

MÉMOIRE

***LA REPRÉSENTATION
DES ENFANTS PAR AVOCAT
DIX ANS PLUS TARD***

Mai 2006

MÉMOIRE

LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT – DIX ANS PLUS TARD

CE MÉMOIRE A ÉTÉ APPROUVÉ
PAR LE COMITÉ ADMINISTRATIF
LE 14 JUIN 2006

Dépôt légal – Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada
2^{ième} trimestre 2006

LE BARREAU DU QUÉBEC

Le Barreau du Québec regroupe plus de 20 000 membres en règle. Ses effectifs comptent près de 47 % de femmes. Il a comme principal mandat d'assurer la protection du public. Pour ce faire, il doit veiller à la discipline de la profession, au respect de la déontologie ainsi qu'à la vérification de la compétence, tant de ses membres que des personnes qui veulent joindre ses rangs.

Créé en 1849, le Barreau du Québec a abordé le 21^{ème} siècle fort de ses 150 années d'existence marquées par de nombreuses transformations. Celles-ci n'ont toutefois nullement altéré le rôle du Barreau comme institution essentielle à la protection des valeurs d'une société libre et démocratique comme la nôtre. À ce titre, il veille à assurer la primauté du droit, à maintenir la séparation des pouvoirs, à promouvoir l'égalité de tous devant la loi et à protéger l'équilibre souvent précaire entre les droits du citoyen et les pouvoirs de l'État.

MEMBRES DU COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT¹

Les avocats ayant participé aux travaux et ayant été désigné membres du Comité sont :

M^e Claire Bernard
Conseillère juridique, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

M^e Lizette Gauvreau
Directrice, Aide juridique Gatineau, secteur Hull, section famille-jeunesse.

M^e Sylvie Lagacé
Substitut du procureur général, Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, Montréal.

M^e Monique Lavallée
Chiasson et Lavallée, Centre jeunesse de l'Estrie, Sherbrooke.

Me Lise Lestage
Doyon, directrice des services juridiques, Centre communautaire juridique de Montréal.

M^e Pierre Martin
Bergeron, Martin, Tessier et Falaise
Aide juridique de Drummondville.

Me Francine Nantel
Robinson, Sheppard, Shapiro, Montréal.

Me Josée Payette
École du Barreau du Québec, Montréal.

¹ Les membres de ce comité oeuvrent tous en représentation des enfants, soit en matière familiale, pénale ou criminelle, en protection de la jeunesse et en droit de la personne. Une attention particulière a été portée à la composition de ce comité afin que les praticiens de tout le Québec soient représentés.

Me Jocelyne Pépin
Pratique privée, Longueuil.

M^e Mario J. Proulx
Proulx, Houde et Gagnon, directeur Aide juridique, Sherbrooke,
section criminelle et jeunesse.

M^e Denis Richard
Bélanger, Murray, Richard, avocats, Québec.

M^e Elaine Roy
Roy, Trudel, Gingras, Lafond, Ruzzo et Cantin,
Directrice Aide juridique, Québec, section jeunesse, Québec.

M^e Sylvie B. Schirm
Pratique privée, Laval.

M^e Dominique Trahan
Trahan, Sepinwall et Lavigneur,
Directeur Aide juridique, Montréal, section jeunesse.

M^e Nicole Dufour, *Avocate au Service de recherche et de législation
du Barreau du Québec, secrétaire du Comité.*

TABLE DES MATIÈRES

PRÉSENTATION	1
INTRODUCTION	2
LE MÉMOIRE DE 1995 – RAPPEL	3
DROIT COMPARÉ	5
PARTIE I – L’AFFAIRE <i>M. (F.) c. L. (J.)</i>	11
i) Les faits	11
ii) La décision de la Cour d’appel	11
iii) Discussion	13
PARTIE II – LES RECOMMANDATIONS	14
A. LES DROITS JUDICIAIRES DE L’ENFANT	14
B. LA CAPACITÉ DE L’ENFANT DE DONNER UN MANDAT	19
C. LA NATURE DE LA REPRÉSENTATION DE L’ENFANT PAR AVOCAT DEVANT LES TRIBUNAUX	22
i) La représentation avec mandat conventionnel	22
ii) La représentation sans mandat conventionnel	26
D. LA RÉALISATION DU DROIT À LA REPRÉSENTATION DEVANT LES TRIBUNAUX.....	38
1) La compétence professionnelle de l’avocat pour enfants.....	38
i) Les règles d’éthique spécifiques	38
2) Le comportement de l’avocat envers l’enfant	43
i) Le devoir de confiance.....	43
ii) Le devoir de célérité	48
iii) Le devoir de communication.....	51
iv) Le devoir de confidentialité	58
v) Le devoir de connaissances particulières.....	61
3) Le comportement de l’avocat envers les parents de l’enfant	63
4) Le comportement de l’avocat envers un enfant dans le contexte judiciaire...	64
5) Un organisme de consultation et de surveillance.....	66
6) La rémunération de l’avocat	67
7) La formation de l’avocat.....	70
8) L’accreditation de l’avocat pour enfants.....	73
CONCLUSION.....	75
ANNEXE 1 – Recommandations du Comité sur la représentation des enfants...	76
ANNEXE 2 – Recommandations de modifications – Mémoire 1995 vs 2006	85
ANNEXE 3 – Modifications proposées par le Comité sur la représentation des enfants par avocat (2006).....	87

PRÉSENTATION

La représentation des enfants par avocat a toujours suscité beaucoup d'intérêt au Québec. C'est ainsi qu'après quelques tentatives infructueuses, le Barreau du Québec présentait, en février 1995, son *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat* (ci-après nommé « *Mémoire de 1995* »)². Ce document comportait plus de 50 recommandations portant tant sur la nature de la représentation de l'enfant par avocat devant les tribunaux que sur les règles éthiques particulières à ce domaine.

Ces règles et recommandations ont guidé de façon importante la pratique des avocats oeuvrant dans ce domaine. Il est aussi à noter que les tribunaux s'en sont inspirés à maintes occasions afin de solutionner des litiges se rapportant à la représentation des enfants par avocat³.

En 2002, la Cour d'appel rendait une décision dont les effets ont incité la communauté juridique à réévaluer sa façon de procéder. Conscient de l'importance du sujet, le Barreau du Québec mettait sur pied, en juin 2003, un nouveau Comité sur la représentation des enfants par avocat.

Mandat du Comité

Le Conseil général du Barreau du Québec établissait ainsi le mandat du Comité:

*"Mettre à jour le Mémoire du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par avocat et, le cas échéant, réviser l'ensemble des recommandations entérinées et voir si, à la lumière de la jurisprudence et l'état du droit, elles sont toujours pertinentes"*⁴.

² Mémoire sur la représentation des enfants par avocat, Barreau du Québec, février 1995

³ Voir notamment dans la situation de : *D. (M.)*, REJB 2003-51335, 6 octobre 2003 (C.S.), environ 14 pages; *F. (J.) c. L. (C.)*, REJB 2003-48773, 22 septembre 2003 (C.S.), environ 18 pages; *M. (F.) c. J. (L.)*, REJB 2002-29840, 18 mars 2002 (C.A.), environ 19 pages; *B. (E.) c. L. (S.)*, REJB 2002-30108, 1^{er} février 2002, environ 17 pages.

⁴ Extrait du procès-verbal de la réunion du Conseil général du Barreau du Québec, tenue le 17 juin 2003.

INTRODUCTION

Les travaux du comité ont été alimentés par de la jurisprudence et les commentaires⁵ qu'a suscité la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *M. (F.) c. C.L. (J.)*⁶. Une incursion en droit comparé (Australie, Belgique, États-Unis et Ontario) est venue compléter les réflexions du groupe de travail).

Après avoir rappelé les différents modes de représentation tel que décrit par le *Mémoire de 1995*, un exposé en droit comparé suivra. Un rappel des enseignements de la Cour d'appel, dans l'affaire *F. (M.)*⁷ complètera la partie dite théorique de ce mémoire.

À la fin des travaux du comité, une conclusion s'est imposée : les recommandations contenues au *Mémoire de 1995* et leur justification demeurent pertinentes et d'actualité.

Le présent comité a revu et actualisé chacune des recommandations entérinées par le Conseil général du Barreau du Québec.

Rappelons que les recommandations du *Mémoire de 1995* et celles du présent mémoire s'appliquent à la représentation des enfants par avocat tant en matière familiale qu'en droit de la jeunesse, lorsqu'appropriées.

Ce mémoire n'a pas pour objectif de remplacer celui de 1995, mais bien de le compléter à la lumière de l'expérience des dix dernières années en matière de représentation des enfants par avocat.

⁵ Auteurs consultés : Mes Sylvie Schirm et Pascale Vallant, « *La représentation des enfants en matière familiale, leurs droits, leur avenir* », Éditions Yvon Blais, 2004; Me Yves Carrière, « *Le mode de représentation des enfants par avocat : le modèle québécois se précise* », colloque « *Les récents développements en droit familial* », Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2003, Vol. 194, Éditions Yvon Blais, pp. 1-33; Ronda Bessner, « *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite* », ministère de la Justice du Canada, Section famille, des enfants et des adolescents, disponible sur le site : www.Canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/2002-fcy-1.html; Me Michel Tétrault, « *Le procureur à l'enfant : une race en voie d'extinction?* », Repères, décembre 2002, vol. 10, no. 12, disponible sur le site : www.rejb.editionsyvonblais.com; Me Annie-Marie Caron, « *Rôle du procureur à l'enfant, Respect de l'intérêt de l'enfant ou respect de ses droits?* », Collection du juriste / Droit de la famille/ Droit de la famille québécois/ Bulletin/Mai 2002, disponible sur le site www.enligneplus.cch.ca; Me Michel Tétrault, « *Le procureur à l'enfant : une espèce protégée?* », Repères, août 2004, chroniques, disponible sur le site : www.dcl.editionsyvonblais.com; Me Annie Clair, *Procureure à l'enfant : se rendre utile et efficace*, Développements récents en droit familial, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2002, vol. 176, 2002, Éditions Yvon Blais; 2003, p. 113 à 130; Michel Tétrault – Droit de la famille, 2^{ème} édition, Éditions Yvon Blais; Jurisprudences notamment consultées : REJB 2004-66680 – *B. (J.) c. J. (D.)*, 2 juin 2004 (C.S.), environ 7 pages; REJB 2003-50946, *D. (J.) c. C. (D.)*, 13 novembre 2003 (C.S.), environ 7 pages; REJB 2003-50792, *B. (C.) c. L. (R.)*, 11 novembre 2003 (C.S.), environ 21 pages; REJB 2003-51335, Dans la situation de : *D. (M.)*, 6 octobre 2003 (C.S.) environ 14 pages; REJB 2003-48773 – *F. (J.) c. L. (C.)*, 22 septembre 2003 (C.S.) environ 18 pages; REJB 2002-37027 – *P. (J.) c. M. (M.-C.)*, 18 décembre 2002 (C.S.) environ 4 pages.

⁶ *M. (F.) c. J. (L.) et F. (L.)* REJB 2002-29840.

⁷ *Op. cit.*, note 5.

LE MÉMOIRE DE 1995 – RAPPEL

Après avoir analysé les droits judiciaires de l'enfant, l'exercice de ces droits et la capacité de l'enfant de donner un mandat, les membres du Comité de 1995 se sont attardés sur la nature de la représentation de l'enfant par avocat.

La situation de l'enfant capable de mandater a été distinguée de celle de l'enfant incapable de le faire. La représentation avec mandat conventionnel s'applique à la première situation alors que la seconde est régie par les règles de la représentation sans mandat conventionnel.

i) La représentation avec mandat conventionnel⁸

Les sources du mandat sont multiples. La présence de l'avocat peut notamment résulter d'une désignation par la Cour (article 394.1 C.p.c.), d'une intervention à la demande de l'enfant (208 C.p.c.), de l'initiative d'un parent ou des deux, ou des dispositions d'une loi⁹.

Le contenu du mandat est défini par l'enfant. La révocation du mandat appartient également à l'enfant.

Dans ce type de représentation, l'avocat assume un rôle de conseiller et de procureur. Il doit exécuter les instructions de son client, conformément au mandat reçu et ce, quelle que soit son opinion sur l'intérêt de l'enfant. L'avocat a le devoir de conseiller son client et de l'informer de la faisabilité de ses désirs, ainsi que de leurs conséquences. L'avocat inconfortable avec le mandat exprimé par l'enfant, peut refuser de l'exécuter, ou cesser d'occuper, en s'assurant de prendre les moyens nécessaires afin de ne pas porter préjudice à ce dernier.

ii) La représentation sans mandat conventionnel¹⁰

L'origine de la présence de l'avocat de l'enfant incapable de mandater résulte généralement des mêmes sources que pour l'enfant capable de mandater. Le procureur désigné doit être indépendant vis-à-vis des parents ou autres tiers. L'avocat doit s'assurer que les droits et les garanties procédurales dont jouit l'enfant sont respectés. Il doit faire valoir ce qu'il identifie être l'intérêt de l'enfant eu égard à l'ensemble de la preuve reçue par le tribunal. Il doit s'assurer que le tribunal dispose des éléments lui permettant d'évaluer tous les aspects de la situation de l'enfant. Les avocats représentant des enfants dont l'âge et le niveau de développement leur permettent de participer et de communiquer leurs désirs et leurs points de vue doivent représenter ces désirs et les mettre en preuve. L'avocat doit s'assurer qu'il connaît l'ensemble de la situation de l'enfant en prenant connaissance du milieu dans lequel

⁸ *Op. cit.*, note 2, pages 37 à 41.

⁹ Articles 80, 84 (5) et 88 LPJ et article 25 LSJPA.

¹⁰ *Op. cit.*, note 6, pages 41 à 46.

l'enfant se trouve et, s'il y a lieu, de celui qui est proposé. Il doit obtenir une information indépendante des autres parties au litige.

Lorsqu'il rencontre l'enfant, l'avocat peut le faire confidentiellement. L'avocat doit avoir accès à tous les documents déposés en preuve, et rencontrer tous les témoins. Il doit également avoir accès aux dossiers scolaires, médicaux ou autres dossiers pertinents concernant l'enfant. Il peut requérir une expertise. L'avocat peut présenter au tribunal toute requête nécessaire à l'accomplissement de son mandat. Sous réserve du devoir de confidentialité, l'avocat doit mettre en preuve tous les éléments qu'il connaît. Il ne peut retenir des éléments de preuve provenant de tiers, qu'il jugerait contraires à ses convictions personnelles sur l'intérêt de l'enfant ou contraires aux désirs exprimés par l'enfant.

Quand l'enfant peut exprimer et motiver un désir, il doit participer à l'élaboration de sa présentation. L'avocat doit expliquer à l'enfant, dans des mots qu'il comprend, la nature du problème et les mesures à prendre. Il doit conseiller l'enfant sur son intérêt et ses droits.

Quand l'enfant ne peut exprimer de désirs, l'avocat doit exposer ses conclusions professionnelles sur l'intérêt de l'enfant, la nature des droits de l'enfant et les solutions qui peuvent le mieux les respecter eu égard à la preuve.

DROIT COMPARÉ

Avant d'aborder l'analyse de la situation lui étant soumise, le juge Rothman, dans l'affaire *M.F.*, a souligné que la question de la représentation des enfants devant les tribunaux suscitait des interrogations, ici comme ailleurs :

« The nature of the role of an attorney representing children in custody or access disputes between their parents is an important question. It is an issue that has certainly not been free from difficulty and controversy here and in other jurisdictions over the past 20 years. »¹¹.

Dans les régimes juridiques comparables à celui du Québec, qu'en est-il des règles devant régir l'avocat représentant des enfants ?

i) Australie

En Australie, la représentation des enfants par avocat est permise dans les litiges de nature civile, familiale et pénale. En matière familiale, le tribunal peut nommer un avocat à l'enfant¹².

En 1994, la Cour d'appel d'Australie¹³ a défini le rôle de l'avocat de l'enfant en matière familiale. Me Yves B. Carrière¹⁴ résume ainsi ce rôle :

« L'avocat à l'enfant doit agir de façon indépendante dans l'intérêt de l'enfant, il doit informer le tribunal des désirs de l'enfant mais, dans ses recommandations, il n'est pas lié par le mandat ou les instructions qui lui sont donnés par l'enfant. Il peut demander la préparation d'une expertise, procéder à l'interrogatoire de témoins et au contre-interrogatoire des témoins de la partie adverse et il peut présenter sa propre preuve devant la Cour. Il a de plus pour but de minimiser l'effet sur l'enfant de la procédure et de faciliter une solution au litige ».

Le rôle de l'avocat de l'enfant en est un de protection qui doit rechercher son meilleur intérêt. Cette approche ne favorise pas l'autonomie de l'enfant. En matière familiale, le modèle australien « ressemble plus à un modèle de représentation qui met de l'avant l'intérêt de

¹¹ *M.F. c. J.L. et F.L.*, Op. cit., note 6.

¹² Family Law Act 1975, article 68 L. Voir également Guidelines for child representatives: www.familycourt.gov.au

¹³ *P.C.P.*, (1995) F.L.C. 92-616.

¹⁴ Yves B. Carrière, « Le mode de représentation des enfants par avocat : le modèle québécois se précise » « Les développements récents en droit familial », Formation permanente du Barreau du Québec, Vol. 194, Éditions Yvon Blais, p. 15.

l'enfant (bénéficiaire) et où l'avocat ne reçoit pas son mandat directement de son client mais joue un rôle ressemblant à celui de l'amicus curiae »¹⁵.

Les critères pour la nomination d'un procureur à l'enfant ont été établis par la Cour d'appel australienne dans l'affaire *R. c. K.*¹⁶:

« The guidelines that we propose are simply guidelines ; they are not rigid rules of law and it does not follow that a departure from them will necessarily vitiate a judgment, although judges, judicial registrars and registrars should, we think, give sufficient reasons for departing when they consider a departure is appropriate. Similarly the guidelines do not propose to lay down a comprehensive code and there will be a number of occasions when separate representatives will be appointed in circumstances where the guidelines are silent.

In relation to appointments of separate representatives we consider that the broad general rule is that the Court will make such appointments when it considers that the child's interests require independent representation.

Subject to that broad general rule we suggest the following guidelines. Appointments should normally be made where:

- i) Cases involve allegations of child abuse, whether physical, sexual or psychological.*
- ii) Cases where there is an apparently intractable conflict between the parents.*
- iii) Cases where the child is apparently alienated from one or both parents.*
- iv) Where there are real issues of cultural or religious difference affecting the child.*
- v) Where the sexual preferences of either or both of the parents or some other person having significant contact with the child are likely to impinge upon the child's welfare.*
- vi) Where the conduct of either or both of the parents or some other person having significant contact with the child is alleged to be anti-social to the extent that it seriously impinges on the child's welfare.*
- vii) Where there are issues of significant medical, psychiatric or psychological illness or personality disorder in relation to either party or a child or other persons having significant contact with the children.*
- viii) Any case in which, on the material filed by the parents, neither seems a suitable custodian.*
- ix) Any case in which a child of mature years is expressing strong views, the giving of effect to which would involve changing a long standing custodial arrangement or a complete denial of access to one parent.*

¹⁵ *Op. cit.*, note 14, page 14.

¹⁶ [1994] F.L.C. 90-041.

- x) *Where one of the parties proposes that the child will either be permanently removed from the jurisdiction or permanently removed to such a place within the jurisdiction as to greatly restrict or for all practicable purposes exclude the other party from the possibility of access to the child.*
- xi) *Cases where it is proposed to separate siblings.*
- xii) *Custody cases where none of the parties are legally represented.*
- xiii) *Applications in the Court's welfare jurisdiction relating in particular to the medical treatment of children where the child's interests are not adequately represented by one of the parties.*

The above categories of cases is not intended to be exhaustive and there will be other situations where the appointment of a separate representative is necessary. For example, where one of the parties is not a natural parent such a course may in some cases be considered desirable or necessary. As we have said, these guidelines are not intended to inhibit the discretion of judges, judicial registrars or registrars but to give them some assistance in the exercise of it.

In developing these guidelines, we have had regard to the provisions on the United Nations Convention on the Rights of the Child and in particular to articles 9 and 12 thereof».

Ainsi, les cas où on retrouve dans les procédures des allégations notamment d'abus, de conflits parents-enfants, d'aliénation parentale, de conflits religieux ou de conduite parentale discutable, devraient faire l'objet d'une désignation d'avocat à l'enfant par le tribunal.

Par ailleurs, certains auteurs australiens, dont William J. Keough, soutiennent que le rôle de l'avocat représentant un enfant, doit malgré les conclusions de la Cour d'appel, tenir compte de l'esprit et de l'intention de l'article 12 de la *convention internationale des droits de l'enfant* :

«If a child is Gillick competent, then the proper role of the child representative is to advocate the wishes of the child in accordance with the spirit and intent of article 12 of the CROC. If a child is not Gillick competent or expresses wishes that are not reconcilable with what is clearly in the child's interest then the proper role of the child representative is that of an amicus curiae¹⁷».

ii) États-Unis

Aux États-Unis, la représentation des enfants par avocat ne fait pas l'objet d'un modèle unique de représentation¹⁸. En matière de délinquance, le modèle traditionnel de représentation est

¹⁷ William J. Keough, « *Child representation in Family Law* », Australia, LBC Information Services, 2000, p. 50.

¹⁸ Me Sylvie Schirm et Pascale Vallant, « *La représentation des enfants en matière familiale – leurs droits, leur avenir* », Éditions Yvon Blais, Société Thomson, page 191.

retenu¹⁹. En matière de protection de la jeunesse, l'American Bar Association a adopté en 1996²⁰ des normes proposant deux modèles de représentation, soit le "Child's Attorney" et le "Guardian ad litem".

Ces normes définissent les rôles du "Child's Attorney" et du "Guardian ad litem" de la façon suivante:

***"Child's Attorney:** a lawyer who provides independent legal counsel for a child and who owes the same duties of undivided loyalty, confidentiality, and competent representation as are due to an adult client.*

***Lawyer Appointed as Guardian Ad Litem:** A lawyer appointed as "guardian ad litem" for a child is an officer of the court appointed to protect the child's interests without being bound by the child's expressed preferences".*

En matière de garde ou de droits d'accès, l'American Bar Association a adopté en 2003²¹ des normes proposant deux modèles de représentation qui se définissent ainsi:

***"Child's Attorney:** a lawyer who provides independent legal counsel for a child and who owes the same duties of undivided loyalty, confidentiality, and competent representation as are due to an adult client.*

***"Best Interests Attorney:** a lawyer who provides independent legal services for the purpose of protecting a child's best interests, without being bound by the child's directives or objectives."*

Ainsi, l'enfant en mesure de communiquer son opinion pourra être représenté selon la formule du mandat conventionnel (*Child's Attorney*) sauf si l'avocat considère que les désirs exprimés par l'enfant ne sont pas conformes à ses intérêts. La « *National Association of Counsel for Children* » (*NACC*)²² propose dans ce cas la désignation par le tribunal d'un autre procureur dont le mandat sera de veiller au meilleur intérêt de l'enfant. Bien que l'expression « gardien *ad litem* » soit utilisé, il convient de noter que son rôle correspond davantage à la définition de « *Best Interests Attorney* ».

« If the child's attorney determines that the child's expressed preference would be seriously injurious to the child (as opposed to merely being contrary to the lawyer's opinion of what would be in the child's interests),

¹⁹ *Op. cit.*, note 13, page 17.

²⁰ American Bar Association, Standards of Practice for Lawyers who represent children in abuse and neglect cases, approved by the American House of Delegates, February 5, 1996.

²¹ American Bar Association, Section of Family Law, Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases, août 2003.

²² Voir à ce sujet le texte de Marvin Ventrell, JD, "Legal Representation of Children in Dependency Court: Toward a better Model" - The ABA (NACC Revised) Standards of Practice», *NACC Children's Law Manual Series* – 1999 Edition, Chapter 10, page 167.

the lawyer shall, after unsuccessful use of the attorney's counselling role, request appointment of a separate guardian ad litem, and continue to represent the child's expressed preference, unless the child's position is prohibited by law or without any factual foundation. The child's attorney shall not reveal the basis of the request for appointment of a guardian ad litem which would compromise the child's position»²³.

iii) Ontario

Le législateur ontarien a créé le Bureau de l'avocat des enfants (The office of the children's lawyer)²⁴ qui, par l'intermédiaire d'avocats et de travailleurs sociaux y oeuvrant, peut être appelé à intervenir en matière de protection de la jeunesse, en droit civil et familial.

L'arrêt *Strobridge c. Stobridge*²⁵, rendu par la Cour d'appel ontarienne, a statué que « *le rôle de l'avocat de l'enfant consiste uniquement à défendre la position de l'enfant sans égard à son meilleur intérêt* »²⁶.

Au Québec, dans l'affaire *M.F.*²⁷, le juge Rothman s'appuie sur les conclusions de l'affaire *Strobridge* en concluant à l'impossibilité pour l'avocat d'émettre une opinion personnelle lorsqu'il représente les intérêts d'un enfant capable de mandater.

En Ontario, le mandat de faire valoir les droits de l'enfant comprend également celui de s'assurer que les intérêts de celui-ci soient compris par la Cour et communiqués aux parties. L'évaluation de ce que constitue le meilleur intérêt appartient au tribunal²⁸. Le mandat de l'avocat du Bureau n'émane pas directement de l'enfant.

Les obligations de l'avocat, eu égard au tribunal, se retrouvent au paragraphe 7 des règles du Bureau²⁹ :

« If it is necessary for the court or a tribunal to determine the outstanding disputed issues, counsel will advocate the position of the child, ensure that all relevant evidence about the child's views and preferences is led, and, in final argument, seek an order or judgment in support of the child's position. When the views and preferences of the child are not consistently voiced, counsel will ensure at a contested hearing that evidence of the child's views and preferences, the circumstances surrounding those views and preferences, and all other relevant evidence about the child's interests and views and preferences, are before the court or tribunal».

²³ *Op cit*, note 22, page 174.

²⁴ Pour plus d'information, il est utile de consulter le site: www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca.

²⁵ (1994), 4 R.F.L. (4th) 169 (Ontario C.A.).

²⁶ *Op. cit.*, note 24, page 192.

²⁷ *Op. cit.*, note 5.

²⁸ *Op. cit.*, note 13, page 20.

²⁹ *Office of the Children's Lawyer Policy Statement Role of Child's Counsel*, paragraphe 7.

Ainsi, on peut conclure que le rôle de l'avocat ne se limite pas à mettre uniquement en preuve tous les éléments soutenant la position de l'enfant, mais peut également consister à produire des éléments de preuve qui vont à l'encontre du choix exprimé par celui-ci.

En terminant, quelques mots sur la législation belge.

iv) Belgique

Madame Karine Nantais consacre un chapitre de son étude portant sur l'article 12 de la *Convention internationale des droits de l'enfant*³⁰ à l'analyse de trois projets de loi portant sur la représentation des enfants, l'accès à la justice, et le droit des mineurs d'être entendus par le juge³¹.

Certaines des mesures proposées méritent d'être mentionnées³².

Ainsi, le tribunal **doit** convoquer l'enfant âgé d'au moins 12 ans afin d'entendre son opinion. Ce dernier devra être avisé de son droit d'être représenté par avocat. Les enfants de moins de 12 ans pourront demander à être entendus, ce que le tribunal ne pourra refuser. La capacité de discernement sera évaluée par le tribunal après cette audition.

Le projet de loi instituant les avocats des mineurs a pour principal objectif de permettre l'accès à un avocat spécialisé, en exigeant un niveau de compétence seuil. Le droit à l'avocat de son choix est aussi prévu. Ces éléments reconnaissent l'enfant comme sujet de droit. L'avocat désigné agira selon les principes du mandat conventionnel. L'enfant de 12 ans, en conflit d'intérêts avec ses parents, pourra ester en justice dans les procédures judiciaires, administratives conservatoires, ou dans les procédures relatives aux droits rattachés à sa personne. L'enfant de moins de 12 ans devra, avant d'ester seul en justice, démontrer au juge, qui devra l'entendre, qu'il a la capacité de discernement requise. Si cette capacité lui fait défaut, le tribunal lui assignera un représentant *ad hoc*. Le droit à l'avocat est reconnu et l'enfant qui n'aurait pas retenu les services d'un procureur s'en verrait désigner un d'office. La procédure est ainsi facilitée, et l'enfant témoigne hors de la présence des autres parties.

L'enfant incapable de se forger une opinion se verra désigner par le tribunal un tuteur *ad hoc* qui sera généralement avocat lui-même. Il aura la responsabilité de défendre les intérêts de l'enfant sans être obligé de tenir compte des souhaits de celui-ci.

Ces mesures qui, à la date du présent mémoire, n'ont pas encore été adoptées, s'inscrivent résolument dans l'approche par laquelle l'enfant est considéré comme étant un sujet de droit autonome.

³⁰ Nantais, Karine, stagiaire en droit, sous la direction de Me Claire Bernard, « *L'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant peut-il être interprété par procureur?* », conseillère juridique, Direction de la recherche et de la planification, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le 14 avril 2004, 43 pages.

³¹ Il s'agit des projets de loi suivants : *projet de Loi instituant les avocats aux mineurs* (Doc. 51 0644/001, 19/12/03); *projet de Loi ouvrant l'accès à la justice aux mineurs* (Doc. 51 0643/001, 19/12/03); *projet de Loi modifiant diverses dispositions relatives aux droits des mineurs d'être entendus par le juge* (Doc. 51 0643/001 – 19/12/03).

³² Pour une étude exhaustive des projets de loi, voir le texte de Madame Nantais, *op. cit.*, note 30, pages 23 à 26.

PARTIE 1 : L’AFFAIRE M. (F.) c. L. (J.)³³

i) Les faits

Dans le cadre d’une procédure de divorce, le père réclame des droits d’accès à son fils âgé alors de 10 ans. L’enfant, par l’entremise de la mère, mandate une avocate qui présentera une demande d’intervention suivant les dispositions de l’article 208 du *Code de procédure civile*. Cette intervention sera accueillie sans contestation.

L’avocate, ainsi désignée, retient les services d’un expert qui conclura à l’aliénation parentale de l’enfant qui refuse tout contact avec son père. Ce dernier, insatisfait des services de l’avocate de l’enfant, soupçonnant une connivence entre cette dernière et la mère de l’enfant, s’adresse à la Cour afin de demander une substitution de procureure. Une nouvelle avocate sera désignée pour l’enfant suivant les dispositions de l’article 394.1 du *Code de procédure civile*.

La mère conteste la présence de la nouvelle avocate et saisit, à son tour, la Cour pour la faire destituer. La Cour supérieure rejette la requête au motif :

« qu’il ne serait pas inapproprié que la procureure nommée par la Cour, en plus de présenter la position de F., soumette, de façon objective, toute la preuve pour faire ressortir l’intérêt de l’enfant pour éclairer le tribunal dans la détermination des accès »³⁴.

La mère porte en appel cette décision qui fera l’objet d’un jugement le 18 mars 2002.

ii) La décision de la Cour d’appel

L’honorable juge Rothman a rédigé l’opinion de la Cour. On peut retenir de ses propos les éléments suivants :

- l’enfant mature capable d’exprimer un désir peut mandater un avocat (article 208 C.p.c.) [29 (1)]³⁵;
- l’enfant mature ou immature peut se voir désigner un avocat (article 394.1 C.p.c.) [29(2)];
- lorsqu’il s’agit d’un enfant mature, l’avocat doit s’assurer que ses désirs sont présentés [35];

³³ *Op. cit.*, note 6.

³⁴ *J.L. c. M.F.*, CS, Montréal, 500-12-251138-008, 4-12-01 J. Lemelin, JCS.

³⁵ Le numéro entre [] réfère aux paragraphes de la décision.

- la nature du mandat confié par l'enfant dépend de la maturité de celui-ci et non du mode de nomination (article 208 ou 394.1 C.p.c.) [35];
- lorsqu'approprié et lorsque les intérêts de l'enfant sont opposés à ceux des parents ou de l'avocat, la Cour peut désigner un tuteur *ad hoc* (articles 394.2 C.p.c. et 190 C.c.Q.). Dans ce cas, il appartiendra au tuteur *ad hoc* de mandater un avocat et de l'instruire sur son mandat. [29(3)];
- la Cour peut retenir les services d'un *amicus curiae* dont le mandat consistera à l'aviser sur les intérêts de l'enfant. Cet avocat devra être objectif dans l'énoncé de son point de vue. Il devra agir avec neutralité. La voix de l'enfant ne sera pas assurée [29(4)];
- la Cour d'appel a reconnu à l'enfant le droit d'être représenté par avocat³⁶;
- qu'importe la source de son mandat (article 208 ou 394.1 C.p.c.), l'avocat ne doit pas faire part de sa propre opinion quant à ce qu'il considère comme devant être le meilleur intérêt de l'enfant [35];
- les désirs de l'enfant doivent être mis de l'avant par l'avocat le représentant, peu importe son opinion ou son mode de nomination [38];
- l'avocat de l'enfant mature doit le conseiller sur ses désirs et sur ce qu'il considère être le meilleur intérêt de celui-ci [36];
- l'avocat de l'enfant n'est pas un témoin et par conséquent, ne peut faire de preuve ou émettre d'opinion sur ce qu'il considère être le meilleur intérêt de l'enfant [41];
- la décision relative au meilleur intérêt appartient à la Cour, de même que celle concernant la présence ou non d'aliénation parentale [52] [41];
- le rôle de l'avocat d'un enfant mature est d'apporter toute la preuve devant la Cour sur les désirs de l'enfant afin de s'assurer qu'il soit entendu. Il appartient au juge d'apprécier ce témoignage en regard de la preuve entendue [43];
- le juge a le pouvoir, si besoin est, d'exiger la confection d'une expertise (article 414 C.p.c.) [53];
- l'avocat ne peut faire de recommandations contraires au désir de l'enfant.[51].

Bien que souscrivant à l'opinion du juge Rothman, les juges Pelletier et Chamberland émettent certaines réserves. Ainsi, le juge Pelletier³⁷ soutient que le mécanisme prévu à l'article 394.1 C.p.c. ne peut être utilisé que dans le cas d'un enfant capable d'exprimer sa volonté. Il ajoute qu'en cas de divergence entre l'enfant et son avocat, ce dernier doit cesser d'occuper. La représentation d'un enfant immature nécessitera la désignation d'un représentant légal qui, après avoir pris position, choisira et instruira l'avocat désigné à l'enfant.

³⁶ Droit de la famille 2224, [1995] R.D.F. 346.

³⁷ *Op. cit.*, note 6, paragraphe 63 et suivants.

Monsieur le juge Chamberland³⁸ ne partage pas l'interprétation que fait son collègue le juge Pelletier des dispositions de l'article 394.1 C.p.c. Il soutient que la nomination d'un procureur selon les règles de l'article 394.1 C.p.c. exige l'accomplissement de deux conditions, soit d'une part, démontrer que l'intérêt de l'enfant est en jeu, et d'autre part, qu'il est nécessaire pour assurer la sauvegarde de cet intérêt, que l'enfant soit représenté. Il indique de plus que le caractère de nécessité doit être évalué avant toute nomination d'un procureur à l'enfant, en vertu des dispositions de l'article 394.1 C.p.c.

iii) Discussion

Cette décision a fait l'objet de plusieurs commentaires. Certains considèrent que de retenir le critère de la maturité de l'enfant plutôt que le mode de nomination de l'avocat (article 208 ou 394.1 du *Code de procédure civile*) modifie le mode d'exécution des mandats³⁹.

D'autres sont d'avis que le mode de nomination ne doit pas interférer avec la nature du mandat confié par un enfant mature⁴⁰.

Quoiqu'il en soit, l'état du droit en ce qui concerne la représentation de l'enfant mature par avocat est maintenant établi. La Cour d'appel a retenu l'approche du Barreau du Québec publiée en 1995⁴¹ quant à la nature du mandat de l'avocat représentant un enfant capable de mandater. Quant à la représentation par avocat des enfants jugés immatures ou incapables de mandater, la Cour d'appel en reconnaît la possibilité sans cependant en préciser la nature, bien que soient proposées quelques pistes de réflexion. Ainsi, la nomination d'un tuteur ad hoc (394.2 C.p.c.), d'un *amicus curiae* et la confection d'une expertise sont autant de moyens proposés afin de tenter de cerner la nature du mandat de l'avocat représentant les intérêts d'un enfant jugé immature⁴².

Pour notre part, nous réitérons notre position⁴³ quant à la nature d'un tel mandat : l'avocat doit veiller à la protection des intérêts et des droits de l'enfant. Cela implique que l'avocat doit s'assurer de la connaissance par le tribunal des éléments lui permettant d'évaluer tous les aspects de la situation de l'enfant. L'avocat ne peut retenir des éléments de preuve. Lorsque l'enfant, bien qu'incapable de mandater, peut exprimer un désir, l'avocat doit le mettre en preuve. Enfin, dans les cas où l'enfant ne peut ni exprimer ni motiver ses désirs, l'avocat doit exposer ses conclusions professionnelles sur l'intérêt et les droits de l'enfant ainsi que les solutions envisagées pouvant le mieux les respecter en tenant compte de la preuve soumise.

Tel que précédemment mentionné, chacune des recommandations du *Mémoire de 1995* fera l'objet, dans les pages qui suivent, de précisions ou de commentaires.

³⁸ *Op. cit.*, note 6, paragraphes 58 à 62.

³⁹ Voir à cet effet, Mes Schirm et Vallant, *op. cit.*, note 5, page 45; Me Michel Tétrault, Chronique « *Le procureur à l'enfant : une race en voie d'extinction ?* » (2002) 10 Repères, décembre, no. 12.

⁴⁰ Me Ann-Marie Caron, « *Rôle du procureur à l'enfant : Respect de l'intérêt de l'enfant ou respect de ses droits* », *op. cit.*, note 5 et Me Y. Carrière, *op. cit.*, note 14.

⁴¹ *Op. cit.*, note 2, page 39.

⁴² *Op. cit.*, note 4, paragraphes 29 (3) et (4).

⁴³ *Op. cit.* 2, p. 42 ss.

PARTIE II – LES RECOMMANDATIONS

A. LES DROITS JUDICIAIRES DE L'ENFANT

Recommandation 1

Le Comité recommande que le *Code civil du Québec* soit modifié pour prévoir expressément la représentation de l'enfant dans les domaines de droit civil où l'enfant peut agir seul, et dans toute procédure qui affecte son état.

Commentaire

On retrouve l'analyse de cette recommandation aux pages 16 et suivantes du *Mémoire de 1995*.

Dans un texte publié par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Mme Karine Nantais, rappelle que malgré le fait que le Canada soit signataire de la *Convention internationale des droits de l'enfant*, sa mise en oeuvre en droit interne québécois et canadien n'est pas complétée⁴⁴.

Résumant les principes contenus à l'article 12 de la *Convention internationale des droits de l'enfant*, Madame Ronda Bessner s'exprime ainsi :

«[L'article 12 de la Convention] exige que l'on entende un enfant qui est capable de discernement» et que l'on prenne «dûment en considération» les opinions de l'enfant eu égard à son âge et à son niveau de maturité. Cet article reconnaît qu'un jeune enfant peut avoir un niveau de maturité élevé pour son âge et que les juges devraient tenir compte comme il se doit de son opinion [70]. Il faut inviter l'enfant à donner son opinion de sorte qu'il puisse participer activement à la prise des décisions concernant son bien-être [71]. Comme l'affirme un auteur, la Convention perçoit l'enfant comme un être humain autonome mais non indépendant plutôt que comme un objet de soin passif [72]⁴⁵».

La réalisation des objectifs de l'article 12 de la *Convention internationale des droits de l'enfant* nécessite la mise en place de mesures particulières, dont la modification des lois applicables de

⁴⁴ *Op. cit.*, note 30, page 1.

⁴⁵ Bessner, Ronda, «*Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*», Ministère de la Justice du Canada, 2002-FCY-1F (<http://www.Canada.justice.gc.ca>) référant également à [70] G. Van Bueren, «*The Right of the Child to Freedom of Expression*», *The International Law on the Rights of the Child*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 13, page 136; [71] Y. Ronen, «*Protection for Whom and for What? Protection Proceedings and the Voice of the Child at Risk*», *Children's Rights and Traditional Values*, G. Douglas et L. Sebban éd., Vermont, Ashgate Publishing Company, 1998, p. 250 et [72] Y. Robert, p. 249.

manière à intégrer l'article 12 dans la législation nationale, et la mise en place de moyens apportant l'aide nécessaire aux enfants afin de leur permettre de comprendre leurs droits et d'exprimer leurs points de vue directement, ou par l'intermédiaire d'un représentant⁴⁶.

Abordant les fonctions de l'avocat de l'enfant, Mme Ronda Besner décrit ainsi l'importance et la nécessité de la représentation :

« Il convient d'examiner les fonctions importantes confiées à l'avocat de l'enfant. Un des rôles fondamentaux du représentant de l'enfant est de veiller à ce que les opinions et les souhaits d'un enfant soient exposés au tribunal [105]. Comme le fait remarquer un auteur [106]:

Il est faux de supposer que la preuve faite par les parents et les points de vue qu'ils représentent sont complets et exacts. Très souvent, la perspective de l'enfant est bien différente de celle de l'un ou l'autre de ses parents et elle est beaucoup plus réaliste quant à leurs points forts et à leurs points faibles. Il s'ensuit que l'avocat de l'enfant n'est ni un étranger aux procédures ni un simple subordonné des avocats des parties.

On prétend aussi que lorsqu'ils sont déçus ou en colère face à l'échec de leur mariage, les parents peuvent ne pas être en mesure de tenir compte comme il se doit des besoins et des intérêts de leurs enfants.

La présence d'un avocat indépendant pour les enfants dans les litiges relatifs à la garde peut être un «catalyseur puissant» pour régler les dossiers et éviter les procès [107]. Généralement, un règlement cause moins de traumatisme aux enfants et aux parents qu'un litige judiciaire fortement contesté. Les parents peuvent percevoir l'avocat de l'enfant comme une partie neutre qui peut avoir pour effet de réduire la mentalité «gagnant-perdant» des parties en cause dans le litige [109]. Les parents peuvent aussi être moins enclins «à utiliser les enfants comme des armes dans leur conflit personnel» et peuvent être plus disposés à examiner pleinement les dossiers, les opinions et les intérêts des enfants.

Une autre fonction importante du procureur consiste à protéger l'enfant au cours des procédures judiciaires. L'avocat peut s'assurer que les mesures nécessaires sont prises pour accélérer les procédures et accommoder les enfants dans le processus judiciaire. On ne peut surestimer l'importance d'un avocat pour rassurer l'enfant lors de l'éclatement de la famille. L'enfant peut exprimer librement ses inquiétudes, ses préoccupations et ses opinions à une personne impartiale. Par conséquent, l'enfant est protégé et on lui confère une impression d'autonomie, en particulier s'il croit que son avocat peut avoir une influence sur l'issue du litige".⁴⁷

Les arguments soutenant la participation des enfants aux litiges les concernant sont nombreux.

⁴⁶ *Op. cit.*, note 45, page 10.

⁴⁷ *Op. cit.*, note 45, page 13., référant également à [105] Mamo, « Child Representation », dans J. McLeod, *Child Custody Law and Practice*, Toronto, Thomson Canada Limited, mise à jour 1998, pp. 13-27 à 13-29; [106] *Ibid.*, p. 13-27. Voir aussi S. Wilber, « *Independent Counsel for Children* », (1993), 27 Fam. L.Q. 349, p. 351; [107] T. Maczko, « *Some Problems With Acting For Children* », (1979), 2 Can. J. Fam. L. 267, p. 279; [109] Le juge A.P. Nasmith, "The Inchoate Voice" (1991-1992), 8 Can. Fam. L.Q. 43 p. 44.

Parmi ceux-ci, on retrouve l'assurance que le processus décisionnel soit axé sur l'enfant, et que l'intérêt de ce dernier soit connu par le tribunal. L'exclusion de l'enfant d'un débat dont les conclusions influenceront sa vie peut avoir, sur ce dernier, des répercussions négatives⁴⁸.

Me Renée Joyal et Anne Quéniart, sociologue, ont mené une recherche auprès de juges de la Cour supérieure portant notamment sur la représentation de l'enfant en matière de garde contestée⁴⁹. L'étude visait à connaître les perceptions et les pratiques de la magistrature en la matière.

Les résultats de cette recherche indiquent que 9 % des juges estiment que les enfants dont la garde est contestée devraient toujours être représentés par avocat. Toutefois, 87 % ont émis l'opinion qu'ils ne devrait l'être que dans certains cas, dont notamment lorsque: la sécurité de l'enfant est en jeu; qu'il est manipulé ou victime d'abus physiques ou sexuels; qu'il est sous la protection de la Cour ou du DPJ; qu'il est pris en otage; que la capacité parentale est faible ou nulle; que le conflit parental est aigu ou que l'enfant demande à être représenté.

Pour les juges, le rôle de l'avocat consiste à : s'assurer que toutes les règles de droit soient respectées (65 %); voir à ce que le tribunal dispose d'expertises suffisantes (65 %); donner son point de vue sur ce qu'il pense être l'intérêt de l'enfant (87 %); faire valoir l'intérêt de l'enfant sur la base de la preuve présentée (74 %); communiquer avec l'expert ou les experts au dossier et collaborer à l'exécution de leur mandat (74%).

Lorsque l'enfant représenté est capable de donner un mandat précis, 26 % des juges considèrent que l'avocat doit représenter celui-ci comme un autre client, alors que 67 % estiment qu'il doit le représenter d'une manière particulière, par exemple en tentant de faire la part des choses entre l'intérêt et les désirs de l'enfant.

Voici, selon l'auteur Me Michel Tétrault⁵⁰, un énoncé des situations où la nomination d'un procureur à l'enfant serait appropriée :

- *« Un dossier qui implique des allégations d'abus physiques, psychologiques ou sexuels;*
- *les relations entre les parents sont hautement conflictuelles;*
- *il y a présence d'un syndrome d'aliénation parentale;*
- *le tribunal doit considérer des aspects culturels ou religieux qui ont des conséquences sur l'enfant;*
- *le bien-être de l'enfant tient aussi à l'implication d'une tierce personne qui a des liens significatifs avec lui;*

⁴⁸ *Op. cit.*, note 44, pages 23 et 24.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ Michel Tétrault – *Droit de la famille*, 2^{ième} édition, Éditions Yvon Blais, pages 707 et 708.

- *la conduite du ou des parents ou d'une personne significative se situe hors de la normalité et affecte le bien-être de l'enfant;*
- *le tribunal doit trancher des questions qui touchent à l'état mental des parents ou de l'enfant;*
- *ni l'un ni l'autre des parents ne semblent bénéficier de capacités parentales suffisantes;*
- *l'enfant mature exprime clairement son opinion qui tend à modifier des modalités de garde en vigueur depuis longtemps ou encore, il ne souhaite plus voir un des parents;*
- *les situations où le déménagement de l'un ou l'autre des parents aura pour effet de restreindre de façon significative l'accès de l'enfant à l'autre parent;*
- *les dossiers qui impliquent la séparation de la fratrie;*
- *les dossiers où l'un ou les deux parents ne sont pas représentés;*
- *toute situation où le tribunal conclut que l'intérêt de l'enfant n'est pas représenté convenablement par l'une ou l'autre des parties.*

Tous ces éléments sont autant d'arguments soutenant la recommandation demandant à apporter des modifications au *Code civil du Québec*.

Recommandation 2

Le Comité recommande que la *Loi sur la protection de la jeunesse* soit amendée pour reconnaître à l'enfant témoin le droit à l'accompagnement d'une personne en qui il a confiance et qui n'est pas partie au litige.

Commentaire

Le droit à l'accompagnement est codifié en droit civil et en droit criminel⁵¹.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* étant toujours muette à ce sujet, il y a lieu de proposer des amendements afin de faire reconnaître législativement ce droit à l'enfant témoin.

⁵¹ Art. 394.3 C.p.c. et art. 486(1.2) C. cr.

B. LA CAPACITÉ DE L'ENFANT DE DONNER UN MANDAT

Recommandation 3

Le Comité recommande que la capacité d'un enfant de mandater un avocat soit déterminée sur une base individuelle par l'avocat.

Commentaire

La capacité de mandater de l'enfant s'évalue en fonction de sa maturité et de l'expression de son opinion⁵².

Cette évaluation est une question de faits. On tiendra compte de différents facteurs comme par exemple:

- a) *L'organisation au niveau intellectuel qui est un élément clé à considérer dans l'évaluation du degré de maturité et de discernement de l'enfant;*
- b) *Si l'enfant est bien articulé et n'est pas capricieux, s'il est bien structuré, intelligent, vif d'esprit; s'il s'exprime clairement et avec assurance, s'il perçoit la réalité avec assurance, s'il est réaliste, conscient de sa situation et n'a pas peur de dire ce qu'il pense. S'il est capable de prendre des décisions réfléchies.*
- c) *Les tribunaux considèrent aussi le sentiment général qui se dégage du témoignage et de l'attitude de l'enfant, par exemple : Son souhait apparaît sincère et bien motivé; l'enfant est sensible; l'enfant est franc et attachant⁵³.*

L'avocat incertain de la capacité de l'enfant peut soumettre cette question au tribunal⁵⁴.

⁵² *Op. cit.*, note6, paragraphe 9.

⁵³ Avocat à l'enfant – aide-mémoire, Le Comité de la Commission des services juridiques sur la représentation des enfants par avocat – Service de recherche de la Commission des services juridiques, novembre 2004, référant également à Tétrault, Michel, « Chronique – Le procureur à l'enfant : une espèce protégée », Repères [en ligne], août 2004, EYB 2004 REP 242, <http://www.editionsyvonblais.com>.

⁵⁴ *F. (J.) c. L. (C.)* REJB 2003-48773, (C.S.) environ 18 pages. Le juge a considéré l'enfant mature et donc habile à mandater son avocat. La preuve d'experts était contradictoire.

Recommandation 4

Le Comité recommande que lorsqu'un avocat détermine si un enfant possède ou non la capacité de mandater, il puisse présumer qu'un enfant de douze ans est capable de mandater.

Commentaire

La présomption mentionnée à cette recommandation revêt un caractère indicatif.

L'âge ne doit pas être l'unique critère à considérer. Comme le soulignait Me Michel Tétrault⁵⁵ :

« Nous croyons que l'âge ne devrait pas en soi être l'unique critère déterminant dans la classification du type de mandat. La capacité de l'enfant à participer au processus dépend plus de son développement cognitif que de son âge. Nous proposons plutôt de nous en rapporter dans un premier temps à la capacité de l'enfant de communiquer et dans un second temps, à sa capacité d'exprimer ses désirs ou son point de vue sur les questions qui le concernent. »

L'âge, à lui seul, ne peut servir d'indicateur pour déterminer la capacité d'un enfant parce que les enfants ne se développent pas tous au même rythme⁵⁶.

Comme l'indiquait Mme Besner, reprenant les propos du Juge Nasmith⁵⁷ :

« Les instructions que donne un enfant de 4 ou 5 ans «ne devraient pas être sabotées sous prétexte qu'il ne s'agit pas vraiment d'instructions» à moins que l'enfant soit attardé. À mon avis, il convient pour l'avocat de s'écarter de «sa fonction normale de porte-parole» uniquement lorsqu'un enfant n'est pas capable ou ne veut pas exposer ses opinions sur les questions de la garde et du droit de visite. »

À titre informatif, dans son document de référence, Mme Bessner recommandait que l'enfant de 5 ans ou plus soit réputé capable de communiquer son opinion à un avocat⁵⁸.

⁵⁵ *Op. cit.*, note 50.

⁵⁶ *Op. cit.*, note 45, page 19.

⁵⁷ *Op. cit.*, note 45, page 20, référant aussi à [90] Le juge A.P. Nasmith, « *The inchoate Voice* », (1991-1992), 8 Can. Fam. L.Q. 43, p. 54 et 55.

⁵⁸ *Op. cit.*, note 45, page 42.

À la lumière des critères retenus par la Cour d'appel⁵⁹, le seuil de 12 ans ne peut être qu'indicatif et chaque situation doit être évaluée afin d'établir la nature du mandat de l'avocat.

⁵⁹ *Op. cit.*, note 6.

C. LA NATURE DE LA REPRÉSENTATION DE L'ENFANT PAR AVOCAT DEVANT LES TRIBUNAUX

i) La représentation avec mandat conventionnel

Recommandation 5

Le Comité recommande que le mandat de l'avocat représentant un enfant capable de mandater soit déterminé par l'enfant.

Commentaire

La décision de la Cour d'appel⁶⁰ a confirmé cette recommandation. Elle s'inscrit dans « la vision autonomiste » de l'enfant reconnaissant l'importance de l'opinion de celui-ci quant aux questions le concernant⁶¹.

Ainsi, l'avocat qui représente un enfant mature reçoit ses instructions de ce dernier.

« Le procureur n'existe que par son client. Le procureur représente une personne, il n'agit pas de lui-même ou pour lui-même. Il lui faut un mandat. Le procureur d'un enfant n'exerce aucun attribut de l'autorité parentale lorsqu'il le défend : il le représente.

Au même effet, la décision dans P.C. c. S.K., où le Tribunal indique que la Cour d'appel a délimité le rôle du procureur à l'enfant mature dans l'arrêt F.M. c. J.L.⁶² ».

Me Renée Joyal a mené une recherche⁶³ auprès de 15 avocats québécois exerçant régulièrement en droit de l'enfance et de la famille. Il s'agissait de connaître leurs perceptions notamment sur la représentation de l'enfant dans des litiges de garde. L'échantillonnage comptait 10 avocats de Montréal, 9 femmes, 1 homme, et 5 avocats de Québec, 4 femmes et 1 homme. Les entrevues ont été réalisées en 1999-2000. Sur la question portant sur la nature du mandat, voici les résultats tels que décrits par l'auteure :

⁶⁰ *Op. cit.*, note 5.

⁶¹ *Op. cit.*, note 50, page 706.

⁶² *Op. cit.*, note 49, page 703. Commentaires portant sur deux décisions de la Cour supérieure rendues après l'affaire *M.(F.)e J.T.-T., J.E.* 2002-1481 (CS), *J. Sénécal* et *P.C. c. S.K.* (CS), Beauharnois, no. 760-12-013906-973 - J. Rayle.

⁶³ Renée Joyal – Droit de la famille « *Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde* ». Pratique et perceptions d'avocats, *R. du B.*, Tome 62, Automne 2002.

« Dans les cas où l'enfant est apte à mandater son avocat, il convient, selon six de nos répondants, de suivre ses instructions, tout en essayant de lui faire comprendre les conséquences de ses choix et les divers aspects de son intérêt. Pour cinq autres avocats, les choses se passent sensiblement comme avec les adultes, à cette différence près que l'avocat demandera parfois plus d'explications à l'enfant sur les désirs qu'il exprime, effectuera certaines vérifications auprès, par exemple, des enseignants, expliquera davantage son rôle à l'enfant. En somme, parmi les onze avocats qui ont répondu explicitement à cette question, une légère majorité d'entre eux mettent clairement l'accent sur leur rôle de conseiller, alors que d'autres exécutent leur mandat comme s'il s'agissait d'un mandat concernant un adulte, sous réserve de certaines précautions particulières.⁶⁴

⁶⁴ *Op. cit.*, note 63, page 453.

Recommandation 6

Le Comité recommande que l’avocat représentant un enfant capable de mandater assume un rôle de conseiller et de procureur.

Commentaire

Dans le cadre d’un mandat conventionnel, l’avocat doit assumer un rôle de conseiller et de procureur. L’avocat doit donc exécuter les instructions de son client, conformément au mandat qu’il a reçu de celui-ci, quelle que soit son opinion sur l’intérêt de l’enfant.

Dans un mandat de cette nature, l’avocat a le devoir de représenter les désirs de l’enfant capable de mandater. Cela n’en fait pas un simple porte-parole de l’enfant. Rappelons que, comme pour un client adulte, il est de son devoir de conseil de l’informer de la faisabilité des désirs, ainsi que de leurs conséquences. Cependant, une fois le mandat déterminé, la preuve que l’avocat présente au tribunal doit être conforme au mandat de son client, quitte à ce qu’il retienne un élément de preuve qui serait contraire aux désirs. Il serait en effet incompatible avec ses règles professionnelles que l’avocat présente une position contraire au mandat de son client capable de mandater.

« Lorsque l’enfant est capable de mandater un avocat, le mandat de celui-ci comporte les éléments traditionnels du mandat. Ces éléments se décrivent comme suit :

- a) l’analyse de la situation et des faits exposés avec son client et la détermination du droit applicable;*
- b) l’exposé à son client de la nature et de la portée du problème, des mesures à prendre ainsi que des risques et des conséquences que cela suppose;*
- c) l’obtention de l’accord de son client quant à l’étendue et aux modalités d’exécution du mandat;*
- d) l’information de son client au fur et à mesure que le mandat se déroule;*
- e) la redéfinition avec son client des limites du mandat, selon les circonstances.⁶⁵*

La Cour d’appel⁶⁶ a précisé que ce rôle est le même que l’avocat soit nommé par le tribunal en vertu de l’article 394.1 du *Code de procédure civile* ou qu’il intervienne à la demande de l’enfant (art. 208 du *Code de procédure civile*).

⁶⁵ *Op. cit.*, note 2, pages 39 et 40.

⁶⁶ *Op. cit.*, note 6, paragraphes 35 et 39.

En décidant d'accepter le mandat, l'avocat est dans l'obligation d'endosser la position de sa cliente et de la défendre devant la Cour. Le fait de ne pas la présenter au moment des plaidoyers constitue une atteinte aux droits de l'enfant.⁶⁷

On peut résumer ainsi les obligations de l'avocat :

« L'avocat de l'enfant est l'architecte légal qui construit un dossier en fonction des opinions de l'enfant. Dans sa forme actuelle, cela signifie que l'avocat de l'enfant devrait présenter et mettre en oeuvre les instructions du client au meilleur de ses capacités. Et cela suppose qu'il indique au tribunal les préoccupations, les désirs et les opinions de l'enfant. Cela suppose en outre qu'il présente au tribunal une preuve exacte et complète compatible avec la position de l'enfant. Il y a de plus une obligation de faire en sorte, dans la mesure où cela est possible compte tenu de l'âge et de la situation de l'enfant, que les opinions et les désirs exprimés par l'enfant soient donnés en toute liberté et en l'absence de toute contrainte exercée par une autre partie ou personne. »⁶⁸

Dans le cadre d'une recherche menée par le Conseil permanent de la jeunesse⁶⁹ auprès des jeunes hébergés en centre jeunesse, ceux-ci ont exprimé l'importance qu'ils accordaient à l'attitude de l'avocat à leur égard. « *Les jeunes apprécient les avocats qui leur parlent, leur expliquent la procédure et maîtrisent bien leur dossier.* »⁷⁰

⁶⁷ Dans la situation de *M.L.D.*, C.Q. (St-Maurice), REJB 1003-51385, page 8

⁶⁸ *Op. cit.*, note 45, page 18.

⁶⁹ « *Les jeunes en Centre jeunesse prennent la parole !* » -Rapport de recherche du Conseil permanent de la jeunesse, juillet 2004, disponible sur le site du gouvernement du Québec : www.cpj.gouv.qc.ca.

⁷⁰ *Op. cit.*, note 69, page 50.

ii) La représentation sans mandat conventionnel

Recommandation 7

Le Comité recommande que l’avocat de l’enfant soit indépendant vis-à-vis des parents ou autres tiers.

Commentaire

L’avocat ne doit pas accepter de subir quelque influence que ce soit dans l’accomplissement de son mandat.

Recommandation 8

Le Comité recommande que dans le cadre de la représentation sans mandat conventionnel, l'avocat fasse valoir les droits et l'intérêt de l'enfant, eu égard à l'ensemble de la preuve reçue par le tribunal.

Commentaire

L'avocat ne doit pas émettre d'opinion personnelle. Ses représentations doivent être basées sur la preuve et les principes des lois applicables.

Le procureur qui agit dans un dossier ne le fait pas à titre personnel, il agit au nom de son client, même dans le cas où il représente une personne trop jeune pour être entendue ou pour comprendre⁷¹.

Le procureur doit exprimer et faire valoir le souhait de son client. Les obligations du tribunal vont plus loin: en effet, ce ne sont pas les désirs de l'enfant qui priment, mais son intérêt⁷².

La Cour d'appel, dans l'affaire *M. (F.)*,⁷³ a confirmé qu'un avocat peut être nommé afin de représenter un enfant qui n'est pas en mesure d'exprimer ses désirs ou sa volonté mais n'a pas défini le rôle de l'avocat, le contexte ne s'y prêtant pas.

Certains auteurs⁷⁴, en droit familial, préconisent la préparation d'un rapport écrit afin de communiquer la position de l'enfant aux parties, à leurs avocats et également au tribunal. Quant à son contenu, Me Annie Clair suggère qu'il couvre:

- la provenance et la nature du mandat;
- le résumé des entrevues et entretiens téléphoniques effectués principalement les entrevues effectuées auprès de l'enfant;
- la position de l'enfant accompagnée des explications et justifications;
- les suggestions du procureur afin que l'intérêt de l'enfant soit préservé.⁷⁵

Il faudra conserver à l'esprit, lors de la rédaction de documents de cette nature, les règles sur la confidentialité et le secret professionnel. Bien que l'échange d'écrits entre procureurs ou

⁷¹ *Re : T-TR. (J.) C.S.- REJB 2002-33519- Montréal, juge Jean-Pierre Sénécal 2002-07/09.*

⁷² *Droit de la famille – 2795, C.S. (Saint-François) – REJB 1997-05113.*

⁷³ *Op.cit.*, note 6.

⁷⁴ Clair, Annie, *Op. cit.*, note 5, p. 113. Voir également Tétreault, Michel – *Op. cit.*, note 50. p. 699.

⁷⁵ *Op.cit.*, note 74, page 126.

parties puisse faciliter le règlement d'un dossier, sa production devant les instances judiciaires n'est pas recommandée. L'avocat risque de se placer en situation de contraignabilité puisque le rapport constitue son témoignage portant sur l'exécution du mandat lui ayant été confié.

La Cour suprême du Canada s'exprimait ainsi sur la question du mandat de l'avocat représentant un enfant incapable de donner ni directives, ni avis :

«Nous avons aussi eu l'avantage d'entendre les plaidoiries fouillées des avocats des appelants, des intervenants, du directeur et celle de Me Day, l'avocat désigné par la Cour pour représenter Christopher. Après avoir été avisé par le Dr Boddie, le psychiatre pour enfants consulté par ses soins, que Christopher n'était en mesure ni de donner des directives à son procureur ni d'exprimer son avis quant à ses futurs parents» Me Day a estimé que son rôle consistait à faire valoir auprès de la Cour ce qu'il estimait être l'intérêt fondamental de son client. Pour trouver en quoi consistait l'intérêt de Christopher, Me Day a procédé à une enquête très complète sur les antécédents sociaux, médicaux et juridiques de Christopher et sur sa situation actuelle. [...].⁷⁶

Rappelons que le mandat non conventionnel vise les cas où l'enfant ne peut communiquer ou peut communiquer, de façon limitée, et manifester un désir ou des souhaits.

Dans le premier cas, le procureur :

« a pour tâche de fournir à la Cour tout l'éclairage disponible sur la situation de l'enfant et tout élément pertinent à la détermination de son meilleur intérêt. Il peut produire des témoins, interroger, contre-interroger des témoins et demander à ce qu'il y ait confection d'une expertise, il prend position ou pas selon les circonstances quant aux options possibles et à celles qu'il privilégie.⁷⁷

Quant à la deuxième situation, Me Tétrault suggère à l'avocat de faire valoir les souhaits de l'enfant:

«Si l'enfant peut communiquer de façon limitée et manifester un désir ou des souhaits, [le] procureur[...] fait ressortir les éléments importants et doit informer la Cour des souhaits ou désirs de l'enfant. Il devra en tout temps prendre les mesures nécessaires pour les confidences qui ont été faites par l'enfant afin de maintenir le lien de confiance établi auprès de celui-ci [...].⁷⁸

⁷⁶ *Beson c. Director of Child Welfare for the Province of Newfoundland*, [1982] 2 R.C.S. 716, page 726.

⁷⁷ *Op. cit.*, note 50, page 709.

⁷⁸ *Op. cit.*, note 50, page 709.

Recommandation 9

Le Comité recommande que dans le cadre de la représentation sans mandat conventionnel, l'avocat s'assure que le tribunal détient les éléments pertinents relatifs à la situation de l'enfant.

Commentaire

Il appartient au tribunal d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant.⁷⁹

L'article 33 du *Code civil du Québec* précise les éléments devant être pris en considération :

« Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits.

Seront 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 ».

L'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* est au même effet:

"Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits.

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."

⁷⁹ *Op. cit.*, note 6, paragraphes 41 et 52.

Recommandation 10

Le Comité recommande que les dispositions du *Code de procédure civile*, de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et les règles de pratique exigeant un affidavit soient modifiées afin que dans les cas de représentation sans mandat conventionnel, la procédure soit valide sans qu'il soit nécessaire que l'enfant ne signe d'affidavit.

Commentaire

Les exigences du *Code de procédure civile*, de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et les règles de pratique requérant un affidavit ne sont pas adaptées à la nature de la représentation sans mandat conventionnel.

Recommandation 11

Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant incapable de mandater puisse prendre connaissance à partir de source indépendante, du milieu dans lequel l'enfant se trouve et, s'il y a lieu, dans ceux qui sont proposés et qu'il soit obligé de rencontrer l'enfant, à moins que celui-ci ne soit incapable de s'exprimer.

Commentaire

Le Comité recommande de **MODIFIER** le texte de cette recommandation comme suit :

« Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant incapable de mandater puisse prendre connaissance à partir de source indépendante, du milieu dans lequel l'enfant se trouve et, s'il y a lieu, dans ceux qui sont proposés et qu'il soit obligé de rencontrer l'enfant, sauf s'il ne le juge pas nécessaire ».

Il peut se présenter des situations où même si l'enfant est incapable de s'exprimer, son avocat aura intérêt à faire ses propres constats. De même, il n'est pas toujours essentiel pour l'avocat de rencontrer l'enfant. C'est pourquoi il est jugé plus pertinent de laisser au bon jugement de l'avocat la décision de rencontrer ou non l'enfant.

Prendre connaissance du milieu de vie dans lequel l'enfant évolue peut notamment signifier :

- rencontrer les parents ou les parents substituts de l'enfant afin d'obtenir de l'information pertinente pour la bonne représentation de l'enfant⁸⁰;
- obtenir de l'information pertinente auprès des institutions scolaires fréquentées par l'enfant;
- obtenir de l'information pertinente concernant son état de santé, ses activités sportives ou culturelles⁸¹;
- il serait préférable de choisir un lieu sécurisant pour rencontrer l'enfant⁸².

⁸⁰ Me Annie Clair, *Op. cit.*, note 5, page 117.

⁸¹ Me Annie Clair, *Op. cit.*, note 5, page 122. Me Clair suggère d'obtenir une autorisation écrite signée par les deux parents en raison notamment du secret professionnel auquel sont tenus les professionnels de la santé et afin d'éviter d'éventuelles contestations parentales.

⁸² Me Annie Clair, *Op. cit.*, note 5, , page 122.

Il faut se rappeler que les démarches entreprises par l'avocat, dans le cadre de l'exécution de son mandat, sont soumises aux obligations déontologiques incombant à l'avocat, en matière de confidentialité et de communications avec la partie adverse représentée ou non. Ces obligations apparaissent à l'article 131 de la *Loi sur le Barreau* et à l'article 3.02.01 h) et i) du *Code de déontologie des avocats* :

L'article 131 de la Loi sur le Barreau :

"[Secret] L'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession.

[Exception] Cette obligation cède toutefois dans le cas où l'avocat en est relevé expressément ou implicitement par la personne qui lui a fait ces confidences ou lorsque la loi l'ordonne.

L'avocat peut en outre communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu'il a un motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes identifiable. Toutefois, l'avocat ne peut alors communiquer ce renseignement qu'à la ou aux personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours. L'avocat ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication."

Article 3.02.01 h) et i) du Code de déontologie des avocats:

"Les actes suivants, entre autres, contreviennent à l'obligation d'agir avec intégrité:

- h) communiquer dans une affaire avec une personne qu'il sait être représentée par un avocat si ce n'est en la présence ou avec le consentement de ce dernier ou à moins d'y être autorisé par la loi;*
- i) agir de façon à induire en erreur la partie adverse non représentée par avocat ou surprendre sa bonne foi ».*

Rappelons également les dispositions de l'article 39 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui oblige tout professionnel, qui a un motif de croire que la sécurité et le développement d'un enfant est ou peut être compromis, à signaler sans délai la situation au directeur de la protection de la jeunesse. Le dernier alinéa de ce même article dispense l'avocat qui reçoit dans l'exercice de sa profession, des informations de cette nature, à signaler la situation.

"39. *Tout professionnel qui, par la nature même de sa profession, prodigue des soins ou toute autre forme d'assistance à des enfants et qui, dans l'exercice de sa profession, a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis au sens de l'article 38 ou au sens de l'article 38.1, est tenu de signaler sans délai la situation au directeur; le même obligation incombe à tout employé d'un établissement, à tout enseignant ou à tout policier qui, dans l'exercice de ses fonctions, a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis au sens de ces dispositions.*

Toute personne autre qu'une personne visée au premier alinéa qui a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis au sens du paragraphe g) de l'article 38 est tenue de signaler sans délai la situation au directeur.

Toute personne autre qu'une personne visée au premier alinéa qui a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis au sens des paragraphes a, b, c, d, e, f ou h de l'article 38 ou au sens de l'article 38.1, peut signaler la situation au directeur.

Les premier et deuxième alinéas s'appliquent à ceux liés par le secret professionnel, sauf à l'avocat qui, dans l'exercice de sa profession, reçoit des informations concernant une situation visée à l'article 38 ou 38.1."

Recommandation 12

Le Comité recommande que les lois protégeant l'accès aux dossiers soient modifiées pour permettre à l'avocat qui représente un enfant l'accès aux dossiers pertinents de celui-ci et, sur autorisation du tribunal, l'accès aux dossiers autres que ceux de l'enfant.

Commentaire

Il est du devoir de l'avocat représentant un enfant incapable de mandater de s'assurer de détenir et transmettre au tribunal toute information pertinente pouvant aider le tribunal à décider du meilleur intérêt de l'enfant.

Pour accomplir adéquatement son mandat, l'avocat doit avoir accès aux dossiers contenant des informations pertinentes à la situation de l'enfant.

Recommandation 13

Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant incapable de mandater ait l'obligation de mettre en preuve tous les éléments de preuve relatifs à la situation de l'enfant qu'il connaît, sous réserve du devoir de confidentialité.

Commentaire

Rappelons ce qu'indiquait le Mémoire du Barreau du Québec de 1995 à ce sujet:

Rôle de l'avocat dans un contexte de représentation non conventionnelle

"Comme son rôle est de s'assurer que le tribunal détient une perspective complète de la situation de l'enfant, l'avocat ne peut retenir des éléments de preuve provenant de tiers qu'il jugerait contraires à ses convictions personnelles sur l'intérêt de l'enfant, ou contraires aux désirs exprimés par l'enfant. Dans ce contexte de la représentation des enfants, il doit donc avoir l'obligation de mettre en preuve tous les éléments de preuve qu'il connaît s'ils sont relatifs à la situation de l'enfant, sous réserve du devoir de confidentialité."⁸³

⁸³ *Op. cit.*, note 2, page 45.

Recommandation 14

Le Comité recommande que dans le cas où l'enfant incapable de mandater peut exprimer et motiver ses désirs, l'avocat soit obligé de le faire participer à l'élaboration de sa représentation, de l'informer, eu égard à son âge et à son discernement, tant sur son intérêt que sur ses droits, et de mettre en preuve ses désirs.

Commentaire

Dans ses rapports avec l'enfant, l'avocat doit tenir compte de son niveau de développement et lui fournir des explications adaptées à son niveau de compréhension.

L'avocat doit s'assurer que les désirs de l'enfant soient connus par les parties et par le tribunal.

Recommandation 15

Le Conseil général du Barreau du Québec, lors de sa séance du 17 juin 1995, a décidé de ne pas donner suite à la recommandation suivante :

« Le Comité recommande que l'avocat annonce au tribunal et aux parties s'il agit en vertu d'un mandat conventionnel ou non ».

Commentaire

Comme la nature du travail de l'avocat diffère selon qu'il représente un enfant capable de mandater (mandat conventionnel) ou non (mandat non conventionnel), il serait utile de conserver la possibilité pour l'avocat de qualifier le mandat en vertu duquel il agit et d'en aviser chacune des parties avant l'audition. Tout changement dans la nature du mandat de l'avocat devrait également faire l'objet d'un avis aux parties.

Le Comité recommande de conserver la possibilité pour l'avocat de qualifier le mandat en vertu duquel il agit et d'en aviser chacune des parties avant l'audition.

D. LA RÉALISATION DU DROIT À LA REPRÉSENTATION DEVANT LES TRIBUNAUX

1. La compétence professionnelle de l'avocat pour enfants

i) Des règles d'éthique spécifiques

Recommandation 16

Le Conseil général a référé au Comité de déontologie du Barreau du Québec la recommandation suivante et lui demandait d'ajouter un membre du Barreau spécialisé en droit de l'enfant.

"Le Comité recommande que soit intégrée par règlement dans le Code de déontologie, une nouvelle section sur les devoirs généraux et obligations de l'avocat envers l'enfant impliqué dans le système judiciaire".

Les travaux du Comité de déontologie n'ont pas donné lieu à des modifications réglementaires au *Code de déontologie*.

Commentaire

Après réexamen, il est apparu nécessaire de réévaluer l'ensemble des règles d'éthique spécifiques considérant que :

1. l'avocat représentant un enfant est soumis à l'ensemble des dispositions du *Code de déontologie*;
2. l'enfant a besoin d'une protection accrue vu son état de vulnérabilité et de dépendance;
3. la notion de temps chez l'enfant est différente de chez l'adulte;
4. la représentation d'un enfant doit concilier le respect de ses droits avec celui de ses intérêts et de ses désirs;
5. l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation (C.c.Q., art. 598).

L'avocat pour enfants doit s'acquitter d'obligations particulières dans son comportement, tant envers son client, l'enfant, qu'envers les parents de celui-ci.

L'avocat peut entreprendre la représentation d'un enfant quelle que soit son opinion personnelle sur son intérêt⁸⁴.

L'avocat, dans sa représentation, doit se comporter de façon à ne pas nuire à la cellule familiale. Il doit s'assurer, lorsque le contexte s'y prête, que son client comprenne et soit dûment avisé de ses droits et des démarches à entreprendre. Plus que dans n'importe quel autre domaine, l'avocat doit s'assurer que les conseils prodigués à son client sont compris de ce dernier. Lorsqu'il représente un enfant mature, son devoir de conseil doit être exercé avec justesse afin que son client comprenne les conséquences de ses choix. Il doit toujours garder à l'esprit que la cellule familiale doit, autant que possible, être préservée. Lorsqu'il représente un enfant incapable de mandater, il doit dans tous les cas prendre les mesures nécessaires afin que le tribunal puisse disposer de tous les éléments pertinents lui permettant de décider du meilleur intérêt de cet enfant. Si l'enfant est capable d'émettre un désir, l'avocat doit transmettre et faire connaître ce désir tant aux parties qu'au tribunal.

Bien que les règles proposées dans le *Mémoire de 1995* n'ont pas force de loi, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent un guide adéquat à la conduite des avocats représentant des enfants.

Dans les pages qui suivent, chacune des règles sera reprise en y ajoutant, lorsque requis, un commentaire.

Il est intéressant de prendre connaissance des lignes directrices en matière de justice dans les affaires impliquant les enfants victimes et témoins d'actes criminels dont plusieurs portent sur les devoirs des professionnels envers l'enfant participant au processus de justice.

Ces lignes⁸⁵ s'inspirent des normes internationales établies par la *Convention relative aux droits de l'enfant* (ONU) et la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* (ONU). Elles ont été adoptées par la Commission des Nations Unies lors de sa 14^{ième} session de travail tenue à Vienne du 23 au 27 mai 2005 et par le Conseil économique et social des Nations unies, en juillet 2005.

"Le droit à être protégé de tout préjudice pendant le processus de justice

29. Les professionnels devraient prendre les moyens nécessaires pour éviter de causer tout préjudice aux enfants victimes et témoins lors de la détection, de l'enquête ou de la poursuite et ce, afin de veiller au respect de leur meilleur intérêt et de leur dignité.

⁸⁴ *Op. cit.*, note 2, page 48.

⁸⁵ Bureau international des droits des enfants – www.ibcr.org - Lignes directrices en matière de justice dans les affaires impliquant les enfants victimes et témoins d'actes criminels.

30. *Les professionnels devraient faire preuve de sensibilité dans leurs rapports avec les enfants victimes et témoins, afin de:*

- a) *Fournir le soutien nécessaire aux enfants victimes et témoins, y compris en accompagnant l'enfant tout au long du processus de justice lorsque cela est dans son meilleur intérêt;*
- b) *Donner aux enfants victimes et témoins des informations, entre autres, quant au processus engagé et à son aboutissement afin qu'ils aient le plus de certitudes possible. La participation de l'enfant aux audiences et au procès devrait être planifiée à l'avance et tout devrait être fait pour assurer la continuité dans les relations entre les enfants et les professionnels qui sont en contact avec eux au cours du processus;*
- c) *S'assurer de la rapidité des procès, à moins que des délais ne soient dans le meilleur intérêt de l'enfant: les enquêtes sur les infractions impliquant des enfants victimes et témoins devraient être accélérées et il devrait y avoir des formalités, des lois et des règles de procédures permettant d'accélérer les affaires qui concernent des enfants victimes et témoins.*
- d) *Procéder d'une manière adaptée aux enfants, par exemple, en utilisant des salles d'entrevue prévues pour les enfants, en fournissant, en un même lieu, des services interdisciplinaires pour enfants victimes, en modifiant l'environnement des cours de justice pour tenir compte des enfants témoins, en faisant des pauses pendant le témoignage de l'enfant, en tenant des audiences à des heures raisonnables pour l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité, en facilitant le témoignage de l'enfant par tout autre moyen ainsi qu'en utilisant un système de notification approprié pour que l'enfant n'ait à se présenter devant le tribunal que lorsque cela est nécessaire.*

31. *Les professionnels devraient aussi mettre en application des mesures:*

- a) *Pour limiter le nombre d'entrevues. Il faudrait mettre en œuvre des procédures spéciales pour recueillir des éléments de preuve auprès des enfants victimes et témoins afin de réduire le nombre d'entrevues, de déclarations, d'audiences et, en particulier, les contacts inutiles avec le processus de justice, par exemple en utilisant des vidéos préenregistrées;*
- b) *Pour éviter tout contact inutile avec l'auteur présumé de l'infraction, avec sa défense ainsi qu'avec toute personne qui n'est pas directement liée au processus de justice. Les professionnels devraient s'assurer que les enfants victimes et témoins, ne soient pas soumis, si cela est compatible avec le système juridique et conforme aux droits de la défense, à un contre-interrogatoire mené par l'auteur présumé de l'infraction. Lorsque c'est nécessaire,*

on devrait procéder aux entrevues et interrogatoires des enfants victimes et témoins sans que l'auteur présumé de l'infraction ne puisse les voir, et à cet effet, les palais de justice devraient offrir des salles d'attente et des salles d'entrevue séparées;

- c) Pour que l'on interroge les enfants victimes et témoins d'une façon qui leur soit adaptée et qu'une supervision puisse être assurée par les juges et pour faciliter le témoignage, et réduire les possibilités d'intimidation de l'enfant, par exemple en utilisant des aides au témoignage ou en désignant des psychologues spécialisés."*

On y retrouve des obligations de conseil, d'attitude bienveillante, d'information, d'établissement et de maintien d'un lien de confiance et de protection de la vulnérabilité de l'enfant. Tous ces sujets ont fait l'objet en 1995, de recommandations.

Recommandation 17

Tout avocat est soumis aux devoirs et obligations de la présente section.

Recommandation 18

Tout avocat mandaté dans une affaire où est impliqué un enfant doit se soucier de l'intérêt de celui-ci.

Commentaire

Ces recommandations s'adressent à tout avocat qui se trouve en présence d'un enfant dans le contexte de procédures judiciaires que ce dernier soit partie ou témoin.

"Le contexte des procédures peut avoir une influence sur le comportement de l'avocat. Le comportement de l'avocat soulève une problématique particulière quand on le situe dans le contexte de la Chambre de la jeunesse ou de la Cour du Québec. Il apparaît au Comité que lorsque le substitut du procureur de la Couronne et le procureur du directeur de la protection de la jeunesse intentent une action, ils doivent faire preuve de respect et de discernement envers l'enfant. Ils doivent également tenir compte des effets psychologiques du processus judiciaire sur celui-ci."⁸⁶

⁸⁶ *Op. cit.*, note 2, page 54.

2. Le comportement de l’avocat envers l’enfant

i) Le devoir de confiance

Recommandation 19

L’avocat doit créer et entretenir une relation de confiance avec l’enfant.

Commentaire

Dans le mémoire sur la représentation des enfants, produit par le Barreau du Québec en 1995, les membres du comité recommandaient que l’avocat soit attentif à l’attitude de l’enfant⁸⁷.

Il serait approprié de **MODIFIER** cette recommandation afin d’y ajouter l’attention que doit porter l’avocat à l’attitude de l’enfant. Le texte suivant est suggéré :

« L’avocat doit créer et entretenir une relation de confiance avec l’enfant et être attentif à l’attitude de l’enfant ».

Entretenir une relation de confiance avec l’enfant nécessite de porter une attention particulière aux paroles et aux gestes de ce dernier. L’avocat doit s’assurer que son jeune client comprend son rôle. Il doit de plus faire en sorte qu’un lien de confiance s’établisse entre eux. L’attitude de l’enfant, autant et sinon plus que ses verbalisations, dicteront l’établissement et le maintien de ce lien. L’avocat doit y être attentif.

⁸⁷ Op. cit., note 2, page 49.

Recommandation 20

L'avocat doit faire preuve d'une disponibilité accrue.

Commentaire

Il est proposé de **MODIFIER** le texte de la recommandation afin d'insister sur la « grande disponibilité nécessaire » davantage que sur l'accroissement de la disponibilité normalement requise par l'exécution d'un mandat. Le texte suivant est suggéré :

« L'avocat doit faire preuve d'une grande disponibilité. »

Il est nécessaire dans la représentation des enfants, de tenir compte de leurs activités et leur disponibilité afin de ne pas perturber inutilement leur quotidien. Dans ce contexte, une grande disponibilité du professionnel est nécessaire.

Recommandation 21

L'avocat doit prendre tous les moyens pour assurer la continuité de sa représentation.

Commentaire

Ce devoir doit être examiné en corollaire avec celui prévu à la recommandation 19 concernant l'établissement d'une relation de confiance. En effet, la continuité de la représentation ne peut exister sans que la relation de confiance soit présente.

Le commentaire suivant la recommandation 23 est également pertinent.

Recommandation 22

L'avocat doit cesser de représenter un enfant lorsqu'il constate avoir perdu sa confiance.

Commentaire

L'avocat doit être attentif aux signes pouvant annoncer un bris de confiance et tenter, sans acharnement, de la rétablir lorsque cela semble possible.

La Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec a reconnu que l'enfant possède le droit de demander une substitution de procureur pourvu que la preuve soumise démontre qu'il s'agit de l'expression de sa volonté⁸⁸. Par ailleurs, cette Cour a également décidé que l'enfant n'avait pas à justifier sa décision autrement que par une preuve établissant qu'il s'agit de sa décision exempte de toute influence antérieure.⁸⁹

⁸⁸ Protection de la jeunesse – 463, J.E. 90-1721 (C.Q.); Contra: *Dans la situation J.K.*, REJB 2001-22647 (C.Q.)

⁸⁹ Protection de la jeunesse – 463 – J.E. 90-1721 (C.Q.).

Recommandation 23

L'avocat ne peut se retirer d'un dossier sans motif valable.

Commentaire

La recommandation du Conseil général utilise l'expression "valable". Afin d'éviter toute ambiguïté, il est suggéré d'employer les mêmes termes que ceux contenus à l'article 3.03.04 du *Code de déontologie des avocats*. Le texte **MODIFIÉ** se lirait comme suit:

"L'avocat ne peut se retirer d'un dossier sans motif sérieux.

Il s'agit en somme de la même obligation qui incombe à tout avocat, quelque soit l'âge du client représenté.

L'article 3.03.04 du *Code de déontologie des avocats* se lit comme suit :

«L'avocat peut, pour un motif sérieux et sauf à contretemps, cesser d'agir pour le client, à la condition de faire tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir une perte.

Constituent notamment des motifs sérieux:

- *la perte de la confiance du client;*
- *le fait d'être trompé par le client ou son défaut de collaborer;*
- *l'incitation de la part du client, à l'accomplissement d'actes illégaux, injustes, immoraux ou frauduleux;*
- *la persistance, de la part du client, à continuer une poursuite futile ou vexatoire;*
- *le fait que l'avocat soit en situation de conflit d'intérêts ou dans un contexte tel que son indépendance professionnelle puisse être mise en doute;*
- *le refus par le client de reconnaître une obligation relative aux frais, déboursés et honoraires ou, après un préavis raisonnable, de verser à l'avocat une provision pour y pourvoir.»*

ii) Le devoir de célérité

Recommandation 24

L'avocat doit agir avec célérité et s'assurer que les dossiers ne sont pas retardés inutilement.

Commentaire

L'avocat doit tenir compte du fait que la notion du temps chez l'enfant n'est pas la même que celle de l'adulte. Il doit tenter, dans sa représentation et ses conseils, d'agir de façon à faire cesser le plus rapidement possible la situation perturbante pour son client.

L'avocat devra cependant s'assurer que son devoir de célérité ne l'emporte pas sur la qualité des services professionnels offerts à l'enfant.

Recommandation 25

L'avocat doit éviter tout abus de procédures, ainsi que la multiplication des remises, expertises et évaluations. Le recours aux expertises doit être justifié par les pratiques professionnelles reconnues, la nature et l'importance de la cause et adapté aux stades de développement de l'enfant.

Commentaire

Il est intéressant de noter que la question de l'expertise familiale a fait l'objet d'un rapport en 1999 (Rapport *Macerola-Gaumont*)⁹⁰ dans le cadre de la révision de la procédure civile.

S'inspirant du Mémoire de 1995 sur la représentation des enfants par avocat, le groupe de travail émettait plusieurs recommandations, dont:

- *« Que toute partie (l'enfant étant considéré comme une partie) ait la possibilité de faire appel à l'expert de son choix et d'avoir droit à une seule expertise; pour toute expertise additionnelle, l'ordonnance du juge est nécessaire.*
- *« Que dans le cas où les parties choisissent un expert commun, une expertise additionnelle puisse avoir lieu, aux frais de la partie qui la demande, sans autorisation du tribunal, une fois que la première expertise sera produite; toute expertise additionnelle devra être autorisée par le tribunal. »*

Ces recommandations ont été reprises par le Comité de révision de la procédure civile dans son rapport de juillet 2001⁹¹.

Ainsi, le Comité de révision recommandait:

« R.6-13 : De favoriser le recours à un expert commun par les parties.

R.6-14 : De prévoir que, dans le cas où les parties choisissent un expert commun, la partie insatisfaite a le droit d'obtenir une contre-

⁹⁰ Comité de l'expertise, *Rapport sur l'expertise en matière familiale*, Comité sur l'expertise familiale, 1999 (*Rapport Macerola-Gaumont*):www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/rapp-cemf.pdf.

⁹¹ « *Nouvelle culture judiciaire* », rapport du Comité de révision de la procédure civile, Ste-Foy, 2001 (Rapport *Ferland*):www.justice@gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rapp.pdf.

expertise à ses frais et sans autorisation du tribunal et que toute expertise additionnelle doit être autorisée.

R.6-15: De prévoir que toute partie, l'enfant étant considéré comme une partie à cette fin, peut faire appel à un expert de son choix et qu'elle a alors droit à une seule expertise; toute expertise additionnelle devant être autorisée par le tribunal.⁹²

⁹² *Op. cit.*, note 91, pages 175 et 176.

iii) Le devoir de communication

Recommandation 26

L'avocat doit avoir une grande capacité d'écoute et doit être sensible au langage utilisé par l'enfant.

Commentaire

Il est nécessaire pour l'avocat d'adapter son style d'écoute à l'enfant.

Recommandation 27

L'avocat doit tenir compte du contexte familial et socioculturel de l'enfant.

Commentaire

Il est nécessaire de tenir compte du contexte familial et socioculturel de l'enfant afin de faciliter la communication avec ce dernier, obtenir sa confiance et s'assurer de sa pleine participation lorsque le contexte s'y prête.

Il peut être utile de rencontrer l'enfant accompagné par chacun des parents séparément⁹³.

⁹³ *Op. cit.*, note 50, page 711.

Recommandation 28

L'avocat doit expliquer le processus judiciaire en termes adaptés au niveau de compréhension de l'enfant.

Commentaire

Toute communication avec l'enfant doit se faire en tenant compte de son niveau de développement, et l'avocat doit expliquer le processus judiciaire en termes adaptés au niveau de compréhension de l'enfant.

Recommandation 29

L'avocat doit permettre à l'enfant de prendre connaissance des documents constitués sur la situation familiale, compte tenu de son âge et de son discernement, à moins que leur contenu ne porte préjudice à l'enfant.

Commentaire

L'avocat doit permettre à l'enfant d'avoir accès aux informations le concernant sauf s'il juge que l'enfant pourrait subir un préjudice sérieux du fait de la nature des informations à lui être transmises. Il est primordial de préserver l'intégrité psychologique de l'enfant et d'éviter toute démarche qui n'aurait aucun effet bénéfique et qui engendrerait des perturbations importantes.

Par ailleurs, il est à noter qu'en vertu des dispositions de l'article 88 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, "lorsque l'auteur de l'étude, de l'évaluation ou de l'expertise est d'avis que le contenu ou partie du contenu ne devrait pas être communiqué à l'enfant, le juge peut, exceptionnellement, en interdire la transmission. Le juge doit alors s'assurer que l'enfant est représenté par avocat, lequel peut prendre connaissance de l'étude, de l'évaluation, de l'expertise et la contester".

Recommandation 30

Lorsque l'enfant est capable de mandater, l'avocat doit exposer à son client la nature et la portée du problème, les mesures à prendre ainsi que les risques et les conséquences que cela suppose. Il doit également obtenir l'accord de son client quant à l'étendue et aux modalités d'exécution du mandat.

Commentaire

Il est utile de reprendre les commentaires apparaissant au *Mémoire de 1995* sur la nature du mandat de l'avocat de l'enfant capable de mandater et qui ont guidé la Cour d'appel dans l'affaire *M. (F.)*⁹⁴ :

« *La nature du mandat de l'avocat de l'enfant capable de mandater*

Le comité considère que dans le cadre d'un mandat conventionnel, l'avocat doit assumer un rôle de conseiller et de procureur. L'avocat doit donc exécuter les instructions de son client, conformément au mandat qu'il a reçu de celui-ci, et quelle que soit son opinion sur l'intérêt de l'enfant.

Dans un mandat de cette nature, l'avocat a le devoir de représenter les désirs de l'enfant capable de mandater. Cela n'en fait pas un simple porte-parole de l'enfant. Rappelons que comme pour un client adulte, il est dans son devoir de conseil, de l'informer de la faisabilité des désirs ainsi que de leurs conséquences. Cependant, une fois le mandat déterminé, la preuve que l'avocat présente au tribunal doit être conforme au mandat de son client, quitte à ce qu'il retienne un élément de preuve qui serait contraire aux désirs. Il serait en effet incompatible avec ses règles professionnelles que l'avocat présente une position contraire au mandat de son client capable de mandater.

*Certes, étant donné la nature du mandat conventionnel, l'avocat qui juge que la réalisation des désirs de l'enfant capable serait contraire à son intérêt peut se sentir mal à l'aise. Dans ce cas, comme l'a rappelé la Cour d'appel, l'avocat peut refuser ou mettre fin au mandat en prenant les moyens nécessaires pour ne pas porter préjudice à son client.*⁹⁵

⁹⁴ *Op. cit.*, note 6, paragraphe 39.

⁹⁵ *Op. cit.*, note 2, pages 39 et 40.

Recommandation 31

L’avocat doit s’assurer que l’enfant comprend le mandat, compte tenu de son âge et de son discernement.

Commentaire

Il s’agit pour l’avocat de se décharger de son devoir de conseil en adaptant ses propos au degré de développement de l’enfant.

Recommandation 32

L'avocat doit s'assurer autant que possible que l'enfant comprend les conséquences à court terme et à long terme de l'offre de règlement ou plaider de culpabilité qu'il lui soumet.

Commentaire

Il est nécessaire d'être attentif et de s'assurer de la compréhension des conséquences des actes juridiques que l'avocat suggère à l'enfant-client de poser.

iv) *Le devoir de confidentialité*

Recommandation 33

L'avocat doit respecter les confidences faites par l'enfant quel que soit son âge.

Commentaire

Selon le juge Andrews de la Cour provinciale de l'Ontario, la transgression de cette règle peut entraîner des conséquences indésirables telles que:

*[...] miner gravement l'opinion que l'enfant se fait du système judiciaire. L'enfant peut estimer que les adultes imposent une décision et que non seulement son point de vue n'est pas représenté mais qu'il est écarté[...]. Ainsi, le développement harmonieux de l'enfant en un citoyen responsable dans une société libre pourrait être gêné par une impression de méfiance envers les institutions et les professions sociales.*⁹⁶

⁹⁶ H.T.G. Andrews et P. Gelsomino, « *The legal representation of children in custody and protection proceedings : A comparative view* », *Family Law : Dimensions of Justice*, R. Abella et C. L'Heureux-Dubé, éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 251.

Recommandation 34

Néanmoins, l’avocat qui représente un enfant sans mandat conventionnel, doit consulter le syndic dans les situations exceptionnelles où le respect du devoir de confidentialité risque de porter un préjudice grave à la vie ou à la santé physique ou psychologique de l’enfant. Quant l’avocat représente l’enfant en vertu d’un mandat conventionnel, l’avocat peut consulter le syndic adjoint pour enfant dans ces situations.

Commentaire

Le Conseil général n’a pas retenu la recommandation du *Mémoire de 1995* qui visait à créer un poste de syndic adjoint pour enfants. Cependant, il recommandait que deux adjoints au syndic, un membre du Comité d’inspection professionnelle et un membre consultatif du Service de la Formation permanente soient spécialisés dans l’ensemble des questions relatives à la représentation d’enfant par avocat (recommandation 40). Il y aurait lieu de donner suite à cette recommandation.

Le respect des confidences est un élément primordial du lien de confiance.

Le *Code de déontologie des avocats* a été modifié en 2004 afin de prévoir les cas où la levée du secret professionnel était permise. Il s’agit de situations exceptionnelles visant à assurer la protection des personnes.

Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

« 3.06.01.01 : Un avocat peut communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel, en vue de prévenir un acte de violence, dont un suicide, lorsqu’il a un motif raisonnable de croire qu’un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personne identifiable.

Toutefois, il ne peut alors communiquer ce renseignement qu’à la ou les personnes exposées à ce danger, à leur représentant ou aux personnes susceptibles de leur porter secours.

3.06.01.02 : L’avocat qui décide de communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel ne peut communiquer que les renseignements nécessaires aux fins poursuivies par la communication. Il doit, à l’occasion de cette communication, mentionner les éléments suivants :

- 1) son identité et son appartenance au Barreau du Québec;*
- 2) que le renseignement qu’il va communiquer est protégé par le secret professionnel;*
- 3) qu’il se prévaut de la possibilité que lui offre la loi de lever le secret professionnel afin de prévenir un acte de violence, parce qu’il a un*

motif raisonnable de croire qu'un danger imminent de mort ou de blessures graves menace une personne ou un groupe de personnes;

- 4) la nature des menaces ou l'acte de violence qu'il vise à prévenir;*
- 5) l'identité et, si possible, les coordonnées de la personne ou du groupe de personnes exposées au danger;*
- 6) l'imminence du danger identifié.*

3.06.01.03 : L'avocat qui décide de communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel peut, si nécessaire aux fins poursuivies par la communication visée à l'article 3.06.01.02, communiquer l'identité des coordonnées de la personne qui l'a incité à communiquer le renseignement.

3.06.01.04 : Dans les circonstances qui le permettent, l'avocat peut consulter le syndic du Barreau avant de communiquer le renseignement protégé par le secret professionnel afin d'évaluer ce qu'il convient de faire.

3.06.01.05 : L'avocat qui communique un renseignement protégé par le secret professionnel en application de l'article 3.06.01.01 doit, pour chaque communication, se constituer, dès que possible, une note écrite contenant les éléments suivants :

- 1) la date et l'heure de la communication;*
- 2) les motifs au soutien de sa décision de communiquer le renseignement, incluant l'acte de violence qu'il visait à prévenir, l'identité de la personne qui l'a incité à le communiquer ainsi que celle de la personne ou du groupe de personne exposées au danger;*
- 3) le contenu de la communication, le mode de communication utilisé et l'identité de la personne à qui la communication a été faite ».*

Il est à noter que l'approche retenue reprend la teneur de la recommandation du *Mémoire de 1995* portant sur le respect du devoir de confidentialité dans les cas où il y a risque de porter un préjudice grave à la vie ou à la santé, physique ou psychologique, de l'enfant.

L'avocat qui agit sans mandat conventionnel est tenu au respect des confidences faites par l'enfant. Cela n'empêche pas ce dernier d'utiliser l'information obtenue pour les fins de l'exécution de son mandat.

v) *Le devoir de connaissances particulières*

Recommandation 35

L'avocat doit acquérir des notions de base sur les besoins, les stades de développement et les moyens de communication des enfants.

Recommandation 36

L'avocat doit disposer de connaissances particulières relatives aux droits de l'enfant.

Commentaire

Ces recommandations s'inspirent des dispositions du *Code de déontologie des avocats* concernant la compétence. Il s'agit ni plus ni moins de l'obligation de compétence imposée à l'avocat par les règles déontologiques.

Code de déontologie des avocats

3.00.01 *L'avocat a, envers le client, un devoir de compétence ainsi que des obligations de loyauté, d'intégrité, d'indépendance, de désintéressement, de diligence et de prudence.*

3.01.01 *Avant d'accepter de fournir un service professionnel, l'avocat doit tenir compte des limites de ses aptitudes, de ses connaissances ainsi que des moyens dont il dispose. Il ne doit pas, notamment entreprendre ou continuer la prestation d'un service professionnel pour lequel il n'est pas suffisamment préparé sans obtenir l'aide nécessaire.*

3.01.02 *L'avocat doit reconnaître en tout temps le droit du client de consulter un autre avocat, un membre d'un autre ordre professionnel ou toute autre personne compétente.*

Si l'intérêt du client l'exige, il doit, sur autorisation de celui-ci, consulter un autre avocat, un membre d'un autre ordre professionnel ou une autre personne compétente ou lui recommander de faire appel à l'une de ces personnes.

L'exercice du droit en matière de représentation des enfants nécessite des connaissances sur les stades de développement de l'enfant. La capacité de l'avocat à communiquer adéquatement avec l'enfant repose notamment sur sa connaissance des moyens utilisés par ce dernier pour s'exprimer. Ces moyens varieront selon l'étape de développement de l'enfant:

«Le tout jeune enfant apprend à connaître le monde grâce à ses capacités motrices et ses réactions sensorielles. Jusqu'à environ deux ans, c'est la période sensorimotrice. Entre deux ans et six ou sept ans, l'enfant est dans la période du raisonnement pré-opératoire, qui se dénote particulièrement par la pensée magique. Vers six ou sept ans, l'enfant devient conscient des relations de cause à effet car il acquiert le raisonnement opératoire concret. Il peut assembler des représentations internes. À ce stade de développement cognitif correspond un stade de développement attentif où l'enfant se définit plus objectivement par rapport aux autres. Vers onze, douze ans, l'enfant commence à développer un mode de raisonnement abstrait, dit le raisonnement opératoire formel, qu'il maîtrise vers quatorze ans.»⁹⁷

⁹⁷ *Op. cit.*, note 2, page 27, citant : "Group for the advancement of psychiatry, Committee on Child psychiatry, How old is old enough?". *The ages of rights and responsibilities*, report 126, New York, Brunner/Mazel, 1989, p. 20.

3. Le comportement de l'avocat envers les parents de l'enfant

Recommandation 37

Quand l'avocat de l'enfant a besoin de communiquer avec une partie qui n'est pas représentée par avocat, il doit aviser celle-ci qu'il représente l'enfant, qu'il ne peut être son conseiller et qu'il n'est donc pas lié par les confidences que cette partie pourrait lui faire. Dans toute situation où un parent participe au processus judiciaire impliquant l'enfant, l'avocat ne doit pas discréditer l'autorité parentale.

Commentaire

Il est nécessaire que l'avocat de l'enfant précise son rôle auprès des parents. Les parents doivent comprendre que l'avocat est le représentant de l'enfant et qu'il ne peut, dans l'exécution de son mandat, tenir compte d'interventions de tiers.

4. Le comportement de l’avocat envers un enfant dans le contexte judiciaire

Recommandation 38

Quel que soit le contexte judiciaire, l’avocat doit faire preuve de respect et de discernement envers l’enfant et doit tenir compte des effets psychologiques du processus judiciaire sur celui-ci. Quand l’enfant est témoin, l’avocat doit faire preuve de modération.

Commentaire

Il est pertinent de consulter le commentaire portant sur la recommandation 18.

Quant à l’enfant témoin, l’avocat doit vérifier avec l’enfant si ce dernier désire témoigner et de quelle façon. Il doit informer l’enfant de toutes les possibilités qui s’offrent à lui en matière de témoignage. L’avocat doit ensuite faire connaître au tribunal le choix de l’enfant.

Que l’enfant témoigne en salle d’audience ou rencontre le juge en chambre, l’avocat doit préparer l’enfant pour cette rencontre ou ce témoignage.

L’avocat peut exiger du tribunal, lorsque requis, la tenue d’un voir-dire⁹⁸ pour établir la façon dont l’enfant témoignera, la nature des questions à lui être posées et le moment du témoignage.

L’avocat doit s’assurer que l’enfant comprend les conséquences de son témoignage, en conformité avec son niveau de développement cognitif.

L’avocat doit s’assurer que les questions posées à l’enfant correspondent à son niveau de développement et de compréhension linguistique.

⁹⁸ Pour de plus amples informations sur le voir-dire, consulter l’ouvrage de Me Sylvie Schirm et Me Pascal Vallant, *Op. cit.*, note 5, page 105.

Recommandation 39

Quel que soit le contexte judiciaire, tout avocat doit porter plainte auprès du syndic s'il sait que les droits ou les intérêts d'un enfant sont lésés par un avocat.

Commentaire

Cette recommandation est un corolaire des dispositions de l'article 4.03.00.01 du *Code de déontologie des avocats*.

Code de déontologie des avocats

4.03.00.01 «L'avocat doit informer immédiatement le syndic lorsqu'il a connaissance qu'un acte dérogatoire a été commis par un autre avocat.»

5. Un organisme de consultation et de surveillance

Recommandation 40

Le Conseil général recommande que deux adjoints au Syndic, un membre du Comité d'inspection professionnelle et un membre du Comité consultatif de la formation permanente soient spécialisés dans l'ensemble des questions relatives à la représentation d'enfant par avocat.

Commentaire

Il est recommandé que les fonctions du syndic adjoint pour enfants visent notamment à :

- informer les enfants de leur droit à la représentation;
- conseiller, sur demande, les avocats représentant les enfants;
- surveiller les actes professionnels des avocats;
- contrôler, s'il y a lieu, l'inscription d'un avocat à une liste de procureurs accrédités pour représenter les enfants.

Comme le syndic adjoint pour enfants sera amené à être en contact avec des enfants de tous âges, il serait pertinent de s'assurer de sa formation eu égard aux différents stades de développement de l'enfant et de sa connaissance des différents modes de communications utilisés par les enfants.

6. La rémunération de l'avocat

Recommandation 41

Le Comité recommande que, conformément aux recommandations du Rapport MacDonald, un règlement précisant les critères d'admissibilité de l'enfant à l'aide juridique sur la seule base de ses ressources financières lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de ses parents ou exceptionnellement, lorsque le fait de lui refuser cette aide pourrait constituer une injustice grave ou entraîner un tort irréparable à l'enfant; que l'opposition entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents soit présumée dans les situations prévues par la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

Commentaire

Des modifications au *Règlement sur l'aide juridique* en conformité avec cette recommandation ont été apportées⁹⁹.

Ainsi l'article 7 du Règlement prévoit :

« 7. « Par exception à l'article 6.1, l'admissibilité financière d'une personne est établie :

1) [...]

2) En ne prenant en considération que les revenus et la valeur des liquidités de la personne mineure lorsque l'aide juridique est requise par cette personne ou pour son bénéficiaire :

a) dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (L.R.Q., c. p-34.1) ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (L.R.Q., 1985, c. Y-1);

b) dans le cadre de toute autre affaire ou recours, si les intérêts de la personne mineure sont opposés à ceux de son père, de sa mère ou, selon le cas, à ceux de la personne visée à l'article 2 [personne détenant la garde en vertu d'un jugement du tribunal sauf une famille d'accueil].

⁹⁹ *Règlement sur l'aide juridique*, L.R.Q., c.A.-14, r. 0.2, art.7.

Recommandation 42

Le Conseil général du Barreau du Québec propose que dans les cas où le payeur est partie au litige, l'avocat puisse faire sa reddition de compte au syndic, s'il le juge opportun.

Commentaire

Cette recommandation vise à assurer le respect des obligations découlant de la règle du secret professionnel et du devoir de confidentialité.

La Cour suprême du Canada¹⁰⁰ a déclaré que le compte d'honoraires contenant des informations sur le contenu des communications entre l'avocat et son client, tant à l'égard des conseils juridiques donnés que des modalités de la rémunération de l'avocat ou de la situation financière de la personne qui le consulte est protégé par le secret professionnel de l'avocat.

¹⁰⁰ *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S., p. 201, paragraphe 22.

Recommandation 43

Le Comité recommande que lors de leurs prochaines négociations sur les tarifs, le Ministère de la Justice et le Barreau du Québec portent une attention toute particulière à la détermination des honoraires de l'avocat lorsque le bénéficiaire est un enfant.

Commentaire

Le caractère inadéquat des tarifs d'aide juridique a été évoqué par les membres du comité. Cette recommandation est toujours d'actualité.

7. La formation de l'avocat

Recommandation 44

Le Comité recommande que le Barreau encourage une meilleure sensibilisation de la magistrature, des avocats en pratique, ainsi que des stagiaires et des étudiants aux notions relatives au développement de l'enfant.

Commentaire

La compréhension adéquate de l'information transmise par l'enfant est souvent tributaire de la connaissance des stades de développement de l'enfant. La capacité d'une communication efficace entre l'avocat et l'enfant se fonde également sur ces connaissances.

Recommandation 45

Le Conseil général du Barreau du Québec recommande que chaque faculté de droit québécoise soit invitée à offrir un cours sur les principes de base en droit de l'enfant.

Commentaire

Depuis la parution du rapport de 1995, il semble que toutes les facultés de droit québécoises ont inscrit à leurs programmes un cours portant sur le droit des enfants. Cependant, ce cours n'est pas obligatoire et n'est pas nécessairement offert chaque année. Par ailleurs, dans certaines facultés de droit, la formation concernant le droit des enfants n'est offerte qu'au niveau de la maîtrise. Ainsi, il est probable qu'un étudiant en droit puisse compléter sa scolarité sans avoir reçu de formation relative au droit de l'enfant.

Compte tenu des aptitudes particulières que nécessite cette pratique, il serait nécessaire que cette formation soit disponible en tout temps.

Recommandation 46

Le Conseil général du Barreau du Québec recommande que le Barreau incite ses membres désirant œuvrer en droit de l'enfant à suivre une formation spécialisée et y donne accès.

Commentaire

Dans l'éventualité où un cours en droit de l'enfant serait offert par le Service de Formation permanente aux avocats et avocates, il serait utile et pertinent que les membres du comité contribuent à son élaboration.

Cette formation doit s'adresser aux praticiens oeuvrant en matière familiale, pénale ou criminelle ainsi qu'en protection de la jeunesse et qui s'intéressent à la représentation des enfants.

8. L'accréditation de l'avocat pour enfants

Recommandation 48

Le Conseil général du Barreau du Québec recommande que dans le cas d'un enfant capable de mandater qui n'a pas fait le choix particulier d'un avocat ou d'un enfant incapable de mandater et en conformité avec les recommandations 41 et 43, l'avocat désigné soit inscrit sur une liste de référence préparée et mise à jour par les barreaux de section.

Recommandation 49

Le Conseil général du Barreau du Québec recommande que pour être inscrit sur la liste de référence, l'avocat en fasse la demande à son barreau de section et déclare, sous son serment d'office, posséder la formation ou l'expérience professionnelle suffisante pour représenter un enfant.

Commentaire

Le présent comité, compte tenu de son mandat, ne retient pas ces deux recommandations pour les raisons suivantes:

Le Mémoire du Comité de 1995 contenait les recommandations suivantes (pages 64 et 65):

"Le Comité recommande que dans le cas d'un enfant capable de mandater qui n'a pas fait de choix particulier d'un avocat ou d'un enfant incapable de mandater, l'avocat désigné soit inscrit sur une liste d'accréditation."

"Le Comité recommande que pour être accrédité, l'avocat ait suivi une formation professionnelle spécialisée ou qu'il démontre posséder la formation ou l'expérience professionnelle suffisante."

"Le Comité recommande que pour continuer à être accrédité, l'avocat suive annuellement un nombre d'heures de cours minimum."

"Le Comité recommande que puisse agir sans accréditation un avocat ou un stagiaire qui s'engage à pratiquer sous la supervision d'un avocat accrédité."

L'objectif visé par le Comité de 1995 était d'améliorer la formation, la compétence et la représentation des enfants par avocats, d'où l'emploi du mot "accréditation". L'emploi du terme "référence" par le Conseil général dans la rédaction actuelle des recommandations 49 et 49 modifie le but recherché. De plus, les recommandations 41 et 43, auxquelles réfère la recommandation 48, telle que reformulée par le Conseil général, ne sont pas pertinentes en ce qui a trait à la question de l'accréditation.

En outre, la question visée par la recommandation 48, telle que formulée par le Conseil général, ne relève pas du mandat du présent comité.

CONCLUSION

La révision des recommandations contenues au Mémoire du Comité de 1995 sur la représentation des enfants par avocat a permis aux membres du comité actuel de valider chacune d'elles en y apportant, le cas échéant, les corrections jugées essentielles et conformes à la doctrine et jurisprudence récentes portant sur le sujet.

Les juristes impliqués auprès des enfants doivent constamment s'adapter aux besoins de cette clientèle de plus en plus consciente de ses droits et de la place qu'elle occupe dans les débats familiaux.

Les enfants doivent pouvoir compter sur l'aide de professionnels qualifiés pour les aider à faire valoir leurs points de vue.

Les membres du comité souhaitent que le contenu de ce mémoire alimente la réflexion sur la représentation des enfants par avocat tout en servant de guide aux praticiens qui se dévouent quotidiennement à la représentation des enfants au Québec.

Le 4 mai 2006

ANNEXE 1

RECOMMANDATIONS DU CONSEIL GÉNÉRAL DU BARREAU DU QUÉBEC, LORS DE SA SÉANCE DU 17 JUIN 2003

Recommandation 1

Le Comité recommande que le *Code civil du Québec* soit modifié pour prévoir expressément la représentation de l'enfant dans les domaines de droit civil où l'enfant peut agir seul, et dans toute procédure qui affecte son état.

Recommandation 2

Le Comité recommande que la *Loi sur la protection de la jeunesse* soit amendée pour reconnaître à l'enfant témoin le droit à l'accompagnement d'une personne en qui il ait confiance et qui ne soit pas partie au litige.

Recommandation 3

Le Comité recommande que la capacité d'un enfant de mandater un avocat soit déterminée sur une base individuelle par l'avocat.

Recommandation 4

Le Comité recommande que lorsqu'un avocat détermine si un enfant possède ou non la capacité de mandater, il puisse présumer qu'un enfant de douze ans est capable de mandater.

Recommandation 5

Le Comité recommande que le mandat de l'avocat représentant un enfant capable de mandater soit déterminé par l'enfant.

Recommandation 6

Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant capable de mandater assume un rôle de conseiller et de procureur.

Recommandation 7

Le Comité recommande que l'avocat de l'enfant soit indépendant vis-à-vis des parents ou autres tiers.

Recommandation 8

Le Comité recommande que dans le cadre de la représentation sans mandat conventionnel, l'avocat fasse valoir les droits et l'intérêt de l'enfant, eu égard à l'ensemble de la preuve reçue par le tribunal.

Recommandation 9

Le Comité recommande que dans le cadre de la représentation sans mandat conventionnel, l'avocat s'assure que le tribunal détient les éléments pertinents relatifs à la situation de l'enfant.

Recommandation 10

Le Comité recommande que les dispositions du *Code de procédure civile*, de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et les règles de pratique exigeant un affidavit soient modifiées afin que dans les cas de représentation sans mandat conventionnel, la procédure soit valide sans qu'il soit nécessaire que l'enfant ne signe d'affidavit.

Recommandation 11

Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant incapable de mandater puisse prendre connaissance à partir de source indépendante, du milieu dans lequel l'enfant se trouve et, s'il y a lieu, dans ceux qui sont proposés et qu'il soit obligé de rencontrer l'enfant, à moins que celui-ci ne soit incapable de s'exprimer.

Recommandation 12

Le Comité recommande que les lois protégeant l'accès aux dossiers soient modifiées pour permettre à l'avocat qui représente un enfant l'accès aux dossiers pertinents de celui-ci et, sur autorisation du tribunal, l'accès aux dossiers autres que ceux de l'enfant.

Recommandation 13

Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant incapable de mandater ait l'obligation de mettre en preuve tous les éléments de preuve relatifs à la situation de l'enfant qu'il connaît, sous réserve du devoir de confidentialité.

Recommandation 14

Le Comité recommande que dans le cas où l'enfant incapable de mandater peut exprimer et motiver ses désirs, l'avocat soit obligé de le faire participer à l'élaboration de sa représentation, de l'informer, eu égard à son âge et à son discernement, tant sur son intérêt que sur ses droits, et de mettre en preuve ses désirs.

Recommandation 15

Le Conseil général du Barreau du Québec, lors de sa séance du 17 juin 1995, a décidé de ne pas donner suite à la recommandation suivante :

«Le Comité recommande que l'avocat annonce au tribunal et aux parties s'il agit en vertu d'un mandat conventionnel ou non».

Recommandation 16

Le Conseil général a référé au Comité de déontologie du Barreau du Québec la recommandation suivante et lui demandait d'ajouter un membre du Barreau spécialisé en droit de l'enfant.

Recommandation 17

Tout avocat est soumis aux devoirs et obligations de la présente section.

Recommandation 18

Tout avocat mandaté dans une affaire où est impliqué un enfant doit se soucier de l'intérêt de celui-ci.

Recommandation 19

L'avocat doit créer et entretenir une relation de confiance avec l'enfant.

Recommandation 20

L'avocat doit faire preuve d'une disponibilité accrue.

Recommandation 21

L'avocat doit prendre tous les moyens pour assurer la continuité de sa représentation.

Recommandation 22

L'avocat doit cesser de représenter un enfant lorsqu'il constate avoir perdu sa confiance.

Recommandation 23

L'avocat ne peut se retirer d'un dossier sans motif valable.

Recommandation 24

L'avocat doit agir avec célérité et s'assurer que les dossiers ne sont pas retardés inutilement.

Recommandation 25

L'avocat doit éviter tout abus de procédures, ainsi que la multiplication des remises, expertises et évaluations. Le recours aux expertises doit être justifié par les pratiques professionnelles reconnues, la nature et l'importance de la cause et adapté aux stades de développement de l'enfant.

Recommandation 26

L'avocat doit avoir une grande capacité d'écoute et doit être sensible au langage utilisé par l'enfant.

Recommandation 27

L'avocat doit tenir compte du contexte familial et socioculturel de l'enfant.

Recommandation 28

L'avocat doit expliquer le processus judiciaire en termes adaptés au niveau de compréhension de l'enfant.

Recommandation 29

L'avocat doit permettre à l'enfant de prendre connaissance des documents constitués sur la situation familiale, compte tenu de son âge et de son discernement, à moins que leur contenu ne porte préjudice à l'enfant.

Recommandation 30

Lorsque l'enfant est capable de mandater, l'avocat doit exposer à son client la nature et la portée du problème, les mesures à prendre ainsi que les risques et les conséquences que cela suppose. Il doit également obtenir l'accord de son client quant à l'étendue et aux modalités d'exécution du mandat.

Recommandation 31

L'avocat doit s'assurer que l'enfant comprend le mandat, compte tenu de son âge et de son discernement.

Recommandation 32

L'avocat doit s'assurer autant que possible que l'enfant comprend les conséquences à court terme et à long terme de l'offre de règlement ou plaidoyer de culpabilité qu'il lui soumet.

Recommandation 33

L'avocat doit respecter les confidences faites par l'enfant quel que soit son âge.

Recommandation 34

Néanmoins, l'avocat qui représente un enfant sans mandat conventionnel, doit consulter le syndic dans les situations exceptionnelles où le respect du devoir de confidentialité risque

de porter un préjudice grave à la vie ou à la santé physique ou psychologique de l'enfant. Quant l'avocat représente l'enfant en vertu d'un mandat conventionnel, l'avocat peut consulter le syndic adjoint pour enfant dans ces situations.

Recommandation 35

L'avocat doit acquérir des notions de base sur les besoins, les stades de développement et les moyens de communication des enfants.

Recommandation 36

L'avocat doit disposer de connaissances particulières relatives aux droits de l'enfant.

Recommandation 37

Quand l'avocat de l'enfant a besoin de communiquer avec une partie qui n'est pas représentée par avocat, il doit aviser celle-ci qu'il représente l'enfant, qu'il ne peut être son conseiller et qu'il n'est donc pas lié par les confidences que cette partie pourrait lui faire. Dans toute situation où un parent participe au processus judiciaire impliquant l'enfant, l'avocat ne doit pas discréditer l'autorité parentale.

Recommandation 38

Quel que soit le contexte judiciaire, l'avocat doit faire preuve de respect et de discernement envers l'enfant et doit tenir compte des effets psychologiques du processus judiciaire sur celui-ci. Quand l'enfant est témoin, l'avocat doit faire preuve de modération.

Recommandation 39

Quel que soit le contexte judiciaire, tout avocat doit porter plainte auprès du syndic s'il sait que les droits ou les intérêts d'un enfant sont lésés par un avocat.

Recommandation 40

Le Conseil général recommande que deux adjoints au Syndic, un membre du Comité d'inspection professionnelle et un membre du Comité consultatif de la formation permanente soient spécialisés dans l'ensemble des questions relatives à la représentation d'enfant par avocat.

Recommandation 41

Le Comité recommande que, conformément aux recommandations du Rapport MacDonald, un règlement précisant les critères d'admissibilité de l'enfant à l'aide juridique sur la seule base de ses ressources financières lorsque ses intérêts sont en opposition avec ceux de ses parents ou exceptionnellement, lorsque le fait de lui refuser cette aide pourrait constituer une injustice grave ou entraîner un tort irréparable à l'enfant; que l'opposition entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents soit présumée dans les situations prévues par la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*.

Recommandation 42

Le Conseil général du Barreau du Québec propose que dans les cas où le payeur est partie au litige, l'avocat puisse faire sa reddition de compte au syndic, s'il le juge opportun.

Recommandation 43

Le Comité recommande que lors de leurs prochaines négociations sur les tarifs, le Ministère de la Justice et le Barreau du Québec portent une attention toute particulière à la détermination des honoraires de l'avocat lorsque le bénéficiaire est un enfant.

Recommandation 44

Le Comité recommande que le Barreau encourage une meilleure sensibilisation de la magistrature, des avocats en pratique, ainsi que des stagiaires et des étudiants aux notions relatives au développement de l'enfant.

Recommandation 45

Le Conseil général du Barreau du Québec recommande que chaque faculté de droit québécoise soit invitée à offrir un cours sur les principes de base en droit de l'enfant.

Recommandation 46

Le Conseil général du Barreau du Québec recommande que le Barreau incite ses membres désirant œuvrer en droit de l'enfant à suivre une formation spécialisée et y donne accès.

Recommandation 47

Pas retenue.

Recommandation 48

Pas retenue.

Recommandation 49

Pas retenue.

ANNEXE 2
TABLE DE CONCORDANCE

Recommandation #	Mémoire 1995 Page	Mémoire 2006 Page
1	19	14
2	20	18
3	34	19
4	36	20
5	39	22
6	40	24
7	42	26
8	43	27
9	43	29
10	43	30
11 *	44	31
12	45	34
13	45	35
14	46	36
15 *	46	37
16	48	38
17	49	42
18	49	42
19 *	49	43
20 *	49	44
21	49	45
22	49	46
23 *	50	47
24	50	48
25	50	49

Recommandation #	Mémoire 1996	Mémoire 2006
	Page	Page
26	50	51
27	50	52
28	50	53
29	51	54
30	51	55
31	51	56
32	51	57
33	52	58
34	52	59
35	53	61
36	53	61
37	53	63
38	54	64
39	54	65
40	56	66
41	58	67
42	58	68
43	59	69
44	60	70
45	61	71
46	63	72
47	Pas retenue	Pas retenue
48	64	Pas retenue
49	64	Pas retenue

* Recommandations 11, 15, 19, 20 et 23. Ces recommandations font l'objet d'une proposition de modifications par les membres du présent comité. Ces propositions apparaissent à l'annexe 3.

ANNEXE 3

MODIFICATIONS PROPOSÉES PAR LE COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT (2006)

Recommandation 11

Le comité recommande de modifier le texte de cette représentation comme suit:

"Le Comité recommande que l'avocat représentant un enfant incapable de mandater puisse prendre connaissance à partir de source indépendante, du milieu dans lequel l'enfant se trouve et, s'il y a lieu, dans ceux qui sont proposés et qu'il soit obligé de rencontrer l'enfant, sauf s'il ne le juge pas nécessaire".

Recommandation 15

Le Conseil général du Barreau du Québec, lors de sa séance du 17 juin 1995, a décidé de ne pas donner suite à la recommandation suivante:

"Le Comité recommande que l'avocat annonce au tribunal et aux parties s'il s'agit en vertu d'un mandat conventionnel ou non".

Le Comité recommande de conserver la possibilité pour l'avocat de qualifier le mandat en vertu duquel il agit et d'en aviser chacune des parties avant l'audition.

Recommandation 19

L'avocat doit créer et entretenir une relation de confiance avec l'enfant.

Le Comité recommande de modifier le texte de cette recommandation de la façon suivante:

"L'avocat doit créer et entretenir une relation de confiance avec l'enfant et être attentif à l'attitude de l'enfant".

Recommandation 20

L'avocat doit faire preuve d'une disponibilité accrue.

Les membres du Comité recommande de modifier le texte de cette recommandation de la façon suivante:

"L'avocat doit faire preuve d'une grande disponibilité".

Recommandation 23

L'avocat ne peut se retirer d'un dossier sans motif valable.

Les membres du Comité recommande de modifier le texte de cette recommandation de la façon suivante:

"L'avocat ne peut se retirer d'un dossier sans motif sérieux".