

L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions

Mona Paré

Volume 44, numéro 1, 2014

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026399ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026399ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Paré, M. (2014). L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions. *Revue générale de droit*, 44 (1), 81-124.
<https://doi.org/10.7202/1026399ar>

Résumé de l'article

Cet article traite de la participation des enfants devant les tribunaux en tant qu'aspect fondamental de leur accès à la justice. En effet, la minorité de l'enfant est un obstacle à sa participation à la justice et elle se manifeste de différentes manières, qu'on se trouve en protection de la jeunesse ou en droit de la famille, par exemple. De plus, on note que les lois et les pratiques sont inégales à travers le Canada. Cette différenciation selon la province ou le territoire et selon le domaine du droit contraste avec l'approche du droit international, qui prône des droits élargis de participation, quel que soit le domaine. En effet, la *Convention sur les droits de l'enfant* prévoit que l'enfant doit pouvoir se faire entendre dans toutes les procédures qui l'intéressent. Ainsi, nous examinons les différentes manières pour l'enfant de se faire entendre dans des procédures au Québec, en nous concentrant sur les procédures judiciaires en matière de protection de la jeunesse et en matière familiale. Alors que plusieurs dispositions sont prévues dans la loi, celles-ci ne sont pas précises et laissent la place à une pratique criblée de contradictions. En l'absence de modifications législatives, nous suggérons donc l'adoption de directives pour les professionnels, lesquelles seraient inspirées des travaux faits à l'échelle internationale, ainsi que de certaines pratiques présentes dans d'autres provinces canadiennes.

L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions

MONA PARÉ*

RÉSUMÉ

Cet article traite de la participation des enfants devant les tribunaux en tant qu'aspect fondamental de leur accès à la justice. En effet, la minorité de l'enfant est un obstacle à sa participation à la justice et elle se manifeste de différentes manières, qu'on se trouve en protection de la jeunesse ou en droit de la famille, par exemple. De plus, on note que les lois et les pratiques sont inégales à travers le Canada. Cette différenciation selon la province ou le territoire et selon le domaine du droit contraste avec l'approche du droit international, qui prône des droits élargis de participation, quel que soit le domaine. En effet, la Convention sur les droits de l'enfant prévoit que l'enfant doit pouvoir se faire entendre dans toutes les procédures qui l'intéressent. Ainsi, nous examinons les différentes manières pour l'enfant de se faire entendre dans des procédures au Québec, en nous concentrant sur les procédures judiciaires en matière de protection de la jeunesse et en matière familiale. Alors que plusieurs dispositions sont prévues dans la loi, celles-ci ne sont pas précises et laissent la place à une pratique criblée de contradictions. En l'absence de modifications législatives, nous suggérons donc l'adoption de directives pour les professionnels, lesquelles seraient inspirées des travaux faits à l'échelle internationale, ainsi que de certaines pratiques présentes dans d'autres provinces canadiennes.

MOTS-CLÉS :

Droits de l'enfant, participation, accès à la justice, procédures judiciaires, protection de la jeunesse, droit de la famille, témoignage, représentation.

* Professeure agrégée et vice-doyenne à la recherche, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, membre du Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant. L'auteure souhaite remercier la Fondation du droit de l'Ontario pour son soutien financier et M^e Laurence Brunet-Baldwin pour son assistance à la recherche.

ABSTRACT

This article examines children's participation before the courts as a fundamental aspect of their access to justice. Children's legal minority is an obstacle to their participation in justice and it manifests itself differently in child welfare compared law to family law, for example. Moreover, laws and practices vary across Canada. This different treatment according to jurisdiction and area of law contrasts with international law, which is used to advocate for wide participation rights for children whichever the field. According to the Convention on the Rights of the Child, children should be able to express themselves on all matters that concern them. Based on this, the paper will examine the different ways in which children can be heard in different procedures in Quebec, with a focus on judicial procedures in the areas of child protection and family law. While many provisions are included in the law, these are not precise enough and give way to many contradictions in practice. In the absence of legislative changes, this paper suggests the adoption of guidelines for professionals, which would be inspired by work done at the international level, as well as some practices in other Canadian provinces.

KEY-WORDS:

Child rights, participation, access to justice, judicial procedures, child protection, family law, testimony, representation.

SOMMAIRE

Introduction.....	83
I. La teneur des droits reconnus à l'enfant : imprécisions	86
A. Les dispositions de base	87
B. Le droit d'ester en justice	91
C. Règles concernant le témoignage de l'enfant.....	95
D. Le droit à la représentation par avocat.....	98
II. La relation entre l'enfant et les professionnels du droit : hésitations . . .	100
A. Forme de la représentation	100
B. L'opportunité et les modalités de la représentation	105
C. Formes et poids de l'expression de l'enfant.....	109
D. Les recours en justice.....	114
E. Directives à la disposition des professionnels du droit.....	117
Conclusion	122

INTRODUCTION

L'accès à la justice au Canada laisse à désirer. La juge en chef Beverley McLachlin a fait part de ses préoccupations à ce sujet à plusieurs reprises au cours des dernières années¹. Alors que ses allocutions avaient trait en grande partie à l'accessibilité financière des Canadiens de la classe moyenne à la justice, la question de l'accessibilité revêt une tout autre dimension lorsque les justiciables sont des mineurs. Pour les enfants, l'accès à la justice touche en premier lieu à la notion de « participation », qui suppose que les enfants sont sujets de droit et qui exige qu'on les écoute². La participation devant les tribunaux suppose entre autres la connaissance de ses droits et des recours possibles, l'accès à des recours tant sur le plan administratif que judiciaire, la capacité d'ester en justice, le choix dans les manières d'être entendu lors de procédures judiciaires et administratives, les accommodements reliés à l'âge, ainsi que la possibilité d'être représenté par avocat de manière indépendante.

Pour les enfants, les difficultés liées à ce volet de l'accès à la justice résident dans leur statut de mineur. Bien que les enfants soient des personnes juridiques et aient la jouissance de leurs droits, leur capacité d'exercer leurs droits demeure limitée³. Pourtant, de grands pas ont été faits dans la reconnaissance des enfants en tant que sujets de droit depuis l'entrée en vigueur de certaines lois et de leurs modifications. Les changements plus significatifs ont trait à la protection des droits de la personne, à la protection de la jeunesse, au droit civil et au droit criminel. L'avancée la plus importante a sans doute été acquise avec l'adoption de la *Convention relative aux droits de l'enfant*⁴ (CDE) par les Nations Unies en 1989 et sa ratification par le Canada en 1991; ce document international a été à la base de plusieurs changements dans la loi depuis. En effet, aujourd'hui, personne ne conteste que l'enfant soit véritablement un sujet de droit et qu'il ait la jouissance de droits judiciaires.

1. Dernièrement, lors du Congrès de l'Association du Barreau canadien, Saskatoon, 18 août 2013.

2. Voir notamment Lieve Cattrijsse et Isabelle Delens-Ravier, « Reflections on the Concept of Participation » dans Fiona Ang et al, *Participation Rights of Children*, Antwerpen, Intersentia, 2006 aux pp 27-38.

3. Art 155 CcQ.

4. Doc NU A/44/49, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990).

Pourtant, l'accès à la justice des enfants demeure semé d'embûches en raison des imprécisions dans les dispositions législatives, ainsi que des contradictions et des grandes hésitations dans la pratique, qui est caractérisée par les attitudes diversifiées des professionnels du droit face à la participation des mineurs. Il n'est pas étonnant alors que le Comité des droits de l'enfant, organe de suivi de la mise en œuvre de la CDE à l'ONU, exprime ses inquiétudes au sujet du manque de considération de l'opinion de l'enfant dans les procédures judiciaires et administratives au Canada⁵.

Premièrement, les droits garantis aux enfants ne sont pas suffisamment précis. Cette imprécision dans les dispositions législatives est d'autant plus marquée qu'il y a un manque d'uniformité dans les différents domaines du droit par rapport aux droits de participation des mineurs. Contrairement aux adultes, les enfants ne bénéficient pas du même niveau d'accès à la justice s'ils se trouvent dans le domaine du droit de la famille et d'autres domaines du droit civil, de la protection de la jeunesse ou du droit criminel, par exemple. De plus, alors que toutes les lois peuvent avoir un impact direct ou indirect sur les enfants, les domaines dans lesquels on s'intéresse à l'enfant sont très limités, et encore plus en matière d'accès à la justice⁶. Ceci contraste avec le droit international, puisque la CDE s'applique à tous les domaines concernant l'enfant, qu'il s'agisse de la famille, des mesures de protection, de la santé et des services sociaux ou du système de justice pénale. Alors qu'à première lecture, le droit international s'appliquant à l'accès à la justice des enfants semble aussi manquer de précision, une lecture plus détaillée de la Convention et des travaux du Comité des droits de l'enfant dévoile de précieuses instructions qui pourraient être utilisées dans l'interprétation des dispositions de droit interne.

Deuxièmement, le manque de précision dans les dispositions législatives se traduit par une jurisprudence qui peut paraître aléatoire ou incertaine, qu'il s'agisse de la représentation de l'enfant, de son témoignage ou de ses recours en justice. Les variations dans la pratique sont tributaires des différents domaines et des différentes autorités au

5. Comité des droits de l'enfant, *Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada*, Doc off CRCNU, 61^e sess, 1754^e séance, Doc NU CRC/C/CAN/CO/3-4 (2012) aux para 36-37.

6. Voir notamment l'ouvrage collectif : Benoît Moore, Cécile Bideau-Cayre et Violaine Lemay, dir, *La représentation des enfants devant les tribunaux*, Montréal, Thémis, 2009. Voir aussi la jurisprudence en provenance des différents domaines du droit en Amérique du Nord, analysée par Sonja Grover, *The Child's Right to Legal Standing*, Markham (Ont), LexisNexis Canada, 2008.

Canada. L'exercice des droits judiciaires par les enfants est donc en partie tributaire des attitudes qu'ont les professionnels du droit envers les enfants. On peut constater qu'il y a clairement un manque d'outils offerts aux praticiens du droit pour les guider dans les procédures qui impliquent des enfants. Ceci est d'autant plus inquiétant que les dispositions législatives pertinentes pour l'accès à la justice des enfants manquent de précision, que les juges disposent d'une discrétion importante dans l'application de ces droits, que la formation pertinente n'est ni suffisante ni accessible à tous et que les commentaires de la doctrine sur ce sujet sont divergents. La priorisation de l'accès à la justice des enfants reste clairement à faire, comme le démontrent les travaux du Barreau du Québec sur ce sujet. Alors que dès 1995⁷, le Barreau avait préparé des recommandations sur un aspect primordial de la participation des enfants aux procédures judiciaires, il est révélateur que ces recommandations aient été reprises dans leur quasi-totalité en 2006⁸.

Sur la base de ces constatations, cette étude cherche à mettre en lumière les problématiques liées à la participation des enfants devant les tribunaux, dans un contexte de manque d'uniformité et de précision. Puisque la législation régissant l'accès à la justice des enfants est très peu développée dans les autres domaines, nous limiterons nos propos aux champs classiques du droit de l'enfance, soit le droit de la famille et la protection de la jeunesse, avec des références ponctuelles à d'autres domaines pertinents. Nous excluons le droit pénal, qui est un champ vaste en soi et auquel s'appliquent des règles plus précises en droit international⁹.

Le Québec constitue le terrain principal d'enquête, mais certains exemples de pratique en place dans des juridictions canadiennes de common law sont introduits, puisqu'ils permettent de formuler des recommandations à l'endroit du Québec. Les lois et la jurisprudence qui sont intéressantes pour cette étude sont éparpillées sur le territoire

7. Barreau du Québec, *La représentation des enfants par avocat* (Mémoire du Comité du Barreau du Québec), 1995, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/1995/199502-representation-enfant.pdf>> [Barreau du Québec, 1995].

8. Barreau du Québec, *La représentation des enfants par avocat dix ans plus tard* (Mémoire), 2006, en ligne : Barreau du Québec <http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2006/200605-representation_des_enfants.pdf> [Barreau du Québec, 2006].

9. Voir, par exemple, *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs*, Rés A/40/33, Doc off AGNU, 96^e séance plén (1985); *Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté*, Rés A/45/113, Doc off AGNU, 45^e sess, 68^e séance plén (1990).

canadien. Le choix de la jurisprudence analysée est fondé sur les références à la CDE que font les juges des différentes provinces et des différents paliers de compétence à travers le Canada. Comme la Convention occupe une place importante dans notre analyse, nous avons recherché une certaine sensibilité aux droits de l'enfant, une reconnaissance commune des principes de droit international, afin de faire des comparaisons sur cette base.

En plus de ce regard vers les autres provinces, les pratiques en matière d'accès à la justice des enfants sont évaluées par rapport au droit international et aux tendances qui émergent du travail du Comité des droits de l'enfant, qui interprète la CDE et guide les États dans sa mise en œuvre. L'utilisation de ces outils d'évaluation tire son importance de l'obligation juridique du Canada de respecter ses engagements internationaux et du rôle des provinces dans la mise en œuvre de la Convention¹⁰. En effet, le respect et l'application de la CDE sont une obligation internationale pour les États qui ont ratifié la Convention. Il convient cependant de garder à l'esprit que, vu l'absence de loi de mise en œuvre, la Convention ne peut être appliquée par les tribunaux qu'en tant qu'instrument d'interprétation de la loi, les observations du Comité servant d'interprétation des dispositions de la Convention¹¹.

I. LA TENEUR DES DROITS RECONNUS À L'ENFANT : IMPRÉCISIONS

Dans cette première partie, nous examinons les dispositions législatives qui réglementent la place de l'enfant dans le domaine de la justice. Nous nous concentrerons sur la place de l'enfant dans les procédures judiciaires au Québec, mais utiliserons également des illustrations venues d'ailleurs et même des procédures administratives qui permettent aux enfants « d'obtenir justice ». En plus des dispositions de base sur le droit de l'enfant d'être entendu et sur l'intérêt supérieur de l'enfant, nous examinerons plus particulièrement les trois volets qui sont essentiels à l'accès à la justice : le droit d'ester en justice, le témoignage et la représentation par avocat.

10. Le Québec s'est déclaré lié par la *Convention relative aux droits de l'enfant*, D 1676-91, (1992) 124 GOQ II, 51 (9 septembre 1991).

11. Ce point est souvent rappelé dans la jurisprudence, avec référence à l'arrêt *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 70, 174 DLR (4^e) 193 [*Baker*].

A. Les dispositions de base

Aujourd'hui, en droit québécois, l'enfant est reconnu comme véritable sujet de droit, plutôt que simple objet de droit¹². Cette évolution est en partie due aux avancées en matière de protection de la jeunesse. La *Loi sur la protection de la jeunesse* (LPJ)¹³, adoptée en 1977, est le fruit d'une longue évolution, et elle marque une ère nouvelle dans la relation entre l'enfant et le droit. Alors que les droits procéduraux garantis par la LPJ ont été renforcés avec les modifications subséquentes, cette loi a dès le départ disposé clairement dans ses principes généraux que le tribunal et les instances administratives doivent donner à l'enfant l'occasion d'être entendu¹⁴. Différentes dispositions traitent ensuite de ce droit de l'enfant.

On retrouve le principe de l'écoute de l'enfant dans les procédures judiciaires aussi dans le *Code civil du Québec*, qui reconnaît que « [l]e 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 »¹⁵. À la lumière de la *Charte des droits et libertés de la personne*, on a pu se demander si l'article 34 du *Code civil* signifiait que l'enfant, dans tout litige civil mettant en jeu son intérêt, avait le droit de se faire représenter par un avocat. En effet, la *Charte québécoise* offre une garantie quasi constitutionnelle aux droits judiciaires de l'enfant; elle dispose que « toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal »¹⁶. Les tribunaux ont répondu par une lecture restrictive de l'article, ne voulant y voir qu'un droit de l'enfant d'être entendu¹⁷.

De manière générale, on ne reconnaît pas à l'enfant le droit de se faire entendre d'une façon spécifique. La CDE, qui doit servir de guide pour la législation nationale, ne semble pas non plus rendre obligatoires des formes spécifiques de participation de l'enfant. Ce manque

12. *Droit de la famille – 1549*, [1992] RJQ 855 (CA), 1992 CanLII 2860 (QC CA); Yves B Carrière, « Le mode de représentation des enfants par avocat : le modèle québécois se précise » dans *Développements récents en droit familial 2003*, vol 194, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 1; Violaine Lemay, « Mutations contemporaines des représentations de l'enfant par le droit : quel impact sur la représentation de l'enfant devant les tribunaux? » dans Moore, Bideau-Cayre et Lemay, *supra* note 6, 1.

13. RLRQ c P-34.1.

14. Art 6 LPJ.

15. Art 34 CcQ.

16. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 34 [Charte].

17. Voir notamment *Droit de la famille – 1549*, *supra* note 12.

de prescription permet d'adapter la participation non seulement à la législation interne de l'État en question, mais aussi aux besoins de l'enfant. L'article 12 de la Convention, qui en est une des dispositions principales, incorpore le principe de participation de l'enfant¹⁸ et comporte essentiellement une obligation à deux volets, qui s'impose aux États parties. D'une part, on doit donner à l'enfant le droit d'exprimer son opinion librement et, d'autre part, cette opinion doit être prise en compte par le décideur eu égard à l'âge et au degré de maturité de l'enfant. En ce qui concerne les procédures judiciaires et administratives plus particulièrement, on reconnaît à l'enfant le droit d'être entendu soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant, ce qui peut soutenir une interprétation de l'article 34 du *Code civil* voulant que le juge ne soit pas obligé d'entendre l'enfant directement¹⁹.

La jurisprudence a souligné cette souplesse dans la mise en œuvre de l'article 12 de la CDE. Par exemple, dans *Sunstrum c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (CDPDJ), la requérante, mineure au moment des faits, invoquait une violation de la CDE en alléguant que la procédure d'enquête menée par la CDPDJ était contraire à l'article 12, car elle n'avait pas été rencontrée pendant l'enquête. Selon le Tribunal des droits de la personne, il n'y avait aucune violation, car la requérante avait pu fournir par écrit une version détaillée des événements. Le Tribunal était d'avis que « la *Convention*, même en tenant pour acquis qu'elle puisse servir d'outil d'interprétation, ne confère pas à la requérante une garantie procédurale particulière »²⁰.

L'imprécision de l'article 34 du *Code civil* ne s'arrête pas aux procédures d'écoute de l'enfant. L'article 34 rend le droit de l'enfant de se faire entendre conditionnel à son âge et son discernement, sans offrir d'indications sur l'âge en question ou la manière dont le discernement

18. La CDE comporte quatre principes directeurs : la non-discrimination (art 2), l'intérêt supérieur de l'enfant (art 3), le droit à la vie et au développement (art 6) et le respect de l'opinion de l'enfant (art 12). Sur la signification du « principe de participation » au sens de la Convention, voir Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12, Le droit de l'enfant d'être entendu*, Doc off CRCNU, 51^e sess, Doc NU CRC/GC/2009/12 (2009) [Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12*].

19. Sur les deux interprétations opposées de l'article 34 CcQ, voir Dominique Goubau, « L'enfant devant les tribunaux en matières familiales : un mal parfois nécessaire » dans Moore, Bideau-Cayre et Lemay, *supra* note 6, 109 aux pp 126-28.

20. *Sunstrum c Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCS 2315 aux para 76, 77-80 (disponible sur CanLII).

devrait être évalué. Ces conditions ne semblent pas contrevenir à première vue à l'article 12 de la CDE, puisque celui-ci inclut une condition similaire : « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant [...] ». Cette condition est en lien avec la reconnaissance par la Convention du développement des capacités de l'enfant et le fait que l'exercice des droits doit respecter les niveaux de développement de chaque enfant²¹. Néanmoins, on remarque que l'âge n'est pas mentionné dans la CDE, et le Comité des droits de l'enfant met les États en garde contre l'adoption de balises basées strictement sur l'âge pour autoriser la participation des enfants. Le Comité souligne que « l'article 12 n'impose aucune limite d'âge »²². De plus, il suggère que les États appliquent la présomption de capacité aux enfants²³. Pour ce qui est de la pratique au Québec, on note fort heureusement que les tribunaux n'ont pas utilisé leur pouvoir discrétionnaire pour attacher d'âge précis à cette condition, alors que la formulation de l'article 34 le leur permettrait. Comme le souligne Carmen Lavallée, le tribunal doit évaluer chaque cas par rapport à l'âge et à la maturité de l'enfant, ainsi qu'à la nature du litige²⁴.

En ce qui concerne le poids que l'on accorde au point de vue de l'enfant, le silence de la loi indique une discrétion judiciaire entière, ce qui nous mènera, dans la deuxième partie, à examiner l'attitude des tribunaux à l'égard de cette question. Il suffit de dire pour l'instant que ce poids est généralement en lien avec l'âge de l'enfant, mais sans doute encore plus avec l'idée que l'on se fait de son intérêt supérieur. Cette constatation mène à la question du lien intrinsèque entre le droit de l'enfant à la parole et le concept d'intérêt supérieur de l'enfant, principe primordial des droits de l'enfant.

L'intérêt supérieur de l'enfant est un des principes généraux de la CDE, avec celui du respect de l'opinion de l'enfant. Le *Code civil* relie expressément ce principe aux droits de l'enfant et dispose que « [l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et

21. Voir surtout art 5 et 12.1 CDE et Gerison Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child*, Innocenti Insight, Florence, UNICEF Innocenti Research Centre, 2005.

22. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12, supra* note 18 au para 21.

23. *Ibid* au para 20.

24. Carmen Lavallée, « La parole de l'enfant devant les instances civiles : une manifestation de son droit de participation selon la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel-Grenier, dir, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke/La parole et le droit*, Sherbrooke (Qc), Éditions RDUS, 2009, 121 à la p 145.

dans le respect de ses droits»²⁵. Alors que la doctrine a été assez critique à l'égard de la notion indéterminée et subjective de l'intérêt de l'enfant²⁶, les tribunaux ont cherché à renforcer le lien entre intérêt et droits; ils ont suggéré que l'intérêt de l'enfant ne peut pas aller à l'encontre de ses droits, mais ils ont indiqué aussi de manière contradictoire que l'exercice des droits peut être limité par l'intérêt de l'enfant²⁷. Ainsi, l'enfant a le droit d'être entendu dans une procédure judiciaire, mais il peut ne pas être dans son intérêt de le faire témoigner ou de laisser son opinion influencer la décision. Cette tension entre l'intérêt de l'enfant et ses droits de participation est encore plus palpable dans les autres provinces, où la participation n'est pas un droit de l'enfant, mais est plutôt tributaire de son intérêt et un moyen complémentaire pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant²⁸.

Ainsi, l'opinion de l'enfant est reliée aussi à l'intérêt supérieur de l'enfant, en ce que l'opinion de l'enfant devrait être un des critères qui permettent de déterminer cet intérêt. Malheureusement, la liste des critères suggérés par l'article 33 du *Code civil* ou l'article 3 de la LPJ n'inclut pas cet élément²⁹, et la prise en compte de ce critère reste à la discrétion des tribunaux, contrairement au droit de protection de l'enfance dans plusieurs autres provinces canadiennes³⁰.

25. Art 33 CcQ.

26. Au Québec: Groupe de travail sur l'évaluation de la Loi sur la protection de la jeunesse, *La protection de la jeunesse... plus qu'une loi* (Rapport Jasmin), Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux et ministère de la Justice, 1992, aux pp 37-38; Renée Joyal, «La notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Sa place dans la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant» (1991) 62 Rev IDP 785 à la p 787. Ailleurs: Robert H Mnookin, «Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975) 39: 3 Law & Contemp Probs 226; Stephen Parker, «The Best Interests of the Child – Principles and Problems» (1994) 8: 1 Int'l JL Pol'y & Fam 26.

27. Voir *Dans la situation d'A(J)*, 2002 CanLII 23693 aux para 61-63, 65 (QC CQ) et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Commission scolaire des Phares*, 2009 QCTDP 19 au para 323 (disponible sur CanLII); mais voir *BS c N Sp*, 2004 CanLII 41182 au para 23 (QC CS), [2004] RL 233 (CS) et *AC c Manitoba (Directeur des services de l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 RCS 181 aux para 80 et s.

28. Voir, par exemple, *Loi sur les services à la famille*, LN-B 1980, c F-2.2, modifiée par LN-B 1983, c 16, art 7.1(1) [*Loi sur les services à la famille*]. Voir aussi Nicholas Bala, Victoria Talwar et Joanna Harris, «The Voice of Children in Canadian Family Law Cases» (2005) 24 Can Fam LQ 221.

29. Art 33, al 2 CcQ: «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».

30. Exemples, en Ontario: *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, LRO 1990, c C.11, art 3; au Manitoba: *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, CPLM c C80, art 2(1); et au Nouveau-Brunswick: *Loi sur les services à la famille*, supra note 28, art 1(b).

Ce défaut existe encore de manière plus aiguë en droit de l'immigration, où l'on peut constater l'absence de toute obligation d'entendre l'enfant et où aucun lien n'est établi entre l'intérêt de l'enfant et l'opinion de l'enfant. Par exemple, dans *Manalang c Canada*, il était question de la considération de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration³¹. Les demanderesse mineures alléguaient que l'article 12 de la CDE avait été violé, car on ne les avait pas consultées à propos de leur intérêt. La Cour fédérale a rejeté cet argument, car un représentant avait été désigné pour exposer leur intérêt au tribunal. On constate donc que la seule obligation inspirée par la CDE est la prise en compte de l'intérêt de l'enfant³². Alors que dans d'autres domaines, on accepte généralement que l'opinion de l'enfant soit un des éléments à prendre en compte pour déterminer l'intérêt de l'enfant³³, ce lien n'est pas fait en matière d'immigration.

À l'examen des dispositions de base concernant l'accès de l'enfant à la justice, on peut affirmer que le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires est clairement reconnu en droit civil québécois. Néanmoins, cette affirmation des droits de l'enfant dans le *Code civil* comporte plusieurs imprécisions quant aux procédures d'écoute de l'enfant, aux conditions que doit remplir l'enfant qui veut se faire entendre, au poids à donner à l'opinion de l'enfant et à la relation entre le droit de l'enfant d'être entendu et son intérêt supérieur. La CDE accorde une importance indéniable au principe de participation de l'enfant. Bien que ses dispositions contiennent également des imprécisions, nous constatons que les travaux d'interprétation de la Convention par le Comité des droits de l'enfant apportent des éclaircissements qui peuvent être fort utiles dans le contexte québécois.

B. Le droit d'ester en justice

En plus des dispositions de base qui garantissent à l'enfant le droit d'être entendu, il existe des dispositions plus particulières qui traitent

31. *Manalang c Canada* (ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2007 CF 1368, [2008] 4 RCF 440.

32. *Baker*, *supra* note 11 aux para 69-75.

33. Voir *Gordon c Goertz*, [1996] 2 RCS 27, qui est souvent cité dans la jurisprudence, mais aussi d'autres arrêts de la Cour suprême du Canada, tels que *M c D*, [1966] CS 224 à la p 236 et *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c M(C)*, [1994] 2 RCS 165 aux pp 201-02.

des droits judiciaires des enfants. Un droit judiciaire essentiel est celui d'ester en justice, puisqu'il permet aux justiciables d'avoir accès à des recours lorsque leurs droits sont bafoués. Il s'agit pourtant du droit judiciaire qui est le plus restreint, lorsque la personne qui revendique ses droits est un enfant. La solution de principe est dictée par la minorité de l'enfant : « Le mineur doit être représenté en justice par son tuteur »³⁴. En effet, les enfants devraient pouvoir avoir accès aux tribunaux par le biais des actions en justice de leurs tuteurs. Encore faut-il que ceux-ci aient la volonté, la capacité et les connaissances nécessaires pour intenter des actions en justice concernant les droits de leurs enfants. Dans ce contexte, les discours de la juge en chef de la Cour suprême du Canada sur l'accessibilité financière de la justice sont tout à fait pertinents.

Le *Code civil* prévoit cependant des exceptions à la règle empêchant les mineurs d'agir seuls en justice. Ces exceptions ont trait aux actions relatives à l'état de l'enfant, à l'exercice de l'autorité parentale ou à un acte à l'égard duquel l'enfant peut agir seul, ce qui, selon la Cour d'appel du Québec, reflète une conception moderne de l'enfant en tant que sujet de droit³⁵. Dans ces cas, il lui faut toutefois l'autorisation du tribunal d'agir seul, et ces exceptions sont interprétées de manière restrictive dans la jurisprudence, comme il en sera fait état dans la deuxième partie.

Alors que la CDE ne reconnaît pas explicitement à l'enfant le droit d'intenter une action en justice, les instances internationales reconnaissent que l'enfant a droit à réparation. Dans son *Observation générale n° 5*, le Comité des droits de l'enfant explique :

Pour que les droits aient un sens, il faut pouvoir disposer de moyens de recours utiles pour obtenir réparation en cas de violation [...]. Le statut spécial des enfants et leur dépendance font qu'ils ont beaucoup de mal à se prévaloir des recours disponibles en cas de violation de leurs droits. En conséquence, les États doivent veiller tout particulièrement à ce que les enfants et leurs représentants disposent de mécanismes efficaces adaptés aux besoins de l'enfant. Il convient notamment

34. Art 159 CcQ.

35. *Droit de la famille – 09746*, 2009 QCCA 623 au para 53 (disponible sur CanLII).

de veiller à ce que les enfants [...] aient accès à des mécanismes indépendants d'examen de plaintes et aux tribunaux en bénéficiant de toute l'assistance dont ils ont besoin [...]»³⁶.

Dans son *Observation générale n° 12*, le Comité ajoute que des voies de recours devraient s'offrir aux enfants lorsque leur droit d'être entendu est bafoué³⁷. Il serait essentiel pour le respect des droits que ce type de voies de recours s'offre directement aux enfants, sans qu'ils aient à être représentés par leur tuteur. Le droit international a évolué dans ce sens avec l'adoption du *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant*, qui établit une procédure de présentation de communications. Ce Protocole offre un recours aux enfants au niveau international lorsque leurs droits sont bafoués³⁸. Les enfants peuvent saisir le Comité des droits de l'enfant seul ou par l'intermédiaire de leur représentant.

Contrairement au droit de la famille, le droit de la protection de la jeunesse octroie à l'enfant de larges droits d'action en justice. L'article 74.2 de la LPJ permet à l'enfant de saisir le tribunal en cas de désaccord avec des décisions prises par le Directeur de la protection de la jeunesse. De plus, comme l'enfant est partie aux procédures judiciaires de protection de la jeunesse, il peut interjeter appel d'une décision de la Chambre de la jeunesse³⁹. La Loi contient des dispositions plus spécifiques concernant les recours en matière d'hébergement dans une unité d'encadrement intensif ou d'interdiction de communication, lorsque l'enfant est hébergé en centre de réadaptation, en centre hospitalier ou en famille d'accueil⁴⁰. Ces demandes doivent être instruites et jugées d'urgence.

De même, l'enfant a un accès direct à la CDPDJ. Que ce soit en matière de protection de la jeunesse, de justice pénale pour adolescents, ou de protection contre la discrimination, les mineurs peuvent faire une demande d'intervention auprès de la Commission⁴¹. Celle-ci

36. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 5, Mesures d'application générales*, Doc off CRCNU, 34^e sess, Doc NU CRC/GC/2003/5 au para 24 (2003). Le Comité fait aussi référence aux droits judiciaires garantis par les autres conventions internationales des droits de la personne, qui s'appliquent aussi aux enfants.

37. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12, supra* note 18 aux para 46-47.

38. Doc off AGNU, 66^e sess, 89^e séance plén, Doc NU A/RES/66/138 (2011).

39. Art 101 LPJ.

40. Art 9 et 11.1.1 LPJ.

41. Art 23 LPJ; *Charte, supra* note 16, art 74.

pourra faire enquête et proposer des mesures correctrices lorsque les droits de l'enfant sont lésés. Ce sera ensuite à la Commission de saisir le tribunal en cas de non-respect des recommandations⁴². Donc, bien que les enfants ne soient pas parties au recours en lésion de droits, ils peuvent être instigateurs d'une telle action par le dépôt d'une plainte à la CDPDJ. Leur plainte peut porter notamment sur la violation de leur droit d'être entendus en matière de protection de la jeunesse, mais malheureusement cette possibilité ne s'applique pas à d'autres domaines qui les intéressent.

Dans d'autres domaines qui concernent l'enfant de manière directe, comme celui de l'éducation, les enfants ne semblent pas avoir de recours direct, même devant des instances administratives. Il est étonnant que les élèves, qui, en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, peuvent demander au conseil des commissaires la révision d'une décision les concernant, ne puissent pas toujours porter plainte au Protecteur de l'élève, qui est un recours institué depuis 2009⁴³. En effet, les règlements adoptés par plusieurs commissions scolaires indiquent clairement que seulement les parents et les élèves majeurs ont accès au Protecteur des élèves⁴⁴, alors que rien dans la Loi ne

42. Art 25.3 LPJ.

43. RLRQ c I-13.3, art 9-12 et 220.2.

44. Voir, par exemple, Commission scolaire des Bois-Francis, *Règlement sur la procédure d'examen des plaintes formulées par les élèves ou leurs parents*, en ligne : <<http://www.csfq.qc.ca>>; Commission scolaire des Hauts-Cantons, *Règlement n° RG-CC-05-2010, Règlement concernant le traitement des plaintes d'élèves ou de parents d'élèves et concernant le protecteur de l'élève*, en ligne : <<http://www.cshc.qc.ca>>; Commission scolaire de la Côte-du-Sud, *Règlement n° LR-DG-21, Règlement sur la procédure d'examen des plaintes formulées par les élèves ou leurs parents*, en ligne : <http://www.cscotesud.qc.ca/images/stories/doc/dg/reglement_plainte.pdf>; Commission scolaire de Kamouraska – Rivière-du-Loup, *Règlement n° CC2010-03-1949, Règlement sur la procédure d'examen de plaintes formulées par les élèves ou leurs parents*, en ligne : <<http://web.cskamloup.qc.ca>>; Commission scolaire des Samares, *Règlement n° C.C.100-100329, Règlement sur la procédure d'examen des plaintes formulées par les élèves ou leurs parents*, en ligne : <http://www.cssamares.qc.ca/biblio_documents/PDF8082010042709160474.pdf>. Mais voir, par exemple, Commission scolaire du Littoral, *Règlement n° PROC10-091, Règlement sur la procédure d'examen des plaintes formulées par les élèves ou leurs parents*, en ligne : <<http://www.csdulittoral.qc.ca>>; New Frontiers School Board, *By-Law Establishing Procedures for the Examination of Complaints from Students or Their Parents*, en ligne : <<http://nfsb.qc.ca/student-ombudsman>>; Commission scolaire au Coeur-des-Vallées, *Règlement n° C.C.r.31 2010, Règlement relatif à la procédure d'examen et de traitement des plaintes formulées par les élèves ou leurs parents*, en ligne : <<http://www.cscv.qc.ca>>; Commission scolaire Marie-Victorin, *Règlement n° 1-2010, Règlement concernant le traitement des plaintes d'élèves ou de parents d'élèves et concernant le protecteur de l'élève*, en ligne : <<http://www.csmv.qc.ca>>.

les oblige à limiter le recours⁴⁵. Néanmoins, le Québec a fait un pas en avant lorsqu'il a institué le Protecteur de l'élève, en accord avec les recommandations du Comité des droits de l'enfant sur la mise en œuvre de l'article 12 de la CDE. Selon le Comité,

[L]es enfants devraient avoir la possibilité de s'adresser à un médiateur ou à une personne occupant des fonctions comparables dans tous les établissements pour enfants, entre autres dans les écoles [...] afin de faire entendre leurs plaintes⁴⁶.

Le problème se pose à l'égard des disparités qui existent entre les commissions scolaires quant à l'accessibilité à la justice des élèves, et nous nous questionnons alors sur l'opportunité d'une décentralisation encore plus poussée en faveur de l'autonomie des écoles⁴⁷.

C. Règles concernant le témoignage de l'enfant

Les règles concernant le témoignage de l'enfant ont beaucoup évolué et c'est le domaine du droit criminel qui a servi d'inspiration pour la libéralisation des règles relatives au témoignage. Dans *R c Khan*, la Cour suprême du Canada a confirmé que le juge de première instance avait commis une erreur de jugement en rejetant la preuve d'une enfant de quatre ans⁴⁸. Depuis, la *Loi sur la preuve au Canada* a été réformée et a établi une présomption de capacité de l'enfant de moins de 14 ans à témoigner⁴⁹. C'est surtout en protection de la jeunesse que l'on s'est inspiré de cette tendance, puisque la LPJ reconnaît maintenant cette même présomption⁵⁰. Il n'y a que deux exceptions au témoignage de l'enfant : si l'une des parties conteste l'aptitude de l'enfant à témoigner et que cela est confirmé par le tribunal après interrogatoire de l'enfant, ou si le tribunal estime que le fait de rendre témoignage pourrait porter préjudice au développement mental ou affectif de l'enfant⁵¹. Néanmoins, en cas de dispense, le juge pourra décider d'entendre l'enfant hors de la présence des parties au procès, exception

45. Voir le *Règlement sur la procédure d'examen des plaintes établie par une commission scolaire*, RLRQ 1981, c I-13.3, r 7.1.

46. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12*, supra note 18 au para 46.

47. Avec le projet d'abolition des commissions scolaires par la Coalition avenir Québec.

48. *R c Khan*, [1990] 2 RCS 531.

49. LRC 1985, c C-5, art 16.

50. Art 85.1 LPJ.

51. Art 85.1 et 85.2 LPJ.

faite des procureurs des parties⁵². Quant à la voix de l'enfant inapte à témoigner, elle n'est pas occultée, car ses déclarations peuvent servir de preuve⁵³.

Les droits de l'enfant sont plus restreints dans le *Code civil*. Selon l'article 2844 du Code, l'enfant peut témoigner si, selon le juge, il a la capacité de rapporter des faits et de dire la vérité, mais son témoignage doit être corroboré. On n'y trouve donc pas la présomption de capacité à témoigner, contrairement aux dispositions de la LPJ, et la valeur du témoignage de l'enfant est restreinte. De plus, le *Code civil*, comme nous l'avons noté, emploie les qualificatifs d'âge et de discernement, qui ne sont pas présents dans la LPJ. On note aussi que, contrairement au droit de la protection de la jeunesse, le droit de la famille ne permet pas à l'enfant d'être dispensé de témoigner lorsque le témoignage pourrait lui être préjudiciable. Ceci peut être vu comme une approche qui va dans le sens des droits de l'enfant, puisqu'on limite les exceptions à la parole de l'enfant, ou plutôt comme un manque d'égard au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant adopte, quant à lui, une approche différente, selon laquelle l'enfant ne doit jamais être obligé de participer aux procédures, que toutes les mesures doivent être prises pour protéger l'enfant qui souhaite s'exprimer et que la façon de se faire entendre devrait être déterminée par l'enfant⁵⁴. Dans le même sens, la juge Martinson, dans un arrêt de la Cour suprême du Yukon, recommande que l'on consulte l'enfant sur la manière dont il souhaite participer. Bien qu'elle dépeigne en détail l'importance des droits de participation de l'enfant et l'importance de prendre en compte son opinion, elle reconnaît que l'enfant a tout à fait le droit de refuser de participer, ce qu'il faut respecter⁵⁵.

Il apparaît tout de même qu'en matière de protection de la jeunesse, autant qu'en droit civil, le témoignage de l'enfant peut prendre plusieurs formes, et des ajustements sont prévus dans la loi. Le *Code de procédure civile* et la LPJ prévoient tous deux des dispositions qui protègent l'enfant lors du témoignage. On prévoit notamment la possibilité pour l'enfant d'être accompagné ou de témoigner hors la présence

52. Art 85.4 LPJ. Voir notamment *Dans la situation d'A(J)*, supra note 27, concernant le témoignage d'un enfant de cinq ans.

53. Art 85.5 LPJ.

54. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12*, supra note 18 aux para 16 et 36. Voir aussi dans ce sens Annie Clair, « Procureur(e) à l'enfant : se rendre utile et efficace » dans *Développements récents en droit familial 2002*, vol 176, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 113.

55. *BJG v DLG*, 2010 YKSC 33 (disponible sur CanLII).

des parties au procès⁵⁶. L'enfant peut aussi témoigner hors de la salle d'audience. Le lieu de témoignage peut être le lieu de résidence de l'enfant ou tout autre lieu, y compris le bureau du juge⁵⁷. Ces ajustements sont encouragés par le Comité des droits de l'enfant qui, dans son *Observation générale n° 12*, met l'accent sur le contexte, qui doit permettre à l'enfant de se sentir en sécurité lorsqu'il exprime son opinion. Le Comité aborde notamment l'apparence des salles d'audience, l'habillement des juges et des avocats, la présence de paravents et de salles d'attente séparées⁵⁸. De plus, on peut déduire de ses suggestions que le Comité est plutôt en faveur de rencontres avec le juge que de témoignages plus formels en salle d'audience, puisque le Comité préfère la formule de l'« entretien » à celui de l'« interrogatoire » de l'enfant⁵⁹.

Bien entendu, on peut aussi recueillir le point de vue de l'enfant sans que celui-ci ait à témoigner de manière formelle; ces manières plus informelles peuvent tout de même être considérées comme un témoignage, au sens plus large, de l'enfant. Certains auteurs établissent une distinction claire entre le témoignage, au sens de l'article 2843 du *Code civil*, et l'enfant qui exprime ses désirs⁶⁰. Ainsi, la parole de l'enfant qui est dispensé de témoigner ou qui n'est pas capable de témoigner peut être retenue en tant que preuve. La parole de l'enfant peut être recueillie par l'entremise du rapport d'un psychologue ou d'un travailleur social qui s'est entretenu avec l'enfant. Le point de vue de l'enfant peut aussi être transmis par ses parents, ou encore l'enfant peut soumettre une lettre au tribunal, mais ces moyens sont généralement moins bien considérés, à cause du risque d'influence parentale⁶¹. D'ailleurs, le Comité des droits de l'enfant exprime ses inquiétudes par rapport à la représentation de l'enfant par ses parents, vu que l'enfant doit pouvoir exprimer son opinion librement⁶². Il est intéressant de

56. Art 394.3 et 394.4 Cpc et art 82.3 et 85.4 LPJ.

57. Art 394.5 Cpc.

58. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12*, *supra* note 18 aux para 23 et 34.

59. *Ibid* au para 43.

60. Goubau, *supra* note 19 aux pp 128-30; Lavallée, *supra* note 24 à la p 142.

61. Voir Linda Tippet-Leary, « La voix de l'enfant au cours d'un procès », Thèmes en droit de la famille: un recueil d'articles, Ministère de la Justice Canada, 2013, en ligne: <<http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/epoux-spousal/theme-topic/voi2a.html>>; Bala, Talwar et Harris, *supra* note 28 à la p 222; Joanne J Paetsch et al, *Consultation on the Voice of the Child at the 5th World Congress on Family Law and Children's Rights*, Ottawa, National Judicial Institute and Canadian Research Institute for Law and the Family, 2009, en ligne: <http://people.ucalgary.ca/~criilf/publications/Final-Report_Consultation_Voice_Child.pdf>.

62. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12*, *supra* note 18 aux para 22 et 36.

noter que le droit international ne distingue pas entre les droits de l'enfant qui est assigné comme témoin et ceux de l'enfant qui demande à être entendu.

D. Le droit à la représentation par avocat

Comme il ressort déjà de cet exposé, le droit de l'enfant de se faire entendre dans les procédures judiciaires et administratives n'est pas limité au droit à la représentation par avocat et ne comprend pas nécessairement ce droit. L'enfant n'a pas automatiquement droit à son propre avocat dans les litiges qui mettent en cause son intérêt, et il faut que cette représentation séparée soit prévue par la loi ou autorisée par le tribunal. Le droit international ne prévoit pas expressément ce droit non plus. Néanmoins, les éléments d'interprétation offerts par le Comité des droits de l'enfant pointent vers une préférence pour la représentation indépendante de l'enfant par avocat. En effet, les exigences relatives à la libre expression de l'opinion de l'enfant (l'expression de sa propre opinion sans pression ou influence indue) et à l'assistance à l'enfant seraient comblées par la nomination d'un avocat chargé de représenter uniquement l'enfant⁶³.

La LPJ prévoit expressément le droit de l'enfant à la représentation séparée lorsque l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents⁶⁴. La LPJ accorde au tribunal un rôle important afin d'assurer la représentation de l'enfant. Non seulement le tribunal doit-il informer l'enfant de son droit d'être représenté par avocat, mais il doit aussi s'assurer que cette représentation se fait par un avocat spécifiquement chargé de le conseiller et de le représenter, indépendamment de la représentation des parents, lorsque l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents⁶⁵. Comme cette opposition est généralement la norme en matière de protection, la représentation de l'enfant est la plus avancée dans ce domaine⁶⁶.

En matière civile, les règles concernant le droit d'être représenté par avocat sont codifiées dans le *Code de procédure civile*, qui prévoit, notamment, que le tribunal puisse permettre à un mineur d'être

63. *Ibid* aux para 22, 25, 36, 37.

64. Art 80 LPJ.

65. Art 78 et 80 LPJ.

66. À titre de rappel, nous n'examinons pas les règles en droit pénal où les droits judiciaires de l'enfant sont également bien protégés.

représenté par procureur pour protéger l'intérêt du mineur en jeu dans une instance judiciaire. Il s'agit ici de la procédure de nomination de l'article 394.1. Le *Code de procédure civile* permet aussi au mineur d'intervenir dans le litige, comme toute personne ayant un intérêt dans le procès. Il s'agit de la procédure d'intervention de l'article 208. Cette disposition s'apparente à l'article 159 du *Code civil*, qui permet au mineur d'intenter une action indépendamment de son tuteur. Ainsi, la participation d'un mineur à un procès va dépendre de sa volonté et de sa capacité de présenter une demande d'intervention et de la position du juge par rapport à l'intérêt du mineur. Il est important de noter finalement que ni les dispositions procédurales en matière familiale ni celles en protection de la jeunesse ne prévoient des règles sur la manière dont le procureur doit représenter l'enfant. Nous verrons que les références à l'intérêt de l'enfant et le manque de directives quant à l'opportunité et à la forme de la représentation suscitent des opinions divergentes et une jurisprudence instable.

On peut donc conclure qu'une uniformisation de la législation serait de rigueur. En prenant en compte les développements du droit international, il serait notamment important que des voies de recours s'offrent aux enfants dans tous les domaines, y compris pour obtenir justice quand leur droit d'être entendu n'est pas respecté. Ces recours peuvent comprendre aussi des institutions comme des médiateurs, qui sont directement accessibles aux enfants. Les instances comme les défenseurs provinciaux des enfants ont un rôle important à jouer. Il est dommage que ces défenseurs, tels que la CDPDJ au Québec ou les autres défenseurs provinciaux, comme l'Intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes de l'Ontario, n'aient pas des mandats plus larges⁶⁷. La grande majorité de ces institutions ne peuvent enquêter sur des plaintes que dans le contexte de protection de la jeunesse ou de justice pénale pour adolescents. Un mandat large, comme celui du Défenseur des enfants et de la jeunesse du Nouveau-Brunswick, serait préférable, pour que les enfants aient un accès direct à une institution défendant leurs droits dans tous les domaines qui les concernent⁶⁸.

67. Il n'existe pas de mécanisme de coordination à l'échelle interprovinciale, mais il y a un effort de communication entre ces différentes entités par l'entremise du Conseil canadien des défenseurs des enfants et des jeunes, en ligne: <<http://www.cccya.ca/content/index.asp?langid=2>>.

68. *Loi sur le défenseur des enfants et de la jeunesse*, LN-B 2007 c C-2.7.

En ce qui concerne le témoignage, il est important de reconnaître des droits spécifiques autant à l'enfant qui témoigne formellement, qu'à celui qui s'exprime par d'autres moyens. Les principes qui ressortent du droit international ont à voir avec la liberté de participer aux procédures judiciaires, de choisir la manière de s'exprimer et de le faire librement, sans influence indue. Il faut ajouter aussi les principes de protection de l'enfant, qui sont déjà prévus dans la loi, tels que les règles spéciales concernant l'enfant témoin. Quant à la représentation de l'enfant, on peut déduire des observations du Comité des droits de l'enfant que la représentation de l'enfant par procureur correspondrait le mieux au droit de l'enfant de se faire entendre le plus directement possible, d'être accompagné et protégé, tout en s'assurant que le procureur fasse valoir la volonté de l'enfant.

II. LA RELATION ENTRE L'ENFANT ET LES PROFESSIONNELS DU DROIT : HÉSITATIONS

En plus des problèmes posés par l'imprécision des dispositions législatives et le manque d'uniformité dans les dispositions que l'on retrouve dans différents domaines, la participation de l'enfant dans les procédures judiciaires se heurte également à l'ambiguïté de sa relation avec les professionnels du droit. L'enfant doit-il être représenté par un avocat? Le procureur de l'enfant doit-il entretenir avec l'enfant une relation avocat-client normale? Comment le juge doit-il composer avec un intervenant au procès ou un témoin qui est mineur? Doit-il accorder beaucoup d'importance à sa parole? Voici quelques questions qui se posent aux professionnels du droit, qui, finalement, ne disposent que de maigres conseils concernant la manière de traiter avec un enfant.

A. Forme de la représentation

La manière dont le procureur devrait représenter l'enfant est source de débat depuis longtemps au Québec et ailleurs, puisque la législation ne contient pas de dispositions qui encadrent la relation avocat-enfant. Ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont fait évoluer cette relation, surtout dans le sens du mouvement autonomiste des enfants, mais avec certains soubresauts. Avant d'examiner la situation actuelle, il convient d'abord de faire un retour en arrière.

Dans l'affaire *Droit de la famille – 1549* en 1992, la Cour d'appel estimait qu'il fallait

faire une distinction entre les cas où un avocat représente un enfant par suite de l'intervention du juge ou du tribunal qui constate que cette représentation est nécessaire pour assurer la sauvegarde de ses intérêts et les cas où un enfant est représenté personnellement par suite de l'exercice de son droit à la représentation,

la nature du mandat de l'avocat dépendant de cette distinction⁶⁹. Il s'agissait donc de distinguer entre la procédure de nomination de l'article 394.1 du *Code de procédure civile* et la procédure d'intervention de l'article 208 du même Code. La procédure d'intervention prévoyait une certaine indépendance de l'enfant, qui devait donc être traité comme n'importe quel client, alors que la procédure de nomination mettait plutôt en exergue l'incapacité juridique du mineur. Ceci voulait dire qu'avec la procédure d'intervention, l'avocat devait faire valoir les désirs de l'enfant devant le tribunal, alors qu'avec la procédure de nomination, le procureur devait plutôt présenter au tribunal l'intérêt de l'enfant sur la base de ses propres observations, d'expertises psychosociales, ou d'autres éléments convaincants⁷⁰. La jurisprudence précise que l'intérêt de l'enfant présenté par l'avocat ne doit pas être fondé sur les propres convictions de l'avocat, mais uniquement sur la preuve⁷¹.

Cette même Cour, dix ans plus tard, entreprit de modifier substantiellement la pratique du procureur à l'enfant dans la décision *MF c JL et FL*. En effet, dans cette décision unanime, la Cour d'appel revint sur sa jurisprudence antérieure en concluant que :

[w]hile the procedures under Art. 208 [...] and Art. 394.1 [of the Civil Code of Procedure] are, of course, different, where the child is mature and capable, I do not see that the proper role of counsel

69. *Droit de la famille – 1549*, supra note 12 à la p 11. La distinction était aussi appliquée en matière de protection de la jeunesse. Voir Jean-François Boulais, *Loi sur la protection de la jeunesse*, texte annoté, 3^e éd, Québec, SOQUIJ, 1995 aux pp 324-26.

70. En accord avec la représentation de l'enfant jeune et incapable d'exprimer son opinion, décrite par la Cour suprême du Canada dans *Beson c Director of Child Welfare (T-N)*, [1982] 2 RCS 716 aux pp 726-28.

71. *Official Guardian v Strobridge*, (1994) 4 RFL (4^e) 169, 72 OAC 379; *MF c JL et FL*, [2002] RJQ 676 (CA), 211 DLR (4^e) 350, 2002 CanLII 36783 (QC CA).

*should be any different in the two cases. The role in each case is to act as an advocate for the child, and to see that his voice is heard in the dispute*⁷².

Ainsi s'établit donc la règle selon laquelle tout enfant mature doit voir son avocat le représenter comme n'importe quel autre client adulte, c'est-à-dire en ayant l'obligation de ne mettre de l'avant que les volontés de l'enfant.

La question qui se pose alors est celle de la maturité de l'enfant : comment savoir si l'enfant est capable de mandater? Cette décision relève du procureur, qui est responsable de déterminer la capacité de l'enfant⁷³ et, en cas de doute, l'avocat peut s'en remettre au tribunal, qui tranchera cette question. Les tribunaux ont adopté une approche plutôt libérale à propos de la capacité de mandater. Dans *JF c CL*, l'avocat d'une fille de 11 ans posait la question au tribunal à savoir si celle-ci avait la maturité nécessaire pour le mandater⁷⁴. Selon la Cour, dans cette affaire, l'enfant doit être capable d'exprimer ses désirs. On ne cherche pas à savoir si les désirs de l'enfant sont raisonnables ou s'ils correspondent vraiment à son intérêt. Selon la Cour, il faut aussi éviter de confondre aliénation parentale et manque de maturité. C'est au tribunal d'entendre toute la preuve, de soupeser les désirs exprimés par l'enfant à la lumière de la preuve de la manipulation, et de déterminer l'intérêt de l'enfant⁷⁵.

Dans certaines décisions postérieures, les juges ont tenté de relativiser le test appliqué dans *JF c CL*, en notant que la capacité d'exprimer ses souhaits n'était pas toujours garante de la maturité de l'enfant. Par exemple, dans une affaire en protection de la jeunesse, la juge Beauchemin rejoignait l'argumentation de l'avocat de l'enfant, qui soutenait qu'il faudrait faire une distinction entre la capacité de l'enfant d'exprimer ses souhaits et la capacité de l'enfant de donner instruction à son avocat⁷⁶. Il s'agissait ici d'une requête en substitution de procureur instituée par la mère de l'enfant dans une affaire de protection. Selon la mère, le procureur ne respectait pas le mandat que lui avait confié

72. *MF c JL et FL*, *ibid* au para 29(2), al 2.

73. Y compris dans d'autres provinces. Voir *Nova Scotia (Minister of Community Services) v SP*, 2006 NSFC 40 (disponible sur CanLII), [2006] NSJ n° 567 [*Nova Scotia*].

74. *JF c CL*, [2003] RJQ 2983 (CS).

75. *Ibid* aux para 61-88. Des tribunaux d'autres provinces ont statué dans le même sens. Voir surtout *BJG v DLG*, *supra* note 55 au para 27 concernant l'aliénation parentale.

76. *Protection de la jeunesse – 083*, 2008 QCCQ 757 (disponible sur CanLII).

l'enfant de sept ans. En effet, l'avocat affirmait que l'on n'était pas en présence d'un mandat conventionnel, et comme l'enfant n'était pas capable de confier un mandat à son avocat, le rôle de l'avocat aurait dû être de faire valoir les droits et l'intérêt de l'enfant. La Cour constata, après avoir entendu l'enfant assigné comme témoin, que vu le niveau de développement de l'enfant, il était impossible de lui faire promettre de dire la vérité et que celui-ci était incapable d'élaborer sa pensée dans des phrases simples. Selon la juge, l'enfant n'avait ni la maturité ni la capacité de mandater un avocat. Elle nota que bien que la jurisprudence ait semblé faire un amalgame entre ces deux capacités⁷⁷, ces affaires auxquelles on fait référence traitent généralement d'enfants « intelligents et articulés [sic] »⁷⁸. Il faut se rappeler que la question de la capacité de l'enfant à mandater un avocat avait été traitée par le comité du Barreau du Québec avant le revirement de la jurisprudence en 2002. Selon le mémoire du Barreau sur la représentation de l'enfant par avocat, l'expression de la volonté et la manifestation de celle-ci ne sont qu'une des quatre facultés que doit posséder la personne qui souhaite mandater un avocat, les autres ayant trait à la compréhension de conseils, à l'expression d'un choix quant à l'étendue du mandat et au pouvoir de révocation du mandat⁷⁹.

Un jugement récent de la Cour provinciale de l'Alberta confirme cette position:

When representing a child, whatever the age, [...] the lawyer's next obligation is to assess capacity. This requires more of counsel than simply determining whether a child can "articulate preferences, opinions or views." It must be stated that there is a huge difference between the wants of a child and that child's capacity to understand the implications of getting what they want. Furthermore, that capacity must also extend to an ability to then give instructions in the context of legal proceedings [italiques dans l'original]⁸⁰.

Dans ce jugement en droit de la famille, la juge Cook-Stanhope porte un regard critique sur le Code de conduite du Barreau de l'Alberta et les lignes directrices concernant la représentation des

77. *Ibid* aux para 49-50.

78. *Ibid* au para 48.

79. Barreau du Québec, 1995, *supra* note 7 à la p 32.

80. *BLS (Re)*, [2013] AJ n° 459, 2013 ABPC 132 au para 244 (disponible sur CanLII).

enfants⁸¹ dans une affaire où les enfants en question avaient des déficits cognitifs et de langage. Ces lignes directrices mettent l'accent sur la capacité de l'enfant d'exprimer ses désirs, tout comme l'affaire *JF c CL* au Québec.

Y a-t-il des différences entre les domaines de protection de l'enfance et du droit de la famille? Nous nous posons cette question à la lumière des jugements susmentionnés. La juge Beauchemin note qu'en matière de protection, il est important que l'enfant puisse « comprendre les motifs de sa situation de compromission et les étapes à franchir pour la réalisation de son désir »⁸², en plus des autres signes de la capacité de mandater. On peut se demander alors si le critère est plus strict en protection de l'enfance qu'en droit de la famille. Si cela s'avère le cas, il y aurait alors une contradiction en matière des droits de l'enfant. On constaterait que bien que la législation sur la protection de la jeunesse contienne plus de dispositions pour assurer le respect de la parole de l'enfant, en pratique cette voix pourrait être occultée plus facilement dans l'intérêt de l'enfant. En d'autres mots, alors que l'enfant va être plus fréquemment représenté par un avocat dans des causes de protection de l'enfance qu'en matière familiale, sa voix ne va pas nécessairement être entendue de manière aussi directe. Cette situation pourrait être différente dans les autres provinces. Par exemple, en Alberta, si le juge décide que l'enfant devrait être représenté par avocat dans des cas de protection de l'enfance⁸³, le bureau du défenseur provincial des enfants nomme un avocat, qui représentera l'enfant comme tout autre client. Dans un cas récent, il appert même qu'un avocat aurait reçu des instructions d'un enfant de trois ans⁸⁴. Cela contraste avec l'avocat pour l'enfant en droit de la famille, qui, dans cette même province, doit représenter les intérêts de l'enfant⁸⁵. De plus, la juge Cook-Stanhope note qu'il faut distinguer entre les domaines de la protection de l'enfance et du droit de la famille, et que le rôle du système judiciaire, et donc aussi des avocats, est différent dans ces

81. Law Society of Alberta, *Code of Conduct* et « Guidelines for Representing Children », en ligne: The Law Society of Alberta <http://www.lawsociety.ab.ca/lawyers/practice_advisors/practice_ethics/practice_advice_representing_children.aspx>.

82. *JF c CL*, *supra* note 74 au para 78.

83. *Child, Youth and Family Enhancement Act*, RSA 2000 c C-12, s 112.

84. *Alberta (Child, Youth and Family Enhancement Act, Director) v RM*, 2011 ABPC 244 (disponible sur CanLII), [2011] AJN 960 [*Alberta*]. Ce jugement donne un bon aperçu des controverses autour du rôle de l'avocat pour enfants en Alberta.

85. *Family Law Act*, SA 2003 c F-4.5, s 95.

deux domaines⁸⁶. D'ailleurs, beaucoup de praticiens sont d'avis que même si la représentation directe de l'enfant dans les procédures judiciaires est importante, une relation traditionnelle avocat-client n'est pas toujours la mieux adaptée aux besoins des enfants, qui devraient être protégés de procédures conflictuelles⁸⁷.

B. L'opportunité et les modalités de la représentation

Comme nous l'avons vu, la participation d'un mineur à un procès dépend de sa volonté et de sa capacité de présenter une demande d'intervention et de la position du juge par rapport à l'intérêt du mineur. Bien que des dispositions existent à ces effets, nous nous trouvons face à des opinions divergentes et une jurisprudence instable, y compris en ce qui a trait à la procédure d'intervention. Ainsi, dans *Droit de la famille – 09963*, le tribunal déplore l'intervention faite par les enfants en vertu de l'article 208 du *Code de procédure civile*, puisque ce type d'intervention ne permet pas au juge d'apprécier son bien-fondé et d'en déterminer les modalités, contrairement à une demande faite en vertu de l'article 394.1 Cpc⁸⁸. La juge Laberge regrette surtout le but de l'intervention, qui, dans l'affaire en cause, n'est pas de s'assurer que les enfants puissent être entendus, mais qui porte directement sur les droits d'accès du père. Comme les parents ne s'opposent pas à ce que leurs enfants soient représentés par avocat, le tribunal n'a pas la possibilité d'autoriser ou d'interdire l'intervention présentée en vertu de l'article 208 du *Code de procédure civile*⁸⁹. Vu ces circonstances et

86. *Alberta, supra* note 84 aux para 257 et s.

87. Voir Tippet-Leary, *supra* note 61. Pourtant, la recherche suggère que les enfants veulent être au courant de la procédure et se faire entendre. Voir notamment la revue de la littérature dans Paetsch et al, *supra* note 61 et dans Rachel Birnbaum, « Le point de vue de l'enfant dans la médiation et les autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends dans les cas de séparation et de divorce: une analyse documentaire », (Rapport de recherche), Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2009.

88. *Droit de la famille – 09963*, 2009 QCCQ 1728 (disponible sur CanLII), [2009] RDF 316. Cette approche est partagée par le juge Dubois dans *Droit de la famille – 112356*, 2011 QCCS 4099 (disponible sur CanLII).

89. Contrairement par exemple à *Droit de la famille – 2224*, 1995 CanLII 4607 (QC CA) ou *Droit de la famille – 112356*, *supra* note 88, où l'un des parents s'opposait à l'intervention, ce qui a permis au tribunal de déterminer s'il y avait lieu de l'autoriser. Dans la première affaire, la Cour supérieure avait refusé l'intervention; la décision a ensuite été infirmée par la Cour d'appel. Dans la deuxième affaire, le tribunal détermina qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait une intervention et a réitéré que c'est « de façon exceptionnelle qu'on devrait permettre à des enfants mineurs d'intervenir au dossier » (para 92). La Cour d'appel confirma cette décision, *Droit de la famille – 1293*, 2012 QCCQ 134 (disponible sur CanLII).

reconnaissant, comme les parents, que les enfants ont l'âge et la maturité nécessaires pour mandater un avocat, la juge décide finalement de maintenir l'intervention, mais en vertu de l'article 394.1 Cpc. Elle remet en cause l'opportunité du mécanisme de l'intervention, qui n'a jamais été revu en droit de la famille, et trouve que les procédures prévues à l'article 394.1 et même à l'article 211 du *Code de procédure civile* seraient des voies préférables, puisqu'elles permettent un contrôle de l'intervention par le tribunal⁹⁰. Ainsi la juge précise : « L'objectif poursuivi est de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu (art 34 CcQ) sous le contrôle du Tribunal, pas sous le contrôle des enfants »⁹¹. Dans une affaire ultérieure, la Cour d'appel du Québec suggère même qu'il se pourrait que des personnes choisissent la procédure d'intervention plutôt que la procédure de nomination, justement pour empêcher que le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire concernant la participation des enfants⁹².

Ces points de vue récents exprimés par les tribunaux contrastent avec la position adoptée par la Cour d'appel en 1995, dans une affaire où l'intervention d'enfants dans le litige de leurs parents avait été autorisée :

Les 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 à la représentation est différent de la représentation que le tribunal peut ordonner en vertu de l'article 394.1 C.p.c.; il appartient en propre à l'enfant⁹³.

90. L'article 211 Cpc dispose :

Un tiers peut demander à intervenir pour faire des représentations lors de l'instruction. Il doit pour ce faire informer les parties par écrit du but et des motifs de son intervention. Le tribunal peut l'y autoriser, s'il l'estime opportun, compte tenu des questions en litige et après avoir entendu les parties. [Nos italiques]

91. *Droit de la famille – 09963, supra* note 88 au para 65.

92. *Droit de la famille – 1293, supra* note 89 au para 3 : « on pourrait peut-être considérer que le choix stratégique de procéder par intervention [...] plutôt que par requête sous l'article 394.1, avait pour but de retirer au juge cette discrétion ». À noter que dans cette affaire, c'est clairement le père qui avait organisé la représentation des enfants, au lieu d'être une initiative de ceux-ci.

93. *Droit de la famille – 2224, supra* note 89 à la p 4.

On se trouve donc aujourd'hui face à une méfiance envers la procédure d'intervention elle-même et le rôle que peuvent jouer les parents dans cette représentation, contrairement aux affirmations antérieures en faveur des droits de l'enfant.

Un autre problème auquel on fait face est celui de l'attention que l'on accorde au mandat du procureur. Normalement, lorsque le tribunal reconnaît à une partie le statut d'intervenant en raison de son intérêt suffisant, « il n'a pas le pouvoir de limiter les droits de l'intervenant en circonscrivant le mandat de son avocat »⁹⁴. Pourtant, certains cas dans la jurisprudence laissent à penser qu'en dépit de ce principe bien établi, l'enfant ne peut aspirer ni au même respect ni à la même considération pour ses droits qu'un adulte.

Par exemple, dans l'affaire *D(J) c C(D)*⁹⁵, le procureur d'un des parents avait présenté une requête afin de faire remplacer l'avocate de l'enfant, en faisant valoir deux arguments ayant trait à la manière dont cette dernière représentait sa jeune cliente. Le tribunal conclut que puisque l'enfant n'avait subi aucun préjudice, la procureure pouvait demeurer au dossier. Il y a fort à parier que la Cour ne se serait pas livrée à un tel examen en présence d'un client majeur. Bien que le juge ajoute que « [l]e Tribunal [...] ne doit pas s'immiscer dans le travail de l'avocat à la légère. C'est uniquement dans les cas les plus graves, où à l'évidence l'incompétence de l'avocat causerait un préjudice certain à l'enfant, qu'il peut lui retirer son mandat »⁹⁶. Certains auteurs ont fortement critiqué cette approche, allant jusqu'à dire que si le tribunal avait accueilli la requête, cela « aurait constitué une déclaration que la saison de la chasse au procureur à l'enfant était ouverte »⁹⁷. Or, le simple fait que le tribunal ait examiné la requête plutôt que d'en déférer aux instances disciplinaires spécialisées, ainsi que la manière dont il s'y est pris pour le faire, laisse à croire que l'enfant ne bénéficie pas de la même protection dans sa relation avocat-client qu'un adulte.

De même, dans *AG c DW*⁹⁸, la Cour rejeta l'objection de la procureure pour enfants à toute question relative à la capacité de sa cliente de la mandater une fois l'intervention reçue. Alors que la juge Laberge

94. *Droit de la famille – 1549*, supra note 12.

95. *D(J) c C(D)*, 2004 RDF 182, JE 2004-179, REJB 2003-50946 (CS).

96. *Ibid* au para 22.

97. Michel Tétrault, « Chronique – Le procureur à l'enfant : une espèce protégée? », EYB 2004REP242 (REJB) à la p 8, en ligne : <<http://www.lareference.editionsyvonblais.com>>.

98. *AG c DW*, 2002 CanLII 24455 (QC CS).

nota qu'en l'absence de contestation de l'intervention, on ne peut remettre en question le mandat du procureur et la capacité de l'enfant de donner ce mandat, la Cour souligna qu'il est important « d'examiner toutes les circonstances factuelles précédant le mandat »⁹⁹. Cet examen servirait notamment à savoir si l'enfant a pu être influencé dans sa décision de recourir à cette mesure. Cette position amène les auteures Schirm et Vallant à se demander :

Si ce genre de questions ne peut être posé aux parents sur la façon dont ils ont engagé des procureurs ni le pourquoi d'un tel procureur, pourquoi le serait-il pour l'enfant? Le faire ouvrirait la porte à une possible discrimination, en plus de violer le secret professionnel et de laisser sous-entendre que les droits de l'enfant sont moins importants que ceux de ses parents. Agir ainsi minimise de façon flagrante le rôle de l'avocat à l'enfant¹⁰⁰.

Ces cas de jurisprudence sont donc révélateurs non seulement de la controverse qui persiste quant au rôle que doit jouer le procureur de l'enfant et de son mandat, mais aussi des incertitudes par rapport au droit à la représentation du mineur mature. Même si cette règle semble bien reconnue, elle paraît suffisamment malléable pour mener à des entorses aux règles normalement applicables à la relation avocat-client et au secret professionnel.

Quant à la procédure de nomination, elle n'est pas exempte de controverse non plus, et des opinions individuelles de juges démontrent comment l'opportunité de la représentation peut être mise en cause pour des raisons bien variées. Il importe ici de revenir surtout sur les propos du juge Pelletier dans l'affaire *MF c JL*, qui estime que « l'usage des pouvoirs conférés au tribunal par [l']article [394.1 du *Code de procédure civile*] doit être limité aux cas où un mineur [...] est en mesure d'exprimer sa volonté et où, ses intérêts étant en jeu, il y a lieu d'en faire un mis en cause »¹⁰¹. Cette opinion remet entièrement en question la représentation du jeune enfant, alors que la représentation par avocat permet de protéger de manière indépendante les intérêts des personnes vulnérables qui n'ont pas de connaissances juridiques. Schirm et Vallant s'expriment d'ailleurs ainsi :

99. *Ibid* au para 5.

100. Sylvie Schirm et Pascale Vallant, *La représentation des enfants en matière familiale: leurs droits, leur avenir*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2004 à la p 49.

101. *MF c JL et FL*, *supra* note 71 au para 63.

L'enfant qui n'est pas mature a également besoin de protection, d'aide et de conseils. [...]. À défaut [de pouvoir appliquer l'article 394.1 Cpc], le risque est grand de voir les plus vulnérables, soit les enfants qui ne sont pas capables de mandater, se retrouver sans aucune possibilité de représentation, sans aucune protection ni soutien judiciaire, leur voix étant complètement écartée du processus¹⁰².

Fort heureusement, les deux autres juges dans cette affaire n'ont pas exprimé la même réserve, mais ces différentes opinions démontrent que la représentation de l'enfant demeure une question controversée et que sans protection expresse par la loi, cette représentation dépend des attitudes des professionnels du droit à l'égard de l'enfant.

Force est de reconnaître que ces hésitations quant à l'opportunité de la représentation de l'enfant par avocat ne se cantonnent pas au Québec. Dans les provinces de common law, on préfère souvent, surtout dans les procédures de garde et d'accès, nommer à l'enfant un gardien *ad litem* ou un *amicus curiæ*, qui va conseiller le tribunal quant à l'intérêt de l'enfant. Toutefois, en s'appuyant sur la CDE, certains juges se sont prononcés de manière non équivoque en faveur de la représentation indépendante de l'enfant et d'une présomption de la capacité de l'enfant de mandater à partir d'un certain âge. Par exemple, en Nouvelle-Écosse, les juges Dyer et O'Neil sont d'avis que les tribunaux, en appliquant la loi qui permet au juge de donner le statut de partie à l'enfant de 12 ans et de lui nommer un avocat ou un gardien *ad litem* selon la capacité de l'enfant de mandater, devraient automatiquement prévoir la représentation séparée de l'enfant et privilégier la représentation par procureur par rapport aux autres options¹⁰³.

C. Formes et poids de l'expression de l'enfant

Comme nous l'avons vu en première partie, la représentation par avocat n'est pas la seule manière de veiller à ce que les opinions de l'enfant soient présentées devant le tribunal. La Cour dispose d'une diversité de moyens pour recueillir le point de vue de l'enfant, que ce soit par l'entremise d'un témoignage en cour, d'une rencontre informelle entre le juge et l'enfant ou de la représentation de l'enfant par

102. Schirm et Vallant, *supra* note 100 à la p 54.

103. Voir *Nova Scotia*, *supra* note 73 [juge Dyer] et *Nova Scotia (Community Services) v TC*, [2010] NSJ n° 87, 2010 NSSC 69 (disponible sur CanLII) [juge O'Neil] et *Children and Family Services Act*, SNS 1990, c 5, s 37.

procureur ou par un gardien *ad litem* ou un *amicus curiæ*. Plus indirectement, l'enfant peut être entendu à travers les expertises de psychologues ou de travailleurs sociaux, ou par lettres ou affidavits, ou encore par la parole d'autres témoins par ouï-dire. Le choix de recourir à ces différentes manières d'entendre l'enfant reflète les attitudes des professionnels du droit à l'égard de l'enfant, de ses capacités et de la perception qu'ont les adultes de son intérêt supérieur.

De manière générale, avec l'évolution de la législation dans le sens d'une acceptation plus large de la capacité de l'enfant à témoigner, on peut affirmer que le témoignage de l'enfant pose aujourd'hui peu de problèmes. Par contre, la perception quant à son intérêt va limiter le recours au témoignage ou en préciser les modalités. Ainsi, en matière de protection de la jeunesse, le fait de dispenser l'enfant de témoigner semble être courant dans la pratique¹⁰⁴, même si les juges rappellent souvent que cette dispense doit être exceptionnelle¹⁰⁵. Les juges vont souvent préférer rencontrer l'enfant de manière informelle dans la salle d'audience, plutôt que de le faire témoigner de manière formelle¹⁰⁶.

Cette pratique de rencontre entre le juge et l'enfant a fait l'objet de beaucoup de commentaires dans les provinces de common law. Le choix de procéder à une entrevue judiciaire (*judicial interview*) et la manière de procéder offrent une bonne illustration des hésitations des professionnels face à une forme de témoignage que l'on aurait tout intérêt à étendre. La doctrine et la jurisprudence modernes s'accordent à dire qu'il est important de connaître l'opinion de l'enfant, mais les points de vue divergent sur les manières d'entendre l'enfant, et plusieurs auteurs et praticiens s'opposent aux entrevues judiciaires ou expriment des réserves par rapport à cette pratique¹⁰⁷. Il nous semble que cette résistance provienne en grande partie du fait que le concept en question semble englober deux situations : celle de l'enfant assigné

104. Pauline R Laforce, « Le témoignage de l'enfant en matière de protection de la jeunesse », Congrès du Barreau du Québec, juin 2010, en ligne : Centre d'accès à l'information juridique (CAIJ) <https://biblio.caij.qc.ca/pdf/CDB10_Rlaforce_58.pdf>. Un examen de la jurisprudence récente démontre aussi que les demandes de dispense sont généralement accordées, surtout lorsqu'il y a accord des parties. Voir également Bala, Talwar et Harris, *supra* note 28 à la p 238.

105. Voir notamment *Protection de la jeunesse – 0831*, 2008 QCCQ 3541 (disponible sur CanLII).

106. Nicholas Bala et al, « Children's Voices in Family Court: Guidelines for Judges Meeting Children » (2013) 47 : 3 Fam LQ 381.

107. Bala, Talwar et Harris, *supra* note 28; Dan L Goldberg, « Judicial Interview of Children in Custody and Access Cases: Time to Pause and Reflect », Conférence Family Law: The Voice of the Child, présentée à la Law Society of Upper Canada, Toronto, 10 mars 2010 [non publiée], en ligne : <<http://flao.org/wp-content/uploads/2011/11/2011/10/28-Judicial-Interviews-Article-2.pdf>>.

comme témoin et qui sera interrogé par le juge, et celle du juge qui rencontre l'enfant de manière informelle¹⁰⁸. Les auteurs s'accordent à dire que de faire formellement témoigner l'enfant peut être traumatisant pour celui-ci et qu'il n'est pas dans son intérêt de lui demander sa préférence concernant les questions de garde. Plusieurs expriment aussi des inquiétudes à l'égard de certaines pratiques qui consistent pour le juge à rencontrer l'enfant en privé, sans balises quant à la nécessité et au but de cette rencontre, aux personnes qui doivent ou non être présentes et à la divulgation du contenu de l'entretien. Il n'y a donc pas d'unanimité parmi les juges et les avocats quant à l'utilité de telles rencontres individuelles ni quant aux modalités de ces rencontres¹⁰⁹. Nombreux sont les juges qui sont peu à l'aise avec l'idée de rencontrer l'enfant lors d'une entrevue, même si cette pratique est en croissance dans certaines provinces¹¹⁰. Il n'est pas étonnant que sans formation et parfois sans expérience de contact avec les jeunes, les praticiens du droit se sentent mal outillés pour s'entretenir avec un enfant dans un contexte de conflit parental¹¹¹. Pourtant, on aurait intérêt à étendre cette pratique, dont l'avantage est au moins double, tel qu'il ressort de l'argumentaire de Mamo et Gauvreau. En effet, l'entrevue judiciaire permet de respecter le droit de l'enfant de s'exprimer et de participer d'une manière qui ne soit pas intimidante pour lui, et d'offrir au juge un meilleur aperçu de la situation de l'enfant, ce qui lui permettra de mieux cerner l'intérêt supérieur de celui-ci¹¹². Il ne s'agit pas de demander la préférence de l'enfant quant à la garde, mais plutôt d'avoir une discussion avec lui sur son contexte. Certains jugements offrent des indications précieuses sur ces entrevues et peuvent servir d'outils pour les magistrats qui souhaiteraient s'entretenir avec des enfants¹¹³. Un jugement de la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan offre une bonne illustration d'une pratique qui respecte l'enfant et qui permet au juge de mieux connaître l'enfant. Le juge Sandomirsky y expose les étapes et les précautions qui ont été prises

108. Sur la confusion en matière de témoignage, voir aussi Lavallée, *supra* note 24 à la p 149.

109. Voir par exemple Luce Bourassa, *La parole de l'enfant en matière de garde*, Markham (Ont), LexisNexis Canada, 2007 aux pp 143-45.

110. Voir notamment Tippet-Leary, *supra* note 61.

111. Voir Gretchen Drummie, « Listening to Children's Voices », *Can Law* (5 mars 2012) 37.

112. Alfred A Mamo et Danielle Gauvreau, « Judicial Interviews of Children in Custody/Access Disputes » dans *Family Law Summit et al, 7th Annual Family Law Summit*, Toronto, Continuing Professional Development, Law Society of Upper Canada, 2013.

113. Voir par exemple *LEG v AG*, 2002 BCSC 1455 (disponible sur CanLII), [2002] BCJ n° 2319 sur une approche centrée sur l'enfant.

pour une entrevue avec l'enfant de 12 ans, y compris le fait que la rencontre avait eu lieu en dehors de la présence des parties, mais que le juge était accompagné d'un employé de la cour. Le juge y expose aussi les questions de confidentialité et la façon d'expliquer à l'enfant la raison et le déroulement de l'entrevue¹¹⁴. Ce qui est particulièrement remarquable dans cette affaire, c'est la lettre adressée à l'enfant et annexée au jugement, dans laquelle le juge lui explique le jugement dans un langage adapté et le remercie de l'avoir rencontré.

Outre la question de la forme que prend l'expression de l'enfant, demeure la question du poids qu'il convient de donner à l'opinion de l'enfant. Les tribunaux sont-ils face à une simple obligation de consultation ou ont-ils certaines obligations quant à l'influence que l'opinion de l'enfant devrait avoir dans la détermination de l'intérêt de l'enfant ou dans l'issue de l'affaire de manière générale? La CDE relie le poids donné à l'opinion de l'enfant à l'âge et au degré de maturité de celui-ci: « [les] opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité » [notes omises]¹¹⁵.

L'affaire *AC c Manitoba* de la Cour suprême du Canada est aujourd'hui l'arrêt de principe en ce qui concerne le poids à donner à l'opinion de l'enfant. Bien que cette décision concerne le consentement aux soins de santé, les tribunaux ont fait référence à cet arrêt en droit de la famille et en protection de la jeunesse¹¹⁶. Selon la Cour:

Plus le tribunal est convaincu que l'enfant est capable de prendre lui-même des décisions de façon mature et indépendante, plus il accordera de poids à ses opinions [...]. Dans certaines affaires, les tribunaux seront inévitablement tellement convaincus de la maturité de l'enfant que [...] la volonté de l'enfant deviendra le facteur déterminant. Si, après une analyse approfondie et complexe de la capacité de la jeune personne d'exercer son jugement de façon mature et indépendante, le tribunal est convaincu qu'elle a la maturité nécessaire, il s'ensuit nécessairement, à mon avis, qu'il faut respecter ses opinions¹¹⁷.

114. *Haberman v Haberman*, 2011 SKQB 415 aux para 159-178, voir surtout para 173, [2011] SJ n° 688, 366 Sask R 79.

115. Art 12(1) CDE.

116. Par exemple, *Droit de la famille – 091832*, 2009 QCCS 3340 au para 100 (disponible sur CanLII): « Les décisions concernant l'intérêt de l'enfant, son état de santé et sa protection doivent, dorénavant, être interprétées à la lumière de cet arrêt de la Cour suprême ».

117. *AC c Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 RCS 181 au para 87.

Le souhait de l'enfant est donc une composante de l'intérêt de l'enfant, et plus l'enfant gagne en âge et en maturité, plus cette composante devient un élément déterminant de l'intérêt supérieur de l'enfant. Des jugements en matière de garde et d'accès semblent arriver à des conclusions similaires, c'est-à-dire qu'un enfant qui a l'âge et la maturité nécessaires devrait pouvoir être entendu et que ses souhaits devraient avoir un poids important dans la prise de décision¹¹⁸.

Pourtant, l'application de ce principe semble toujours poser problème. Par exemple, dans un jugement récent de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la Cour infirme une décision où le juge de première instance avait omis de considérer correctement le point de vue d'un enfant de 14 ans dans un procès sur la garde d'enfants¹¹⁹. Selon la Cour d'appel, l'enfant avait été très clair en se prononçant sur la garde et il avait donné des raisons convaincantes pour expliquer ses préférences. Pour la juge Prowse de la Cour d'appel, l'opinion du garçon est un facteur convaincant dans la décision concernant la garde. Il est à noter que les frères de l'adolescent, qui avaient tous deux six ans, n'avaient même pas été consultés vu leur âge.

Au Québec, ce sont surtout des balises d'âge qui semblent guider l'importance que l'on accorde au point de vue de l'enfant. Selon la jurisprudence, l'opinion de l'enfant de 12 ans ou plus sera largement déterminante en matière de droit de la famille, alors que celle de l'enfant âgé de 8 à 11 ans « sera fortement pris[e] en considération par le tribunal à moins que la preuve n'établisse que cela va à l'encontre de son intérêt »¹²⁰. Le Comité des droits de l'enfant insiste sur le fait que l'âge seul ne peut déterminer l'importance à accorder à l'opinion de l'enfant¹²¹ et, de fait, l'âge n'est pas toujours garant de la maturité

118. Voir *Druwe v Schilling*, 2010 MBQB 75 (disponible sur CanLII) avec des références à *Ellis v Ismond*, [2000] OJ n° 206 (Sup Ct) (QL) et à *O'Connell v McIndoe*, 42 RFL (4^e) 77, 56 BCLR (3d) 292, 1998 CanLII 5835 (BC CA), dans lesquels il était question d'enfants de 14 et 13 ans respectivement. Dans cette dernière affaire, le juge Donald fait preuve de pragmatisme au lieu de se fonder sur les droits de l'enfant : « *In order for custody orders relating to children in their teens to be practical, they must reasonably conform with the wishes of the child* » (au para 13). Le même point de vue est exprimé par Bernd Walter, Janine A Isenegger et Nicholas Bala, « 'Best Interests' in Child Protection Proceedings: Implications and Alternatives » (1995) 12 Can J Fam L 367 à la p 398.

119. *Stav v Stav*, 2012 BCCA 154, [2012] BCJ n° 673.

120. *Droit de la famille – 072340*, 2007 QCCS 4522 aux para 62 et 63 (disponible sur CanLII).

121. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12, supra* note 18 au para 29.

de l'enfant. Selon le Comité, « le degré de maturité fait référence à l'aptitude de l'enfant à comprendre et à évaluer les implications d'une question donnée »¹²².

De manière plus large, les tribunaux québécois ont affirmé que « le tribunal doit réserver une place importante au choix de l'enfant *dans la mesure où son désir correspond à son meilleur intérêt* » [nos italiques]¹²³. Voilà que refait surface le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont le lien avec les droits de participation de l'enfant demeure nébuleux. Se pose notamment la question de savoir si le fait que l'opinion de l'enfant soit en accord avec ce que le juge pense être dans son intérêt supérieur est une marque de maturité de l'enfant¹²⁴, et si cela se refléterait dans le poids à donner à son opinion¹²⁵. La relation mal définie entre l'intérêt et les droits de l'enfant rajoute au pouvoir discrétionnaire du juge. Il serait certainement avantageux pour l'enfant et pour son accès à la justice que des précisions puissent être apportées, que ce soit par l'entremise de développements législatifs ou de l'adoption de directives pour les praticiens du droit. Ceci devrait être fait en tenant compte de la définition de la maturité en droit international, en tant que notion distincte de l'âge qui doit être évaluée au cas par cas par rapport aux capacités évolutives de compréhension et d'expression de l'enfant.

D. Les recours en justice

Nous avons constaté, à l'étude des dispositions législatives, que les recours en justice exercés par l'enfant sont l'exception, la règle étant que les enfants sont représentés par leurs tuteurs. Les exceptions de l'article 159 CcQ sont liées à l'exercice de ses droits civils par le mineur lui-même, puisqu'on mentionne l'acte à l'égard duquel il peut agir seul. Devraient ainsi être compris les cas dans lesquels le mineur peut contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels¹²⁶.

122. *Ibid* au para 30.

123. *BS c N Sp*, *supra* note 27 au para 23, faisant référence à *Droit de la famille – 2829*, [1997] RDF 886 (CS).

124. Sur le lien entre l'intérêt supérieur et la capacité d'une personne de prendre des décisions la concernant, voir Mona Paré, « Of Minors and the Mentally Ill: Re-Positioning Perspectives on Consent to Health Care » (2011) 29 Windsor YB Access Just 107.

125. Voir notamment Walter, Isenegger et Bala, *supra* note 118 à la p 397.

126. Art 157 CcQ.

Une étude de la jurisprudence révèle des points intéressants, qui démontrent à quel point la participation directe de l'enfant en justice demeure exceptionnelle.

Premièrement, la jurisprudence nous montre que même lorsque l'on est en présence d'actes que les mineurs peuvent poser seuls, ce sont les tuteurs des mineurs qui les représentent en justice, qu'il s'agisse de contracter avec une équipe de hockey pour pratiquer le sport ou avec un magasin d'esthétique pour un perçage¹²⁷. L'affaire *Roussin Parfumerie* démontre plus particulièrement que même si les parents exercent des recours au nom de leur enfant, il peut y avoir une absence de vision commune entre les parents et l'enfant. En l'espèce, les parents, qui s'opposaient au perçage du nombril de leur fille, intentaient une action en justice contre l'entreprise qui était responsable du perçage effectué sans leur consentement et demandaient des dommages-intérêts pour leur enfant¹²⁸. Pourtant, dans les faits, peut-il s'agir d'une représentation de l'enfant, puisque ce sont les parents qui se sentent lésés dans l'exercice de leur autorité parentale? Cette affaire illustre bien les tensions qui peuvent constituer un obstacle à l'accès à la justice des mineurs.

Deuxièmement, les tribunaux se sont montrés réticents à reconnaître à l'enfant le droit d'agir seul en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale, et ont insisté sur le caractère exceptionnel d'une telle action¹²⁹. La Cour d'appel précise en effet que cette possibilité ne doit pas être accordée à la légèreté¹³⁰. Dans l'affaire *Droit de la famille – 09746*, qui concernait un conflit entre deux parents quant à l'exercice de l'autorité parentale, la Cour d'appel autorisa la requête faite par une fille de 12 ans, qui avait démontré sa capacité de prendre des décisions et d'exprimer ses attentes en contactant elle-même l'avocat. Cependant, la Cour prit bien le soin de noter qu'elle aurait pu aussi bien confirmer la décision de la Cour supérieure si celle-ci avait refusé à la fille le droit d'agir, puisque les faits démontraient que la mère de l'enfant était prête à continuer les procédures en son nom. Ainsi, la Cour

127. *Di Ruocco c Association de hockey mineur Les Étoiles de l'Est inc.*, 2007 QCCQ 5921 (disponible sur CanLII); *Bédard c Roussin Parfumerie inc.*, 2006 QCCQ 1074 (disponible sur CanLII), [2006] RL 56.

128. *Ibid.*

129. Nos propos concernent l'exercice de l'autorité des parents du mineur à son égard et non celui exercé par le mineur à l'égard de son enfant.

130. *Droit de la famille – 09746*, *supra* note 35 au para 56.

d'appel accordait finalement peu d'importance au droit de l'enfant de saisir les tribunaux, par rapport à la nécessité de statuer sur la question en litige, qui touchait le conflit entre les parents.

Un exemple qui confirme l'interprétation restrictive de l'article 159 du *Code civil* est l'affaire *D(K) c R(J)*, dans laquelle la Cour supérieure refusa à des enfants de 13 et 14 ans l'autorisation d'intenter seuls une requête concernant les droits d'accès de leur mère. La Cour rappela que :

[L]es droits d'accès sont un démembrement du droit de garde, lequel est un attribut de l'autorité parentale. Il appartient donc aux parents, sauf dans des cas particuliers, d'intenter les procédures pour faire valoir ces droits, bien que ceux-ci bénéficient à l'enfant¹³¹.

L'autorisation permise par l'article 159 CcQ ne doit s'accorder que dans des cas d'exception, notamment s'il existe un conflit entre l'enfant et son tuteur, qui pourrait intenter l'action en son nom, ce qui n'était pas le cas en l'espèce :

C'est aux requérants de démontrer qu'il existe des intérêts opposés entre eux et leur père, le parent gardien, lequel est d'ailleurs leur tuteur légal. Dans la présente affaire, la requête ne contient aucun motif justifiant les enfants d'intenter seuls le présent recours. De plus, la plaidoirie de l'avocate des enfants ne me convainc pas que ses clients sont justifiés d'intenter la présente requête en raison d'un conflit réel entre eux et leur père, en raison de l'impossibilité d'agir de celui-ci ou de son refus d'agir en leurs noms¹³².

Pourtant, il est curieux que l'accord du parent gardien ait souvent été retenu comme la raison de permettre un recours par des enfants. Au lieu d'une opposition entre les points de vue de l'enfant et du tuteur, ce qui empêcherait le tuteur d'intenter une action au nom de son enfant, on cite justement le consentement du tuteur et même le fait que si l'enfant n'avait pas intenté d'action en justice, le tuteur aurait été prêt à intenter le recours lui-même¹³³. Un autre illogisme, du moins du point de vue des droits de l'enfant, réside dans le fait que les

131. *D(K) c R(J) (Tuteur de)*, 2003 CanLII 31984 (QC CS) au para 39.

132. *Ibid* au para 46.

133. *Droit de la famille – 09746*, *supra* note 35; *Droit de la famille – 091926*, 2009 QCCS 3441 (disponible sur CanLII); *Droit de la famille – 12563*, 2012 QCCS 1121 (disponible sur CanLII).

tribunaux ont accueilli des requêtes en déchéance parentale et en changement de garde, mais pas en ce qui concerne la tutelle et l'administration des biens¹³⁴. Il est illogique qu'un mineur puisse recourir aux tribunaux pour permettre à une autre personne que ses parents de présenter des demandes administratives en son nom, mais qu'il ne puisse pas demander qu'une autre personne administre ses biens. Ce manque de cohérence illustre encore une fois les difficultés d'application de la loi en ce qui concerne l'accès à la justice des enfants et démontre les difficultés de cerner juridiquement les relations parent-enfant et leurs conséquences sur les actions en justice.

E. Directives à la disposition des professionnels du droit

Plusieurs auteurs ont déjà noté dans le passé les difficultés d'application des dispositions législatives qui touchent à la participation de l'enfant dans les procédures judiciaires et surtout, en ce qui a trait aux questions de garde¹³⁵. Il ressort de l'imprécision des dispositions législatives, ainsi que des hésitations de la jurisprudence, un besoin de directives, qui permettraient de guider les praticiens du droit dans l'exercice de leur profession lorsqu'ils ont affaire à des enfants. Alors qu'il existe déjà un certain nombre de tentatives d'élaboration de conseils dans ce domaine, ceux-ci sont insuffisants par leur nature ou leur portée.

Nous nous pencherons en premier sur le mémoire du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par avocats, qui se veut un instrument de réflexion et un outil de travail destiné à servir de guide aux praticiens¹³⁶. Bien que ce mémoire ne traite que d'un aspect de l'accès à la justice des enfants, il s'agit d'un aspect essentiel et peut-être même celui qui pose le plus de problèmes dans toutes les juridictions canadiennes. Ce mémoire, qui a été publié en 1995 et qui a ensuite été révisé en 2006¹³⁷, incorpore des recommandations essentielles pour

134. Comparer *Droit de la famille – 113456*, 2011 QCCS 5856 (disponible sur CanLII) avec *Droit de la famille – 2118*, [1995] RDF 39.

135. Voir notamment Renée Joyal et Anne 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; Bourassa, *supra* note 109; Moore, Bideau-Cayre et Lemay, *supra* note 6.

136. Barreau du Québec, 1995, *supra* note 7 à la p 66 et Barreau du Québec, 2006, *supra* note 8 à la p 75.

137. *Ibid.*

le respect des droits de participation de l'enfant dans le contexte judiciaire québécois. Ce qui frappe en premier à la lecture de ces deux mémoires est, comme nous l'avons déjà noté, la reprise en 2006, par le Barreau, de la quasi-totalité des recommandations faites en 1995. Peut-on donc affirmer que l'on prend l'accès à la justice des enfants au sérieux?

Parmi les multiples recommandations, nous aimerions souligner d'abord la question des règles déontologiques. Tel que le Comité sur la représentation des enfants par avocat l'a suggéré dans son mémoire de 1995, puis réitéré en 2006¹³⁸, l'adoption de règles de déontologie particulières au procureur à l'enfant permettrait de mieux encadrer une pratique qui n'est soumise à aucune disposition législative en dépit de son importance et de sa spécificité. Bien que le Conseil général du Barreau ait transmis au Comité de déontologie du Barreau du Québec la recommandation du Comité concernant la modification du Code de déontologie des avocats, les changements se font toujours attendre¹³⁹. Cette situation est déplorée par les avocats qui travaillent avec les enfants et qui notent les lacunes du Code de déontologie des avocats par rapport à la pratique¹⁴⁰.

Il s'agit là d'une situation regrettable, car bien que l'enfant doive bénéficier d'une représentation au même titre qu'un adulte, il est évident que les obligations professionnelles du procureur envers son jeune client doivent être abordées d'une façon différente¹⁴¹. La notion de temps, qui est différente chez l'enfant, de même que la nécessité de conseiller l'enfant d'une manière particulière et l'importance de la vulgarisation de la preuve et de la procédure sont des éléments qui doivent moduler la pratique du procureur à l'enfant. De plus, puisque l'enfant est parfois incapable de bien relater tous les faits de sa situation, l'avocat doit prendre des dispositions afin de rencontrer l'entourage de son client et obtenir les renseignements nécessaires au

138. *Ibid*, recommandation 16.

139. *Ibid* à la p 38.

140. Voir Hughes Létourneau, «L'avocat de l'enfant à protéger, aux frontières du droit et de la clinique» dans Moore, Bideau-Cayre et Lemay, *supra* note 6, 145 aux pp 145-58; Dominique Trahan, «Survolt sur la représentation des enfants "sans voix" dans le cadre de la Loi sur la protection de la jeunesse» dans Moore, Bideau-Cayre et Lemay, *supra* note 6, 165 à la p 178.

141. Renée Joyal, «Droit de la famille. Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde. Pratique et perceptions d'avocats» (2002) 62 R du B 449 à la p 453; Sylvie Schirm, «L'enfant: ce client exigeant!» dans Moore, Bideau-Cayre et Lemay, *supra* note 6, 239.

dossier¹⁴². Une reconnaissance formelle de ces éléments, plutôt que leur utilisation par les procureurs à l'enfant à titre de simple guide¹⁴³, serait dès lors appropriée.

En plus des règles de déontologie, le comité du Barreau recommandait la création d'un poste de syndic adjoint pour enfants. Le Conseil général du Barreau n'avait pas retenu cette recommandation; il a plutôt recommandé que deux adjoints au syndic soient spécialisés dans la question de la représentation de l'enfant par avocat. Le mémoire de 2006 note qu'il faudrait donner suite à cette recommandation. Ces recommandations font référence à la nécessité d'avoir un organisme de consultation et de référence, ainsi qu'à la formation des avocats. Le comité recommande que les fonctions du syndic adjoint visent à informer les enfants de leur droit à la représentation, à conseiller les avocats représentant les enfants, à surveiller les actes professionnels des avocats et à contrôler l'inscription des avocats sur une liste de procureurs accrédités¹⁴⁴.

À la lumière de ces besoins, il nous semblerait aussi intéressant, mais certainement plus ambitieux, d'étudier les formules utilisées dans d'autres provinces. On peut se demander si des systèmes, tels que le Bureau de l'avocat des enfants de l'Ontario, ou *Legal Representation for Children and Youth* (service de représentation du défenseur provincial des enfants) en Alberta¹⁴⁵, permettraient de regrouper les avocats ayant une formation en droit de l'enfance et une expérience en représentation des mineurs dans différents secteurs. Ces bureaux permettraient de contrôler les agissements de ces avocats, de garantir une spécialisation des avocats qui travaillent avec des enfants, ainsi que d'éviter la perte de temps et les controverses face aux contestations parentales quant au choix de l'avocat en matière de droit de la famille. En effet, un bureau provincial d'avocats pour enfants pourrait permettre une représentation des enfants avec plus d'uniformité et moins de débats quant au choix de l'avocat et de son rôle. Le revers de la médaille serait bien entendu la perte du libre choix de l'avocat, une question ayant mené à des controverses en protection de la

142. Clair, *supra* note 54.

143. Barreau du Québec, 2006, *supra* note 8 à la p 39.

144. *Ibid* à la p 66.

145. Voir Bureau de l'avocate des enfants, en ligne: ministère du Procureur général <<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/ocl/Default.asp>> et *Legal Representation for Children and Youth*, en ligne: Office of the Child and Youth Advocate <http://advocate.gov.ab.ca/home/LRCY_home.cfm>.

jeunesse¹⁴⁶. Il faut alors se demander si l'accès à la justice des enfants est mieux servi par un libre choix d'un avocat dans le secteur privé, ce qui entraîne des disputes potentielles entre les parties au litige, ou par la création d'un bassin d'avocats spécialisés, dont le travail serait encadré notamment par des règles de déontologie spécifiques.

En matière de témoignage des enfants, on pourrait se pencher sur des directives qui sont énoncées en Ontario. La question des entrevues d'enfants par les juges fait actuellement l'objet d'un examen plus particulier, notamment en vue de déterminer les instances dans lesquelles ces entrevues sont recommandées, ainsi que pour guider le déroulement des entrevues¹⁴⁷. Certains auteurs ont mis la main à la pâte; ainsi, Bala, Birnbaum, Cyr et Colley proposent des directives qui guideraient les juges sur l'opportunité de rencontrer un enfant, l'objet de la rencontre, le lieu et le moment de la rencontre, la préparation de l'enfant à cette rencontre, les personnes présentes et l'enregistrement de la rencontre¹⁴⁸. Selon ces auteurs, le but principal d'une telle rencontre est de donner l'occasion à l'enfant d'être entendu et de lui faire comprendre la procédure et les enjeux. Cette approche est donc compatible avec une approche respectueuse des droits de l'enfant, puisqu'elle permet un contact direct entre l'enfant et le décideur, sans qu'il s'agisse d'un interrogatoire. Les autres suggestions portent sur la nécessité de rassurer l'enfant et de respecter ses droits.

Un exemple de directives dans un domaine bien particulier est celui du Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario (TEDO), qui a énoncé des renseignements portant sur la participation de l'enfant à l'audience¹⁴⁹. Ce document adopte une approche prudente à l'égard du témoignage, qui semble dépendre entièrement de la décision des parents. Le TEDO exhorte les parents à considérer les raisons pour lesquelles ils voudraient que leur enfant comparaisse devant le tribunal et à être conscients du fait que la comparution puisse être difficile pour un enfant, notamment à cause de la longueur des audiences et du stress causé par l'interrogatoire. Le TEDO a aussi adopté une

146. Anne Fournier, « Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse » (1996) 37 : 4 C de D 971 aux pp 985-86.

147. Drummie, *supra* note 111 à la p 37.

148. Bala et al, *supra* note 106.

149. Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, « Renseignements pour les parties », 2011, aux para 7.6-7.10, en ligne : TEDO <<http://www.oset-tedo.ca/fre/pdfs/information09f.pdf>>.

directive sur l'élève comme témoin, qui indique qu'avant de prendre une décision concernant l'opportunité de faire témoigner un enfant, il faut tenir compte de son âge et de sa maturité, ainsi que de ses capacités intellectuelles, psychologiques et physiques¹⁵⁰. L'enfant témoin, qui devra prêter serment ou promettre de dire la vérité, pourra profiter d'aménagements prévus à l'avance, tels que des adaptations particulières compte tenu du handicap de l'enfant, la possibilité d'un témoignage à huis clos et la présence d'une personne soutien à l'élève, autre que les parents¹⁵¹.

Malgré sa position réservée sur la question, le TEDO note que le fait de témoigner donnera à l'enfant l'occasion de s'exprimer au sujet d'un placement et des services et programmes d'enseignement destinés à l'enfance en difficulté qu'il préférerait¹⁵². Le document de renseignements pour les parties demande que les parents qui souhaitent faire témoigner leur enfant le préparent à assister à l'audience, et suggère qu'ils demandent à une personne de soutien de l'accompagner. On suggère aussi de discuter avec l'enfant, de lui faire visiter la salle d'audience, de lui fournir des renseignements qui lui permettront de comprendre le processus et de lui donner des conseils pratiques sur le rôle de témoin. Le document prévoit également la possibilité que l'enfant puisse participer en simple observateur. Les renseignements et directives sont un complément pratique à la loi. Bien qu'ils ne s'adressent qu'aux parties, ils démontrent une sensibilité particulière des membres du tribunal à l'égard de l'enfant et de sa place dans le système de justice.

Le Québec aurait grand intérêt à s'inspirer d'approches issues d'autres provinces, qui sont compatibles avec la CDE et son interprétation par le Comité des droits de l'enfant¹⁵³. D'ailleurs, les observations générales du Comité des droits de l'enfant constituent elles-mêmes des directives qui pourraient être adaptées à la situation du Québec. Il est peu probable que les praticiens s'y réfèrent directement, puisque les documents internationaux sont peu connus à l'échelle interne.

150. Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, « Directive de pratique ayant trait à l'élève comme témoin », septembre 2009, en ligne: TEDO <<http://www.oset-tedo.ca/fre/pdfs/summonsStudentsf.pdf>>.

151. *Ibid.*

152. Tribunal de l'enfance en difficulté de l'Ontario, *supra* note 149 au para 28.

153. Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12, supra* note 18 au para 42.

Force est de reconnaître que les références aux documents des organes de suivi des conventions internationales des droits de la personne sont rares dans la jurisprudence¹⁵⁴. Ainsi, des directives formulées pour le Québec qui s'inspireraient des travaux du Comité permettraient de concevoir une pratique axée sur les principes fondamentaux des droits de l'enfant, comme celui du choix de l'enfant quant à l'opportunité de s'exprimer et aux différentes manières de le faire, la possibilité pour l'enfant de s'exprimer de manière indépendante, c'est-à-dire sans influence ni pression, d'être entendu de la manière la plus directe possible, sans interprétation ni déformation de ses propos, et de participer aux procédures de manière volontaire tout en étant protégé et sécurisé.

CONCLUSION

Les constatations qui ressortent de cette étude mettent en relief les imprécisions de la législation concernant la place de l'enfant dans les procédures judiciaires, ainsi que les différences qui existent entre les domaines du droit. Il est clair que l'enfant a les droits les plus étendus et les mieux définis dans le domaine de la protection de la jeunesse. C'est dans le domaine du droit de la famille, et particulièrement dans les procédures liées à la garde, qu'il existe le plus d'hésitations et de controverses quant à l'étendue des droits de l'enfant. Quant aux autres domaines, et notamment en ce qui a trait aux procédures administratives, les droits procéduraux de l'enfant ne sont qu'embryonnaires. En effet, plusieurs domaines du droit, comme celui de l'immigration, ne sont même pas considérés comme faisant partie du « droit de l'enfance ». Pourtant, les enfants ont des intérêts dans plusieurs domaines, et comme l'exige la CDE, les enfants doivent pouvoir s'exprimer sur toute question qui les intéresse.

La jurisprudence, quant à elle, est révélatrice de la confusion engendrée par l'imprécision et le manque d'uniformité sur le plan législatif. Il ressort de la jurisprudence des indices sur les attitudes des professionnels du droit par rapport aux enfants, et on constate que ces

154. Pour un exemple d'utilisation de ces commentaires, mais qui a été formulé de manière non exhaustive et qui en fait contredit la position du Comité des droits de l'enfant, voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (PG)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 RCS 76 au para 33.

attitudes sont fort variées. On aurait pu croire, après certains jugements, qu'on avait atteint des niveaux élevés dans la reconnaissance des droits de participation et des droits judiciaires des enfants, mais on remarque à la lecture de jugements minoritaires et de jugements subséquents que rien n'est acquis.

De même, on constate que la relation entre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant, dont surtout les droits de participation, est moins claire et moins harmonieuse que l'on aimerait croire. Bien que l'on ne soit pas dans une situation d'opposition de ces deux principes, comme à l'époque de l'adoption de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, on note bien que les affirmations concernant la complémentarité et l'indissociabilité des intérêts et des droits de l'enfant reposent plus sur des souhaits que sur des solutions concrètes.

On peut donc conclure qu'en l'absence de modifications aux différentes lois en vue d'accorder aux enfants de meilleures garanties judiciaires et plus de précisions quant aux droits qui permettent à l'enfant d'accéder à la justice, il est nécessaire que les praticiens du droit puissent se référer au moins à des directives claires sur ce sujet. Le Mémoire du Barreau sur la représentation de l'enfant par avocat offre une bonne base et des conseils pratiques, notamment sur les questions de confidentialité, de maturité de l'enfant, de disponibilité de l'avocat, et de langage à adopter avec l'enfant. Cependant, ces recommandations ne concernent qu'un aspect de l'accès à la justice de l'enfant et, qui plus est, n'ont pas été mises en œuvre de manière sérieuse. Il est impératif d'adopter des directives qui concernent aussi les autres aspects de l'accès à la justice, tels que le témoignage ou la possibilité d'ester en justice, et d'aborder de manière pratique l'interaction entre l'intérêt supérieur de l'enfant et ses droits de participation.

Pour que ces directives soient mises en œuvre, il serait judicieux de penser à des changements au sein des institutions et dans la formation des juristes. Une institution telle que le Bureau de l'avocat des enfants de l'Ontario, bien qu'il soit imparfait en ce qui a trait à la représentation qu'il offre, serait tout de même un bon exemple pour les autres provinces, pourvu que la mise en place d'une telle institution permette d'élaborer au sein du système de justice une expertise en droit de l'enfance et de mettre en place des règles claires quant au rôle de l'avocat, aux manières de recueillir l'opinion de l'enfant et de faire entendre sa parole devant le juge. Une approche plus uniforme aurait certainement aussi une influence positive sur la manière dont les juges

eux-mêmes traitent des affaires impliquant des enfants. Avec une attitude plus positive, proactive et fondée sur le droit international, on ose espérer que l'accès à la justice des enfants ne soit plus, en reprenant les mots du juge en chef Nicholson de la *Family Court Law of Australia*, « a Cinderella area of law »¹⁵⁵.

155. Expression utilisée en relation avec la représentation des enfants dans le domaine du droit de la famille, citée par William Keough, « The Separate Representation of Children in Australian Family Law – Effective Practice or Mere Rhetoric » (2002) 19: 2 Can J Fam L 371 à la p 372.