avait été confiée au père. Le tribunal conclut que le désir des enfants constituait un changement important que le tribunal devait considérer devant permettre de déterminer à nouveau l'intérêt des enfants. Dans le cas soumis, compte tenu des faits en litige, le tribunal ordonna la garde partagée des enfants.

Les souhaits et les désirs de l'enfant ne constituent en fait que l'un des nombreux éléments que le tribunal doit considérer au moment de statuer sur la garde de l'enfant. Nous citons à ce propos les commentaires d'un juriste de common law qui soulignait que:

---

d'enfants, l'auteur rappelle que ceux des enfants âgés de 0 à 6 ans sont considérés comme un élément peu important par le tribunal, ceux des enfants âgés de 6 à 12 ans prennent plus ou moins d'importance en fonction du degré de compréhension de l'enfant alors que les désirs des enfants âgés de plus de 12 ans constituent un critère déterminant dans la décision du tribunal.

[438] *A.Z.* c. *S.O.*, [2004] R.D.F. 221(C.A.)REJB 2004-54538(juges Rothman, Thibault et Rochon) (en appel de la décision de la juge Louise Moreau, *S.O.* c. *A. Z.*, [2003] R.D.F. 980 (C.S.)(J.E. 2003-2245)REJB 2003-51075.

[439] *N.C.* c. *A.S.B.*, [2004] R.D.F. 186 (C.S.)(J.E. 2004-282)(juge Johanne Trudel).

> "Les voeux et préférences de l'enfant sont un élément dont les juges doivent obligatoirement prendre en compte depuis les années soixante-dix. En effet, les lois de tous les ressorts de common law prévoient que les voeux et préférences de l'enfant sont un élément inclus dans la définition même de l'intérêt supérieur de l'enfant. Les voeux et préférences de l'enfant ne sont toutefois qu'un élément parmi d'autres que le tribunal doit considérer. Le poids accordé aux préférences de l'enfant variera en fonction de sa maturité, de son âge et de ses besoins. Il est généralement reconnu qu'il sera difficile d'imposer à un adolescent de vivre contre son gré avec le parent avec lequel il ne s'entend pas; aussi, certains états américains prévoient qu'un adolescent âgé de 14 ans et plus peut habiter chez le parent de son choix à moins que ce parent ne représente un risque pour son développement physique, psychologique ou moral."[440]

De façon plus précise, les tribunaux conviendront que les souhaits d'un adolescent âgé de 16 ans ont davantage de chances de correspondre à son intérêt supérieur, alors que ceux d'un enfant en bas âge en ont moins, ce qui explique la tendance des tribunaux à respecter davantage les souhaits et les désirs d'un enfant plus âgé. L'âge de l'enfant demeure donc un facteur essentiel à prendre en compte lorsque l'enfant fait connaître sa volonté sur sa garde[441].

---

[440]Donald POIRIER, *La famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 98; voir également Julien D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4e éd., Scarborough, Carswell, 1996 où, aux pages 396 et 397, l'auteur souligne que "[w]ith respect to custody and access proceedings, statutes in several provinces expressly acknowledge that the wishes of the child are a relevant fact to be considered in determining the 'best interests of the child'. Although there is no explicit provision in the *Divorce Act* to similar effect, judicial practice has long acknowledged the relevance of an older child's wishes and preferences in contested custody and access proceedings arising on or after divorce."

[441]Les législateurs provinciaux et fédéral n'ont établi aucun âge précis à partir duquel l'enfant pouvait être entendu quant à ses souhaits et désirs, position qui prévaut également dans d'autres pays occidentaux. Le projet de loi C-22 du gouvernement fédéral qui était appelé à modifier la *Loi sur le divorce* de 1985 proposait que le point de vue et les préférences de l'enfant soient considérés au moment de déterminer l'intérêt de ce dernier dans la mesure où ces point de vue et préférences pouvaient être raisonnablement déterminés. La loi actuelle sur le divorce ne fait mention, à son article 16(8), que de la nécessité de ne tenir compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale de sa situation, sans préciser l'importance de considérer son point de vue et ses préférences sur le sujet. L'article 34 du *Code civil du Québec* est plus incisif en prévoyant, de façon concrète, le droit de l'enfant à être entendu dans toute demande

Dans les provinces canadiennes de common law, l'écoute de la parole de l'enfant est intimement liée à son intérêt supérieur[442]. C'est d'ailleurs lorsque le tribunal doit décider de l'intérêt supérieur de l'enfant que son opinion peut être prise en considération par le tribunal[443].

---

mettant en jeu son intérêt. Les auteurs du mémoire du Barreau du Québec relatif au projet de loi fédéral C-22 considéraient que l'article 34 du *Code civil du Québec* était plus susceptible de faire ressortir les souhaits et les préférences de l'enfant que le sous-paragraphe f de l'article 16.2(2) du projet de loi C-22 qui incorporait seulement la prise en compte du point de vue de l'enfant et de ses préférences au moment de déterminer son intérêt; voir à ce sujet BARREAU DU QUÉBEC BARREAU DU QUÉBEC, (Mémoire), *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence (P.L. C-22)*, Montréal, août 2003, p. 9. Ce mémoire peut être consulté sur le site internet du Barreau du Québec à l'adresse ci-après: http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/2003/c22.pdf.

[442]Entre autres dispositions législatives relatives aux souhaits et aux désirs de l'enfant et à la considération de l'intérêt de ce dernier au moment du choix de son parent gardien ou des droits de visite du parent non gardien, notons l'article 24.1 b) du *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979 c. 121, 1996, c. 128 qui prévoit que le point de vue de l'enfant doit être considéré par le juge lorsqu'il y a lieu. En Saskatchewan, l'article 8 (a) (vii) de la *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, précitée, note 182, indique que les voeux de l'enfant peuvent être pris en considération au moment de déterminer son intérêt compte tenu de l'âge de l'enfant et de sa maturité. En Ontario, en vertu de l'article 24 (2)b) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, note 160, le point de vue et les préférences de l'enfant, s'ils peuvent être raisonnablement déterminés, doivent être considérés au moment d'établir l'intérêt véritable de l'enfant. Précisons que l'article 64 (2) de cette loi prévoit que le tribunal peut s'entretenir avec l'enfant pour établir son point de vue et ses préférences. L'article 129(2) de la *Loi sur les services à la famille*, précitée, note 182, fait état de la prise en compte des vues et des préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître au moment de déterminer l'intérêt de l'enfant. En vertu de l'article 31(2)(b) du *Children's Law Act*, précité, note 182, de la Nouvelle-Écosse, le point de vue et les préférences de l'enfant peuvent être considérés s'ils peuvent être raisonnablement déterminés. Également, selon l'article 8(1) du *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1988, c. 33, le tribunal tient compte du point de vue et des préférences de l'enfant lorsque possible au moment de déterminer l'intérêt de celui-ci. Au Yukon, la *Loi sur l'enfance*, précitée, note 182, prévoit à son article 30 (1) (iii) b) que l'opinion de l'enfant et ses préférences peuvent être considérées si elles peuvent être raisonnablement déterminées. Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section II, Sous-section B: L'enfant et son intérêt, p. 70.

[443]*Wakaluk* c. *Wakaluk*, précité, note 157 où le juge Bayda, dans son opinion dissidente, avait énoncé, aux pages 304 et 305, que "[e]ven if the wishes of a child are obtained there remains to decide what significance should be attached to those wishes. It must be remembered that the purpose of obtaining those wishes is not to give effect to them but to put the juge in a better position to decide what is in the best interest of the child."; *E.G.(L.)* c. *G.(A.)*, 2002 BCSC 1455 (CanLII)(juge Martinson); *Huber* c. *Huber*. 2003 SKQB 329(CanLII)(juge Dawson).

2) L'enfant et son interrogatoire

Lors du témoignage de l'enfant devant le tribunal, la plupart des provinces canadiennes de common law assurent la confidentialité des débats mettant en cause la garde des enfants. Dans la plupart des cas, le tribunal s'assure que les informations transmises dans le cadre de ces procédures judiciaires demeureront confidentielles.

Aussi, tant dans les provinces canadiennes de common law qu'en droit civil québécois, il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition législative précise sur la façon dont les procureurs et les magistrats doivent interroger l'enfant devant le tribunal. Nous savons que le témoignage de l'enfant qui, rappelons-le, a longtemps éveillé la méfiance des juges, laisse encore certains juristes perplexes[444].

L'enfant témoin, nous l'avons souligné, est nettement différent de tous les autres témoins et, selon certains experts, les théories freudiennes sur les abus sexuels auraient largement contribué à agir différemment envers l'enfant que l'adulte. La faute en serait également imputable au nombre élevé de fausses déclarations d'abus sexuel formulées durant des procès de garde. Le nombre élevé de ces déclarations aurait incité plusieurs juristes et magistrats à douter de la crédibilité du témoignage de l'enfant. Il est vrai que certains enfants, en manque de sensations fortes, manipulateurs, effrayés par le processus judiciaire ou encore poussés par l'un de leurs parents, ont déjà porté de fausses accusations contre l'autre parent.

---

[444]L. DEZWIREK SAS, *loc. cit.*, note 392, p. 5.

À titre d'explication, certains experts soulignent que l'enfant aurait été subtilement encouragé par l'un de ses parents à témoigner contre l'autre. Les fausses déclarations d'abus sexuel pourraient avoir été prononcées par des enfants désireux de se venger du parent accusé, ce parent ayant pu avoir quitté le domicile conjugal, par exemple, et soulevé la colère de l'autre parent. Les faux témoignages de ces enfant auraient pu avoir été justifiés par des enfants désireux d'éliminer de leur vie le nouveau conjoint de leur parent[445]. Malgré ces incidents déplorables, des recherches effectuées sur la crédibilité de l'enfant ont permis de conclure que les enfant peuvent néanmoins constituer des témoins fiables. Toutefois, pour que le témoignage de l'enfant soit valable, l'interrogatoire de l'enfant doit prendre en compte l'âge de l'enfant ainsi que ses capacités à rapporter les faits dont il a été témoin. Nous soulignerons qu'en matière d'interrogatoire d'enfant devant le tribunal, nous avons noté une certaine réticence à entendre directement l'enfant par le tribunal. Ainsi, l'auteure Louise Dezwirek Sas indiquait à ce propos que:

> "The practice of routinely bringing children into court to testify about familial matters is causing many child experts to react with great concern. First of all, the assumption that a child witness, who is the focus of a custody access dispute, will be able to provide the court with an untainted description of the parental conflict on the witness stand may be wishful thinking. Research into factors affecting children's suggestibility, their memory for events, and their accuracy have found that, like adults, there are many situational and personal characteristics which can influence the quality and completeness of their testimony. Secondly, the belief that a child will not be psychologically harmed by having to come to court and testify against a parent, is simply not consistent with clinical findings, nor with the recent research on child witnesses and children of divorce."[446]

---

[445]H. VAN GIJISEGHEM, *loc. cit.*, note 415.
[446]L. DEZWIREK SAS, *loc. cit.*, note 392, p. 5.

Qui plus est, il a été mentionné que les techniques d'interrogatoire laisseraient encore beaucoup à désirer. Une récente étude canadienne a démontré que les procureurs et magistrats comprennent encore fort mal les différentes étapes du développement de l'enfant, ce qui générerait, dans de nombreux cas, des malentendus importants au sujet de l'écoute de la parole de l'enfant et l'expression de son désir[447]. Il a toutefois été démontré que les enfants peuvent se révéler des témoins fiables si les personnes appelées à les interroger sont adéquatement formées et possèdent les connaissances appropriées selon leur développement. Pour cela, les interviewers doivent maîtriser certaines connaissances de base relativement au développement de l'enfant et faire certaines distinctions en fonction des divers groupes d'âge auquel l'enfant interrogé appartient. Nous reviendrons sur ces particularités dans la prochaine sous-section.

3) Un langage différent, une compréhension différente

L'enfant possède un langage différent de celui de l'adulte. Puisque l'enfant est, de par sa nature, très influençable, l'enfant peut adapter son témoignage aux attentes de l'adulte. Toutefois, l'enfant, adéquatement interrogé, peut se révéler un témoin fiable. Une étude menée par des chercheurs canadiens a démontré dans un premier temps que l'enfant, et plus particulièrement l'enfant en bas âge, parvenait difficilement à distinguer les temps verbaux[448]. Cette difficulté rendrait la compréhension de certaines questions posées fort difficile. Il va sans dire que si l'enfant ne comprend pas bien la question posée par l'avocat ou le magistrat, l'enfant peut fournir une réponse erronée.

---

[447]J.P. SCHUMAN, N. BALA et K. LEE, *loc. cit.*, note 246.
[448]*Ibid.*

Les auteurs de cette même recherche ont regroupé en quatre groupes d'âge les enfants interrogés. Le premier était composé des enfants nouveau-nés et d'enfants âgés de 2 ans, le deuxième, d'enfants âgés de 3 à 6 ans, le troisième, des enfants âgés de 7 à 10 ans et finalement, le quatrième, d'enfants âgés de 11 à 18 ans. Les résultats de cette étude ont révélé que les avocats et magistrats qui avaient interrogé les enfants n'avaient utilisé que très rarement les références adaptées à leur groupe d'âge. Ainsi, comme nous l'avons déjà souligné, le langage de l'enfant doit être interprété en tenant compte de son degré d'évolution. Les chercheurs ont montré que chez certains juges et avocats, la compréhension du développement du langage de l'enfant était insuffisante.

Les résultats de cette étude ont aussi révélé que l'enfant éprouvait une certaine difficulté à se souvenir d'événements passés et à comprendre les événements futurs et qu'il fallait utiliser le vocabulaire approprié en fonction du développement de l'enfant pour être bien compris par l'enfant[449]. À titre d'exemple de résultats des recherches effectuées, il a été démontré qu'un enfant aussi jeune que quatre ans pouvait être en mesure d'offrir un témoignage valable et fiable lorsque l'enfant était interrogé de façon appropriée pour son jeune âge[450]. Il a également été démontré que l'enfant qui ne comprenait pas le sens d'une question posée hésitait fréquemment à demander des clarifications auprès de l'adulte; par conséquent, sa réponse peut être erronée[451]. L'enfant cherche à obtenir l'approbation de l'adulte et pour lui plaire, il refuse bien souvent de lui demander certaines clarifications. Les résultats de ces recherches nous semblent très révélateurs en matière

---

[449] *Id.*, 265.
[450] *Id.*, 260. Les auteurs soulignent que: "(...) it remains true that children of this age can clearly provide reliable evidence as long as they are questioned in a manner sensitive to their level of development and they have not been subjected to suggestive interviews."
[451] *Id.*, 256.

d'interrogatoire d'enfants et nous invitent à souligner l'importance pour les magistrats et les procureurs d'être conscients de ces difficultés et d'être capables de s'adapter aux divers niveaux de langage de l'enfant.

D'autres recherches en matière d'agression sexuelle pourront également se révéler intéressantes en matière d'interrogatoire d'enfant dans les procédures judiciaires reliées à sa garde. À ce propos, une psychologue américaine, Kathleen Sternberg, a mis au point voilà quelques années avec son conjoint Michael Lamb, également psychologue, une méthode d'entrevue visant à faciliter le témoignage d'enfants dans les causes d'agressions sexuelles; ces psychologues avaient été invités à Montréal par le professeur John Wright de l'Université de Montréal dans le cadre d'un colloque organisé par l'Association des centres jeunesse du Québec, afin de faire part des résultats de leurs recherche[452].

Également, dans le cadre de la Conférence du Bureau international des droits des enfants tenue récemment à Montréal, la directrice du Child Witness Project de la London Family Court clinic, madame Pamela Hurley, rappelait l'importance pour les adultes appelés à écouter la parole de l'enfant de détenir les connaissances requises afin de savoir comment s'adresser à celui-ci, soulignant que sa participation involontaire au système judiciaire pouvait engendrer chez lui un certain stress au moment du témoignage[453]. À titre d'exemple de particularité du langage de l'enfant, madame

---

[452]André PRATTE, "'Un véritable numéro de jongleur' Une psychologue américaine explique comment interroger une jeune victime d'agression sexuelle", dans *La Presse*, Montréal, le 21 septembre 1999, p. A. 8.
[453]Me Alain VALLIÈRE, "Quinze ans plus tard... triste constat", dans *Le Journal du Barreau*, Montréal, le 15 janvier 2005, p. 17.

Hurley notait que si le vocabulaire utilisé par les adultes lors de leur questionnement pouvait lui sembler inconnu, l'enfant qui n'aurait pas saisi le sens des questions posées pourrait ne pas sembler crédible dans la formulation de la réponse proposée et voir sa participation considérée comme inutile[454].

Les magistrats, les juristes et les procureurs auront avantage à approfondir ces questions afin d'être mieux informés sur le développement de l'enfant et les façons de respecter celui-ci lors de son interrogatoire devant le tribunal[455], l'objectif d'un tel interrogatoire étant toujours d'obtenir un témoignage fiable de l'enfant, exercé dans l'intérêt de ce dernier.

Soulignons également à titre d'efforts déployés par les législateurs les modifications apportées au *Code criminel* ainsi qu'à la *Loi sur la preuve* du Canada qui prévoient désormais l'usage de la vidéo dans le but de garantir une preuve efficace au moment du procès et d'éviter les traumatismes

---

[454]Pamela HURLEY, "Children Witnesses in Canada, Where We've Been, Where We're Going. Children Witness Project", document préparé pour le Child Witness Project, Center for Children and Families in the Justice System, London Family Court Clinic, London, mai 2002, voir également P. HURLEY, L. STEVEN & K. SCARTH, "Children as Witnesses: Helping Young People give their Evidence in Court, Helping Courts Hear the Evidence of Children", préparé pour le Child Witness Project, Center for Children and Families in the Justice System, London Family Court Clinic, London, mai 2002. Ces documents peuvent être consultés sur le site internet de la "London Family Court Clinic" à l'adresse suivante: http://www.fcc.on.ca. Sur le même sujet, consulter les lignes directrices établies par le Bureau international des droits de l'enfant, publiées dans le document intitulé "Lignes directrices en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels", janvier 2003 qui peuvent être consultées sur le site internet du "Bureau international des droits de l'enfant" à l'adresse ci-après: http://www.ibrc.org.

[455]J.P. SCHUMAN, N. BALA et K. LEE, *loc. cit.*, note 246, 304. Les auteurs recommandent que: "[a]ll of those involved in the process of questioning children need to be educated as to how to ask children appropriate questions. Judges and lawyers need education about the fondamental principles of child development and how a child's stage of development affects the capacity to understand and respond to questions. They should have the opportunity to practice questioning children."

à l'enfant. L'usage de la vidéo pourrait même favoriser le témoignage de l'enfant devant le tribunal si celui-ci n'avait qu'à corroborer au moment du procès la véracité du témoignage capté sur enregistrement vidéo. En matière familiale toutefois, un tel enregistrement vidéo pourrait se révéler moins utile compte tenu de la possibilité pour l'enfant de rencontrer seul à seul le juge hors la présence des parents, rencontre qui retiendra particulièrement notre attention dans la prochaine sous-section.

Sous-section E: Le juge et l'enfant

L'interrogatoire de l'enfant devant le tribunal soulève de nombreuses questions et plus particulièrement lorsque l'enfant est appelé à rencontrer le juge seul dans son bureau. Il a ainsi été soulevé que le fait pour le juge d'interroger l'enfant seul dans son bureau pourrait exacerber les parties, envenimer le litige judiciaire des parents et rendre la position de l'enfant encore plus précaire au sein de son unité familiale en voie de restructuration[456]. Le juge peut exercer son pouvoir discrétionnaire de rencontrer l'enfant seul ou non[457]. Certains juges apprécient cette façon de faire, d'autres non[458]. Il convient d'examiner les positions en présence.

---

[456]L. DEZWIREK SAS, *loc. cit.*, note 392, p. 22.

[457]*Droit de la famille-2785*, précité, note 379; *Wakaluk* c. *Wakaluk*, précité, note 157; *Fiorellino* c. *Fiorellino*, (1996) 18 R.F.L. (4th) 301(juge B. Wright); *Demeter* c. *Demeter*, précitée, note 432; *E.G.(L.)* c. *G.(A.)*, précitée, note 443, au paragraphe 59 de sa décision, la juge souligne que "there have been major cutbacks to the legal aid services available to children. (...) The effect of these cutbacks may be to deny access to justice to families and to deny children the individual justice to which they are entitled. It would be unfortunate if the courts find themselves in the position where judges are resorting to a judge interview because it is the only option available, rather than because it is the method that is in the best interests of the child whose future is at stake."

[458]*Infra*, note 468 et note 469.

1) La rencontre individuelle entre le juge et l'enfant

L'enfant étant un être vulnérable, il a été recommandé que le témoignage de l'enfant devant le juge ne puisse avoir lieu qu'en des circonstances tout à fait exceptionnelles[459]. Une auteure soulignait à ce propos que même si "[l]es enjeux de la question sont à la fois d'ordre juridique, psychologique et sociologique", il est important que "[l]'enfant (soit) au centre des débats qui le concernent (...). Mais pas au centre d'une machine qui le broie"[460]. L'audition de l'enfant au moment du procès a lieu, dans la plupart des cas, de façon informelle. Elle peut également avoir lieu de manière plus fréquente dans certains litiges reliés à l'enlèvement international d'enfants. Dans ces cas aussi, le juge peut être appelé à rencontrer l'enfant seul afin de déterminer son intérêt et plus particulièrement en vertu de l'article 22 de la loi qui prévoit que le tribunal peut refuser d'ordonner le retour d'un enfant s'il constate que celui-ci s'y oppose et qu'il a atteint un âge et une maturité où il est approprié de tenir compte de son opinion, l'article 22 ne fixant pas d'âge précis à partir duquel le tribunal doit tenir compte de l'opinion de l'enfant[461], ce qui fut par ailleurs confirmé par le tribunal[462] .

---

[459]C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 248.
[460]R. JOYAL, *loc. cit.*, note 276, 62.
[461]Voir *supra* Titre premier, Chapitre deuxième, Section III, Sous-section B, 2) L'enfant, son écoute et la défense d'intégration, p. 138.
[462]*D.O.V.* c. *A.M.VA.F.* et *Procureur Général du Québec*, [2001] R.D.F. 267 (C.S.)(J.E. 2001-727) (juge Danielle Grenier) (appel accueilli en partie, C.A.M. nº 500-09-010683-019, (J.E. 2001-728) [2001] R.D.F. 229 (rés.)).

À ce propos, les tribunaux ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Nous citerons entre autres décisions celle rendue l'affaire *F.(Y.)* c. *E.(L.)*[463] dans laquelle la mère d'un enfant âgé de neuf ans demandait la garde de son fils alors que le père exigeait le retour immédiat de son fils à New York. Lors de l'audition des requêtes fondées sur la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfant*, le juge Tellier a alors indiqué qu'il semblait acquis qu'un juge saisi d'une telle requête soit appelé à rencontrer l'enfant pour lui donner l'opportunité de faire connaître ce qu'il pensait, une obligation qui trouve sa source dans l'article 34 du *Code civil du Québec*. Le juge a ainsi rencontré l'enfant seul dans son cabinet à l'exclusion des deux parents et de leurs procureurs en présence toutefois de sa secrétaire.

Bien que l'entrevue n'ait pas été enregistrée, le juge a fait un rapport de la rencontre aux parties en litige et à leurs avocats. Compte tenu du comportement de l'enfant pendant le déroulement de la rencontre, le juge a ordonné la tenue d'une expertise d'évaluation de l'enfant afin d'être mieux informé de sa condition et de son choix quant à son lieu de résidence. Le tribunal a aussi conclu qu'il s'agissait d'un cas où l'article 394.1 C.p.c. devait trouver application et a nommé d'office un procureur à l'enfant, l'enfant ayant affirmé qu'il pouvait habiter chez l'un ou l'autre de ses parents et qu'il aimait son école de Montréal parce qu'il était déjà ici. L'avocate de l'enfant s'est opposée au retour de l'enfant à New York en soumettant que le désir de l'enfant et son meilleur intérêt militaient en faveur du maintien de l'enfant avec sa mère à Montréal. Le Tribunal, qui n'avait pu

---

[463] *F.(Y.)* c. *E.(L.)* et *Le Procureur Général du Québec*, (C.S.) REJB 2001-24468 (juge Claude Tellier, C.S. Montréal n° 500-04-022966-007, décision du 26 avril 2001).

conclure que le déplacement de l'enfant avait été fait en violation du droit de garde, a rejeté la requête du père et a ordonné la tenue d'une nouvelle audition sur la requête pour garde présentée par la mère.

Nous devons souligner qu'en matière d'enlèvement international d'enfants, la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Droit de la famille-2785*[464], avait blâmé un juge de première instance de ne pas avoir rencontré l'enfant de huit ans qui demandait à le voir. Exceptionnellement, dans ce litige, les juges de la Cour d'appel avaient rencontré l'enfant. Dans le cas soumis, l'enfant ne voulait pas exprimer clairement son désir. Le tribunal avait retenu certains éléments mis en preuve dont les résultats des études psychosociales qui démontraient un fort conflit de loyauté vécu par l'enfant. Le tribunal avait déterminé, suite à la synthèse de tous les éléments, que si l'enfant s'était senti libre de parler, il aurait exprimé une préférence marquée pour sa mère qui demeurait à Montréal. Le tribunal a ainsi rejeté la requête du père, ordonné une nouvelle audition sur la requête pour garde présentée par la mère et confié l'enfant de façon provisoire à sa mère.

Dans une autre décision de la Cour supérieure en matière d'enlèvement international d'enfants, suite à la rencontre entre le juge et les deux enfants âgées de huit et douze ans lors de laquelle les enfants avaient exprimé le souhait au tribunal de pouvoir demeurer avec leur mère au Québec, le tribunal avait ordonné le maintien des enfants avec cette dernière au Québec[465]. Dans une autre décision toutefois, le tribunal, qui avait entendu une enfant âgée de dix ans puisque"ne pas tenir

---

[464] *Droit de la famille-2785*, précité, note 379.
[465] *S.E.* c. *T.R.*, précité, note 317.

compte de son choix constituerait envers elle un manque de respect qu'elle risque de difficilement pardonner"[466], avait ordonné le retour de l'enfant chez sa mère au Mexique.

Bien qu'il soit de plus en plus fréquent que les rencontres entre le juge et l'enfant puissent avoir lieu, il est fait état de possibilités de traumatismes causés à l'enfant à la suite de ces rencontres[467] et du fait qu'une brève rencontre de quelques minutes entre l'enfant et le juge pourrait ne pas permettre de bien cerner les enjeux du litige[468]. Il est également fait état du fait que "(...) les juges n'ont pas à leur disposition ni le temps, ni les moyens, ni les lieux pour conduire une enquête complète" et que "[l]'atmosphère actuelle des cours de justice est très peu propice à recevoir de jeunes enfants et adolescents. Disons le mot, il est inhumain de faire entendre des jeunes enfants, même sous serment à l'audience" et que le témoignage de l'enfant devant le juge seul pourrait ne pas produire les résultats souhaités[469].

Sans oser prétendre que l'enfant pourrait mentir en de telles occasions, il a été affirmé que l'enfant pourrait être un témoin moins fiable et que lorsqu'il témoigne devant le tribunal, les propos recueillis par le juge risqueraient de ne pas être fidèles à la réalité vécue par l'enfant puisque l'enfant

---

[466]*S.P.* c. *A.E.L.-LA.* et *Procureur Général du Québec*, [2003] R.D.F. 65,71 (C.S.)(juge Maurice Laramée).

[467]C. BOISCLAIR, *op. cit.*, note 248, p.129 où l'auteur considère que "[l]'expérience de l'interrogatoire de l'enfant par le juge en Chambre, hors la présence des parties et leurs procureurs ou en leur présence, peut difficilement donner des résultats encourageants pour décider de la garde de l'enfant, sauf peut-être si l'enfant est âgé de 14 ans et plus."

[468]Cartier FORTIN, "Un juge témoigne sur la garde de l'enfant", (1978-79) 9 *R.D.U.S.* 297, 299.

[469]*Ibid*; consulter également sur le sujet B.A. CHISHOLM, "Obtaining and Weighing the Children's Wishes: Private Interviews with a Judge or Assessment by and Expert Report", (1976) 23 R.F.L. 1, 6.

est considéré comme un être influençable[470]. Selon les questions posées lors de sa rencontre avec le juge, l'enfant pourrait être tenté de lui plaire et de satisfaire les attentes de celui qui l'interroge[471].

L'analyse des comportements de l'enfant nécessite une observation rigoureuse de ses attitudes en un temps très limité et, compte tenu des faibles connaissance de certains juges en matière de développement de l'enfant, il demeure probable que cette rencontre n'apporte que des résultats mitigés, certaines rencontres entre juge et enfant pouvant parfois entraîner des prises de décision difficiles à justifier[472]. Les résultats des recherches effectuées par mesdames Joyal et Quéniart nous informent de la position de certains juges à cet égard. En effet, les chercheuses ont noté que "[p]our six juges sur dix, le fait de recevoir le témoignage de l'enfant en chambre pose problème. Ils s'inquiètent de la transparence de l'audition, vu l'absence fréquente d'enregistrement, et regrettent la renonciation à leurs droits d'appel que les parties se trouvent de faire. Un juge souligne que cette pratique véhicule 'une vision patriarcale, archaïque du juge comme super père, pater familias'"[473]. Les résultats de ces recherches démontrent également que, des quinze avocats interviewés sur la question, "cinq se disent d'emblée favorables au témoignage de l'enfant en Chambre, pourvu

---

[470]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section B, 2) Les besoins et la perception de l'enfant face à la désunion, p. 109.

[471]L. GAUTHIER, *loc. cit.*, note 257, p. 60.

[472]*Jandrisch* c. *Jandrisch*, (1980) 16 R.F.L.(2d) 239 , 249, 250 (Man. C.A.)(juges Monnin, O'Sullivan et Huband)(en appel de la decision du juge Hewak). Voir *E.G.(L.)* c. *G.(A.)*, précité, note 437 où la juge Martinson a indiqué, au paragraphe 25 de la décision, que "[c]oncerns about the judge interview have been raised that go beyond procedural safeguard questions. Judges usually are not trained to interview children in a way that allows them to accurately assess the real wishes of the child. Judge's lack knowledge about developmental differences in cognitive, language and emotional capacities in children. From a clinical perspective, being interviewed in chambers can be far from a relaxing experience for children. Rather, it can be a formidable and inherently stressful experience for most children."

[473]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 288.

toutefois que les parents soient exclus, que les procureurs soient présents et qu'il y ait un enregistrement du témoignage de l'enfant; l'un d'eux précise par ailleurs que le témoignage en salle d'audience lui semble plus approprié dans le cas de grands adolescents"[474].

Les chercheuses émettaient ainsi les commentaires suivants à propos des résultats de leurs recherches, soit qu'"il est souhaité que l'enfant qui veut ou doit témoigner puisse le faire dans les meilleures conditions possible. Dans le cas d'un enfant jeune ou particulièrement vulnérable, on semble privilégier le témoignage en Chambre. Toutefois, on s'inquiète alors des droits des parties, seconde préoccupation exprimée par les répondants. On souhaite par conséquent que le témoignage des enfants soit enregistré, ou que les procureurs des parties puissent y assister"[475]. Voilà pourquoi un meilleur encadrement de ces rencontres nous semble de mise, tout comme nous pourrons l'observer dans la prochaine sous-section.

2) Une rencontre à la recherche d'un meilleur encadrement

Dans un litige opposant les parents relativement à la garde de leurs enfants mineurs, un juge du Manitoba avait décidé de confier la garde des enfants au père plutôt qu'à leur mère, en raison des propos qu'il avait recueillis pendant la rencontre qu'il avait eue seul avec les enfants, sans procureur ou greffier[476]. La décision de confier la garde des enfants au père a semblé difficile à justifier aux yeux des juges de la Cour d'appel compte tenu de la preuve soumise. La Cour d'appel du Manitoba,

---

[474]R. JOYAL, *loc. cit.*, note 323, 459.
[475]*Id.*, 460.
[476]*Jandrisch* c. *Jandrisch*, précité, note 472.

appelée à analyser la décision rendue par le juge de première instance, a fait des commentaires acerbes relativement à la tenue de telles rencontres entre juge et enfant, surtout lorsqu'aucun enregistrement de cette rencontre ne pouvait faire la lumière sur les propos tenus par les enfants.

Dans cette cause, personne n'avait pris soin de noter les propos tenus par les enfants et aucun enregistrement n'avait été effectué. Aucun procureur n'avait assisté à la rencontre tenue entre les enfants et le magistrat. À la suite de la rencontre entre le juge et les enfants, le juge avait posé de nombreuses questions à la mère, questions qui semblaient fortement influencées par les propos tenus par les enfants. La Cour d'appel du Manitoba, en accueillant l'appel de la mère, a fait les commentaires suivants au sujet de cette rencontre:

> "Once again, if the purpose of such an interview is simply to ascertain the wishes of the children, that can be done in a private meeting with or without the consent of one or both counsel. There should always be a record of what is said in such a conference. A trial judge has a discretion to interview children in private, without counsel, but if the rights of the parties are subject to appeal it is important there be some record of what has been said in the interview. If it is not possible to have a verbatim transcript, it is possible at least to have a statement from the trial judge as to what was said. It is not proper, however, to go beyond the ascertainment of the wishes of the children. In the instant case, it became evident later in the proceedings that the children were asked, and gave their comments, on a range of topics extending well beyond their individual wishes. In effect, the children became private witnesses giving evidence in the cause to which only the trial judge is privy. I know of no basis in law for allowing such testimony as admissible evidence in the cause. If a judge feels it is necessary to go behind a child's expression of desire as to custody, and to determine why the child prefers one parent over the other, and into the subject of parental imperfections and frailties, the proper course is for the child to be called as witness so that the evidence is in the open and it is subject to testing through cross-examination."[477]

[477] *Id.*, 313.

Le Juge Monnin de la Cour d'appel du Manitoba avait ajouté les commentaires suivants:

> "At the outset of the protracted hearing before Hewak J. the question arose whether the court should or should not interview the children to find out their true desires. Hewak J. at the outset properly refused to decide and proceeded to hear the evidence leaving the matter open. (...) I am not prepared to condemn all interviews in camera by a trial judge. I honestly do not think that it is a wise or sound practice and this case seems to prove it. Such a conduct leaves the trier of fact with information, evidence or call it what you wish, that the parties, counsel and members of the appellate tribunal have no knowledge of and absolutely no possibility of finding out what happened. It may be of use in exceptional circumstances but not in a hotly contested matter such as this one. In this bitter dispute where the views of the children have taken such exaggerated prominence, it was, in my view, unwise to question them in camera and then to use this information to question fairly severely one of the spouses only (...)."[478]

La Cour d'appel du Manitoba a précisé qu'il était important d'apporter des garanties suffisantes quant au déroulement des rencontres entre le juge et les enfants interrogés pour que de telles rencontres puissent avoir lieu. Certains auteurs avaient suggéré que lors de la rencontre entre le juge et l'enfant, les questions du juge soient limitées aux aspects pertinents du litige et ne servent en aucun moment à recueillir de plus amples informations à l'insu des parties en cause, les propos tenus par l'enfant devant demeurer confidentiels et le juge étant le seul à décider s'il devait informer les parents de leur teneur.

---

[478] *Jandrisch* c. *Jandrisch*, précité, note 472, 243, 244.

Au quotidien de ces rencontres, dans la majorité des cas, le juge informe les parties de l'ensemble du témoignage de l'enfant, tout en se réservant pour lui-même les confidences de celui-ci, ces confidences pouvant se révéler embarrassantes pour l'enfant et nuire à ses relations avec ses parents. D'ailleurs, nous devons noter que certains législateurs, tel les législateurs des provinces de l'Ontario et du Yukon, ont choisi de réglementer la tenue de ces rencontres[479].

Mais malgré les critiques précédemment formulées, il est probable que de telles rencontres puissent être utiles et permettent la cueillette d'informations privilégiées[480]. Ces rencontres peuvent non seulement donner à l'enfant l'occasion d'être entendu mais aussi lui donner l'impression que sa parole est importante aux yeux et aux oreilles du tribunal conformément au principe d'apparence de

---

[479] *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, note 160, art. 64(1): "Lorsqu'il étudie une requête présentée en vertu de la présente partie, le tribunal tient compte, si possible, du point de vue et des préférences de l'enfant dans la mesure où celui-ci peut les exprimer. (2) Le tribunal peut s'entretenir avec l'enfant pour établir son point de vue et ses préférences. (3) L'entretien est enregistré. (4) L'enfant a le droit d'être conseillé et accompagné par son avocat, le cas échéant, durant l'entretien." L'article 168(2) de la loi du Yukon, précitée, note 182, prévoit que "(a) the views of the child, whether given directly to the judge or court in the proceeding or to some person who is a witness in the proceeding; (b) opinion evidence, even where this is relevant to the very question before the judge or court, but the weight to be given to the opinion evidence shall be judged according to (i) whether the opinion is in respect of a matter within an expertise possessed by the witness, (ii) the extent to which the opinion is based on facts perceived by the witness, and (iii) the nature of the testimony of the witness or of other evidence, but the weight to be given to hearsay evidence shall be judged according to this apparent reliability and the availability of other evidence that would be admissible without relying on this paragraph."

[480] *Droit de la famille-530*, [1988] R.J.Q. 2163 (C.S.) (J.E. 88-1074)(juge Robert Lesage); *F.(Y.)* c. *E.(L.)* (C.S.), précitée, note 457; *T.(Y.)* c. *E.(D.C.)* (C.S.) REJB 2002-33575 (juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Saint-Hyacinthe n° 750-12-011103-020, décision du 8 août 2002). Dans cette cause, le juge a rencontré les deux enfants âgées de 9 et 11 ans en présence de la greffière. Le juge a indiqué que cette rencontre lui avait permis de constater l'état des relations existant entre les enfants et leurs parents. Cette rencontre avait également renforcé la conviction du tribunal que les enfants pouvaient continuer à voir leur père sur une base régulière pendant la durée des procédures judiciaires.

droit qui doit être respecté par les tribunaux.

Ces rencontres entre juge et enfant doivent toutefois être mieux encadrées afin d'éviter toutes sources de conflits au moment du procès, surtout dans les cas où la garde de l'enfant est chaudement disputée et où la décision du tribunal de première instance peut être portée en appel[481]. Afin que ces rencontres se déroulent harmonieusement, le législateur québécois pourrait s'inspirer des législations des provinces canadiennes de common law, dont celle de l'Ontario, qui prévoit que l'interrogatoire de l'enfant par le juge doit toujours être enregistré, le procureur à l'enfant pouvant assister à la tenue de ces rencontres[482].

Dans ce chapitre, nous avons présenté les difficultés que peut causer l'écoute de la parole de l'enfant. En droit civil québécois, l'écoute de la parole de l'enfant effectuée de façon directe relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal de déterminer si l'âge et le discernement de l'enfant permettent une écoute attentive de ce dernier. Cette écoute peut causer un certain nombre de difficultés. Durant les interrogatoires, les magistrats et les procureurs doivent respecter les diverses règles de procédure et de preuve lors de l'interrogatoire de l'enfant en tenant compte de la spécificité et du niveau de développement de l'enfant. Dans les provinces canadiennes de common law, l'écoute de la parole de l'enfant demeure directement liée à son intérêt supérieur et, conséquemment, tributaire de la mise en preuve de cet intérêt au moment du procès. Somme toute, nous ne pouvons être assurés que l'enfant ayant fait l'expérience de la rupture conjugale de ses parents est écouté par le tribunal dans tous les

---

[481]Carole Mahood HUDDART and Jeanne Charlotte ENSMINGER, "Hearing the Voice of Children", (1991-1992) 8 *Rev. Can. D. Fam.* 95,103.
[482]S*upra*, note 479.

cas.

Que d'écarts constatons-nous entre la réalité vécue par l'enfant dans le cadre des procédures judiciaires de ses parents relativement à sa garde et son droit de manifester sa volonté et ses désirs dans toute demande mettant en jeu son intérêt. La prise en compte de la parole de l'enfant effectuée de façon directe ne va pas sans poser certaines difficultés. Nous observerons que la prise en compte indirecte de la parole de l'enfant soulève, elle aussi, certains questionnements.

Chapitre deuxième: La prise en compte indirecte de la parole de l'enfant

> "(...) le temps me paraît venu de dire clairement que le 'respect des droits de l'enfant' ne saurait avoir une signification véritable si on ne lui reconnaît un droit d'intervention et de représentation (...)."
>
> -juge Nichols[483]

L'écoute indirecte de la parole de l'enfant fait appel à la collaboration étroite de tierces personnes appelées à rencontrer l'enfant dans le cadre du litige judiciaire des parents et à rapporter au tribunal, en certaines occasions, les propos tenus par l'enfant lors de ces rencontres. Tant au Québec que dans les provinces canadiennes de common law, nous avons observé dans les dernières décennies un foisonnement de nouvelles dispositions législatives en matière d'écoute indirecte de la parole de l'enfant. Ces nouvelles dispositions législatives, que nous décrirons au cours de ce chapitre, semblent avoir été adoptées à la pièce et ne faire preuve d'aucune cohésion entre elles.

---

[483] *Droit de la famille-1549*, précité, note 368, 863.

Aucune ligne directrice, aucune balise, rien n'aura été mis en place par les législateurs afin de guider les magistrats, les juristes et les praticiens dans l'exercice de leurs fonctions. Les tribunaux ont longtemps cherché à compenser ces lacunes des législateurs en proposant quelques lignes directrices à considérer lors de l'écoute indirecte de la parole de l'enfant. Malgré ces efforts, les nouvelles dispositions législatives relatives à l'écoute indirecte de la parole de l'enfant manquent toujours de cohérence entre elles, tout particulièrement en matière de représentation de l'enfant par un avocat, ce qui ne pourra qu'engendrer une certaine confusion, certains juristes ayant d'ailleurs affirmé que l'absence de modèle unique dans ce domaine pourrait être source d'importantes difficultés[484].

Dans ce chapitre, nous décrirons les diverses composantes reliées à l'écoute indirecte de la parole de l'enfant. À cet égard, nous retiendrons qu'un meilleur travail de collaboration et de coopération entre les divers intervenants du milieu familial demeure encore à accomplir afin que les droits de l'enfant puissent être véritablement respectés. Nous constaterons aussi que la représentation d'enfant par un avocat, qui se veut presque systématique dans les cas de protection de l'enfance, suscite encore certaines interrogations chez de nombreux juristes et magistrats. Plusieurs d'entre eux ont souligné qu'il pouvait être délicat pour un enfant de prendre part au débat opposant ses parents

---

[484]Yves B. CARRIÈRE, "Le mode de représentation des enfants par avocat: le modèle québécois se précise", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2003*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la page 21; consulter également H.T.G. ANDREWS et Pasquale GELSOMINO, "The Legal Representation of Children in Custody and Protection Proceedings: A Comparative View", dans R.S. ABELLA et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *op. cit.*, note 184, p. 241, les auteurs ajoutant à la page 249, que non seulement "(...) the child should not only be represented but should perceive that he or she is being represented."

relativement à sa garde[485]. Ces critiques ont considéré que la représentation d'un enfant par un avocat pouvait placer l'enfant dans une situation des plus délicates auprès des membres de sa famille suite à la rupture. Nous ferons état de ces commentaires.

Les tierces personnes appelées à rencontrer l'enfant dans le cadre de l'écoute indirecte de sa parole feront elles aussi l'objet d'une attention particulière, le travail des experts et des psychologues, appelés à rapporter au tribunal les propos tenus par l'enfant lors de leurs rencontres n'étant pas lui non plus à l'abris de tout reproche, retiendra également notre attention. De plus, certains auteurs se seront demandés si les exceptions reliées au témoignage extra-judiciaire de l'enfant sont encore justifiables, voire nécessaires, et si les règles d'éthique auxquelles sont soumis les professionnels demeurent encore adéquates. Nous effectuerons une analyse de ces critiques. L'absence de balises guidant les médiateurs familiaux dans leurs rencontres avec l'enfant fera également l'objet de commentaires.

Afin de mieux comprendre la problématique soulevée en matière d'écoute indirecte de l'enfant, nous analyserons dans ce chapitre les divers modes d'écoute répertoriés. Dans un premier temps, nous nous attarderons à la représentation de l'enfant par un avocat (Section 1), puis à la transmission des souhaits et des désirs de l'enfant par l'entremise du travailleur social ou du psychologue appelés à rencontrer l'enfant lors de l'élaboration d'une expertise psychosociale (Section 2). En dernier lieu,

---

[485]Lors des audiences publiques tenues par le Comité mixte spécial de la Chambre des communes et du Sénat, les témoignages recueillis par les participants ont fait état de la nécessité de faire participer les enfants aux décisions relatives à leur garde et à rendre plus accessible les services du procureur à l'enfant; voir *supra*, note 9.

nous discuterons de la rencontre pouvant avoir lieu entre l'enfant et le médiateur dans le cadre de séances de médiation familiale tenues en marge du processus judiciaire (Section 3). Cette étude nous permettra de mieux comprendre la situation vécue par l'enfant, mais aussi d'élaborer certaines pistes de solution afin de mieux encadrer l'écoute de la parole de l'enfant et de favoriser, dans la mesure du possible, une écoute plus attentive de ce dernier.

Section I: La représentation de l'enfant par un avocat

La représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde fait l'objet d'une attention soutenue par les législateurs et magistrats depuis un certain nombre d'années. Voilà quelques décennies à peine, le tribunal ne voyait pas d'un bon oeil ce mode de représentation, un juge ayant même indiqué à ce propos que "l'état actuel du droit ne donne pas à l'enfant droit à la représentation du seul fait que son intérêt soit en jeu. (...) L'enfant n'a pas son mot à dire parce que ce serait peine perdue"[486]. Qui plus est, à l'époque, il n'était pas rare que l'avocat de l'enfant soit mal accueilli et qu'"[o]n lui reproche d'aggraver l'antagonisme que suscite le litige au sein d'une famille"[487]. Car en fait, "[l]e droit commun, au Québec comme en France, repose sur la présomption que les parents aiment leurs enfants et sont, à ce titre, les plus aptes à définir et à défendre leurs intérêts"[488].

---

[486] *V.* c. *M.*, [1983] C.S. 87, 89 (juge Claude Benoît). L'enfant faisant l'objet de la demande de garde de sa mère était âgé de 14 mois.
[487] Gaston FEDOU et Claire NEIRINCK, *La défense de l'enfant en justice*, Vanves, Centre Technique National d'Études et de Recherches sur les Handicaps et les Inadaptations, p. 85.
[488] *Ibid.*

Aujourd'hui, quelques décennies plus tard, les tribunaux accordent une plus grande place au procureur de l'enfant et nous observons que celui-ci peut désormais exercer divers rôles dans le cadre de sa représentation. Il voit à ce que les droits de son jeune client soient respectés, à ce que son intérêt supérieur soit démontré et prouvé au moment du procès, il assigne les témoins, les interroge et les contre-interroge et transmet au tribunal les désirs et les souhaits exprimés par l'enfant[489].

Depuis plusieurs années, la représentation de l'enfant par un avocat fait l'objet d'un plus grand intérêt de la part des législateurs provinciaux et des tribunaux canadiens. La Cour d'appel du Québec s'est prononcée à trois reprises sur la question. Elle a souligné que le respect véritable des droits de l'enfant ne saurait être assuré sans la représentation adéquate de l'enfant et sans la possibilité pour l'enfant d'intervenir dans le litige judiciaire de ses parents[490]. Elle a également réitéré que les enfants avaient un droit strict à la représentation par un avocat[491] et a récemment, clarifié le rôle du procureur

---

[489]Dans bien des cas, les représentations du procureur de l'enfant pourront faire en sorte que le témoignage de l'enfant ne soit aucunement requis au moment du procès, certaines exceptions aux règles du témoignage extra-judiciaire de l'enfant pouvant alors prévaloir; voir *supra* Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section C: Les règles de preuve et de procédure civile en matière de témoignage, p. 185. Consulter également *Droit de la famille-3334*, [1999] R.D.F. 583 (C.S.) (J.E. 99-1253) (juge Paul-Marcel Bellavance). Dans ce litige portant sur une demande de garde provisoire des trois enfants des parties, le juge Paul-Marcel Bellavance a ordonné au père des enfants de réintégrer le logement familial et d'exercer la garde de ses enfants. Les représentations de la procureure des enfants, incluant les souhaits et les désirs des enfants, avait permis de présenter au tribunal certains faits importants reliés à l'intérêt des enfants, soit les difficultés scolaires de l'aînée des enfants lorsqu'elle était sous la garde de sa mère.

[490]*Droit de la famille-1549*, précité, note 368, 863.

[491]*Droit de la famille-2224*, précité, note 367. Dans cet arrêt, le juge Chamberland au nom de la Cour d'appel rappelle à la page 399 que "[l]es enfants, sujets de droit, ont un droit strict à la représentation par avocat; ils peuvent exercer ce droit, s'ils en ont la capacité, en confiant le mandat de les représenter à un avocat de leur choix, peu importe en théorie que cet avocat leur ait été présenté par un voisin, un oncle, un cousin, un ami, un ou l'autre de leurs parents, le service de référence du Barreau du Québec ou autrement. Ce droit (...) il appartient en propre à l'enfant." Voir *infra*,Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B, 2) La capacité du mineur de mandater son

de l'enfant[492].

Bien que la représentation de l'enfant par un avocat ait fait l'objet de dispositions législatives spécifiques au cours des dernières années[493], cette représentation ne constitue nullement un droit absolu pour l'enfant. En fait, seul un nombre restreint d'enfants aux prises avec la rupture de leurs parents peuvent se prévaloir de ce droit. La représentation de l'enfant par un avocat n'est possible que dans la mesure où l'enfant peut donner lui-même un mandat valable d'être représenté par un avocat ou que le tribunal ordonne la nomination d'un tel procureur. Si l'enfant n'a pas la capacité de nommer un procureur, il est possible que le tribunal lui nomme un tuteur *ad hoc* qui, à son tour, choisira de nommer de son propre chef un procureur à l'enfant[494].

---

procureur et la Cour d'appel du Québec, p. 234.

[492]*M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370.

[493]Les articles 394.1 et suivants du *Code de procédure civile* du Québec sont entrés en vigueur en 1992 (1992, c. 57). L'article 394.1 al. 1 C.p.c. prévoit que "[l]orsque, dans une instance, le tribunal constate que l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que le mineur ou le majeur inapte soit représenté, il peut, même d'office, ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter." Les articles 394.1 et suivants du *Code de procédure civile* remplacent les articles 816, 816.1, 816.2 et 816.3 C.p.c. adoptés selon la *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille*, L.Q. 1982, c. 17, sanctionnée le 11 juin 1982 et entrée en vigueur le 1er décembre 1982.

[494]En ce qui a trait à la nomination d'un tuteur *ad hoc* et à son processus de nomination, un juriste indiquait à ce propos qu'"il se fait sans les formalités habituelles nécessaires à la nomination d'un tuteur puisque c'est le tribunal qui le désigne. Cette nomination de tuteur *ad hoc* peut donc être demandée par requête d'un intéressé, verbalement ou par écrit. La doctrine et la jurisprudence consultées semblent s'entendre sur une telle procédure 'accélérée'. Ainsi, le juge Senécal, les professeurs Castelli, Deleury et Goubau et Me Johanne Doucet soutiennent que la cour peut nommer un tuteur *ad hoc* sans besoin de convoquer un conseil de famille" dans Michel TÉTRAULT, "L'enfant mineur. L'autonomie du recours en matière familiale", (1995) 55 *R. du B.* 667, aux pages 677 et 678. Notons que, dans certains cas, à la demande du tribunal, l'avocat pourra agir devant le tribunal en tant que tuteur *ad hoc* à l'enfant; voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B, 3) a) i) Le tuteur *ad hoc*, p. 246.

Il n'existe aucune systématisation de la représentation de l'enfant par un avocat devant les tribunaux québécois. À titre d'exemple, citons une décision récente de la Cour supérieure du Québec[495] dans laquelle le tribunal a refusé d'accéder à la demande de nomination d'un procureur de l'enfant âgé de douze ans, puisque selon le tribunal, cette nomination du procureur n'était pas indispensable au litige, ni ne représentait le choix de l'enfant. Les conclusions des recherches menées par mesdames Joyal et Quéniart nous semblent également révélatrices à cet égard. Elles indiquaient que "seulement 9% des juges ont estimé que les enfants dont la garde est contestée devraient toujours être représentés par un avocat, alors que 87% ont émis l'opinion qu'ils ne devraient l'être que dans certains cas. (...) tous sont réticents à en faire un automatisme"[496]. Du côté des avocats interrogés, les chercheuses ont indiqué que "de l'avis général, une telle représentation ne devrait pas être un automatisme, bien qu'un certain nombre d'avocats semblent souhaiter que cette représentation ait lieu assez fréquemment"[497].

L'absence de modèles précis quant à la représentation de l'enfant par un avocat suscite certaines interrogations. De nombreux magistrats ont émis des propos plus ou moins concordants sur la question, propos qui semblent mettre en relief la confusion pouvant exister sur le sujet. Avant d'énoncer les principales modalités relatives à la représentation de l'enfant par un avocat, nous rapporterons un commentaire assez révélateur qui justifie d'autant plus, selon nous, le recours aux

---

[495] *W.(D.)* c. *G.(A.)*, précité, note 155. Les juges de la Cour d'appel ont refusé de modifier la décision de la juge Laberge de première instance en ce qui avait trait à la garde de l'enfant ainsi qu'au refus de nomination d'un procureur à l'enfant mais ont toutefois modifié le dispositif du jugement de première instance ayant trait à la répartition de l'autorité parentale ordonnée à l'endroit des parties.
[496] R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 290.
[497] R. JOYAL, *loc. cit.*, note 323, 460, 461.

services d'un procureur de l'enfant afin de permettre à celui-ci d'être entendu de façon adéquate dans le cadre du litige opposant ses parents en matière de garde.

Dans une décision récente de la Cour supérieure du Québec, le tribunal a mis en doute la façon dont l'enfant devait être entendu devant le tribunal et a mentionné que l'enfant devait se prévaloir lui-même de son droit d'être entendu en l'absence de toutes dispositions législatives précises à ce sujet. Même si cette décision porte sur des dispositions législatives relatives à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, nous avons cru utile de souligner les propos de cette décision qui se rapportaient à l'article 34 du *Code civil du Québec*. Dans cette cause, le directeur de la protection de la jeunesse demandait à la Cour supérieure du Québec que soit supprimée du dispositif du jugement de première instance de la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, l'ordonnance ayant trait à la consultation du procureur d'une enfant âgée de 6 ans, placée en famille d'accueil, avant qu'elle ne déménage de l'endroit où elle demeurait[498]. Le litige portait sur l'interprétation des article 6 et 7 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, l'article 6 précisant que les personnes et les tribunaux appelés à prendre des décisions au sujet d'un enfant doivent donner à cet enfant, ses parents et toute personne qui veut intervenir dans l'intérêt de l'enfant, l'occasion d'être entendu et, selon l'article 7, que l'enfant soit consulté avant tout transfert.

---

[498] *J.T.-Tr. (Dans la situation de)*, [2002] R.D.F. 905 (C.S.) (J.E. 2002-1481) REJB 2002-33519 (juge Jean-Pierre Senécal). Consulter également *M.T.M. (Dans la situation de)*, [2003] R.D.F.115 (C.S.) (J.E. 2003-145) (juge Michel Delorme) décision dans laquelle le juge Michel Delorme a adopté une attitude plus modérée que celle du juge Senécal dans un litige similaire et a ordonné qu'il soit "recommandé" et non pas "ordonné" que l'enfant soit avisé du déménagement éventuel de l'enfant placé en famille d'accueil par le directeur de la protection de la jeunesse du Québec.

Dans cette décision, le tribunal a estimé que cette ordonnance était non conforme aux articles 6 et 7 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et qu'une telle ordonnance devait être rayée du dispositif. Le tribunal a précisé que le procureur à l'enfant n'agissait pas à titre personnel et que, ne faisant pas partie des trois catégories de personnes visées par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, il ne pouvait être consulté avant tout déménagement de l'enfant. Le procureur à l'enfant n'avait donc pas à être consulté, puisqu'il n'agissait qu'au nom de sa jeune cliente en vertu du mandat qui lui avait été confié relativement à sa représentation. En ce qui a trait à l'article 6, le juge a souligné que cette disposition législative ne donnait à l'enfant que "l'occasion" d'être entendu. Cet article, selon le tribunal, se veut similaire à l'article 34 du *Code civil du Québec* qui fait appel à la "possibilité" pour l'enfant d'être entendu lorsque son intérêt est en jeu.

À ce propos, le tribunal a précisé que "(...) jamais, n'a-t-on prétendu que, sous l'empire du Code civil, le Tribunal est obligatoirement tenu de s'enquérir du désir de l'enfant d'être ou non entendu, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu son intérêt, par exemple dans un divorce ou une séparation de corps. Le texte a toujours été interprété comme obligeant la Cour à entendre l'enfant s'il le demande, simplement"[499]. Le tribunal ajoutait qu'"[o]n a objecté que, pour avoir l'occasion d'être entendu, encore faut-il que l'on sache que l'occasion existe; d'où la nécessité d'être avisé qu'une personne ou le tribunal est appelé à prendre une décision ou sur le point de le faire. Avec respect, c'est confondre les choses. D'une part, ni l'article 6 de la loi ni l'article 34

---

[499] *J.T.-Tr. (Dans la situation de)*, précitée, note 498, 908, le tribunal fait référence à l'article 6 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui prévoit que "[l]es personnes et les tribunaux appelés à prendre des décisions au sujet d'un enfant en vertu de la présente loi doivent donner à cet enfant, à ses parents et à toute personne qui veut intervenir dans l'intérêt de l'enfant l'occasion d'être entendus."

C.C.Q. ne prévoient d'avis à donner ou de formalité à suivre. L'imposer serait ajouter à la loi. D'autre part, 'donner l'occasion', c'est être disponible pour quelque chose, pas 'solliciter' cette chose, ainsi qu'on l'a dit. Dans les cas où le législateur a voulu que l'on soit 'pro-actif', il l'a dit (voir par exemple l'art. 7)"[500].

Sans vouloir débattre de la sémantique utilisée par le tribunal, nous avons cru utile de rapporter les propos tenus relativement au droit de l'enfant à être entendu même s'il s'agissait, dans ce cas-ci, d'une décision rendue en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et non pas du *Code civil du Québec*, à cause justement du rapprochement effectué par le tribunal avec l'article 34 du *Code civil du Québec*. À première vue, il nous semble délicat de vouloir comparer les dispositions législatives relatives à l'écoute de la parole de l'enfant en matière de protection de la jeunesse et en matière de garde.

En matière de garde, le législateur a prévu à l'article 34 C.c.Q. que le tribunal "doit" donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toutes les causes où son intérêt est en jeu, alors que l'article 6 de la L.P.J. prévoit que les tribunaux doivent donner à cet enfant l'occasion d'être entendu[501]. À qui revient donc la tâche d'assurer l'exercice d'un tel droit en matière de garde? Aux parents, aux procureurs des autres parties au litige, aux juges? Selon la formulation de l'article 34 du *Code civil du Québec*, le respect du droit de l'enfant à être entendu en matière de garde doit d'abord émaner

---

[500] *Ibid.*

[501] Soulignons que l'article 51 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c.I-16 prévoit que "[c]haque fois qu'il est prescrit qu'une chose sera faite ou doit être faite, l'obligation de l'accomplir est absolue, mais s'il est dit qu'une chose 'pourra" ou 'peut' être fait, il est facultatif de l'accomplir ou non."

du tribunal. Répondre autrement consisterait à rendre inefficace une disposition législative qui vise à assurer le respect des droits de l'enfant. À vrai dire, agir autrement pourrait faire en sorte que seul l'enfant en âge d'être entendu ou encore possédant le discernement requis afin d'être entendu soit appelé à faire lui-même une telle demande devant le tribunal, et ce, même si aucune des parties en cause ne lui avait soufflé mot de son droit ou encore si personne n'avait fait en son nom une telle demande.

Également, une telle approche pourrait engendrer une systématisation de la représentation de l'enfant par un avocat. Une systématisation de la représentation de l'enfant par un avocat dans un tel cas constituerait l'une des seules façons d'assurer l'écoute de la parole de l'enfant devant le tribunal sans que le tribunal ne soit appelé à intervenir directement sur la question. Une telle approche pourrait se révéler contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et à l'esprit du droit civil québécois. En ces périodes de compressions budgétaires et de simplification des démarches judiciaires, la lourdeur du processus judiciaire qui découlerait d'une systématisation de la représentation de l'enfant par un avocat pourrait se révéler désastreuse tant pour l'enfant que pour les parents aux prises avec une telle démarche et le système judiciaire.

Afin de répondre à ces questions et de cerner les enjeux reliés à la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde, nous proposerons, dans cette section, un rappel du contexte historique relié à la représentation de l'enfant par un avocat (Sous-section A), nous énoncerons les divers modes de représentation de l'enfant par un avocat prévalant en matière de garde (Sous-section B), précisions qui nous permettront de mettre en lumière les nombreuses ambiguïtés existant sur la question, puis

analyserons et examinerons un récent arrêt de la Cour d'appel du Québec qui clarifie le mandat du procureur de l'enfant en matière de garde mais suscite de nouvelles questions dont le bien fondée de la nomination d'un tel procureur et le mandat du procureur d'un enfant incapable de lui donner un mandat valable (Sous-section C).

Sous-section A: La représentation par un avocat, le contexte historique

Depuis 1982, le législateur québécois prévoit que le tribunal peut, de sa propre initiative, dans le cadre de toute audience, désigner un procureur à l'enfant s'il constate "qu'il est nécessaire pour [...] assurer la sauvegarde [de ses droits] que le mineur [...] soit représenté"[502]. Les premiers cas de représentation de l'enfant par un avocat ont eu lieu au Québec au début des années 1970 et un peu plus tôt, dans certaines provinces canadiennes de common law[503]. Relatons les origines de la représentation de l'enfant par un avocat.

---

[502]Art. 394.1 C.p.c.

[503]En Ontario, la représentation de l'enfant par un avocat est exercée par des avocats oeuvrant pour le "bureau de l'avocat des enfants" ou encore "The Office of the Children's Lawyer", avocats qui demeurent sous la responsabilité du ministère du Procureur Général de l'Ontario. Le bureau de l'avocat des enfants remplace l'ancien bureau de l'"*Official Gardian*". Ces avocats sont appelés à représenter l'enfant tant dans des litiges de garde que de protection. Les origines du bureau de l'avocat des enfants remonteraient à l'année 1826 où, par une nomination du Lord Chancelier du Haut-Canada, un membre du bureau du tuteur des mineurs avait été nommé pour représenter les enfants dans les causes judiciaires. En Ontario, cette représentation de l'enfant par avocat fait aujourd'hui l'objet d'une disposition législative précise, soit l'article 89 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* L.R.O. 1990, c. C. 43. Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B, 3) b) Les provinces canadiennes de common law, p. 254.

1) Les premiers balbutiements

Les juges de la Cour du bien-être social de Montréal, appelée aujourd'hui Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, permirent de façon non officielle dès 1973 la représentation d'enfant par un avocat en matière de protection[504]. La rémunération de ces avocats était assurée par l'État. Ces avocats oeuvraient au sein des bureaux d'aide juridique du Québec et étaient financés par la Commission des services juridiques du Québec[505]. À cette époque, la représentation des enfants par un avocat ne s'appuyait sur aucun texte législatif précis sauf, en partie, sur la *Déclaration canadienne des droits* qui, à son article deuxième, prévoyait la représentation de tout individu par un avocat en cas d'arrestation ou de détention.

L'article 34 de *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ainsi que l'alinéa b de l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissent à tout individu son droit à la représentation par un avocat devant les tribunaux. Certains considèrent que l'enfant jouit de mêmes droits que tout adulte et que le droit à la représentation par un avocat ne constitue en fait que le corollaire du droit de l'enfant à être entendu[506].

---

[504]Hugues LÉTOURNEAU, "L'avocat pour l'enfant", [1987] R.D.F. 135, 136; Anne FOURNIER,"Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse", (1996) 37 *C. de D.* 971, 975; BARREAU DU QUÉBEC. MÉMOIRE DU COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 10, p. 16, Y. B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 17.
[505]*Loi sur l'aide juridique*, L.Q.1972, c. 14.
[506]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 288.Voir *supra*, note 333.

La représentation de l'enfant par un avocat a donc été officiellement reconnue au Québec en 1977 lors de l'adoption de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Cette loi prévoyait et prévoit toujours qu'en matière de protection, l'enfant peut se voir attribuer un avocat lorsque son intérêt est opposé à celui de ses parents[507]. En matière civile, le législateur québécois a adopté au cours des années subséquentes une disposition législative similaire qui a permis la représentation de l'enfant par un avocat en matière civile. L'article 816.1 du *Code de procédure civile* a alors permis la nomination d'un procureur à l'enfant par ordonnance du tribunal, l'enfant pouvant toujours se prévaloir de cette représentation en tout temps en faisant directement appel aux services d'un avocat s'il désirait intervenir directement au litige judiciaire de ses parents[508]. Il s'agirait, selon plusieurs, de la reconnaissance formelle d'un droit tout comme nous pourrons le constater au cours de la prochaine subdivision.

2) La reconnaissance formelle d'un droit

Si, depuis quelques années, les avocats peuvent désormais représenter l'enfant devant les tribunaux, les revendications reliées à une telle représentation datent depuis beaucoup plus longtemps[509]. Le droit à la représentation par un avocat a fait l'objet de nombreuses revendications au cours des derniers siècles. À titre de rappel, notons qu'au temps de la Nouvelle-France, soit au

---

[507]Art. 78 L.P.J. "Le tribunal doit informer les parents et l'enfant de leur droit d'être représentés par un avocat." Art. 80 L.P.J. "Lorsque le tribunal constate que l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents, il doit s'assurer qu'un avocat soit spécifiquement chargé de défendre l'enfant et que cet avocat ne joue en même temps aucun rôle de conseiller ou de procureur auprès des parents." Rappelons que les arrêts *Kent* c. *U.S.*, (1966) 387 U.S. 541 et *In re Gault* c. *U.S.*, (1967) 387 U.S.1 sont considérés comme les premiers jalons de la reconnaissance officielle du droit de l'enfant à la représentation par un avocat en Amérique du Nord.

[508]*Droit de la famille-1549*, précité, note 368; *Droit de la famille-2224*, précité, note 367.

[509]H. LÉTOURNEAU, *loc. cit.*, note 504,136.

tout début de la nouvelle colonie, les citoyens ne détenaient aucun droit à la représentation par un avocat[510]. Cette représentation avait pourtant cours en Angleterre depuis le début du XII[e] siècle[511]. La représentation par un avocat fut rendue possible en Nouvelle-France lors de l'instauration du régime britannique de 1760[512]. Les droits à la représentation de tout citoyen par un avocat, de même que le droit pour toute partie en l'instance de comparaître en personne ou par un avocat, ont été intégrés à la législation en 1867[513]. De nombreuses années ont donc dû s'écouler avant que les citoyens puissent bénéficier du droit à la représentation par un avocat. De nombreuses années ont également dû s'écouler avant que l'enfant puisse bénéficier d'un tel droit au Québec.

Grâce à une pratique de plus en plus répandue devant les tribunaux et aux modifications apportées à la législation québécoise, un plus grand nombre d'enfants bénéficient désormais des services d'un avocat en matière de garde. L'article 394.1 du *Code de procédure civile* du Québec nous semble déterminant à cet égard. Également, le deuxième alinéa de cet article permet au tribunal de statuer sur la fixation des honoraires du procureur à l'enfant et de déterminer à qui en incombera le paiement[514]. Malgré les progrès accomplis, encore à ce jour au Québec et ailleurs dans les provinces canadienne de common law, la demande de nomination d'un procureur à l'enfant peut dans

---

[510]V. BERGERON, *loc. cit.*, note 333, 381.
[511]André CASTALDO, *Introduction historique au droit*, Dalloz, Paris, 1998, n° 358, p. 122.
[512]V. BERGERON, *loc. cit.*, note 333, 383 où l'auteur ajoute que "(...) le 26 juillet 1766, une nouvelle ordonnance permet aux avocats canadiens de plaider devant toutes les cours en Nouvelle-France. Le droit à la représentation par un avocat est donc constant en matière civile depuis 1760, la situation trouve son ultime clarification avec l'adoption du Code de procédure civile de 1867."
[513]*Id.*, 384.
[514]En vertu de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q. c. A.14, art. 80 et ses règlements, la Commission des Services juridique rembourse les frais de représentation de l'enfant par un avocat si les parents de l'enfant sont admissibles aux services de la Commission des Services juridiques. Dans le cas contraire, les deux parents doivent défrayer les frais d'avocat de leur enfant.

certains cas être refusée par le tribunal[515]. Soulignons en ce sens une décision de la Cour supérieure dans laquelle la juge Michèle Lacroix a rejeté la demande d'une mère de deux enfants âgés de 10 et 14 ans de voir le tribunal nommer un procureur aux enfants[516] . Dans sa décision, la juge Lacroix a indiqué avoir rencontré le garçon âgé de 14 ans qui avait déjà écrit une note selon laquelle qu'il ne voulait pas être représenté par un avocat. Dans son jugement toutefois, la juge a ajouté ne pas avoir rencontré la jeune fille âgée de 10 ans puisque, selon elle, "ce n'est pas à 10 ans que l'on décide si l'on a besoin d'un avocat ou pas"[517].

La juge a également souligné dans ce litige que les articles 394.1 et suivants du *Code de procédure civile* prévoyaient le pouvoir discrétionnaire du tribunal de nommer un procureur à l'enfant et a précisé que, dans le cas présent, les enfants étaient entourés d'intervenants qualifiés, dont une travailleuse sociale qui avait eu pour mandat de préparer un rapport d'expertise psychosociale. Le tribunal a été d'avis que l'intérêt des enfants était bien sauvegardé ainsi. Il a souligné qu'il fallait éviter de multiplier les interventions ou d'alourdir le processus judiciaire en matière de garde[518].

---

[515] *M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370, 680. Dans cet arrêt, le juge J.A. Rothman souligne, au sujet de la représentation de l'enfant par un avocat, que: "[i]n this examination of the role of attorneys representing children, I do not wish to suggest that an attorney need be appointed to represent a child whenever there are divorce or separation proceedings pending between his parents. On the contrary, in the vast majority of cases where custody or access is in issue, these problems are resolved by the parties themselves with the aid of their attorneys and a bit of common sense and goodwill, doubtless after consulting the children, and with proper concern for their best interests." Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B, 2) La capacité du mineur de mandater son procureur et la Cour d'appel du Québec, p. 238.

[516] *M.B.* c. *J.-C.D.*, (C.S.)(juge Michele Lacroix, C.S. Rimouski nº 100-12-008042-015, décision du 15 février 2002).

[517] *Id.*, p. 3.

[518] *Ibid.*

Le point de vue de la juge Lacroix a été partagé par d'autres juges dont le juge Senécal qui, dans une décision récente, a rejeté lui aussi la demande d'un parent de nommer un procureur aux enfants. Le juge a indiqué que, dans ce litige, l'une des enfants n'avait pas exprimé le désir d'être représentée par un avocat et qu'il ne voyait pas l'utilité d'accorder une telle représentation[519].

Nous tenons à souligner la confusion existant à l'heure actuelle au Québec en matière de représentation de l'enfant par un procureur tout particulièrement suite à l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*[520]. Notons ainsi que dans la cause *V.* c. *B.*[521], le juge Dutil a rejeté la demande des quatre enfants des parties âgés de 14, 6, 5 et 3 ans d'être représentés par un avocat pour le motif que la nomination d'un procureur à l'enfant ne pouvait avoir lieu qu'en des circonstances exceptionnelles. La décision du juge, qui a pris appui sur une ancienne cause, a fait l'objet de critiques dont une selon laquelle "(...) poussé à l'extrême, ce raisonnement fait en sorte qu'il n'y a, à toutes fins utiles, jamais lieu, si ce n'est dans des circonstances très exceptionnelles, de nommer un procureur à l'enfant. Or, dans le présent dossier, un des enfants a quinze ans: est-ce qu'à tout le moins, on ne peut offrir à cet enfant

---

[519] *T.(Y.)* c. *E.(D.C.)*, précitée, note 480. Le juge Senécal a indiqué à la page 5 de son jugement que "(...) le Tribunal n'est pas d'avis d'accueillir la requête pour nomination d'un procureur aux enfants. On n'a pas représenté au Tribunal que celles-ci avaient manifesté le désir d'être représentées par procureur. (...) le Tribunal ne voit pas l'utilité de nommer un procureur qui viendrait simplement soutenir la position d'une partie par rapport à l'autre. Le Tribunal croit qu'on en saura beaucoup sur la situation par l'expertise, dans le présent cas. Le Tribunal retient également, particulièrement dans le contexte, que la Cour d'appel a souligné dans un arrêt récent que la nomination d'un procureur aux enfants n'est pas la règle; elle n'est pas nécessaire dans tous les cas et il faut au contraire éviter d'encombrer le dossier. Cela est particulièrement vrai en présence d'une expertise".

[520] S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 5 où les auteurs indiquent que "[c]et arrêt met en relief l'omniprésence du conflit, au sein du monde juridique, sur la participation de l'enfant au processus judiciaire."

[521] *V.* c. *B.*, (C.S.) (juge Dutil, C.S. St-Joseph de Beauce nº 350-12-004782-971, décision du 16 octobre 1998). Le juge Dutil s'inspire dans son jugement de la décision *V.* c. *M.*, précitée, note 486.

d'être entendu, à défaut de se voir désigner un représentant pour faire valoir son point de vue, compte tenu des difficultés sérieuses qui existe dans ce dossier?"[522].

Comme l'ont soutenu de nombreux juristes, le droit d'être entendu devrait sous-tendre le droit d'être représenté par avocat[523]. Mais en est-il réellement ainsi devant les tribunaux? Nous avons constaté que la demande de nomination d'un procureur à l'enfant peut être rejetée en certaines occasions par le tribunal. Ce rejet peut être justifié en vertu de l'âge et la maturité de l'enfant ou encore, comme nous aurons l'occasion d'y revenir, par l'absence de nécessité de nommer un tel avocat. La demande de nomination d'un procureur à l'enfant par ordonnance du tribunal ou à la demande d'un parent diffère largement de l'intervention directe de l'enfant dans le litige judiciaire de ses parents[524], la nature du mandat du procureur de l'enfant ayant longtemps été reliée à son mode de nomination, comme nous l'observerons plus en détail au cours de la prochaine sous-section[525].

---

[522]M. TÉTREAULT, *loc. cit.*, note 152, p. 234.

[523]Johanne DOUCET, "La représentation des enfants en matière familiale", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC., *Droit et enfant*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1990, pp. 103, 106; Catherine ROSS, "From Vulnerability to Voice: Appointing Counsel for Children in Civil Litigation", (1996) 64(4) *Fordham Law Review* 1571; S. SCHIRM et P. VALLANT, *loc. cit.*, note 378, p. 198. Cet argument sera plus amplement développé dans la prochaine section; voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section C, 1) Le bien-fondé de la représentation de l'enfant par un avocat, p. 278.

[524]*Droit de la famille-3256*, précitée, note 395. Dans cette décision, le procureur d'un enfant âgé de 11 ans avait demandé la réouverture d'une enquête afin que l'enfant puisse être entendu par la Cour. La Cour supérieure a accepté la demande de réouverture d'enquête. Cette décision de la Cour supérieure a été portée en appel et la Cour d'appel a accepté que l'enquête soit rouverte afin de procéder à la nomination d'un procureur à l'enfant.

[525]*Droit de la famille-2224*, précitée, note 367.

Sous-section B: La représentation de l'enfant par un avocat: une question de mandat

Le rôle du procureur de l'enfant a longtemps été tributaire de son mode de nomination. En droit civil québécois, le rôle du procureur de l'enfant a longtemps varié en fonction de la façon dont le mandat avait été confié à l'avocat. Le rôle du procureur de l'enfant variait ainsi selon la provenance du mandat émis, que le mandat provenait d'une ordonnance du tribunal ou d'une demande des parents ou encore de l'enfant dans le cadre d'une intervention volontaire dans le litige judiciaire de ses parents. Cette façon de concevoir le mandat du procureur de l'enfant n'était pas sans causer certaines difficultés[526]. Le Comité du Barreau dans son mémoire relatif à la représentation de l'enfant par un avocat avait déjà reconnu le rôle particulier de ce procureur au moment de sa représentation de l'enfant devant les tribunaux. Il recommandait que le procureur de l'enfant puisse exercer son mandat en fonction de la capacité de l'enfant de mandater son propre procureur, peu importe la provenance du mandat[527]. Un récent arrêt de la Cour d'appel du Québec est venu jeter un éclairage nouveau sur la question[528]. L'arrêt *M.F.* c. *J.L.* est venu trancher certains aspects reliés à la problématique du mandat du procureur de l'enfant bien que la Cour d'appel ait fait état de certaines difficultés reliées à la représentation de l'enfant par un avocat qui demeurent encore non résolues, comme nous l'exposerons dans cette sous-section.

---

[526]G. BICH, *loc. cit.*, note 107, p. 32.
[527]BARREAU DU QUÉBEC. COMITÉ DU BARREAU SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 13, p. 39; Normand BASTIEN, "La nature de la représentation de l'enfant par avocat", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais,1995, p. 691 (rés.).
[528]*M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370.

1) Les règles relatives au mandat

Le législateur québécois reconnaît au mineur une capacité juridique accrue[529] et l'enfant, comme tout autre adulte, demeure soumis aux règles du *Code civil du Québec* régissant le mandat[530]. L'enfant est présumé être en mesure de donner un mandat valable à moins d'indications contraires bien que le législateur québécois soit demeuré silencieux sur l'âge ou encore le moment à partir duquel l'enfant détient cette capacité de donner un mandat valable à autrui. Il appartiendra donc à l'avocat de déterminer si l'enfant est en mesure de lui donner un mandat valable afin de pouvoir le représenter. Il va sans dire que le silence du législateur québécois sur la question ne sera pas sans engendrer certaines difficultés.

---

[529]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section I, Sous-section B, 2) L'acquisition progressive de l'autonomie juridique du mineur, p. 43.

[530]Rappelons les principales dispositions législatives relatives au mandat et à la capacité de contracter en droit civil québécois; il s'agit de l'article 2130 du *Code civil du Québec* qui prévoit que "[l]e mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer." Aussi, selon l'art. 1385 al. 1 du C.c.Q.," [l]e contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter (...)". L'art.1398 C.c.Q., indique que"[l]e consentement doit être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger." Enfin, rappelons que selon l'art. 4 al. 1 C.c.Q., "[t]oute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils" et qu'en vertu de l'art. 155 du C.c.Q.,"[l]e mineur exerce ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi."

Le Comité du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par avocat avait recommandé qu'une présomption simple soit établie en faveur de l'enfant âgé de 12 ans afin que celui-ci soit présumé être capable de donner un mandat valable à son procureur. Cette présomption aurait fait en sorte que l'enfant âgé de 12 ans aurait été présumé être en mesure de donner un mandat valable à son procureur afin de le représenter devant les tribunaux à moins d'une preuve à l'effet du contraire avec effet inverse pour l'enfant âgé de moins de 12 ans. Le Comité soulignait que même si, au Québec, un enfant âgé de 7 ans avait le discernement requis en matière de responsabilité civile, un enfant aussi jeune ne pouvait avoir la capacité voulue afin de donner un mandat valable à son procureur afin de le représenter devant les tribunaux[531]. Également, le Comité du Barreau avait fait état de la nécessité pour l'enfant de maîtriser certaines facultés dont l'aptitude de manifester sa volonté, à recevoir et comprendre les conseils reliés à la nature et à la portée du problème soulevé ainsi qu'aux conséquences qui y étaient rattachées. Le Comité du Barreau indiquait que l'enfant devait être en mesure d'exprimer un choix valable quant aux modalités d'exécution de son mandat et de pouvoir révoquer le mandat donné s'il y avait lieu[532].

Puisque le législateur québécois n'a pas donné suite aux recommandations du Comité du Barreau, il appartient désormais au procureur de déterminer si l'enfant rencontré est en mesure de

---

[531]BARREAU DU QUÉBEC. COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR UN AVOCAT, *op. cit.*, note 13, p. 35; consulter également Claire BERNARD, "La capacité de l'enfant de mandater un avocat", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 747.

[532]BARREAU DU QUÉBEC, COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR UN AVOCAT, *op. cit.*, note 10; depuis l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, le Barreau du Québec a mis sur pied un nouveau comité d'étude afin de faire suite aux recommandations émises dans le mémoire du Barreau sur la représentation des enfants par avocat de 1995, voir Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 4.

lui donner un mandat valable. Compte tenu de la difficulté rencontrée, les tribunaux seront appelés à se prononcer sur la cette question comme en fait foi la décision rendue par la juge Claudine Roy de la Cour supérieure du Québec. Dans le litige soumis[533], la juge Roy a rappelé qu'un enfant, capable d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à un avocat, était en mesure de donner un mandat valable même si cet enfant pouvait avoir été influencée dans le choix de son parent gardien.

Mais avant d'expliquer la teneur de la décision rendue, nous exposerons d'abord les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec relatif au mandat du procureur à l'enfant et du rôle qu'il doit jouer au cours de l'exécution de son mandat.

2) La capacité du mineur de mandater son procureur et la Cour d'appel du Québec

Nous le rappelons, le rôle du procureur à l'enfant n'est plus tributaire du mode de nomination du procureur à l'enfant mais plutôt de la capacité de l'enfant de nommer un tel procureur. La Cour d'appel du Québec a tranché le débat qui existait à ce sujet en accueillant l'appel formé par une mère qui demandait au tribunal d'ordonner le changement du procureur à son enfant.

---

[533] *J.F.* c. *C.L.* et *V.M.*, [2003] R.D.F. 1002, [2003] R.J.Q. 2983 (C.S.) (J.E. 2003-1988) (juge Claudine Roy).

L'enfant était intervenu directement dans le litige de ses parents par l'entremise de son procureur. Le père insatisfait du travail du procureur de l'enfant avait demandé que le tribunal ordonne son remplacement. La Cour supérieure avait accueilli la demande du père et ordonné la nomination d'un second procureur appelé à représenter l'enfant. À son tour, la mère qui s'était déclarée insatisfaite des services du nouveau procureur de l'enfant, avait demandé la nomination d'un troisième procureur au motif que le nouveau procureur de l'enfant exprimait son désaccord quant aux souhaits et aux désirs formulés par l'enfant. Le juge de première instance avait refusé d'ordonner le remplacement du nouveau procureur de l'enfant et, par voie de conséquence, avait rejeté la demande de la mère. Une allégation d'aliénation parentale avait été soulevée par l'un des parents bien que selon les prétentions des parents, l'enfant, âgé de presque dix ans au moment des procédures judiciaires, était considéré mature et capable de donner des instructions à un avocat. La Cour d'appel a accueilli le pourvoi de la mère et a ordonné la nomination d'un nouveau procureur de l'enfant[534].

Dans cet arrêt, le juge Rothman, au nom de la Cour d'appel, a d'abord précisé que l'avocat de l'enfant devait représenter son client en respectant les désirs et les instructions de celui-ci peu importe la nature du mandat confié, que le mandat émane d'une ordonnance du tribunal ou de l'enfant lui-même. Le juge Rothman a souligné que le procureur de l'enfant ne pouvait en aucun temps exprimer ses propres opinions quant à la garde de son jeune client et faire des recommandations au tribunal qui se révéleraient contraires aux désirs de ce dernier. Il n'appartient pas à l'avocat, a indiqué le juge Rothman, de déterminer l'intérêt de l'enfant; seul le tribunal jouit d'un tel privilège et seul le tribunal

---

[534] *M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370.

peut décider de l'intérêt de l'enfant après avoir pris connaissance de toute la preuve soumise au moment du procès. Le procureur de l'enfant doit agir avec son client de la même façon qu'il le ferait avec tout adulte représenté.

Le juge François Pelletier de la Cour d'appel du Québec a souscrit de façon générale aux motifs du juge Rothman et a nuancé ces motifs en limitant le pouvoir conféré au juge de nomination d'un procureur de l'enfant, en vertu de l'article 394.1 C.p.c., aux seuls cas où le mineur est en mesure d'exprimer sa volonté. Selon le juge Pelletier, "[l]orsque les capacités intellectuelles d'une partie sont trop réduites pour qu'elle soit en mesure d'exprimer des vues dont la prise en compte serait nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts, la mesure prévue à l'article 394.1 C.P.C. ne m'apparaît pas indiquée. Il faut en effet convenir que l'avocat ainsi chargé de représenter une partie incapable d'exprimer ses vues n'aurait rien à dire sauf à exprimer sa propre vision des choses. Voilà qui n'est pas le rôle de l'avocat *ad litem*, mais plutôt celui de l'*amicus curiae*"[535]. Le juge Pelletier a insisté sur le caractère de nécessité de la nomination d'un procureur à l'enfant prévu à l'article 394.1 C.p.c. que nous analyserons plus en détail au cours de la prochaine sous-section, cette dernière opinion n'ayant toutefois pas créée l'unanimité auprès du tribunal.

Le juge Chamberland a entièrement souscrit aux motifs du juge Rothman sans toutefois exprimer les réserves du juge Pelletier quant à l'article 394.1 C.p.c. Le juge Chamberland a indiqué

---

[535] *Id.*, 686, 687. Rappelons que l'article 394.1 C.p.c. prévoit que si le tribunal constate que l'intérêt d'un mineur est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que le mineur soit représenté, il peut, même d'office, ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter.

ce qui suit à ce propos:

> "Avec égards, il me semble que mon collègue voit dans l'article 394.1 C.P.C. une limite au pouvoir du juge qui n'y est pas. Cet article ne pose que deux conditions à l'exercice de ce pouvoir: 1) l'intérêt d'un mineur ou d'un majeur qu'il estime inapte est en jeu et 2) il est nécessaire, pour assurer la sauvegarde de cet intérêt, que le mineur ou le majeur inapte soit représenté. Le problème soulevé par mon collègue Pelletier, bien que réel, ne touche qu'à la manière dont le procureur s'y prendra pour assurer la sauvegarde des intérêts du mineur ou du majeur inapte, selon que celui-ci sera ou non en mesure d'exprimer un avis éclairé sur ce en quoi réside son meilleur intérêt, pas le pouvoir du juge d'ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter. Il me semble que l'approche proposée par mon collègue Pelletier imposerait implicitement au juge d'instance la tâche d'étudier, souvent à un stade très préliminaire du débat, si l'enfant ou le majeur inapte a ou non les capacités intellectuelles voulues pour exprimer des vues sur ce que serait son meilleur intérêt. Cette approche, bien que non dénuée de mérite et de rigueur juridique, risque de compliquer singulièrement le mécanisme prévu par le législateur. Je ne crois pas que cela soit, en définitive, à l'avantage du mineur ou du majeur inapte."[536]

Le juge Chamberland a approuvé les motifs exprimés par le juge Pelletier sur le critère de nécessité prévu à l'article 394.1 C.p.c. Il a rappelé que les juges ne devraient recourir à la nomination d'un procureur à l'enfant qu'en cas de "nécessité" seulement. Cet arrêt de la Cour d'appel apporte un éclairage nouveau sur la problématique reliée à la représentation de l'enfant par un avocat et guide le procureur relativement au rôle qu'il doit jouer devant le tribunal lorsqu'il représente l'enfant. L'avocat doit représenter l'enfant au même titre que tout autre adulte si l'enfant a la capacité de donner un mandat valable à son procureur, peu importe le mode de nomination choisi. Il doit rapporter au tribunal les souhaits et les désirs de l'enfant en mesure de donner un mandat valable et faire les représentations requises en faveur de celui-ci.

---

[536] *Id.*, 686.

Malgré ces développements intéressants, certaines interrogations persistent[537]. Qu'adviendra-t-il de l'enfant incapable de donner un mandat valable à son avocat et à partir de quel moment pourrons-nous le considérer en mesure de donner un mandat valable? Comme nous l'avons mentionné, la Cour supérieure du Québec en la personne de la juge Claudine Roy a apporté quelques éléments de réponse à ces questions. Dans le litige soumis, la juge Roy a rappelé qu'une enfant, capable d'exprimer ses désirs et de donner des instructions à un avocat, était en mesure de donner un mandat valable même si cet enfant pouvait avoir été influencée dans le choix de son parent gardien[538].

Dans cette cause, une jeune fille âgée d'onze ans qui était représentée par un avocat exprimait le désir de vouloir vivre avec sa mère. L'avocat de l'enfant s'interrogeait sur la validité du mandat reçu compte tenu de l'influence indue que la mère de l'enfant avait eu auprès de son enfant et de son désir de ne plus voir son père. Le procureur de l'enfant se demandait s'il devait faire valoir au tribunal les souhaits et les désirs de l'enfant malgré les pressions que l'enfant avaient subies de la mère ou agir en tant que gardien *ad litem*, soit de tuteur à l'instance, ou encore d'*amicus curiae* auprès du tribunal. Dans ce cas précis, l'âge de l'enfant n'entraînait aucune difficulté puisque l'enfant était âgée d'onze ans. Sa maturité était cependant en cause puisque deux expertises contradictoires n'avaient pas réussi à trancher cette question. La juge Roy a déclaré que le mandat du procureur à l'enfant qui

---

[537]Annie CLAIR, "Procureur(e) à l'enfant: se rendre utile et efficace", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 113; Sylvie SCHIRM, "La représentation des enfants devant la Cour supérieure", Conférence 2001 de l'Association du Barreau canadien, Division Québec.

[538] *J.F.* c. *C.L.* et *V.M.*, précité, note 533.

avait été donné par l'enfant était valide malgré l'aliénation de la mère subie par l'enfant.

Les principes émis dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec trouvent donc écho dans de nombreuses décisions judiciaires. Pour l'enfant capable de donner un mandat à son procureur, cet avocat est appelé à représenter fidèlement son client auprès du tribunal selon les instructions données par ce dernier. Le juge Bellavance s'était d'ailleurs prononcé favorablement au refus de l'enfant d'être représenté par son avocat dans une décision récente en matière de garde[539]. Dans son jugement, le juge Bellavance avait indiqué que selon les principes établis par la Cour d'appel du Québec, un enfant âgé de treize ans et cinq mois pouvait révoquer le mandat de son procureur si telle était son intention, mandat dont la nomination avait été ordonnée selon l'article 394.1 C.p.c.

L'arrêt de la Cour d'appel du Québec semble également trouver écho en matière de protection de la jeunesse puisque dans une décision récente de la Cour du Québec, le tribunal, citant l'arrêt précédemment mentionné, a indiqué que dans le cas soumis, soit celui d'une enfant âgée de huit ans et dix mois en mesure de s'exprimer et de témoigner, cette enfant était capable de donner un mandat valable à son procureur et que l'avocat d'un tel enfant devait exécuter les instructions de sa cliente conformément au mandat reçu[540].

Parmi les interrogations qui persistent toutefois, notons celle reliée au rôle du procureur de l'enfant incapable de lui donner un mandat valable dans le cadre de sa représentation. Nous pourrons

---

[539] *C.B.* c. *R.L.*, [2004] R.D.F. 44 (C.S.)(juge Paul-Marcel Bellavance).
[540] *Dans la situation de*: *D.(M.)*, (C.S.) REJB 2003-51335 (juge Yvan Cousineau, C.S. Saint-Maurice nº 410-04-000529-029, décision du 6 octobre 2003).

nous demander si l'avocat d'un tel enfant devra agir en tant que gardien *ad litem*, soit de tuteur à l'instance, ou d'*amicus curiae*. Avant d'apporter des ébauches de solutions à cette question, observons dans la prochaine sous-section les divers modes de représentation de l'enfant en matière de garde existant tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law.

3) Les modes de représentation de l'enfant par un avocat

Tant au Québec que dans les provinces canadiennes de common law, le procureur de l'enfant peut tenir divers rôles dans sa façon de représenter l'enfant. Il peut agir en tant qu'avocat et considérer l'enfant au même titre que tout autre client, rôle qui nous semble de plus en plus reconnu, surtout lorsque l'enfant a la capacité de lui donner un mandat valable afin de le représenter. Le procureur de l'enfant peut agir en tant que gardien *ad litem*, tuteur à l'instance ou comme *amicus curiae* pour l'enfant qui n'a pas la capacité de lui donner un mandat valable. Un tuteur *ad hoc* à l'enfant peut être nommé par le tribunal dans certains cas bien précis. Les prochaines subdivisions nous permettront de mieux cerner les divers modes de représentation de l'enfant, tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law mais aussi sur la scène internationale.

Nous observerons qu'en droit civil québécois, le tuteur *ad hoc* à l'enfant peut être nommé si les droits de l'enfant sont en opposition avec ceux de son représentant légal. Le tuteur à l'instance ou gardien *ad litem* quant à lui aura pour fonction d'agir au nom de l'enfant et de présenter au tribunal toute la preuve relative à son intérêt supérieur incluant la possibilité d'émettre son opinion personnelle, ce que ne peut pas faire l'*amicus curiae*. Le procureur de l'enfant, quant à lui, qui doit

représenter l'enfant devant le tribunal au même titre que tout autre client, devra promouvoir les souhaits et les désirs de son jeune client tout en veillant au respect des droits de celui-ci. Nous constaterons que quelques uns de ces rôles seront favorisés dans les provinces canadiennes de common law, ce qui semble également être le cas dans certains pays observés.

a) En droit civil québécois

Lorsque l'enfant se voit dans l'impossibilité de donner un mandat valable à son procureur, le rôle de l'avocat varie. Le procureur à l'enfant peut alors exercer le rôle d'un 'ami de la cour' appelé *amicus curiae*[541] ou encore agir en tant que gardien *ad litem*[542], rôle qui donne plus de latitude quant aux représentations qu'il peut faire au tribunal au sujet de l'intérêt de l'enfant. L'enfant peut aussi se voir nommer un tuteur *ad hoc*[543], nomination ordonnée par le tribunal au moment de son intervention devant la Cour. Le procureur de l'enfant peut, dans ces circonstances, agir en tant que

---

[541]H. REID, *op. cit.*, note 331, p. 36. L'expression latine *amicus curiae* signifiant "ami de la cour" désigne "une personne qui est admise à faire valoir dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit l'intérêt public ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal."

[542]Cette expression peut être traduite par celle de tuteur à l'instance. Selon certains auteurs, l'expression anglaise "guardian" devrait être traduite en français par les expressions "tuteur", "curateur" ou encore "conseil judiciaire", voir Jean BALEYTE, Alexandre KURGANSKY et autres, *Dictionnaire économique et juridique. Economic and legal dictionary*, 4e éd., Paris, L.G.D.J,(1999), p. 438. Le recours à l'expression "gardien" en français pour traduire l'expression anglaise "guardian *ad litem*" pourrait poser problème puisque selon l'auteur Hubert Reid, *op. cit.*, note 328, un "gardien" doit être défini comme une "[p]ersonne qui a la garde d'un bien, d'un animal ou d'une personne"ou encore comme une "[p]ersonne qui assume une obligation de garde en vertu de la loi ou d'un contrat." En l'absence d'une expression officielle, nous opterons pour la terminologie "tuteur à l'instance" qui nous semble correspondre davantage au concept véhiculé.

[543]Selon Hubert REID, *op. cit.*, note 331, p. 560, le tuteur *ad hoc* constitue le "[t]uteur désigné pour une fin particulière, notamment pour représenter le mineur lorsqu'il a des intérêts à discuter en justice avec son tuteur."

tuteur *ad hoc* à la demande du tribunal.

i) Le tuteur *ad hoc*

Nous avons souligné qu'en droit civil québécois, si les parents sont majeurs ou émancipés, ils sont de plein droit les tuteurs légaux de leur enfant mineur et assurent la représentation de ce dernier en justice[544]. En cas de désaccord dans l'exercice de leur tutelle, l'un ou l'autre des parents peut saisir le tribunal de leur différend[545]. Le tribunal, aux prises avec une telle demande, doit statuer dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation entre les parties et obtenu, au besoin, l'avis du conseil de tutelle[546].

Si les droits de l'enfant sont en opposition avec ceux de son représentant légal, le tribunal nomme un tuteur *ad hoc*[547] à l'enfant. Le tuteur *ad hoc* doit assurer le respect des droits de l'enfant. Les nouvelles dispositions législatives relatives à la nomination d'un tuteur *ad hoc* se veulent moins rigoureuses que les dispositions précédentes qui étaient contenues à l'article 816.1. C.p.c et qui prévoyaient la nomination d'un tuteur *ad hoc* dans tous les cas où l'enfant ne pouvait déterminer son propre intérêt[548]. Le nouvel article 394.2 C.p.c. prévoit que la nomination d'un tel tuteur ne doit avoir

---

[544]Art.192 C.c.Q.
[545]Art.196 al.1 C.c.Q.
[546]Art.196 al. 2 C.c.Q.
[547]Art.190 C.c.Q. Voir l'article 394.2 C.p.c. qui remplace l'article 816.1 C.p.c. L'article 816.1 C.p.c. prévoyait qu'"[a]fin de favoriser une représentation adéquate de l'enfant, le juge doit, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant est opposé à celui du titulaire de l'autorité parentale ou de son tuteur et dans ceux où l'enfant ne peut déterminer son propre intérêt, désigner un tuteur ad hoc à l'enfant."
[548]É. DELEURY et D. GOUBAU, *op. cit.*, note 73, les auteurs soulignent aux pages 522 et 523 que "(...) lorsque les parents se disputent la garde de leur enfant, ils n'agissent pas tant en tant que

lieu que s'il y a "opposition" entre l'enfant et son représentant légal, une opposition qui semble se présenter de façon moins fréquente devant les tribunaux[549].

En droit civil québécois, le tuteur *ad hoc* peut être directement nommé par le tribunal par voie de procédure accélérée sans la convocation d'un conseil de famille. En cas d'irrégularité, l'enfant peut voir sa situation se régulariser rapidement en vertu de l'article 56 C.p.c., le tribunal pouvant lui nommer un tel tuteur dans l'éventualité où cette nomination lui est nécessaire. Dans les cas où la nomination du tuteur *ad hoc* doit être ordonnée et que le tribunal ordonne une telle nomination sans l'intervention d'un conseil de tutelle[550], les tribunaux québécois se sont déclarés de plus en plus souvent satisfaits d'un tel mode de nomination où la simple représentation de l'enfant par un avocat agissant en tant que tuteur *ad hoc* suffit, et ce, sans procéder à la nomination d'un conseil de tutelle[551].

---

représentants légaux de celui-ci, mais en tant que titulaires de l'autorité parentale. On peut donc penser que dans le cadre des conflits impliquant les parents en leur qualité de titulaires de l'autorité parentale, le législateur a estimé que la représentation par un avocat offre une protection suffisante à l'enfant et que la désignation d'un tuteur *ad hoc* ne s'impose pas."

[549] *Droit de la famille-1468*, [1991] R.D.F. 517(C.A.)(J.E. 91-1603)(juges Nichols, Gendreau et Brossard) (en appel de la décision du juge Gérard Lebel, C.S. Québec n° 200-04-000002-905, décision du 9 février 1990). Dans cet arrêt, la Cour d'appel du Québec a décidé qu'il y avait lieu de nommer un tuteur *ad hoc* à une enfant âgée de 8 ans puisque l'animosité entre les parents donnait lieu de craindre que les objectifs recherchés par ces derniers ne coincident pas avec l'intérêt de l'enfant.

[550] *Droit de la famille-2591*, [1997] R.D.F. 142 (C.S.)(juge Jean-Pierre Senécal). Voir aussi *V.* c. *M.*, précitée, note 480 où, dans cette décision, le juge Claude Benoît indiquait à la page 90 que "[d]ire que la Cour doit désigner un tuteur *ad hoc* à tout enfant en bas âge même dans le cas où il serait représenté par un avocat ne me paraît pas conciliable."

[551] *B.(Y.)* c. *R.(D.)*, (C.S.) REJB 1998-07657(juge Raynald Fréchette, C.S. Saint-François n° 450-04-002467-982, décision du 5 août 1998). Dans ce litige, le père demandait au tribunal le prélèvement d'un échantillon de cheveux ou d'un frottis de salive de l'enfant afin d'établir sa paternité. Le tribunal a nommé l'avocate de l'enfant tutrice *ad hoc* à l'enfant, sans l'avis du conseil de tutelle. Consulter aussi *P.(V.)* c. *B.(P.)*, (C.S.) REJB 1997-00112 (juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Montréal n° 500-04-003417-954, décision du 8 janvier 1997). Dans sa décision, le juge Senécal a souligné que dans toute

ii) Le tuteur à l'instance ou le gardien *ad litem*

Le tuteur à l'instance ou gardien *ad litem* a pour fonction d'agir au nom de l'enfant et de voir à ce que l'intérêt de l'enfant soit assuré lors du litige relatif à sa garde[552]. Le tuteur à l'instance présente au tribunal toute la preuve requise pour faire valoir l'intérêt supérieur de l'enfant. Il présente sa propre preuve, assigne et interroge les témoins, contre-interroge les témoins adverses et plaide en faveur des intérêts de l'enfant. Il n'est pas tenu de partager les opinions de son client quant à sa garde et peut faire les représentations qui lui semblent les plus appropriées devant le tribunal en faveur de ce qui lui semble être de l'intérêt supérieur de l'enfant, même si ses représentations vont à l'encontre des souhaits et des désirs de l'enfant, puisque le tuteur à l'instance n'est jamais lié par les souhaits et les désirs de l'enfant. L'avocat qui agit en tant que tuteur à l'instance lors de sa représentation de l'enfant peut conséquemment exposer ses propres conclusions et disposer d'une latitude plus grande que s'il agissait en tant qu'*amicus curiae*.

---

action relative à la filiation, l'enfant doit être partie aux procédures et lorsque l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de l'un de ses représentants légaux, il est nécessaire de lui nommer un tuteur *ad hoc*, même si une telle nomination n'est pas toujours nécessaire en cas de litige en matière de filiation. Selon le juge, l'article 394.2 C.p.c. emporte exception à l'article 205 C.c.Q. et le tribunal, qui a entendu la grand-mère maternelle dans le cadre du litige, considère que cette dernière sera en mesure de bien représenter l'enfant à ce titre.

[552]La fonction du gardien *ad litem* provient de la common law. Elle équivaudrait à celle d'un tuteur qui se limiterait à représenter l'enfant devant les tribunaux; consulter BARREAU DU QUÉBEC. COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR UN AVOCAT, *op. cit.*, note 13, p. 23. Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B,3)b)ii) Le gardien *ad litem*, p. 256.

Dans un arrêt de la Cour suprême du Canada[553], les magistrats avaient souligné l'excellence du travail du procureur d'un enfant âgé de 5 ans qui avait agi à titre d'*amicus curiae*. Toutefois, il faut noter que l'enquête très complète effectuée par le procureur de l'enfant sur les antécédents sociaux, médicaux et juridiques de l'enfant et sur sa situation de l'époque pouvait davantage correspondre aux fonctions d'un gardien *ad litem*[554] qu'à celles d'un *amicus curiae*, puisque le procureur avait également fait des représentations devant le tribunal quant à l'intérêt supérieur de l'enfant et ne s'était aucunement contenté de soumettre au tribunal la preuve recueillie sans émettre de commentaires. Nous avons également observé en droit civil québécois que le tribunal pouvait changer le mandat d'un procureur de l'enfant agissant à titre de gardien *ad litem* en celui d'*amicus curiae*[555], bien que dans ce cas aussi, l'avocate avait également fait des représentations quant à

---

[553]*Beson* c. *Director of Child Welfare*, [1982] 2 R.C.S. 716.

[554]*Ibid.* Dans cet arrêt, à la page 728, le juge Wilson exprimait les commentaires favorables suivants à l'attention du représentant de l'enfant: "[a]près avoir examiné toute la preuve, étudié les prétentions des avocats et étant particulièrement impressionnée par les arguments totalement impartiaux et objectifs de l'avocat de Christopher (...).”; constat souligné par les auteures S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 52. Il ne saurait non plus y avoir de doute dans l'esprit du tribunal quant à l'utilité des services offerts par le procureur de l'enfant dans ce litige, le juge Wilson ajoutant à la page 729, que "[j]e ne remplirais pas mon devoir si ne j'exprimais pas la reconnaissance que la Cour doit aux avocats dans cette affaire pénible et difficile. M[e] Day mérite particulièrement le respect et l'admiration de la Cour pour la délicatesse et le dévouement avec lesquels il a rempli son rôle d'avocat de l'enfant".

[555]*P.(J.)* c. *M. (C.-M.)*, (C.S.) (J.E. 2003-902), REJB 2002-37027 (juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Drummond n° 405-04-002370-024, décision du 18 décembre 2002). Dans sa décision, le juge Jean-Pierre Senécal a révoqué la nomination de la procureure aux enfants et a choisi de la nommer à titre d'*amicus curiae* aux enfants. Le tribunal a indiqué que l'avocate des enfants n'avait pas pour mandat d'agir comme porte-parole d'enfants qui, selon lui, étaient incapables de donner un mandat valable et qu'elle ne pouvait pas non plus donner son opinion relativement à l'intérêt des enfants. Notons toutefois que le dispositif du jugement prévoit, de façon détaillé, les fonctions devant être exercées par l'avocate, soit de recueillir et de faire valoir au tribunal les verbalisations des enfants, de recueillir

l'intérêt des enfants, ce qui outrepasse les fonctions de l'*amicus curiae* et relève davantage du gardien *ad litem*.

Ainsi, avant que l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* ne précise d'une certaine façon la nature du mandat du procureur de l'enfant, nous pouvions énoncer que dans la majorité des cas soumis au tribunal, lors que le mandat du procureur émanait du tribunal selon l'article 394.1 C.p.c., le procureur de l'enfant agissait à titre de gardien *ad litem*. Plusieurs magistrats s'étaient d'ailleurs déclarés mieux informés de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque le procureur de l'enfant agissait à titre de gardien *ad litem* et qu'il faisait des représentations à cet effet lors du procès[556]. Qui plus est, le Comité du Barreau du Québec avait recommandé que le rôle du procureur de l'enfant incapable de donner un mandat valable soit celui d'un gardien *ad litem*[557] ou encore d'un tuteur à l'instance. Les auteures Sylvie

---

auprès des parties et des tiers les informations qui les concernent et de présenter au tribunal les éléments de preuve pertinents en faisant part à la Cour de ses perceptions et de ses positions et en conseillant le tribunal sur les mesures à prendre.

[556]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 290 où les auteurs rapportent que "[d]ans le cadre de notre questionnaire, nous avons voulu connaître les perceptions des juges quant au rôle de l'avocat, selon que celui-ci représente un enfant capable ou incapable de lui donner un mandat précis. Dans ce dernier cas, une majorité de juges considère que le rôle de l'avocat consiste à s'assurer que toutes les règles de droit soient respectées (65 %), voir à ce que le tribunal dispose d'expertises suffisantes (65 %), donner son point de vue sur ce qu'il pense être l'intérêt de l'enfant (87 %), faire valoir l'intérêt de l'enfant sur la base de la preuve présentée (74 %), communiquer avec l'expert ou les experts au dossier et collaborer à l'exécution de leur mandat (74 %)." Cette étude a été menée par la présentation de questionnaires distribués auprès de quarante-six juges de la Cour supérieure du Québec sur une possibilité de cent quatre-vingts.

[557]Suite aux motifs formulés par la Cour d'appel dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, des juristes québécois se sont interrogés sur le mandat du procureur de l'enfant incapable, consulter Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 31 qui s'exprimait ainsi sur la question: "[l]'enfant qui ne peut communiquer: L'avocat détient alors un mandat légal qui l'amène à s'assurer que toute la preuve est faite de façon à ce que le tribunal puisse avoir en main les éléments nécessaires à la prise de décision. Pour ce faire, il interroge et contre-interroge les témoins, produit des témoins, obtient des expertises si nécessaire, écoute la preuve, fait ressortir pour le tribunal les éléments les plus importants et prend position ou non quant à une solution possible. L'avocat agit alors à titre de gardien *ad litem* tel que défini par le

Schirm et Pascale Vallant considèrent que le rôle du procureur de l'enfant incapable de donner un mandat à son procureur quant à sa représentation devrait être celui de gardien *ad litem*[558].

L'absence de précisions et de balises émises par la Cour d'appel du Québec sur le sujet n'est pas sans provoquer une certaine confusion auprès des juristes et des praticiens. Puisque le juge Pelletier[559] a déjà recommandé qu'en de tels cas, le rôle d'un tel procureur de l'enfant soit celui d'un *amicus curiae*, nous analyserons plus en détail dans la prochaine subdivision ce en quoi consiste le rôle d'*amicus curiae*.

iii) L'*amicus curiae*

L'*amicus curiae* agit auprès du tribunal en tant qu'"ami de la cour". Le procureur de l'enfant qui agit en tant qu'*amicus curiae* informe le tribunal de l'intérêt de l'enfant sans émettre d'opinion au sujet de l'intérêt supérieur de son client, ni faire de représentations à cet effet au moment du procès. L'ami de la cour recueille toutes les informations requises relatives à la problématique soulevée devant le tribunal. Il fait valoir au tribunal les verbalisations de l'enfant et recueille auprès des parties et des tiers les informations relatives à l'enfant. Il présente la preuve au dossier.

Mémoire du Barreau de 1995." S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 54.
[558]S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 54.
[559]*M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370, 687.

Le procureur qui agit à titre d'*amicus curiae* doit demeurer neutre dans l'exercice de ses fonctions[560]. S'il fait part au tribunal de ses perceptions et de ses positions eu égard à l'enfant et à sa garde, le procureur agit alors à titre de gardien *ad litem* et non pas d'*amicus curiae*. Le rôle le plus simple pour le procureur de l'enfant constitue manifestement celui de procureur traditionnel, rôle qui est désormais attribué au procureur de l'enfant capable de donner un mandat quant à sa représentation. Analysons le rôle d'un tel procureur de l'enfant dans la prochaine subdivision.

iv) Le procureur de l'enfant

Pour l'enfant mature, le procureur de cet enfant jouit d'une grande latitude dans l'exécution de son mandat et les juges n'interviendront que très rarement afin de s'immiscer dans la relation existant entre l'avocat et son jeune client[561] et comme indiqué par le tribunal, le procureur de l'enfant qui agit de façon traditionnelle doit alors se comporter envers l'enfant comme il le ferait pour tout autre client adulte.

---

[560] *A.L.V.* c. *C.C.*, (C.S.) (juge Marie St-Pierre, C.S. Montréal nº 500-12-262131-026, décision du 5 juin 2003). Dans ce litige, le tribunal a nommé l'avocat *amicus curiae* aux jumeaux, âgés de six ans. Dans la décision *M.L.* c. *N.B.* (C.S.)(juge Bilodeau, C.S. Drummond nº 405-04-002168-022, décision du 4 juillet 2003) l'avocate des enfants, âgés de 5 ans et demi et de 3 ans, a agi en tant que gardien *ad litem* pour l'aînée en faisant part au tribunal de ses recommandations quant au choix de l'école qui faisait l'objet de contestation, l'avocate ayant indiqué que sa jeune cliente apparaissait incapable de faire ce choix.

[561] *M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370.

À cet égard, nous rapportons une décision de la Cour supérieure du Québec[562] dans laquelle le tribunal avait rejeté la demande d'une mère de remplacer le procureur de son enfant pour motif d'incompétence. Le tribunal avait établi que l'incompétence de la procureure de l'enfant n'avait aucunement été prouvée et que les décisions prises par la procureure de l'enfant n'avaient en aucun temps porté préjudice à l'enfant. Le tribunal a considéré que dans ce litige, il s'agissait plutôt d'un désaccord entre la mère et la procureure de l'enfant qui portait davantage sur le choix des témoins de l'avocat de l'enfant au moment du procès ou encore des rapports et des éléments de preuve devant être produits à la Cour que de la compétence de cette dernière.

Le tribunal avait également indiqué que les propos tenus par l'avocate de l'enfant, qui avait mentionné qu'il lui semblait que les demandes de l'enfant lui paraissaient dictées par une personne autre que l'enfant, n'étaient pas incompatibles avec son mandat. La requête de la mère a donc été rejetée et le tribunal a refusé d'ordonner le remplacement de la procureure de l'enfant. Nous observerons que le rôle du procureur de l'enfant, dans les provinces canadiennes de common law, diffère quelque peu de celui existant au Québec. La prochaine subdivision nous permettra d'examiner la situation de plus près.

---

[562] *D.(J.)* c. *C.(D.)*, [2004] R.D.F. 182 (C.S.)(J.E. 2004-179) REJB 2003-50946 (juge Jean Bouchard).

b) Dans les provinces canadiennes de common law

Le droit à la représentation à l'avocat en matière de garde dans les provinces canadiennes de common law tout comme en droit civil québécois ne constitue nullement un droit absolu pour l'enfant. Pour l'enfant devant être représenté devant les tribunaux, l'avocat peut avoir recours à divers modes de représentation, modes similaires à ceux énoncés en droit civil québécois. Il s'agit dans ces cas-ci d'*amicus curiae*, de gardien *ad litem* ou encore de procureur de l'enfant selon le rôle traditionnel connu pour tout procureur. Il nous faut toutefois noter que les tribunaux des provinces canadiennes de common law semblent peu enclins à favoriser l'intervention directe de l'enfant dans le litige judiciaire de ses parents[563]. Dans les provinces canadiennes de common law, les législateurs demeurent silencieux sur la façon pour l'avocat de représenter l'enfant devant les tribunaux. Examinons quelques uns des rôles que le procureur de l'enfant peut exercer dans ces provinces canadiennes, soit celui d'*amicus curiae*.

---

[563]R. BESSNER, *loc. cit.*, note 421.

i) L'*amicus curiae*

Dans les provinces canadiennes de common law, en vertu de son rôle de *parens patriae*[564], le tribunal détient le pouvoir de nommer de plein droit un procureur pour protéger l'enfant. Les tribunaux peuvent aussi de plein droit nommer un *amicus curiae* à l'enfant. Le procureur de l'enfant ou encore la personne qui agit à titre d'*amicus curiae* lors de la représentation de l'enfant a pour mission d'aider le tribunal à prendre une décision éclairée quant à la garde de l'enfant. Le rôle de l'avocat agissant en tant qu'*amicus curiae* dans les provinces canadiennes de common law demeure similaire à celui existant en droit civil québécois, en permettant au tribunal de prendre connaissance de tous les faits reliés à la situation de l'enfant, l'*amicus curiae* demeurant neutre et en ne détenant aucune obligation à divulguer à la Cour les désirs exprimés par l'enfant ni d'en faire la promotion. L'*amicus curiae* n'est pas nommé par l'enfant mais bien par le tribunal pour éclairer le tribunal sur la décision à prendre relativement à la garde de l'enfant. Dans le rapport du Comité mixte de la Chambre des communes et du Sénat de 1998, il a été recommandé que le rôle de l'avocat pour

---

[564]Au sujet des origines du rôle de *parens patriae* des tribunaux des provinces canadiennes de common law, l'auteur Michel Morin indiquait à ce propos qu'"[e]n Angleterre, le Souverain a été qualifié jadis de père de la patrie, ce qui se dit *parens patriae* en latin. Agissant en bon père de famille, il devait protéger ses sujets, notamment ceux qui ne pouvaient voir à leurs intérêts. Par le passé, c'est le Chancelier qui remplissait ce rôle du nom du Roi, en raison du fait qu'il présidait un tribunal. Au Canada, dans chaque province de common law, une loi confère expressément à la juridiction de droit commun les pouvoirs qui incombaient jadis au Chancelier. " Michel MORIN, "La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire", (1990) 50 *R. du B.* 827, 830. Au Québec, selon le même auteur, ce pouvoir d'intervention de la Cour supérieure émanerait de l'article 33 du *Code de procédure civile du Québec*.

l'enfant qui ne peut communiquer son point de vue soit celui d'*amicus curiae*[565], rôle qui diffère comme nous pourrons le constater de celui de gardien *ad litem*.

ii) Le gardien *ad litem*

Nous l'avons observé, le gardien *ad litem* peut soumettre au tribunal toute la preuve requise à l'égard de la garde de l'enfant. Nous avons constaté que le rôle du gardien *ad litem* ou encore du "guardian *ad litem*" semble nettement favorisé par de nombreux législateurs et tribunaux canadiens des provinces de common law. De nombreux avocats pour l'enfant qui oeuvrent pour l'État agissent dans de nombreux cas en tant que gardien *ad litem*.

En Colombie-Britannique, le législateur permet à l'enfant d'être représenté par un "Family Advocate" qui, par l'entremise du Procureur général, représente l'enfant devant les tribunaux en matière familiale[566]. Ce "Family Advocate" peut agir en tant que protecteur de l'enfance et représenter l'enfant devant le tribunal. Ce service de représentation est administré par le service d'aide juridique de la province. Le rôle du procureur de l'enfant est alors similaire à celui du gardien *ad litem* dont la principale obligation consiste à présenter au tribunal toute la preuve relative à l'enfant selon la vision d'un adulte responsable. Il n'est jamais lié par le désir de l'enfant[567].

---

[565]GOUVERNEMENT DU CANADA. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *op. cit.*, note 9.

[566]*Family Relations Act.*, précitée, note 442, art. 2(1) et 2(2)(c).

[567]C.M. HUDDART et J. C. ENSMINGER, *loc. cit.*, note 481, 105; L. MITCHELL, "The Clinical/Judicial Interface in Legal Representation for Children", (1984) 7 *Can. Community L. J.* 74. Dans cet article, madame Mitchell recommande que le rôle du gardien *ad litem* soit exercé par les avocats représentant des enfants âgés de 7 à 12 ans, rôle qui serait plus approprié puisque l'avocat

En Ontario, province qui retiendra davantage notre attention, le législateur permet à l'enfant d'être représenté par un avocat qui agit pour le "bureau de l'avocat des enfants"[568] autrefois nommé "bureau de l'*Official Guardian*". Il s'agit d'un service de représentation administré par l'État. Le bureau de l'avocat des enfants est géré par le ministère du Procureur général dont le rôle est de mettre en place les programmes d'administration de la justice au nom des enfants âgés de moins de 18 ans.

Dans cette province, le procureur du bureau de l'avocat des enfants exerce son rôle d'une façon semblable à celui d'un tuteur *ad hoc* ou gardien *ad litem*, mais avec d'importantes nuances à apporter à cet égard toutefois[569]. Les règles du bureau de l'avocat des enfants indiquent que pour l'enfant incapable d'exprimer ses choix et ses désirs, le procureur ne doit pas agir à titre de gardien *ad litem* ou encore d'*amicus curiae* lors de la représentation d'enfants, mais doit bien présenter toute la preuve nécessaire au tribunal, afin qu'une décision soit prise dans l'intérêt de l'enfant quant à sa

---

serait ainsi en mesure de colliger toutes les informations requises relativement à l'enfant et à faire part au tribunal de ce qu'il considère être le meilleur intérêt de l'enfant, l'auteure réservant le rôle de l'*amicus curiae* pour les enfants âgés de 5 à 6 ans. Voir *supra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I, Sous-section B, 3)a)ii) Le tuteur à l'instance ou le gardien *ad litem*, p. 248.

[568] *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 503, art. 112(1).

[569] Consulter aussi Rachel BIRNBAUM et Dena MOYAL, "Visitation Based Disputes Arising on Separation and Divorce: Focused Child Legal Representation", (2002) 20 *Can. Fam. Law Quarterly* 37, à la page 41, les auteures expliquent que: "[t]he *guardian ad litem* is appointed by the court to protect the interests of the child. The literature is vague about how the *guardian ad litem* goes about protecting the interests of the child." L'auteure Rhona BESSNER, *op. cit.*, note 421, indique à la page 42 de son document de référence à ce propos que "[c]ertains membres des professions juridiques ont critiqué le rôle du tuteur à l'instance. On a soutenu qu'il est 'inacceptable' pour un avocat qu'il ne fasse pas valoir la position d'un enfant qui est en mesure d'exprimer ses opinions et ses préférences à l'égard d'une question de garde ou de droit de visite. (...) En fait, certains juges estiment que les avocats qui font valoir l'intérêt véritable de l'enfant usurpent le pouvoir du juge."

garde[570]. Un juriste québécois précisait sur cette question que:"[l]e procureur ne peut donner son opinion personnelle sur ce qui lui apparaît être comme étant l'intérêt de son client. Toutefois, on voit bien qu'ultimement le procureur à l'enfant du bureau de l'avocat des enfants n'a pas un mandat de procureur (au sens du Mémoire du Barreau de 1995) puisqu'il peut être appelé à mettre en preuve des éléments qui vont à l'encontre des désirs ou du choix de son client"[571].

Dans les cas de l'enfant incapable d'exprimer ses souhaits et ses désirs, certains auteurs ont affirmé que "(...) the mandate of the family advocate is to represent the child's best interests, which may or may not coïncide with the child's view of her interests, it may be that an older child's views would not be placed effectively before the court, event if that child were represented by a family advocate"[572]. Mais d'autres auteures ont affirmé que "[t]he Office has defined the role of child's counsel as acting as the child's legal representative, which includes acting as advocate for the client, so that the child's interests are understood and communicated to the parties and to the court. Child's counsel does not represent the best interests of the child because that is the issue to be decided by the court. Nor does the child 'instruct' the lawyer of social worker "[573]. Cette question

---

[570]Office of the Children's Lawyer Policy Statement Role of Child's Counsel, paragraphe 7: "[i]f it is necessary for the court or a tribunal to determine the outstanding disputed issues, counsel will advocate the position of the child, ensure that all relevant evidence about the child's views and preferences is led, and, in final argument, seek an order of judgment in support of the child's position. When the views and preferences of the child are not consistently voiced, counsel will ensure at a contested hearing that evidence of the child's views and preferences, the circumstances surrounding those views and preferences, and all other relevant evidence about the child's interests and views and preferences, are before the court or tribunal." Ces règles peuvent être consultées sur le site internet du "bureau du procureur à l'enfant" à l'adresse ci-après: http://www.attorneygeneral.jus.gov. on.ca.
[571]Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 17.
[572]C.M. HUDDART et J. C. ENSMINGER, *loc. cit.*, note 481, 109.
[573]R. BIRNBAUM et D. MOYAL, *loc. cit.*, note 569.

semble donc faire l'objet de plusieurs nuances puisque selon les auteurs Schirm et Vallant, "[e]n Ontario, le rôle de l'avocat pour l'enfant qui ne peut pas exprimer un choix est celui d'*amicus curiae*. Ici encore, l'avocat pour l'enfant incapable de mandater ne doit pas donner son 'opinion personnelle'. Les politiques du *Bureau de l'avocat des enfants* prévoit(sic) que l'avocat ne représente pas les meilleurs intérêts de l'enfant"[574].

Ce qu'il nous semble donc important de retenir est le fait que pour l'enfant incapable d'exprimer ses souhaits et ses désirs, le procureur de l'enfant ne doit pas donner son opinion personnelle. Il doit présenter toute la preuve requise afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures de garde. Nous énoncerons à ce propos au cours de cette section que la représentation de l'enfant incapable de donner un mandat valable à son procureur fait l'objet de questionnements similaires de la part de juristes américains qui, eux aussi, ont tenté d'apporter des solutions quelque peu "hybrides" à la problématique soulevée. Pour l'enfant mature, il semblerait bien établi, selon les tribunaux ontariens, que le procureur de l'enfant doit représenter son jeune client au même titre que tout autre individu et faire la promotion de ses souhaits et de ses désirs avec le même zèle qu'il pourrait le faire pour tout autre adulte.

---

[574]S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 193.

iii) Le procureur de l'enfant

Les tribunaux ont tenu à préciser que le procureur de l'enfant capable d'exprimer ses souhaits et ses désirs doit faire la promotion de ces désirs et de ces souhaits devant le tribunal, même si ses désirs vont à l'encontre de son intérêt supérieur. Le procureur de l'enfant a le même devoir de confidentialité envers son jeune client que pour l'adulte. De plus, en Ontario, le tribunal détient le pouvoir de mandater le procureur à l'enfant s'il en voit la nécessité. Des auteurs ont indiqué à ce propos que:

> "A court may appoint a lawyer to represent a child where it would be helpful in determining the best interests of the child (...) Where a lawyer is appointed to represent a child's interests, he or she must act as a lawyer. Counsel for a child can call witnesses, cross-examine, and make submissions on the evidence. However, he or she cannot give evidence from the floor or state the children's wishes or preferences as evidence unless all other parties to the litigation consent (...)."[575]

Dans l'affaire *Strobridge* c. *Strobridge*[576], la Cour d'appel de l'Ontario, en la personne du juge Osborne, a indiqué que le rôle d'un procureur de l'enfant devait être celui d'un avocat oeuvrant de façon traditionnelle si l'enfant était en mesure d'exprimer ses souhaits et ses désirs quant à sa garde, principes qui furent également soulignés par le juge Rothman dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* de la Cour d'appel du Québec. Dans l'arrêt *Strobridge*, un avocat du bureau de l'avocat des enfants avait

---

[575]James G. MCLEOD et Alfred A. MAMO, *Annual Review of Family Law*, Scarborough, Carswell, 1999, p. 78.

[576]*Strobridge* c. *Strobridge*, (1994) 4 R.F.L. (4th) 169 (Ont. C.A.), (1994) 18 O.R. 753 (C.A.), (1994) 115 D.L.R. 489 (Ont. C.A.)(juges Osborne, Labrosse, Austin)(en appel de la décision du juge Granger, 10 O.R. (3d) 540, [1992] O.J. nº1805 (Ont Ct(Gen. Div.))(ci-après appelé arrêt *Strobridge*).

émis ses opinions personnelles relativement à l'intérêt des enfants. Le juge Osborne de la Cour d'appel a souligné que le procureur des enfants ne pouvait être à la fois témoin et procureur. Il doit promouvoir les souhaits et les désirs de son client. Si l'enfant ne peut exprimer son choix, son procureur doit alors agir à titre d'*amicus curiae*[577]. Notons que cette façon d'aborder la question a également été celle de l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* dont nous ferons une étude plus soutenue dans cette section. Avant de ce faire, nous nous attarderons toutefois à la situation qui prévaut sur la scène internationale en matière de représentation de l'enfant par un procureur dans les procédures de garde.

c) Sur la scène internationale

Le rôle du procureur de l'enfant dans les procédures de garde soulève également de nombreuses questions dans plusieurs pays. La représentation de l'enfant dans les procédures judiciaires existent depuis plusieurs années, l'État de New York ayant été le premier État américain à avoir légiféré au sujet de la représentation de l'enfant par un avocat en matière familiale[578]. Aujourd'hui, aux États-Unis, nombreux États permettent la représentation de l'enfant par un avocat dans les procédures de garde[579]. En outre, dans certains États comme le Wisconsin[580], le procureur de l'enfant peut être appelé à exercer divers rôles dont celui de "guardian *ad litem*", de "Best

---

[577]Voir également S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 193.
[578]*The Family Court Act*, N.Y. Laws, c. 686, n° 241(196), amendé par L. 1970, c. 962.
[579]Linda D. ELROD et Robert G. SEPCTOR, "A Review of the Year in Family Law: Redefining Families, Reforming Custody Jurisdiction, and Refining Support Issues", (2001) 34 *Family Law Quarterly* 607.
[580]*de Montigny* c. *de Montigny*, 70 Wisc. 2d(3), 233 N.W. 2d 463 (Sup.Ct. 1975).

Interests Attorney" ou encore de procureur traditionnel[581].

Également, aux États-Unis, tout comme au Canada, une certaine uniformité des rôles du procureur de l'enfant semble se dessiner à l'horizon, mais non pas sans difficultés et confusion[582]. Dans les prochaines subdivisions, nous analyserons les divers rôles du procureur de l'enfant dans les procédures de garde. Nous avons choisi de nous attarder plus spécifiquement aux règles observées en Angleterre, en Australie, en France, en Afrique du Sud mais d'abord, aux États-Unis d'Amérique à cause, entre autres raisons, de la nature civiliste de la législation française et, pour les autres pays choisis, de leur rattachement au système de common law et l'accessibilité de ces sources.

i) Aux États-Unis d'Amérique

Aux États-Unis, divers organismes ont adopté au cours des dernières années des lignes directrices à l'intention des procureurs appelés à représenter des enfants dans les procédures au criminel ou au civil. Avant de nous pencher sur ces lignes directrices, précisons d'abord qu'aux États-Unis, l'enfant peut se faire représenter de plusieurs façons dans des procédures de garde. Il peut être représenté par un tuteur à l'instance appelé *guardian ad litem* (GAL), par un procureur agissant dans le meilleur intérêt de l'enfant ou l'intérêt supérieur de l'enfant (Best Interest Attorney) ou par un procureur dont le mandat consiste à le représenter comme n'importe quelle autre personne.

---

[581]AMERICAN BAR ASSOCIATION, *American Bar Association Section of Family Law Standard of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases*, août 2003. Ce document peut être consulté sur le site internet de l'"Association du Barreau Américain" à l'adresse ci-après: http://www.rabanet.org/family/reports/childreport.pdf.
[582]Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 14.

Tout avocat et toute personne non juriste peut assumer le rôle du *guardian ad litem* (GAL) (tuteur à l'instance). Ainsi, "[i]n twenty-three states, the child representative in a divorce is only a GAL, while in ten states the child representative takes the role of attorney for the child. Thirteen states provide that the representative can act either as a GAL or an attorney for the child while in four states the representative is a hybrid of a GAL and an attorney for the child. There is only one state in which there is no statutory language as to the role of the child representative in a custody proceeding"[583].

En 2003, l'American Bar Association (ABA) a publié des lignes directrices relatives à la représentation de l'enfant par un avocat[584]. La National Association of Counsel for Children (NACC) avait fait de même quelques années plus tôt[585]. En fait, en 1999, la NACC avait modifié les recommandations émises par l'ABA en 1996 en matière civile et choisi de publier des normes relatives aux devoirs et aux obligations des procureurs selon le type de représentation de l'enfant[586]. Avant de nous attarder à ces modifications, nous rappellerons que dans les procédures judiciaires de garde, l'ABA et la NACC ont affirmé que le rôle du procureur de l'enfant pouvait varier selon les circonstances. Ainsi, le procureur de l'enfant peut exercer le rôle d'un procureur traditionnel "who provides independent legal counsel for a child and who owes the same duties of undivided loyalty,

---

[583]Linda M. RIO, JD et A.J. BOUCHARD, "Representing Children in Custody Cases: Where We Are Now and Where We Should Go", dans NATIONAL ASSOCIATION OF COUNSEL FOR CHILDREN, *25 Years of Child Advocacy*, Denver, 2002, p. 93, à la page 101.
[584]AMERICAN BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 581.
[585]Ces recommandations peuvent être consultées sur le site internet de la "NCAA"à l'adresse ci-après: http://www.naccchildlaw.org.
[586]*Ibid.*

confidentiality and competent representation as are due an adult client"[587].

Le procureur de l'enfant peut aussi agir en qualité de "Best Interests Attorney", c'est-à-dire de procureur agissant dans l'intérêt supérieur de l'enfant; son rôle ressemble à celui du gardien *ad litem*. Ainsi, notons que cet avocat "provides independent legal services for the purpose of protecting a child's best interests, without being bound by the child's directives or objectives"[588]. L'ABA a souligné le fait que ce procureur doit agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant et d'une telle façon que, "[i]n a developmentally appropriate manner, the Best Interests Attorney will (1) investigate and advocate the child's best interests, (2) will investigate the child's views relating to the case and will report them to the court unless the child resquests that they not be reported, and (3) will use information from the child for those purposes, but (4) will not necessarily advocate what the child wants as the lawyer for a client would"[589].

Le procureur de l'enfant doit agir non pas selon son jugement personnel mais en tenant compte des critères objectifs précis établis afin de déterminer les besoins et les intérêts de l'enfant. De cette façon, "[a] Best Interests Attorney is functioning in a non-traditional role by determining the position to be advocated independently of the client. The Best Interests Attorney should base this determination, however, on objective criteria concerning the child's needs and interests, and not merely on the lawyer's personal values, philosophies, and experiences. A best-interests case should be based on the state's governing statutes and case law, or a good faith argument for modification

---

[587]AMERICAN BAR ASSOCIATION, *op. cit.*, note 581, p. 2 (Section II.B.1.).
[588]*Ibid*, (Section II.B.2.).
[589]*Id.*, p.16. (Section V.D.).

of case law. The lawyer should not use any other theory, doctrine, model, technique, ideology, or personal rule of thumb without explicitly arguing for it in terms of governing law on the best interests of the child. The trier of fact needs to understand any such theory in order to make an informed decision in the case"[590].

Selon l'ABA, il ne faut pas confondre le rôle du best interest attorney avec celui du *guardian ad litem* (GAL), puisque ce dernier "has become too muddled through different usages in different states, with varying connotations. It is a venerable legal concept that has often been stretched beyond recognition to serve fundamentally new functions, such as parenting coordinator, referee, facilitator, arbitrator, evaluator, mediator and advocate"[591], précisant que "the Best Interests Attorney investigates and advocates the best interests of the child as a lawyer in the litigation, while the Child's Attorney is a lawyer who represents the child as a client. Neither kind of lawyer is a witness. The role and duties of the lawyer should be tailored to the reasons for the appointment and the needs of the child"[592]. Et comme l'a indiqué un juriste québécois à ce propos:

> "La position américaine en ce qui a trait aux enfants qui sont en mesure de formuler un mandat est donc fort près de celle qui a été retenue dans l'affaire *M.F.* et va dans le sens d'accorder à l'enfant, sujet de droit, une plus grande autonomie. La différence entre le modèle de représentation des enfants en matière criminelle et en matière civile est toutefois maintenue mais, dans l'ensemble, les recommandations des groupes d'avocats américains s'éloignent du modèle paternaliste de la représentation des enfants."[593]

---

[590] *Id.*, p.18. (Section V.F.).
[591] *Id.*, p. 2.
[592] *Ibid.*
[593] Y. B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 14.

Aux États-Unis, la nomination d'un procureur de l'enfant n'est donc pas systématique et peut être ordonnée par le juge dans la majorité des États américains, soit dans 37 d'entre eux[594]. Dans les 14 autres États, un procureur de l'enfant peut être nommé dans certaines circonstances particulières, l'État du Wisconsin étant le seul où le gardien *ad litem* est nommé dans tous les cas de garde contestée en matière de divorce[595]. La nomination d'un procureur de l'enfant est plus fréquente dans les cas de garde provenant de couples ayant vécu en union de fait[596]. Par ailleurs, dans divers États américains, il existe peu d'uniformité dans les méthodes de nomination des procureurs pouvant assurer la représentation de l'enfant[597]. Le manque de fonds engendre également certaines difficultés dans la nomination de ces procureurs[598].

---

[594]L.M. RIO, JD et A. J. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 583, p. 95.
[595]*Samson* c. *Samon*, WIS.STAT. No. 767.045(2000).
[596]L.M. RIO, JD et A. J. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 583, p. 96.
[597]*Id.*, p. 99. Les auteurs indiquent que "[j]ust as the fifty-one jurisdictions differ in their statutes regarding the appointment of a child representative, so too do they differ in whom judges can appoint. Twenty-four jurisdictions appoint only private, legal service or pro bono attorneys-non-government-staff attorney-to represent children in custody disputes. Twenty-one states appoint non-government-staff attorneys and other professionals, including psychologists, social workers or Court-Appointed Special Advocates (CASAs). Five states appoint both non-government-staff attorneys and governement-staff attorneys employed by a state or county office, while only one state allows the combination of non-governmental, governmental attorneys and other professionals to represent children in custody cases."
[598]*Id.*, ces auteurs soulignent à la page 105 que "[t]he lack of adequate funds in many jurisdictions to compensate court-appointed child representatives is one of the greatest barriers to increase representation in custody and visitation proceedings. Many families cannot afford the costs of domestic relations litigation and must revert to pro se representation. Even those families that can afford their own attorneys often do not have additional resources for a 'third' attorney in the case. Children , therefore, are frequently left without adequate representation during custody and visitation disputes throughout the country."

Aux États-Unis et ailleurs dans le monde, peu d'enfants sont véritablement représentés par un procureur dans les procédures de garde, ce qui ne va pas sans poser certaines difficultés quant à l'écoute de la parole de l'enfant et la protection de ses droits[599]. D'autres pays dont l'Angleterre, l'Australie, la France et l'Afrique du Sud, sont aux prises avec des difficultés similaires. Ces pays prévoient eux aussi diverses modalités de représentation de l'enfant par un avocat[600] que nous examinerons dans la prochaine subdivision[601].

ii) En Angleterre, en Australie et en France

Nous énoncerons dans cette subdivision les principes de droit ainsi que les dispositions législatives existants dans les pays d'Angleterre, d'Australie et de France en matière de représentation de l'enfant par un avocat. Nous examinerons les tendances qui se dégagent sur la scène internationale et les pistes de solution qui pourraient en découler.

---

[599]Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484.

[600]*Ibid.*

[601]William J. KEOUGH, "The Separate Representation of Children in Australian Family Law-Effective Practice or Mere Rhetoric?", (2002) 19 *Rev. Can. Droit Fam.* 371, 391 où l'auteur précise que "(..) an established body of jurisprudence began to emerge in Australia that essentially characterized the child representative as a *best interests representative*, i.e.: a representative who is not the legal representative or advocate for the child and who does not act on the instruction of the child"; Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 11.

En Angleterre, *The Children Act* de 1989, entré en vigueur en octobre 1991, prévoit que l'enfant ne peut agir seul en tant que partie au litige judiciaire de ses parents. Si une autorisation d'intervention dans le débat est accordée par la Cour, l'enfant est alors représenté par le "Bureau du Official Solicitor". Toute personne peut agir au nom de l'enfant en tant que *guardian* sur autorisation de la Cour. Les tribunaux anglais se révèlent peu enclins à permettre à l'enfant d'agir seul dans le cadre de procédures judiciaires. Ils tentent toutefois de se conformer à l'arrêt *Gillick*[602] qui reconnaît une telle intervention. En vertu des *Family Proceedings Rules 1991*, modifiées en avril 1992, il est possible pour l'enfant de participer au débat qui oppose ses parents, et ce, sans être représenté par un *next friend* ou encore un *panel guardian*. En de telles circonstances, une preuve doit être faite devant le tribunal que l'enfant a une compréhension adéquate du litige et qu'un avocat peut le représenter. En ce qui a trait au rôle de l'avocat dans de tels litiges, son rôle est déterminé en fonction de la capacité de l'enfant de mandater son propre procureur[603].

En Australie, la représentation de l'enfant par un avocat est permise devant le tribunal depuis plusieurs années[604]. Il semblerait toutefois que peu d'enfants aient véritablement recours à une telle représentation. Ainsi, "(...) the practice of child representation in Australian family law shows that historicaly the law attributed a low worth to the separate representation of children, which was only

---

[602]*Gillick* c. *West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*, (1984) F.L.R.E. 249.
[603]*Re*: *S.(a Minor)*, [1993] All. E.R. 36.
[604]*Supra*, note 601.

ordered in cases that involved serious allegations of physical, emotional, or sexual abuse"[605].

Le rôle du procureur de l'enfant australien semble similaire à celui exercé par l'"Official Solicitor" en Angleterre[606], rôle confirmé par certains tribunaux australiens[607]. Dans son article, l'auteur Keough indiquait à ce propos qu'en Australie, le rôle du procureur de l'enfant ressemble davantage à celui de *l'amicus curiae*[608], propos qui ont été résumés ainsi par l'auteur Carrière: "[e]n matière familiale, (...) le modèle développé par la jurisprudence australienne ressemble plus à un modèle de représentation qui met de l'avant l'intérêt de l'enfant (*beneficience*) et où l'avocat ne reçoit pas son mandat directement de son client mais joue un rôle ressemblant à celui de l'*amicus curiae*"[609].

Voilà quelques années, les tribunaux australiens ont décrit plus en détail le rôle et les tâches du procureur de l'enfant dans les procédures de garde[610]. Ainsi, le tribunal a déclaré que le procureur de l'enfant doit agir de façon indépendante et impartiale devant le tribunal en agissant toujours dans l'intérêt de l'enfant. Il doit informer le tribunal des souhaits et des désirs de son jeune client sans être lié par le mandat ou les instructions donnés par celui-ci. Au moment du procès, le procureur doit présenter devant le tribunal tous les éléments qui militent en faveur de l'intérêt de l'enfant, si

---

[605]W. J. KEOUGH, *loc. cit.*, note 601, 383.
[606]*Supra*, note 602.
[607]*Todd* c. *Todd*, (1976) F.L.C. 90-91; *In Re*: *K.*, (1994) F.L.C. 92-461(Austl. Fam. Ct.), (QL).
[608]W. J. KEOUGH, *loc. cit.*, note 601.
[609]Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 11.
[610]*P.* c. *P.*, [1995] F.L.C. 92-616; les magistrats, dans les arrêts *Bennett* c. *Bennett*, [1991] F.L.C. 92 et *In Re K.*, précité, note 601, se sont également penchés sur la question de la représentation de l'enfant par un avocat en droit australien.

nécessaire, interroger et contre-interroger les témoins, protéger l'enfant des tourments qui pourraient être reliés au processus judiciaire ainsi que favoriser toute résolution du litige.

Les auteures Schirm et Vallant, qui ont analysé la situation qui y prévalait, ont indiqué qu'aujourd'hui, "[l]'Australie donne à l'enfant toute sa place dans le processus judiciaire et permet à celui-ci d'avoir une représentation adéquate en prévoyant l'expression de ses désirs ainsi que la garantie de la protection de ses droits. La Cour d'appel a joué un rôle très actif dans la détermination des critères applicables autant en matière de capacité de mandater, que du rôle du procureur et finalement, par l'établissement d'une liste non exhaustive des situations nécessitant la nomination d'un procureur à l'enfant"[611].

Le rôle du procureur de l'enfant dans les procédures de garde semble toutefois connaître certaines transformations. Ainsi, des représentants de la *Law Society of New South Wales* ont élaboré des lignes directrices ayant trait à la représentation de l'enfant par un avocat en soutenant que la plupart des enfants qui font l'objet de tels litiges détiennent la capacité requise afin de mandater eux-mêmes leur procureur et que "[t]he *Principles* are, therefore, firmly focused on propagating the "direct representation" model of child representation, as opposed to the "best interests"model"[612].Un juriste australien approuvait ces changements en affirmant que selon lui "(...) the proper role of the child representative is two-fold and is predicated on the child's level of maturity and sufficient

---

[611]S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 190.
[612]W. J. KEOUGH, *loc. cit.*, note 601, 409, 410. Les lignes directrices proposées par la *Law Society of New South Wales* peuvent être consultées sur le site internet de la "Law Society of New South Wale"à l'adresse ci-après: http://www.lawsociety.com.

understanding at the time child representative is required to appear in court. (...) If a child is 'competent' then the proper role of the child representative is to advocate the wishes of the child in accordance with the spirit and intent of Article 12 of the *Convention on the Rights of the Child*. If a child is not competent or expresses wishes which are not reconcilable with what is clearly in the child's interests, then the proper role of the child representative is to act as an *amicus curiae*"[613]. Il sera intéressant d'observer les changements que le législateur australien et les tribunaux apporteront au cours des prochaines années à ce type de représentation de l'enfant par un avocat.

En France, peu d'enfants sont représentés par un avocat en matière de garde. L'adoption de la *Loi Malhuret* du 22 juillet 1987 a permis au législateur d'imposer l'audition des enfants âgés de plus de 13 ans au moment de la désunion de leurs parents. Compte tenu de certaines difficultés engendrées par l'adoption de la *Loi Malhuret*, puisqu'on dit d'elle que "[l]a loi *Malhuret* est une loi mal faite et mal venue. (...) La substitution presque systématique de l'expression d'autorité parentale au mot de garde aboutit parfois à des résultats étranges (...) assimiler les enfants du divorce et les enfants naturels repose sur un rapprochement superficiel"[614], une remise en ordre législative a eu lieu en 1993 avec l'adoption de la *Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993* et l'insertion au Code civil français de l'article 388-1. Cette disposition prévoit que le mineur capable de discernement, peu importe son âge, peut désormais être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge dans toute procédure le concernant. Cette loi introduit également le concept de la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde, puisqu'elle permet à l'enfant d'être entendu avec un avocat ou une

---

[613] *Id.*, 397.
[614] P. MALAURIE et A. ARIÈS, *op. cit.*, note 49, paragraphe n° 781. Voir *supra*, note 385.

personne de son choix.

Avec l'adoption de la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002*, plusieurs dispositions sont venues s'ajouter à la loi existante. Parmi ces modifications, notons celles contenues au deuxième alinéa de l'article 373-2-10 du *Code civil* selon lesquelles les sentiments exprimés par l'enfant peuvent être considérés par le tribunal au moment de la désunion. Ces modifications prévoient également à l'article 373-2 que la séparation des parents demeure sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale et que chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Notons que cette loi abroge les articles 287 à 295 du Code civil et prévoit, à l'article 373-2-9, au moment de la désunion, que la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

En ce qui a trait à l'audition de l'enfant au moment de la rupture des parents, cette audition de l'enfant ne répond à aucune forme particulière, l'enfant pouvant bénéficier de l'aide juridictionnelle et être entendu avec la personne de son choix ou son avocat[615]. S'il y a lieu, le mineur choisit son avocat puisqu'à défaut de ce faire, l'avocat de l'enfant peut être désigné par le bâtonnier à la demande du juge. Le procureur de l'enfant n'a pas uniquement pour mission de représenter l'enfant mais aussi à aider l'enfant à exprimer ses souhaits et ses désirs au juge quant à son lieu de

[615]Voir les articles 338-2 à 338-9 du nouveau Code de procédure civile français (NCPC) issu du décret n° 93-1091 du 16 septembre 1993 qui apparaissent sous le titre du code intitulé "l'audition de l'enfant en justice", ce qui indique la promotion officielle de l'enfant au rang d'acteur potentiel du procès familial; consulter également sur le sujet J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, note 95, p. 427; voir *supra*, note 153.

résidence suite à la rupture de ses parents. L'audition de l'enfant peut aussi avoir lieu à l'initiative du juge. Cette audition se veut facultative, ce qui semble plaire à une auteure qui exprimait ses craintes dans le cas contraire:

> "Rendre obligatoire l'audition aurait pu paraître trop systématique et même dangereux pour l'enfant dans certaines hypothèses. Si une partie lui demande d'entendre l'enfant, le juge n'est pas tenu de motiver son refus. La jurisprudence antérieure perdure: le juge n'est pas tenu d'entendre personnellement l'enfant. Il peut mandater à cet effet toute personne ou service de son choix. (...) Il n'est pas rare, surtout en matière de divorce, que l'audition soit effectuée lors de l'enquête sociale. Naturellement, l'enfant peut toujours refuser d'être entendu par le juge ou par la personne désignée par lui à cet effet. Le droit à la parole a comme corollaire le droit de refuser de s'exprimer, c'est-à-dire, un droit au silence"[616].

Malgré tout, même si le législateur français permet l'écoute de la parole de l'enfant dans les procédures de garde de même que sa représentation par un avocat au moment de la désunion des parents, un juriste français exprimait son insatisfaction à l'endroit de la lenteur des changements apportés:

> "(...) la loi du 8 janvier 1993 vient de le [l'enfant] promouvoir 'acteur' dans les procès familiaux. Sans acquérir à proprement parler la qualité de 'partie' au procès (il ne peut donc pas former lui-même des demandes ou des voies de recours), il peut y être désormais entendu et *représenté de façon autonome*: à sa demande, il peut être entendu et bénéficier d'un avocat, pour l'assistance duquel il jouit automatiquement de l'aide juridictionnelle. La loi couronne ainsi un mouvement en faveur des 'avocats d'enfants' qui s'était fait jour depuis quelques années, mais dont la mise en vigueur effective n'est guère encore une réalité."[617]

---

[616]J. RUBELLIN-DEVICHI, *op.cit.*, note 95, p. 690; A. BÉNABENT, *op. cit.*, note 153, p. 278.
[617]A. BÉNABENT, *op. cit.*, note 153, p. 12; consulter également sur le sujet J. RUBELLIN-DEVICHI, *op.cit.*, note 95, p. 633; Voir *supra*, note 153.

La France, tout comme l'Angleterre, semble peu réceptive à la possibilité pour l'enfant d'intervenir directement au litige judiciaire de ses parents. Toutefois, compte tenu du rôle plus inquisiteur du juge dans ce pays de droit civiliste, nous constatons que le juge peut, de sa propre initiative, inviter l'enfant à prendre la parole sur la question relative à sa garde ainsi qu'à exprimer ses désirs au moment de la désunion de ses parents.

Assurer l'écoute de la parole de l'enfant dans les procédures de garde ainsi que le respect de ses droits et de son intérêt peuvent se révéler une tâche ardue pour certains législateurs. Nos recherches nous ont toutefois permis de prendre connaissance de dispositions novatrices à cet égard. Dans la prochaine subdivision, nous examinerons les mesures déjà prises depuis quelques années dans le pays d'Afrique du Sud. Nous constaterons que le législateur de ce pays aura su faire preuve de créativité afin de remédier à la problématique soulevée dans cette thèse.

iii) En Afrique du Sud

L'approche novatrice que nous proposons dans cette subdivision est celle élaborée par le législateur d'Afrique du Sud qui, en 1990, a créé un bureau du procureur de la famille ayant comme mandat de protéger l'intérêt de l'enfant vivant le divorce de ses parents[618]. La création de ce bureau

---

[618] *The Mediation in Certain Divorce Matters Act 24 of 1987*. Cette loi est entrée en vigueur le 1er octobre 1990.

a fait suite à la présentation des conclusions du rapport Hoexter, *The Hoexter Report*[619], dans lequel les difficultés de l'enfant au moment de la désunion de ses parents avaient été présentées, difficultés attribuables à l'existence d'un système judiciaire contradictoire et à son impact sur l'enfant[620]. Certaines conclusions de ce rapport présentent le bien-fondé des arrangements à l'amiable pris par les parties qui avaient trait à la garde des enfants. Selon les conclusions de ce rapport, les ententes déposées par les couples à la Cour au moment de leur rupture présentaient de nombreuses lacunes.

Parmi l'une des nombreuses conclusions de ce rapport, notons que les auteurs du rapport soulignaient que "(...) the appropriateness of decisions affecting the children is not sufficiently examined. Cases are finalised in a superficial manner as the Court hears evidence of only the plaintiff and there is seldom a legal representative for the child(ren). This naturally means that the interests of the children are subordinate to those of the parents. Furthermore, the adversarial system encourages conflict which, in turn, undermines appropriate settlements"[621].

Le bureau du procureur de la famille a conséquemment mis à la disposition des membres de la famille un procureur pouvant informer le tribunal de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce bureau offre un service chargé de mener une enquête sur l'intérêt de l'enfant et d'offrir une expertise psycho-sociale en matière de garde ainsi qu'un service de médiation obligatoire favorisant la résolution des conflits entre les parents en instance de divorce[622]. Les ententes relatives à la garde de l'enfant sont

---

[619]R. SCHERRER et D.A. LOUW, "The origin and functioning of the family advocate system", (2003) 31(4) *International Journal of the Sociology of Law*, 343.
[620]*Ibid.*
[621]*Id.*, 347.
[622]*Ibid.*

donc revues par un avocat du bureau du procureur de la famille qui s'assure que, dans chaque cas, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit respecté.

Selon le mode de fonctionnement du bureau du procureur de la famille, "[a]s soon as divorce proceedings are instituted by parties in the High Court, the family advocate is immediately involved by monitoring the case to identify problems that may affect the children. In terms of regulations of the Act, an Addendum A is filled in under oath by the claimant/applicant and delivered to the Registrar of the High Court and the defendant/respondent (....) These and other related legal documents (...) are sent to the Office of the Family Advocate by the Registrar to be studied. In this regard the family advocate has the authority to direct enquiries about settlement that may have been reached and may still order an investigation if there is a suspicion that the agreement between the parents is not in the best interest of the minor children"[623].

L'approche retenue par le législateur d'Afrique du Sud nous semble particulièrement intéressante bien que nécessitant des fonds substantiels. Elle nous permet de présenter quelques pistes de solutions aux problèmes soulevés dans cette thèse quant à la représentation de l'enfant par un avocat, à l'écoute de sa parole dans les litiges de garde et à la façon de s'assurer du respect de l'intérêt de l'enfant dans les cas non contestés de divorce. En fait, tant au Canada qu'ailleurs dans le monde, la représentation de l'enfant par un avocat ne constitue que l'un des nombreux modes d'écoute indirecte de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents. Les tribunaux québécois permettent à l'enfant mature d'être représenté par un avocat qui devra exercer le rôle

---

[623] *Id.*, 348.

traditionnel de procureur. Toutefois, nous constatons que l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* de la Cour d'appel du Québec a soulevé d'autres questions dont celles reliées au rôle du procureur de l'enfant immature incapable de donner un mandat valable à son procureur ainsi qu'une remise en question du bien-fondé du rôle du procureur de l'enfant dans les litiges de garde. Puisque nous estimons que la représentation de l'enfant par un avocat demeure essentielle à l'enfant vivant la désunion des parents, nous proposerons dans la prochaine sous-section une analyse de l'arrêt de la Cour d'appel *M.F.* c. *J.L.*, et ce, afin de répondre aux problèmes soulevés.

Sous-section C: la représentation de l'enfant par un avocat: le bien-fondé d'une telle représentation et le mandat de l'enfant immature: analyse et discussion

Les questions soulevées par les juges de la Cour d'appel dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, qui a causé beaucoup de perplexité chez les juristes, sont de deux ordres. Elles concernent d'abord le bien-fondé de la représentation de l'enfant par un avocat et le rôle du procureur de l'enfant immature incapable de donner un mandat valable quant à sa représentation.

Pour l'enfant mature, capable de donner un mandat valable à son procureur, les enseignements de la Cour d'appel du Québec semblent avoir été bien reçus, comme en fait foi la décision du juge Bellavance dans l'affaire *C.B.* c. *R.L.*[624] selon qui: "[l]e premier paragraphe des motifs du juge Rothman situait très bien le débat:'This appel raises the question of the proper role of an attorney who represents a child in divorce proceedings between the parents of the child where one of the principal issues in these proceedings is the father's right of access to the child'".

---

[624]*C.B.* c. *R.L.*, [2004] R.D.F. 44 (juge Paul-Marcel Bellavance), p. 1.

Mais il en est malheureusement autrement pour l'enfant immature. Dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, les juges de la Cour d'appel ont jugé opportun de se prononcer sur le rôle du procureur de l'enfant immature, point qui n'avait été nullement soulevé par les parties en litige, ni n'était d'ailleurs utile dans la résolution du conflit. En plus de cette digression, les juges de la Cour d'appel ont également jugé opportun d'émettre des commentaires sur la nécessité de nommer un procureur à l'enfant dans les procédures de garde, commentaires qui nous ont semblé tout aussi inutiles dans la résolution du litige et qui portait sur une question qui n'avait pas non plus été soulevée par les parties. Compte tenu cependant de l'importance des énoncés formulés et des répercussions qu'ils pourraient avoir sur l'évolution des règles de droit, nous examinerons plus en détail, dans cette sous-section, le rôle du procureur de l'enfant immature et, en premier lieu, le bien-fondé de la représentation d'un enfant par un avocat dans les procédures de garde.

a) Le bien-fondé de la représentation de l'enfant par un avocat

Puisque, sans crier gare et sans aucune utilité particulière, les juges de la Cour d'appel se sont interrogés sur le bien-fondé de la représentation de l'enfant par un avocat en matière familiale, nous rappellerons les propos du juge Pelletier qui a été le premier à avoir jeté un pavé dans la mare:

> "J'insiste en terminant sur le caractère de nécessité qui doit guider le juge dans le choix de la mesure prévue à l'article 394.1.C.P.C. (...) Le critère de nécessité est important, car la mesure peut en effet comporter des inconvénients. Ainsi, en matière familiale, là où la problématique se soulève le plus fréquemment, une telle intervention est susceptible d'alourdir le débat et de prolonger une enquête déjà propice à l'exacerbation des émotions. Avant d'y recourir, il faut donc que le juge estime que ni l'audition de la personne concernée en qualité de témoin ni les autres outils, comme les expertises psychosociales, par exemple, ne lui permettront de dégager avec suffisamment de certitude les éléments propres à assurer la sauvegarde des intérêts du mineur ou de l'inapte."[625]

Et le juge Chamberland d'ajouter: "(...) mon collègue Pelletier a raison d'insister sur le caractère de *nécessité* qui doit guider le juge dans le choix de la mesure prévue à l'article 394.1 C.P.C. Il ne faut pas que la nomination d'un procureur à l'enfant ou au majeur inapte soit perçue comme la seule façon, voire même comme la façon privilégiée, d'assurer la sauvegarde de leur intérêt. Mon collègue a raison, à mon avis, de rappeler que le juge ne devrait recourir à cette mesure qu'en cas de nécessité"[626].

Le fait de limiter la possibilité pour l'enfant d'avoir recours aux services d'un procureur en matière de garde nous semble contraire aux intérêts de l'enfant et tout aussi contraire au respect de ses droits. Les commentaires des juges Pelletier et Chamberland, pourrait-on faire remarquer, ont été fait en *obiter dictum* et pour cette raison, ne sauraient lier les tribunaux en droit civil québécois. Mais il y a plus. En droit civil, le texte de loi constitue la première source du droit et il convient de nous y attarder[627]. Avant de ce faire et d'analyser plus en détail cet arrêt, nous en rappellerons les fait.

---

[625]*M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370, 687.
[626]*Id.*, 686.
[627]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 49, p. 24.

Dans cette affaire, les parties au litige, parents d'un jeune garçon âgé d'un peu moins de dix ans au moment des procédures judiciaires, font l'objet d'un divorce chaudement contesté. Dans le cadre des procédures judiciaires, l'enfant, représenté par une première avocate, intervient directement au litige de ses parents en alléguant, dans sa requête en intervention, qu'il détient la capacité de s'exprimer et la maturité justifiant une telle intervention et qu'il est de son intérêt supérieur qu'il puisse intervenir dans le litige judiciaire de ses parents. À l'époque, les parents conviennent que leur enfant a la maturité requise afin d'intervenir au litige judiciaire et la capacité de donner des instructions valables à son procureur quant à sa représentation. L'intervention de la première avocate, non contestée par les parents, est confirmée par le tribunal. Dans son mandat, la procureure de l'enfant demande la tenue d'une expertise psychosociale dont le contenu fera l'objet de deux évaluations déposées devant le tribunal. Dans la première, l'expert recommande la tenue de visites supervisées entre le père et l'enfant, ainsi qu'une participation de l'enfant à des séances de psychothérapie. Dans la deuxième, également déposée au dossier de la Cour quelque neuf mois plus tard, le même expert soutient que l'antipathie existant entre le père et le fils est causée par la mère qui, selon son évaluation, souffre du syndrome d'aliénation parentale. L'expert recommande, dans l'intérêt de l'enfant, que les contacts entre le père et l'enfant soient rétablis et que des séances de thérapie familiale soient ordonnées.

Suite au dépôt de cette deuxième évaluation, le père de l'enfant demande au tribunal le remplacement de la procureure de l'enfant pour le motif que l'avocate n'a pas exercé son mandat de façon impartiale et qu'elle a agit en tant que porte-parole de la mère. Une nouvelle procureure à l'enfant est nommée par les parties en vertu de l'article 394.1 C.p.c.. Suite aux représentations de la nouvelle avocate de l'enfant qui ne conviennent pas à la mère de l'enfant, cette dernière demande à son tour le remplacement de l'avocate de l'enfant par un autre procureur pour le motif que la procureure de l'enfant refuse de faire valoir auprès du tribunal les souhaits et les désirs de son enfant, celle-ci se contentant plutôt d'énoncer les souhaits et les désirs de l'enfant sans en promouvoir le bien-fondé. À cet égard, la nouvelle procureure de l'enfant avait recommandé au tribunal la reprise des contacts entre le père et l'enfant alors que l'enfant émettait le désir de ne plus voir son père.

Le tribunal de première instance rejette la requête de la mère et refuse que la nouvelle procureure de l'enfant soit remplacée. Dans ses motifs, la juge Lemelin indique qu'il ne paraît pas "inapproprié" que l'avocate de l'enfant soumette devant le tribunal toute la preuve pour faire ressortir l'intérêt de l'enfant en plus de la position de celui-ci. La mère porte la décision de la juge Lemelin en appel. La Cour d'appel du Québec, en la personne du juge Rothman, accueille la requête de la mère, considérant que l'enfant est mature et capable d'exprimer ses souhaits et ses désirs et tout aussi capable de donner un mandat valable à sa procureure quant à sa représentation, et ce, peu importe que le mandat de l'avocate de l'enfant ait été émis en vertu de l'article 394.1 C.p.c. ou en vertu d'une intervention directe de l'enfant au litige de ses parents. Selon le juge Rothman, la procureure de l'enfant doit agir au nom de son jeune client comme pour tout autre adulte et faire

valoir à la Cour les souhaits et les désirs de l'enfant. Dans ses motifs, le juge conclut en indiquant que la procureure de l'enfant "is not entitled to make recommendations or submissions to the Court contrary to the expressed wishes of the child. (...) I am of the view, regretfully, that she should be replaced"[628]. Les juges Chamberland et Pelletier souscrivent aux motifs du juge Rothman avec les réserves que l'on connaît.

En droit civil québécois, le *Code civil du Québec* ainsi que les lois qui le complètent dont le *Code de procédure civile*, ont primauté[629]. Ainsi, selon l'article 394.1 C.p.c., le législateur a prévu que lorsque dans une instance, le tribunal constate que l'intérêt d'un mineur est en jeu et qu'il est nécessaire pour en assurer la sauvegarde que le mineur soit représenté, il peut ajourner l'instruction de la demande jusqu'à ce qu'un procureur soit chargé de le représenter. Cette disposition, qui a été adoptée par le législateur en 1994, remplace celle autrefois prévue à l'article 816 C.p.c. adoptée lors de la réforme du droit de la famille au début des années1980[630].

---

[628]*M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370, 685.

[629]Rappelons que pour les enfants nés de couples en union de fait, les articles 599 et suivants du *Code civil du Québec* relatifs à l'autorité parentale et à sa garde ainsi que les articles 394.1 et suivants du *Code de procédure civile* du Québec reçoivent application; en matière de divorce, les époux en instance de divorce sont à la fois régis par la *Loi sur le divorce* quant à leur rupture ainsi qu'aux lois des provinces quant aux effets du divorce. Ainsi, au Québec, en matière de droits civils, l'article 517 C.c.Q. prévoit que: "Le divorce est prononcé conformément à la loi canadienne sur le divorce. Les règles relatives à l'instance en séparation de corps édictées par le présent code et les règles du Code de procédure civile s'appliquent à ces demandes dans la mesure où elles sont compatibles avec la loi canadienne"; Art. 513 C.c.Q.: "La séparation de corps ne prive pas les enfants des avantages qui leur sont assurés par la loi ou par le contrat de mariage. Elle laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants."; Art. 514 C.c.Q.:"Au moment où il prononce la séparation de corps ou postérieurement, le tribunal statue sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants, dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits, en tenant compte, s'il y a lieu, des accords conclus entre les époux."

[630]Les 394.1 C.p.c. et ss. sont entrés en vigueur en 1992 (1992, c. 57) et remplacent les articles 816 C.p.c. et ss. adoptés en vertu de la *Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille*,

Avant l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, les tribunaux reconnaissaient à l'enfant le droit de se faire représenter par un avocat lorsque celui-ci intervenait directement au litige judiciaire de ses parents. Dans la majorité des cas, cette intervention était présentée par son procureur. Le juge Nichols avait alors déclaré que "le temps me paraît venu de dire clairement que le 'respect des droits de l'enfant' ne saurait avoir une signification véritable si on ne lui reconnaît un droit d'intervention et de représentation (...)"[631] et le juge Chamberland de préciser que "[l]es enfants, sujets de droit, ont un droit strict à la représentation par avocat; ils peuvent exercer ce droit, s'ils en ont la capacité, en confiant le mandat de les représenter à un avocat de leur choix, peu importe en théorie que cet avocat leur ait été présenté par un voisin, un oncle, un cousin, un ami, un ou l'autre de leurs parents, le service de référence du Barreau du Québec ou autrement"[632].

Même si certains juges avaient parfois refusé de nommer un procureur à l'enfant dans certaines circonstances[633], une tendance favorable des tribunaux à la représentation de l'enfant par un avocat

---

L.Q. 1982, c. 17, sanctionnée le 11 juin 1982 et entrée en vigueur le 1er décembre 1982; voir *supra*, note 60.

[631] *Droit de la famille-1549*, précité, note 368, 863.

[632] *Droit de la famille-2224*, précité, note 367, 399; *D.(W.)* c. *A.(G.)* et *R.F.W.* et *al.*, précitée, note 155. Dans cette affaire, dans la décision de première instance, la juge Laberge a indiqué au sujet de la représentation de l'enfant par un avocat que "[l]es enfants ont un droit strict à la représentation par avocat. En l'absence de contestation de l'intervention, on ne peut donc remettre en question le mandat de l'avocat et la capacité de donner ce mandat."

[633] À titre d'exemple, citons la décision *B.* c. *C.* et *C.*, (C.S.) (juge Diane Marcelin, C.S. Montréal nº 500-12-232387-963, décision du 26 mai 1998) dans laquelle la juge avait ordonné la nomination d'un nouveau procureur à l'enfant puisqu'elle avait considéré que les parents devaient choisir de concert l'avocat de leur enfant, ce qui n'avait pas été fait au moment de l'intervention de la procureur à l'enfant. C'est à tort selon nous que la juge Marcelin avait abordé la question de la représentation de l'enfant par un avocat en tant qu'exercice de l'autorité parentale des parents et non pas comme un droit de l'enfant à exercer de façon autonome son droit à sa représentation par un avocat.

semblait bien établie[634]. Il nous semble donc important que cette tendance des tribunaux soit maintenue et que les tribunaux demeurent favorable à la représentation de l'enfant par un avocat dans les procédures de garde malgré l'approche restrictive proposée par les juges Chamberland et Pelletier dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*

Pour ce faire, nous soutenons que le droit à la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde constitue également un droit reconnu à l'enfant comme pour tout individu, au même titre que l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne* garantissent à toute personne le droit d'être représentée par un avocat[635]. Nous soutenons également que le droit à la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde constitue le corollaire du droit de l'enfant à être entendu[636]devant les tribunaux prévu à l'article 34 du *Code civil du Québec* et à l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989[637] dont les valeurs qui la sous-tendent ont déjà servi d'outil d'interprétation. À cette

---

[634]*Droit de la famile-3280*, [1999] R.D.F. 301 (C.S.) (J.E. 99-821)REJB 1999-11853 (juge René Hurtubise).

[635]Dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, le juge Rothman a indiqué à la page 681 que "(...) the right to representation by counsel is an essential adjunct of the right to be heard, and that right to representation by counsel is specifically protected under article 34 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* (...)".

[636]*Ibid*; consulter également R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 288; J. DOUCET, *loc. cit.*, note 523; S. SCHIRM et P. VALLANT, *loc. cit.*, note 378, p. 198 et Michel TÉTRAULT, *Droit de la famille. Aspects juridiques et déontologiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 378 où l'auteur souligne au sujet de l'enfant que "[s]'il possède le droit d'être entendu, la conséquence ne peut être que sa représentation par un procureur".

[637]Rappelons que le deuxième aliéna de l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit qu'"[à] cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriées, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale".

fin, nous considérons que la *Convention relative aux droits de l'enfant* pourra servir d'outil d'interprétation de l'article 34 du *Code civil du Québec* afin de garantir à l'enfant son droit à la représentation par un avocat dans les procédures de garde.

Il convient de rappeler que, dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, sur lequel nous reviendrons plus loin, la juge L'Heureux-Dubé, qui avait rendu son jugement au nom de la majorité, avait reconnu que "(...) la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada. Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois en matière de contrôle judiciaire (...) Les principes de la Convention et d'autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l'enfance, et à l'attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l'espèce constituait un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire"[638].

Il ressort de cet arrêt de la Cour suprême du Canada qu'il "(...) est tout à fait correct, dans le processus d'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire, d'avoir recours aux dispositions des conventions internationales qui n'ont pas été intégrées dans la législation mais

---

[638] *Baker* c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1992] 2 R.C.S. 817, ci-après appelé arrêt *Baker*. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada avait accordé à madame Baker, une jamaïcaine, le droit de faire une demande de résidence permanente à l'intérieur du pays 'pour des raisons d'ordre humanitaire' puisque madame Baker était la seule personne à pouvoir prendre soin de ses deux enfants nés au Canada; voir *infra*, note 771.

auxquelles les instances étatiques sont présumées vouloir se conformer"[639].

Puisque le deuxième aliéna de l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriées, nous considérons que cette disposition de la *Convention relative aux droits de l'enfant* milite en faveur de la représentation de l'enfant par un avocat dans les procédures de garde, et ce, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Mais il y a plus, l'article 394.1 C.p.c., qui a remplacé l'article 816 du *Code de procédure civile*, visait à "garantir la protection des droits de l'enfant en prévoyant les règles relatives à une représentation adéquate (...)"[640]. Malgré le remplacement de l'article 816 C.p.c. par l'article 394.1 C.p.c., ce besoin de protection de l'enfant demeure toujours. Également, comme nous l'avons déjà mentionné, dans la majorité des litiges soumis avant l'arrêt *M.F.* c. *J.L*, les enfants intervenaient eux-mêmes au litige de leurs parents avec l'aide, dans la majorité des cas, de leur procureur. L'arrêt *M.F.* c. *J.L.* marque conséquemment un tournant à cet effet, puisque le rôle du procureur de l'enfant n'est plus lié à son mode de nomination. Il se pourra ainsi que plusieurs enfants voudront voir leurs souhaits et leurs désirs clairement exprimés devant le tribunal sans nécessairement vouloir intervenir

---

[639]Jacques CHAMBERLAND, "L'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* par les tribunaux canadiens depuis l'arrêt *Baker*: erre d'aller ou accélération?", document publié par le BUREAU INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, Montréal, p. 4, qui peut être consulté sur le site internet du "Bureau international des droits de l'enfant" à l'adresse ci-après: http:// www.ibrc.org.

[640]*Journal des débats*, Troisième session, 32e Législature, 11 juin 1982, vol. 26, nº 72.

directement au litige de leurs parents. Qui de mieux alors qu'un procureur à l'enfant pour s'assurer que leurs droits soient respectés et leurs désirs entendus?

À ces arguments, nous pourrons prétendre, *a contrario*, que si la demande de nomination d'un procureur de l'enfant mature était refusée en vertu de l'article 394.1 C.p.c. pour motif d'absence de nécessité selon une interprétation restrictive faite par le juge, l'enfant pourrait alors faire valoir ses droits autrement et cette fois-ci intervenir directement dans le litige judiciaire de ses parents en vertu des dispositions législatives d'intervention directe, laquelle serait alors accordée si son intérêt était démontré. Le refus initial du tribunal de permettre la représentation de l'enfant par un avocat ne se révélerait-il pas contraire aux intérêt et au droit de l'enfant d'être entendu devant le tribunal puisque celui-ci pourrait faire indirectement ce que le tribunal lui aurait refusé de faire directement?

Manifestement, nous réitérons que les commentaires émis par les juges de la Cour d'appel à propos de la nécessité de nommer un procureur à l'enfant en matière de garde nous ont semblé d'aucune utilité puisque les parents avaient déjà reconnu la maturité de l'enfant et sa capacité d'intervention dans leur litige judiciaire. Nous considérons ainsi que la demande de représentation de l'enfant mature par un avocat en matière de garde selon l'article 394.1 C.p.c. devrait faire l'objet d'une attention particulière de la part des juges et recevoir, autant que faire se peut, une interprétation favorable lorsqu'une telle demande est présentée devant le tribunal. Que devons-nous conclure maintenant du rôle du procureur de l'enfant immature? Au même titre que les raisons précédemment énoncées, nous considérons que les propositions des juges de la Cour d'appel, sur ce point également, causent plus de confusion qu'ils n'apportent de solution. Nous examinerons dans

la prochaine sous-section les raisons pour lesquelles ces propositions devraient être écartées et le rôle qui pourrait être attribué au procureur d'un enfant immature.

b) Le rôle du procureur de l'enfant immature

Afin de mieux situer les paramètres en jeu, citons à nouveau les propos du juge Pelletier:

> "Lorsque les capacités intellectuelles d'une partie sont trop réduites pour qu'elle soit en mesure d'exprimer des vues dont la prise en compte serait nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts, la mesure prévue à l'article 394.1 C.P.C. ne m'apparaît pas indiquée. Il faut en effet convenir que l'avocat ainsi chargé de représenter une partie incapable d'exprimer ses vues n'aurait rien à dire sauf à exprimer sa propre vision des choses. Voilà qui n'est pas le rôle de l'avocat *ad litem*, mais plutôt celui de *l'amicus curiae*."[641]

Dans un premier temps, nous noterons que les propos du juge Pelletier ont été tenus en *obiter dictum*; conséquemment, ils ne sauraient en toute rigueur lier les tribunaux. Dans un deuxième temps, les propos du juge Pelletier n'ont pas été partagés par les autres juges de la Cour d'appel, le juge Chamberland exprimant les réserves suivantes:

> "En effet, mon collègue Pelletier estime que l'usage des pouvoirs conférés par cet article doit être limité aux cas où un mineur ou un majeur inapte est en mesure d'exprimer sa volonté, ajoutant que la mesure prévue à ct article n'est pas indiquée lorsque les capacités intellectuelles d'une personne sont trop réduites pour qu'elle soit en mesure d'exprimer un avis sur ce que serait son meilleur intérêt. Avec égards, il me semble que mon collègue voit dans l'article 394.1 C.P.C. une limite au pouvoir du juge qui n'y est pas."[642]

---

[641] *M.F.* c. *J.L.*, précité, note 370, 686, 687.
[642] *Id.*, 686.

Le juge Rothman n'a fait aucun commentaire sur la question. Le débat est donc lancé. Les tribunaux ont semblé bien situer la problématique reliée à la capacité et à la maturité de l'enfant suite à l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* Dans la décision *C.B.* c. *R.L.*[643], le juge Bellavance a indiqué que le problème de la capacité de l'enfant de donner un mandat valable à son procureur se présentait sous deux angles, soit la capacité physique et intellectuelle de l'enfant de s'exprimer et l'expression en toute liberté par l'enfant de ses souhaits et de ses désirs. En ce qui a trait à la capacité physique et intellectuelle de l'enfant de s'exprimer, cette capacité ne posait aucune difficulté en l'espèce. Le juge a toutefois exprimé certaines réserves en ce qui a trait à l'aspect libre et volontaire des souhaits et des désirs émis par l'enfant. Mais puisque le premier aspect de la question posée avait été démontré, le juge a fait droit à la demande de l'enfant de ne plus être représenté par son avocat, même s'il semblait douter de la pleine liberté de l'enfant quant au choix effectué et il a donc ordonné au procureur de l'enfant de se retirer du dossier.

La maturité ou la capacité de nommer un procureur, selon l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, n'est reconnue, à l'enfant, que lorsqu'il peut exprimer ses souhaits ou ses désirs reliés à sa garde et qu'il est en mesure de donner un mandat valable à son procureur même s'il peut avoir été influencé dans ses choix comme l'a reconnu le juge Bellavance [644] et comme l'affirmé la juge Roy dans l'affaire *J.F.* c.

---

[643] *C.B.* c. *R.L.*, précitée, note 624. Dans cet arrêt, les trois procureurs au dossier ont indiqué qu'il y avait aliénation du père à l'endroit de son enfant, âgé de 13 ans. Le juge a tout de même accueilli la requête du père et a ordonné au procureur de l'enfant de se retirer.
[644] *Id.*

C.L.[645]. Il nous est donc permis de considérer qu'*a contrario*, l'enfant sera considéré immature ou incapable de donner un tel mandat à son procureur s'il ne peut exprimer ses souhaits et ses désirs et s'il n'a pas la capacité de donner un tel mandat à son avocat. Mais comment le procureur de l'enfant incapable de donner un mandat valable pourrait-il représenter ce dernier, compte tenu des propos tenus par le juge Pelletier? Malgré les positions divergentes émises, il nous semble permis de soutenir que l'enfant immature peut être valablement représenté par un procureur devant les tribunaux dans les procédures de garde.

L'intérêt et la nécessité d'assurer le respect du droit de l'enfant mature ou immature d'être entendu, par la nomination d'un procureur à l'enfant, nous semblent justifiés dans de nombreux cas, à cause, entre autres raisons, par la nature complexe du processus judiciaires en cause, dans certains litiges hautement conflictuels. Et les raisons qui justifient la représentation de l'enfant immature par un procureur dans les procédures de garde nous semblent nombreuses. Seul le procureur de l'enfant nous apparaît en mesure de colliger de façon objective et impartiale l'ensemble des éléments de preuve relatifs à l'intérêt de l'enfant et au respect de ses droits, éléments de preuve devant être soumis au tribunal au moment du procès. La description des tâches et des rôles de chacun des intervenants au litige justifie nos prétentions. L'expert en relations humaines ne peut favoriser le respect du droit de l'enfant d'être entendu devant le tribunal compte tenu du mandat donné dans l'exécution de l'évaluation psychosociale et, dans les litiges hautement conflictuels, les points de vue opposés des parents sur la garde de leur enfant peuvent parfois fausser leur objectivité quant à l'intérêt véritable de celui-ci. Également, le juge ne peut, par la nature de ses fonctions, mener seul

---

[645] *J.F.* c. *C.L.*, précité, note 533.

la cueillette de données reliées à la situation vécue par l'enfant sans l'aide d'une tierce personne. Seul le procureur de l'enfant nous semble en mesure d'exécuter de telles tâches et d'accomplir pareilles fonctions auprès de l'enfant mature ou non[646]. À cause de la complexité du système judiciaire et des éléments en jeu auxquels l'enfant est confronté lors d'un procès en matière de garde[647], nous ne saurions que trop insister sur l'importance de protéger l'enfant contre les éventuelles querelles de ses parents et les méandres de la procédure[648]. En fait, faire valoir le droit de l'enfant d'être entendu avec justesse, présenter au tribunal l'ensemble des faits reliés à son intérêt et au respect de ses droits, nous semble fondamental.

---

[646]Un praticien d'expérience, M[e] Jean Gauthier, du Centre communautaire juridique de Saint-Jérôme, a récemment publié un article portant sur la représentation des enfants au Québec et sur certaines directives portant sur les compétences et les tâches du procureur à l'enfant. L'article de M[e] Gauthier, intitulé "La représentation des enfants" a été publié dans le cadre de la Conférence du Bureau international des droits des enfants et peut être consulté sur le site internet du "Bureau international des droits des enfants"; voir *supra*, note 639.

[647]La directrice de la London Family Court Clinic en Ontario, madame Pamela Hurley, déclarait lors d'une conférence du Bureau international des droits des enfants que peu importe la qualité du travail de l'avocat, le système judiciaire contradictoire constitue une épreuve pour les enfants. Consulter à ce sujet l'article d'Alain VALLIÈRE, *loc. cit.*, note 453, p. 17.

[648]Des lignes directrices établies par le Bureau international des droits des enfants, en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels, pourraient recevoir application en matière familiale et plus particulièrement en matière de garde. Ces lignes directrices prévoient que l'enfant doit être traité avec dignitié et compassion, soit avec sensibilité et bienveillance, tout au long du processus de justice en prenant en compte sa situation individuelle, ses besoins immédiats, son âge, son sexe ou son handicap ainsi que son degré de maturité. Ces lignes directrices prévoient également que l'enfant a le droit d'être informé de l'existence de serivces d'assistance médicale, psychologique, sociale ou autre ainsi que des façons de procéder du système de justice pénale, de l'évolution et de l'aboutissement du cas le concernant. L'enfant doit également avoir le droit d'exprimer ses opinions et ses préoccupations et d'être protégé de tout préjudice pouvant être causé par le processus de justice. Ces lignes directrices, élaborées par le Bureau international des droits des enfants en janvier 2003, peuvent être consultées sur le site internet du "Bureau international des droits des enfants", *supra*, note 639.

De quelle façon le procureur de l'enfant immature devrait-il alors exercer son mandat? Le fait que le procureur de l'enfant puisse exprimer son opinion personnelle lorsqu'il représente l'enfant semble causer une certaine confusion sur le rôle qu'il doit jouer[649]. À notre avis, cette confusion ne devrait jamais empêcher la nomination d'un procureur à l'enfant, à charge pour ce dernier de clarifier son rôle avec le tribunal dès le début de l'exercice de son mandat. Nos recherches nous ont permis de prendre note de l'intérêt soutenu de nombreux juristes, magistrats et législateurs pour le rôle du gardien *ad litem* dans de tels cas[650]. Nous favoriserons ce rôle pour les raisons précédemment énoncées dans cette thèse, mais aussi pour la faveur qu'il a su obtenir auprès des magistrats[651]. Rappelons que la Cour suprême du Canada avait souligné dans l'arrêt *Beson* l'importance dans cette

---

[649]La question de l'opinion personnelle du procureur de l'enfant a été soulevée par le juge Rothman dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* Cette question avait également été soulevée dans l'arrêt *Strobridge* de l'Ontario bien que le rôle de gardien *ad litem* avait été moins favorisé pour un tel procureur, le rôle d'*amicus curiae* semblant être mieux apprécié par les juges pour la représentation de l'enfant immature par un avocat.

[650]*Supra*, note 569; également, les auteures Schirm et Vallant, *op. cit.*, note 378, soutiennent à juste titre à notre avis, à la page 54 de leur ouvrage, que "[l]'enfant qui n'est pas mature a également besoin de protection, d'aide et de conseils. Malgré les propos du juge Pelletier, en toute déférence, l'article 394.1 C.p.c. n'a pas été aboli et doit être appliqué si nécessaire. À défaut, le risque est grand de voir les plus vulnérables, soit les enfants qui ne sont pas capables de mandater, de se retrouver sans aucune possibilité de représentation, sans aucune protection ni soutien judiciaire, leur voix étant complètement écartée du processus."

[651]Consulter les recherches de mesdames Joyal et Quéniart, *supra*, note 323; fait à noter, lors du Colloque de l'Association de Médiation Familiale du Québec, le juge André Wery de la Cour supérieure du Québec, qui avait prononcé une conférence intitulée "La parole de l'enfant recueillie par le juge" dont le contenu a été publié dans le *Bulletin d'information de l'Association*, *supra*, note 333, p. 10, avait indiqué, au sujet de la représentation de l'enfant par un avocat, que "[c]'est pour ces raisons que le travail du procureur à l'enfant est si important et apprécié par le Tribunal. Comme vous le savez, les avocats et les avocates qui acceptent des mandats de représentation d'enfants sont la plupart des avocats spécialisés dans ces matières et qui ont acquis au cours des années une expertise et une réputation reconnues par tous leurs confrères et consoeurs qui s'entendent presque toujours pour faire une recommandation conjointe au Tribunal lorsque vient le temps de nommer un procureur à l'enfant. (...) Ces avocats ou ces avocates tentent en effet de déterminer si le souhait que leur exprime leur client est le sien véritablement (...) Une fois que ce souhait est confirmé, c'est la tâche de cet avocat de faire valoir le point de son client auprès du Tribunal."

instance du procureur de l'enfant qui avait mené une enquête complète sur l'enfant[652]. Bien que le rôle du procureur de l'enfant avait été qualifié dans cet arrêt d'*amicus curiae*, certains auteurs avaient noté que, par les représentations de l'avocat transmises à la Cour, ce rôle ressemblait davantage à celui d'un gardien *ad litem* qu'à celui d'un *amicus curiae*.

Mais traiter plus longtemps de la question nous éloignerait du sujet de cette thèse. Retenons, en guise de conclusion de cette analyse, que le rôle du procureur de l'enfant lors de litiges de garde hautement conflictuels ne doit jamais être sous-estimé. Le tribunal se doit d'évaluer les risques que comporte toute absence de représentation de l'enfant au moment du procès des parents quant à la garde de leur enfant et demeurer conscient des préjudices qui pourraient en découler. Il incombe au tribunal d'assurer le respect du droit de l'enfant d'être entendu si les parents ne sont pas en mesure d'y pourvoir. Dans de tels cas, le tribunal doit intervenir et faire valoir le droit de l'enfant et nommer un procureur à l'enfant sans aucune hésitation[653], la prudence devant toujours être la meilleure conseillère à cet égard.

---

[652]Arrêt *Beson*, précité, note 553.

[653]L'article 33 du *Code civil du Québec*, faut-il le répéter, prévoit que les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits; voir *supra*, note 24.

Section II: L'expertise psychosociale

Dans la présente section, nous présenterons les nombreux changements qui à notre avis pourraient favoriser une écoute adéquate de la parole de l'enfant en matière de garde. Nous avons constaté que l'écoute de la parole de l'enfant pouvait s'effectuer de façon indirecte devant le tribunal par la représentation de l'enfant par un avocat. Cette écoute indirecte de la parole de l'enfant peut également avoir lieu lors de la préparation d'une expertise psychosociale effectuée par un expert en relations humaines à la demande du tribunal ou encore de l'un ou l'autre des parents. La tenue d'une telle expertise n'aura lieu que dans certains cas bien particuliers. Afin de mieux analyser la prise en compte de la parole de l'enfant effectuée par l'intermédiaire de tels professionnels, nous ferons état, dans cette section, du contexte historique relié à la tenue d'une expertise psychosociale. Nous ferons également état du rôle des experts lors d'un procès (Sous-section A) ce qui nous amènera à soulever le principe de la connaissance d'office des faits. Enfin, nous traiterons du déroulement de la rencontre ayant lieu entre l'expert et l'enfant et du témoignage de cet expert devant le tribunal (Sous-section B).

Sous-section A: Le contexte historique

L'expert, professionnel des relations humaines, psychologue ou travailleur social, possède la compréhension nécessaire afin de pouvoir écouter adéquatement l'enfant et transmettre de façon appropriée les propos tenus par l'enfant dans le cadre d'une telle expertise. Les propos tenus par l'enfant pourront ainsi être rapportés au tribunal lorsque l'expert fera part au tribunal des conclusions de son expertise psychosociale sans que l'enfant ne soit appelé à témoigner[654].

Depuis les réformes législatives des années 1980, l'interprétation d'experts devant les tribunaux s'est révélée de plus en plus fréquente en matière familiale[655]. Grâce aux connaissances spécifiques de l'expert en relations humaines et surtout, depuis l'adoption par les législateurs du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, le témoignage de l'expert dans le cadre de tel procès a largement contribué à mieux cerner les enjeux et les paramètres requis ayant trait à l'intérêt de l'enfant et aux modalités de garde devant être déterminées au moment de la désunion de ses parents. L'expert a ainsi contribué à mieux définir les besoins et les intérêts de l'enfant au moment de la rupture de ses parents[656].

---

[654]*D.C.* c. *P.L.*, (C.S.), REJB 1999-16614 (juge Paul Jolin)(désistement d'appel, C.A.M. nº 500-09-009148-008, le 28 janvier 2000).
[655]*R.* c. *Abbey,* [1982] 2 R.C.S. 24.
[656]E. DÉLEURY et G. BOUBEAU, *op. cit.*, note 73, p. 438.

À cause de la complexité des questions soulevées en de telles circonstances, les tribunaux ont accepté de recourir aux services de tels professionnels en relations humaines dans le cadre des litiges qui leur sont soumis[657]. Au Québec, la Cour supérieure du district de Montréal a mis en place un service d'expertise psychosociale destiné à venir en aide aux magistrats appelés à se prononcer sur l'intérêt de l'enfant[658]. Il s'agit d'un service auquel les parties peuvent avoir recours gratuitement dans la mesure où elles demandent de concert les services de tels professionnels et qu'une telle expertise se révèle nécessaire.

1) Le service d'expertise psychosociale

Grâce à la participation des experts du Service d'expertise psychosociale de la Cour supérieure de Montréal, de nombreux enfants ont eu l'occasion au cours des dernières années de rencontrer des experts en relations humaines afin de leur faire part de leurs souhaits et leurs désirs quant à leur garde. Dans de nombreux cas, ces enfants ont vu leurs désirs transmis à la cour sans avoir à s'y présenter[659].

---

[657]Louis GÉLINAS et Bartha Maria KNOPPERS, "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection", (1993) 53 *R. du B.* 3, 16.
[658]Il s'agit d'un initiative du juge Jules Deschênes de la Cour supérieure du district de Montréal qui date de 1975.
[659]*Supra*, note 323.

Les règlements de procédure en matière familiale prévoient que le Service d'expertise psychosociale de la Cour supérieure n'est disponible que pour les cas de rupture impliquant des enfants mineurs[660]. Le juge ne rend une telle ordonnance d'expertise que du consentement des parties et après s'être assuré de son opportunité[661]. Puisque les services d'expertise psychosociale sont offerts gratuitement, seuls les parents nécessitant de tels services peuvent obtenir une ordonnance du tribunal à cet effet. L'ordonnance du juge doit alors indiquer l'objet de l'expertise et permettre la divulgation d'informations médicales des enfants ou encore la divulgation de ces informations provenant de l'un ou l'autre des parents[662]. Dans ce cas, le rapport d'expertise fait automatiquement partie de la preuve[663], ce qui n'est pas le cas lorsqu'une expertise privée est demandée par l'une ou l'autre des parties au litige. La partie ayant demandé la tenue d'une expertise privée peut choisir de ne pas déposer à la cour l'expertise obtenue si cette expertise lui est préjudiciable. Dès que l'expertise du Service d'expertise psychosociale est complétée, le juge en transmet copie aux parties et verse le rapport au dossier qui y est contenu sous enveloppe scellée[664]. Nous rappelons qu'en vertu de l'article 414 C.p.c., le tribunal peut de sa propre initiative s'il est d'avis que les fins de la justice peuvent être mieux servies de cette façon ordonner la tenue d'une expertise par une personne qualifiée qu'il désigne pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige[665].

---

[660]Art. 32 R.p.fam.(C.S.); au sujet des règlements en matière familiale, notons que les Règles de pratique en matière civile et en matière familiale de la Cour supérieure du Québec ont fait l'objet de modifications et que de nouvelles règles sont entrées en vigueur le 13 septembre 2003. Les Règles de pratique en matière familiale s'intitulent désormais les Règlements de procédure en matière familiale et peuvent être cités R.p.fam. (C.S.) ou R.p.fam.

[661]Art. 33 R.p.fam.(C.S.)

[662]Art. 36 R.p.fam.(C.S.) ainsi que l'article 19 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2.

[663]Art. 37 R.p.fam.(C.S.)

[664]Art. 38 R.p.fam.(C.S.)

[665]Art. 414 C.p.c.

En Ontario, à la demande du tribunal ou des parties, le bureau de l'avocat des enfants permet la préparation d'enquêtes et de rapports par l'entremise de travailleurs sociaux qui évalueront l'information fournie par les membres de la famille pour prendre en compte les dispositions parentales qui seraient les plus conformes aux intérêts de l'enfant[666].

Au Québec, les juges et les avocats semblent toutefois favoriser la tenue d'une expertise unique ou encore d'en diminuer considérablement le nombre dans les procédures judiciaires de garde. Les chercheuses Renée Joyal et Anne Quéniart ont indiqué à ce propos dans leurs recherches que, des dix juges rencontrés, "sept juges sont favorables à l'expertise unique, mais à certaines conditions: par exemple, que le juge puisse ordonner une seconde expertise, que le juge puisse ordonner une seconde expertise si la première présente des failles, s'il en est insatisfait, ou encore s'il y a des problèmes particuliers"[667]. Les avocats rencontrés de leur côté seraient d'accord avec une certaine limitation du nombre d'expertises psychosociales dans les procédures de garde[668]. Mais dans tous les cas, les auteures ont souligné que "[d]e l'avis de tous les acteurs concernés, l'expertise est parmi les dispositifs étudiés celui qui est le plus fréquemment utilisé dans les litiges de garde"[669].

---

[666]*Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 503, l'article 112(1) de cette loi indique que "[l]orsqu'au cours d'une instance intentée aux termes de la Loi sur le divorce (Canada) ou de la Loi portant réforme du droit de l'enfance, le tribunal est saisi d'une question qui concerne la garde d'un enfant ou le droit de visite, l'avocat des enfants peut faire procéder à une enquête, faire rapport et faire des recommandations au tribunal sur tout ce qui concerne la garde, les aliments ou l'éducation de l'enfant ou le droit de visite."
[667]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 286.
[668]R. JOYAL, *supra*, note 323, 457.
[669]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323, 284.

À cet effet, dans une cause portée en appel, jusqu'à neuf experts étaient intervenus tout au cours du litige afin de déterminer la capacité des parents et d'évaluer l'enfant à ce titre[670]. Il va de soi que la tenue d'une expertise psychosociale dans les litiges de garde fortement contestée pourrait apporter un éclairage nouveau sur les sources de conflits entre les parents et favoriser le mieux-être de l'enfant. Nous traiterons dans la prochaine subdivision de l'importance de telles expertises dans les procédures de garde.

2) L'importance de l'expertise psychosociale

L'expert joue désormais un rôle de premier plan dans les litiges dont la garde des enfants est chaudement contestée par les parents. Il fut toutefois un temps où l'expert était moins bien considéré par les tribunaux et ses apparitions à la Cour étaient fort peu appréciées[671]. Vers la fin des années 1960, les tribunaux ont fait appel aux psychologues afin d'obtenir certains éclaircissements sur les capacités parentales des parties, et ce, seulement au moment du divorce. Au cours des années 1970, le rôle de l'expert s'est élargi au critère de l'intérêt supérieur de l'enfant suite à l'adoption de ce critère par les législateurs provinciaux et fédéral. De nos jours, les experts sont fréquemment appelés à se prononcer sur la meilleure forme de garde qui devrait prévaloir dans les litiges qui font l'objet de contestation[672]. Dans un tel type de litige, il serait désormais presque devenu impensable pour tout

---

[670]*Droit de la famille-1545*, [1992] R.D.F. 324 (C.S.) (J.E. 92-510) (juge Pierre Tessier) (désistement d'appel, C.A.M. nº 500-09-000467-928).
[671]L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 657, 6.
[672]Paule LAMONTAGNE, "L'expertise psycho-légale au tribunal de la famille (Cour supérieure)", dans Andrée RUFFO (dir.), *Les enfants devant la justice-juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 257, à la page 260.

procureur chevronné de se présenter devant le tribunal sans avoir obtenu au préalable une expertise psychosociale lui permettant de mieux mettre en relief les enjeux soulevés.

La rencontre entre le psychologue ou le travailleur social et l'enfant nous semble déterminante à plusieurs égards. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir le procureur de l'enfant demander à l'expert en relations humaines appelé à rencontrer l'enfant dans les procédures de garde d'interroger son jeune client sur ses désirs ayant trait à sa garde, de peur de contaminer lui-même le témoignage de l'enfant à cause de sa grande vulnérabilité dont nous avons précédemment fait état[673]. L'expert en relations humaines constitue la personne toute désignée afin d'obtenir ce genre d'information, sans que celui-ci n'offusque ni ne perturbe l'enfant sur la question de sa garde. Puisque plusieurs procureurs ont fréquemment recours aux services de ce professionnel dans le cadre des litiges hautement conflictuels, il est important pour le procureur à l'enfant de connaître ses propres limites et d'être en mesure de proposer le choix d'un expert qualifié envers lequel il aura su développer un lien de confiance[674].

À titre d'exemple d'éclairage nouveau que l'intervention d'un tel expert pourra avoir dans de tels litiges, dans une cause de la Cour supérieure du district de Beauharnois[675], le dépôt d'une

---

[673] *Id.*, p. 271.

[674] Andrée RUFFO MONDOR, "Le nouveau droit de la famille: la représentation des enfants par un avocat(s)", (1981) 22 R.F.L. 422, 443; les 6 et 7 février 2003, l'Association des psychologues du Québec tenait à Montréal une conférence afin de discuter de la nécessité de mieux encadrer les interrogatoires d'enfants entre travailleurs sociaux ou psychologues dans le cadre d'expertise psychosociale ayant lieu dans les procédures de garde.

[675] *J.L.* c. *M.C.*, [2004] R.D.F. 183 (C.S.)(juge Benoît Emery); consulter entre autres décisions sur le sujet *P.G.* c. *M.R.* et *al.*, [2002] R.D.F. 687 (C.S.)(J.E. 2002-1519) (juge Jean-Guy Dubois) (appel rejeté, C.A.M. nº 500-09-011784-022, décision du 14 août 2002) Dans ce litige, l'expert a permis

expertise psychosociale a permis au père de reprendre contact avec sa fille, âgée de 13 ans, qui refusait de le voir. Dans ce litige, le rapport de l'expertise psychosociale avait établi que l'enfant et sa mère vivaient un lien symbiotique important et que, compte tenu des capacités parentales du père, il était fortement recommandé que l'enfant rétablisse les contacts avec ce dernier et qu'elle soit suivie par une psychologue pour l'aider dans ses difficultés scolaires. L'expertise psychosociale a ainsi permis d'informer le tribunal d'une situation qui n'avait jamais été prouvée jusqu'à ce jour à la Cour. Toutefois, malgré la popularité des experts en relations humaines dans les litiges relatifs à la garde d'enfants, tous ne semblent toutefois pas favorables au recours à de tels experts en matière familiale. La juge Claire L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Young* c. *Young*[676] avait souligné que le recours à l'opinion d'experts ne devait pas devenir une exigence courante et s'était exprimée ainsi sur la question:

> "À mon avis, c'est un mythe des temps modernes que de croire que les experts sont toujours mieux placés que les parents pour évaluer les besoins de l'enfant. Le bon sens nous force en effet à reconnaître que la personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer dans sa conduite, son humeur, son attitude et son développement des changements qui, aux yeux de toute autre personne, passeraient inaperçus. Le parent gardien est normalement le mieux placé pour apprécier l'intérêt de l'enfant, et c'est souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins et l'intérêt de l'enfant."[677]

---

de révéler que l'enfant, âgée de 13 ans, visée par la requête pour garde d'enfant de la mère, pouvait être affectée par un nouveau déménagement de la mère avec l'enfant à l'extérieur du pays.

[676] *Young* c. *Young*, précité, note 22.

[677] *Id.*, 86; nous notons que la juge L'Heureux-Dubé a déjà souligné, en réponse aux recherches de la docteure Wallerstein au sujet des besoins de l'enfant, que "[w]hen dealing with very young children, who are not yet capable of directly voicing their concerns, we must remain especially attuned to behavioural and other signs of distress and/or well-being (...)", dans Claire L'HEUREUX-DUBÉ, *loc. cit.*, note 209, 386.

Tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law, l'expertise psychosociale pour être admissible en preuve doit être pertinente, nécessaire et utile[678]. L'expertise doit avoir pour objectif d'aider le tribunal à comprendre les faits du litige et à apprécier la preuve soumise par l'expert. L'expert doit être qualifié à ce titre pour que son témoignage soit retenu par le tribunal, la force probante de ce témoignage demeurant toujours laissée à l'appréciation du tribunal. Les propos tenus par l'enfant qui seront rapportés par l'expert seront admissibles en preuve s'il est impossible pour l'enfant de témoigner ou s'il est déraisonnable pour celui-ci de le faire et si les circonstances entourant les déclarations de l'enfant peuvent donner des garanties sérieuses de fiabilité. Il faut également ajouter que le tribunal n'est pas tenu de retenir les recommandations de l'expert quant aux modalités de garde. Ainsi, dans une décision de la Cour supérieure, le tribunal n'a pas tenu compte des recommandations de l'expert qui recommandait, dans les conclusions de son expertise déposée au dossier de la Cour, l'établissement d'une garde partagée puisque, de l'aveu même de l'expert, ses conclusions auraient été différentes si certains faits lui avaient été révélés[679].

Nous notons qu'en matière familiale, les tribunaux ont toujours été plus enclins à accueillir le témoignage extrajudiciaire de l'enfant. Ainsi, le fait que l'expert fonde son opinion sur des déclarations extrajudiciaires de l'enfant ne rend pas pour autant son témoignage irrecevable. Toutefois, le tribunal peut exiger que les faits allégués soient mis en preuve au moment du procès afin

---

[678]J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 424, p. 297; Donald BÉCHARD, "L'expert, recevabilité, qualification et force probante", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2002)*, Cowansville, Édition Yvon Blais, p. 11; voir *supra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section C, 3) Les déclarations extrajudiciaires de l'enfant, p.190.

[679]*N.F.* c. *G.L.*, [2003] R.D.F. 965 (C.S.) (J.E. 2003-2180) (juge Michèle Monast) (requête pour suspendre l'exécution accueillie, C.A.M. nº 500-09-013896-030, décision du 18 novembre 2003).

que la valeur probante de son témoignage puisse être établie. Ainsi, comme le confirmeront certains juristes, "l'opinion est recevable à la condition que certains faits sur lesquels elle repose soient établis par une preuve recevable. Pour le reste, la question en est une de valeur probante"[680]. Il est donc de mise d'établir par une preuve légale les faits sur lesquels l'expert a fondé son témoignage afin de rendre probante la preuve déposée par l'expert. Notons enfin qu'en droit civil québécois, le rapport de l'expert doit être produit au dossier de la cour selon les règles de preuve et de procédure civile prescrites en vertu de la loi afin d'être soumis au tribunal lors de l'enquête et audition[681].

Également, le nombre d'expertises produites par les parties en cause dans les procédures de garde fait présentement l'objet de discussion en droit civil québécois[682]. Dans une affaire portée devant la Cour supérieure[683], le père, insatisfait de l'expertise commune tenue par les parties et de la contre-expertise de la mère, avait demandé au tribunal d'ordonner la tenue d'une autre contre-expertise psychosociale, mais de sa part cette fois. Le tribunal a rejeté la requête du père compte tenu des pertes de temps et d'argent ainsi que des problèmes additionnels qui seraient causés à l'enfant souffrant déjà du litige existant entre ses parents. Selon le tribunal, les experts avaient déjà abordé les nouveaux problèmes soulevés par le père et a souligné que les procureurs des parties pourraient questionner les experts sur ces problèmes lors de l'enquête et audition.

---

[680]C. D. GONTHIER, "Le témoignage d'experts: à la frontière de la science et du droit", (1993) 53 *R. du B.* 187, 191; consulter également sur la question J.C. ROYER, *op. cit.*, note 424, Denis FERLAND et Benoît ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 383.
[681]Voir les articles 294.1 et 402.1 C.p.c.
[682]*Supra*, note 323.
[683]*P.D.* c. *PA. DI.*, [2003] R.D.F. 998 (C.S.)(J.E. 2003-1646) (juge Jean-Guy Dubois).

La prudence semble donc de mise dans la tenue d'expertise psychosociale en matière de garde. Elle nous semble également de mise dans l'intégration des divers phénomènes de société dans la nouvelle législation actuelle. En effet, puisque le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde constitue l'écho d'une nouvelle réalité sociale[684], il semblerait que les tribunaux sont appelés à se pencher sur la question de la connaissance d'office dans les litiges qui leur sont soumis. Ce thème sera abordé plus en détail dans le cadre de la prochaine subdivision.

3) La connaissance judiciaire des faits sociaux, les tribunaux et le rôle des experts

Les tribunaux sont appelés à se pencher de plus en plus fréquemment sur la question de la connaissance judiciaire de faits sociaux dans le cadre des litiges qui leur sont soumis, la juge Claire L'Heureux-Dubé ayant abordé la question dans l'arrêt *Willick*[685]. Nous considérons qu'il est important d'en mentionner la teneur, puisque l'interprétation donnée par la juge L'Heureux-Dubé pourrait être lourde de conséquences en matière familiale et plus particulièrement dans le cas d'intégration d'études sociologiques et autres expertises pouvant servir d'outils d'interprétation des dispositions législatives étudiées.

---

[684]Louis BAUDOUIN, "La famille face à un code moderne", (1967) 27 *R. du B.* 221, à la page 224 l'auteur indique qu'"[i]l y a entre la sociologie, la psychologie, la psychiatrie et la science biologique, d'une part, et la science juridique d'autre part, un écueil à éviter. C'est celui pour la science juridique et pour le législateur de ne pas céder trop facilement, par une sorte de candeur sentimentale, aux mouvements de masse et aux impulsions nées de ces groupes de pression, quels qu'ils soient, dont la valeur sociale réside dans le fait de la révélation, mais dont les conclusions ne peuvent être suivies sans contrôle."

[685]*Willick* c. *Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670 (ci-après appelé arrêt *Willick*).

Dans l'arrêt *Willick*, les parties en cause avaient conclu, au moment de leur divorce, une convention entre époux dans laquelle les parties convenaient d'un montant de pension alimentaire pour épouse de même que d'un montant de pension alimentaire pour enfants. Au moment de leur divorce, la Cour unifiée de la famille de la Saskatchewan avait prononcé un jugement de divorce qui incluait les terme de la convention entre époux à l'exception des dispositions relatives au statut fiscal, au fonds de bourses d'études et à la police d'assurance. Deux années plus tard, la mère des enfants a présenté une nouvelle demande devant les tribunaux de sa province afin de faire majorer la pension alimentaire pour enfants compte tenu de l'augmentation des revenus du père. Le juge Carter, en première instance, a ordonné que la pension alimentaire pour enfants soit portée de 450,00$ à 850,00$ par mois.

Le père a porté cette décision en appel et la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel du père en concluant que les parties avaient eu l'intention de rendre la convention signée entre elles complète et définitive et que l'augmentation des revenus du père ne constituait pas un changement important au sens de la *Loi sur le divorce* de 1985. À la Cour suprême du Canada, le juge Sopinka a conclu en son nom ainsi qu'au nom des juges La Forest, Cory et Iacobucci que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur dans son interprétation du par.17(4) de la *Loi sur le divorce*, ni d'erreur ou encore de méprise dans l'appréciation de la preuve. Le juge Sopinka a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel et rétabli avec dépens le jugement rendu en première instance par le juge Carter en faveur de la mère.

Pour des motifs différents de ceux émis par le juge Sopinka, la juge L'Heureux-Dubé a conclu en son nom, ainsi qu'au nom des juges Gonthier et McLachlin, que la modification de la pension alimentaire des enfants demandée par la mère était justifiée et que le juge en chambre de première instance avait correctement appliqué le critère pertinent en la matière sous le régime du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*. Elle a également conclu que le juge Carter avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en faisant droit à la requête de la mère et en fixant le montant de la pension des enfants à partir de la preuve soumise. La juge L'Heureux-Dubé a accueilli le pourvoi, a infirmé le jugement de la Cour d'appel et rétabli l'ordonnance du juge Carter avec dépens. Dans ses motifs, la juge L'Heureux-Dubé a indiqué que l'interprétation des lois obligeait les tribunaux à rechercher l'intention du législateur, principe qui avait déjà été souligné dans l'arrêt Moge[686].

La juge L'Heureux-Dubé a toutefois déclaré ce qui suit à propos des phénomènes sociaux:

> "Le contexte social du divorce n'est pas stationnaire. Il en est de même de notre compréhension de ses répercussions économiques. Notre Cour a reconnu la nécessité de tenir compte de cette toile de fond dans l'examen des objectifs de la Loi en matière d'obligation alimentaire conjugale. Étant donné la situation particulièrement vulnérable des enfants au moment du divorce et après, des considérations identiques s'imposent en ce qui concerne leur soutien de façon tout aussi sinon plus pressante. (...) Les recherches en sciences sociales et les données socio-économiques font depuis longtemps partie des outils des tribunaux tant au Canada qu'aux États-Unis. Depuis 1908, la Cour suprême des États-Unis s'y réfère de façon constante tant pour rechercher le fondement des règles de droit que pour les soumettre à la critique. La pratique judiciaire consistant à colliger ces recherches et à prendre connaissance d'office afin de mieux étayer l'analyse juridique, est maintenant bien établie dans cette cour. (...) "[687].

---

[686] *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.
[687] *Willick*, précité, note 685, 699, 700.

La juge L'Heureux-Dubé a ajouté que:

> "Lorsqu'elles sont pertinentes dans la création d'une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle qu'elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d'autorité en droit est intrinsèque à la notion même de science du droit. (...) Le rôle bien établi des tribunaux comme juges de l'intérêt public les amène parfois à puiser dans les données des sciences sociales lors même que les parties n'ont pas présenté de preuve pertinente sur des questions pertinentes de politique générale (...)"[688].

Ces principes énoncés par la juge L'Heureux-Dubé ont permis, dans cet arrêt, de faire état du fort taux de pauvreté chez les enfants de familles monoparentales de même que de l'omission des tribunaux de tenir compte des coûts cachés dans le calcul des aliments destinés aux enfants tout en faisant mention de certaines statistiques et commentaires sur les pensions alimentaires pour enfants. Ces motifs de la juge L'Heureux-Dubé nous amènent à nous interroger sur l'importance des faits sociaux en matière familiale et de la possibilité que ces faits puissent être élevés au rang des éléments requis afin de permettre au tribunal de prendre connaissance d'office de certains faits.

---

[688] *Id.*, 701.

En matière familiale, comme nous l'avons précédemment souligné, les études sociologiques et les expertises sont nombreuses et variées. Les motifs de la juge L'Heureux-Dubé nous incitent à nous interroger sur la connaissance d'office de ces études et ces expertises par les tribunaux. La professeure Danielle Pinard indiquait à ce propos que "(...) les règles de common law relatives aux questions de connaissance d'office s'appliqueront à tout litige constitutionnel se déroulant au Québec, directement, ou bien comme droit supplétif aux règles laconiques maintenant prévues au *Code civil du Québec*"[689]. Puisque les motifs de la juge L'Heureux-Dubé relativement à la connaissance d'office ont été exprimés en *obiter dictum* seulement et, avec le désaccord sur ce point par le juge Sopinka[690] s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, nous considérons que l'arrêt *Willick* ne tranche que la question de la pension alimentaire pour enfants et les critères relatifs aux changements de circonstances prévus à l'article 17(4) de la *Loi sur le divorce*. Le juge Sopinka s'est exprimé ainsi au sujet de l'approche contextuelle proposée par la juge L'Heureux-Dubé:

---

[689]Danielle PINARD, "La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel", (1997) 31 *R.J.T.* 315, 326; Danielle PINARD, "La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits", (1997) 31 *R.J.T.* 87; voir aussi article de Danielle PINARD publié en 2004 dans le cadre de la XVI[ème] Conférence des Juristes de l'État.

[690]*Willick* , précité, note 685, 699, 701.

> "Je ne suis pas en désaccord avec ma collègue quant à l'opportunité d'une approche contextuelle de l'interprétation des dispositions de la loi. J'ai d'ailleurs adopté cette approche dans mes motifs. Dans le contexte de la *Loi sur le divorce*, de la loi qui l'a précédée et des principes dégagés dans la jurisprudence, j'ai pu conclure que l'intention du législateur est claire. Vu le champ restreint de la présente affaire, il n'est pas nécessaire à mon avis d'examiner les larges question de principe que ma collègue mentionne. Cette approche nous obligerait à résoudre la question épineuse de l'utilisation d'éléments extrinsèques tels des études, des opinions et des rapports et la question de savoir s'il y a lieu d'en prendre connaissance d'office et dans quelles mesures les avocats doivent être avisés. Nous serions aussi obligés de déterminer dans quelle mesure notre façon d'aborder ces questions est différente dans un cas comme l'espèce et dans une affaire constitutionnelle où la latitude est plus grande. Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée en l'espèce. La disposition n'a pas été attaquée et aucune des parties n'a invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* comme outil d'interprétation (...)"[691].

Ces motifs du juge Sopinka nous semblent remettre les pendules à l'heure. Et même en ce domaine, la professeure Danielle Pinard indiquait à ce propos que "[l]e fait que les juges procèdent à des recherches autonomes est peut-être devenu aujourd'hui une réalité incontournable. La question délicate, et pourtant fondamentale, est désormais celle des exigences de l'équité, du droit des parties de s'exprimer sur des données qui seront essentielles à la décision rendue. À défaut de telles représentations et vu l'absence d'expertise scientifique des juges, qu'on ne peut par ailleurs leur reprocher, les décisions judiciaires qui s'appuient sur des faits sociaux non testés manqueront de légitimité"[692].

---

[691] *Id.*, 679.

[692] D. PINARD, "La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel", *loc. cit.*, note 689, 394, 395.

Sous-section B: L'expert et l'enfant

Les relations parent enfant font l'objet de haute surveillance par les tribunaux depuis les dernières décennies. En matière de garde, les observations rapportées par les experts quant aux capacités parentales des parties au litige pourront se révéler déterminantes quant au choix du parent gardien. Le psychologue ou le travailleur social appelé à compléter l'expertise psychosociale pour les fins du litige pourra révéler des éléments importants ayant trait à la garde de l'enfant ainsi qu'à l'égard de ses besoins et à la qualité du lien psychologique existant entre le parent et son enfant.

L'expert, appelé à rencontrer l'enfant, pourra valider ou encore infirmer certaines thèses élaborées par les procureurs des parties quant à la capacité parentale des parties. Ces observations permettront également de mieux comprendre la nature des propos émis par l'enfant relativement à sa garde[693]. Dans certaines circonstances, les rencontres entre le psychologue ou le travailleur social et l'enfant se révéleront essentielles afin d'assurer une preuve complète des conclusions soumises au sujet de la garde de l'enfant. Nous analyserons dans la prochaine sous-section ce en quoi consiste l'expertise psychosociale.

---

[693]H. VAN GIJISEGHEM, *loc. cit.*, note 415, p. 39.

1) L'expertise psychosociale

En droit civil québécois, il existe un principe voulant que nul individu ne puisse être contraint à participer à la tenue d'une expertise psychosociale en matière de garde sauf si des circonstances exceptionnelles l'exigent[694]. Ce principe est largement inspiré la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec ainsi que de la *Charte canadienne des droits et libertés*[695]. Puisque chaque individu a droit à son intégrité en vertu de la loi, l'article 10 du *Code civil du Québec* précise non seulement que toute personne est inviolable et qu'elle a droit à son intégrité mais aussi que nul ne peut lui porter atteinte sans son consentement libre et éclairé, sauf dans les cas prévus par la loi.

Malgré la mise en place d'un principe aussi bien établi, les tribunaux ont laissé entendre qu'en certaines occasions, il valait mieux collaborer à l'expertise demandée plutôt que d'invoquer le principe de l'inviolabilité pour s'y soustraire[696]. En droit civil québécois, l'expertise psychosociale n'est obligatoire qu'en de très rares occasions. Elle le devient lorsque l'état physique ou mental d'une personne est mise en question[697]. Il en va de même dans les cas d'abus sexuel en matière de

---

[694]Rappelons que selon l'article 3 du *Code civil du Québec*, toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée. Également, la Cour d'appel du Québec a déjà indiqué que l'on ne pouvait forcer le père et les grands-parents d'un enfant visé par les procédures judiciaires en matière familiale à se soumettre à une expertise psychosociale, consulter à ce sujet *H.(A.)* c. *H. (M.)*, (C.A.) REJB 1997-00547 (juge Jean-Louis Baudouin)(requête pour permission d'appeler rejetée); cette règle souffre toutefois de quelques exceptions.

[695]*Supra*, note 70 et note 72.

[696]Christine BENOÎT et Karina PIGEON, "L'expertise et la contre-expertise en matière familiale", dans PRIX-CHARLES CODERRE (1994), *L 'expertise et la contre-expertise en matière familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais,1995, p. 1, à la page 11, (1994-1995) 25 *R.D.U.S.* 175,183.

[697]Articles 399 et 400 C.p.c.

protection de la jeunesse puisque, selon l'article 87 L.P.J., ni les parents ni l'enfant ne peuvent refuser de se soumettre à une étude, évaluation ou expertise lorsque celle-ci est requise à l'égard d'une situation visée au paragraphe g de l'article 38 qui fait état des cas où la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis si l'enfant est victime d'abus sexuels ou est soumis à des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence[698].

L'expertise psychosociale en matière de garde n'est pas obligatoire. Certains juristes apprécieraient qu'une position plus stricte soit adoptée en faveur de la tenue obligatoire de telles expertises soulignant que le parent, en tant détenteur de l'autorité parentale, devrait être tenu de participer à une telle expertise puisque cette participation fait partie des devoirs de tout bon parent[699]. La contrainte parentale pouvant soulever certaines questions, l'expertise psychosociale de l'enfant fait moins de doute puisque les tribunaux détiennent l'autorité requise selon l'article 414 C.p.c. afin d'exiger la tenue d'une évaluation psychologique d'un enfant faisant l'objet de garde[700].

---

[698]Consulter L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 657, 26. En matière de test d'ADN, voir Michelle GIROUX,"Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents: dilemmes et paradoxes", (2002) 32 *R.G.D.* 865, où l'auteure commente une décision de la Cour d'appel du Québec soit, *A.P.* c. *L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.), ordonnant à une personne de se soumettre à un test d'ADN en l'absence de disposition législative précise sur le sujet. Le nouvel article 535.1 C.c.Q. prévoit, à son deuxième alinéa, que "(...) lorsque l'action vise à établir la filiation, le tribunal ne peut rendre une telle ordonnance que s'il y a un commencement de preuve de la filiation établi par le demandeur ou si les présomptions ou indices résultant de faits déjà clairement établis par celui-ci son assez graves pour justifier l'ordonnance."

[699]A.-F. GOLDWATER, *loc. cit.*, note 394,140 où l'auteure considère que les parents se doivent d'accepter de participer à de telles expertises puisque selon elle, "(...) a parent should owe a duty to his child and should be expected to sacrifice a certain mesure of his rights and freedoms in recognition of his child's interests."

[700]*E.*(*G.*) c. *B.*(*Ge.*) (C.S.) REJB 2002-41559 (juge Raynald Fréchette) (appel rejeté, juges André Forget, Louise Mailhot et André Rochon, C.A.M. nº 500-09-012304-028, décision le 12 mai 2003, REJB 2003-41557).

2) Les différents types d'expertise

Il existe différents types d'expertise psychosociale. L'expert peut être appelé à évaluer les capacités intellectuelles des parents, la compétence parentale, les possibilités de réussite de certaines type de garde, les besoins psychologiques et affectifs de l'enfant ainsi que la capacité d'un enfant à rendre témoignage ou encore à donner un mandat valable à son avocat afin de le représenter devant le tribunal[701]. Il existe également différentes méthodes utilisées par les divers experts en relations humaines afin d'obtenir une meilleure connaissance de la situation vécue par l'enfant et sa famille[702].

Selon le psychologue québécois Rodrigue Otis, "[p]eu d'experts appartenant à la même profession effectuent les évaluations de la même façon. Donc, lorsqu'elles sont conduites par des experts de deux ou trois professions différentes, il devient difficile pour les avocats et les juges de déterminer laquelle est la plus valide et la plus fiable"[703]. La prudence à cet égard demeure donc de mise. M. Otis rapporte que trois composantes de la compétence parentale sont de plus en plus fréquemment évaluées par les experts à la demande des procureurs et des juges. Il s'agit de la capacité des parents à satisfaire les besoins physiques de l'enfant, la capacité des parents à satisfaire les besoins d'apprentissage de celui-ci et la capacité des parents à répondre aux besoins émotifs de l'enfant.

---

[701]L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 657, 38.
[702]Luc MORIN, "Les techniques d'évaluation de l'intervenant psycho-social devant le tribunal de la jeunesse et la Cour supérieure", (1981) 11 *R.D.U.S.* 591, 603.
[703]R. OTIS, *loc. cit.*, note 176.

a) L'expertise psychosociale et la déontologie

En vertu de leurs obligations professionnelles et des exigences de leurs codes de déontologie, les experts sont tenus de respecter les normes reconnues par leurs corporations[704]. L'expert en matière familiale peut recourir à de nombreuses méthodes afin de prendre connaissance des besoins, des intérêts et des désirs de l'enfant. Des tests psychométriques pour enfants et adolescents peuvent être utilisés par les psychologues afin de mieux connaître les besoins de l'enfant. Dans le cadre de ses rencontres avec l'enfant, l'expert sera appelé à interroger l'enfant seul à seul ou encore à lui faire subir des tests qui lui permettront de mieux cerner la personnalité, les besoins et les intérêts de l'enfant interrogé[705]. À la lumière des rencontres et des tests effectués, l'expert sera mieux en mesure de faire état des conclusions obtenues relativement à la garde de l'enfant de même que de la capacité parentale des parties et, s'il y a lieu, de rapporter au tribunal les propos exprimés par l'enfant dans le cadre de telles rencontres[706].

---

[704]*Code de déontologie des psychologues*, Avis du 18/2/83, (1983) 115 G.O. II 2316, art. 45 "[l]e psychologue appelé à faire une expertise professionnelle devant un tribunal doit informer de son mandat la personne qu'il examine à cet effet. Son rapport et sa déposition devant le tribunal doivent se limiter aux éléments pertinents à la cause." *Code de déontologie des travailleurs sociaux*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 180.

[705]Lucile L. ARÈS, "Le psychologue et la protection de l'enfant", dans A. RUFFO (dir.), *Les enfants devant la justice-juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p.107, à la page 116; parmi les tests les plus connus citons le WPPSI, le WISC, le Griffiths, le Stanford Binet et le test des tâches d'encre de Rorschach. Notons aussi qu'en vertu de l'article 18.2 des Règlements de procédure civile de la cour supérieure, "[l]a partie qui produit un rapport d'expertise doit aussi produire le curriculum vitae de son auteur, son compte d'honoraires à jour et son tarif actuel pour participation à une audience au fond".

[706]R.OTIS, *loc. cit.*, note 176, à la page 112, l'auteur souligne que "[l]es procédures habituellement utilisées pour évaluer le meilleur intérêt de l'enfant sont les suivantes: 1. entrevues avec les parents, avec les nouveaux conjoints et avec les enfants; 2. évaluation psychologique des parents et des enfants (...) 3. observation des interactions parents-enfants (au bureau et à domicile); 4. observation des interactions parent-parent; 5. entrevues avec d'autres personnes significatives dans la vie de l'enfant

b) La contre-expertise

Le droit à la contre-expertise par l'une ou l'autre des parties dans le cadre du litige judiciaire des parents constitue un droit reconnu en vertu de la règle *audi alteram partem*[707]. La partie adverse peut avoir la possibilité de présenter une contre-expertise comparable à l'expertise effectuée afin d'attaquer le bien-fondé des conclusions alléguées[708]. Également, selon certains auteurs, il serait parfois risqué de ne pas procéder à la tenue du contre-interrogatoire de l'expert au moment de son témoignage, de peur que ses conclusions soient reconnues dans leur intégralité par le tribunal.

Également, le nombre d'expertises psychosociales tenues dans le cadre d'un procès en matière familiale a fait l'objet de recommandations spécifiques de la part des tribunaux. En vertu de la *Loi sur la preuve* fédérale, qui est de droit supplétif en matière de divorce, les parties peuvent avoir recours jusqu'à cinq expertises dans le cadre d'un procès[709]. Le juge Granger de la Cour d'appel de l'Ontario a souligné qu'il était prudent de limiter le nombre d'expertises psychosociales tenues dans

---

(grands-parents, enseignants, gardiens, etc.)."

[707] *Droit de la famille-3180*, [2000] R.D.F. 103, 105 (C.S.) (J.E. 2000-296) (juge Suzanne Courteau). Dans cette décision, alors que les parties avaient consenti à une expertise conjointe, à la demande de la mère de tenir une nouvelle expertise, la juge Suzanne Courteau a indiqué que "[d]ans un dossier aussi complexe que celui-ci, le Tribunal croit que l'obtention d'informations de plusieurs sources, en autant qu'elles soient pertinentes, est de nature à l'[le tribunal] aider à prendre une décision plus éclairée eu égard au bien-être et à l'intérêt des enfants. Si la mère des enfants croit sincèrement qu'un nouvel expert doit lui présenter son point de vue, le Tribunal souscrira à sa demande. Le Tribunal se doit d'avoir en mains toutes les données qui lui permettront de rendre la meilleure décision possible pour E... et G..."

[708] Voir *supra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section I, Sous-section A: La règle *audi alteram partem*, p. 149.

[709] *Loi sur la preuve*, L.R.C. (1985), c. C-5 (ci-après appelée *Loi sur la preuve*).

le cadre d'un tel litige judiciaire, le juge Granger ayant mentionné que "(...) the practice of ordering an assessment prior to trial in virtually every custody case, should be re-examined, is in keeping with the tenor of the judgment of the Supreme Court of Canada in *Young* v. *Young* (...) The majority of the court was of the view that expert evidence is not required in all cases to establish the best interests of the child"[710].

L'expertise psychosociale constitue à ne pas en douter l'un des modes privilégiés d'écoute indirecte de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents. L'expertise permet au juge de prendre connaissance de la situation vécue par l'enfant et conséquemment, de rendre une décision plus éclairée quant à sa garde. L'expertise informe le juge de la vie de l'enfant, de son milieu familial, de certaines données particulières à l'enfant, données qu'il lui serait autrement difficile à obtenir. L'expertise permet aussi de rapporter les souhaits et les désirs de l'enfant et, dans la plupart des cas, sans que l'enfant ait à témoigner devant le tribunal.

La qualité des expertises présentées devant le tribunal au moment de la désunion des parents semble plaire aux magistrats. Lors d'une récente recherche en matière familiale, la majorité des juges interrogés ont déclaré que les expertises qui leur avaient été soumises étaient, pour la plupart d'entre elles, d'une qualité scientifique suffisante. Les juges se disaient ainsi pour la majorité d'entre eux satisfaits des expertises consultées[711].

---

[710] *Linton* c. *Clarke*, (1994) 10 R.F.L. (4th) 92 (Ont. Div.Ct.) (juges Southey, White et Granger).
[711] R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc.cit.* note 323, 285; les auteures ont constaté dans leur sondage qu'"[u]n très fort pourcentage de juges (87%) considère que les expertises sont d'une qualité scientifique suffisante".

Malgré cette opinion favorable, nous notons que les sciences sociales et les sciences humaines ne sont pas des sciences exactes et que différentes écoles de pensée peuvent avoir cours relativement à un sujet particulier. Certaines expertises peuvent faire état de visions différentes, visions qui pourraient varier selon les experts rencontrés et les époques données. À titre d'exemple, comme nous l'avons précédemment observé, notons les cas d'aliénation parentale où certains experts contesteraient encore les théories avancées par d'autres experts sur le sujet. Certaines théories sont encore loin d'être exactes et, à cause d'un tel état de fait, il est recommandé aux magistrats et aux procureurs de faire preuve de réserves lors de l'utilisation de telles expertises[712]. À ce propos, une auteur exprimait l'opinion suivante:

> "Although the use of expert testimony is often useful, decision-makers need to do their homework rather than rely uncritically on experts' views. This is particularly true in fields such as psychology and psychiatry, where even experts have a wide range of differing views and professionals, whether by accident or design, sometimes offer opinions beyond their expertise. Lawyers and judges are trained to ask the hard questions, and that skill should be empoyed here."[713]

---

[712]À titre d'exemple de ce fait, nous pourrions souligner toutes les nouvelles situations de garde auxquelles les tribunaux seront confrontés au cours des prochaines années, des décisions qui devront être prises relativement à la garde d'enfants d'unions de même sexe; voir *infra*, note 739.

[713]C.S. BRUCH, *loc. cit.*, note 396, à la page 550. Voir également Arthur LEONOFF et Robert J. MONTAGUE, *Guide to Custody and Access Assessments*, Scarborough, Carswell, Ontario, 1996, à la page128, les auteurs indiquent sur la question que "[t]he more conscious the child is of the relevance of a question to the parental conflict, the more the child may feel restrained and unable to respond freely. This is why projective and play-oriented methods have such a valuable place in the child custody assessment." Consulter également Nicholas BALA et Annelise SAUNDERS, "Understanding the Family Context: Why the Law of Expert Evidence is Different in Family Law Cases", (2002) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 277, 283; Louis BRUNET(dir.), *L'expertise psycho-légale: balises méthodologiques et déontologiques*, Montréal, Les Presses de l'Université du Québec,1999, p. 138.

En ce qui a trait au nombre d'expertises à être effectuées en matière familiale, nous devons noter qu'il n'existe aucun consensus à ce sujet. Plusieurs souhaitent qu'une seule expertise soit ordonnée par le tribunal, les parties pouvant contester les conclusions de l'expert et le contre-interroger lors du procès. D'autres recommandent qu'une seule expertise et qu'une seule contre-expertise aient lieu en matière familiale ou encore que les expertises ne soient effectuées que du consentement des parties à défaut de quoi, qu'une seule expertise puisse avoir lieu[714]. Plusieurs questions en ce domaine demeurent encore sans réponse. L'auteur Louis Brunet mentionnait, entre autres, que si les parties consentaient à produire une seule expertise, celles-ci n'étaient pas nécessairement liées par les conclusions de l'expert qu'elles avaient choisi conjointement et l'une ou l'autre des deux parties pouvait retenir les services d'un autre expert en cas de désaccord[715], approche qui pourrait être retenue dans la majorité des cas en matière familiale sauf autorisation contraire de la part du tribunal à la demande de l'une ou l'autre des parties. Il faudra suivre la tendance que les législateurs et les juges voudront donner à cette nouvelle réalité, soit celle d'avoir recours de plus en plus souvent à de telles expertises dans les litiges de garde afin de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant et de faire droit à l'écoute indirecte de sa parole.

En plus de la représentation de l'enfant par avocat devant le tribunal et de la tenue d'une expertise psychosociale, un troisième mode d'écoute indirecte de la parole a désormais cours en matière familiale. Il s'agit de la médiation familiale où le médiateur peut rencontrer l'enfant en retrait des procédures judiciaires intentées par les parties. Tel sera le sujet de la prochaine section.

---

[714]N. BALA et A. SAUNDERS, *loc. cit.*, note 713, 286.
[715]L. BRUNET(dir.), *op. cit.*, note 713.

Section III: La médiation familiale

À la lumière des récentes modifications apportées par les législateurs provinciaux tant en matière familiale que civile et commerciale, de nouveaux modes de résolution de conflits font désormais partie du paysage juridique québécois et canadien. Compte tenu de cette nouvelle réalité juridique, l'écoute de la parole de l'enfant par le médiateur nous semble constituer une avenue intéressante à explorer.

Afin de mieux comprendre les modalités d'écoute de la parole de l'enfant en médiation familiale, nous proposons, dans cette section, une étude du contexte historique relié à la mise en place du processus de médiation familiale (Sous-section A) ainsi qu'une observation des diverses méthodes mises à la disposition du médiateur (Sous-section B) afin de recueillir la parole de l'enfant dans le cadre de telles séances.

Sous-section A: La médiation familiale, vers un nouveau mode de résolution des conflits

Les conflits familiaux peuvent être exacerbés par le processus contradictoire prévalant présentement dans notre système judiciaire contradictoire. Pour certains, le recours aux tribunaux ne devrait avoir lieu qu'en dernier recours, uniquement après que les parties aient envisagé toutes les avenues possibles afin de parvenir à un règlement à l'amiable de leur litige[716]. Le législateur fédéral avait exprimé son intention, lors de l'adoption de *Loi sur le divorce* de 1985, de promouvoir la bonne entente entre les parties au moment de leur rupture[717]. Le législateur québécois, ainsi que d'autres législateurs provinciaux, avaient adopté à ce propos certaines dispositions législatives afin de favoriser la médiation familiale au moment de la rupture des époux. La médiation familiale constitue un mode de résolution de conflit qui gagne à être connu. Nous en étudierons plus particulièrement la teneur au cours du présent chapitre.

---

[716]Pierrette RAYLE, "(...)où va le droit de la famille", (1999) 101 *R. du N.* 391.

[717]En vertu du premier alinéa de l'article 9 de la *Loi sur le divorce* de 1985, l'avocat se doit "(...) a) d'attirer l'attention de son client sur les dispositions de la présente loi qui ont pour objet la réalisation de la réconciliation des époux; b) de discuter avec son client des possibilités de réconciliation et de le renseigner sur les services de consultation ou d'orientation matrimoniales qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux à se réconcilier ", puis, en vertu du deuxième alinéa du même article, l'avocat se doit " (...) de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation." Le projet de loi C-22 sur le divorce se voulait encore plus exigeant pour l'avocat puisque l'article 9 (2) b) lui imposait le devoir "de discuter avec son client de l'obligation de respecter toute ordonnance rendue au titre de la présente loi." Le Barreau du Québec émettait de sérieuses réserves à l'endroit d'une telle disposition puisqu'elle laissait sous-entendre la responsabilité de l'avocat du non-respect par le client des ordonnances prononcées par le tribunal; consulter à ce sujet BARREAU DU QUÉBEC, *loc. cit.*, note 26, pp. 4 et 5.

1) Le contexte historique

C'est en 1993 que le législateur québécois a choisi d'adopter les premières dispositions législatives relatives à la médiation familiale[718]. Bien que le phénomène ait semblé nouveau à l'époque, certains affirment que la médiation proviendrait de la philosophie du sage Confucius qui l'aurait enseignée comme méthode de résolution des conflits afin de maintenir l'harmonie entre les individus de l'époque[719]. De nos jours, la médiation familiale fait l'objet d'une attention particulière de la part des législateurs et d'un engouement certain par la population.

Les premières médiations familiales ont eu lieu aux États-Unis au cours des années 1970[720]. Par la suite, lors de la venue de la médiation en droit civil québécois, les modèles de médiation utilisés

---

[718]Le 9 mars 1993, l'Assemblée nationale du Québec a adopté la *Loi modifiant le Code de procédure civile concernant la médiation familiale*, L.Q. 1993, c.1 (projet de loi 14); les règlements sur la médiation familiale ont été adoptés par la suite le 1er décembre 1993 et sont entrés en vigueur le 30 décembre 1993. Le 14 novembre 1996, l'Assemblée nationale a adopté la *Loi instituant la médiation familiale préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions du Code de procédure civile*, L.Q. 1997, c. 42, (projet de loi 65); cette loi est entrée en vigueur le 1er septembre 1997. Cette loi permet aux couples ayant un ou des enfants à charge de recevoir gratuitement les services d'un médiateur accrédité pour un nombre déterminé de séances de médiation familiale. Elle rend la séance d'information relative à la médiation familiale obligatoire avant tout procès et permet au tribunal d'ordonner, en cours d'instance, la médiation dans les cas où elle pourrait être appropriée.

[719]Sylvie MATTEAU et Suzanne PARADIS, "La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et de l'enfant", (1986) 46 *R. du B.* 815, 816.

[720]Pour un historique complet de la médiation familiale et plus particulièrement au Québec, consulter Simon DESCÔTEAUX, "Les avocats et la médiation", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 109; Suzanne CLAIRMONT, "L'avocat et la médiation", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.129; Lucille LAVERDURE, "La médiation familiale au Québec de 1970 à nos jours", dans L. LAURENT-BOYER, *op. cit.*, note 253, p. 87.

ont alors été adaptés à la réalité québécoise. La participation aux séances de médiation familiale, dans les provinces canadiennes de common law, demeure toujours facultative[721] bien que le législateur québécois ait exigé que les parties aient assisté à une séance d'information obligatoire ayant trait à la médiation familiale avant que la cause ne soit inscrite au rôle pour procès[722].

---

[721]Notons, entre autres dispositions législatives celles existant dans les provinces canadiennes suivantes: en Alberta, l'article 75 (1) de la *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14, favorise la médiation entre les parties et, en vertu de l'article 17 du *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, si entente il y a entre les parties, le tribunal rend une ordonnance sans audience. En Saskatchewan, l'article 3 (3) de la *Loi de 1997 sur le droit de l'enfance*, précitée, note 182, indique que les parents peuvent conclure une entente pour régler leurs différends avec l'aide d'avocat ou de médiateur et selon l'article 10 (1), à la demande des parties, le tribunal peut nommer un médiateur. En Colombie-Britannique, en vertu de l'article 3(1) du *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, le counselling familial est encouragé. Au Manitoba, la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, C.P. L.M., c. C.280, prévoit à son article 47 (1) qu'il peut y avoir un renvoi des parties à un médiateur et, en vertu de l'article 49 (1), la nomination d'un enquêteur familial. Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les services à la famille*, précitée, note 182, fait état, à son article 131, de services de conciliation. Dans la province de Terre-Neuve, le *Children's Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. C-13, prévoit, à son article 26(8), que le législateur peut favoriser les ententes à l'amiable entre les parties et, en vertu de l'article 37(1), l'intervention du médiateur selon la *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c.F-2. En Ontario, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, précitée, note 160, prévoit, à son article 31(1), la nomination d'un médiateur. Au Yukon, la *Loi sur l'enfance*, précitée, note 182, indique elle aussi, à l'article 41(1), que les parties peuvent avoir recours à un médiateur afin de régler leurs différends. En Nouvelle-Écosse, selon l'article 6 du *Children's Law Act*, précité, note 182, les parties sont invités à régler leurs différends à l'amiable. Dans les Territoires du Nord-Ouest, la *Loi sur les relations familiales*, L.R.T.N.-O. 1988, c. D-8, prévoit, à l'article 58(1), la possibilité de nomination d'un médiateur en matière familiale.

[722]Art. 814.3 C.p.c. "(...) aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants (...), à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation (...)"

2) La médiation familiale, une définition

Certains auteurs définissent la médiation familiale comme "un processus de résolution des conflits qui procure à des conjoints qui ne veulent plus vivre ensemble un forum leur permettant d'arriver à des décisions équitables conciliant leurs intérêts et ceux de leurs enfants"[723]. Les auteurs des normes de pratique relatives à la médiation familiale au Québec ont défini la médiation comme "un mode de résolution de conflits par lequel un tiers impartial, dûment accrédité en vertu du Règlement sur la médiation familiale (...), intervient dans le conflit, avec le consentement des parties, et les aide à négocier une entente équitable faisant l'objet d'un consentement libre et éclairé"[724]. Ce que nous retenons de ces définitions, c'est d'abord et avant tout l'aspect volontaire du processus auquel sont conviées les parties ainsi que l'aide apportée par une tierce partie impartiale, tout au cours du processus de médiation, afin d'aider les parties à parvenir à une entente. La médiation familiale ayant ainsi été définie, observons maintenant la place occupée par l'enfant à l'intérieur du processus de médiation.

---

[723]J. LÉVESQUE, *op. cit.*, note 194, p. 64; Lisette LAURENT-BOYER, "La médiation familiale: définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et étude de modèles", dans L. LAURENT-BOYER, *op. cit.*, note 253, p. 3, à la page 5.

[724]C.O.A.M.F., *Guide de normes de pratique en médiation familiale*, document adopté par le C.O.A.M.F., en date du 1er juillet1998 (Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale), p. 4; au sujet du comité accréditeur, consulter Sylvie MATTEAU, " Normes de pratique en médiation familiale: le rôle de l'avocat médiateur et du conseiller juridique", dans FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 557.

Sous-section B: L'enfant et la médiation familiale

La médiation familiale constitue un processus souple en vertu duquel une large place peut être allouée à l'enfant soit, à l'expression de ses besoins et des désirs, au moment de la désunion de ses parents. Il est de l'intérêt de l'enfant que les parents parviennent à s'entendre quant à sa garde et, à ce titre, sa participation au processus de médiation familiale peut faciliter toute prise de décision à ce sujet[725]. Toutefois, aucune disposition législative ne dispose de la façon dont l'enfant doit être interrogé par le médiateur, ni de la façon dont ces rencontres doivent se dérouler[726]. Tout au plus, le législateur québécois indique à l'article 815.3 du Code de procédure civile que "[r]ien de ce qui a été dit ou écrit au cours d'une entrevue de réconciliation ou de conciliation y compris de médiation, n'est recevable en preuve dans une procédure judiciaire", sauf certaines exceptions prévues à la Loi[727].

Compte tenu du silence du législateur à cet égard, chaque médiateur est laissé seul à lui-même quant à la façon de faire. Dans le cadre de ces rencontres, la participation de l'enfant pourra être

---

[725]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section A: Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant, p.79.

[726]Pierre RENAUD, "L'élaboration d'un code de déontologie en médiation: une réflexion", (1996-97) 27 *R.D.U.S.* 327; il existe un code déontologie émis par l'Association de médiation familiale mais celui-ci se fait peu bavard sur la participation de l'enfant au processus de médiation familiale ainsi que sur la façon dont il peut y participer. Le premier alinéa de l'article 3.02 du Code prévoit, sous la rubrique des rencontres individuelles, que "[l]orsqu'il s'avère pertinent d'avoir une rencontre individuellement entre le médiateur et l'une ou l'autre des parties, ces rencontres ne peuvent avoir lieu sans le consentement des parties, sur le fait qu'il y aura de telles rencontres, sur le but, le déroulement, ainsi que sur la nature des rapports à fournir à l'autre partie, le cas échéant"; le deuxième alinéa du même article prévoit que "[l]es mêmes règles s'appliquent lorsque le médiateur juge à propos de rencontrer les enfants ou d'autres membres de la famille."

[727]Parmi ces exceptions, mentionnons celles ayant trait à la Loi sur la protection de la jeunesse, à la Loi d'enquête des coroners et à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec lorsqu'il s'agit d'un danger réel ou potentiel menaçant des vies humaines ou leur sécurité.

assurée de diverses façons, soit dans le cadre d'une rencontre individuelle ayant lieu seul à seul avec le médiateur et de voir à ce que ses propos soient rapportés par le médiateur hors de la présence de ses parents ou soit dans le cadre de séances accompagné de ses parents. Selon la psychologue Suzanne Barry, il appartiendra au médiateur d'intégrer l'enfant au processus de médiation familiale et d'assurer sa participation à la réorganisation de la famille[728]. L'enfant pourra ainsi être intégré de façon directe au processus de médiation. L'enfant pourra aussi l'être de façon indirecte lorsque le médiateur s'informera auprès de ses parents de ses perceptions au sujet de la rupture et de ses besoins. Par la présentation de photographies et des notes manuscrites de l'enfant, le médiateur pourra intégrer indirectement l'enfant au processus de médiation et voir à ce que ses désirs et ses besoins soient exprimés sans que sa présence ne soit requise.

Certains auteurs apprécieraient que les médiateurs soient davantage sensibilisés à l'importance d'écouter la parole de l'enfant dans le cadre de leurs rencontres avec les parents. À ce propos, un auteur considérait que:

> "(...) le médiateur a besoin d'avoir une vision systémique même si les enfants ne sont pas en entrevue. Le choix de les impliquer devrait se faire dans une perspective précise et dans un temps précis de la médiation. Les buts qui nous amèneraient à les rencontrer seraient: -de les aider à mieux comprendre la séparation; -de les consulter au sujet de la garde ou de l'accès au parent qui n'a pas la garde; - de les consulter sur d'autres sujets qui préoccupent leurs parents et eux-mêmes."[729]

---

[728]S. BARRY, *loc. cit.*, note 240, p. 188.
[729]Daniel CAMOZZI, "Stratégies et techniques en médiation familiale", dans L. LAURENT-BOYER, *op. cit.*, note 253, aux pages 78 et 79.

Si le médiateur rencontre directement l'enfant, il va sans dire que ces rencontres nécessiteront des habiletés particulières de sa part. Lorsque le médiateur reçoit les confidences de l'enfant, il n'est aucunement tenu de les rapporter aux parents. Il en est autrement si l'enfant fait état de sévices ou d'abus subis[730] bien que l'avocat agissant à titre de médiateur soit soumis à des règles différentes[731]. En d'autres cas, le médiateur n'est pas tenu de transmettre les propos tenus aux parents et doit être conscient de l'impact de son silence sur l'enfant.

La rencontre avec l'enfant et le médiateur pourra permettre au médiateur d'évaluer la capacité de l'enfant de discuter de ses désirs, de ses besoins, de ses valeurs, de ses croyances, de ses attitudes et de ses sentiments vis-à-vis ses parents. La participation de l'enfant aux séances de médiation familiale pourra également enrichir la vie de l'enfant, lui permettant non seulement d'être entendu mais aussi l'avoir l'impression de contribuer à la prise de décision ayant trait à sa garde. Toutefois, la participation de l'enfant pourra se révéler contre-indiquée pour les enfants en bas âges et de même que pour les enfants aux prises avec le litige hautement conflictuel de leurs parents[732].

---

[730]S*upra*, note 415.

[731]Voir *supra*, Titre deuxième, Chapitre deuxième, Section I: La représentation de l'enfant par un avocat, p. 220.

[732]Gary W. AUSTIN, Peter G. JAFFE et Pamela M.HURLEY, " Incorporating Children's Needs and Views in Alternative Dispute Resolution Approaches", (1992) 8 *Rev. Can. D. Fam.* 69; Gary W. PAQUIN, "The Child's Input in the Mediation Process: Promoting the Best Interests of the Child", (1988) 2 *Mediation Quarterly*, p. 69, à la page 71, l'auteur relate que, pendant les rencontres entre le médiateur et l'enfant, le médiateur peut poser des questions sur les sentiments et les préférences de l'enfant (surtout pour les enfants plus âgés) sans traiter de l'endroit spécifique où l'enfant désirerait vivre. L'auteur recommande que dans les faits, le médiateur parvienne à obtenir la réponse à cette question de façon indirecte, bien que le questionnement puisse être fait de façon plus directe avec les enfants plus âgés.

Il est important de rappeler que la plupart des couples en voie de rupture peuvent avoir recours à la médiation familiale et que des initiatives remarquables de la part des divers gouvernements ont présentement lieu en ce sens[733]. La médiation apparaît d'ailleurs comme une alternative intéressante en lieu et place du processus judiciaire et de la possibilité de conflits qu'il peut générer. Un auteur exprimait ce qui suit à ce propos:

> "Définie comme 'le processus par lequel les participants, ensemble, avec l'aide d'un ou plusieurs intervenants(s) neutre(s), isolent systématiquement les questions de dispute de manière à élaborer des options, à considérer des alternatives et à conclure une entente mutuelle qui réponde à leurs besoins', la médiation apparaît de plus en plus comme une alternative souhaitable à la procédure adversariale du processus judiciaire. Économique en temps, elle apparaît comme un processus de solution de conflit permettant aux parties de se rapproprier les décisions qui les concernent, en réduisant le plus possible les conflits émotionnels et les affrontements. Processus éducationnel, la médiation permet aux parties de développer leur capacité de solutionner ensemble les problèmes qui les confrontent"[734].

Toutefois, il nous faut constater l'absence de balises et de lignes directrices dans ce domaine du droit et espérer que les législateurs et corporations professionnelles visées sauront y remédier et

---

[733]Myriam BERTHELET, "La médiation familiale sans frontières", dans *La Presse*, Montréal, 31 juillet 2003, p. E-8. Dans cet article, l'auteure souligne que l'Association internationale francophone des intervenants auprès des familles séparées (AIFI) a tenu son premier colloque à Montréal en juin 2003. À ce propos, la journaliste, qui a rencontré madame Lorraine Filion, co-fondatrice de l'Association, cite les propos de madame Filion qui se dit heureuse de l'introduction du concept de médiation familiale à distance, via les nouveaux modes de communication telles que la webcam, la vidéoconférence ou encore la conférence téléphonique pour les médiations dont les parents vivent dans des pays distincts. Madame Filion souligne que, malgré la distance, "[e]n aidant les parents à s'entendre, ce sont les enfants que nous protégeons", voir Myriam JÉZÉQUIEL, "Médiation familiale internationale. Une voie d'avenir en Belgique", dans *Le Journal du Barreau*, Montréal, 15 septembre 2003, p. 15. Notons également les recherches menées par la psychologue Francine Cyr de l'Université de Montréal relativement à l'enfant et à sa place en médiation familiale dont les conclusions seront publiées dans divers ouvrages spécialisés au cours de l'automne 2005.

[734]André CLOUTIER, "Le processus judiciaire et la famille", (1988) 19 *R.G.D.* 373, 391.

mieux encadrer les médiateurs qui seront appelés à rencontrer l'enfant dans le cadre de telles séances.

Chapitre troisième: L'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde, une règle de droit floue à applications multi-directionnelles à la recherche d'un meilleur encadrement

De tout ce qui précède, il ressort que les modalités d'application du droit de l'enfant à être entendu varient considérablement, en fonction de certains critères comme l'âge et le discernement de l'enfant. Il en ressort également que les modalités de l'écoute elle-même sont multiples. Il en résulte une incertitude du droit de l'enfant à être entendu[735] (Section I), droit dont il importe d'assurer un meilleur encadrement[736] (Section II).

Sans un meilleur encadrement, une meilleure cohésion ou sans une meilleure coordination entre les diverses dispositions législatives reliées à la parole de l'enfant, cette écoute pourrait devenir lettre morte si rien n'était fait afin de remédier aux lacunes signalées. Une règle de droit reconnue pourrait ainsi devenir inefficace et se révéler, dans certaines circonstances, contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant à cause des difficultés rencontrées au moment de sa mise en oeuvre. Somme toute, si aucune mesure n'était prise pour combler ces lacunes, l'écoute de la parole de l'enfant pourrait ne devenir, au quotidien de sa mise en oeuvre, qu'une simple apparence de droit et non pas ce droit véritablement reconnu tel que proclamé par tous. Nous observerons dans la prochaine section les applications multi-directionnelles de la règle de droit étudiée dans le cadre de cette thèse.

---

[735] *Infra*, p. 329.
[736] *Infra*, p. 341.

Section I: Une règle de droit reconnue à applications multi-directionnelles

Le droit de l'enfant à être entendu s'inscrit dans une mouvance du droit que nul n'aurait pu prévoir il y a quelques décennies à peine. L'évolution fulgurante de la société a obligé les législateurs provinciaux et fédéral à adopter de nouvelles dispositions législatives afin d'adapter le droit de la famille aux nouvelles réalités de la société contemporaine. En raison de la pluralité des modalités proposées (Sous-section A), l'écoute de la parole de l'enfant s'inscrit dans un contexte où le droit est pleine mutation (Sous-section B). Par conséquent, le droit de l'enfant à être entendu doit être analysé à travers le prisme de cette société en mutation en tenant compte des paradoxes créés par son application (Sous-section C).

Sous-section A: L'écoute de la parole de l'enfant, l'incertitude engendrée par la pluralité des modalités d'écoute

L'incertitude engendrée par la pluralité des modalités d'écoute de la parole de l'enfant crée une certaine confusion chez les divers intervenants en matière familiale. Pour l'heure, il est encore difficile pour tout intervenant de choisir la modalité d'écoute qui assurera à la fois le respect du droit de l'enfant à être entendu et la protection contre toutes influences indues pouvant découler d'une telle écoute. Nous avons observé que l'écoute de la parole de l'enfant pouvait s'exercer de nombreuses façons. Rappelons que la parole de l'enfant peut être prise en compte de façon directe par le témoignage de l'enfant au moment du procès, ce témoignage pouvant avoir lieu lors de l'audience ou encore lors d'une rencontre tenue en tête à tête avec le juge et l'enfant, en présence des avocats appelés à représenter l'enfant ou les parents s'il y a lieu.

La parole de l'enfant peut également être prise en compte de façon indirecte. Dans le cadre d'une telle écoute, effectuée au gré des parents, de l'enfant ou encore du tribunal, l'enfant peut être représenté par un avocat et, dans un nombre croissant de cas, faire l'objet d'une expertise psychosociale effectuée par des experts en relations humaines. Dans ces éventualités, l'expert en relations humaines ou encore le procureur de l'enfant peut rapporter au tribunal les propos tenus par l'enfant sur sa garde. À ces modalités d'écoute peuvent s'ajouter les rencontres tenues en marge du processus judiciaire dans le cadre de séances de médiation familiale. Comme nous l'avons souligné plus haut, aucune coordination n'a été mise en place par les divers législateurs relativement aux dispositions devant s'appliquer à cet égard et pour cette raison, il nous semble difficile de savoir quelle disposition devrait prévaloir au moment de l'écoute de la parole de l'enfant.

Nous avons aussi souligné qu'en matière de représentation d'enfant par un avocat, il existe une grande diversité de mandats du procureur de l'enfant. À ce propos, nous soulignons la confusion créée par l'absence de dispositions spécifiques quant au rôle du procureur de l'enfant. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *M.F.* c. *J.L.*, a apporté certaines précisions sur la question, précisions qui mériteraient toutefois plus d'explications et devraient faire l'objet de réponses législatives précises. La représentation de l'enfant en matière familiale, bien que non obligatoire, pourrait favoriser une écoute attentive de l'enfant devant le tribunal et le protéger un tant soit peu contre des manipulations parentales. Pour cette raison, la représentation de l'enfant par un avocat devrait être nettement mise en avant-plan, ce qui est encore loin d'être le cas.

Comme les législateurs provinciaux et fédéral se sont faits discrets sur la façon d'écouter la parole de l'enfant en matière de garde, procureurs, magistrats et spécialistes du domaine des sciences humaines sont encore dans le brouillard sur la question et perplexes quant au rôle qu'ils doivent jouer auprès de l'enfant au moment de la désunion des parents. Ce constat vaut non seulement pour les experts en relations humaines mais aussi pour les médiateurs qui demeurent laissés à eux-mêmes, sans consignes fixes et précises à respecter au moment de l'écoute de la parole de l'enfant. C'est conséquemment dans ce climat de confusion que s'inscrit l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde, une écoute qui se situe au coeur d'une société en pleine mutation.

Sous-section B: L'écoute de la parole de l'enfant et la mouvance du droit

Les dernières années auront été riches d'enseignement en matière familiale, les conceptions du droit s'étant succédé à un rythme infernal et ayant bousculé les règles établies. Les nouvelles dispositions législatives portant sur la famille et sur les individus auront changé en profondeur les fondements de notre société. Rappelons les changements ayant déjà eu lieu et d'autres n'ayant pu encore voir le jour.

Parmi les changements ayant déjà eu lieu, soulignons ceux apportés par certains législateurs provinciaux qui ont tenté d'adapter les lois aux nouvelles réalités sociales et familiales. Mentionnons à ce titre l'adoption, par le législateur québécois, de la loi portant sur l'union civile. La *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*[737] officialise l'union des couples homosexuels en favorisant leur reconnaissance sociale tout en leur assurant la même protection juridique que celle qui est reconnue aux personnes mariées. Cette nouvelle loi crée non seulement un nouveau modèle de "conjugalité" mais aussi un nouveau modèle de "parentalité" par l'adoption des nouvelles règles de filiation[738]. Également, la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage* afin de modifier certaines dispositions du *Code civil du Québec* pour permettre aux couples unis civilement de poursuivre leur vie commune sous le régime du mariage est entrée en vigueur au Québec le 10 novembre 2004[739].

---

[737]*Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c.6. Cette loi, qui a été adoptée le 7 juin 2002, est entrée en vigueur le 24 juin 2002; il faut préciser que cette loi s'applique à la fois aux couples homosexuels et hétérosexuels.

[738]Frédéric DUSSAULT, "Les nouvelles règles de filiation au Québec: les enjeux normatifs sur l'institution de la filiation", dans Pierre-Claude LAFOND et Brigitte LEFEBVRE (dir.), *L'union civile nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 313, à la page 315, l'auteur note que le Québec fait figure de pionnier sur la scène internationale par sa reconnaissance de l'adoption homoparentale, soit celle d'un enfant par des conjoints de même sexe. Consulter également BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire, commentaires du Barreau du Québec sur le document de travail, Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe*, Montréal, avril 2003; http://www.barreau.qc.ca/opinions/memoires/2003/conjoints.pdf.

[739]*Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, c. 22.

Parmi les changements n'ayant pu voir le jour, notons ceux ayant trait à la *Loi sur le divorce* de 1985 proposés par le projet de loi fédéral C-22 dont les modifications mettaient davantage l'accent sur les besoins et l'intérêt de l'enfant, éliminant les expressions "garde" et "droits d'accès" tout en intégrant dans la loi actuelle une nouvelle notion faisant appel à la responsabilité parentale[740]. Cette notion, similaire à celle d'autorité parentale reconnue en droit civil québécois, a la faveur des membres du Comité du Barreau du Québec[741].

À titre de changements ayant également eu lieu, notons les modifications apportées par le législateur fédéral à la définition du mariage à la suite du *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*[742]. Il s'agit de changements effectués à la suite de la réponse favorable de la Cour

---

[740]En ce qui a trait à l'élimination des termes "garde" et "droit de visite" et de la nécessité d'éliminer de la loi des concepts à connotation négative, certains auteurs soutiennent que malgré les changements à être apportés, il demeure possible que les nouveaux termes, appelés à remplacer les anciens, puissent s'assortir d'un bagage aussi émotif que ceux qu'ils devaient remplacer, consulter à ce sujet Brenda COSSMAN, *Analyse des options concernant la modification de la réglementation légale de la garde et du droit de visite des enfants*, rapport présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la justice du Canada, Ottawa, p. 7, 2001-FCY-2F. Ce rapport peut être consulté sur le site internet du "ministère de la Justice du Canada", à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc.ca/fr/ps/pae /nouv/082001.html; voir *infra*, note 784.

[741]BARREAU DU QUÉBEC, *loc. cit.*, note 26.

[742]Dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, 9 décembre 2004, la Cour suprême du Canada a déclaré que l'article 1de la *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil* proposé par le gouvernement fédéral relève de la compétence du Parlement fédéral visée par le paragraphe 91(26) de la Loi constitutionnelle de 1867 et que l'article 1 exprime la position du gouvernement quant au droit à l'égalité garanti par le paragraphe 25(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 1 de la loi fédérale prévoirait que le mariage, sur le plan civil, est l'union légitime de deux personnes à l'exclusion de toute autre personne. Suite aux réponses apportées par le plus haut tribunal au pays, le gouvernement fédéral du Canada, par l'entremise de son ministre de la Justice Irwin Cotler, a déposé, le 1er février 2005, le Projet de loi C-38, intitulé *Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil* qui reconnaîtra les mariages entre conjoints de même sexe. La *Loi sur le mariage civil*, 2005, ch.33, sanctionnée le 20 juillet 2005, prévoit, à son deuxième article, que:"[l]e mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes à l'exclusion de tout autre personne."

suprême du Canada aux modifications proposées par le gouvernement fédéral sur le sujet[743] et dans la foulée de certains arrêts et décisions judiciaires rendus sur le même sujet. Notons à ce propos les arrêts rendus par la Cour d'appel de la Colombie-britannique au cours du mois de mai 2003[744], la Cour d'appel de l'Ontario au cours du mois de juin 2003[745] ainsi que la décision rendue par la Cour supérieure du Québec au cours du mois de septembre 2002[746], dans lesquels les magistrats ont déclaré les dispositions relatives à la définition traditionnelle du mariage inopérantes et incompatibles avec les droits garantis par l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces décisions et arrêts ont été confirmés de façon implicite par les réponses favorables de la Cour suprême du Canada

---

[743]Dans son renvoi du 17 juillet 2003, l'honorable Martin Cauchon, ministre de la Justice et procureur général du Canada, au nom du gouvernement du Canada, avait posé trois questions précises aux juges de la Cour suprême du Canada, dont l'une qui fut rajoutée par la suite, permettant de savoir si la disposition législative de l'avant-projet de loi qui accordait aux personnes du même sexe la capacité de se marier était conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'annonce de ce renvoi peut être consultée sur le site internet du "ministère de la justice du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc. ca/fr/news/nr/2003/doc_30944.html.

[744]En première instance, le 12 juillet 2002, la Cour divisionnaire de l'Ontario avait déclaré dans l'arrêt *Halpern* c. *Canada (Attorney General)*, (2002) 215 D.L.R. (4th) 223 que la règle de common law interdisant aux conjoints de même sexe de se marier portait atteinte au droit à l'égalité prévu à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le 10 juin 2003, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision rendue par la Cour divisionnaire de première instance dans *Halpern* c. *Canada (Attorney General)*, (2003) 172 O.A.C. 276 (Ont. C.A.), 2003 CanLII 26403 (ONC.A.) (juges R. Roy McMurtry, J.C. MacPherson et E.E. Gillese). En date du 6 octobre 2003, la Cour suprême du Canada entendait les requêtes en cassation de la demande d'autorisation d'appel déposée par *The Association for Marriage and the Family in Ontario* c. *Hedy Halpern et al.* (Ont.) (29879), décisions qui furent prises en délibéré.

[745]En Colombie-Britannique, le juge Pitfield de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a indiqué dans la décision *EGALE Canada Inc.* c. *Canada (Attorney general)*, (2001) 95 BCLR25 122 que la définition du mariage était discriminatoire mais qu'elle constituait, selon le tribunal, une restriction raisonnable dans une société libre et démocratique. Cette décision a été portée en appel et renversée par le tribunal dans *EGALE Canada Inc.* [*Barbeau*] c. *Canada (Attorney general)*, (2003) BCCA 251 (juges Prowse, MacKenzie et Low).

[746]*Hendricks* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.) REJB 2002-33848 (juge Louise Lemelin).

au Renvoi soulevé[747]. À cet égard, nous noterons que la nouvelle définition du mariage qui inclut l'union de personnes de même sexe et qui permet aux homosexuels de jouir des mêmes droits que ceux accordés à tout citoyen peut entraîner un changement profond de société sous un certain vent de contestations au sein de la société canadienne[748].

Parmi les changements ayant également eu lieu, ajoutons ceux apportés à la *Loi sur la preuve* du Canada. Les modifications proposées permettent au tribunal de tenir une enquête lorsque la capacité mentale d'un témoin est contestée. L'article 16.1 prévoit que toute personne âgée de moins de 14 ans est présumée habile à témoigner à moins qu'en vertu de l'article 16.1(3), la partie désirant contester la capacité de l'enfant à témoigner convainque le tribunal qu'il existe des motifs de douter

---

[747]Consulter également l'article de Lise I. BEAUDOIN, "Mariage civil entre personnes de même sexe. Aucun obstacle constitutionnel", dans *Le Journal du Barreau*, Montréal, le 1er février 2005, p. 22.
[748]Sophie ALLARD, "Le mariage des homosexuels divise les Québécois", *La Presse*, Montréal, le 27 août 2003, p. A-1. Dans ce dernier article, l'auteure divulgue les résultats d'un sondage CROP/La Presse démontrant que 48% des québécois interrogés se déclaraient favorables aux mariages gais alors que 42% d'entre eux le désapprouvaient. Dans un sondage plus récent, le sondage COMPAS, réalisé par le National Post et la chaîne de télévision Global National dont les résultats ont été rendus public le 2 février 2005, si un référendum national avait eu lieu au moment du sondage, 66% des canadiens auraient opté pour une définition traditionnelle du mariage, soit l'union d'un homme et d'une femme. Les résultats du sondage peuvent être consultés sur le site internet de Radio-Canada, à l'adresse ci-après:http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Politique/nouvelles/200502/02/001. Notons que le Barreau du Québec approuve l'inclusion des personnes de même sexe dans la loi fédérale sur le mariage; consulter à ce sujet BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire, commentaires du barreau du Québec sur le document de travail, Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe*, avril 2003; ce mémoire peut être consulté sur le site internet du "Barreau du Québec" à l'adresse ci-après: http://www.barreau.qc.ca. Voir également sur la question des unions de conjoints de même sexe, Michel MORIN, "La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe", dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *op. cit.*, note 738, p. 63. Le Partie Conservateur du Canada avait fait part de son intention de modifier le projet de loi C-38 pour rétablir la définition traditionnelle du mariage. Nous ignorons pour l'instant si la venue du nouveau gouvernement conservateur apportera des changements à cet effet au cours de la 39ème législation.

d'une telle capacité[749].

Il nous semble encore trop tôt pour saisir la portée des changements ayant eu lieu [750]. Toutefois, nous constatons que l'écoute de la parole de l'enfant se situe désormais au sein d'une conception de la famille aux ramifications complexes et que l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion doit tenir compte de cette nouvelle réalité. À défaut de lignes directrices, dans cette panoplie de nouvelles législations et structures familiales, les divers intervenants en matière familiale risquent de se retrouver difficilement. C'est donc dans cette mouvance du droit que se situe l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion. À cause de la complexité qu'elle recèle, plusieurs paradoxes semblent découler de sa mise en oeuvre.

Sous-section C: L'écoute de l'enfant, une règle de droit paradoxale

Dans la société occidentale en constante évolution, l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion des parents engendre de nombreux paradoxes. En fait, l'un des principaux paradoxes

---

[749]BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 26, p. 13; *supra*, note 419.

[750]M. MORIN, *loc. cit.*, note 748, p. 316. Ce même auteur fait état des réserves existant en matière d'adoption homoparentale et mentionne même, à la page 316, qu'il est affirmé que "(...) l'adoption homoparentale crée une rupture entre l'enfant et son appartenance à l'espèce humaine(...)." Pour un point de vue opposé, consulter l'auteure Danielle JULIEN, dans un article intitulé "Trois générations de recherches empiriques sur les mères lesbiennes, les pères gais et leurs enfants", dans P.C. LAFOND et B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 738, p. 359, qui souligne, à la page 370, que "(...) les études sur l'identité de genre, le rôle et l'orientation sexuelle des enfants de parents homosexuels ne montrent pas de différences dans le développement des enfants de parents homosexuels comparés aux enfants de parents hétérosexuels. Ces résultats ne signifient pas que les enfants de parents homosexuels ne font face à aucun problème d'identité. Mais ces résultats suggèrent que lorsque des problèmes d'identité sexuelle surgissent, ces problèmes n'ont rien à voir avec l'orientation sexuelle des parents." Cette auteure reconnaît toutefois la rareté des recherches effectuées sur la question. L'auteure reconnaît également qu'un important travail de production et d'intégration des études gaies et lesbiennes aux connaissances actuelles sur la famille demeure encore à être accompli.

soulevés par l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion portera inévitablement sur le choix de la personne qui devra assurer le respect du droit de l'enfant à être entendu lorsque ce dernier ne pourra agir de lui-même. Ainsi, selon les concepts de droit civil et de common law prévalant dans certaines provinces canadiennes, il incombera d'abord aux parents de voir au respect des droits de leur enfant. L'incontournable polarité des concepts reliés à la protection de l'enfance et à l'acquisition d'une autonomie croissante se fera alors douloureusement sentir et le fait que l'enfant soit désormais porteur de droit pourra entraîner un certain déséquilibre familial au moment de l'exercice de son droit à être entendu. Au moment de la rupture, à cause de l'émotivité vécue par certains parents, il est possible que ce rôle soit exercé par ces derniers avec difficulté. Un auteur indiquait à ce propos:

> "Dans le contexte actuel de fluidité, voire de fragilité, du cadre familial et, pourrions-nous ajouter, de la crise de légitimité de nos institutions qui perdure, notre société a fait le choix de fortifier le statut des individus. (...) Cette option visant à raffermir le statut des individus est certes un pas en avant pour les femmes et les enfants, qui ont eu le plus à pâtir de la structure rigidement hiérarchisée de la famille traditionnelle. Mais cela est cause de déséquilibres, parce que 'le nécessaire équilibre entre l'importance des droits et l'extension des devoirs' échappe trop souvent à la conscience des membres de la famille."[751]

À cause de plusieurs facteurs en jeu dont la forte émotivité des parents au moment de leur désunion, nos recherches nous ont permis d'observer que certains parents peuvent, à ce moment

---

[751]Sébastien LAVIGNE, "L'équilibre familial", dans PRIX CHARLES CODERRE (1997), *Droits et responsabilités entre les parents et les enfants: y -a-t-il un équilibre?*, Cowansveille, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 115. Pour une étude plus approfondie de l'évolution du mouvement féministe et du rapprochement qui peut être effectué entre ce mouvement et l'évolution des droits de l'enfant, consulter Suzanne BOYD, "Some Post Modernist Challenges to Feminist Analyses of Law, Family and State: Ideology and Discourse in Child Custody Law", (1991-92) 10 *Rev. Can. D. Fam.* 79, 86.

précis de leur vie, se trouver dans l'incapacité de voir au respect véritable des droits de leur enfant[752]. C'est alors que d'autres intervenants doivent être appelés à prendre la relève[753]. En vertu de l'article 34 du *Code civil du Québec*, si les parents n'ont pas assuré eux-mêmes le respect du droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux, il appartient au tribunal de s'assurer que l'enfant soit entendu dans le cadre des procédures judiciaire déposées au dossier de la Cour.

Et malgré l'adoption de dispositions législatives spécifiques permettant à l'enfant d'être entendu en matière de garde, certains demeurent toutefois d'avis que la participation de l'enfant au conflit de ses parents peut lui causer des traumatismes[754] et que, compte tenu des pressions existant au sein de sa famille au moment de la désunion, l'enfant ne peut exprimer un désir libre de toute contrainte. Ainsi, des auteurs considèrent que "(...) l'enfant ne discerne pas nécessairement où se trouve son intérêt, ni même où se trouve son désir, et sa jeunesse, sa dépendance peuvent laisser craindre que son apparent désir ne soit induit par la pression affective exercée sur lui par l'un de ses parents. D'autre part, l'expression d'un désir, même si on le suppose autonome, place l'enfant en situation d'arbitrage entre ses parents et de responsabilité dans l'organisation d'une situation qui, d'abord lui est imposée. Cette situation peut être d'autant plus néfaste que le seul véritable désir de l'enfant... serait de réunir ses parents", ajoutant que "[l]a conséquence paradoxale de cette position, c'est inévitablement que l'on recourt à l'audition de l'enfant... justement dans les affaires les plus

---

[752]*Voir supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section A, 2)c) Les études québécoises, p. 100.
[753]Un proverbe africain nous rappelle qu'"il faut tout un village pour éduquer un enfant", dans Hillary RODHAM CLINTON, *It takes a village*, New York, Touchstone, 1996, p. 12.
[754]Odile BOURGUIGNON, Jean-Louis RALLU et Irène THÉRY, *Du divorce et des enfants*, Paris, Éditions de l'INED, 1985, p. 71.

conflictuelles dont la dynamique est la plus incontrôlable, chargeant l'enfant de responsabilités dans le contexte où il est sans doute le plus instrumentalisé"[755].

Nous répondons à ces inquiétudes qu'interroger l'enfant sur ses souhaits et ses désirs en matière de garde ne signifie aucunement l'inciter à choisir son parent gardien ni lui demander de porter sur ses frêles épaules le poids d'une décision aussi importante pour son avenir. En fait, les résultats des études répertoriées sur cette question révèlent que l'enfant accepte plus facilement les décisions qui sont prises avec son accord. Une auteure précisait ce qui suit à ce propos:

> "L'enfant dont le bien-être psychologique et matériel ne peut manquer d'être affecté par la décision reste trop souvent absent du débat. Sa participation serait pourtant susceptible d'éclairer les parents, et plus encore le tribunal, sur ses besoins réels."[756]

Nos recherches nous ont conséquemment permis de constater le sentiment de nombreux enfants ayant vécu la rupture conjugale de leurs parents ne se sentent aucunement écoutés au moment de la rupture de leurs parents. Étrange affirmation s'il en est une que d'entendre un enfant déplorer ne pas être entendu au moment de la rupture de ses parents alors qu'une panoplie de dispositions législatives sont déjà mises en place à cet effet. Et pourtant, en matière de protection, des enfants ont affirmé ne pas avoir eu le sentiment d'être associés aux discussions les concernant, et ce, malgré l'adoption de dispositions législatives spécifiques reliées à leur écoute[757], des recherches

---

[755]*Id.*, aux pages 71 et 72.
[756]C. BERNARD, *loc. cit.*, note 294, p. 36, à la page 37.
[757]Voir *infra*, Titre deuxième, Chapitre troisième, Section II: Une règle de droit floue à la recherche d'un meilleur encadrement, p. 341.

canadiennes[758] et américaines[759] ayant apporté des résultats similaires en matière de garde.

Il nous apparaît impératif de tenir compte du point de vue de l'enfant au moment de la désunion des parents lorsque l'âge et le discernement de l'enfant le permettent puisqu'il s'agit d'assurer le respect du droit absolu de l'enfant à être entendu[760], ce qui a d'ailleurs fait l'objet de plus amples discussions[761]. Mais pour cela, tout comme nous pourrons le constater dans la prochaine section, une règle de droit floue, soit l'écoute de sa parole au moment de la désunion de ses parents, devra faire l'objet d'un meilleur encadrement législatif.

---

[758]Dans le cadre d'une consultation sur le droit de garde, le droit de visite et l'obligation alimentaire pour enfant qui s'est déroulée au Québec en 2001 sous les auspices du ministère de la Justice du Québec, les auteurs de ce rapport ont indiqué, à la page 23 de leur rapport, que les jeunes estimaient qu'ils devraient être davantage consultés par leurs parents au moment de la rupture, sans avoir toutefois à choisir un parent gardien puisque ce choix risquerait d'avoir des répercussions sur le parent non-gardien; consulter MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada. Rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales*, Ottawa, 2001, ce rapport peut être consulté sur le site du "ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc.ca/fr/cons/fpt_cons/quebec.html. Également, il nous semble important de noter que tout juste avant que le gouvernement fédéral ne dépose le projet de loi C-22, le gouvernement fédéral terminait une consultation nationale sur les droits de garde et de visite et sur la pension alimentaire pour enfants en déposant un rapport final en novembre 2002 sur la question intitulé *L'enfant d'abord!* novembre 2002. Ce document peut être consulté sur le site internet du "ministère de la Justice du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.canada.justice.gc.ca.

[759]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section A, 2) a) Les études américaines, p. 95.

[760]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section A, Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant, p. 79.

[761]A. SARIS, *op. cit.*, note 19, p. 89.

Section II: Une règle de droit floue à la recherche d'un meilleur encadrement

Le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde nécessite la mise en place de meilleures balises et un meilleur encadrement afin d'en assurer une plus grande efficacité. L'adoption d'une panoplie de dispositions législatives fédérales et provinciales sur la famille et les individus qui la composent engendre, nous semble-t-il, une certaine confusion au moment de leur mise en oeuvre. Nous comprenons les raisons qui font en sorte que le législateur québécois se doive de favoriser un certain flou législatif à cet égard, un auteur français s'exprimant comme suit à propos de la souplesse requise en ce domaine du droit:

> "(...) il faut être conscient que les règles de droit sont, à cet égard, impuissantes à apporter des solutions à des problèmes qui sont d'une nature différente. Tout ce qu'a pu faire le législateur est d'éviter que les règles puissent apporter des barrières ou des contraintes rendant plus difficiles les mesures souhaitables. *La plus grande souplesse est nécessaire* et l'organisation des conséquences du divorce, en ce qui concerne les enfants, est marquée par cette grande souplesse, qui a pour corollaire un large pouvoir reconnu au juge et l'absence de règles précises posées par la loi."[762]

---

[762]A. BÉNABENT, *op. cit.*, note 153, p. 200.

Mais désormais, tout apparaît un peu plus confus en matière familiale et plus particulièrement lors de l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde. Afin de mieux prendre en compte la parole de l'enfant en matière de garde, il nous semble important d'en assurer un meilleur encadrement. La reconnaissance apportée à l'écoute de sa parole ou de son opinion sur la scène internationale pourra être source d'inspiration à cet égard. Ainsi, nous observerons que la *Convention relative aux droits de l'enfant*, et plus particulièrement l'article 12 ayant trait à l'expression de l'opinion de l'enfant, pourra avoir un impact sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec* (Sous-section A). Toutefois, sans la concertation des divers intervenants au dossier, dont les parents, les procureurs, les médiateurs, les juristes et les magistrats (Sous-section B), sans la reconnaissance d'une nouvelle dynamique familiale qui semble s'instaurer dans notre société (Sous-section C), le respect de l'écoute de la parole de l'enfant dans les procédures de garde risque de ne demeurer qu'un voeu pieux.

Sous-section A: L'impact de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*

Comme nous l'avons observé, l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* permet à l'enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant[763] sans en définir toutefois les modalités d'expression. Les principes de la Convention étant largement reconnus par la communauté internationale[764], la *Convention relative aux droits de l'enfant* semble désormais servir d'outil d'interprétation par les tribunaux dans les litiges judiciaires reliés à la protection et à l'exercice des droits de l'enfant. Cette approche des tribunaux, qui permet à la *Convention relative aux droits de l'enfant* d'avoir un impact en droit interne et, éventuellement, sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*, semble novatrice. Afin de mieux cerner les tenants et aboutissants reliés à l'impact de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*, nous rappellerons dans un premier temps quelques éléments reliés à l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en droit interne puis, nous nous attarderons à l'impact de cette Convention sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*.

---

[763] *Supra*, note 46.
[764] *Supra*, note 286.

1) L'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en droit interne

Depuis quelques années, les tribunaux ont permis à la *Convention relative aux droits de l'enfant* d'avoir un certain impact en droit interne et ce, même si cette Convention n'a pas été mise en oeuvre au sein des diverses législations fédérale et provinciales. En fait, l'impact que peut avoir une Convention de cette nature en droit interne est récent. Nous rapportons les commentaires de l'auteure Marie-Thérèse Meulders-Klein à ce propos:

> "Si l'émergence du concept de droits de l'homme comme création originale de la philosophie occidentale remonte déjà à plusieurs siècles et ses premières proclamations au Siècle des Lumières, son internationalisation juridique n'est que très récente (...) la prise de conscience de son impact potentiel et réel sur le droit privé et plus particulièrement sur le droit de la famille l'est davantage encore, car originellement les droits de l'homme concernaient essentiellement les droits et libertés publiques de l'individu-citoyen face à l'État. De famille et de vie privée il n'était pas question, le respect de l'ordre 'naturel' des choses paraissant sans doute évident, nécessaire et suffisant aux besoins de l'ordre social. Aujourd'hui, cette prise de conscience s'impose devant le foisonnement des normes inter-et supranationales qui, depuis la fin de la seconde guerre mondiale incluent ces deux domaines dans leurs dispositions comme éléments essentiels des droits de la personne humaine (...)."[765]

---

[765]M.-T. MEULDERS-KLEIN, *loc. cit.*, note 106, 4.

L'adhésion d'un pays ou d'un État à une Convention internationale relève de son droit constitutionnel. Au Canada, la Constitution canadienne ne contient aucune disposition spécifique à cet effet. Il est cependant reconnu que ce pouvoir doit être exercé en exclusivité par le gouvernement fédéral et même si la conclusion et la ratification des conventions internationales relèvent du gouvernement fédéral, la mise en oeuvre des traités s'effectue quant à elle par les gouvernements central et provinciaux selon les compétences législatives de chacun[766]. Les provinces canadiennes ont accepté de donner leur accord à la ratification de la *Convention relative aux droits de l'enfant*[767]. Cependant, ni les gouvernements fédéral et provinciaux n'ont mis en oeuvre cette Convention au sein de leur propre législation.

En soi, la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'a donc aucun caractère contraignant tant pour les législateurs fédéral et que provinciaux et ce, même si la Convention contient certaines dispositions spécifiques relativement à son aspect contraignant pour les États parties. Ainsi, en vertu des dispositions contenues aux articles 2 à 5 de la Convention, il faut noter la volonté de rendre la *Convention relative aux droits de l'enfant* contraignante pour les États parties. L'auteure Maria Santos Pais soulignait à ce propos que "(...) de façon novatrice, elle y associe une nature contraignante, établissant une obligation générale pour les États parties de respecter les droits énoncés par la Convention et de les garantir à tout enfant sans discrimination aucune (art. 2). À cet effet, les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en oeuvre les

---

[766]C. LAVALLÉE, *loc. cit.*, note 271, 612.
[767]*Supra*, note 31; ce qui fut fait pour le Québec par décret le 9 décembre 1991.

droits reconnus par la Convention. Des mesures qui pourront être de nature législative, administrative ou autre (art. 4) et qui assurent l'épanouissement harmonieux de l'enfant dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension"[768]. À ce propos, "[l]'article 4 prescrit une obligation active. Il impose aux États parties de prendre toutes les 'mesures législatives, administratives et autres' qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus dans la Convention. Ces deux prescriptions sont les plus importantes de la Convention pour ce qui est de la nature et de la portée des obligations contractées par les États parties"[769].

Ces principes ayant été énoncés, attardons-nous, dans la prochaine subdivision, à cette nouvelle approche des tribunaux judiciaires ayant trait à l'impact de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en droit interne et plus particulièrement de son article 12 sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*.

---

[768]M.S. PAIS, *loc. cit.*, note 292, 81; voir également *supra*, note 287.
[769]P. ALSTON, *loc. cit.*, note 38, 10 et note 287.

2) L'impact de la *Convention relative aux droits de l'enfant* sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*

Le plus haut tribunal du pays a indiqué, voilà quelques années, dans l'arrêt *Baker*[770], que la *Convention relative aux droits de l'enfant* pouvait servir de source d'interprétation devant les tribunaux en droit interne. Il s'agit d'une position assez audacieuse puisque la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'a aucunement été mise en oeuvre par les législateurs fédéral ou provinciaux. Dans cette subdivision, nous analyserons certains aspects de l'arrêt *Baker* et nous nous interrogerons sur l'émergence de cette nouvelle tendance devant les tribunaux judiciaires et l'impact de cette tendance sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*.

Rappelons brièvement les faits de cet arrêt. Une mère de deux enfants, d'origine jamaïcaine, entrée au Canada à titre de visiteur sans avoir obtenu le statut de résidente permanente, est menacée d'expulsion après que les autorités aient pris connaissance de sa situation. Madame Baker demande d'être dispensée de faire une demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire. La demande est rejetée par les tribunaux de première instance et d'appel. Madame Baker porte ces décisions en appel devant la Cour suprême du Canada pour motifs que la décision des autorités de l'immigration contient de nombreux manquements aux principes d'équité procédurale et que l'intérêt des enfants n'ait pas été pris en compte dans l'évaluation de sa demande.

---

[770] *Supra*, note 638.

La Cour Suprême du Canada accueille le pourvoi de madame Baker. Au nom de la majorité des juges, la juge L'Heureux-Dubé, dont nous avons déjà cité en partie les motifs[771], exprime ce qui suit au sujet de la prise en compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire:

> "Un autre indice de l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire est la ratification par le Canada de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, et la reconnaissance de l'importance des droits des enfants et de l'intérêt supérieur des enfants dans d'autres instruments internationaux ratifiés par le Canada. Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi (...). Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada. Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire."[772]

Et d'ajouter:

> "Les valeurs et les principes de la Convention reconnaissent l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir.(...) Les principes de la Convention et d'autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l'enfance, et à l'attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits."[773]

---

[771] *Supra*, note 638.
[772] *Id.*, paragraphes 69 et 70.
[773] *Id.*, paragraphe 71.

Le juge Iacobucci en son nom et celui du juge Cory émet une opinion dissidente sur la force interprétative d'une convention ratifiée mais non mise en vigueur, même s'il est en accord avec le résultat:

> "Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé et au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi, sauf pour la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre.(...) Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables (...) Je ne suis pas d'accord avec l'analyse de ma collègue lorsqu'elle se réfère aux valeurs sous-jacentes à un traité international non-applicable dans une approche contextuelle de l'interprétation des lois (...) parce qu'une telle approche n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international dans le système juridique interne.(...) À mon avis, il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par inadvertance à l'exécutif le pouvoir de lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif."[774]

D'un point de vue strictement juridique, nous sommes en accord avec les sérieuses réserves émises par les juges Iacobucci et Cory bien que nous reconnaissions aussi, tel qu'indiqué par la juge L'Heureux-Dubé, l'importance d'assurer le respect des droits de l'enfant. Il importe, nous semble-t-il, de faire preuve d'une très grande prudence en matière d'interprétation des lois et d'éviter de faire un usage interprétatif imprudent ou intempestif de conventions non formellement mises en vigueur. L'opinion dissidente émise par le juge Iacobucci nous semble conséquemment plus conforme avec la jurisprudence de la Cour. Citons à nouveau les commentaires du juge Iacobucci à cet égard:

---

[774] *Id.*, paragraphes 78, 79 et 80.

> "Je ne partage pas la certitude de ma collègue que le précédent établi par notre Cour dans *Capital Cities*, précité, peut survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours, dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation. Au lieu de cela, le résultat sera que l'appelante pourra parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement."[775]

Ce point de droit ayant été traité par la juge L'Heureux-Dubé en *obiter*, certains juristes y verront peut-être l'occasion d'apporter les nuances nécessaires. Quoi qu'il en soit, rappelons qu'au Québec, une disposition législative précise relative à l'écoute de la parole de l'enfant est prévue à l'article 34 du *Code civil du Québec*. En de telles circonstances, il pourrait sembler moins probable que certains plaideurs aient recours à la *Convention relative aux droits de l'enfant* pour interpréter cette dispositions législative afin de protéger le droit de l'enfant d'être entendu en matière de garde devant les tribunaux québécois. Cette approche pourrait toutefois être plus fréquemment utilisée pour assurer le respect de certains droits de l'enfant autres que ceux reliés à l'écoute de sa parole en matière de garde.

---

[775] *Id.*, paragraphe 80.

Notons que, depuis l'arrêt *Baker*, en plusieurs occasions, les tribunaux judiciaires ont fait appel aux motifs exprimés par la juge L'Heureux-Dubé dans des décisions relevant du droit interne[776]. Également, les auteures Sylvie Schirm et Pascale Vallant indiquent à ce propos que "(...) la *CRDE* peut donc servir de guide interprétatif dans les cas où les lois relatives aux droits des enfants sont imprécises et vagues, en dépit du fait que la *CRDE* n'a pas été intégrée en droit interne"[777]. Ces auteurs ajoutent par ailleurs que "(...) la *CRDE* a déjà eu un certain impact sur la législation au Québec. L'adoption en 1994 de l'article 34 C.c.Q. lors de la grande réforme du *Code civil du Québec*, sur le droit de l'enfant d'être entendu, a été influencée par la *CRDE* "[778].

Au Québec, certains procureurs ont fait appel à la Convention dans le cadre de leurs plaidoiries et les tribunaux en ont fait mention. Dans l'arrêt *W.(D.)* c. *G.(A.)*[779] où le tribunal devait se prononcer sur la modalité de garde des enfants, la Cour d'appel a indiqué qu'"[a]u Québec, le législateur, s'inspirant de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, a conféré aux parents la responsabilité commune d'élever leurs enfants et précisé que les parent, puisque égaux dans leurs rapports, exercent ensemble l'autorité parentale (art. 600 C.c.Q.)"[780].

---

[776]J. CHAMBERLAND, *op. cit.*, note 639.
[777]S. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 34.
[778]*Id.*, p. 37. Notons qu'au-delà de l'arrêt *Baker* qui portait sur une matière fédérale, les commentaires du ministre de la justice du Québec indiquaient que les articles 32 à 34 du *Code civil du Québec* relatifs au respect des droits de l'enfant tiennent compte de la *Convention relative aux droits de l'enfant*; voir *supra*, note 65, p. 30 où il est indiqué que "[c]es article s'inspirent également de la *Déclaration des droits de l'enfant* adoptée par les Nations Unies le 20 novembre 1959 (...) et tiennent compte aussi de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (...). Ils consacrent principalement les droits à la protection et à la sécurité, de même que certaines garanties procédurales."
[779]*W.(D.)* c. *G.(A.)*, précité, note 155.
[780]*Id.*, paragraphe 22.

Dans la cause *G.(M.)* c. *B.(G.)*[781], le tribunal a également fait mention de la Convention à l'égard du sort de la vente de la résidence familiale des parties et du désir de l'enfant des parties, âgé de 13 ans, de témoigner afin d'exprimer son opposition à la vente de la résidence familiale. Le tribunal fait état des motifs suivants dans sa décision, "[i]f one reads article 16 of the United Nations Convention of the Rights of the Child, one can conclude that the child has a right to a home ('un domicile' en français). However, this does not mean that a child has the right to one house in particular. In the context of the U.N. Convention, the right of the child has to do with the inviolability of the home"[782].

Que faut-il conclure de cette nouvelle tendance des tribunaux judiciaires? La Cour suprême du Canada a clairement émis l'opinion que la *Convention relative aux droits de l'enfant* pouvait servir d'outil d'interprétation en droit interne. Ainsi, à la lumière de ce qui précède, en ce qui a trait à l'impact de la Convention sur l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*, il est à envisager que des plaideurs et des magistrats puissent avoir recours à l'article 12 de la Convention afin de permettre une plus grande écoute de la parole de l'enfant dans les cas où les tribunaux refusaient d'y faire droit. En d'autres cas, lors du processus de médiation familiale entrepris par les parents au moment de leur rupture, il serait également possible que la Convention soit invoquée afin de faire droit à l'écoute de la parole de l'enfant dans le cadre de telles rencontres, puisqu'aucune disposition précise n'est prévue à cet effet.

---

[781] *G.(M.)* c. *B.(G.)*, (C.S.) REJB 2003-39317 (juge Anne-Marie Trahan, C.S., Montréal, n° 500-12-261546-026, décision du 5 février 2003).
[782] *Id.*, paragraphe 51.

Selon le juge Chamberland, "[l]'impact de l'arrêt *Baker* sur le paysage juridique canadien est indéniable. Les normes internationales conventionnelles - et au premier chef, les normes établies dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* - bénéficient maintenant d'un éclairage nouveau et puissant.(...) Il reste à voir si les tribunaux canadiens répondront à l'invitation qui leur est faite d'aller encore plus loin que l'arrêt *Baker* sur la voie de la reconnaissance en droit interne des normes conventionnelles internationales. Il ne fait pas de doute toutefois que le dernier mot n'a pas encore été dit sur les rapports entre le droit international et le droit interne canadien"[783].

L'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* pourrait donc être de grande utilité dans l'interprétation et l'application de l'article 34 du *Code civil du Québec*. Comme l'indiquait une auteure à ce sujet, "(...) malgré la consécration législative et prétorienne du droit de l'enfant d'être entendu et d'être représenté dans les instances judiciaires les intéressant, les tribunaux demeurent hésitants quand il s'agit d'impliquer l'enfant dans les procédures familiales où s'opposent ses parents, contrairement aux prescriptions de l'article 12 de (la) Convention"[784]. Mais pour assurer une écoute véritable et adéquate de la parole de l'enfant en matière de garde, la participation de plusieurs intervenants sera de mise, tout comme nous pourrons l'observer dans la prochaine subdivision.

---

[783]J. CHAMBERLAND, *op. cit.*, note 639, aux pages 15 et 16.
[784]Claire BERNARD, "Les droits de l'enfant au Québec et au Canada après la *Convention des nations unies relative aux droits de l'enfant*", COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, communication présentée au Sommet des membres du Tribunal des droits de la personne, le 29 septembre 1999, p. 13.

Sous-section B: De la concertation à la participation

Comme nous l'avons observé, le divorce ne constitue aucunement un incident à effets momentanés et peut avoir diverses répercussions sur les enfants au cours des années, la juge L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada ayant reconnu ce fait[785].

La concertation de tous les participants nous semble donc de mise en matière de garde et leur participation d'autant plus[786]. Nous avons remarqué le nombre élevé d'intervenants dans le cas du jeune Cubain Elian Gonzales qui, âgé d'à peine six ans, a survécu à une périlleuse traversée de son pays d'origine à Miami aux États-Unis, loin de son père, devenu orphelin de sa mère[787]. Ce cas a requis diverses interventions d'acteurs politiques, sociaux et autres. Les diverses législations familiales sont conséquemment interdépendantes, tout autant liées à la politique, à l'immigration, à la religion et à l'économie. Toutefois, cette concertation et cette participation suggérées ne visent pas seulement les experts en relations humaines, les procureurs, les magistrats, mais aussi les parents[788].

---

[785] *Young* c. *Young*, précité, note 22, p. 82.

[786] *Infra*, note 789.

[787] Linda D. ELROD et Robert G. SPECTOR, "A Review of the Year in Family Law: Redefining Families, Reforming Custody Jurisdiction, and Refining Support Issues", (2001) 34(4) *Family Law Quarterly*, 607.

[788] *Ibid*, les auteurs ajoutent qu'"[i]l apparaît essentiel qu'un travail se fasse quant à l'attitude des avocats de toutes les parties exerçant en matière de protection de la jeunesse (...) Il est nécessaire que l'on s'intéresse davantage à la relation entre les individus participant au système familial. Cette approche est dite 'systémique' et il y aurait certainement beaucoup d'avantages pour l'enfant et ses parents à ce qu'un plus grand nombre d'intervention s'effectuent sous cet angle." Un autre auteur ajoutait à ce propos que la participation de tous les membres de la famille est requise afin de l'enfant s'adapte adéquatement à son nouveau milieu de vie et soulignait que, "[m]ême la Convention internationale sur les droits de l'enfant énonce que la protection de l'enfant passe par son intégration

En matière de garde et plus particulièrement lors de l'écoute de l'enfant au moment de la désunion, la concertation et la participation suggérées valent tout autant pour les parents[789]. Les parents se doivent d'assumer une certaine part de responsabilité dans le nouvel ordre créé par leur rupture et aider leurs enfants à s'y retrouver. Des juristes ont déjà souligné qu'il était important pour le bien-être des enfants que les parents apprennent à écouter les désirs de leurs enfants et sachent en tenir compte lorsqu'ils prennent leurs décisions[790].

Consulter les enfants au sujet de l'endroit où ils vivront, sans leur laisser prendre la décision, leur permettrait certainement de se sentir écoutés et même de contribuer à faire durer les ententes intervenues entre parents s'il y avait lieu. Il est important d'assurer la collaboration de chacun mais surtout, celle des parents, dont le rôle a été manifestement mis de côté au cours des dernières années.

D'autres ajouteront que le manque de cohésion législative n'est pas la seule lacune devant être dénoncée. Il faudra aussi reconnaître les problèmes d'"effectivité" du droit, terme qui a été défini par

---

dans une famille et la certitude de relations harmonieuses au sein de sa famille" dans Sylvain GRATALOUP, *L 'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J. 1998, p. 37.

[789]Le professeur Jean-Louis Renchon, dans un hommage rendu à la professeur Marie-Thérèse Meulders-Klein qui a oeuvré pour la reconnaissance des droits de l'enfant, exprimait ce qui suit, à la page 172, à propos de l'engagement de tous les membres de la famille à la reconnaissance des droits de l'enfant: "(...) l'homme n'est effectivement pas qu'un individu, que la famille n'est pas seulement qu'une affaire de liberté, que nous avons besoin, comme d'eau et d'air de liens, qu'on ne peut pas toujours opposer intérêt individuel et l'intérêt collectif, que nous sommes tous aujourd'hui dans le même bateau et qu'à trop refuser de le voir, sous prétexte de vouloir chacun être le plus libre ou le plus fort, nous pourrions finir par tous couler." Consulter Jean-Louis RENCHON, "Hommage à Marie-Thérèse Meulders-Klein", (1999) (1-2) *Annales de Droit de Louvain*, 172.

[790]Voir *supra*, Titre premier, Chapitre premier, Section III, Sous-section A: Les conséquences de la désunion des parents sur l'enfant, p.79.

le professeur Guy Rocher comme étant "tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir"[791]. Nous devons conséquemment considérer l'écart entre l'"effectivité" attendue de la loi et celle observée par ceux qui désirent l'appliquer. Quel est donc l'écart créé entre l'"effectivité" attendue de la disposition législative et celle observée au quotidien des ruptures? Quel est donc l'écart créé entre l'intention du législateur et des tribunaux eu égard à l'écoute de la parole de l'enfant et celle observée au quotidien de sa mise en oeuvre[792]?

En France, une auteure faisait état des résultats peu concluants de la dispositions relative à l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde. Elle déplorait le fait que les premières enquêtes en matière d'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux étaient loin de répondre aux attentes et soulignait que "les (...) enquêtes sont (...) décevantes sur l'effectivité réelle de l'audition de l'enfant devant le juge"[793] alors que quatre auditions seulement de l'enfant sur trois cents dossiers examinés avaient eu lieu. Elle soulignait, non sans avec une certaine amertume, "que l'accès à la justice de l'enfant reste limité, que sa parole n'est prise en compte que sous des conditions excessives, et que le droit d'être entendu par un juge est, en définitive, singulièrement restreint"[794].

---

[791]Guy ROCHER, "L'effectivité du droit", dans André LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER, *Théories et émergences du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les Éditions Thémis et Bruylant Bruxelles, Montréal, 1996, p. 135.
[792]*Id.*, p. 138.
[793]J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, note 95, p. 682 où l'auteure cite l'enquête de V.H. FULCHIRON et A. GOUTTENOIRE-CORNU, "Réformes législatives et permanences des pratiques: à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993", D. 1997, p. 363.
[794]J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.*, note 95, p. 682.

Le professeur Bénabent ajoutait, au sujet de l'ineffectivité du droit en matière familiale, qu'"(...)en ce qui concerne l'*application*, le droit de la famille représente une originalité certaine. L'application directe de la règle de droit se heurte, en effet, à des difficultés sociologiques ici plus qu'ailleurs. L'intervention du juge est délicate dans les rapports qui se nouent au sein de la famille. Lorsque ces rapports sont bons, ils font normalement partie du domaine du *non-droit*. Ce n'est qu'en cas de difficultés extrêmes, caractérisant l'existence d'une crise, que la règle de droit trouvera à s'appliquer. C'est donc une matière où la règle de droit présente *un grand degré d'inaffectivité*: on entend par là le phénomène de déperdition de la règle de droit, c'est-à-dire le phénomène de non-respect en pratique des principes figurant dans la loi"[795].

Nous reconnaissons qu'en matière familiale, la collaboration entre les divers intervenants, magistrats, procureurs, travailleurs sociaux, médiateurs, parents et législateur est déterminante afin de permettre à l'enfant d'être entendu, et ce, tout en veillant à éviter "des luttes de pouvoir dont l'enfant est souvent l'enjeu"[796] et souvent la victime, pouvons-nous ajouter.

Également, en matière de garde, sans un meilleur encadrement, nous considérons que la multiplicité des recours mis en place par le législateur ne pourra assurer une écoute adéquate de la parole de l'enfant. Toutefois, comme l'indiquait le professeur Rocher, "les effets du droit ne sont pas le fruit que de 'la force du droit' par lui-même, mais aussi de la force d'autres ordres normatifs auxquels le droit s'allie, sur lesquels il prend appui, ou dont il rencontre la résistance ou

---

[795]A. BÉNABENT, *op. cit.*, note 153, pp. 14 et 15.
[796]M. GIROUX, *loc. cit.*, note 155, 106.

l'opposition"[797].

En toute chose, il faudra donc demeurer modeste. Rendre le droit cohérent et harmoniser les diverses modalités d'écoute de la parole de l'enfant représente un travail de longue haleine. Le professeur Pierre Noreau s'exprimait ainsi sur les limites du droit: "[l]a force du droit tient peut-être moins au fait qu'elle mobilise la force publique qu'au fait qu'elle permet à chacun de mesurer la distance qu'il entend établir entre sa réalité et les images idéales de cette réalité que consacre le droit, et qui sont nécessaires à l'affirmation de ce qui nous lie aux autres (..) Faut-il changer le droit de la famille? Sans doute on l'a souvent écrit, mais encore faut-il être conscient des limites de ces procédés faciles"[798].

À ces propos, nous pouvons ajouter ceux du professeur Cornu qui soulignait que "[l]e droit, en soi, est une abstraction. La définition de cette entité abstraite n'est pas un fait d'observation, mais le fruit d'une réflextion(sic) millénaire qui, émanant de jurisconsultes, d'initiés, de juristes (eux-mêmes agents et produit de l'ordre juridique), se transmet, se polit, se décante, se déplace et se remet en cause d'âge en âge. Si bien que le droit ne cesse de se définir et de se redéfinir lui-même tel qu'il est sans doute (ou tel qu'on voudrait qu'il fût)"[799].

---

[797]Guy ROCHER, "L'effectivité du droit", dans André LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER, *Théories et émergences du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les Éditions Thémis et Bruylant Bruxelles, Montréal, 1996, p. 135.
[798]Pierre NOREAU, "Notions juridiques et réalité sociale: un éternel divorce ou un divorce nécessaire?- Le cas du droit de la famille", (1999) 33 *R.J.T.* 307, 323.
[799]Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction, Les personnes, Les biens*, 5e éd., Éd. Montchrestien, Paris, 1991, p. 13.

Sous-section C: Une nouvelle dynamique familiale

"La nature veut que les enfants soient enfants avant que d'être hommes."

-Jean Jacques Rousseau[800]

Une nouvelle dynamique familiale se profile à l'horizon. Les relations entre parents et enfants sont redéfinies. La parentalité est modifiée, les relations entre parents et enfants changent aussi. Nous avons tenu à rappeler à ce sujet les propos de Jean-Jacques Rousseau. Il ne faut pas perdre de vue que les enfants doivent vivre chacune des étapes de leur enfance avant de devenir des adultes sains et épanouis. Mais, pour permettre à l'enfant de vivre chaque étape de son enfance, il faut reconnaître son état d'enfant et mieux comprendre la nature de son vécu. L'écoute de la parole de l'enfant permet d'être mieux informé sur sa situation réelle. Elle peut aussi permettre à l'enfant de se sentir mieux intégré au sein de sa famille. À cette occasion, l'enfant pourra faire sien certains concepts acquis qui lui seront utiles au cours de sa vie adulte, dont l'écoute de l'autre, le respect de l'unité familiale et la concertation et la consultation d'autrui avant toute prise de décision.

Le professeur Renchon soulignait à propos de la nouvelle dynamique familiale à venir qu'il fallait désormais "(..) assurer, au sein des familles, le respect des valeurs de la démocratie et, plus particulièrement, la protection de la dignité de chaque personne humaine"[801].

---

[800]Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou de l'éducation*, Paris, Bordas, 1973, p. 60.
[801]J.-L. RENCHON, *loc. cit.*, note 789, 283.

La docteure Wallerstein avait déploré le peu de place accordée à l'enfant non seulement au moment de la rupture des parents mais aussi suite à la désunion. En fait, nous pouvons nous demander s'il n'est pas paradoxal que l'enfant, désigné selon l'étymologie latine comme un individu "qui ne parle pas"[802] qui, ayant eu tôt fait d'avoir quelque chose à dire, soit par la même occasion réduit au silence par la pluralité de modalités d'écoute qui, de par leur nombre, leur absence de structure et la multitude d'intervenants appelés à en assurer le respect, ne lui permettent pas d'être entendu au moment de la désunion de ses parents. La docteure Wallerstein avait proposé que, dans les procédures de garde, une révision des modalités de garde soit apportée et que cette révision respecte l'évolution de l'enfant jusqu'à l'âge de sa majorité. L'écoute de la parole de l'enfant signifie davantage que le simple fait de tendre l'oreille à un enfant. Ainsi, selon la docteure Wallerstein:

---

[802] Alfred ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, 4e éd., Paris, Klincksieck,1967, p. 463. Dans ce dictionnaire, les auteurs définissent le mot enfant de la façon suivante: "infans, -tis: adj. formé de *in*-privatif et du pep. de *for*, 'qui ne parle pas, incapable de parler'; épithète qui s'applique surtout aux jeunes enfants." Voir aussi Paul ROBERT (en coll.), *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française, nouveau Petit Robert*, Paris, Dicorobert, 1996, p.760, dans lequel les auteurs définissent le mot enfant comme suit: "enfant: n. XIe; lat. infans 'qui ne parle pas'."

> "In my experience, it's not necessarily helpful to tell a child that she needs to 'express her feelings' or that she's not the cause of her parents' divorce. But it does reduce a child's anxiety to understand the changes happening in her life and to help her think of ways to actively deal with those changes.(...) I'm astonished at the silence surrounding the child. Lawyers speak up for what parents want but no one speaks for the child. As we saw in many stories in this book, her wishes, her preferences, how she feels about the proposed plans, and how she wishes to spend her time separate from each parent are considerations that are hardly ever raised. In our current system, a child is treated like a rag doll that quietly sits wherever it is placed. The children of divorce that I know would be startled to learn that the courts were ever seriously concerned with their interests. Despite our bright assurances that children are central in divorce proceedings, they remain voiceless. No provisions are made for changing visiting arrangements as the child matures and wishes to make her own vacation and weekend plans. (...) children from divorced families whose schedules are dictated by rigid court or mediated orders complain bitterly that they feel like second-class citizens."[803]

L'enfant est au coeur des changements créés par la désunion de ses parents. Il nous semble cependant aller de soi qu'adultes, parents, avocats, experts en relations humaines, médiateurs et magistrats sont appelés à aider l'enfant à composer avec sa nouvelle réalité familiale. De plus, l'article 34 du *Code civil du Québec* nous semble sans équivoque à ce sujet, le tribunal devant, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt de l'enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent. Ce droit de l'enfant à être entendu apparaît moins clairement établi dans les provinces canadiennes de common law. La pluralité des modalités d'écoute adoptées par les législateurs crée une confusion qui pourra avoir pour résultat de laisser l'enfant pour compte. Des modifications législatives devront être apportées afin que le droit de l'enfant à être entendu au moment de la désunion de ses parents soit véritablement respecté.

---

[803]J.WALLERSTEIN, J. M. LEWIS et S.BLAKESLEE, *op. cit.*, note 89, pp. 310 et 312.

CONCLUSION

Nos recherches avaient pour objectif l'étude des diverses dispositions législatives relatives à l'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law. Nos recherches avaient également pour objectif l'étude des diverses modalités permettant l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux en matière de garde. Nos recherches ont eu pour résultat de mettre en lumière certaines difficultés d'application lors de la mise en oeuvre de ces diverses dispositions législatives. Nos recherches nous ont conséquemment permis de nous interroger sur l'absence de cohésion entre les diverses dispositions législatives répertoriées à cet égard, sur la perte de droit qui pourrait en résulter pour l'enfant ainsi que sur l'efficacité réelle de cette règle de droit reconnue[804].

Tel qu'énoncé dans le titre premier de cette thèse, nous avons observé que le droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux constituait un droit formellement reconnu sur la scène internationale lors de l'adoption de l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Nous avons également constaté qu'au Québec, le droit de l'enfant à être entendu en matière de garde

---

[804]GOUVERNEMENT DU CANADA. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite*, Ottawa, Parlement du Canada, décembre 1998, p. 2. Parmi les multiples raisons qui peuvent entraîner une perte du droit pour l'enfant à être entendu en matière de garde, notons le fait qu'en matière familiale, plus de 90 % des divorces canadiens sont accordés sans audience officielle devant un tribunal; cette information est contenue dans le rapport ci-mentionné qui peut être consulté sur le site internet du "Gouvernement du Canada" à l'adresse ci-après: http://www.parl.gc.ca/InfoComDoc/36/1/SJCA/Studies/Reports/sjcarp02-f.htm.

devant les tribunaux était formellement reconnu depuis les années 1980 et que l'écoute de l'enfant était aussi assurée dans certaines provinces canadiennes de common law, bien que de façon moins formelle que devant les tribunaux québécois. L'enfant est aujourd'hui reconnu comme une personne à part entière, détentrice de droits dont elle peut assurer l'exercice. Son autonomie croissante lui permet de jouir d'une plus grande place au sein de la société occidentale. La convergence des concepts d'autonomie et de protection fait en sorte que l'enfant peut être entendu devant les tribunaux au moment de la désunion de ses parents bien qu'il soit important de toujours voir à sa protection, puisque l'enfant, par sa nature, constitue un être fragile et vulnérable.

Divers concepts en matière de garde ont été analysés dans le cadre de cette thèse. Dans un premier temps, rappelons la difficulté à définir le concept d'intérêt de l'enfant auquel se rapporte l'écoute de sa parole en matière de garde tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law[805]. Nous avons également observé que la notion de garde, tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law, est complexe, la notion de garde en droit civil québécois étant quelque peu distincte de celle qui existe dans les provinces canadiennes de common law.

---

[805]Il est parfois difficile de bien cerner l'intérêt supérieur de l'enfant, certains juges canadiens l'ont d'ailleurs souligné en faisant référence à certains auteurs ou citations littéraires comme l'a rapporté le professeur Alain-François Bisson dans "Citations et allusions littéraires en jurisprudence: Carroll, Dickens, Shakespeare, Voltaire et quelques autres", dans B. MOORE, *op. cit.*, note 155, p. 629, qui cite à la page 623, "et où est donc l'intérêt de l'enfant: dans le court ou le long terme? dans le dur devoir ou les douceurs?"

Dans le titre premier de cette thèse, nous avons pris connaissance, par l'étude des diverses déclarations et conventions relatives aux droits de l'enfant de la place de ce dernier sur la scène internationale et de son droit à être entendu devant les tribunaux à certains égards. Dans le titre premier de cette thèse, nous avons également pris connaissance de certaines études relatives aux conséquences de la désunion des parents sur l'enfant et sur les émotions ressenties par l'enfant au moment de la rupture de ses parents. Nous avons ainsi fait état de la nomenclature de diverses études américaines, canadiennes et québécoises ayant trait à la place de l'enfant au moment de la désunion de ses parents et observé certains principes reliés à l'écoute de la parole de l'enfant et à son développement dont, entre autres éléments, les divers stades de développement de l'enfant, ses besoins et sa perception face à la rupture de ses parents de même que sur l'impact à plus long terme d'une telle rupture sur l'enfant[806].

Dans le titre deuxième de cette thèse, nous avons mis en lumière la panoplie de modalités d'écoute de la parole de l'enfant proposées en matière de garde tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law. Nous avons alors observé que la parole de l'enfant peut être prise en compte de diverses façons, soit de façon directe ou indirecte. L'écoute directe de la parole de l'enfant peut avoir lieu lorsque l'enfant est partie au litige judiciaire de ses parents. L'écoute directe de la parole de l'enfant peut également avoir lieu lorsque l'enfant est entendu en tant que témoin lors du procès de ses parents, le témoignage de l'enfant devant être libre de toute contrainte.

---

[806]GOUVERNEMENT DU CANADA. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *op. cit.*, note 9, p. 13.

Ce témoignage est alors soumis aux règles de procédure et de preuve des diverses législations provinciales et fédérales relatives au litige judiciaire de ses parents, avec les difficultés qu'une telle situation peut comporter.

En droit civil québécois, nous avons observé que le législateur a cherché à favoriser un certain flou législatif à cet égard. C'est ainsi que le législateur québécois a déclaré que certaines règles ou dispositions législatives doivent être perçues comme les pores par lesquels le code civil peut respirer, se vivifier et s'adapter à l'évolution de la société[807]. En fait, nous avons observé qu'en matière d'écoute de la parole de l'enfant au moment de la détermination de sa garde par les tribunaux, aucune ligne directrice ou disposition législative précise ne guide les magistrats et les procureurs sur les divers aspects du témoignage de l'enfant, outre l'article 34 du *Code civil du Québec* qui prévoit que le tribunal doit donner à l'enfant la possibilité d'être entendu si son âge ou son discernement le permettent.

Dans les provinces canadiennes de common law, l'enfant peut être entendu lorsque le tribunal est appelé à déterminer son intérêt supérieur lors du choix de ses modalités de garde. Dans ces provinces également, aucune ligne directrice ou disposition législative ne précise ni ne guide le tribunal sur la façon d'écouter la parole de l'enfant devant le tribunal au moment de la détermination de sa garde.

---

[807]MINISTÈRE DE LA JUSTICE. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 65.

Cette thèse nous a permis de faire état des modalités d'écoute indirectes de la parole de l'enfant devant les tribunaux au moment de la désunion de ses parents. L'enfant peut être représenté par un avocat et être appelé à rencontrer un expert en relations humaines dans le cadre de la tenue d'une expertise psychosociale. Là non plus, il n'existe aucune ligne directrice ni aucune disposition législative sur la façon dont ces modalités d'écoute doivent s'appliquer. À ces modalités d'écoute peuvent s'ajouter les rencontres avec le médiateur dans le cadre de séances de médiation familiale tenues en marge du processus judiciaire des parents. Le même constat vaut pour les médiateurs appelés à rencontrer les parents et les enfants.

Dans cette thèse, nous avons observé qu'aucune mesure n'a été adoptée afin d'assurer la coordination des dispositions s'appliquant au moment de l'écoute de la parole de l'enfant en matière de garde. Par ce silence des législateurs, personne ne semble avoir véritablement la responsabilité d'assurer le respect du droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux au moment de la désunion de ses parents, même si les parents sont incontestablement les premières personnes à devoir assurer le respect des droits de leur enfant. Au moment de la désunion, cette présomption favorable fait toutefois l'objet de certaines réserves. Dans un tourbillon d'émotions, il demeure parfois impossible pour le parent d'assurer de façon objective la reconnaissance formelle du droit de son enfant à être entendu en matière de garde, surtout si cette écoute de sa parole pourrait se révéler défavorable au parent qui en demande la garde.

Certes, il incombe d'abord aux parents de voir au respect des droits de leur enfant. Il incombe aussi aux divers intervenants reliés au litige judiciaire des parents relativement à la garde de l'enfant, dont les tribunaux, de s'assurer que sa parole soit entendue.

Nos recherches nous ont ainsi permis de mettre en lumière l'absence de cohésion des diverses dispositions législatives relatives à l'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux en matière de garde. Elles nous ont également permis de découvrir que peu d'enfants étaient véritablement entendus par le tribunal au moment de la désunion de leurs parents ou encore que peu d'entre eux avaient eu le sentiment d'avoir été entendus au moment de la rupture de leurs parents.

L'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents en matière de garde devant les tribunaux constitue un droit reconnu en vertu de l'article 34 du *Code civil du Québec* et de l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Il nous semble important d'assurer le respect de ce droit pour les divers intervenants en cause, tant en droit civil québécois que dans les provinces canadiennes de common law où ce droit est également reconnu, mais avec les nuances plus longuement élaborées dans cette thèse. L'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents nous semble donc requise afin d'assurer le respect d'un droit reconnu mais aussi pour des motifs d'ordre social et humanitaire tel qu'observé dans cette thèse. Écouter la parole de l'enfant ne signifie nullement faire porter sur les frêles épaules d'un enfant le poids d'une décision aussi importante que celle de choisir son parent gardien au moment de la désunion de ses parents. Écouter la parole de l'enfant représente le respect d'un droit, mais aussi la possibilité d'une plus grande facilité d'adaptation à la nouvelle dynamique familiale.

Conséquemment, nous pouvons soutenir que si les modalités d'écoute de la parole de l'enfant ne sont suffisamment balisées ou mieux encadrées par les divers législateurs, ces modalités pourraient produire des effets pervers incompatibles avec l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits et laisser pour compter celui pour qui ces dispositions ont été adoptées.

Puisqu'une meilleure coordination des diverses dispostions législatives en jeu et des responsabilités des intervenants reliés au litige des parents en matière de garde nous semblent nécessaire, nous faisons état dans cette conclusion des nombreux changements législatifs qui pourraient favoriser une écoute adéquate de la parole de l'enfant en matière de garde devant les tribunaux québécois et ceux des provinces canadiennes de common law.

1) Des modifications à la *Loi sur le divorce de 1985*

Les modifications que le législateur fédéral avait l'intention d'apporter à la *Loi sur le divorce* de 1985 avaient pour objectif de favoriser une écoute plus attentive de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents. Nous considérons qu'il serait opportun que le législateur fédéral puisse donner vie aux modifications contenues dans la *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence, (Projet de loi C-22)*, "mort au feuilleton" au cours de l'automne 2003 à la suite de l'élection d'un nouveau parlement.

L'article 16.2(1) du Projet de loi C-22 prévoyait que "[l]orsqu'il rend une ordonnance en vertu des articles 16 ou 16.1 ou des alinéas 17(1) b) ou c), le tribunal tient compte uniquement de l'intérêt de l'enfant à charge. (2) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal prend en considération ses besoins, et, d'une façon générale, sa situation, notamment: f) le point de vue et les préférences de l'enfant, dans la mesure où ils peuvent être raisonnablement déterminés". Selon nous, cette disposition confirme l'importance de l'écoute de la parole de l'enfant en matière de divorce, plus particulièrement dans les provinces canadiennes de common law. Pour le Québec, cet ajout semblerait en effet moins important, puisqu'en cas d'application de la *Loi sur le divorce*, le *Code civil du Québec* et les lois afférentes reçoivent pleine application dans la mesure de leur compatibilité, ce qui permet déjà l'écoute de la parole de l'enfant dans les procédures de divorce en vertu de l'article 34 du *Code civil du Québec*.

2) Un meilleur encadrement du témoignage de l'enfant

Les législateurs provinciaux et fédéral doivent favoriser et encourager l'écoute de la parole de l'enfant de façon adéquate en matière de garde. La prudence nous semble toutefois de mise à cet égard surtout lorsque l'enfant pourra être intimidé par le fonctionnement de l'appareil judiciaire. Nous faisons nôtres sur ce point les recommandations de madame Dezwirek Sas qui a déclaré que si, en matière criminelle le témoignage de l'enfant est nécessaire, il faut s'interroger sur la nécessité d'un tel témoignage de vive voix en matière civile.

Madame Sas s'était exprimée ainsi sur le sujet:

> "Altough I can appreciate that the judiciary's desire to make custody decisions that are respectful of children's wishes if that is possible, in many cases it will not be in the children's best interests to verbalize their preferences on the stand. In situations of parental alienation, or in cases of domestic violence and abuse, children who are drawn into Family Court are at great risk for retraumatization. Whenever a decision is made to hear directly from a child, serious consideration of the emotional repercussions must take place(...) Children should not enter the courtroom and be required to testify in the presence of their parents. Every avenue should be pursued to lessen the trauma of involvement in the court system."[808]

Il semble préférable que l'enfant puisse être écouté autant que possible par l'intermédiaire de tierces personnes, par son procureur ou encore par l'expert appelé à faire l'évaluation psychosociale, considérant que le témoignage de l'enfant au procès devant ses parents en salle d'audience ne devrait avoir lieu qu'en dernier recours. En ce qui a trait à la rencontre entre le juge et l'enfant, compte tenu des diverses décisions rapportées sur le sujet, nous considérons que ces rencontres devraient être mieux encadrées pour éviter les sources de conflits au moment du procès, surtout dans les cas où la garde de l'enfant est chaudement disputée et où la décision du tribunal de première instance peut être portée en appel[809].

Le Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille avait recommandé à cet effet que la représentation de l'enfant par un avocat soit accentuée dans toutes les instances où son intérêt est en jeu en tenant compte de sa capacité et de son discernement. Il avait aussi recommandé que le tribunal puisse décider d'entendre l'enfant en salle d'audience ou dans son bureau avec ou sans

---

[808]L. DEZWIREK SAS, *op. cit.*, note 392, aux pages 25 et 26.
[809]C.M. HUDDART et J. C. ENSMINGER, *loc. cit.*, note 481,103.

parents, l'interrogatoire de l'enfant en dehors de la salle d'audience devant toujours être enregistré et se faire devant un greffier, que l'enfant soit représenté par un avocat ou non[810].

Afin que ces rencontres se déroulent harmonieusement, le législateur québécois pourrait s'inspirer des législations des provinces canadiennes de common law dont celle de l'Ontario qui prévoit que l'interrogatoire de l'enfant par le juge doit toujours être enregistré, le procureur de l'enfant pouvant assister à la tenue de ces rencontres[811]. L'utilisation d'enregistrement par vidéo pourrait également être envisagé, surtout dans les cas d'agressions ou d'attouchements sexuels. Dans ces cas, la présence de l'enfant à la Cour ne devrait servir qu'à valider le contenu de l'enregistrement tenu. Dans les autres cas de garde contestée où ces motifs ne sont pas allégués, l'usage de l'enregistrement vidéo pourrait être moins utile puisqu'il existe d'autres moyens permettant d'écouter attentivement de la parole de l'enfant pendant le procès sans que l'enfant ne soit appelé à témoigner en salle d'audience.

---

[810]BARREAU DU QUÉBEC, (Mémoire du Comité du Barreau du Québec sur le droit de la famille) *Les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L'intérêt de l'enfant d'abord*, mémoire présenté le 8 juin 2001 à Québec, p.13. Ce mémoire peut être consulté sur le site internet du "Barreau du Québec" à l'adresse ci-après: http://www.barreau.qc.ca.

[811]Voir *supra*, Titre deuxième, Chapitre premier, Section II, Sous-section E: Le juge et l'enfant, p. 206.

3) Porter une attention particulière à l'interrogatoire de l'enfant

La prudence nous semble de mise lors de l'interrogatoire de l'enfant et tout particulièrement lorsque l'enfant est appelé à rencontrer le juge seul à seul quant à sa garde. Nous considérons que les procureurs et les magistrats devraient mieux connaître le mode de développement de l'enfant et savoir comment adapter l'interrogatoire en fonction de son niveau de langage. En janvier 2003, le Bureau international des droits des enfants a élaboré des lignes directrices en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels. Ces lignes directrices font présentement l'objet d'études par le secrétaire général de l'ONU qui doit veiller à la rédaction de lignes de conduite applicables à l'échelle universelle. Ces lignes directrices pourraient recevoir application en matière familiale[812].

En ce qui a trait au témoignage proprement dit de l'enfant, plusieurs auteurs ont déploré les incohérences et parfois l'incapacité de l'enfant à rapporter les faits. Mais les modifications apportées à la *Loi sur la preuve* et au *Code criminel* nous semblent accorder une plus grande crédibilité à son témoignage devant les tribunaux. En outre, il faudrait revoir la formulation de l'article 2844 C.c.Q. en éliminant toute référence au serment et en le remplaçant par l'affirmation solennelle et le devoir pour l'enfant de dire la vérité. Cette modification pourrait, à notre avis, favoriser pour l'enfant une meilleure compréhension de l'importance de devoir dire la vérité et, conséquemment, faciliter le déroulement du témoignage[813].

---

[812]*Supra*, note 639.

[813]Les auteures Schirm et Vallant ont publié dans leur dernier ouvrage, *op.cit.*, note 378, à la page 243 une liste de questions pouvant être posées à l'enfant afin de déterminer si celui-ci comprend

4) Favoriser la nomination du procureur de l'enfant

Bien que les principes énoncés par les divers législateurs et tribunaux sur la scène internationale au sujet du rôle du procureur de l'enfant soient des source d'inspiration, l'arrêt *M.F.* c. *J.L.* a apporté un éclairage tout à fait nouveau sur la question en droit civil québécois. Il est désormais reconnu que l'enfant mature peut donner un mandat valable à son procureur pour les fins de sa représentation. Cet avocat doit représenter son jeune client au même titre que toute autre personne et réaliser les souhaits et les désirs de l'enfant.

Le rôle du procureur de l'enfant immature, agissant à titre de gardien *ad litem* dans certaines provinces canadiennes et autres pays, pourrait également être favorisé en droit civil québécois. Dans les cas de représentation de l'enfant immature par un avocat, ce rôle pourrait être clarifié par les tribunaux ou, à défaut, par le législateur pour que l'exercice des droits de l'enfant ne soit pas compromis par les refus trop fréquents des tribunaux de nommer un tel procureur. Ainsi, sans mettre en place une systématisation de la représentation de l'enfant par un avocat puisque, comme l'indiquait une juriste américaine sur la question, "[t]he vast majority of children in custody cases do not have a representative and most would benefit from such an appointment. This is not to say that all children in custody proceedings should be independently represented; however, there are certain circumstances, which if present in a child custody case, warrant the appointment of a child representative. A child representative is necessary if there are allegations of abuse or neglect in a

---

l'importance lors de son témoignage de dire la vérité.

custody proceeding or a history of violence in the family. Additionally, special physical, emotional or mental health needs of a child, or any substance abuse or mental illness problems of parents or caretakers necessitates the appointement of child representative"[814], une liste des circonstances dans lesquelles un procureur de l'enfant devrait agir dans les procédures de garde, peu importe le degré de maturité de l'enfant, pourrait également être établie par le législateur.

5) Limiter le nombre d'expertises psychosociales

L'apport des experts en relations humaines dans les procédures de garde demeure incontestable. Le nombre d'évaluations demandées devrait toutefois faire l'objet d'une attention particulière. Les propositions visant à limiter ce nombre à une seule évaluation conjointe avec la possibilité pour la partie adverse, insatisfaite des résultats obtenus, de faire une contre-évaluation à l'expertise ordonnée pourraient être retenues et faire l'objet de modifications législatives appropriées.

---

[814]L.M.RIO, JD & A.J. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 583, p. 109.

6) Encourager et favoriser la formation de procureurs de l'enfant

Nous devons reconnaître que le rôle du procureur de l'enfant déborde le simple cadre de la représentation d'une personne devant le tribunal et qu'en fait, il y a beaucoup plus. Le procureur de l'enfant, en plus d'agir de la même façon qu'il le ferait pour tout adulte, doit s'assurer que son jeune client ait une bonne compréhension du litige et des diverses procédures judiciaires qui se déroulent devant le tribunal. Le procureur de l'enfant constitue conséquemment une source d'informations juridiques pour l'enfant ainsi qu'une personne ressource lors de toute difficulté ou conflit. Le procureur de l'enfant est aussi le porte-parole de l'enfant à l'abri des préjugés ou des conflits des parents. Le procureur de l'enfant peut avoir à assumer de nombreuses tâches, comme trouver des professionnels pour l'enfant en détresse et agir à titre d'intermédiaire entre les professionnels, l'enfant, les procureurs et le juge, un rôle auprès de l'enfant qui nous semble inestimable[815].

Comme l'indiquait un auteur à ce propos, "(...) the practice of child representation is a Cinderella area of law, it is also a chain-gang area of law. It is an area of law that is distinctively different from other areas of practice-it is a new paradigm that challenges the stereotypically adversarial role of the lawyer in matrimonial proceedings"[816].

Il n'existe pas au Québec de code de déontologie particulier à la représentation de l'enfant par un avocat. Lors d'une Conférence du Bureau international des droits des enfants, un avocat déplorait

---

[815]R. SCHIRM et P. VALLANT, *op. cit.*, note 378, p. 76.
[816]W.J. KEOUGH, *loc. cit.*, note 601, 374.

que la pratique spécialisée de la représentation de l'enfant par un avocat soit si peu encadrée et que les institutions universitaires aient abandonné, dans bien des cas, les cours sur le droit des jeunes[817]. Il nous semble opportun de souligner l'importance de favoriser la formation des juristes à cet effet. Un Code de déontologie pourrait apporter une réponse à cette problématique et une ouverture des institutions universitaires serait plus que bienvenue à cet égard. Le Barreau du Québec a été invité à remettre en marche le comité existant sur la représentation des enfants par un avocat "pour en arriver à une reconnaissance de la spécificité de la représentation des enfants devant les tribunaux et, éventuellement, à une représentation plus adéquate des enfants"[818]. Un auteur avait exprimé ce qui suit à ce sujet: "[l]a solution doit-elle venir du législateur, d'une décision qui complétera la trilogie de la Cour d'appel, du Barreau ou de la création d'un *Code de déontologie* spécifique à la représentation des enfants? Quelle que soit la réponse à cette question, ce qui compte c'est qu'un tel modèle soit complété et appliqué le plus rapidement possible et ce, dans l'intérêt des enfants et de la justice"[819].

---

[817]*Supra*, note 453.
[818]Y.B. CARRIÈRE, *loc. cit.*, note 484, p. 33.
[819]*Id.*, p. 32.

7) Favoriser la participation des parents et des enfants aux modes alternatifs de résolution des conflits

Nous ne pouvons que favoriser la participation des parents à tout mode alternatif de résolution des conflits si un tel mode leur est accessible et qu'ils sont en mesure d'y participer et, afin de permettre une écoute plus adéquate de la parole de l'enfant, de favoriser la participation de l'enfant en âge d'exprimer ses souhaits et ses désirs auprès du médiateur rencontré et de prévoir la tenue d'une telle rencontre dans un code de déontologie élaboré à cet effet[820]. Une rencontre avec l'enfant pourrait permettre à celui-ci d'exprimer ses souhaits et ses désirs en toute confidentialité et, pour le médiateur, de s'assurer que les seuls renseignements dont il aura reçu la permission de divulguer par l'enfant seront communiqués aux parents.

8) La création d'un bureau du procureur de la famille

La création d'un bureau du procureur de la famille, comme en Afrique du Sud, pourrait aider à la résolution des problèmes soulevés dans la présente thèse et pallier l'éparpillement des dispositions législatives actuelles et des modalités et des pratiques existantes en matière d'écoute de la parole de l'enfant au moment de la désunion de ses parents. En fait, le regroupement sous un même toit de l'ensemble de tous les services requis en cas de désunion pourrait se révéler une approche intéressante. Une vérification ponctuelle des ententes déposées à la Cour en matière de garde afin de s'assurer du respect de l'intérêt de l'enfant et de son écoute pourrait remédier en bonne partie à la problématique soulevée.

---

[820]G.W. AUSTIN, P.G. JAFFE et P. M.HURLEY, *loc. cit.*, note 732, 69,77.

Les mesures adoptées en Ontario pourraient également nous servir d'inspiration bien que nous y ayons noté une certaine confusion dans la qualification du rôle du procureur de l'enfant incapable d'exprimer ses souhaits et ses désirs. Dans cette province, les enfants peuvent être représentés par un avocat dont les services sont assurés par des représentants de l'État. Cette façon de faire pourrait favoriser une plus grande représentation de l'enfant par un avocat. Ce type de service offert par l'État pourrait être coûteux, tout comme la solution présentée précédemment. Malgré tout, sans aller aussi loin, cette approche pourrait inspirer des ajustements intéressants au système québécois actuel. Par exemple, au moment du dépôt du consentement des parents matière de garde, les parties au litige pourraient remplir un formulaire précisant si, en l'instance, l'enfant est représenté par un avocat ou, dans le cas contraire, si les désirs et les souhaits de l'enfant ont été exprimés et pris en compte, et la façon dont ils l'ont été. Cette approche serait certainement plus économique tout en apportant une certaine solution à la problématique soulevée dans cette thèse.

Dans le rapport fédéral-provincial-territorial final sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfant du mois de novembre 2002, le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille avait divulgué les résultats d'une longue enquête menée sur les réformes à venir en matière de droit familial. Tout en reconnaissant le chevauchement des compétences en matière de garde et de droits de visite des enfants entre les divers gouvernements, le Comité a proposé que, pour déterminer l'intérêt de l'enfant, les décideurs entendent le point de vue de l'enfant afin de savoir ce qu'il pense de la façon dont ses parents comptent prendre soin de lui. Les auteurs indiquaient ainsi qu'"[i]l faut évaluer la pertinence de permettre à l'enfant de s'exprimer dans le cadre du processus décisionnel en tenant compte du besoin de tenir l'enfant à l'écart de conflits parentaux

et d'éviter qu'il ne s'y trouve mêlé"[821].

Parmi les recommandations proposées, le Comité avait suggéré que chaque gouvernement examine les lois, les procédures et les services en place afin de permettre que "-les parents et les tribunaux puissent prendre connaissance du point de vue de l'enfant; -l'information soit obtenue de l'enfant et communiquée au besoin aux parents et au tribunal d'une manière qui tienne compte de l'intérêt de l'enfant, de son âge et de son développement et en évitant que l'enfant ne se sente responsable des décisions relatives à sa garde"[822].

Des changements législatifs reliés à l'écoute de la parole de l'enfant semblent donc requis[823], certaines études menées sur la question en ayant démontré la nécessité[824]. Nous reconnaissons qu'il est important que tout changement, et plus particulièrement tout changement en matière familiale, ait reçu l'approbation de la majorité de la population puisque les conséquences de ces changements pourraient se révéler plus importantes que celles envisagées à première vue[825]. La pluralité des

---

[821]MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *Rapport fédéral-provincial-territorial final sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L 'enfant d 'abord!*, *op. cit.*, note 65.

[822]*Id.*, pp. 11 et 12.

[823]Nous rappelons que dans le cadre des consultations sur les changements à être apportés à la *Loi sur le divorce*, la Fédération des professions juridiques du Canada a indiqué que 78 % des personnes interrogées dans le cadre de leur recherche considéraient que des réformes législatives ou encore des améliorations aux services actuels s'imposaient afin de permettre aux enfants de mieux exprimer leur point de vue en matière de garde, voir *supra*, note 234.

[824]R. JOYAL et A. QUÉNIART, *loc. cit.*, note 323.

[825]Notons le débat qui prévalait voilà quelques mois au Canada sur l'instauration de tribunaux d'arbitrage fondé sur la *chari 'a* (la loi islamique) et la décision du gouvernement ontarien d'interdire la mise en place de tels tribunaux dans cette province. Ce débat s'est imposé suite à la publication du rapport de madame Marion Boyd, ancienne procureure générale et ex-ministre déléguée à la Condition féminine de l'Ontario. Sur cette question, le Barreau du Québec a indiqué partager la position du

modalités d'écoute de la parole de l'enfant milite selon nous en faveur de l'adoption de nouvelles dispositions législatives qui permettront un meilleur arrimage de ces lois et leur harmonisation en vue d'assurer le respect des droits de l'enfant et l'écoute de sa parole.

En effet, à défaut de prendre une nouvelle direction, à défaut d'une intervention structurée et cohérente des législateurs provinciaux et fédéral, les lois nouvelles et anciennes, les concepts de droit nouveaux et anciens, se heurteront inévitablement. Société en mutation, certes, mais règles de droit confuses, nous l'observons aussi. Saurons-nous mettre de l'ordre dans ce désordre? Nos recherches nous permettent d'en douter parfois. Ce désordre nuit manifestement à l'enfant, ce tout jeune être que le législateur cherchait justement à protéger.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'accumulation de réformes à l'emporte-pièce peut rendre un instrument juridique complexe, désorganisé et incohérent[826]. Par exemple, certains ont critiqué les changements proposés à la *Loi sur le divorce* et l'élimination des expressions "garde"et "droits d'accès"[827]. Il nous semble important de voir à l'adoption de nouvelles dispositions législatives qui sauront mieux encadrer ceux qui devront les faire respecter; il nous semble aussi important de

---

gouvernement du Québec selon laquelle l'arbitrage religieux, en matière familiale, n'a pas sa place au Québec. De plus, le Barreau a tenu à rappeler que si les citoyens sont encouragés à négocier et à déjudiciariser leurs conflits familiaux, cet exercice doit s'inscrire dans le respect des règles du droit de la famille. Cette information peut être obtenue sur le site internet du "Barreau du Québec" à l'adresse ci-après: http://www.barreau.qc.ca/medias/ lettres/050301.html. Voir également l'article d'Yves LAVERTU, "Les tribunaux d'arbitrage religieux au Canada. Les juristes québécois interpellés", dans *Journal du Barreau*, Montréal, le 1er avril 2005, p. 9.

[826]Voir *supra*, Titre deuxième, Chapitre troisième, Section II: Une règle de droit floue à la recherche d'un meilleur encadrement.

[827]R. BESSNER, *loc. cit.*, note 421.

s'assurer que tous les intervenants auprès de l'enfant puisse être consultés et participer à la recherche des solutions qui pourront favoriser une écoute attentive de la parole de l'enfant au moment de la rupture de ses parents.

Une auteure s'exprimait ainsi sur cette question:

> "La prise en compte par les juridictions d'éléments socio-culturels soulève d'une certaine manière la question de l'adaptation du droit à la société. Autant l'on peut dire que les sujets de droit se doivent de s'adapter au droit formel, autant on peut sans doute aussi dire que l'adaptation du droit à la société requiert de ce dernier une grande flexibilité. Elle comprend notamment deux pas: la représentation du droit tel qu'il devrait être et le droit vécu par les parents et le droit informel, i.e. non officiel créé par les acteurs officiels et officieux du droit."[828]

Nous pourrions apporter les mêmes commentaires à l'endroit de certaines recommandations observées dans le cadre de nos recherches. Ainsi, il nous semble important d'apporter une attention particulière aux changements proposés. À titre d'exemple, la France utilise désormais le terme de "résidence habituelle" et "hébergement alterné" en lieu et place de la notion de "garde". Comme l'indiquaient les professeurs Malaurie et Aynès, "[d]ans la famille, il y a, plus que partout ailleurs, un échange constant entre les mots et le droit. Les modifications du langage juridique traduisent souvent une évolution du droit, sont parfois aussi une manière de rien changer: on se paye de mots. (...) Souvent, aussi, le langage juridique de la famille suit les modes de la langue contemporaine, l'euphémisme et le contre-mot, le sexisme et le verbalisme. Soit, afin de lénifier les réalités par la douceur des mots, on use d'euphémisme, en espérant, peut-être, faire naître une idéologie nouvelle. (...) En outre, plus que dans d'autres disciplines, les auteurs contemporains sont attirés par le

---

[828]A. SARIS, *loc. cit.*, note 19, p. 121.

verbalisme; peut-être à cause de la difficulté qu'il y a à maîtriser un réel qui s'échappe; peut-être aussi de cette grande profusion de mots naîtront de nouvelles idées claires-c'est ainsi que parfois les évolutions se sont faites (pas souvent)"[829].

Ainsi, dans nos recherches, nous avons pris connaissance de plusieurs suggestions réfléchies et pondérées émises par de nombreux juristes et magistrats. Nous avons toutefois pris connaissance de certaines suggestions qui nous ont semblé émises à la hâte[830]. Avant d'élaborer des lignes directrices et de modifier nos lois, il nous semble important de faire preuve de sagesse et de réflexion et de ne pas adopter des dispositions à l'emporte-pièce qui pourraient se révéler plus dommageables qu'utiles pour l'enfant.

En matière d'écoute de la parole de l'enfant devant les tribunaux au moment de la désunnion des parents, "[l]a littérature disponible sur la question, tant pour le Québec que pour le Canada anglais, laisse (...) voir que ces trois pratiques [Code civil du Québec, Code de procédure civile et les Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec] sont susceptibles, si elles ne sont pas suffisamment balisées, de produire des effets pervers incompatibles avec l'intérêt de l'enfant et le

---

[829]P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 49, aux pages 15 et 16.

[830]R. BESSNER, *op. cit.*, note 421, p. 109. Comme la 3 ème recommandation du rapport qui avait trait au fait qu'un enfant de cinq ans et plus soit "réputé" capable de communiquer son opinion à un avocat. Cette proposition appelle de sérieuses réserves. Il nous apparaît difficile de considérer qu'un enfant âgé de 5 ans puisse détenir la capacité requise afin de donner un mandat valable à son procureur. L'utilisation du terme "réputé" risquerait de créer une présomption simple en vertu de l'article 2847 C.c.Q. Cette présomption, en droit civil québécois, pourrait être source de difficultés pour le procureur d'un très jeune enfant qui devrait d'abord débattre de la capacité de l'enfant de lui donner un mandat valable s'il se sentait inconfortable avec les souhaits et les désirs de ce dernier.

respect de ses droits, contrairement aux objectifs visés"[831].

Sans l'intervention appropriée des législateurs, sans la concertation des divers intervenants dans le cadre du litige judiciaire des parents relativement à la garde de leur enfant, soit les parents, mais aussi, les procureurs, les médiateurs et les magistrats, sans la reconnaissance d'une nouvelle dynamique familiale qui semble s'instaurer dans la société contemporaine, le droit de l'enfant à être entendu devant les tribunaux risque d'être gravement compromis si rien n'est fait afin d'assurer une certaine cohésion entre les diverses dispositions législatives relatives à son écoute.

Nos recherches nous ont permis de constater le fait qu'il n'en tient qu'à nous, législateurs, magistrats, experts en relations humaines et parents d'agir et de rendre plus efficace la règle de droit observée. Les démarches déjà entreprises constituent un pas vers la bonne direction. Mais la route est longue et les obstacles à franchir sont nombreux. Plus de dix années se sont écoulées déjà au Québec depuis l'adoption du nouveau Code civil du Québec et rien n'a été fait sur le sujet par les divers intervenants afin de faire état des lacunes répertoriées, et ce, malgré les divers constats effectués dans cette thèse et soulevés par divers juristes et chercheurs depuis. En matière de droit familial, il est du devoir des adultes, des procureurs, des médiateurs et des experts en relations humaines de donner à l'enfant l'écoute attentive à laquelle il a droit au moment de la désunion de ses parents. Si nous, comme adulte, parent, avocat, médiateur, expert en relations humaines, magistrat

---

[831]R. JOYAL, *op. cit.*, note 276, aux pages 51 et 52; voir Dominique GOUBAU "La réforme de la *Loi sur le divorce*", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2003*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 107, à la page 126.

ne tentons pas de remédier aux lacunes rencontrées et ne reconnaissons pas l'urgence de la situation, qui d'autre le fera?

BIBLIOGRAPHIE

I- DOCUMENTS INTERNATIONAUX

Instruments normatifs:

Aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (Convention de La Haye), 25 octobre 1980, [1983] R.T.C. nº 35.
Convention relative aux droits de l'enfant, AGNU Doc. A/RE/44/25 (1989).
Déclaration des droits de l'enfant de 1924, (Société des Nations).
Déclaration des droits de l'enfant de 1948, (Nations Unies).
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique du 4 juillet 1776
Déclaration universelle des droits de l'enfant, le 20 nov. 1959, AG 1386 XIV.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Doc. off., A.G.N.U. A/810, 3e session 1948.

II- DOCUMENTS NORMATIFS NATIONAUX (Constitutions, lois et règlements)

A) Canada

Acte à l'effet d'amender et refondre les Loi des mines, S.Q. 1892, c. 20.
Acte concernant les écoles de réforme, S.Q. 1869, 32 Vict., c. 18.
Acte concernant les écoles d'industries, S.Q. 1869, 32 Vict., c.17.
Acte des manufactures de Québec, S.Q. 1885, c. 32.
Acte pour accélérer le procès et la punition des jeunes délinquants, S.C. 1857, c. 29.
Acte pour établir des prisons pour les jeunes délinquants, S.C. 1857, c. 28; S.C. 1858, c. 88.
Acte pour remédier plus efficacement à divers abus préjudiciables à l'amélioration de l'agriculture, et à l'industrie dans cette Province, et pour d'autres objets, S.B.-C.1824, c. 33.
Charte canadienne des droits et libertés, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c.11)].
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12 [L.R.Q. 1977, c.C.-12].
Child Status Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6.
Children's Act, L.R.Y. 1986, c.22.
Children's Law Act, R.S.N.L.1990, c. C-13, modifiée par S.N. 1995, c. 27.
Children's Law Reform Act, R.S.O. c. C-12.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.
Code civil du Bas-Canada, c. 41 des lois de 1865.
Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c. 2 (1er supp.).
Code de déontologie des avocats, R.R.Q., c. B-1. r.1.
Code de déontologie des psychologues, R.R.Q. c. C-26, r. 148.1.

Code de déontologie des psychologues, Avis du 18/2/83, (1983) 115 G.O. II 2316.
Code de déontologie des travailleurs sociaux, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 180.
Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25.
Code des professions, L.R.Q., c. C-26.
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983, nº 35.
Custody Jurisdiction and Enforcement Act, R.S.P.E.I. 1988 c.33.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), App. III.
Domestic Relations Act, R.S.A. 2000, c. D-14.
Family Law Act, S.N. 1988.
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. C-13.
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F-2.
Family Law Reform Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-3, part II.
Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, c. 160.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121, 1996, c. 128.
Loi assurant l'application de la réforme du droit de la famille, L.Q. 1982, c. 17.
Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements, L.Q. 1974, c. 59.
Loi concernant le divorce, S.C. 1967-68, c. 24, devenue S.R.C. 1970, c. D-8.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.
Loi de la protection de la jeunesse, S.R.O. 1964, c. 220.
Loi de 1997 sur le droit de l'enfance, L.S. 1997, c. C-8.2
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), c. I-21.
Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16.
Loi instituant la médiation familiale préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions du Code de procédure civile, L.Q. 1997, c. 42.
Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q.1980, c.39.
Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, c.6.
Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence, Projet de loi C-22, (1ère lecture), 2e session, 37e législature (Can.).
Loi modifiant le Code civil, L.Q. 1977, c.72.
Loi modifiant le Code de procédure civile concernant la médiation familiale, L.Q. 1993, c.1.
Loi nº1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law, L.C. 2001, c. 4.
Loi portant réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, c. 7.
Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, c. C.12.
Loi relative aux établissements industriels, S.Q. 1894, c. 30.
Loi relative aux jeunes délinquants, S.Q. 1910, c. 26.
Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., c. A-2.1.
Loi sur l'aide juridique, L.R.Q., c. A-14.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1999, c. 57.
Loi sur la Cour du Banc de la Reine, C.P.L.M. c. C.280.

Loi sur la preuve, L.R.C. (1985), c. C-5.
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., c. P.34-1 [L.Q. 1977, c. 20].
Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, L.R.Q., c. P-39.1.
Loi sur le Barreau, L.R.Q., c. B-1.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), c. 3 (2e suppl.) [L.R.C., c. D-3.4].
Loi sur l'enfance, L.R.Y. 1986, c. 22.
Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.R.Q., c. A-23.01.
Loi sur les langues officielles, S.C. 1968-1968, c. 54.
Loi sur les langues officielles, S.C. 1988, c. 38.
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), c. 31 (4e suppl.).
Loi sur les relations familiales, L.R.T.N.-O. 1988, c. D-8.
Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.R.O. 1990, c. C.11.
Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales, L.N.-B. 1980, c. C-2.1 réintitulée *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980 c. F-2.2 modifiée par la L.N.-B 1996, c. 13.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., c. S-4.2.
Loi sur les services de santés et les services sociaux pour les autochtones Cris, L.R.O., c. S-5.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C. 43.
Loi sur l'instruction publique, L.R.Q., c. I-13.3.
Loi sur l'instruction publique pour les autochtones Cris, Inuit et Naskapis, L.R.Q. c. I-14.
Loi sur l'obligation alimentaire, L.R.M., c. F-20.
Provincial Court Act, R.S.A. 2003, c. P-31.
Règlements relatifs à la Loi sur l'aide juridique, R.R.Q. A-14, r. 0.2.
Règlements de procédure de la Cour supérieure en matière familiale, c. C-25, r. 9.
The Family Maintenance Act, R.S.M. c. F-20.

B) Afrique du Sud

The Mediation in Certain Divorce Matters Act 24 of 1987.

C) Australie

Family Law Act de 1975.

D) États-Unis d'Amérique

The Family Court Act, N.Y. Laws, c. 686, n° 241(196), amendée par L. 1970, c. 962.

E) France

Code civil français.
Loi n° 1987-370 du 22 juillet 1987.
Loi n° 1993-22 du 8 janvier 1993.
Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

F) Royaume-Uni

Children Act 1989.
Family Proceedings Rules 1991.

III- JURISPRUDENCE

A) Canada

Alexander c. *Alexander*, (1988) 15 R.F.L. (3d) 363 (B.C.C.A) (juges Madconald, Hutchon, Locke)(en appel de la décision du juge Bayle).
Alliance des professeurs catholiques de Montréal (l') c. *Commission des relations ouvrières du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140.
A.L.V. c. *C.C.*, (C.S.)(juge Marie St-Pierre, Montréal C.S. nº 500-12-262131-026, décision du 5 juin 2003).
A.P. c. *L.D.*, [2001] R.J.Q. 16 (C.A.)(permission d'appel retirée et déclarée sans effet ((C.S.Can., 2002-11-05), 28352).
Association for Marriage and the Famly in Ontario(the) c. *Heady Halpern et al.*(Ont.) (29879) (appel pris en délibéré par la Cour suprême du Canada).
A.T.L. c. *C.D.*, [2001] R.D.F. 487 (C.S.)(J.E. 2001-1255)(juge Luc Lefebvre).
A.Z. c. *S.O.*, [2004] R.D.F. 221 (C.A.)REJB 2004-54538(juges Melvin L. Rothman, France Thibault et André Rochon)(en appel de la décision de la juge Louise Moreau, *S.O.*c. *A.Z.*, [2003] R.D.F.980 (C.S.) (J.E. 2003-2245)REJB 2003-51075).
B. c. C. et C., (C.S.) (juge Diane Marcelin, C.S. Montréal nº 500-12-232387-963, décision du 26 mai 1998).
Baker c. *Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1992] 2 R.C.S. 817.
B.(D.) c. *H.(J.-M.)*, (C.A.) REJB 2003-47686 (juges Michel Proulx, André Rochon et Pierrette Rayle, C.A.M. nº 500-09-013236-039, décision du 22 septembre 2003)(en appel de la décision du juge Maurice Laramée, C.S. Hull 550-04-003979-982, décision du 18 février 2003)(requête en rectification de jugement accueillie en partie le 15 janvier 2004).
B.(R.) c. *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.
B.(Y.) c. *R.(D.)*,(C.S.) REJB 1998-07657(juge Raynald Fréchette, C.S. Saint-François nº 450-04-002467-982, décision du 5 août 1998).
Beson c. *Director of Child Welfare (Nfld)*, [1982] 2 R.C.S. 716, (1983) 142 D.L.R. 20.
Bleau c. *Petit*, [1902] 6 R.P. 353.
Boukema c. *Boukema* (1997), 31 R.F.L (4th) 320 (Ont. Gen. Div.) et raisons additionnelles dans (December 19, 1997), Doc. 94 ND 212384 (Ont. Gen.Div.)(juge E. Macdonald).
B.(Y.) c. *R.(D.)*, (C.S.) REJB 1998-07657 (juge Raynald Fréchette, C.S. Saint-François nº 450-04-002467-982, décision du 5 août 1998).
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. *M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165.
Chauvin c. *Chauvin* (1987), 6 R.F.L. (3d) 403 (Ont. Dist. Ct.).
C.B. c. *R.L.*, [2004] R.D.F. 44 (C.S.)(juge Paul-Marcel Bellavance).
C.(D.) c. *L.(P.)*,(C.S.)REJB 1999-16614 (juge Paul Jolin, C.S. Beauharnois nº 760-04-003336-998, décision du 16 décembre 1999)(désistement d'appel, C.A.M. nº 500-09-009148-008, décision du 28 janvier 2000).

C.(G.) c. *(V.-F.) T.*, [1987] 2 R.C.S. 244, [1987] R.D.F. 520 (rés.), (1987) 9 R.F.L. 263 (S.C.C.), (1988) 9 Q.A.C. 241, J.E. 87-1002 [*sub. nom.*: *Droit de la famille-320*, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.)].
Dans la situation de: *D.(M.)*, (C.S.) REJB 2003-51335 (juge Yvan Cousineau, C.S. Saint-Maurice nº 410-04-00529-029, décision du 6 octobre 2003).
D.C. c. *P.L.*, (C.S.) REJB 1999-16614 (juge Paul Jolin)(désistement d'appel, C.A.M. nº 500-09-009148-008, le 28 janvier 2000).
de Montigny c. *de Montigny*, 70 Wisc. 2d(3), 233 N.W. 2d 463 (Sup.Ct. 1975).
Demeter c. *Demeter*, (1996) 21 R.F.L. (4th) 54, 133 D.L.R. (4th) 746 (Ont. Gen. Div.)(juge Speyer).
D.(I.) c. *P.(P.)*, (C.S.) REJB 1998-10117(juge G.B. Maughan).
D.(J.) c. *C.(D.)*, [2004] R.D.F. 182 (C.S.)(J.E. 2004-179)REJB 2003-50946(juge Jean Bouchard).
D.O.V. c. *A.M.VA.F.* et *Procureur Général du Québec*, [2001] R.D.F. 267(C.S.)(J.E. 2001-727)(juge Danielle Grenier)(appel accueilli en partie, C.A.M. nº 500-09-010683-019)(J.E. 2001-728)[2001] R.D.F. 229 (rés.)).
Droit de la famille-86, [1983] C.S. 1017 (juge Denis Durocher).
Droit de la famille-110, [1984] C.S. 99 (juge Édouard Martel).
Droit de la famille-125, [1984] C.S. 380 (juge Marie Brassard).
Droit de la famille-301,[1986] R.J.Q. 2141(C.S.) (J.E. 86-837) (appel accueilli en partie, [1988] R.J.Q. 17 (C.A.)(J.E. 88-56)(juges Amédée Monnet, Williams Tyndale et Paul-Arthur Gendron).
Droit de la famille-320, [1987] R.J.Q. 9 (C.A.) (appel accueilli par la Cour suprême du Canada) [*sub. nom. C.(G.)* c. *(V. -F.)T.*, [1987] 2 R.C.S. 244, (1987) 9 R.F.L. 263 (S.C.C.), [1987] R.D.F. 520 (rés.), (1988) 9 Q.A.C. 241, J.E. 87-1002].
Droit de la famille-361, [1987] R.J.Q. 1094, [1987] R.D.F. 196 (C.S.)(J.E. 87-541)(juge Christine Tourigny)
Droit de la famille-530, [1988] R.J.Q. 2163 (C.S.)(J.E. 88-1074)(juge Robert Lesage).
Droit de la famille-1100, [1987] R.D.F. 238 (C.S.)(juge Orville Frenette)(désistement d'appel, C.A.M. nº 500-09-00539-874, décision du 27 novembre 1987).
Droit de la famille-1150, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.)(juges Vallerand, Tourigny, Proulx, diss.)(en appel de la décision du juge Orville Frenette, [1988] R.D.F. 40 (C.S.))(appel accueilli par la Cour suprême du Canada [*sub. nom. P. (D.)* c. *S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, [1993] R.D.F. 712, (1994) 58 Q.A.C. 1, J.E. 93-1767].
Droit de la famille-1427, [1991] R.J.Q. 2252 (C.S.)(J.E. 91-1307)(juge Jean-Pierre Plouffe).
Droit de la famille-1468, [1991] R.D.F. 517 (C.A) (J.E. 91-1603)(juges Nichols, Gendreau et Brossard) (en appel de la décision du juge Gérard Lebel, C.S. Québec nº 200-04-000002-905, décision du 9 février 1990).

Droit de la famille-1545, [1992] R.D.F. 324 (C.S.)(J.E. 92-510)(juge Pierre Tessier)(désistement d'appel, C.A.M. n° 500-09-000467-928).
Droit de la famille-1549, [1992] R.J.Q. 855 (C.A.)(J.E. 92-509), (1992) 45 Q.A.C. 100 (juges Nichols, Proulx et Chevalier, *ad hoc*)(en appel de la décision du juge John H. Gomery, C.S. Montréal n° 500-12-159976-871, décision du 23 octobre 1990).
Droit de la famille-1717, [1993] R.D.F. 173, [1993] R.J.Q. 166 (C.S) (J.E. 93-160)(juge Orville Frenette)(requête pour suspendre l'exécution provisoire pendant l'appel rejetée, C.A.M. n° 500-09-000108-936).
Droit de la famille-1883, [1993] R.J.Q. 2709 (C.A.)(J.E. 93-1846)(juges Rothman, Rousseau-Houle et Delisle) (en appel de la décision du juge Paul Martineau, C.S. Hull n° 550-04-00409-026, décision du 7 décembre 1992).
Droit de la famille-1914,[1994] R.J.Q. 564, [1994] R.D.F. 194 (C.S.)(J.E. 94-290)(juge Élaine Demers)(appels rejetés avec dissidence, [1996] R.J.Q. 219, [1996] R.D.F. 14 (rés.) (C.A.)(J.E. 96-291)(juges Fish, Chamberland et Beauregard,diss.).
Droit de la famille-1930, [1994] R.D.F. 141 (C.S.)(juge Clément Trudel).
Droit de la famille-2224, [1995] R.D.F. 396 (C.A.) (J.E. 95-1362)(juges Louis LeBel,Marie Deschamps et Jacques Chamberland)(en appel de la décision du juge Irving Halperin,C.S. Beauharnois (Salaberry-de-Valleyfield) n° 760-12-001509-943, décision du 24 novembre 1995).
Droit de la famille-2454, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.)(J.E. 96-1934)REJB 1996-30397(juges Jacques Chamberland, André Forget et Louis LeBel, diss.)(désistement de la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême, n° 25517, le 6 janvier 1997)(requête en rétractation de jugement rejetée le 17 octobre 1996)(requête en suspension d'exécution de jugement de la Cour d'appel rejetée, C.A.M. n° 500-09-002645-968, décision du 10 octobre 1996 (J.E. 96-2056))(en appel de la décision rendue par le juge Roger E. Baker, C.S. Terrebonne n° 700-04-001386-967, décision du 17 mai 1996, REJB 1996-30395).
Droit de la famille-2550, [1997] R.D.F. 768 (C.S.)(juge Jean-Pierre Senécal).
Droit de la famille-2591, [1997] R.D.F. 142 (C.S.)(juge Jean-Pierre Senécal).
Droit de la famille-2785, [1998] R.J.Q. 10 (C.A)(juges Delisle, Nuss et Biron, *ad hoc*)(en appel de la décision du juge James T. Kennedy, C.S. Montréal n° 500-04-010132-976, décision du 17 septembre 1997)(J.E. 97-1961)..
Droit de la famille-2829, [1997] R.D.F. 886 (rés.) (C.S.).
Droit de la famille-3180, [2000] R.D.F. 103 (C.S.) (J.E. 2000-296)(juge Suzanne Courteau).
Droit de la famille-3256, [1999] R.D.F. 394 (C.S.) (J.E. 99-670) REJB 1999-11306 (juge Diane Marcelin)(règlement hors cour de l'appel incident, C.A.M. n° 500-09-007869-993) (appel rejeté C.A.M. n° 500-09-007869-993).
Droit de la famille-3280, [1999] R.D.F. 301(C.S.)(J.E. 99-821) REJB 1999-11853 (juge René Hurtubise).

Droit de la famille-3331, [1999] R.D.F. 454 (C.S.)(juge Clément Trudel).
Droit de la famille-3334, [1999] R.D.F. 583 (C.S.)(J.E. 99-1253)(juge Paul-Marcel Bellavance)
Droit de la famille-3501, [2000] R.D.F. 81 (C.S.)(J.E. 2000-208).
Dugal c. *Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501.
D.W. c. *A.G.* et *R.F.W.* et *al.*, [2003] R.F.D. 547, [2003] R.J.Q. 1411 (C.A.) (J.E. 2003-1114)(juges Dussault, Pelletier et Dalphond) (en appel de la décision de la juge Marie-Christine Labeerge, C.S. Montréal nº 500-12-243455-981, décision du 23 octobre 2002).
E.(G.) c. *B.(Ge.)*, (C.S.)REJB 2002-41559 (juge Raynald Fréchette)(appel rejeté, juges André Forget, Louise Mailhot et André Rochon, C.A.M. nº 500-09-012304-028, décision du 12 mai 2003, REJB 2003-41557).
E.G.(L.) c. *G.(A.)*, 2002 BCSC 1455 (CanLII)(juge Martinson).
E.(S.) c. *R.(T.)*, (C.S.)REJB 2003-47205(juge Benoît Emery, C.S. Montréal nº 500-04-0333094-039, décision du 8 août 2003).
EGALE Canada Inc. c. *Canada (Attorney general)*, (2001) B.C.L.R. 122 (juge Pitfield) (décision renversée en appel dans l'arrêt *Barbeau* c. *British Columbia (Attorney General)*, 2003 BCCA 251 (CanLII)(juges Prowse, Mackenzie et Low).
EGALE Canada Inc. c. *Canada (Attorney general)*, (2003) B.C.C.A. 406.
Fiorellino c. *Fiorellino*, (1996) 18 R.F.L. (4th) 301(juge B. Wright).
F.(Y.) c. *E.(L.)* et *Le Procureur Général du Québec*, (C.S.) REJB 2001-24468 (juge Claude Tellier, C.S. Montréal nº 500-04-022966-007, décision du 26 avril 2001).
G.(A.) c. *W.(D.)*, (C.S.) REJB 2002-42519 (juge Marie-Christine Laberge, C.S. Montréal nº500-12–243455-981, décision du 23 octobre 2002)(appel accueilli en partie, juges René Dussault, François Pelletier, Pierre J. Dalphond, C.A.M. nº 500-09-012878-021, décision du 29 mai 2003)(REJB 2003-42518 (C.A.)).
G.(D.) c. *R.(F.)*, (C.S.) REJB 1999-16410(juge Carol Cohen, C.S. Montréal nº 500-04-003773-950, décision du 8 novembre 1999).
G.(M.) v. *B.(G.)*, (C.S.) REJB 2003-39317 (juge Anne-Marie Trahan, C.S., Montréal, nº 500-12-261546-026, décision du 5 février 2003).
G.(P.) c. *R.(M.)*, (C.S.) REJB 2001-33687 (juge Jean-Guy Dubois, C.S. Montréal nº 500-04-026394-016, décision du 28 septembre 2001).
Gillick c. *West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*, (1984) FLRE 249.
Gordon c. *Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, (J.E. 96-959), (1996) 134 D.L.R. 321 (S.C.C.), (1996) 19 R.F.L. (4th) 177 (S.C.C).
G.(S.) c. *La Presse* et *al.*, (C.A.) REJB 2004-81727 (juges François Pelletier, Pierre J. Dalphond, François Doyon, C.A.M. nº 500-09-014905-046, décision du 26 novembre 2004)(en appel de la décision du juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Montréal nº 500-04-035568-048, décision du 13 septembre 2004).
Gyore c. *Gulyas*, [1974] C.S. 146 (juge Yves Leduc).
H.(A.) c. *H.(M.)*, (C.A.) REJB 1997-00547 (juge Jean-Louis Baudouin)(requête pour permission d'appeler rejetée).
Halpern c. *Canada (Attorney General)*, [2002] O.J. nº 2714, (2002) 215 D.L.R. (4th) 223, 2002 CanLII 42749 (ON S.C.D.C.) (juges A.C. Smith, R.S. Blair et H.S. LaForme).
Halpern c. *Canada (Attorney General)*, (2003) 172 O.A.C. 276 (Ont. C.A.), 2003 CanLII 26403(ON C.A.)(juges R. Roy McMurtry, J.C MacPherson et E.E. Gillese).
Hendricks c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506 (C.S.)REJB 2002-33848(juge Louise Lemelin).

House c. *Tunney (House)*, (1991) 35 R.F.L. (3d) 68 (Sask.Q.B.)(juge Cartier).
Huber c. *Huber*, 2003 SKQB 329 (CanLII) (juge Dawson).
In re D'Andrea, (1916) 37 O.L.R. 30.
In re Goyette c. *Centre de services sociaux du Montréal-Métropolitain*, (1983) C.S. 429 (juge Paul Reeves).
In Re W., [1980] 27 O.R. (2d) 314.
J.B. c. *M.C.*,(C.S.)(juge Diane Marcelin, C.S. Montréal nº 500-12-232387-963, décision du 26 mai 1998)(jugement porté en appel, C.A.M. nº 500-09-006738-983, règlement hors cour).
J.(D.) c. *D.(C.)*, [2004] R.D.F. 182 (C.S.)(J.E. 2004-179) REJB 2003-50946 (juge Jean Bouchard).
J.D. c. *V.P.*, [2004] R.D.F. 171 (C.S.)REJB 2003-51729(juge Jean-Pierre Chrétien).
J.F. c. *C.L.* et *V.M.*, [2003] R.D.F. 1002, [2003] R.J.Q. 2983 (C.S.)(J.E. 2003-1988)(juge Claudine Roy).
J.L. c. *M.C.*, [2004] R.D.F. 183 (C.S.)(juge Benoît Emery).
J.L. c. *S.L.-S.*, [2002] R.D.F. 69 (C.S.) (J.E. 2002-89)(juge Johanne Trudel).
Jandrisch c. *Jandrisch*, (1980) 16 R.F.L. (2d) 238(Man. C.A.)(juges Monnan, O'Sullivan et Huband)(en appel de la décision du juge Hewak).
J.T.-Tr. (Dans la situation de), [2002] R.D.F. 905 (C.S.)(J.E. 2002-1481) REJB 2002-33519(juge Jean-Pierre Senécal).
K.D. c. *M.B.*, [2003] R.D.F. 291(C.S.)(J.E. 2003-548)(juge Pierre Isabelle).
King c. *Low*, [1985]1 R.C.S. 87.
Kruger c. *Kruger*, (1979), 11 R.F.L. (2d) 52, 25 O.R. (2d) 673 (C.A.)(juge Thorson, Arnup et Wilson, diss.).
Legault c. *Figueroa*, [1978] C.A. 82.
Linton c. *Clarke*, (1994) 10 R.F.L. (4th) 92 (Ont. Div.Ct.).
M. c. *D.*, [1966] C.S. 224 (juge Édouard Martel).
Marshall c. *Fournelle*, [1926] B.R. 391(juges Tellier, Rivard et Halls, diss.)(en appel de la décision du juge Bruneau, 22 janvier 1926).
M.B. c. *J.-C.D.*, (C.S.)(juge Michèle Lacroix, C.S. Rimouski nº 100-12-008042-015, décision du15 février 2002).
M.F. c. *J.L.*, [2002] R.J.Q. 676, [2002] R.D.F. 242 (rés.) (C.A.) (J.E. 2002-641) REJB 2002-29840 (juges Melvin L. Rothman, François Pelletier et Jacques Chamberland)(requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2002-10-24, 29211)(en appel de la décision de la juge Louise Lemelin, C.S. Montréal nº 500-12-251138-008, décision du 2 octobre 2001, REJB 2001-29837).
M.L. c. *N.B.*, (C.S.) (juge Bilodeau, C.S. Drummond nº 405-04-002168-022, décision du 4 juillet 2003).
Moge c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

M.T.M. (Dans la situation de), [2003] R.D.F.115 (C.S.) (J.E. 2003-145)(juge Michel Delorme).
M.J.P. c. *T.D.*, (C.S.) (J.E. 99-271)(décision du juge Ivan St-Julien, C.S. Longueuil n°505-04-010277-028, décision du 26 mars 2003).
N.B. (Ministre de la Santé) c. *C.(G.C.)*, [1988] 1 R.C.S.1073.
N.C. c. *A.S.B.*, [2004] R.D.F. 186 (C.S.)(J.E. 2004-282)(juge Johanne Trudel).
N.F. c. *G.L.*, [2003] R.D.F. 965 (C.S.)(J.E. 2003-2180)(juge Michèle Monast)(requête pour suspendre l'exécution accueillie, C.A.M. n° 500-09-013896-030, décision du 18 novembre 2003).
N.(I.) c. *T.(P.L.)*, [1999] R.D.F. 87(C.S.)(juge G.B. Maughan).
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. *G.(D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.
P.D. c. *P.A. DI*, [2003] R.D.F. 998 (C.S.)(J.E. 2003-1646)(juge Jean-Guy Dubois).
P.(D.) c. *S.*(C.), [1993] 4 R.C.S. 141, [1993] R.D.F. 712 (rés.) (1994) 58 Q.A.C. 1, (J.E. 93-1767) [*sub. nom. Droit de la famille-1150*, [1991] R.J.Q. 306 (C.A.)].
P.G. c. *M.R.* et *al.*, [2002] R.D.F. 687(C.S.)(J.E. 2002-1519)(juge Jean-Guy Dubois)(appel rejeté, C.A.M. n° 500-09-011784-022, décision du 14 août 2002).
P.(J.) c. *M.(C.-M.)*,(C.S.)(J.E. 2003-902) REJB 2002-37027(juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Drummond n° 405-04-002370-024, décision du 18 décembre 2002).
P.(N.) c. *L.(J.)*,(C.S.) REJB 2003-43967 (juge Michel Richard, C.S. Trois-Rivières n° 400-05-003940-039, décision du 19 juin 2003).
P.(V.) c. *B.(P.)*,(C.S.) REJB 1997-00112 (juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Montréal n° 500-04-003417-954, décision du 8 janvier 1997).
Porter c. *McDonald*, [1962] B.R. 862 (juges Tremblay, Bissonnette, Casey, Rivard et Badeaux, diss.).
R. c. *Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.
R. c. *Khan*, [1990] R.C.S. 531.
Racine c. *Woods*, [1983] 2 R.C.S.173.
Royal Victoria Hospital c. Morrow, [1974] R.C.S. 501.
S.D. c. *E.L.* , [2002] R.D.F. 919 (C.S.) (J.E. 2002-1740)(juge Benoît Moulin).
S.E. c. *T.R.*, [2003] R.D.F. 1005, [2003] R.J.Q. 2568 (C.S.) (J.E. 2003-1679)(juge Benoît Emery).
S.(L.) c. *S.(C.)*, (1997) 37 R.F.L. (4th) 344 (S.C.C.).
S.P. c. *A.E.L.-L.A.* et *Procureur Général du Québec*, [2003] R.D.F.65(C.S.)(juge Maurice Laramée).
Stefunreak c. *Chambers*, 2004 ONCS 3452 (CanLII)(juge Quinn).
Stevenson c. *Florant*, [1925] R.C.S. 532, [1925] 4 D.L.R. 530, 1925 Carswell, Que 71, Q.R. 38 K.B. 314, [1925] D.L.R. 1189.
Strobridge c. *Strobridge*, 4 R.F.L. (4th)169 (Ont. C.A.),(1994) 18 O.R. 753 (C.A.), (1994) 115 D.L.R. 489 (Ont. C.A.)(juges Osborne, Labrosse, Austin)(en appel de la décision du juge Granger, 10 O.R.(3d) 540, [1992] O.J. n° 1805 (Ont. Ct. Gen. Div.)).
T. P. G. c. *D. M.*, [2004] R.D.F. 272 (C.A.)(juges Rousseau-Houle, Morin et Hilton)(en appel de la décision de la juge Hélène Langlois, C.S. Montréal n° 500-12-261122-018, décision du 18 novembre 2003).
T.(Y.) c. *E.(D.C.)*, (C.S.) REJB 2002-33575(juge Jean-Pierre Senécal, C.S. Saint-Hyacinthe n° 750-12-011103-020, décision du 8 août 2002).
Taberner c. *Taberner*, (1971) 5 R.F.L. 14 (Ont. S.C.).
Taillon c. *Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257.
Thomson c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551.
Tremblay c. *Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

V. c. *B.*, (C.S.)(juge Dutil, C.S. St-Joseph de Beauce nº 350-12-004782-971, décision du16 octobre 1998).
V. c. *M.*, (1967) R.P 145 (C.S)(juge Albert Mayrand).
V. c. *M.*, [1983] C.S. 87(juge Claude Benoît).
V.(P.) c. *G.(S.)*, (C.A.) REJB 2000-21256 (juge Robert Pidgeon, André Forget et André Rochon, *ad hoc*, C.A.Q. nº 200-09-003235-006, décision du 22 novembre 2000)(en appel de la décision du juge Raymond W. Pronovost, C.S. St-Maurice nº 410-04-001441-008, décision du 10 juillet 2000).
Wakaluk c. *Wakaluk*, (1977), 25 R.F.L.292 (Sask. C.A.)(juges Woods, Brownridge et Bayda, diss.)
W.(D.) c. *G.(A.)*, (C.A.)REJB 2003-42518 (juges René Dussault, François Pelletier et Pierre J. Dalphond, C.A.M. nº 500-09-012878-021, décision du 29 mai 2003)(en appel de la décision de la juge Marie-Christine Laberge, C.S. Montréal nº 500-12–243455-981, décision du 23 octobre 2002).
W.(V.) c. *S.(D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, 134 D.L.R. (4th) 481, [1996] R.D.F. 205, J.E. 96-960.
Willlick c. *Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.
Y.F. c. *L.E. et Le Procureur Général du Québec*,(C.S.)REJB 2001-24468(juge Claude Tellier, C.S. Montréal nº 500-04-022966-007, décision du 26 avril 2001).
Young c. *Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

B) États-Unis d'Amérique

de Montigny c. *de Montigny*, 70 WISC. 2d(3), 233 N.W. 2d. 463(Sup.Ct. 1975).
In re Gault c. *U.S.*, (1967) 387 U.S. 1.
Kent c. *U.S.*, (1966) 387 U.S. 541.
Samson c. *Samson*, Wis. STAT. nº 767.045(2000).

C) Angleterre

Gillick c. *Gillick*, (1984) FLRE 249.
R. c. *The University of Cambridge*, (1723) 88 E.R. 11.
Re: S.(a Minor), [1993] All. E.R. 36.

D) Australie

Bennett c. *Benett*, [1991] F.L.C. 92.
In Re K, (1994) F.L.C. 90 (Aust. Fam. Ct.).
P. c. *P.*, [1995] F.L.C. 92-616.
Todd c. *Todd*, (1976) F.L.C. 90-91.

IV- OUVRAGES

AMBERT, A.-M., *Tendances contemporaines de la famille. Divorce: faits, causes et conséquences*, (édition révisée en 2002) Ottawa.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *American Bar Association Section of Family Law Standard of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases*, août 2002.

ARIES, P., *Centuries of Childhood. A Social History of Family Life*, New York, Alfred A. Knopf, 1962 (traduction de *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*).

ARION, C.-C., *De la puissance paternelle, à Rome, en France et en Roumanie*. Thèse pour le doctorat, Paris, Typographie N. Blanpain, 1878.

ARISTOTE (textes choisis et traduits par Florence et Claude Khodoss), *Moral et Politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1970.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *étude détaillée du projet de loi C-125 du Code civil du Québec*, Journal des débats, Commissions parlementaires, 1ère session, 34e législature, Sous-commission des institutions, le jeudi 29 août 1991, nº 5, SCI-iii.

AUDART, C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme. L'utilitarisme victorien John Stuart Mill, Henri Sidgwick et G.E. Moore (1838-1903)*, vol. II, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

AZARD, P. et A.-F. BISSON, *Droit civil québécois, T.I, Notions fondamentales. Famille Incapacité*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1971.

BAKER, M. et autres, *Families: Changing Trends in Canada*, 3e éd., Toronto, McGraw-Hill Ryerson Limited,1996.

BALA, N. C. et K. L. CLARKE, *The Child and the Law*, Scarborough, Ont., McGraw-Hill Ryerson, 1981.

BALEYTE, J., A. KURGANSKY et autres, *Dictionnaire économique et juridique. Economic and legal dictionary*, 4e éd., Paris, L.G.D.J,1999.

BARREAU DU QUÉBEC. COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, Service de la formation permanente. Barreau du Québec, février 1995.

BARREAU DU QUÉBEC, (Mémoire), *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquence (P.L. C-22)*, Montréal, août 2003.

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire, commentaires du Barreau du Québec sur le document de travail, Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe*, Montréal, avril 2003.

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire, Projet de loi C-20(2003), Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, Montréal, août 2003.

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire, Les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L'intérêt de l'enfant d'abord*, Montréal, juin 2001.

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la médiation préalable obligatoire (P.L. 65)*, Montréal, 1997.

BAUDOUIN. J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

BAUER, M. et T. FOSSIER, *Les tutelles, protection juridiques et sociale des enfants et des adultes*, 2e éd. rev. et augm., Paris, ESF, 1996.

BÉNABENT, A., *Droit civil. La Famille*, 10e éd., Paris, Litec, 2001.

BESSNER, R., *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, document de référence présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, 2002-FCY-1F.

BOISCLAIR, C., *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1978.

BOUCHARD, C., *Un Québec fou de ses enfants. Rapport du groupe de travail pour les jeunes.* Ministère de la santé et des services sociaux. Direction des communications, Québec, 1991.

BOULAIS, J.-F., *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*, 5e éd., Montréal, SOQUIJ, 2003.

BOURGUIGNON, O., J.-L. RALLU et I. THÉRY, *Du divorce et des enfants*, Paris, Éditions de l'INED, 1985.

BRUNET, L (dir.), *L'expertise psycho-légale: balises méthodologiques et déontologiques*, Montréal, Les Presses de l'Université du Québec, 1999.

BUREAU INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, *Lignes directrices en matière de justice pour les enfants victimes et témoins d'actes criminels*, janvier 2003.

CASTALDO, A., *Introduction historique au droit*, Dalloz, Paris, 1998.

CASTELLI, M. D. et D. GOUBAU, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2000.

CLOUTIER, R., L. FILION et H.J.P. TIMMERMANS, *Les parents se séparent: Pour mieux vivre la crise et aider son enfant*, Collection Parents, Montréal, Éditions de l'Hôpital Ste-Justine, 2001.

C.O.A.M.F., *Guide de normes de pratique en médiation familiale*, document adopté par le C.O.A.M.F., en date du 1er juillet1998 (Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale)

COMITÉ DE LA PÉDIATRIE PSYCHOSOCIALE. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, "La promotion de la santé mentale pour les enfants de parents qui se séparent",(2000) 5(4) *Paediatrics & Child Health*, p. 237.

COMMENTAIRE DU MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *tome1-Le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

CONSEIL CANADIEN DE DÉVELOPPEMENT SOCIAL, *Le progrès des enfants au Canada*, Ottawa, 1998.

CORNU, G., *Droit civil. Introduction. Les Personnes.Les Biens*, 5e éd., éd. Montchrestien, Paris, 1991.

CORNU, G. et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958.

COSSMAN, B., *Analyse des options concernant la modification de la réglementation légale de la garde et du droit de visite des enfants*, document de référence présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2001-FCY-2F.

CÔTÉ, D., *La garde partagée: l'équité en question*, Montréal, Éditions du remue-ménage, 2000.

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ, F., *Les droits de l'enfant*, 5e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

DELEURY, É. et É.O. DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993.

DELEURY É. et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.

DOLTO, F., *Quand les parents se séparent*, Paris, Seuil, 1988.

DUBREUIL, C., *Le témoignage de l'enfant en droit pénal et en droit civil*, Montréal, Éditions Thémis, 1991.

DUCHARME, L., *Précis de la preuve*, 5e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

ÉQUIPE SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS, *Statistiques choisies sur les familles canadiennes et le droit de la famille: deuxième édition*, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, CSR-1999-2F.

ERNOUT, A. et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, 4e éd., Paris, Klincksieck, 1967.

FEDOU, G. et C. NEIRINCK, *La défense de l'enfant en justice*, Vanves, Centre Technique National d'Études et de Recherches sur les Handicaps et les Inadaptations.

FERLAND, D. et B. ÉMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

GARDNER, R.A., *The parental alienation syndrome: a guide for mental health and legal professionals*, 2e éd., Cresskill, N.J., Creative Therapeutics Inc., 1998.

GOLDSTEIN, J., A. FREUD & A.J. SOLNIT, *Dans l'intérêt de l'enfant?: vers un nouveau statut de l'enfance*, Paris, Éditions E.S.F., 1978.

GOLDSTEIN, J., A. FREUD & A.J. SOLNIT, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, Free Press, 1973.

GOLDSTEIN, J. et autres, *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, New York, Free Press, 1996.

GOSSELAIN, C., *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfontière: conventions bilatérales et états de tradition islamique, la Conférence de La Haye de droit international privé, enlèvement d'enfant*, Doc. prél., nº 7, août 2002.

GOUBAU, D., *Réforme du divorce et exercice conjoint de l'autorité parentale. La perspective du droit civil québécois*, document de référence présenté la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2000-FCY-3F.

GOUVERNEMENT DU CANADA COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LA GARDE ET LE DROIT DE VISITE DES ENFANTS, *Pour l'amour des enfants. Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite*, Ottawa, Parlement du Canada, 1998.

GRATALOUP, S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J., 1998.

GUILLEMAINE, C., *La garde partagée, un heureux compromis*, Montréal, Éditions Alain Stanké, 1991.

HETHERINGTON, E.M. (dir.), *Coping with Divorce, Single parenting, and Remarriage: A Risk and Resiliency Perspective*, Mahwah, N.J., Lawrence Erlbaum Associates,1999.

HOVIUS, B., *Family Law: cases, notes and materials*, 5e éd., Sarborough, Ont., Carswell, 2000.

JOYAL, R., *Les enfants, la société et l'État au Québec: 1608-1989 jalons*, Montréal, Éditions Hurtubise HMH, 1999.

JOYAL, R. (sous la direction de), *L'évolution de la protection de l'enfance au Québec: des origines à nos jours*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2000.

LAVALLÉE, L., *Manifestations du bijuridisme dans les jugements de la cour suprême du Canada depuis l'adoption du Code civil du Québec*, document préparé pour le Ministère de la Justice du Canada.

LAREAU, E., *Histoire du droit canadien depuis les origines de la colonie jusqu'à nos jours*, Montréal, A. Periard,1888.

LEONOFF, A. et R. J. MONTAGUE, *Guide to Custody and Access Assessments*, Scarborough, Carswell, 1996.

LÉVESQUE, J., *Méthodologie de la médiation familiale*, Saint-Hyacinthe, Québec, Edisem, 1998.

MACDONALD, J. et A. WILTON, *The 2001 Annotated Divorce Act*, Scarborough, Carswell, 2000.

MALAURIE, P. et L. AYNÈS, *Cours de droit civil: la famille*, Paris, Éditions Cujas, 1987.

MARCIL-GRATTON N. et C. LE BOURDAIS, *Garde des enfants, droits de visite et pension alimentaire: Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants* et les jeunes, présenté à l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, CSR-1999-3F.

MATTEI, V.E., *La parole et les nouveaux droits de l'enfant en justice. L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996.

MCLEOD. J.G. et A.A. MAMO, *Annual Review of Family Law*, Scarborough, Carswell, 1999.

MILL, J. S. (traduit de l'anglais par Laurence Lenglet à partir de la traduction de Dupond White, préface de Pierre Bouretz), *De la liberté John Stuart Mill*, Paris, Gallimard, collection Folio/essais, n° 142, 1990.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *Consultations de la Fédération des professions juridiques du Canada relative aux lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, la garde et le droit de visite*, document préparé par la Fédération des professions juridiques du Canada et l'Institut canadien de recherche sur le droit de la famille, présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, 2001-FCY-10F.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada. Rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales*, Ottawa, 2001.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *Les enfants d'abord. Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol.1 et 2, Ottawa, Ministère de la Justice, 2002.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *L'intérêt de l'enfant d'abord. Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada, Consultations fédérales-provinciales-territoriales.* mars 2001.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. CANADA, *Rapport fédéral-provincial-territorial final sur les droits de garde et de visite et les pensions alimentaires pour enfants. L'enfant d'abord!*, Ottawa, novembre 2002.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la justice: le code civil du Québec*, t.1, Québec, Publications du Québec, 1993.

NEIRINCK, C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.

NEIRINCK, C., *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations Unies*, Paris, Delmas, 1993.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Rapport sur le Code civil du Québec, Commentaires, tome 1, livres 1 à 4*, tome 2, Québec, Éditeur Officiel, 1978.

OTIS, R., *La prise de décision concernant la garde d'enfants dans un contexte de séparation. Synthèse des écrits scientifiques*, Eastman, Éditions Behaviora, 2000.

PAYNE, J.D., *Payne on Divorce*, 4e éd., Scarborough, Carswell, 1996.

PÉPIN, G. et Y. OUELLETTE, *Principes de contentieux administratifs*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1982.

PERELMAN, C., *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990.

PINEAU, J., *La famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972.

PINEAU, J., *La famille: droit applicable au lendemain de la "Loi 89"*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.

POIRIER, D., *La famille*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001.

REID, H., *La réforme du Code de procédure civile, L.Q. 2002, c. 7(P.L.54): étude comparative du code actuel et des nouvelles règles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002.

RODHAM CLINTON, H., *It takes a village*, New York, Touchstone, 1996.

ROBERT, P. (en coll.), *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française: le nouveau Petit Robert*, Paris, Dicorobert, 1996.

ROUSSEAU, J.-J., *Émile ou de l'éducation*, Paris, Bordas, 1973.

ROYER, J.-C., *La preuve civile*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

RUBELLIN-DEVICHI, J. (sous la direction de), *Autorité parentale et parents désunis*, Paris CNRS, 1985.

RUBELLIN-DEVICHI, J. (sous la direction de), *Droit de la famille*, Paris Dalloz, 1996.

RUBELLIN-DEVICHI, J. et M. ANDRIEUX (dir.), *Enfance et violences*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1992.

SARIS, A., *L'originalité des mécanismes de protection de l'enfant dans les Conventions de La Haye de 1980 et de 1993*, thèse de maîtrise, Montréal, Faculté des Études supérieures de l'Université McGill, 1998.

SCHIRM, S., *La représentation des enfants devant la Cour supérieure*, Conférence 2001 de l'Association du Barreau canadien, Division Québec.

SCHIRM, S. et P. VALLANT, *La représentation des enfants en matière familiale, leurs droits, leur avenir*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004.

SENÉCAL, J.-P. et autres, *Droit de la famille québécois*, Farnham, Éditions CCH Canadien limitée, (feuilles mobiles).

TANCELIN, M. et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999.

TANCELIN, M., *Des obligations, contrat et responsabilité*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988.

TÉTRAULT, M., *Droit de la famille: aspects juridiques et déontologiques*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

TÉTRAULT, M., *La garde partagée: l'exercice conjoint de l'autorité parentale: le recours autonome de l'enfant*, Scarborough, Carswell, 2000.

TORRELLI, M. et R. BAUDOUIN, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, Montréal, P.U.Q., 1972.

TRUDEL, G., *Traité de Droit civil du Québec*, T. II, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942.

VAN BUEREN, G., *The international law on the rights of the child*, Boston, M. Nijhoff, 1995.

VERWILGHEN, M. (dir.), *Points de droit familial. Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997.

VILLAGI, J.-P., *L'évaluation psychologique dans le contexte légal: sources et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001.

WALLERSTEIN, J. et J. B. KELLY, *Surviving the breakup: how children and parents cope with divorce*, New York, Basic Books, 1980.

WALLERSTEIN, J. et S. BLAKESLEE, *Second chances: Men, women, and children a decade after divorce*, New York, Ticknor & Fields, 1989.

WALLERSTEIN, J. S., J. M. LEWIS et S. BLAKESLEE, *The Unexpected Legacy of Divorce. A 25 Year Landmark Study*, New York, Hyperion, 2000.

WEBER, M. (traduction de J.Grosclaude), *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986.

WEILL, A., F. TERRÉ, *Droit civil-Les personnes, la famille, les incapacités*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983.

WILSON, J. & M. TOMLINSON, *Wilson: Children and the Law*, Toronto, Butterworths,1986.

Articles:

ALLARD, S., "Le mariage des homosexuels devise les Québécois", dans *La Presse*, Montréal, le 27 août 2003, p. A-1.

ALSTON, P.,"Cadre juridique de la Convention relative aux droits de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *Bulletin des droits de l'homme 9 1/2, Les droits de l'enfant*, New York, Nations Unies, 1992, p. 1.

ANDREWS, H.T.G. et P. GELSOMINO., "The Legal Representation of Children in Custody and Protection Proceedings: A Comparative View", dans R. S. ABELLA et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *Family Law Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 241.

ARÈS, L. L.,"Le psychologue et la protection de l'enfant", dans A. RUFFO (dir.), *Les enfants devant la justice-juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p.107.

AUSTIN, G.W., P.G. JAFFE et P.M. HURLEY, "Incorporating Children's Needs and Views in Alternative Dispute Resolution Approaches", (1992) 8 *Rev.Can. D. Fam.* 69.

BALA, N. et A. SAUNDERS, "Understanding the Family Context: Why the Law of Expert Evidence is Different in Family Law Cases", (2002) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 277.

BARRY, S., "La place de l'enfant dans les transitions familiales", (1990) 13(1) *Apprentissage et Socialisation*, p. 27.

BARRY, S.,"L'implication de l'enfant: sa place dans les réorganisations familiales", dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 181.

BARRY, S., "L'implication de l'enfant: sa place dans les réorganisations familiales", dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, (éd. rév.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 189.

BARRY, S. et al., "La place faite à l'enfant dans les décisions relatives au divorce", (1985) 6(3) *Revue québécoise de psychologie*, p. 86.

BAUDOUIN, L., "La famille face à un code moderne", (1967) 27 *R. du B.* 221.

BAUDOUIN, L., "Puissance paternelle", (1954) 14 *R. du B.* 478.

BASTIEN, N., "La nature de la représentation de l'enfant par avocat", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 691 (rés.).

BEAUDOIN, G.A., "De la répartition des compétences législatives au Canada en matière de mariage et de divorce", (1973) 4 *R.G.D.* 66.

BEAUDOIN, L.I., "Mariage civil entre personnes de même sexe. Aucun obstacle constitutionnel", dans *Le Journal du Barreau*, Montréal, le 1er février 2005, p. 22.

BÉCHARD, D., "L'expert, recevabilité, qualification et force probante", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2002)*, Cowansville, Édition Yvon Blais, p. 11.

BELLEMARE, J. et M. CAMIRÉ, "La place de la famille en droit québécois", dans PRIX CHARLES-CODERRE (1995), *La place de la famille en droit québécois*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1996, p. 73.

BELLEMARE, D. A., "L'*habeas corpus* et l'art. 459 C.cr.", (1976) 36 *R. du B.* 715.

BENOÎT, C. et K. PIGEON, "L'expertise et la contre-expertise en matière familiale", dans PRIX-CHARLES CODERRE (1994), *L'expertise et la contre-expertise en matière familiale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais,1995, p. 1; (1994-1995) 25 *R.D.U.S.* 175.

BERGERON, V., "Le droit d'être entendu et l'évocation", (1995) 26 *R.G.D.* 369.

BERNARD, C., "Les droits de l'enfant au Québec et au Canada après la *Convention des nations unies relative aux droits de l'enfant*", COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE, communication présentée au Sommet des membres du Tribunal des droits de la personne, le 29 septembre 1999.

BERNARD, C., "La capacité de l'enfant de mandater un avocat", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 747.

BERNARD, C., "Les droits de l'enfant, entre la protection et l'autonomie", dans L. LAMARCHE et P. BOSSET, *Des enfants et des droits*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval,1997, p. 26.

BERNARD, C., R. WARD et B. M. KNOPPERS, "'Best Interests of the Child' Exposed: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law", (1992) 11 *Rev. Can.* D. *Fam. L.* 57.

BERHELET, M., "La médiation familiale sans frontières", dans *La Presse*, Montréal, le jeudi 31 juillet 2003, p. E-8.

BICH, G., "La représentation de l'enfant dans le système judiciaire", dans PRIX-CHARLES CODERRE (1990), *La représentation de l'enfant dans le système judiciaire*, Cowansville, Édition Yvon Blais, 1991, p. 1.

BINET, L. et É. DELEURY, "L'enfant, la famille et l'État: trilogie de la socialisation", (1986) 5 *Rev. Can. D. Fam.* 139.

BIRNBAUM, R. et D. MOYAL, "Visitation Based Disputes Arising on Separation and Divorce: Focused Child Legal Representation", (2002) 20 *Can. Fam. Law. Quarterly*. 37.

BISSON, A.-F., "Citations et allusions littéraires en jurisprudence: Carroll, Dickens, Shakespeare, Voltaire et quelques autres", dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 629.

BOIES, C., "Réflexions sur les nouvelles dispositions de la Loi sur la protection de la jeunesse touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des déclarations extrajudiciaires d'enfants", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Droit et enfant (1990)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 61.

BOYD, S., "Some Postmodernist Challenges to Feminist Analyses of Law, Family and State: Ideology and Discourse in Child Custody Law", (1991-92) 10 *Rev. Can. D. Fam.* 79.

BRISSON, J.-M. et A. MOREL, "Droit fédéral et droit civil: complémentarité, dissociation", dans MINISTRE DE LA JUSTICE.CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, recueil d'études. The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism: Collection of studies*, Ottawa, Ministère de la Justice, Canada, 1997, p. 213.

BRUCH, C. S., "Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: Getting It Wrong in Child Custody Cases", (2001) 35(3) *Family Law Quarterly*, p. 527.

BURNS, A. et R. DUNLOP, "Parental Marital Quality and Family Conflicts: Longitudinal effects on Adolescents form Divorcing and Non-Divorcing families", (2002)(1-2) 37 *Journal of Divorce & Remarriage*, p. 57.

CAMOZZI, D., "Stratégies et techniques en médiation familiale", dans L. LAURENT-BOYER, *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, (éd. rév.), Cowansville, Éditions Yvon Blais,1998, p. 71.

CARBONNIER, J., "Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille", dans C. PERLEMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, É. Bruylant, 1984, p. 99.

CAREAU, L. et R. CLOUTIER, "La garde de l'enfant après la séparation: profil psychosocial et appréciation des familles vivant trois formules différentes", (1990) 13(1) *Apprentissage et Socialisation*, p. 55.

CARRIÈRE, Y. B., "Le mode de représentation des enfants par avocat: le modèle québécois se précise", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2003*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.1.

CHAMBERLAND, J., "L'application de la *Convention relative aux droits del'enfant* par les tribunaux canadiens depuis l'arrêt *Baker*: erre d'aller ou accélération ?", document publié par le BUREAU INTERNATIONAL DES DROITS DES ENFANTS, Montréal.

CHISHOLM, B.A., "Obtaining Weighing the Children's Wishes: Private Interviews with a Judge or Assessment by an Expert and Report", (1976) 23 R.F.L. 1.

CLAIR, A., "Procureur(e) à l'enfant: se rendre utile et efficace", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2002*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 113.

CLAIRMONT, S., "L'avocat et la médiation", dans SERVICE DE LA FOMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1997)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 129.

CLOUTIER, A.,"Le processus judiciaire et la famille", (1988) 19 *R.G.D.* 373.

CLOUTIER, R., "Transitions familiales et développement de l'enfant: les enjeux pour l'intervention", (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 19.

COMITÉ DU BARREAU SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCATS, "La représentation des enfants par avocat", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 695.

COMITÉ DE LA PÉDIATRIE PSYCHOSOCIALE. SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PÉDIATRIE, "La promotion de la santé mentale pour les enfants de parents qui se séparent", (2000) 5(4) *Paediatrics & Child Health*, p. 237.

COMMAILLE, J., "D'une sociologique de la famille à une sociologie du droit. D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales", (1986) 18 *Sociologie et Sociétés*, p. 113.

COSSMAN, B. et R. MYKITIUK,"Reforming Child Custody and Access Law in Canada: A Discussion Paper", (1998) 15 *Rev. Can. D. Fam.* 13.

CÔTÉ, P.-A.,"La loi de 1985 sur le divorce et le droit civil", (1987) 47 *R. du B.* 1181.

CÔTÉ, P.-A.,"La survie du droit préconfédéral: le cas des dispositions relatives à l'interprétation et à l'application des lois du Code civil du Bas-Canada", dans MINISTRE DE LA JUSTICE.CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, recueil d'études. The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism: Collection of studies*, Ottawa, Ministère de la Justice, Canada, 1997, p. 407.

D'AMOUR, O., "Survol historique de la protection de l'enfance au Québec, de 1608 à 1977", dans QUÉBEC. ASSEMBLÉE NATIONALE. COMMISSION PARLEMENTAIRE SPÉCIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, Éditeur officiel du Québec, novembre 1982.

DELEURY, É., "Le droit de l'enfant à la représentation et à la parole devant les instances judiciaires et les organismes chargés de la protection de l'enfance", dans J. RUBELLIN-DEVICHI et M. ANDRIEUX (dir.), *Enfance et violences*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1992, p. 309.

DELEURY, É. et M. RIVET, "La protection de l'enfant en droit social québécois", (1978-79) 9 *R.D.U.S.* 16.

DELEURY, É., M. RIVET et J.-M. NEAULT, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité", (1974) 15 *C. de D.* 779.

DEMARS, S., "La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et la Belgique", (1999)(1-2) *Annales de Droit de Louvain* 39.

DEMO, D.H. & A.C. ACOCK, "The impact of divorce on children", (1988) *Journal of Marriage and the Family*, p.619.

DESCÔTEAUX, S.,"Les avocats et la médiation", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 109.

DESPOTOPOULOS, C., "Sur la famille d'après Aristote", (1975) 42 *Archives de philosophie du droit, Réformes du droit de la famille*, p.71.

DEZWIREK SAS, L., "Hearing Children's Testimony in Cases of Custody and Access Litigation: What Judges Need to Know", dans INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Colloque sur le droit de la famille: la famille canadienne à la fin du millénaire-de nouveaux défis pour les juges*, Québec, du 10 au 12 février 1999 (non publié).

DOUCET, J., "La représentation des enfants en matière familiale", dans SERVICE DE FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Droits et enfants*, Cowansville, Yvon Blais, 1990, p. 103.

DUCHARME, L., "La prohibition du ouï-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes", (1987) 18 *R.G.D.* 563.

DUSSAULT, F., "Les nouvelles règles de filiation au Québec: les enjeux normatifs sur l'institution de la filiation", dans P.-C.LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 313.

EEKELAAR, J., "The importance of thinking that children have rights", dans P. ALSTON, S. PARKER et J. SEYMOUR, *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 228.

ELROD, L. D. et R. G. SPECTOR, "A Review of the Year in Family Law: Redefining Families, Reforming Custody Jurisdiction, and Refining Support Issues", (2001) 34(4) *Family Law Quarterly*, 607.

FORTIN, C., "Un juge témoigne sur la garde de l'enfant", (1978-79) 9 *R.D.U.S.* 297.

FOURNIER, A., "Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse", (1996) 37 *C. de D.* 971.

FREEMAN, R., "Parenting After Divorce: Using Research to Inform Decision-Making About Children", (1998) 15 *Rev. Can. D. Fam.* 79.

FURSTENGERG, F.F., "Divorce and the American family", (1990) 16 *Annual Review of Sociology*, p. 379.

GAUTHIER, J., "La représentation des enfants", document publié par le BUREAU INTERNATIONAL DES DROITS DES ENFANTS, Montréal.

GAUTHIER, L., "De quelques réflexions sur le serment: histoire de ne pas se faire raconter d'histoire", dans H. VAN GIJISEGHEM, *L'enfant mis à nu: l'allégation d'abus sexuel: la recherche de la vérité*, Montréal, Éditions Méridien, 1992, p. 47.

GÉLINAS, L. et B. M. KNOPPERS, "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection", (1993) 53 *R. du B.* 3.

GIROUX, M., "Le partage des responsabilités parentales après une rupture: rôle et limites du droit", (2003) 105 *R. du N.* 87.

GIROUX, M., "Le partage des responsabilités parentales après une rupture: une matière à débat", (1998) 77 *R. du B. can.* 354.

GIROUX, M., "Test d'ADN et filiation à la lumière des développements récents: dilemmes et paradoxes", (2002) 32 *R.G.D.* 865.

GLENDON, M. A., "La tension entre liberté individuelle et protection de la famille dans la déclaration universelle des droits de l'homme", (1999) 59(1-2) *Annales de Droit de Louvain* 193.

GLENN, H. P., "Le nouveau droit international privé de la famille", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1994*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 27.

GOLDSTEIN, J., "In whose best interest?", dans R. S. ABELLA et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *Family Law Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 119.

GOLDWATER, A.-F., "Le syndrome d'aliénation parentale", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 121.

GONTHIER, C.D., "Le témoignage d'experts: à la frontière de la science et du droit", (1993) 53 *R. du B.* 187.GOUBAU, D., "La réforme de la *Loi sur le divorce*", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2003*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 107.

GOUBAU, D., "La garde partagée: vogue passagère ou tendance lourde?", dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 107.

GRATTON, B. et A. DRAGOMIR, "Aspects juridiques concernant la preuve de l'existence d'abus sexuels en matière de protection de la jeunesse, familiale ou criminelle", (1993) 23 *R.D.U.S.* 305.

GROFFIER, E., "Les droits de l'enfant dans les provinces canadiennes de common law", (1978) 9 *R.D.U.S.* 179.

GROFFIER-ATALA, E., "De la puissance paternelle à l'autorité parentale", (1977) *R.G.D.* 223.

GUILBAULT, F., "Les enfants du divorce: nouveau défi pour les parents, la société et la médiation", dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, (éd. rév.) Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 159.

GUILLET, S.,"Les droits de l'enfant à l'occasion d'un litige familial", dans COLLECTION DE DROIT 2000-2001. ÉCOLE DU BARREAU DU QUÉBEC, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 99.

HARVISON YOUNG, A., "The Changing Family, Rights Discourse And The Supreme Court of Canada", (2001) 80 *R. du B. can.* 749.

HETHERINGTON, E.M. et al.,"Effects of Divorce on Parents and Children", dans M. LAMB (dir.), *Nontraditional Families: Parenting and Child Development*, 1982.

HETHERINGTON, E.M., BRIDGES, M. & G.M. INSABELLA," What matters? What does not? Five perspectives on the association between marital transitions and children's adjustment", (1998) *American Psychologist* p.167.

HETHERINGTON, E.M., M. COX. & COX, R.,"Long-term effects of divorce and remarriage on the adjustment of children", (1985) 24(5) *Journal of American Academy of Psychiatry*, p. 518.

HETHERINGTON, E.M., M. STANLEY-HAGAN & E.R. ANDERSON.,"Marital Transitions. A Child's Perspective", (1989) 44(2) *American Psychologist*, p. 303.

HEYEUR, S., "Le droit de la famille en droit international privé", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 2000*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 139.

HUARD, M. et C. JODOIN-PILON, "Coûts émotifs des litiges de garde d'enfant et d'accès pour les enfants", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 389.

HUDDART C. M. & J.C. ENSMINGER, "Hearing the Voice of Children", (1991-1992) 8 *Rev. Can. D. Fam.* 95.

HURLEY. P., "Children Witnesses in Canada, Where We've Been, Where We're Going. Children Witness Project", document préparé pour le Child Witness Project, Center for Children and Families in the Justice System, London Family Court Clinic, London, mai 2002.

HURLEY. P., L. STEVEN & K. SCARTH, "Children as Witnesses: Helping Young People give their Evidence in Court, Helping Courts Hear the Evidence of Children", document préparé pour le Child Witness Project, Center for Children and Families in the Justice System, London Family Court Clinic, London, mai 2002.

JÉZÉQUIEL, M., "Médiation familiale internationale. Une voie d'avenir en Belgique", dans le *Journal du Barreau*, Montréal, le 15 septembre 2003, p.15.

JOYAL, R.,"Garde partagée de l'enfant-Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes", (2003) 44(2) *C. de D.* 267.

JOYAL, R.,"L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision", (1996) 37 *C. de D.* 51.

JOYAL, R.,"Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde. Pratiques et perceptions d'avocats", (2002) 62 *R. du B.* 449.

JOYAL R. et M. PROVOST, "La *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur", (1993) 34 *C. de D.* 635.

JOYAL R. et M. PROVOST, "La *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur", dans R. JOYAL, *L'évolution de la protection de l'enfance au Québec: des origines à nos jours*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2000, p. 179.

JOYAL R. et A. QUÉNIART, "La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur les divers aspects de la question", (2001) 61 *R. du B.* 281.

JOYAL-POUPART, R., "La délinquance juvénile, d'hier à demain", (1982-83) 13 *R.D.U.S.* 353.

JULIEN, D., "Trois générations de recherches empiriques sur les mères lesbiennes, les pères gais et leurs enfants", dans P.-C. LAFOND et B. LEFEBVRE (dir.), *L'union civile nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 359.

KASSIE, L. & K. WENGER, "Children: Part of the Family Patrimony A Commentary on Joint Custody", dans BARREAU DU QUÉBEC, Congrès annuel du Barreau du Québec (2001), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 789.

KEOUGH, W.J., "The Separate Representation of Children in Australian Family Law-Effective Practice or Mere Rhetoric ?", (2002)19 *Rev. Can. D. Fam.* 371.

KLINE, M., J.M. TSCHANN, J.R. JOHNSON & J.W. WALLERSTEIN, "Children's adjustment in joint and sole physical custody families", (1989) *Developmental Psychology* p. 430.

KRELL, R., "The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes", dans ABELLA, R S. et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *Family Law Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 175.

KSENTINI, F.-Z., "La Convention sur les droits de l'enfant: des normes de protection et un instrument de coopération pour la survie, le développement et le bien-être de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *Bulletin des droits de l'homme 9 1/2, Les droits de l'enfant*, New York, Nations Unies, 1992, p. 46.

LAMB, M., "The effect of divorce on children's personnality development", (1977) 1 *Journal of Divorce*, p. 163.

LAMONTAGNE, P., "La théorie des interactions circulaires intrafamiliales comme schéma de compréhension de la fausse allégation d'abus sexuel, exemples cliniques", dans H. VAN GIJISEGHEM (dir.), *L'enfant mis à nu: l'allégation d'abus sexuel: La recherche de la vérité*, Montréal, Éditions Méridien, 1992, p. 153.

LAMONTAGNE, P., "L'expertise psycholégale au tribunal de la famille (Cour supérieure)", dans A. RUFFO (dir.) *Les enfants devant la justice- juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990 p. 257.

LAMONTAGNE, P., "Syndrome d'aliénation parentale: contexte et pièges de l'intervention", dans H. VAN GIJISEGHEM (dir.), *Us et abus de la mise en mots en matière d'abus sexuel*, Montréal, Éditions Méridien, 1999, p. 177.

LAVALLÉE, C., "La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada", (1996)(3) *Revue internationale de droit comparé*, 605.

LAVALLÉE, C., "How Best to Hear the Voice of the Child/Quelle est la meilleure façon d'entendre la voix de l'enfant", dans INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Colloque sur le droit de la famille: la famille canadienne à la fin du millénaire-de nouveaux défis pour les juges*, Québec, du 10 au12 février 1999 (non publié).

LAVERDURE, L., "La médiation familiale au Québec de 1970 à nos jours", dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 87.

LAVERTU, Y., "Les tribunaux d'arbitrage religieux au Canada. Les juristes québécois interpellés", dans *Le Journal du Barreau*, Montréal, le 1er avril 2005, p. 9.

LAVIGNE, S., "L'équilibre familial", dans PRIX CHARLES CODERRE (1997), *Droits et responsabilités entre les parents et les enfants: y -a-t-il un équilibre?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 115.

LAURENT-BOYER, L., "La médiation familiale: définition, cadre théorique, bienfaits pour la famille et étude de modèles", dans L. LAURENT-BOYER (dir.), *La médiation familiale: collectif multidisciplinaire* (éd. rev.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 3.

LEECO, E., "Independent legal perspectives for children in custody and access cases", (1996) 34(2) *Family and Conciliation Courts Review*, 303.

LEMIEUX, P., "La règle du 'audi alteram partem': principes et domaine d'application", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif 1990*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1.

LESAGE, R., "Garde ou autorité parentale: l'emprise de la sémantique", (1988-89) 91 *R. du N.* 46.

LÉTOURNEAU, H., "L'accession de l'enfant à la reconnaissance légale de sa personne", (1990) 13(4) *Apprentissage et Socialisation*, p. 261.

LÉTOURNEAU, H., "L'avocat pour l'enfant", [1987] R.D.F. 135.

L'HEUREUX-DUBÉ, C., "A Response to Remarks by Judith Wallerstein on the Long-Term Impact of Divorce on Children", (1998) 36(3) *Family and Conciliation Courts Review*, 384.

L'HEUREUX-DUBÉ, C., "Droit de la famille à l'aube du 20e siècle: La marche vers l'égalité", (1997-98) 28 *R.D.U.S.* 3.

L'HEUREUX-DUBÉ, C., "La garde conjointe, concept acceptable ou non?", (1979) 39 *R. du B.* 835.

L'HEUREUX-DUBÉ, C., "The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", dans ACTES DE LA 4e CONFÉRENCE BIENNALE INTERNATIONALE DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DES FEMMES JUGES (textes présentés par Anne-Marie Trahan), *Justice pour chaque enfant: vision nouvelle d'un monde sans violence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 227.

LOPATKA, A., "Importance de la Convention relative aux droits de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *Bulletin des droits de l'homme 9 1/2, Les droits de l'enfant*, New York, Nations Unies, 1992, p. 59.

LOUW, D.A. et R. SCHERRER, "Children's perception and experience of the family advocate system", (2004) 32(1) *International Journal of the Sociolocy of Law*, 17.

LOUW, D.A. et R. SCHERRER, "The origin and functionning of the family advocate system", (2003) 31(4) *International Journal of the Sociolocy of Law*, 343.

LUEPNITZ, D.A., "A comparison of maternal, paternel and joint custody: Understainding the varieties of post-divorce family life", (1986) *Journal of Divorce*, p. 9.

MACDONALD, R. A., "L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées", (2002-03) 33 *R.D.U.S.* 134.

MARGOLIN, C.R., "Salvation vs Liberation: The Movement for Children's Rights in an Historical Context", (1978) 25 *Social Problems*, p. 441.

MARTIN, Y. et J. A.-ULYSSE, "L'autorité parentale: un droit ou un devoir-pour qui!", dans PRIX CHARLES-CODERRES (1984), *L'autorité parentale: un droit ou un devoir-pour qui!*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 1.

MASSE, C., "La responsabilité civile", dans BARREAU DU QUÉBEC. LA CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 241.

MATHIS, M.-N., "De quelques ambiguïtés", (1992) 115 *Dialogues*, (numéro thématique sur la Convention internationale des droits de l'enfant), p. 3.

MATTEAU, S., "Normes de pratique en médiation familiale: le rôle de l'avocat médiateur et du conseiller juridique", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (1995)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 557.

MATTEAU, S. et S. PARADIS, "La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et de l'enfant", (1986) 46 *R. du B.* 815.

MAYRAND, A., "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale", (1988) 67 *R. du B. can.*193.

MAYRAND, A., "La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnances de garde d'enfant", (1988) 33 *R. D. McGill* 257.

MEULDERS-KLEIN, M.-T., "Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille: Un voyage sans destination?", (1996)(1) *Annales de Droit de Louvain* 3.

MICHELLE, D.C., C. SAMIS, D. T. SAPOSNEK,"Parent-Child Relationships in Family Mediation: A Synthesis of Views", (1987) (14-15) *Mediation Quarterly*, p. 23.

MITCHELL, L., "The Clinical/Judicial Interface in Legal Representation for Children", (1984) 7 *Can. Community L. J.* 74.

MOREL, A., "L'harmonisation de la législation fédérale avec le *Code civil du Québec*-Pourquoi? Comment?", dans MINISTRE DE LA JUSTICE.CANADA, *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien, recueil d'études. The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism: Collection of studies*, Ottawa, Ministère de la Justice, Canada, 1997, p. 1.

MORIN, L., "Les techniques d'évaluation de l'intervenant psycho-social devant le tribunal de la jeunesse et la Cour supérieure", (1981) 11 *R.D.U.S.* 591.

MORIN, L., "Pour une définition de l'enfant basée sur son besoin d'appartenir", (1977) 7 *R.D.U.S.* 452.

MORIN, L. et C. BOISCLAIR, "La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert", (1992) 23 *R.D.U.S.* 27.

MORIN, M., "La compétence *parens patriae* et le droit privé québécois: un emprunt inutile, un affront à l'histoire", (1990) 50 *R. du B.* 827.

MORIN, M., "La longue marche vers l'égalité des conjoints de même sexe", dans P.-C. LAFOND et B.LEFEBVRE (dir.), *L'union civile nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 63.

MUNTARBHORN, V., "La Convention relative aux droits de l'enfant: atteindre l'inaccessible?", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *Bulletin des droits de l'homme 9 1/2, Les droits de l'enfant*, New York, Nations Unies, 1992, p. 70.

NADEAU, D. et L. MIGNEAULT, "L'entrevue avec l'enfant et son témoignage à la Cour: aspects psychologiques", dans SERVICE DE FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2002)*, Cowansville, Édition Yvon Blais, p. 367.

NAUD, D. et G. TREMBLAY, "L'enfant sujet de droit: à la recherche d'un nouvel équilibre familial", dans PRIX CHARLES CODERRE (1997), *Droits et responsabilité entre les parents et les enfants: y a-t-il un équilibre?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1.

NEAULT, J.-M., "L'enlèvement international d'un enfant par un parent: éléments de solution et de prévention", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 231.

NEIRINCK, C., "La défense de l'enfant au Québec", dans M. BONGRAIN, P. CHAILLOUX, C. DAVIDSON et C. NEIRINCK, *La défense de l'enfant en justice*, Evry, Presses Universitaires de Frances, 1989, p. 71.

NOREAU, P., "Notions juridiques et réalité sociale: un éternel divorce ou un divorce nécessaire?-Le cas du droit de la famille", (1999) 33 *R.J.T.* 307.

OLMESDAHL, M.C.J., "Parental Power and Child Abuse: An Historical and Cross Cultural Study", dans John M. EEKELAAR & Sanford N. KATZ, *Family violence: an international and interdisciplinary study*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 253.

OTIS, R., "Effets de la séparation des parents sur l'adaptation de l'enfant en fonction de différentes modalités de garde: un relevé des écrits expérimentaux", dans SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit familial 1995*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 109.

OUELLETTE, M., "De la jouissance et de l'exercice des droits civils et de certains droits de la personnalité", (1988) 1 *C.P. du N.* 1.

OUELLETTE, M., "Des personnes", dans BARREAU DU QUÉBEC. CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du code civil du Québec. Personnes, successions et biens*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 15.

PAQUIN, G.W., "The Child's Input in the Mediation Process: Promoting the Best Interests of the Child", (1988) 22 *Mediation Quarterley*, p. 69.

PERELMAN, C., "Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse", dans C. PERELMAN et R VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1984, p. 365.

PÉREZ-VERA, Élisa, " Rapport de la Commission spéciale ", dans CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (14e:1980: La Haye), HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (14th:1980: The Hague), *Actes et documents: de la quatorzième session, 6 au 25 octobre 1980*, t. 3, Enlèvement d'enfant, Child Abduction, La Haye, Imprimerie Nationale, 1982, 172, n° 112, p. 208.

PINARD, D., "La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel", (1997) 31 *R.J.T.* 315.

PINARD, D., "La notion traditionnelle de connaissance d'office des faits", (1997) 31 *R.J.T.* 87.

PINEAU, J. et M. OUELLETTE, "La protection de l'enfant dans le droit de la famille", (1978-79) 9 *R.D.U.S.* 76.

POIRIER, D., "Du patriarcat individuel au patriarcat d'État. Critique de la juridicisation des relations parents-enfants à l'intérieur de la famille canadienne", (1991-92) 10 *Rev. Can. D. Fam.* 115.

POISSANT, C., "La garde partagée, c'est bon ou pas?", dans *La Presse*, Montréal, le jeudi 20 janvier 2005, section Actuel, p. 3.

POULIOT, S., "L'enfant, les parents et l'État: le ménage à trois est-il possible?", dans PRIX CHARLES-CODERRE (1998), *La protection de l'enfant: évolution*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999, p. 217.

POURBAIX, M.-N., "L'abandon d'enfants: du Québec à la France en passant par l'Ontario", (1998) 29 *R.G.D.* 133.

PRATTE, A., "Un véritable numéro de jongleur Une psychologue américaine explique comment interroger une jeune victime d'agression sexuelle", dans *La Presse*, Montréal, le 21 septembre 1999, p. A.8.

PRATTE, M., "Le droit d'un tiers à la garde d'un enfant: L'affaire *Vignaux-Fines* c. *Chardon*, [1987] 2 R.C.S. 244", (1988) 19 *R.G.D.* 171.

PROVOST, M., "Le mauvais traitement de l'enfant: perspectives historiques et comparatives de la législation sur la protection de la jeunesse", (1991) 22 *R.D.U.S.* 1.

PRUDY, L.M., "Why Children Shouldn't Have Equal Rights", (1994) 2(3) *The International Journal of Children's Rights*, 223.

RAYLE, Pierrette, "(...)où va le droit de la famille", (1999)101 *R. du N.* 391.

RENAUD, P., "L'élaboration d'un code de déontologie en médiation: une réflexion", (1996-97) 27 *R.D.U.S.* 327.

RENCHON, J.-L., "Hommage à Marie-Thérèse Meulders-Klein", (1999)(1-2) *Annales de Droit de Louvain* 165.

RENCHON, J.-L., "La fonction parentale au temps du divorce", (1994) (3) *Annales de Droit de Louvain* 259.

RICHARDS, J. D., "Le bilinguisme judiciaire au Canada", (2001) 42 *C. de D.* 389.

RICHARDSON, J., "Children of Divorce", dans KAREN L. ANDERSON et autres, *Family Matters: Sociology and Contemporary Canadian Families*, Toronto, Methuen, 1987, p. 166.

RIO, L.M., J.D. et A.J. BOUCHARD, "Representing Children in Custody Cases: Where We Are Now and Where we Should Go", dans NATIONAL ASSOCIATION OF COUNSEL FOR CHILDREN, *25 Years of Child Advocacy*, Denver, 2002, p. 93.

ROCHER, G., "L'effectivité du droit", dans A. LAJOIE, R.A. MACDONALD, R. JANDA et ROCHER G., *Théories et émergences du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis et Bruylant Bruxelles, 1996, p. 135.

ROSS, C., "From Vulnerability to Voice: Appointing Counsel for Children in Civil Litigation", (1996) 64(4) *Fordham Law Review* 1571.

ROUSSEAU, N. et A. QUÉNIART, "Les pères face au système de justice: l'influence des facteurs juridiques sur le niveau d'engagement parternel à la suite d'un divorce", (2004) 21 *Rev. Can. D. Fam.* 179.

RUFFO MONDOR, A., "Le nouveau droit de la famille: la représentation des enfants par un avocat(s)", (1981) 22 *R.F.L.* 422.

SANTOS PAIS, M., "La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant", dans CENTRE POUR LES DROITS DE L'HOMME. GENÈVE, *Bulletin des droits de l'homme 9 1/2, Les droits de l'enfant*, New York, Nations Unies, 1992, p. 80.

SCHERRER, R. et D.A. LOUW, "The origin and functionning of the family advocate system", (2003) 31(4) *International Journal of Socilogy of Law*, 343.

SCHERRER, R. et D.A. LOUW, "Children's perception and experience of the family advocate system", (2004) 32 (1) *International Journal of the Sociology of Law*, 404.

SCHIRM, S., "La représentation des enfants devant la Cour supérieure", dans Conférence 2001 de l'Association du Barreau canadien. Division Québec.

SCHIRM, S. et P. VALLANT, "L'exercice de l'autorité parentale: ménage à trois pour l'éducation?", dans FORMATION PERMANENTE. BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en matière familiale (2004)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1.

SCHUMAN, J.P., N. BALA et K. LEE, "Developmentally Appropriate Questions for Child Witnesses", (1999) 25 *Queen's L. J.* 251.

SHAW, D.S., "The effect of divorce on children's adjustment", (1991) *Behevior Modification*, p. 456.

SIMLER, P., "La notion de garde de l'enfant (sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale)", (1972) 70 *Rev. trim. dr. civ.* 685.

ST-PIERRE, R., "L'autorité parentale en droit québécois", dans J. BEAULNE et M. VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial. Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 205.

TAYLOR, R.J., "Then and Now: A Follow-up Study of Professionals Perceptions of Parenting After Divorce Classes", (2004) 41(3-4) *Journal of Divorce & Remarriage*, p. 135.

TÉTRAULT, M., "L'enfant mineur. L'autonomie du recours en matière familiale", (1995) 55 *R. du B.* 667.

TÉTRAULT, M., "La garde partagée: de la légende urbaine à la réalité", dans BARREAU DU QUÉBEC, *Congrès du Barreau du Québec 2004*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 399.

VANDERLINDEN, J., "Dialogue d'un ingénu et d'un promeneur solitaire en guise de synthèse générale d'un colloque de théorie du droit", dans André LAJOIE (dir.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis,1998, p. 201.

VAN GIJISEGHEM, H., "Le témoignage de l'enfant victime d'abus sexuel", dans H. VAN GIJISEGHEM (dir.), *L'enfant mis à nu. L'allégation d'abus sexuel: La recherche de la vérité*, Montréal, Éditions du Méridien, 1992, p. 1.

VAN GIJISEGHEM, H., "Pièges et paradoxes dans le traitement sociojudiciaire de l'abus sexuel", dans H. VAN GIJISEGHEM (dir.), *Us et abus de la mise en mots en matière d'abus sexuel*, Montréal, Éditions du Méridien, 1999, p. 15.

VALLIÈRE, A., "Quinze ans plus tard...triste constat", dans *Le Journal du Barreau*, Montréal, le 15 janvier 2005, p. 17.

WALLERSTEIN, J.S., "The Long Term Impact of Divorce on Children: A First Report from a 25-Year Study", (1988) 36 *Family & Conciliation Courts Rev.*, p. 368.

WEISS, R. et al., "Follow up: Judith Wallerstein & Robert West take Issue With a Review ", (1989) 4 *Readings*, p. 12.

WERY, A., "La parole de l'enfant recueillie par le juge", (2003) 10(3) *Accalmie*, p. 9.

WESTBERG, H., T. S. NELSON et K.W. PIERCY, "Disclosure of Divorce Plans to Children: What The Children Have to Say", (2002) 24(4) *Contemporary Family Therapy*, p. 525.

WILLIAMS, R. J., "Should Courts Pass on *PAS* and *Pa*?", dans INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Family Law Seminar, Colloque sur le droit de la famille: la famille canadienne à la fin du millénaire-de nouveaux défis pour les juges*, Québec, 10-12 février, 1999.

ZERMATTER, J., président de l'Association internationale des magistrats de la jeunesse et de la famille, "notes introductives", dans M. ZANI, *La Convention internationale des droits de l'enfant: Portée et limite*, Paris, Éditions Publisud, 1996, p. xiii.