

Procédures juridiques concurrentes dans les affaires de violence familiale : Point de vue de la protection des enfants

Nicholas Bala* et Kate Kehoe**

Les opinions exprimées dans ce rapport sont celles de l'auteur et ne traduisent pas nécessairement le point de vue du ministère de la Justice du Canada.

I. INTRODUCTION : CADRE DE L'ÉTUDE

Objet et point de vue de l'étude

Cette étude porte sur les difficultés auxquelles donnent lieu les procédures de protection de l'enfance dans les affaires de violence familiale où sont concurremment engagées une instance en matière familiale¹ ou des poursuites pénales. On se penchera en particulier sur les questions auxquelles donnent lieu les procédures concurrentes dans les affaires de violence entre conjoints, bien que l'on examine également certains cas de violence faite aux enfants, notamment lorsque de la violence psychologique ou d'autres formes de maltraitance sont infligées à des enfants lors de séparations très conflictuelles. Nous examinons et comparons ces diverses procédures dans leurs contextes sociaux et juridiques, analysant les préoccupations qu'elles inspirent sur le plan tant juridique que professionnel, et offrant nos suggestions quant aux pratiques prometteuses qui permettraient d'améliorer pour les enfants en cause les procédures engagées dans ces affaires délicates.

Il s'agit, en effet, de dossiers invariablement complexes qui présentent des difficultés tant pour les parents et les enfants que pour les professionnels et notre système de justice. Si, quelle que soit la procédure, les mêmes circonstances sont en cause, le fait que soient engagées des procédures concurrentes risque de voir aboutir à des issues peu compatibles, voire à des ordonnances contradictoires. Notre étude examine ces procédures dans leur

* Professeur, Faculté de droit, Université Queen's

** Conseillère principale, Institut national de la magistrature; conseillère juridique, Société d'aide à l'enfance (Toronto), 1999-2007. Les avis exprimés dans le cadre de ce document sont propres aux auteurs et ne traduisent pas nécessairement le point de vue de l'Institut national de la magistrature.

¹ Le terme « instance en matière familiale » tel qu'employé dans le présent document s'entend des procédures civiles dans lesquelles sont impliqués des parents séparés ou divorcés, et sont à distinguer des procédures de « protection de l'enfance » auxquelles prennent part des parents et un organisme de protection de l'enfance. Dans de nombreux ressorts canadiens, les deux types de procédures relèvent du tribunal de la famille (qui peut être soit une cour supérieure soit une cour provinciale.)

complexité sociale, institutionnelle et juridique, et offre des suggestions quant aux changements qui permettraient des interventions plus efficaces et productives.

Cette étude est rédigée principalement dans l'optique des professionnels et des organismes rattachés au système de protection de l'enfance, c'est-à-dire ceux qui ont pour responsabilité la protection des enfants et pour mission d'œuvrer dans leur intérêt, le but étant essentiellement d'améliorer les procédures et l'issue du point de vue des enfants en cause. Il convient, cependant, de reconnaître le besoin d'un équilibre entre la protection des enfants et la promotion de leurs intérêts, et diverses autres considérations qui entrent en ligne de compte. Le système judiciaire doit en effet faire en sorte que ceux qui se livrent à de la violence contre les enfants soient tenus de répondre de leurs actes, mais il faut en même temps protéger les droits de l'accusé, ainsi que les droits et intérêts des parents. Ajoutons que dans tous les secteurs du système judiciaire les efforts de réforme subissent les contraintes qu'impose la disponibilité des ressources.

Dans cette étude, le terme « violence familiale » s'entend à la fois de la « violence entre conjoints » et de la « maltraitance des enfants ». On entend par « violence entre conjoints » la violence qu'un conjoint fait subir à l'autre, ou que les conjoints s'infligent réciproquement. On entend par « maltraitance des enfants » les violences physiques ou sexuelles exercées contre un enfant par l'un ou l'autre des parents, ou par les deux. Cette notion comprend également la négligence ou la violence psychologique subie par un enfant, dont le fait d'avoir à assister à des scènes familiales de violence entre conjoints ou à vivre dans un cadre familial où l'on assiste à des actes de violence entre conjoints, ou à des scènes de séparation très conflictuelles. On entend généralement par « instance en matière familiale » les procédures visant la garde ou l'accès. L'expression peut également englober les demandes de pension alimentaire, tant pour les enfants que pour le conjoint, les ordonnances de non-communication et le partage des biens.

Situations pouvant donner lieu à des procédures concurrentes

Il existe diverses situations pouvant donner lieu à l'engagement de procédures visant la protection de l'enfant et, concurremment, à des procédures pénales ou à une instance en matière familiale. Les chances de voir cela se produire se présentent dans quatre cas de figure :

- (1) Les affaires où un parent seulement joue un rôle dans la vie de l'enfant (la mère en général) et où ce parent se voit reprocher des faits de négligence ou de maltraitance. Dans ce cas-là, il se peut qu'une procédure soit engagée afin d'assurer la protection

de l'enfant alors même que le parent en cause fait l'objet d'accusations pénales pour maltraitance ou négligence.

- (2) Les affaires où les deux parents vivent ensemble et où des allégations de maltraitance ou de négligence des enfants visent l'un d'entre eux ou les deux à la fois. Dans de tels cas, des procédures peuvent être engagées pour protéger l'enfant, alors même que l'un des parents, ou les deux, font l'objet d'accusations pénales pour maltraitance ou négligence, ou pour carence en matière de protection de l'enfance.
- (3) Les affaires où les parents ne sont pas séparés, mais où l'on constate de la violence entre conjoints et où l'on s'inquiète du tort que cela pourrait causer à l'enfant, soit sur le plan physique soit sur le plan psychologique ou émotif. En pareille hypothèse, l'auteur des actes de violence pourra être pénalement poursuivi pour la violence commise à l'encontre de son conjoint, et si cela pose aux enfants un risque grave, des procédures peuvent également être engagées pour assurer leur protection. Il se peut qu'au cours des procédures les parents se séparent et que soit alors engagée une instance en matière familiale.
- (4) Les affaires où les parents sont séparés et où l'un d'eux reproche à l'autre d'avoir maltraité un enfant ou de s'être livré à de la violence entre conjoints, ou lorsqu'il existe entre les parents un conflit qui n'entraîne pas d'actes de violence, mais qui est susceptible de créer un risque pour l'enfant. Dans de telles situations, peuvent être engagées concurremment, une instance en matière familiale, une procédure de protection de l'enfance et des poursuites pénales.

Notre étude porte essentiellement sur ces deux derniers cas de figure, c'est-à-dire lorsque les actes de violence dont il est fait état, ou le conflit entre les parents, créent un risque pour l'enfant, dans les situations pouvant donner lieu à l'engagement de procédures concurrentes, même si une partie de notre analyse peut également s'appliquer à d'autres situations.

Les difficultés et la complexité que présentent les procédures concurrentes

Pour les parents en situation de séparation conflictuelle, et plus particulièrement pour les parents victimes de violence conjugale, le défaut de coordination entre les divers organismes en cause, les professionnels appelés à intervenir et les procédures judiciaires engagées peut être déconcertant, prendre énormément de temps et entraîner de graves conséquences au plan psychologique et financier. Les parents et les enfants peuvent avoir du mal à s'y retrouver entre deux ou trois procédures (protection de l'enfance, poursuites pénales, instance en matière familiale, cette dernière pouvant elle-même être engagée tant en cour

supérieure qu'en cour provinciale. Dans certains cas, il y aura en même temps une procédure en matière d'immigration). En pareil cas, les intéressés vont devoir refaire plusieurs fois le récit de ce qui leur est arrivé, tenter de comprendre les conséquences que peuvent avoir les diverses ordonnances des tribunaux, qui souvent seront contradictoires, et parvenir à concilier les divers résultats auxquels aboutissent l'ensemble de ces procédures. C'est ainsi qu'une famille peut voir en même temps acquitter un des parents à l'issue de procédures pénales, voir constater, à l'issue d'une procédure de protection des enfants, que ceux-ci appellent des mesures de protection en raison de la violence à laquelle ils ont été exposés, et voir prononcer à l'issue d'une instance en matière familiale, une ordonnance de garde conjointe.

Les parents victimes de la violence entre conjoints, le plus souvent les mères², risquent de se voir retirer l'enfant par un organisme de protection de l'enfance qui lui reproche de ne pas l'avoir protégé contre les actes de maltraitance. Or, dans ce cas de figure, le parent en cause peut estimer que la justice pénale ou la justice familiale ne lui ont pas accordé une protection suffisante contre les actes dont il a lui-même été victime dans le passé, ou tout simplement s'inquiéter qu'une protection suffisante ne lui soit pas accordée à l'avenir. Le stress et les conséquences financières d'avoir à faire face en même temps à de multiples procédures, s'ajoutant au stress d'avoir à mettre fin à une relation marquée par la violence ou à gérer une telle relation, peut porter les parents pris dans de telles situations à revenir sur leurs déclarations, à renoncer à tout contact avec la police et les services de protection de l'enfance, et à refuser de s'adresser aux autorités lorsqu'ils seront à nouveau victimes d'actes de violence. Ajoutons que le stress peut également pousser l'agresseur à proférer de nouvelles menaces et à se livrer à de nouvelles violences. Enfin, la présence des deux parents à l'occasion de comparutions répétées en justice peut accroître le risque de maltraitance et de maux psychologiques qu'entraîne le contact entre la victime et son agresseur³.

Il se peut que les enfants soient interviewés à plusieurs reprises par des professionnels qui leur sont inconnus et auxquels ils vont devoir parler, et qu'ils aient à s'entretenir avec l'avocat qui les représente ou le juge dans le cadre d'une instance en matière familiale ou de procédures de protection de l'enfance. Il se peut qu'on leur interdise tout contact avec l'un ou l'autre de leurs parents ou les deux en même temps, ou qu'ils soient d'abord mis en

² Ainsi que nous le verrons par la suite, le nombre de femmes et d'hommes faisant état de violence commise à leur encontre est sensiblement le même. C'est, cependant, la femme qui, le plus souvent, a fait l'objet de violence coercitive et dominatrice alors même que c'est généralement elle qui s'occupe de l'enfant. Ce sont donc surtout les femmes qui risquent de se voir retirer les enfants si les services de protection de l'enfance estiment que la mère n'est pas en mesure d'éviter que les enfants soient exposés à des actes de violence.

³ L'honorable Donna Martinson et la professeure Margaret Jackson, « Judicial Leadership and Intimate Partner Violence Cases – Judges Can Make a Difference », Institut national de la magistrature, 2012.

contact avec leurs parents, avant de se voir désormais interdire tout contact, qu'ils aient à accompagner le parent qui en a la garde à des rendez-vous judiciaires répétés concernant les mêmes faits de violence. Dans certains cas, cela étant notamment vrai en matière pénale, les enfants peuvent être tenus de témoigner à l'encontre d'un de leurs parents.

Les procédures concurrentes posent également de grandes difficultés pour les professionnels, les organismes d'intervention et les tribunaux. Les professionnels en question peuvent certes agir dans l'intérêt des enfants, mais il y a également d'autres rôles qui leur incombent et certaines attentes, alors même qu'ils doivent faire face à de notables contraintes sur le plan des ressources. Ils ne saisissent pas toujours très bien les restrictions et les attentes d'autres organismes et d'autres professionnels chargés du même dossier. Les politiques ou lois en vigueur gênent et parfois empêchent la communication et la coordination entre les divers organismes et systèmes qui interviennent, entraînant par cela la frustration des intervenants professionnels et des parents et, dans certains cas, empêchant la mise en œuvre de mesures qui conviennent le mieux aux besoins des enfants.

Dans certains cas, il se peut que la confusion résultant d'ordonnances contradictoires rendues dans le cadre de procédures concurrentes et les carences de la communication entre les divers prestataires de service contribuent à la mort des enfants ou de leurs parents⁴.

Plan de l'étude

Après cette Introduction, nous examinerons dans la partie II le contexte institutionnel de ce type d'affaires, nous attachant particulièrement au rôle joué par l'organisme de protection de l'enfance (OPE) appelé à intervenir dans des affaires de violence entre conjoints, de maltraitance des enfants et de séparation très conflictuelle. À la partie III, nous situerons ces affaires dans leur contexte social, nous penchant sur les incidences que peuvent avoir sur les enfants la violence entre conjoints et les séparations très conflictuelles, abordant la question des allégations d'aliénation parfois proférées dans le cadre de séparations très conflictuelles ou en réponse à des allégations de violence entre conjoints. La partie III constitue en outre une introduction aux divers types de violence entre conjoints, y compris les violences réciproques ou conflictuelles, la violence que peut entraîner une séparation, ainsi que la violence coercitive et dominatrice.

⁴ Voir, par exemple, le rapport du Representative for Children and Youth (Colombie-Britannique), *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon : Make Their Voices Heard Now* (2012).

À la partie IV, nous nous pencherons sur les difficultés liées au fait que soient engagées parallèlement des instances en matière familiale et des procédures de protection de l'enfance, la partie V étant consacrée aux questions qui se posent lorsque sont engagées concurremment des procédures de protection de l'enfance et des poursuites pénales. À la partie VI, nous cernerons diverses pratiques prometteuses adaptées aux problèmes et aux difficultés qui se manifestent à l'occasion de procédures concurrentes.

Nous exposerons nos conclusions à la partie VII en soulignant combien il serait important de parvenir, sur le plan systémique, à de meilleures réponses aux cas de séparation très conflictuelle, en particulier lorsque de la violence conjugale est alléguée, et nous aborderons succinctement les limites de nos connaissances actuelles et évoquerons les questions que nous devrions tenter d'approfondir.

II. LE CONTEXTE INSTITUTIONNEL : LE POINT DE VUE DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE

C'est vers la fin du XIX^e siècle qu'ont été constitués les premiers organismes de protection de l'enfance (OPE), afin d'assurer une protection et des soins aux enfants abandonnés, maltraités ou négligés. Il s'agissait, à l'origine, d'organismes de bienfaisance d'initiative privée, mais tous sont maintenant réglementés et financés par les gouvernements provinciaux ou territoriaux. La loi leur confère pour mission d'enquêter sur les cas où l'on soupçonne des faits de maltraitance et de négligence. Le cas échéant, les enfants concernés peuvent être retirés aux parents et confiés provisoirement ou de manière permanente à la garde de l'organisme en question, pour être éventuellement donnés en adoption, placés dans un foyer d'accueil ou confiés à un foyer de groupe. Ces organismes exercent des pouvoirs étatiques considérables leur permettant de recueillir des indices et des preuves documentaires, mais leur action s'exerce sous le contrôle des tribunaux, essentiellement dans le cadre des procédures de protection de l'enfance.

Les pouvoirs conférés à ces organismes leur permettent, sous le contrôle des tribunaux, de s'immiscer dans la vie des parents et des enfants, en vertu des pouvoirs étatiques qui leur sont reconnus, mais leurs fonctions et leur fonctionnement n'ont rien de commun avec ceux de la police. Ils n'ont en effet pas pour mission de punir ou d'obliger à répondre de leurs actes les parents qui ont négligé ou maltraité leurs enfants, mais, plutôt, de protéger les enfants et de promouvoir leur bien-être. Selon la législation canadienne régissant ces organismes, les OPE ont notamment pour mission d'œuvrer dans « l'intérêt supérieur des enfants », même si, ainsi que nous le verrons plus loin, il existe, dans le cadre des procédures de protection de l'enfance, une présomption selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants voudrait qu'ils soient élevés par leurs parents ou par des proches. Il appartient aux OPE de justifier toute immixtion dans la manière dont les parents élèvent leurs enfants.

Au Canada, la manière dont est envisagée la protection de l'enfance varie quelque peu d'une province ou d'un territoire à l'autre, puisque, aux termes de la *Loi constitutionnelle*, la protection de l'enfance relève des compétences provinciales ou territoriales, chaque ressort ayant des structures institutionnelles distinctes et des politiques qui lui sont propres. Certes, tous les ressorts ont en commun un certain nombre d'idées de base telles que l'importance attachée à la sécurité, et la présomption voulant qu'il soit dans l'intérêt de l'enfant de continuer à être élevé par ses parents, mais on constate des différences sensibles en ce qui concerne la législation et les structures institutionnelles.

Dans la plupart des provinces et territoires, la protection de l'enfance relève d'un ministère qui entretient un réseau de bureaux locaux ayant exclusivement pour tâche de s'occuper du bien-être des enfants. Au Québec, en revanche, les services de protection de l'enfance sont assurés par des Centres jeunesse qui offrent également des services de consultation familiale, des services aux familles impliquées dans des litiges portant sur la garde des enfants ainsi que des services aux jeunes contrevenants. En Ontario, les sociétés d'aide à l'enfance sont des organismes à but non lucratif opérant sur une base régionale. Elles sont soumises à une réglementation provinciale et bénéficient d'un financement lui aussi provincial, mais jouissent d'une assez large autonomie dans leur travail. Pour des raisons historiques, on trouve, dans quelques grandes villes de l'Ontario, des organismes qui se consacrent particulièrement aux familles catholiques ou aux familles juives. À la suite d'un transfert relativement récent des responsabilités, plusieurs communautés autochtones ont créé des organismes de protection de l'enfance⁵.

Aux termes de la *Loi constitutionnelle*, la protection de l'enfance relève des autorités provinciales et territoriales. Précisons que certaines Premières Nations signataires d'un traité ont élaboré, en matière de bien-être de l'enfance, leur propre législation. Dans le cadre du Programme des services à l'enfance et à la famille des Premières Nations, le gouvernement fédéral verse des fonds aux provinces et aux territoires pour soutenir les services de protection de l'enfance dans les réserves. Ce programme favorise le développement des organismes d'aide à l'enfance et à la famille œuvrant dans l'intérêt des Premières Nations et gérés par elles. Ces services relèvent des gouvernements provinciaux et territoriaux et c'est donc d'eux que les organismes des Premières Nations tiennent leur mandat et leurs pouvoirs. Ils sont ainsi régis par les lois provinciales ou territoriales en

⁵ Citons, à titre d'exemple, la Catholic Children's Aid Society de Hamilton, les Jewish Child and Family Services (Toronto), et Dilico Anishinabek Family Care dans le nord de l'Ontario. Entre 2003 et 2005, le Manitoba a réorganisé son système de protection de l'enfance transférant les responsabilités pour un nombre considérable d'affaires à des organismes autochtones dans le cadre de la Commission d'enquête sur l'administration de la justice et les Autochtones – Initiative de protection de l'enfance (AJI-CWI). Voir <http://www.aji-cwi.mb.ca/fr/index.html>.

matière de services d'aide à la famille et à l'enfance. Dans les régions où il n'y a pas d'organisme d'aide à la famille et à l'enfance pour les Autochtones, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada finance les services assurés par les gouvernements provinciaux et territoriaux.

Partout au Canada, des dispositions législatives, des politiques et des lignes directrices analogues permettent d'évaluer les risques et de décider de ce qui est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Précisons, cependant, que la culture propre à ces divers organismes, leurs antécédents, les ressources dont ils disposent ainsi que le niveau de formation et d'expérience des agents, superviseurs et avocats qui contribuent à leur action sont autant de facteurs affectant les mesures prises dans tel ou tel cas pour assurer le bien-être de l'enfant.

Des trois types de procédures susceptibles d'être engagés en réponse aux familles confrontées à la violence, ce sont les mesures de protection de l'enfance qui, en général, permettent d'intervenir le plus efficacement et de prendre des mesures de prévention axées sur la protection des enfants. S'il en est ainsi, c'est parce que les OPE disposent à la fois des personnels et des politiques leur permettant de venir en aide non seulement aux enfants, mais aussi aux parents. Elles ont pour mission légale de s'attacher essentiellement à l'intérêt supérieur de l'enfant. S'il est toujours possible soit d'intervenir contre le gré des parents, soit d'engager une procédure judiciaire, la plupart du temps, les OPE agissent en offrant un appui qui est accepté de bon gré par les personnes en cause. Dans certains cas, les OPE et les parents concluent un engagement volontaire en vertu duquel des services sont offerts aux parents et aux enfants en réponse aux inquiétudes que peut susciter la protection des enfants. Dans l'un ou l'autre cas, l'OPE et, le cas échéant, le tribunal, vont pouvoir pendant des mois et, si besoin est, pendant des années, assurer la surveillance de la famille. Le système de protection des enfants est, cependant, entravé dans son action par l'insuffisance des ressources, le manque de formation approfondie de ses personnels en matière de violence du point de vue des rapports familiaux et l'insuffisance des moyens d'intervention auprès des familles touchées par la violence. Ajoutons que même s'ils ont pour mission d'aider les familles là où le besoin s'en fait sentir, il est fréquent que les parents voient davantage dans les organismes de protection de l'enfance des adversaires. Lorsque les enfants sont exposés à des actes de violence entre conjoints, la tendance a parfois été de tenir la mère pour responsable de la protection des enfants, et de considérer que la séparation d'avec le partenaire auteur de violence est la seule manière acceptable d'assurer la sécurité des enfants. Or, cela peut porter les parents à s'opposer à l'intervention des organismes de bien-être de l'enfance. En matière de protection de l'enfance, l'approche axée sur la réduction des méfaits, la communication entre les organismes concernés et les tribunaux et la collaboration avec l'auteur de la violence peuvent très bien être le meilleur moyen de réduire les risques de voir les enfants exposés à de la violence conjugale. Il ne faut cependant pas

perdre de vue que si l'engagement de procédures juridiques concurrentes multiplie les possibilités de solution, cela peut aussi être à l'origine de difficultés particulières.

III. LE CONTEXTE DE LA VIOLENCE FAMILIALE ET DES SÉPARATIONS TRÈS CONFLICTUELLES

Types d'affaires très conflictuelles et de cas de violence entre conjoints

Toute relation marquée par de graves conflits ou par de la violence conjugale crée des risques pour les enfants et, souvent, aussi pour les parents, mais les rapports et les conséquences de ce type de situations varient en fonction des circonstances et de la nature des mesures juridiques et sociales qui seront prises, qui devraient donc varier elles aussi selon la nature et l'intensité du conflit et les risques que l'on prévoit. C'est ainsi que, par exemple, les cas d'aliénation parentale exigent un mode d'intervention différent des cas où les parents communiquent entre eux, même si c'est de manière antagonique. Les cas de violence entre conjoints soulèvent des risques particuliers et portent à s'inquiéter des contacts que pourraient continuer à entretenir les parents séparés et les enfants⁶. Il est utile de bien saisir les différences pouvant exister entre les divers cas de relations très conflictuelles et de violence entre conjoints même si en pratique il est fréquent que la situation soit difficile à catégoriser.

Exposition à la violence entre conjoints

Dans les foyers marqués par la violence entre conjoints, il est fort probable que les enfants soient conscients de ce qui se passe, même si les parents ne s'en aperçoivent pas. Les enfants sont donc effectivement « exposés » à la violence conjugale. Même s'ils n'assistent pas directement à des actes de violence, il est probable qu'ils en perçoivent les bruits ou qu'ils puissent, après coup, constater soit les dégâts matériels, soit les blessures qu'a pu recevoir un des parents, et sentir la peur qu'un des parents éprouve à l'égard de l'autre. Des travaux de recherche ont permis d'établir que le fait d'être exposé à de la violence conjugale (c.-à-d. de vivre dans un foyer où ce type de violence a lieu) nuit sensiblement au développement de l'enfant, même si celui-ci n'en est pas directement victime, et même s'il n'a pas assisté directement aux actes de violence. Sur le plan émotionnel, cela constitue en effet une maltraitance qui peut laisser à l'enfant des séquelles. Ajoutons que la violence entre conjoints peut, chez la victime, entraîner ou aggraver des problèmes de santé mentale ou d'abus

⁶ Birnbaum et Bala, « Toward the Differentiation of High-Conflict Families: An Analysis of Social Science Research and Canadian Case Law », 2010, 48:3 Fam Ct Rev 403, à la page 404.

d'alcool ou d'autres drogues. Cela nuit bien sûr aux soins parentaux que peut donner à l'enfant la personne qui, le plus souvent, est la principale dispensatrice de soins.

Selon les études dont nous disposons, les enfants exposés à la violence entre conjoints risquent davantage :

- d'éprouver des difficultés comportementales, et d'avoir un moins bon comportement adaptatif : les garçons tendent à extérioriser leurs difficultés, à éprouver des problèmes à l'école ou à se montrer davantage agressifs, en commettant, par exemple, le genre d'infractions propres à certains adolescents, alors que les filles, elles, ont plutôt tendance à souffrir de dépression;
- d'être exposés à un risque accru de faible estime de soi et de sentiment d'anxiété accompagnés de troubles du sommeil et de cauchemars;
- d'être exposés à un risque accru d'alcoolisme ou de toxicomanie à l'adolescence;
- de souffrir de retards du développement, cela étant particulièrement vrai chez les enfants qui éprouvent des difficultés affectives ou ont des « retards de croissance »;
- d'éprouver, à l'âge adulte, des problèmes relationnels, les garçons devenant des partenaires violents, et les filles des femmes battues⁷.

Lorsque, dans le cadre d'un dossier de violence entre conjoints, une décision est prise quant à la garde des enfants, il convient de bien saisir les formes que revêt la violence, et évaluer les risques de souffrances physiques ou psychologiques⁸. Il convient également de garder à l'esprit les divers types ou catégories de violence entre conjoints, même s'il faut en même temps reconnaître que les types de violence entre conjoints que nous allons examiner ici reposent sur des généralisations, et que de nombreux cas de violence entre conjoints ne peuvent pas vraiment être classés dans une catégorie précise. Les types de violence dégagés sont donnés comme des « cadres heuristiques dressés à des fins de description », c'est-à-dire qu'ils ne permettent guère de prévoir les comportements et qu'on ne saurait s'y fier pour décider de l'intérêt supérieur de l'enfant ou du degré de risque auquel est exposé le parent ou l'enfant visé par la violence⁹.

⁷ *CAS of Toronto v LH*, 2008 CJON 5855, au paragraphe 210, citant Tina Hotton, *L'agressivité chez les enfants et l'exposition à la violence à la maison*, Ottawa, Statistique Canada et ministère de la Justice, 2003); voir également, par exemple, Ayoub, Deutsch et Maraganore, « Emotional Distress in Children of High-Conflict Divorce: The Impact of Marital Conflict and Violence », 1999, vol. 37, n° 3, *Fam Ct Rev* 297 à la page 298.

⁸ Voir par exemple, Jaffe, Johnston, Crooks et Bala, « Custody Disputes Involving Allegations of Intimate Partner Violence: The Need for Differentiated Approaches to Parenting Plans », 2008, 46 *Family Court Review*, page 500 à 522.

⁹ Austin et Drozd, « Intimate Partner Violence and Child Custody Evaluation, Part I: Theoretical Framework, Forensic Model, and Assessment Issues », 2012, 9 *Journal of Child Custody*, 250-309, à la page 262.

Dans certains cas, la violence entre conjoints est née de l'exacerbation d'une querelle et d'un **conflit mutuel** pour lequel les deux époux portent une part de responsabilité alors même qu'ils continuent à vivre ensemble, et on peut raisonnablement espérer une désescalade de la violence s'ils se séparent. Dans d'autres cas, on ne relève que quelques incidents violents à l'époque où la séparation est en cours, incidents qui traduisent la grande colère ou les sentiments de trahison ou de perte de confiance d'un des partenaires. Il s'agit là de **violence qu'engendre la séparation** – avec peu de risque que la violence se renouvelle une fois la séparation devenue effective (bien qu'on ait pu constater que l'époque de la séparation peut être très dangereuse et que la violence qu'entraîne parfois une séparation devient alors encore plus grave, allant parfois jusqu'à l'homicide)¹⁰.

Les risques sont généralement les plus grands en cas de **violence coercitive et dominatrice**, où l'un des conjoints, en général le mari, est le principal auteur des sévices. Il utilise la violence pour dominer sa conjointe, la violence continuant, voire s'aggravant, après la séparation. Dans certains cas, une séparation intervient régulièrement après des actes de violence, la vie commune reprenant par la suite. Il est également important de relever que ces catégories de violence sont elles-mêmes des généralisations et que tous les cas de violence ne vont pas nécessairement relever de telle ou telle catégorie. Il a ainsi été constaté qu'il peut y avoir un risque (de meurtre du parent ou de l'enfant visé par la violence, ou le suicide de l'auteur des actes de violence) même en l'absence de violence coercitive et dominatrice¹¹.

Selon la nature de la violence en cause, les risques de récurrence et le degré de peur éprouvé par l'enfant, il peut être nécessaire de suspendre tout contact entre un parent violent et l'enfant ou d'y mettre fin, ou à tout le moins, de soumettre les contacts à une surveillance¹². Cependant, si la violence entre conjoints cesse après une séparation, si les problèmes de sécurité sont réglés, et que les enfants entretiennent de bons rapports avec les deux parents, il peut être souhaitable de laisser les enfants rester en contact avec les deux parents, qui pourraient même en avoir la garde conjointe. Si le parent auteur de violence est celui qui s'occupait principalement des enfants, on peut même envisager de lui en laisser la garde¹³.

¹⁰ Austin et Drozd, 2012, à la page 274.

¹¹ Austin et Drozd, 2012, à la page 279.

¹² Birnbaum et Bala, « Toward the Differentiation of High-Conflict Families: An Analysis of Social Science Research and Canadian Case Law », 2010, vol. 48, n° 3, Fam Ct Rev 403, à la page 412.

¹³ Voir *CAS Waterloo v MJD*, [2002] OJ 5877 (CS) affaire dans laquelle la mère, principale dispensatrice de soins en l'occurrence, avait proféré des menaces à l'encontre du père, l'a une fois menacé un couteau à la main, mais s'est néanmoins vu accorder la garde des enfants.

Séparations très conflictuelles (en l'absence de toute violence entre conjoints)

Si, souvent, les séparations très conflictuelles sont marquées par de la violence entre conjoints, il se peut également qu'il n'y ait pas de violence physique, les rapports entre les parents étant cependant marqués par une hostilité durable. Il est devenu, ces 20 dernières années, de plus en plus clair que les séparations très conflictuelles posent de graves risques pour la santé émotionnelle des enfants, même dans les cas où il n'y a pas eu, entre les conjoints, de grande violence, et où les enfants n'ont pas subi de sévices. De tels cas soulèvent des difficultés considérables pour les professionnels et les organismes impliqués et peuvent donner lieu à l'engagement de procédures concurrentes, c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons vu, à des procédures engagées afin d'assurer la protection de l'enfant, des instances en matière familiale et, parfois aussi, des poursuites pénales (ce sera notamment le cas où des menaces ont été proférées ou simplement perçues, ou si la police a été appelée à intervenir à l'occasion d'incidents mineurs).

Si, dans la plupart des cas de séparation des parents, on a naturellement tendance à chercher, par la médiation ou la négociation, une solution en dehors des tribunaux de la famille, les séparations très conflictuelles ou les cas de violence entre conjoints se prêtent généralement moins à une solution extrajudiciaire. Il est plus probable, dans de tels cas, qu'il soit fait appel aux tribunaux, ce qui va exiger des parties qu'elles comparaissent à plusieurs reprises en justice, et souvent devant plusieurs tribunaux.

La dynamique des séparations très conflictuelles est très particulière et soulève, pour les organismes, les professionnels impliqués et les tribunaux, des difficultés différentes de celles que l'on voit le plus souvent dans les affaires de protection de l'enfance, où il s'agit d'allégations de maltraitance ou de négligence alors que les parents restent ensemble. Dans de nombreux cas de séparation très conflictuelle où l'on ne relève aucune violence entre conjoints, chacun des parents peut très bien, en ce qui le concerne, parvenir à fonctionner correctement chacun de son côté, alors que, quand ils vivent ensemble, les enfants peuvent être exposés au risque de maltraitance ou de négligence. Parfois ce n'est qu'après la séparation (ou au cours de la période la précédant) que l'on a à s'inquiéter des carences de soins parentaux qui traduisent d'ailleurs souvent des troubles de la personnalité exacerbés par des sentiments de trahison, par la colère et le manque de confiance.

En cas de séparation très conflictuelle, les organismes de protection de l'enfance peuvent s'attacher essentiellement à réduire le niveau du conflit et à permettre aux deux parents de continuer à rester présents dans la vie de leurs enfants, mais dans certains cas, l'organisme peut décider que, dans l'intérêt de l'enfant, il y a lieu de soutenir un des parents et, du moins

dans un premier temps, de restreindre le rôle de l'autre parent dans la vie de son enfant, voire même de l'exclure.

Aliénation et éloignement

Souvent, les conflits parentaux qui surgissent à l'occasion d'une séparation s'atténuent et, avec l'aide d'intervenants professionnels, on arrive à un point où les parents peuvent se partager dans de bonnes conditions les responsabilités parentales. Un trait caractéristique important de certains cas de séparation très conflictuelle est que l'un ou les deux parents n'entend pas aider l'enfant à maintenir sa relation avec l'autre parent¹⁴, et ne cesse (consciemment ou non) de miner la relation que l'enfant entretient avec l'autre parent. Dans certains de ces cas, les enfants parviennent néanmoins à conserver de bons rapports avec chacun de leurs parents, malgré le stress que leur impose le fait que l'un ou les deux parents ne favorisent en rien la relation de l'enfant avec l'autre parent, voire ne cessent de le dénigrer. Dans un certain nombre d'affaires très conflictuelles, les enfants tendent à éviter le contact avec un des deux parents¹⁵.

Lorsqu'un enfant renâcle aux contacts avec un de ses parents, c'est parfois en raison des attitudes ou des actions aliénantes du parent qu'il préfère. Dans les situations d'aliénation, l'influence parentale varie énormément, et il arrive qu'un parent fasse part à l'enfant des sentiments de frustration ou de colère qu'il éprouve envers l'autre parent, mais cela peut aller jusqu'à alléguer de manière tout à fait injustifiée que l'enfant a fait l'objet de maltraitance sexuelle ou physique. Cela peut entraîner chez l'enfant des maux affectifs et lui inculquer une vision déformée à la fois du parent rejeté et de la réalité. Les enfants éprouvant un sentiment d'aliénation risquent plus que les autres de souffrir de problèmes comportementaux, émotionnels et sociaux, problèmes qui peuvent perdurer à l'âge adulte et qui se traduiront par une plus grande fréquence d'états dépressifs à l'âge adulte et de difficultés à entretenir des relations normales avec les autres.

¹⁴ Il arrive que les parents soient en profond désaccord sur des questions d'ordre économique mais qu'ils parviennent néanmoins à s'entendre assez pour s'occuper ensemble des enfants. Ces cas ne sont pas du tout examinés dans le cadre de la présente étude.

¹⁵ Voir, par exemple, Fidler, Bala, Saini, *A Differential Approach to Children Resisting Post-separation Contact: A Guide for Legal & Mental Professionals*, Oxford University Press, New York, 2012; et Fidler & Bala, « Children Resisting Post-separation Contact With A Parent: Concepts, Controversies And Conundrums », 2010, vol. 48, *Family Court Review*, p. 10-47. Le recours, dans la présente étude, aux concepts d'aliénation parentale et de comportements parentaux d'aliénation n'est **pas** la reconnaissance d'un *syndrome* de l'aliénation parentale, concept qui a ses partisans, mais qui n'est pas reconnu en tant que trouble mental distinct par l'American Psychological Association.

Il n'est pas rare qu'en cas de séparation très conflictuelle les deux parents manifestent un comportement aliénant, et tentent, consciemment ou inconsciemment, de nuire à la relation de l'enfant avec l'autre parent. Dans la plupart des cas, l'enfant prendra le parti du parent avec qui il habite, la mère le plus souvent. Le père, lorsqu'il a la garde exclusive ou la garde conjointe peut, lui aussi, tenter de saper l'attachement à la mère. Il est moins fréquent que le parent qui n'a qu'un droit de visite parvienne à détacher les enfants du parent avec lequel ils habitent, mais cela peut également arriver.

Dans certains cas, cependant, un enfant peut renâcler aux contacts avec un de ses parents en raison de ce qui s'est passé plus tôt, qu'il s'agisse de maltraitance, de carences parentales ou de problèmes avec sa famille recomposée. On appelle parfois éloignement justifié ces cas où c'est à juste titre que l'enfant rejette un de ses parents. Ajoutons que dans un grand nombre de cas, où un des parents reproche à l'autre de la violence conjugale ou des mauvais traitements infligés aux enfants, l'autre parent, en général le père, reproche à son tour à l'autre parent d'avoir causé l'aliénation de l'enfant. Il est toujours très difficile pour les organismes de protection de l'enfance et les tribunaux de décider si le rejet d'un de ses parents par l'enfant est dû à un sentiment d'aliénation, à l'éloignement ou à tout un ensemble de facteurs.

Il faut se montrer prudent avant de conclure à l'aliénation, car on risque de considérer qu'une séparation très conflictuelle est due à une hostilité réciproque alors qu'en réalité un des parents (généralement la mère) a été victime de la violence entre conjoints et a par conséquent besoin de protection, le fait que l'enfant ait pris ses distances par rapport à l'autre parent étant dû à la violence de celui-ci.

Bien que souvent les enfants qui ont assisté à des actes de violence entre conjoints éprouvent de la crainte vis-à-vis du parent violent, et hésitent par conséquent à lui rendre visite, il arrive que les enfants prennent le parti d'un père violent, « vu comme puissant » alors qu'ils prennent leurs distances par rapport à leur mère victime considérée par eux comme « faible ».

IV. CONCURRENCE DES PROCÉDURES DE PROTECTION DE L'ENFANCE ET DES INSTANCES EN MATIÈRE FAMILIALE

Bien que les procédures de protection de l'enfance et les instances en matière familiale puissent être basées sur les mêmes incidents de maltraitance ou de négligence alléguée, il existe entre ces deux types de procédure des différences très importantes. Nous allons maintenant comparer les procédures tendant à la protection de l'enfant et les instances en

matière familiale et examiner les complications et les difficultés auxquelles donne lieu la concurrence des procédures.

A. COMPARAISON ENTRE LES PROCÉDURES DE PROTECTION DE L'ENFANCE ET LES INSTANCES EN MATIÈRE FAMILIALE

Si les parents sont séparés et qu'ils ne parviennent pas à s'entendre sur la garde des enfants ou sur l'accès, l'un ou l'autre parent peut, aux termes de la législation provinciale (telle que la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario) ou de la *Loi sur le divorce* fédérale (si les parents étaient mariés), déposer une demande en vue d'obtenir la garde des enfants l'accès auprès de ceux-ci. S'agissant de se prononcer tant sur le droit de garde que sur l'accès, toute allégation de violence sera prise en compte afin que la décision soit prise en fonction de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Si les autorités chargées de la protection de l'enfance apprennent qu'un enfant a assisté à des faits de violence entre conjoints, elles entament généralement une enquête, mais elles peuvent aussi intervenir et il est de plus en plus fréquent que les situations familiales très conflictuelles, y compris celles qui comprennent des allégations d'aliénation ou d'éloignement, soient considérées comme relevant des pouvoirs d'enquête des OPE. Il existe de nombreux points communs entre les procédures de protection de l'enfance et les instances en matière familiale, mais, ainsi que nous allons le voir, il y a aussi entre elles d'importantes différences.

Compétence, fardeau de la preuve et norme de preuve

Les instances en matière familiale et les procédures de protection de l'enfance sont l'une et l'autre des procédures civiles dans le cadre desquelles s'applique le même fardeau de la preuve (en matière familiale, la preuve incombant au demandeur, c'est-à-dire à la personne qui dépose la demande; et dans les procédures de protection de l'enfance, la preuve incombant à l'organisme de protection de l'enfance) et la même norme de preuve (la prépondérance des probabilités). Dans les ressorts où existent des tribunaux unifiés de la famille, ce sont devant ces tribunaux que sont portées les instances en matière familiale et engagées les procédures de protection de l'enfance (les tribunaux unifiés de la famille ayant les compétences d'une cour supérieure). Dans la plupart des autres ressorts, les affaires de protection de l'enfance ainsi que les affaires concernant la garde et l'accès relèvent, lorsque le divorce n'est pas envisagé, de la Cour provinciale, les procédures en vertu de la *Loi sur le divorce* relevant en effet de la Cour supérieure.

Toute ordonnance rendue en vertu de la législation provinciale sur la protection de l'enfance, même par une Cour provinciale (telle que la Cour de justice de l'Ontario) l'emporte sur une

ordonnance rendue précédemment en vertu de la législation provinciale sur la famille ou de la *Loi sur le divorce*, même si cette ordonnance est rendue par un juge de la Cour supérieure, car aux termes de la législation sur la protection de l'enfance, l'action du tribunal se situe dans le cadre de la mission protectrice dont il est investi par l'État¹⁶.

Principal objet de la procédure et pertinence de la violence entre conjoints

En Ontario, en Alberta, en Colombie-Britannique et dans la plupart des autres provinces¹⁷, la législation prévoit explicitement que la violence entre conjoints doit être prise en compte dans toute procédure concernant la garde et l'accès. Cette législation a été en grande partie adoptée au cours des 20 dernières années. Les dispositions de la *Loi sur le divorce* fédérale qui concernent la garde et l'accès n'ont pour ainsi dire subi aucune modification depuis leur entrée en vigueur en 1986¹⁸. Certains estiment que la *Loi sur le divorce* et les législations provinciales allant dans le même sens devraient être modifiées afin de prendre en compte la violence entre conjoints avant de se prononcer sur des questions de garde ou d'accès, y compris la question de la garde partagée¹⁹. Au Canada, la jurisprudence semble généralement reconnaître (bien que cela ne plaise pas à tous les avocats ou à tous les plaideurs) que, en ce qui concerne la *Loi sur le divorce*, lorsqu'est rapportée la preuve de violence entre conjoints, ce fait doit être pris en compte pour décider de la garde ou de l'accès, mais parmi les personnes touchées par cette législation, nombreuses sont celles, notamment parmi les parties qui se représentent elles-mêmes, qui ne comprennent pas toute l'importance que revêt sur ce plan la violence entre conjoints.

Le fondement juridique justifiant l'intervention d'un organisme de protection de l'enfance est le fait que l'enfant a « besoin d'être protégé », selon la définition prévue dans la législation provinciale ou territoriale applicable en matière de protection de l'enfance. L'on constate certaines différences en ce qui concerne les définitions, mais toutes les dispositions

¹⁶ Voir par exemple, *Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo v BA*, 2005 ONCJ 220, [2005] OJ 2844, le juge Kent; *Re J.D.* (1978), 8 R.F.L. (2d) 209 (C. prov. Ont.); et *Re Fortowsky*, [1960] O.W.N. 235, 23 D.L.R. (2d) 569 (C.A. Ont.).

¹⁷ Voir, par exemple, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* (Ontario), paragraphe 24(4), entré en vigueur en 2006; et, en Colombie-Britannique, le *Family Law Act*, alinéas 37(2)g) et h) ainsi que l'article 38, entrés en vigueur en 2013.

¹⁸ Le projet de loi d'initiative parlementaire C-252, 39^e législature, 1^{re} session, devenu loi (L.C. 2007), ch. 14, a ajouté à la *Loi sur le divorce* le paragraphe 17(5.1) aux termes duquel la maladie en phase terminale ou l'état critique d'un ex-époux constitue un changement dans la situation de l'enfant à charge et le tribunal rend alors quant à l'accès auprès de l'enfant une ordonnance modificatrice dans l'intérêt de celui-ci.

¹⁹ Cette réforme était recommandée en 1996 dans le Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants, « Pour l'amour des enfants », la recommandation étant reprise dans le projet de loi C-22 (2003) qui n'a pas été adopté.

canadiennes sur la protection de l'enfance prévoient notamment que la violence ou la maltraitance émotionnelle ou psychologique justifient l'intervention d'un OPE; dans plusieurs ressorts, dont la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, la législation prévoit explicitement qu'un organisme de protection de l'enfance peut intervenir lorsque l'enfant est témoin de violence entre conjoints et que le fait qu'un enfant assiste à de la violence entre conjoints est constitutif de violence ou de maltraitance psychologique ou émotionnelle. Ainsi, un OPE peut engager une procédure de protection de l'enfance lorsque le personnel de l'organisme estime que l'enfant a « besoin d'être protégé » et que les parents ne sont pas en mesure d'assurer à l'enfant les soins dont il a besoin sans que soient prises certaines mesures d'intervention (soit en retirant l'enfant à ses parents, soit en faisant en sorte qu'un des parents soit obligé de quitter le foyer familial, soit, encore, en imposant certaines conditions à l'un des parents ou aux deux en même temps).

Un OPE peut être appelé à intervenir auprès d'une famille si la police, des enseignants ou un prestataire de soins de santé disent craindre qu'un enfant ait assisté à des scènes de violence. L'intervention peut également avoir lieu dans le cas d'une séparation très conflictuelle entre les parents si l'un d'entre eux, ou les deux, signalent à l'organisme que l'autre parent (ou un nouveau conjoint) maltraite ou néglige l'enfant. Ces déclarations peuvent bien se révéler véridiques, et doivent naturellement faire l'objet d'une enquête, mais dans certains cas les allégations sont soit exagérées soit fausses²⁰. Le simple fait que de telles allégations aient été formulées porte néanmoins à se demander s'il ne s'agit pas en l'occurrence d'une séparation très conflictuelle susceptible de nuire émotionnellement à l'enfant²¹.

Si les enfants éprouvent invariablement des troubles émotionnels lorsque leurs parents se séparent, la plupart du temps, lorsqu'il n'y a pas eu de violence entre conjoints, les troubles ressentis par les enfants ne sont pas suffisamment graves pour être considérés comme une maltraitance émotionnelle au sens de la définition qu'en donnent les textes législatifs sur la protection des enfants.

²⁰ Les allégations d'abus sexuel faites dans le contexte d'une séparation des parents se révèlent beaucoup plus souvent infondées, ou sont plus souvent considérées comme des fabrications par des services d'aide à l'enfance que de telles déclarations faites dans d'autres contextes, même si elles doivent naturellement faire, elles aussi, l'objet d'une enquête. Certaines allégations sont effectivement fondées; voir Bala, Mitnick, Trocmé et Houston, « Sexual Abuse Allegations and Parental Separation: Smokescreen or Fire? », 2007, vol. 13, *Journal of Family Studies*, p. 26-56.

²¹ Voir *Ontario Child Welfare Eligibility Spectrum* (2006), Section 3, Scale 2 – Child Exposure to Adult Conflict. Ce document, qui n'existe qu'en anglais, expose à l'intention des travailleurs sociaux et agents de protection de la jeunesse de l'Ontario des directives précises quant aux enquêtes portant sur des actes de négligence et de maltraitance des enfants, indiquant les mesures qu'il convient de prendre selon la situation.

C'est ainsi que les troubles émotifs « habituellement » ressentis par les enfants et les adolescents lorsque leurs parents se séparent ne répondent pas au critère permettant de conclure à un besoin de protection²². Les indices d'instabilité ou de maux affectifs qui porteraient un tribunal de la famille à accorder à un des parents et non à l'autre la garde des enfants ne justifient pas nécessairement l'intervention d'un OPE²³.

Mais dans les cas de séparation particulièrement conflictuelle, le fait qu'un enfant ait à assister aux scènes qui peuvent se produire *pourrait* être tenu pour un acte de maltraitance émotionnelle au sens de la législation sur la protection de l'enfance, même en l'absence de violence familiale correspondant aux critères de ce qui constitue un comportement criminel.

Dans les affaires de protection de l'enfance, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur deux questions distinctes, et dans certains cas le procès est, effectivement, scindé en deux étapes : la première afin de décider si l'enfant a besoin d'être protégé, et ce n'est que si c'est effectivement le cas qu'il conviendra de déterminer ce qui doit être fait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans les affaires de protection de l'enfance où l'on se trouve face à une séparation très conflictuelle ou à de la violence entre conjoints, il peut être décidé qu'un enfant a besoin d'être protégé en raison des maux affectifs qu'il a subis ou du risque qu'il court d'éprouver de tels troubles²⁴. En pareils cas, ce n'est que si l'on constate que l'enfant a subi des « maux affectifs », tels que définis dans la législation sur la protection de l'enfance, et que l'on décide que l'enfant a effectivement besoin d'être protégé, que la cour envisagera de rendre une ordonnance axée sur l'intérêt véritable de l'enfant. Aux termes de la législation sur la protection de l'enfance, les tribunaux doivent, de manière générale, prononcer, pour protéger l'enfant, l'ordonnance la moins intrusive possible, ce qui suppose que l'on envisage de laisser l'enfant à ses parents, sous la surveillance, certes, de l'organisme de protection de l'enfance avant même d'envisager de le placer hors du foyer. Ajoutons que le placement, sous la surveillance d'un OPE, auprès de membres de la famille semble préférable au placement dans un foyer d'accueil ou à la mise en adoption, à condition que les membres de la famille soient en mesure de lui assurer les soins et la protection dont l'enfant a besoin.

Dans le cadre de différends où les parents s'opposent sur la question de la garde et de l'accès, cependant, une seule question se pose : où se situe l'intérêt de l'enfant. Pour répondre à cette question, on prend essentiellement en compte le bien-être émotif de l'enfant, et les maux affectifs que peuvent entraîner la violence entre conjoints ou une situation familiale

²² *Catholic Children's Aid Society of Toronto v MR*, [2003] OJ 4385, paragraphe 11.

²³ *Children's Aid Society of the Regional Municipality of Waterloo v MJD*, [2002] OJ No 5877, 2002 CarswellOnt 6133 (C. sup. Ont.).

²⁴ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* (Ontario), alinéas 37(2)f) et g).

conflictuelle. Lorsqu'il s'agit de modifier une ordonnance de garde ou d'accès, on va donc tenir compte des troubles émotifs liés au fait d'être exposé à des actes de violence entre conjoints. La nature et les conséquences de ces troubles émotifs influenceront les conditions auxquelles sera soumis l'exercice du droit de garde ou de l'accès.

Représentation juridique

Les instances en matière familiale sont des actions civiles privées. Il revient aux parents de faire valoir leurs preuves, et d'assumer les frais de justice. La cour dépend entièrement des parties qui sont ainsi appelées à rapporter la preuve des actes de violence entre conjoints qu'elles allèguent, et à produire les témoignages d'experts qui s'y rattachent; les frais d'avocat sont élevés, surtout si l'affaire va en procès, et la plupart des parents ne sont pas admissibles à l'aide juridique (dans certains ressorts, les victimes de violence entre conjoints peuvent cependant bénéficier de l'aide juridique dans le cadre d'une instance en matière familiale)²⁵.

En revanche, les procédures de protection de l'enfance sont, elles, engagées par un organisme officiel; les frais des instances engagées par un tel organisme sont assumés par l'État et, souvent, mais pas toujours, l'aide juridique assume aussi les frais d'instance des parents. Lorsqu'un parent se voit refuser l'aide juridique sans avoir pour cela les moyens de retenir les services d'un avocat, la *Charte* exige que lui soit désigné un avocat payé par l'État; rien n'exige cependant que l'État assume les frais d'avocat d'un parent nécessaire dans le cadre d'une instance en matière familiale²⁶.

Ressources permettant de démontrer qu'il y a effectivement eu de la violence entre conjoints ou d'établir les responsabilités en matière d'aliénation ou de conflit grave

L'existence de violence entre conjoints doit être prise en compte lorsqu'il s'agit, dans le cadre d'une instance en matière familiale, de se prononcer sur l'intérêt de l'enfant, mais c'est à la victime/parent qu'il incombe de démontrer les antécédents de violence. Souvent la victime n'a pas les ressources ou l'énergie nécessaires pour prouver que de la violence a effectivement eu lieu, et parfois elle ne fait même pas état de cette violence, car elle estime qu'on ne la croira pas ou craint que le parent abusif ne se venge. Certes, la famille, les agents de protection de l'enfance, les médecins ou autres professionnels peuvent, dans le cadre d'une instance familiale, expliquer comment ils ont été appelés à intervenir, mais la victime

²⁵ Par exemple, les victimes d'actes de violence peuvent obtenir une aide juridique à l'occasion d'une instance en matière familiale en Ontario (voir http://www.legalaid.on.ca/fr/getting/type_domesticviolence.asp) et en Colombie-Britannique, dans les affaires de violence entre conjoints et les situations familiales très conflictuelles (voir http://www.lss.bc.ca/legal_aid/familyIssues.php).

²⁶ Voir ci-après notre examen de la question de l'aide juridique et de la désignation d'un avocat.

doit être en mesure de préparer et de présenter les éléments de preuve qui s'imposent. Or, pour de nombreuses victimes, cela est pratiquement impossible sans les services d'un avocat. Souvent, dans une instance familiale fondée sur des accusations de violence entre conjoints, en l'absence de preuves indépendantes, tout va dépendre de la crédibilité des parents. Les deux étant des parties intéressées, ce fait même risque d'affecter leur crédibilité. Il est de plus en plus fréquent dans les affaires de droit familial de voir les parties assurer leur propre représentation. Si elles ne sont pas représentées par un avocat, elles vont devoir se faire face devant le tribunal, ce qui veut dire que la victime va se retrouver dans la situation peu enviable d'avoir à interroger son agresseur devant le tribunal, et puis être contre-interrogée par lui²⁷.

En revanche, dans les affaires de protection de l'enfance, ce n'est pas le parent victime mais l'OPE qui doit rapporter la preuve de violence familiale ou d'autres circonstances gravement conflictuelles susceptibles d'entraîner pour l'enfant des troubles émotifs. Ces organismes publics font actuellement face à de sérieuses contraintes budgétaires, mais à partir du moment où ils s'engagent dans une action, ils sont affranchis de tout souci financier immédiat et mieux à même que la plupart des parents de recourir aux services d'un avocat et de divers experts. Ajoutons qu'un travailleur social est généralement considéré comme un témoin relativement indépendant, cela étant notamment le cas lorsqu'il rapporte les déclarations faites par les parents ou les enfants.

Ordonnances provisoires et ordonnances de protection d'urgence

Dans les affaires de séparation très conflictuelle, lorsqu'il est question de violence entre conjoints, la période qui suit immédiatement la séparation peut être particulièrement explosive, d'où la possibilité de voir s'envenimer le conflit entre les parents avec les risques de violence que cela comporte. Il est donc très important que les parents aient, dans de telles situations, le plus rapidement possible accès aux tribunaux de la famille pour qu'un juge puisse stabiliser la situation, empêcher une nouvelle victimisation et protéger l'intérêt de l'enfant. Or, en matière familiale, la tendance est aux efforts de négociation et de médiation *avant même* qu'un tribunal soit appelé à se prononcer. Le paragraphe 14(4.2) des *Règles en matière de droit de la famille* de l'Ontario prévoit qu'aucune requête en ordonnance

²⁷ Voir, par exemple, Birnbaum, Bala et Bertrand, « The Rise of Self-Representation in Canada's Family Courts: The Complex Picture Revealed in Surveys of Judges, Lawyers and Litigants », 2013, vol. 91, *Revue du Barreau canadien*, p. 67-96. Selon le *Code criminel*, le tribunal peut nommer un avocat pour procéder au contre-interrogatoire des témoins, ce qui permet d'éviter que, dans une affaire de violence entre conjoints, l'accusé procède au contre-interrogatoire de la victime (par. 486.3(2)); or, on ne trouve aucune disposition analogue dans les textes sur le droit de la famille.

provisoire ne peut être entendue avant le déroulement de la conférence préparatoire²⁸. Si la conférence préparatoire est souvent pour le juge une excellente occasion de favoriser un règlement – et peut même donner lieu à ce qui sera en fait une médiation judiciaire – le juge ne peut, lors d’une conférence préparatoire, rendre une ordonnance qu’avec le consentement des parties et la tenue d’une telle conférence va retarder la prise de mesures qui conviennent.

En principe, il est maintenant admis que les affaires concernant des allégations de violence entre conjoints portées devant un tribunal de la famille doivent bénéficier d’une procédure accélérée, bien qu’en pratique il se passe parfois un temps considérable avant que la victime d’actes de violence parvienne à obtenir les conseils dont elle a besoin, à entamer les procédures devant le tribunal, à comparaître devant le juge et, enfin, à obtenir une ordonnance de la Cour. On reconnaît, depuis peu, que les affaires très conflictuelles comportant un risque de troubles affectifs, voire d’aliénation, doivent, elles aussi, bénéficier d’une procédure accélérée, avant que l’enfant se durcisse dans ses attitudes et ses comportements²⁹.

Lorsqu’une affaire est portée devant le tribunal en vertu d’une requête en urgence, il est fréquent que la Cour ait de grandes difficultés à se prononcer dans le cadre d’une requête provisoire car la preuve est souvent constituée d’affidavits contradictoires. C’est parfois, pour les tribunaux de la famille, une étape critique où il est important que les organismes de protection de l’enfance et la police puissent faire état devant le juge de tout ce que l’on sait au sujet de la famille.

Dans le cadre d’une procédure de protection de l’enfance, les agents de l’organisme concerné peuvent soustraire sans attendre l’enfant à une situation dangereuse (dans la plupart des ressorts on s’attend à ce qu’ils obtiennent un mandat en ce sens si cela peut raisonnablement se faire), la mesure de garde provisoire de l’enfant devant faire l’objet d’une audience dans les plus brefs délais (généralement de 5 à 10 jours selon le ressort). Dans la plupart des cas de violence entre conjoints ou de graves conflits, l’OPE ne prend pas l’enfant en charge, mais sollicite une ordonnance de surveillance, confiant l’enfant à un des parents, l’autre voyant limiter son accès auprès de l’enfant. Contrairement à ce qu’il en est dans de nombreuses

²⁸ Voir, par exemple, *Porter v McLennan*, 2011 ONCJ 278, une conférence préparatoire ayant été exigée avant que ne soit entendue une requête en ordonnance de mesure provisoire présentée par le père, alors que la mère avait exclu du foyer matrimonial ce « père au foyer ».

²⁹ *Clement v. Clement* [2010] O.J. 653. Voir également *P.A.C. v W.D.C.*, [2012] A.J. 74 (C.A.), la Cour d’appel de l’Alberta confirmant la décision de première instance confiant provisoirement au père la garde des enfants, par crainte que la mère aliène les enfants contre leur père.

instances familiales, l'audition de la requête initiale n'a pas à être précédée d'une conférence préparatoire. Comme c'est le cas lors d'une instance en matière familiale, de telles requêtes sont généralement présentées au seul vu de preuves par affidavit, mais, de manière générale, le tribunal accorde plus de poids à l'affidavit du représentant d'une OPE qu'à celui d'un parent. Un des nombreux avantages dont l'OPE dispose par rapport aux parents est qu'à cette étape initiale l'OPE est généralement représenté en justice, ce qui n'est généralement pas le cas du parent. (Les ordonnances provisoires de protection de l'enfance sont initialement prononcées « sans préjudice des droits des parents », afin que les conditions de l'ordonnance puissent être modifiées par la suite lorsque le parent, ayant obtenu les conseils d'un avocat, est en mesure de faire valoir ses arguments).

Actuellement, sept provinces (Alberta, Colombie-Britannique, Manitoba, Nouvelle-Écosse, Île-du-Prince-Édouard, Terre-Neuve-et-Labrador et Saskatchewan) ainsi que trois territoires (Territoires du Nord-Ouest, Yukon et Nunavut) ont adopté des législations prévoyant que les victimes de violence familiale peuvent bénéficier d'une procédure accélérée leur permettant d'obtenir une ordonnance civile régissant les contacts entre parents et enfant, et tranchant la question de la possession du domicile familiale et de l'utilisation du véhicule de la famille. Ce type de disposition donne un accès rapide aux tribunaux civils dans les affaires de violence familiale où la justice pénale n'est pas engagée, parfois parce que la victime ne souhaite pas voir intervenir la police et la justice pénale, et parfois en raison de la norme de preuve beaucoup plus exigeante (« hors de tout doute raisonnable ») à laquelle les preuves réunies ne répondent pas nécessairement. Ce type de législation offre davantage de souplesse aux victimes. Des travaux de recherche en ont montré l'utilité³⁰, et il semble bon d'assurer un accès accéléré à la justice afin de permettre, dans les affaires de violence entre conjoints, que puisse être prononcée une ordonnance civile, et en particulier lorsque les victimes se voient assurer les moyens de se prévaloir effectivement de telles dispositions³¹.

Témoignages d'experts produits dans le cadre d'instances en matière familiale et de procédures de protection de l'enfance

³⁰ Bala et Ringseis, « Review of the Yukon Family Violence Prevention Act », (pour le compte du gouvernement territorial du Yukon, dans le cadre d'un contrat avec le Canadian Research Institute for Law & the Family), juillet 2002.

³¹ La *Loi sur les foyers familiaux situés dans les réserves et les droits ou intérêts matrimoniaux*, L.C. 2013, ch. 20. Ce texte, qui a reçu la sanction royale le 19 juin 2013, n'est pas encore entré en vigueur. Il prévoit que, en cas de violence entre conjoints dans une réserve, le tribunal peut prononcer une ordonnance de protection d'urgence ordonnant entre autres au conjoint du demandeur ou de la demanderesse de quitter provisoirement le foyer familial.

Il est fréquent, dans les instances en matière familiale où l'on se trouve face à de graves conflits ou à de la violence entre conjoints, que des professionnels de la santé mentale livrent, au sujet des enfants et des parents, des témoignages d'une importance essentielle.

Dans tous les ressorts, lorsque les parents ont les moyens financiers nécessaires, le tribunal peut ordonner qu'un spécialiste indépendant de la santé mentale enquête sur les enfants et prépare un rapport à l'intention de la Cour³². Mais les rapports d'évaluation prennent du temps et peuvent coûter aux parents entre 5 000 \$ et 25 000 \$. Dans certains ressorts, les spécialistes capables de rédiger de tels rapports sont rares. Compte tenu des difficultés qu'entraînent les frais, les retards et la recherche d'un professionnel ayant les qualités requises, de nombreuses affaires sont tranchées sans qu'il soit procédé à une évaluation.

Outre les évaluations à la charge des parties, dans certains ressorts, le tribunal appelé à se prononcer dans le cadre d'une instance en matière familiale peut demander qu'un travailleur social ou un professionnel de la santé mentale, rémunéré par le gouvernement, prépare un rapport. L'étendue de ses travaux n'est pas nécessairement assurée cependant, et il faut parfois longtemps avant qu'un spécialiste rémunéré par l'État parvienne à rédiger le rapport. Les services et les recommandations de tels professionnels sont cependant très utiles et de nature à aider la Cour à parvenir à un règlement.

Il y a, en outre, la question du manque d'instructions et d'uniformité lors de la préparation des évaluations. Ce qui est plus important, cependant, c'est que les professionnels de la santé mentale chargés de l'évaluation ne possèdent pas nécessairement l'éducation et la formation nécessaires, même dans ce domaine. Aucun ressort canadien n'a fixé de niveau de qualification précis³³. Plus particulièrement, si bon nombre de ces professionnels ont de grandes connaissances, ceux qui sont appelés à procéder à une évaluation et à préparer un rapport à l'intention du tribunal ne sont pas toujours suffisamment au fait des conséquences que la violence entre conjoints peut avoir sur les enfants³⁴, ou des difficultés particulières que présentent les séparations très conflictuelles. Les experts appelés à donner leur avis à

³² On trouvera un examen des questions liées aux séparations très conflictuelles et aux rapports d'évaluation dans Fidler, Bala, Birnbaum et Kavassalis, *Challenging Issues In Child Custody Assessments: A Guide For Legal And Mental Health Professionals*, Toronto, Carswell, 2008.

³³ Bala et Leschied, « Court-Ordered Assessments In Ontario Child Welfare Cases: Review And Recommendations For Reform », 2008, vol. 24, *Revue canadienne de droit familial*, p. 1-56.

³⁴ Shahnaz Rahman et Laura Track, *Troubling Assessments: Custody and Access Reports and their Equality Implications for BC Women*, Vancouver, West Coast LEAF, 2012; et National Council of Juvenile and Family court Judges, *Navigating Custody and Visitation Evaluations in Cases with Intimate Partner Violence: A Judge's Guide*, 2004, en ligne :

<<http://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/ProfessionalResources/BenchGuide.pdf>>.

un tribunal de la famille doivent avoir l'éducation et la formation nécessaires et, plus particulièrement, bien saisir les conséquences que les séparations très conflictuelles et la violence familiale peuvent avoir sur les enfants, et comprendre la dynamique propre aux séparations très conflictuelles. Leurs travaux devraient, de préférence, être soumis à la surveillance permanente d'un organisme gouvernemental (tel que, en Ontario, le Bureau de l'avocate des enfants).

Les témoignages d'experts livrés par des professionnels de la santé mentale possédant les qualités requises sont souvent importants aussi dans les affaires de protection de l'enfance, et notamment lorsqu'il est question de violence psychologique, mais leur importance n'est pas essentielle. Dans ce genre d'affaire, avant le début du procès, le tribunal va normalement ordonner, aux termes de l'article 54 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, qu'un professionnel de la santé mentale indépendant et possédant les qualifications nécessaires procède à une évaluation afin de mieux comprendre quels sont les besoins de l'enfant et de déterminer si les parents sont en mesure d'y pourvoir et l'effet que leur comportement peut avoir sur l'enfant. Cela dit, il n'est pas toujours nécessaire de recourir à un témoignage d'expert pour établir, dans le cadre d'une affaire de protection de l'enfance, que l'enfant a été exposé à de la violence ou à une maltraitance affective. Souvent, les observations et l'enquête d'un agent de protection de l'enfance suffisent à établir le tort qui a été fait, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un témoignage d'expert³⁵. Les honoraires de l'expert seront presque toujours réglés par l'OPE, mais si les parents souhaitent obtenir une contre-expertise, ils devront eux-mêmes en assumer les frais s'ils ne bénéficient pas de l'aide juridique.

Consultations psychosociales et autres ressources

Tant dans les instances en matière familiale que dans les procédures de protection de l'enfance, le tribunal peut ordonner à l'un ou l'autre des parents et à l'enfant des séances de consultation psychosociale.

Selon une certaine jurisprudence, les tribunaux ne peuvent pas, dans les affaires de garde et d'accès, ordonner aux parents de participer à des séances de consultation psychosociale³⁶, mais la plupart des tribunaux ayant à se prononcer dans des instances en matière familiale

³⁵ *CAS Ottawa v PY*, [2007] OJ 1639 (C. sup. Ont.).

³⁶ Voir *Kaplanis v Kaplanis*, [2005] OJ 275, 194 OAC 106, 249 DLR (4th) 620 au paragraphe 2. Le juge Weiler de la Cour d'appel a estimé que la juge de première instance avait outrepassé ses compétences en ordonnant la participation à des consultations psychosociales. Malgré cet arrêt, les juges demeurent disposés à ordonner aux parents de prendre part à des cours d'éducation parentale, à des programmes de gestion de la colère ou à des consultations psychosociales, de telles mesures conditionnant l'exercice de leur droit de garde ou de leur droit d'accès.

sont disposés à ordonner la participation à de telles séances de consultation³⁷. Il n'est pas rare que, comme condition de l'exercice du droit d'accès aux termes de la législation sur la famille, un parent qui a des antécédents de violence entre conjoints doive participer à un cours de gestion de la colère ou à un cours sur la violence entre conjoints. De telles conditions posées au droit d'accès se justifient, mais ainsi que nous le verrons un peu plus loin, si un risque se pose pour l'enfant, il peut y avoir lieu de suspendre tout contact avec le parent abusif en attendant l'issue des consultations psychosociales et une nouvelle évaluation des risques.

Dans les cas d'aliénation parentale, les séances de consultation à suivre par l'un ou l'autre des parents, et aussi par l'enfant, peuvent viser à modifier la relation que l'enfant entretient avec le parent qu'il a rejeté, à procéder à une « réunification » des deux, ou à améliorer les capacités de communication des deux parents³⁸. Mais, ainsi que le juge Henderson l'a fait remarquer dans l'affaire *Kramer v. Kramer*³⁹, il faut se montrer « prudent » à ordonner la participation à des séances de consultation psychosociale étant donné que ces séances seront probablement inefficaces si les parents n'acceptent pas de plein gré d'y prendre part, et d'encourager leurs enfants à en faire autant.

Les ordonnances de participation à des consultations psychosociales, ou autres mesures d'intervention, sont fréquentes dans les affaires de protection de l'enfance, car les lois provinciales et territoriales sur la protection de l'enfance prévoient souvent que le tribunal doit s'enquérir des services qui ont été recommandés et offerts aux parents en cause avant même de rendre une ordonnance de placement. La participation à de telles mesures est souvent prévue dans les contrats par lesquels une famille s'engage auprès d'un OPE à recourir volontairement aux services de celui-ci.

Dans les instances en matière familiale, c'est aux parties qu'il appartient de rechercher de telles mesures, d'y recourir et d'en assumer les frais. Les OPE, en revanche, sont souvent en mesure d'aider les parents à trouver les services et les renseignements nécessaires, voire à participer à des séances de consultation psychosociale et à divers autres services, et peuvent tenter d'obtenir, pour les familles démunies, des services gratuits ou subventionnés et, parfois, les leur fournir eux-mêmes⁴⁰. Citons en exemple les visites thérapeutiques, visites

³⁷ *Florito v Wiggins*, 2011 ONSC 1868, 2011 CarswellOnt 5622, *W.C. v C.E.*, 2010 ONSC 3575, [2010] OJ 2738, *Filaber v Filaber*, [2008] OJ 4449; et *J.K.L. v N.C.S.*, [2008] OJ No 2115.

³⁸ *L.M. v. T.M.*, [2012] N.B.J. 376 (B.R.).

³⁹ [2003] OJ No 1418, 37 RFL (5th) 381 (C. sup. Ont.), le juge Henderson.

⁴⁰ Nous précisons que la capacité à offrir ce type d'aide aux familles varie sensiblement selon les organismes et les tiers fournisseurs de services.

structurées au cours desquelles les parents apprennent à développer et à exercer des compétences parentales⁴¹.

Règlement à l'amiable

Sauf lorsqu'une instance en matière familiale relève de la gestion de cas, l'affaire n'est pas automatiquement renvoyée au tribunal, et c'est aux parents qu'il appartient de faire fixer la date du prochain rendez-vous. Il est fréquent que, dans de telles affaires, il y ait des pressions financières ou autres en vue d'un règlement. Or, s'il est souvent souhaitable de parvenir à un règlement à l'amiable, un tel règlement ne saurait être envisagé si la victime de violence se voit contrainte de consentir à une ordonnance susceptible de la mettre en danger, elle ou son enfant. Lorsqu'intervient un règlement à l'amiable, la cour ne parvient à aucune conclusion de fait; le juge ne fait qu'apposer sa signature au procès-verbal de règlement sans chercher à savoir si l'ordonnance sollicitée de la cour est effectivement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Il en va particulièrement ainsi dans les affaires n'ayant pas fait l'objet d'une gestion de cas, et où le juge qui préside peut même ne pas être au courant des allégations de violence qui ont été formulées. Même lorsque le tribunal refuse de prononcer l'ordonnance sur laquelle les parties se sont entendues, en raison justement d'allégations de violence, le parent victime, soit par fatigue, soit par intimidation, peut revenir sur ses déclarations, ou se désister (soit formellement, soit en ne procédant pas à l'étape suivante); ainsi, même si l'intérêt de l'enfant n'est pas en l'occurrence correctement protégé, la cour perd toute possibilité d'intervention, mise à part la transmission du dossier à un OPE.

Les affaires de protection de l'enfance aboutissent elles aussi généralement à un règlement à l'amiable, sauf que dans ces cas-là l'insuffisance de ressources des intéressées ne joue pas et l'organisme concerné n'avalisera pas le règlement si une telle issue comporte un risque pour l'enfant. Contrairement à ce qu'il en est dans les instances en matière familiale, une ordonnance n'est pas rendue sans que soient examinés au préalable les risques que pourraient encourir l'enfant, et ce qu'exige son intérêt, même si une demande de mesures protectrices peut être retirée et faire en sorte que l'enfant est remis aux soins de la personne qui s'occupait de lui au moment de l'intervention.

⁴¹ Mary Rella, BA Dip C.S. « Therapeutic Access: From Supervising Access to Building Parent-Child Relationships. »

IMPrint : The Newsletter of Infant Mental Health Promotion, volume 47, hiver 2006-2007, révisée en avril 2010. (Des extraits peuvent être obtenus à l'adresse suivante : <http://www.oacas.org/pubs/oacas/journal/2010Fall/access.html>)

Exécution

Dans le cadre d'une instance en matière familiale, c'est aux parents qu'il appartient de veiller à l'exécution de toute ordonnance parentale prononcée par la cour. Or, cela peut se révéler à la fois coûteux et désespérant.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, en cas de violence entre conjoints, il peut être difficile d'assurer que l'agresseur respectera l'ordonnance limitant ses contacts, et ce fait même peut soulever des préoccupations importantes en matière de sécurité.

L'exécution d'ordonnances du tribunal en ce qui a trait au rôle parental soulève des difficultés connexes mais distinctes, cela étant particulièrement vrai des ordonnances conférant aux parents le droit de communiquer avec l'enfant ou de se partager la garde. Il est fréquent, dans les affaires très conflictuelles, que les dispositions d'une ordonnance de la cour en matière parentale ne soient pas respectées, surtout dans les affaires où il y a aliénation. Souvent, les parents arrivent à se convaincre qu'en ne respectant pas l'ordonnance, ils agissent dans l'intérêt de leurs enfants dont ils estiment protéger les droits.

Le problème d'exécution des ordonnances rendues à l'encontre de parents abusifs ou aliénants est lié à un certain nombre de facteurs, dont l'incidence relativement élevée, au sein de cette population très conflictuelle, de troubles de la personnalité et de la perception. Dans certains cas, le fait que le tribunal n'assure pas l'exécution d'une ordonnance ne fait que renforcer le narcissisme de l'intéressé, accroître son sentiment de puissance et le peu de cas qu'il fait de l'autorité. Les juges comprennent de mieux en mieux combien il peut être difficile d'assurer l'exécution d'une ordonnance parentale : la loi est un instrument mal affûté, pas vraiment conçue pour favoriser les bonnes pratiques parentales, même si une ordonnance de la cour est parfois nécessaire pour contrer, après une séparation, un comportement parental abusif sur le plan physique ou psychologique.

Le juge peut, dans une ordonnance, inscrire une disposition qui commande à la police d'aller chercher l'enfant et de le remettre à la personne qui en a la garde ou qui y a accès⁴². Les ordonnances enjoignant d'appréhender l'enfant et de le mener à la personne qui doit s'en

⁴² Pour un exemple de disposition législative prévoyant les ordonnances enjoignant à la police d'en assurer l'exécution, voir, par exemple, l'article 35 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario. Pour un examen du pouvoir qu'ont les tribunaux d'enjoindre à la police d'assurer l'exécution d'une ordonnance, voir, par exemple, *Allen v. Grenier*, [1997] O.J. 1198, 145 D.L.R. (4th) 286 (Div. gén.).

occuper « ne doivent être employées qu'en dernier ressort, et dans les circonstances les plus exceptionnelles⁴³ ».

La question de la mise à exécution d'une ordonnance de la cour par la police soulève surtout des difficultés dans les affaires très conflictuelles où l'on se trouve face à une situation d'aliénation et où le parent qui a la garde des enfants et les enfants rechignent à respecter les conditions de l'ordonnance accordant un droit d'accès à l'autre. Le parent aliéné hésite beaucoup à solliciter une telle ordonnance, car le fait même de faire appel à la police est vu comme une démarche intrusive. S'il est plus d'une fois fait appel à la police, il y a lieu d'envisager sérieusement le recours à d'autres solutions. Mais même en l'absence d'une clause explicite de mise à exécution par la police, celle-ci est tenue d'aider à faire respecter l'ordonnance du tribunal, y compris une ordonnance de garde ou une ordonnance d'accès. Mais, en pratique, que l'ordonnance rendue dans le cadre d'une instance familiale comprenne ou non une « clause de mise à exécution par la police », celle-ci hésite à intervenir dans les « affaires de famille », sauf en cas d'ordonnance prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ou en vertu de la législation sur la violence familiale. Lorsqu'elle est contactée par un parent se plaignant de la violation d'une ordonnance lui accordant un droit d'accès, la police peut se rendre au domicile du parent ayant la garde de l'enfant pour lui parler et l'encourager à respecter les conditions de l'ordonnance, mais les policiers répugnent à emmener l'enfant et à l'accompagner chez le parent qui n'en a pas la garde. De telles interventions de la part de la police peuvent être très troublantes pour les enfants et gravement affecter leurs relations avec l'un ou l'autre des parents, ou avec les deux.

Sous réserve du contrôle exercé par le tribunal, dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance, l'organisme possède des pouvoirs de contrainte considérables, et la police assurera la mise à exécution d'une ordonnance de protection de l'enfance, bien que la plupart des parents, tout à fait conscients du fait que la police pourra en assurer la mise à exécution, respectent les ordonnances d'accès à leurs enfants ou acceptent de remettre ceux-ci à un organisme de protection ou à une autre personne désignée à cet effet.

Intervention des organismes de protection de l'enfance dans les dossiers familiaux

Étant donné que l'on est de plus en plus conscient de la mesure dans laquelle les affaires très conflictuelles portent préjudice aux enfants, certains tribunaux se sont interrogés quant au pouvoir qu'ils ont d'exiger, dans de telles affaires, l'intervention d'un OPE. Dans *Florito v.*

⁴³ *Allen v. Grenier*, [1997] O.J. 1198, 145 D.L.R. (4th) 286 (Div. gén.).

*Wiggins*⁴⁴, affaire entendue en Ontario en 2011, le juge Harper, invoquant la compétence *parens patriae*⁴⁵ inhérente d'une Cour supérieure, a ordonné à la société locale d'aide à l'enfance d'assurer aux parents ses services dans le cadre d'un différend très conflictuel concernant la garde des enfants alors en cours de règlement en vertu des dispositions de la législation sur la famille. Selon le juge Harper, il y a, dans ce domaine, une « lacune législative » : dans certaines régions de l'Ontario, des tribunaux unifiés de la famille ont la compétence à la fois pour appliquer la législation sur la famille et la législation sur la protection de l'enfance. Or, cela désavantage les enfants de parties qui habitent dans des régions (telles que celle où était jugée l'affaire en cause) où cette compétence est répartie entre la Cour supérieure et la Cour de justice de l'Ontario, la Cour supérieure n'ayant pas, selon le mandat qui lui est confié par la loi, compétence pour connaître des requêtes en protection de l'enfance.

Si la cour a invoqué sa compétence *parens patriae*, c'est notamment parce que la Société d'aide à l'enfance avait, depuis deux ans déjà, constitué un dossier sur la famille en cause, mentionnant les risques de maux affectifs qu'une séparation très conflictuelle créait pour les enfants, sans pour cela avoir vraiment enquêté pour voir s'il s'agissait, en l'occurrence, de maux affectifs tels que définis dans la législation sur la protection de l'enfance. Or, cette situation aurait exigé une intervention de l'organisme. La Cour a par ailleurs conclu que, selon la prépondérance des probabilités, la situation répondait aux critères permettant de conclure que l'enfant avait besoin d'être protégé en raison des maux affectifs qu'il avait subis ou des risques auxquels il était exposé, alors qu'aucune requête n'avait été présentée en vertu de la législation sur la protection de l'enfance. Le juge Harper, invoquant sa compétence *parens patriae*, a rédigé une ordonnance permettant de protéger au mieux les enfants dans le cadre de cette dynamique familiale néfaste. Son ordonnance donnait notamment à la Société d'aide à l'enfance pour instruction :

- d'effectuer des visites au domicile familial des enfants pour les interroger et superviser la garde exercée par la mère;

⁴⁴ 2011 ONSC 1868. La compétence *parens patriae* [terme latin qui veut dire parent de la patrie] des cours supérieures fait que ces juges possèdent le pouvoir de prononcer des ordonnances visant à protéger l'intérêt des enfants dans les cas où aucune disposition législative ne prévoit le problème en cause, ni n'interdit une intervention de la cour. Ce pouvoir est fondé sur la compétence historique du chancelier britannique. Les juges ontariens semblent plus portés à invoquer et à élargir cette compétence historique que les juges d'autres ressorts et, au Québec, il n'est pas en fait certain que la Cour supérieure possède cette compétence historique.

⁴⁵ Voir Aliamisse O Mundulai, « Stretching the Boundaries in Child Access, Custody and Guardianship in Canada », 2005, vol. 21, Revue canadienne de droit familial, n° 267, à la page 269; *Bahjan v Bahjan*, 2010 ONCA 714, 104 OR (3d) 368, le juge Weiler; et *AA v BB*, 2007 ONCA 2, [2007] OJ 2, 83 OR (3d) 561.

- d'organiser des séances de consultation psychosociale pour les enfants, le père et la mère;
- de surveiller les contacts des enfants avec le père dans les locaux de la Société d'aide à l'enfance;
- de produire devant la cour des rapports mensuels sur les progrès réalisés.

Le juge Harper a estimé avoir le pouvoir nécessaire pour enjoindre à l'OPE d'intervenir dans une instance en matière familiale, mais sa décision demeure controversée. D'un côté, la décision tient essentiellement compte des intérêts de l'enfant et tente de mettre en place les mesures qui lui conviennent le mieux, reconnaissant que dans les affaires de séparation très conflictuelle, l'OPE peut avoir un rôle important à jouer. Cela dit, la décision repousse les limites du rôle que peuvent jouer les tribunaux pour ordonner à un organisme de protection de l'enfance d'intervenir dans le cadre d'un différend familial privé, une telle décision ne pouvant par conséquent intervenir que lorsqu'un litige familial est porté devant un juge d'une cour supérieure (c'est-à-dire un juge nommé par le gouvernement fédéral). Il n'existe actuellement au Canada aucune juridiction d'appel à même de confirmer que les cours supérieures ont effectivement la compétence nécessaire pour ordonner à un OPE d'intervenir dans le cadre d'une instance en matière familiale.

Dans les procédures de protection de l'enfance, l'OPE peut offrir de retirer sa requête au profit d'une ordonnance de garde en faveur d'un des parents, l'autre parent se voyant reconnaître un droit accompagné de conditions adaptées, dans la mesure où l'OPE estime que le parent ayant la garde de l'enfant est à même d'assurer correctement sa protection. Il s'agit, cependant, d'une procédure assez lourde étant donné que le parent à qui il est envisagé de confier la garde des enfants va devoir lui-même l'engager⁴⁶.

Décisions

Les tribunaux appelés à se prononcer dans des affaires très conflictuelles ou des affaires de violence entre conjoints peuvent choisir entre diverses mesures. Étant donné que, dans les affaires de protection de l'enfance ainsi que dans les instances en matière familiale, le critère

⁴⁶ En Ontario, l'article 57.1 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* confère aux tribunaux le pouvoir de rendre, en faveur d'un parent et en vertu de la loi provinciale sur la famille, une ordonnance de garde dans le cadre de procédures de protection de l'enfance; il faut, normalement, que l'organisme de protection y consente. Ainsi que nous l'avons vu plus tôt, de manière générale, les dispositions sur la protection de l'enfance l'emportent sur les ordonnances prononcées au titre de la législation sur la famille, mais si l'OPE accepte que soit suspendue la procédure de protection, ou le prononcé d'une ordonnance de garde, l'ordonnance familiale entrera en vigueur.

applicable est « l'intérêt supérieur de l'enfant », la même mesure peut être prise dans le cadre des deux procédures.

a. Décisions en cas de violence entre conjoints dans les instances en matière familiale : Bien que la législation sur la famille et la jurisprudence en ce domaine se basent généralement toutes deux sur l'idée qu'il est généralement dans l'intérêt de l'enfant de maintenir le contact avec le parent qui n'en a pas la garde, plusieurs jugements rendus en appel ont reconnu que lorsque le parent ayant la garde de l'enfant a rapporté la preuve soit de harcèlement, soit de violence conjugale, surtout lorsque ces faits continuent après la séparation, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant d'entretenir des contacts avec l'agresseur, qui se verra par conséquent interdire l'accès. Ainsi qu'en a décidé, dans l'affaire *Abdo v. Abdo*, le juge Pugsley de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans une affaire où le mari abusif s'est vu interdire l'accès à ses trois enfants⁴⁷ :

[TRADUCTION]

Si, généralement, le contact avec chacun des parents contribue à un équilibre dans le développement de l'enfant, cette considération doit être subordonnée à l'intérêt supérieur de l'enfant [...] et s'il appartenait à M^{me} Abdo de démontrer que l'intérêt supérieur de l'enfant voulait que l'on supprime l'accès surveillé qu'avait jusque-là le mari [...] l'emploi du mot *susceptible de* dans la phrase « accès surveillé [...] susceptible d'entraîner des conséquences nocives [...] » [dans le jugement de première instance] porte à penser que M^{me} Abdo n'est peut-être pas parvenue à démontrer qu'un tel accès surveillé *serait* nocif [...] il n'est pas [...] nécessaire d'établir que l'accès surveillé entraînerait effectivement des conséquences nocives.

Presque toutes les affaires où l'accès a été supprimé peuvent être classées parmi les cas de « violence coercitive et dominatrice », c'est-à-dire de violence physique et psychologique répétée de la part d'un homme, envers sa conjointe et parfois envers ses enfants, et l'on a constaté aussi dans la plupart des cas, après la séparation, de la violence conjugale ou de la violence extrêmement grave⁴⁸. Si, dans de nombreuses affaires, la mère qui avait la garde des enfants s'est fondée sur le témoignage d'experts pour demander que l'accès soit interdit à

⁴⁷ (1993), 50 R.F.L. (3d) 171 aux pages 181 à 183 (C.A. N.-É.); voir également *E.H. v. T.G.* (1995), 18 R.F.L. (4th) 21 (C.A. N.-É.); et *B.P.M. v. B.L.D.E.M.* (1992), 42 R.F.L. (3d) 349 aux pages 359 et 360 (C.A. Ont.).

⁴⁸ Voir *McGrath v. Thomsen* (2000), 11 R.F.L. (5th) 174 (C.A. C.-B.), affaire dans laquelle une mère ayant des antécédents de toxicomanie et de comportement menaçant n'a eu accès aux enfants qu'avec l'autorisation du parent qui en avait la garde.

son conjoint, dans certaines affaires de violence grave entre conjoints, l'accès a été interdit même en l'absence de tels témoignages⁴⁹.

Dans certains cas de violence entre conjoints, et en particulier lorsque cette violence perdure après la séparation, il convient d'ordonner que toute visite auprès de l'enfant ait lieu sous surveillance⁵⁰. Dans l'affaire *Slawter v. Bellefontaine*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a précisé qu'il appartient au parent qui demande que le droit d'accès soit exercé sous surveillance de [TRADUCTION] « démontrer que les restrictions demandées sont dans l'intérêt supérieur des enfants »⁵¹. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé l'approche que la Cour suprême de cette province avait retenue dans l'affaire *Lewis v Lewis*, dans laquelle le juge Forgeron avait écrit :⁵²

[TRADUCTION]

On ne saurait contester que les modalités d'accès doivent nécessairement dépendre de l'intérêt de l'enfant [...]

L'accès surveillé s'impose dans certaines situations précises, notamment :

[a] lorsque l'enfant doit être protégé contre tout abus physique, sexuel ou affectif;

[b] lorsque l'enfant, après une longue absence, est introduit ou réintroduit dans la vie d'un de ses parents;

[c] lorsqu'il est question d'abus de drogue ou d'alcool;

[d] lorsque l'accès du parent soulève des difficultés d'ordre clinique.

Il ne convient pas d'ordonner l'accès sous surveillance si le seul but d'une telle mesure est de satisfaire le parent ayant la garde des enfants. Le droit d'accès s'exerce en effet dans l'intérêt de l'enfant et chaque requête doit être tranchée en fonction des circonstances qui lui sont propres.

⁴⁹ Voir, par exemple, *Salehi v. Haghighi*, 2011 ONCJ 731; *C.D. v. J.B.*, [1996] A.Q. 181, *Parker v. Hall*, [1996] O.J. 756 (C. prov. Ont.) et *Alexander v. Creary* (1995), 14 R.F.L. (4th) 311 (C. prov. Ont.); voir également *Matheson v. Sabourin*, [1994] O.J. 991, le juge Hardman, de la Cour provinciale, faisant état de travaux de recherche sur les conséquences que peut avoir sur les enfants le fait d'avoir assisté à de la violence conjugale, travaux qui, semble-t-il, n'avaient pas été produits par un témoin à l'audience.

⁵⁰ *J.M. v. A.L.*, [2013] N.S.J. No. 34 (Fam. Ct.)

⁵¹ 2012 NSCA 48, au par. 39

⁵² 2005 NSSC 256, aux par. 24 et 25.

Si, à chaque fois que l'enfant passe d'un parent à l'autre, il y a des menaces ou des disputes, alors que le parent qui exerce son droit d'accès ne pose pas de risque pour l'enfant, il peut y avoir lieu de soumettre à surveillance la remise de l'enfant.

Il existe, dans certaines régions, des programmes gouvernementaux subventionnés de surveillance de l'accès à un enfant ou de sa remise entre parents, mais dans de nombreuses régions, ces services n'existent pas. Les OPE assurent la surveillance des visites mais, en général, seulement lorsque les enfants ont été retirés aux parents, ou remis à leur garde en vertu des dispositions de la législation sur la protection de l'enfance, et non lorsque la situation relève de la législation sur la famille.

b. Décisions en cas d'aliénation dans les instances en matière familiale : Dans les affaires très conflictuelles où il y a aliénation à l'égard d'un des parents, l'ordonnance la plus interventionniste qu'un tribunal de la famille peut prononcer est une modification de l'ordonnance de garde avec, dans certains cas, la suspension de tout contact entre l'enfant et le parent auteur de maltraitance affective, même lorsque ce parent était celui s'occupant principalement de l'enfant. La cour ne transférera la garde de l'enfant du parent aliénant au parent rejeté que lorsqu'elle estime que les conséquences nocives du maintien de l'enfant sous la garde du parent aliénant l'emportent sur les troubles ou le traumatisme qu'entraînera la séparation de l'enfant du parent aliénant, et qu'elle considère que le parent rejeté est en mesure de s'occuper de l'enfant⁵³. Le transfert de garde au parent aliéné est, de la part des tribunaux, une mesure radicale prise en réponse à une situation d'aliénation, et il faut généralement pour cela que le parent qui demande une modification de l'ordonnance de garde parvienne à établir que l'enfant a subi des maux affectifs ou qu'il encourt un risque sérieux si la situation demeure inchangée⁵⁴. Pour convaincre un tribunal de se prononcer en ce sens, il faut généralement invoquer des témoignages d'experts.

Si la cour estime qu'une modification de l'ordonnance de garde s'impose, elle peut également décider que tout contact avec le parent aliénant devra avoir lieu sous surveillance, ou être suspendu pendant un certain temps afin que ne soit pas minée plus avant la relation de l'enfant avec le parent rejeté. Les tribunaux peuvent encourager le parent à qui la garde est

⁵³ Voir, par exemple, *Rogerson v Tessaro* [2006] OJ 1825 (C.A.); *Pettenuzzo-Deschene v. Deschene* 2007 CarswellOnt 5095, 40 RFL (6th) 681(C.S.J.); *C.J.B. v. R.C.J.*, [2007] BCJ 212 (C.S. C.-B.); *T.S. v. A.V.T.*, [2008] AJ 293 (C.B.R. Alb.); *Savage v. Savage*, [2007] OJ 312 (C.S.J.); *Polsfut v. Polsfut*, [2008] SJ (C.B.R. de la Sask.); et *Faber v Gallianco*, 2012 ONSC 764.

⁵⁴ Voir Fidler, Bala, Saini, *A Differential Approach to Children Resisting Postseparation Contact: A Guide for Legal & Mental Professionals*, Oxford University Press, New York, 2012; et Fidler & Bala, « Children Resisting Post-separation Contact With A Parent: Concepts, Controversies And Conundrums », 2010, 48 *Family Court Review* 10-47.

transférée à participer à des consultations psychosociales ou à obtenir des mesures thérapeutiques afin de faciliter l'adaptation de l'enfant, mais la cour ne rendra généralement pas une ordonnance en ce sens, car elle souhaitera laisser au parent la souplesse nécessaire et la responsabilité des décisions concernant l'enfant.

c. Décisions en cas de violence entre conjoints dans les procédures de protection de l'enfance : Si l'on estime qu'un enfant a besoin d'être protégé, le juge dispose, aux termes de la législation sur la protection de l'enfance, d'une large compétence lui permettant d'ordonner que l'enfant soit retiré au parent si son intérêt l'exige. Une telle ordonnance peut prévoir que l'enfant restera auprès d'un de ses parents, ou sera placé auprès d'un membre de la famille, sous la surveillance de l'OPE, ou encore qu'il sera remis à la garde, provisoire ou permanente, d'un organisme de protection (ce qui s'appelle une mesure de mise en tutelle). L'enfant qui est retiré à ses parents ou à d'autres membres de sa famille peut se retrouver dans un foyer d'accueil, un foyer de groupe ou être finalement donné en adoption.

Dans une affaire de protection de l'enfance où se pose le problème de la violence entre conjoints, une des principales questions est de savoir si le parent qui a subi de la violence est en mesure de s'occuper de l'enfant et de le protéger. Dans certains cas, le parent en question (en général celui qui s'occupe principalement de lui) a amoindri ses capacités parentales en s'adonnant aux drogues ou à l'alcool, par exemple, problèmes qui peuvent eux-mêmes découler de sa victimisation dans le cadre de la relation conjugale. En pareil cas, il peut être nécessaire, au moins provisoirement, de soustraire l'enfant à la garde du parent qui, jusque-là s'en occupait principalement, selon que le parent victime de violence peut être aidé à surmonter les problèmes liés à son rôle parental. (Les conséquences néfastes que la violence entre conjoints peut avoir sur la personne qui s'en occupe la plupart du temps, et donc sur le développement à long terme de l'enfant, même hors de tout contact avec le parent violent, soulignent l'importance, dans ce genre d'affaires, d'intervenir de manière précoce et efficace.)

Si le parent qui a subi de la violence possède de bonnes capacités parentales, la cour se demandera tout de même si cette personne a à la fois les moyens et la volonté de protéger l'enfant contre le risque d'être exposé à l'avenir à de la violence conjugale, ce qui suppose que ce parent veille au respect des ordonnances du tribunal limitant tout contact avec le parent agresseur.

Parfois, même en cas de violence coercitive et dominatrice, le parent agresseur parvient, après de gros efforts, à modifier son comportement, ce qui rend possible la réunification de la famille. La réponse différentielle applicable aux affaires de violence entre conjoints (et que nous examinerons de manière plus détaillée vers la fin de cette étude) incite les agents de

protection de l'enfance à œuvrer dans ce sens lorsque les deux parents souhaitent demeurer ensemble⁵⁵.

En matière de protection de l'enfance, la mesure la plus radicale est la remise permanente de l'enfant aux soins de l'État avec abrogation des droits des parents (généralement en vue du placement de l'enfant). Cette mesure n'est prise que dans les cas les plus graves. La fin des droits parentaux est parfois décrétée dans les affaires de violence entre conjoints, particulièrement lorsque la violence en question a causé à l'enfant un tort direct et que le parent agressé semble enclin, malgré les interventions des OPE et autres services, à entretenir des relations avec des partenaires violents. (Ajoutons qu'il est fréquent que la décision prise dans de tels cas soit influencée par l'existence d'autres problèmes tels que la négligence et l'abus de drogue ou d'alcool.)

d. Décisions en cas d'affaires très conflictuelles dans les procédures de protection de l'enfance : Dans les cas de séparation très conflictuelle où l'on ne relève cependant aucune violence entre conjoints, en général l'un, voire les deux parents, sont à même de s'occuper de l'enfant, et la mesure la plus habituellement prise est celle de confier l'enfant à un de ses parents, généralement sous la surveillance de l'OPE. Les ordonnances de surveillance font que l'OPE continue à intervenir, l'organisme étant autorisé à surveiller tout contact avec le parent n'ayant pas la garde de l'enfant, à procéder à des visites à domicile, à rédiger à l'intention de la cour des rapports sur les progrès accomplis par la famille, ou à exercer toute autre fonction aidant les parents à mieux communiquer entre eux et à parvenir à des relations plus saines (en organisant, par exemple, des séances de consultation psychosociale pour les enfants ou les parents). Ces ordonnances de surveillance comportent un délai à l'expiration duquel elles sont à nouveau évaluées par la cour.

Même dans les affaires très conflictuelles, il est extrêmement rare de retirer de manière permanente aux deux parents la garde de leur enfant, à moins qu'ils ne se soient tous deux montrés parfaitement incapables de respecter les ordonnances du tribunal et d'éviter à l'enfant des maux affectifs.

e. Fin des procédures juridiques dans les affaires d'aliénation : Dans certaines affaires d'aliénation très conflictuelles, y compris des affaires où est appelé à intervenir un organisme de protection de l'enfance, le parent aliénant, et les enfants eux-mêmes, résistent aux efforts faits pour modifier leur attitudes et leur comportement, et les efforts en ce sens peuvent en fait se révéler encore plus nocifs sur le plan des émotions que si l'on laissait l'enfant dans la

⁵⁵ Voir l'examen de la question ci-après.

situation telle qu'elle est. Même si le refus d'un enfant de rendre visite à l'autre parent est dû au fait que le parent qui en a la garde a tout fait pour éloigner l'enfant de son autre parent, si le changement de garde ne semble pas adapté à la situation, l'intérêt de l'enfant peut vouloir qu'un des parents mette fin à ses démarches juridiques visant à rendre effectif le droit d'accès qui lui est reconnu. Les professionnels du domaine et le parent qui n'a pas la garde de l'enfant peuvent avoir beaucoup de mal à accepter ce genre de situation, mais dans certains cas il peut être préférable de renoncer à tout effort visant à obliger l'enfant à rester en contact avec l'autre parent.

Dans une instance en matière familiale, la décision de renoncer à de tels efforts peut traduire l'épuisement émotionnel ou financier du parent qui a été rejeté. Le parent peut par ailleurs estimer qu'il est préférable, pour l'enfant, que l'on ne cherche pas à faire exécuter l'ordonnance de garde. S'il s'agit d'une affaire de protection de l'enfance, c'est parfois l'OPE qui, dans l'intérêt de l'enfant, décide de renoncer aux efforts en vue de l'obliger, par voie de justice, à entretenir des contacts avec le parent qu'il rejette.

Dans certains cas, le tribunal peut décider qu'il ne convient pas d'accorder un droit d'accès ou d'en assurer l'exécution⁵⁶, ou peut laisser entendre qu'il n'est peut-être pas dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre les efforts en vue de permettre l'exercice du droit d'accès⁵⁷ malgré le (ou à cause du) comportement aliénant du parent ayant la garde de l'enfant. Si le tribunal estime que le rejet d'un des parents est dû au comportement aliénant de l'autre (et non à une antipathie justifiée), il peut néanmoins conclure qu'il serait contraire à l'intérêt de l'enfant de l'obliger à entretenir des contacts avec le parent en question.

V. PROCÉDURES CONCURRENTES EN MATIÈRE PÉNALE ET EN MATIÈRE DE PROTECTION DE L'ENFANCE

Les procédures concurrentes qui peuvent être engagées parallèlement en matière pénale et en vertu des dispositions sur la protection de l'enfance peuvent porter sur les mêmes incidents de violence ou de négligence allégués, mais il existe entre les deux des différences

⁵⁶ Voir, par exemple, *Bailey v. Bailey* [1996] OJ 4891; *Roda v. Roda* [2000] OJ 3786 (C.S.J.); et *El-Murr v. Kiameh* [2006] OJ 1521 (C.J.O.)

⁵⁷ Voir, par exemple, *P. (J.E.) v. W. (H.J.)* (1987), 11 R.F.L. (3d) 136 (C.B.R. de la Sask.), affaire dans laquelle une petite fille de six ans avait une aversion pour son père en raison de l'hostilité que sa mère témoignait à son conjoint. La mère s'opposait aux visites, malgré les efforts de médiation. La cour a refusé d'ordonner l'accès, tout au moins en attendant que l'enfant soit sensiblement plus âgé. Voir également l'affaire *R.G.A. v K.A.C.*, 2011 Carswell Ont 4462 (C.J.O.), dans laquelle la cour estimait que la mère qui avait la garde de l'enfant avait un comportement aliénant, mais a conclu cependant qu'étant donné que le père n'avait pas demandé la garde, il n'y avait aucun moyen réaliste de faire exécuter le droit d'accès, et a refusé d'en contraindre l'exercice.

sensibles. Nous allons maintenant procéder à une comparaison entre ces deux types de procédure, et nous pencher sur les problèmes délicats que pose la concurrence des enquêtes et des procédures.

A. COMPARAISON ENTRE LES MESURES DE PROTECTION DE L'ENFANCE ET LES MESURES PÉNALES

L'importance attachée à la protection de l'enfance au regard des incidences pénales

Pour affirmer qu'un enfant a besoin d'être protégé, il faut conclure au préalable qu'il a, sous une forme ou une autre, subi des actes de maltraitance ou de négligence, mais à partir du moment où l'on conclut en ce sens, ce qui va compter avant tout, c'est l'intérêt de l'enfant. Il faut donc réfléchir aux besoins à venir de l'enfant, les procédures pénales, qui portent sur des faits passés, passant en l'occurrence au second plan. En théorie du moins, les mesures de protection de l'enfance ne sont pas considérées comme un châtiment, et la procédure doit s'intéresser moins au parent qu'à l'enfant. En effet, si l'on estime que l'enfant a besoin d'être placé, le but est d'assurer le traitement et les conditions qui contribueront au mieux à son avenir. Il pourra ainsi être, sous surveillance, placé auprès d'un de ses parents, ou d'un proche, confié à un foyer d'accueil ou à un foyer de groupe, et, finalement, confié à une famille adoptive.

Déclaration obligatoire

Toutes les lois provinciales et territoriales de protection de l'enfance prévoient l'obligation de signaler les situations où l'on a des motifs raisonnables de croire qu'un enfant est exposé à un risque de maltraitance ou de négligence. Selon certains textes de loi, seule est sanctionnée la non-déclaration par certains professionnels, mais d'autres lois prévoient des sanctions pour toute personne qui ne déclare pas ce genre de situation, alors que dans quelques ressorts, le fait de ne pas signaler des cas de maltraitance ou de négligence n'encourt aucune sanction⁵⁸.

Étant donné cette obligation de signalement, les organismes de protection de l'enfance ont accès à de nombreuses sources de renseignement sur les familles où pourraient survenir des actes de violence : les enseignants, les professionnels de la santé, les voisins, les membres des services sociaux et, bien sûr, la police. Précisons que la police est devenue beaucoup plus

⁵⁸ Voir, par exemple, les paragraphes 4(1) et 4(6) du *Child, Youth and Family Enhancement Act*, de l'Alberta, RSA 2000, c C-12, ainsi que les paragraphes 14(1), (3) et (6) du *Child, Family and Community Service Act*, de la Colombie-Britannique, RSBC 1996, c 46.

consciente qu'avant de l'obligation qu'elle a de signaler de tels cas et, dans de nombreuses localités du Canada, il est maintenant tout à fait normal de voir la police communiquer avec un OPE en cas de violence entre conjoints en présence d'enfants. Cela se traduit par une augmentation notable des déclarations faites à des OPE où le principal problème signalé est celui de la violence entre conjoints. À l'heure actuelle, plus d'un tiers de toutes les déclarations transmises à des OPE concernent des actes de violence entre conjoints⁵⁹.

On ne relève aucune obligation analogue de signaler à la police ou à d'autres autorités d'éventuelles infractions prévues au *Code criminel*, et nombreuses sont les victimes de violence entre conjoints qui ne dénoncent pas leur agresseur à la police et n'en parlent pas non plus à d'autres professionnels. Les professionnels, tels que les médecins et les infirmières des services d'urgence, qui pensent qu'un adulte qui vient se faire traiter souffre de blessures causées par de la violence entre conjoints peuvent, certes, encourager la victime à signaler les faits à la police ou à se rendre dans un centre d'hébergement, mais tout dépend entièrement de la victime. Si, en revanche, le personnel médical a des motifs raisonnables de penser que l'enfant qu'on leur présente a été victime de maltraitance ou de négligence, ou souffre des maux affectifs qu'entraîne le fait d'avoir assisté à de la violence familiale, il leur appartient de signaler le cas à l'OPE local pour enquête. Les mesures que l'OPE va prendre dans le cadre de ces enquêtes sont examinées ci-après.

Absence de droit au silence

Le droit constitutionnel de ne rien dire ne s'applique que dans le cadre des enquêtes criminelles et des procédures pénales. En théorie, un parent peut refuser de s'entretenir avec le personnel de l'organisme de protection de l'enfance et refuser de témoigner dans le cadre du dossier. En pareille hypothèse, par contre, le tribunal de protection de l'enfance en tirera probablement des conclusions défavorables et, théoriquement du moins, le parent pourrait être contraint de témoigner par l'OPE.

Dans la plupart des provinces et territoires, le parent impliqué dans une procédure de protection de l'enfance est tenu de déposer une réponse auprès de la cour, ainsi qu'un plan détaillant comment il entend s'occuper de l'enfant, faute de quoi le tribunal pourra lui refuser le droit de participer à la procédure. Ajoutons que les arguments avancés par l'organisme de protection peuvent en grande partie reposer sur les déclarations que le parent a faites aux

⁵⁹ En 2008, dans 34 % des enquêtes confirmant les faits allégués, la principale cause de maltraitance était le fait pour un enfant d'avoir assisté à de la violence entre conjoints (environ 29 259 cas, soit 4,86 enquêtes pour chaque tranche de 1 000 enfants) : Nico Trocmé et al., *Étude canadienne sur l'incidence des signalements de cas de violence et de négligence envers les enfants*, 2008, Agence de la santé publique du Canada, 2011.

agents de l'organisme de protection de l'enfance, à des travailleurs sociaux ou à divers autres intervenants. Les agents de l'organisme de protection ne sont pas tenus d'avertir le parent que les déclarations que celui-ci pourrait leur faire pourront être invoquées dans le cadre des procédures de protection de l'enfance, et le parent en question ne possède pas le droit d'être représenté par un avocat lors des discussions avec les agents de l'OPE⁶⁰. Ainsi que nous le verrons ci-après de manière plus détaillée, la déclaration qu'un parent a faite à un membre d'un OPE peut ne pas être directement recevable dans le cadre d'une procédure pénale si le parent ne vient pas témoigner, mais les déclarations faites à un agent de protection de l'enfance peuvent, dans le cadre d'une procédure pénale, être invoquées lors du contre-interrogatoire du parent et nuire à sa crédibilité.

Norme de preuve

Ainsi qu'il en est de l'avocat de la Couronne en matière pénale, dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance, c'est à l'organisme étatique qu'incombe la preuve. Cela dit, et ainsi que nous l'avons vu plus haut, dans les affaires de protection de l'enfance, la norme de preuve applicable est la norme civile de la prépondérance des probabilités, alors que s'applique en matière pénale une norme plus exigeante, celle de la « preuve hors de tout doute raisonnable⁶¹ ». L'organisme peut en outre obtenir de la cour une décision portant que l'enfant a besoin d'être protégé en raison des risques qu'il encourt, y compris les risques de maux affectifs. Si, en théorie, il n'est pas nécessaire d'obtenir de la cour qu'elle constate que tel ou tel incident s'est effectivement produit, en pratique les organismes de protection de l'enfance sont tenus de rapporter la preuve de faits précis, tels que les incidents de violence entre conjoints. L'accent par contre est mis sur le risque de maux émotifs ou de violence physique plutôt que sur un incident précis, et le caractère hautement conflictuel de la relation entre les parents peut permettre de conclure que l'enfant a besoin d'être protégé.

Assouplissement des règles de preuve

On relève, entre les procédures de protection de l'enfance et les poursuites pénales, d'importantes différences quant aux règles applicables en matière de preuve. Dans son ensemble, la jurisprudence canadienne reconnaît que la stricte application des règles de

⁶⁰ *Family and Children's Services of St. Thomas and Elgin County v F(W)*, 2003 CanLII 54117 (C.J. de l'Ont.).

⁶¹ *FH c McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 RCS 41, qui cite une affaire britannique de protection de l'enfance, *In re B (Children)*, [2008] 3 WLR 1, [2008] UKHL 35; *DCW (PEI) v AH and JD*, 2009 PECA 19; *Nova Scotia (Community Services) v CM*, 2011 NSSC 112; *SJB et al v Child and Family All Nations Coordinated Response Network*, 2009 MBQB 12; *PCI v Saskatchewan (Social Services)*, 2009 SKQB 335; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan v AD* (1994), 1 RFL (4th) 268 (Div. gén. C. Ont.).

preuve qui prévalent en matière pénale n'est pas adaptée aux affaires concernant le bien-être des enfants⁶², même si dans les deux cas, il y a lieu de rapporter la preuve des mêmes incidents de maltraitance ou de négligence. D'autres dispositions légales autorisent la production de preuves qui ne seraient pas recevables dans le cadre d'une procédure pénale. C'est ainsi, par exemple, que les preuves par ouï-dire sont expressément recevables aux étapes intermédiaires d'une procédure de protection de l'enfance, y compris lors de l'audience concernant le placement provisoire de l'enfant⁶³.

La juge Sheilagh O'Connell de la Cour de justice de l'Ontario a récemment eu l'occasion de se prononcer au sujet des règles de preuve qu'il convient d'adopter dans les affaires de protection de l'enfance :

[TRADUCTION]

Dans une certaine mesure, les procédures de protection de l'enfance ont un caractère quasi pénal. Contrairement à ce qu'il en est en matière pénale, cependant, l'application des règles de preuve dans les affaires de protection de l'enfance soulève des difficultés particulières. Dans ce genre d'affaire, ce qui importe par-dessus tout c'est la protection et le bien-être des enfants. L'intérêt supérieur de l'enfant revêt une importance capitale. Les juges appelés à se prononcer sur la protection d'un enfant s'attachent à faire en sorte que, sans enfreindre les principes de justice fondamentale, ils retiennent les preuves et les renseignements leur permettant de rendre une décision qui assure au mieux le bien-être de l'enfant⁶⁴.

Dans l'affaire en question, la juge a estimé que la transcription des témoignages que les trois enfants avaient livrés lors de l'enquête préliminaire sur des allégations de maltraitance parentale n'est recevable dans le cadre de la procédure de protection de l'enfance que si l'avocat des parents peut, à l'audience portant sur les mêmes allégations, contre-interroger les enfants. Tout en précisant que cela pourrait être, pour les enfants, une « dure épreuve », elle a ajouté que rien ne permettait d'affirmer que ce contre-interrogatoire entraînerait, chez les enfants, des troubles émotifs, puisque l'interrogatoire devait avoir lieu hors de la présence des parents.

Lors de procès en matière de protection de l'enfance, certains juges adoptent délibérément une approche « souple » en matière d'admissibilité de déclarations des enfants relevant du

⁶² Par exemple, *C.L.M. v. D.G.W.*, [2004] A.J. No. 329, 2004 ABCA 112. Pour le point de vue contraire, voir *Children's Aid Society of Niagara Region v. D.M.*, [2002] O.J. No. 1421 (C. sup.).

⁶³ Voir, par exemple, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* (Ontario), LRO 1990, c C.11, art. 5.

⁶⁴ *Children's Aid Society Region of Halton v. O.(J.)* 2013 ONCJ 191, 2013 O.J. 1691 au par. 29.

ouï-dire, notamment lorsque celles-ci concernent des faits de maltraitance. D'autres juges affirment vouloir appliquer le critère dégagé par la Cour suprême dans l'affaire *R c Khan*, selon lequel de telles déclarations peuvent être admises en preuve si elles sont « nécessaires » et « fiables », comme dans le cadre de poursuites pénales, la notion de « nécessité » étant en l'occurrence interprétée de manière à atténuer l'impact émotionnel d'une procédure engagée à l'encontre d'un des parents⁶⁵. Il est donc rare que les enfants aient à témoigner dans une affaire de protection de l'enfance, mais cela est relativement commun dans les affaires pénales concernant des allégations de maltraitance. Sont également admises dans les affaires de protection de l'enfance les preuves sur les antécédents parentaux, preuves généralement considérées comme contraires à la règle qui interdit les preuves concernant le caractère ou la propension. Les tribunaux estiment que, lorsqu'ils sont appelés à décider si un enfant a besoin d'être protégé, ils peuvent prendre en compte des événements qui se sont produits après l'engagement des procédures⁶⁶.

Conséquences de violations de la Charte

Lorsque la police ou des représentants de la Couronne commettent une violation des droits que la Constitution garantit à un accusé, cela peut notamment entraîner soit une suspension des procédures, soit l'exclusion de certains éléments de preuve (ce qui peut souvent aboutir à un acquittement).

Les procédures de protection de l'enfance font intervenir l'article 7 de la *Charte*, et doivent donc se conformer aux principes de justice fondamentale, tels que la communication de la preuve, l'audition de la cause devant une instance judiciaire impartiale, et le droit, pour les parents démunis, de bénéficier des services d'un avocat rémunéré par l'État⁶⁷. Les fouilles effectuées par un OPE peuvent également être considérées comme entraînant une violation de l'article 8 de la *Charte*, qui n'entraînera cependant pas une suspension des procédures ou une exclusion des preuves lorsque l'exclusion de certaines preuves créerait un risque pour l'enfant. S'il en est ainsi, c'est parce que c'est le bien-être de l'enfant qui prime⁶⁸. Ce n'est pas

⁶⁵ On trouvera dans *Children's Aid Society Region of Halton v. O.(J.)*, précité, la nécessité de témoignages d'experts démontrant que l'enfant souffrirait d'être appelé à témoigner.

⁶⁶ *Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth v KR and CW*, (2001) OJ No 5754; Alberta (Child, Youth and Family Enhancement Act, Director) v. C.M. and D.L. (2005), 23 R.F.L. (6th) 10; *Newfoundland and Labrador (Manager of Child, Youth and Family Services) v. A.C.* [2012] N.J. No. 54.

⁶⁷ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315, 1995 CanLII 115 (CSC); *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, 3 RCS 46, 1999 CanLII 653 (CSC).

⁶⁸ *Chatham-Kent Children's Services v JK*, [2009] OJ No 5423. Si, dans les affaires de protection de l'enfance, les tribunaux répugnent à exclure certaines preuves, dans certaines circonstances les juges invoquent les dispositions de la *Charte* afin d'exclure des preuves dont la fiabilité n'est pas avérée : voir, par exemple, *C.A.S*

dire que dans le contexte d'une affaire de protection de l'enfance les infractions aux dispositions de la *Charte* sont prises moins au sérieux que dans les affaires pénales, mais simplement que leur examen se complique du fait qu'il faut prendre en compte l'intérêt de l'enfant. Ainsi que l'a précisé le juge Murray de la Cour de justice de l'Ontario : [TRADUCTION] « il est essentiel de garder à l'esprit que les agents de l'État, y compris les sociétés d'aide à l'enfance, sont, eux aussi, capables d'intervenir de manière abusive et il ne faut pas non plus oublier que les parents ont des droits incontestables qu'il y a lieu de respecter alors même que l'on tente de parvenir à un équilibre entre les divers droits en présence pour décider de la mesure à décréter en cas de violation des dispositions de la *Charte*⁶⁹.

Interventions volontairement acceptées

Il est fréquent qu'une famille collabore avec les services de protection de l'enfance hors de toute procédure judiciaire, dans le cadre d'accords de garde provisoire (les enfants étant, avec l'accord écrit de leurs parents, provisoirement placés dans un foyer d'accueil), ou d'accords aux termes desquels les parents acceptent que l'enfant reste sous leur garde, mais qu'il leur faudra respecter certaines conditions telles que suivre un traitement de désintoxication ou des cours de formation parentale, encore une fois sans y être obligés par une ordonnance du tribunal. Les enfants peuvent aussi être placés auprès d'autres membres de la famille élargie, là encore sans ordonnance du tribunal. Ces diverses possibilités sont moins coûteuses pour la famille, et lui offrent une issue plus positive puisque cela permet d'éviter la stigmatisation que peut entraîner la constatation que leur enfant a besoin d'être protégé, et éviter aussi les frais et le degré d'ingérence qu'entraîne une procédure judiciaire, et, dans certains cas, permet d'intervenir pour assurer la protection de l'enfant, même dans les cas où, juridiquement, l'organisme de protection ne pourrait pas entièrement justifier son intervention. De telles mesures « volontaires » ne sont naturellement pas possibles en matière pénale, bien que devant des tribunaux ayant pour mission de résoudre des problèmes précis, tels que certains tribunaux spécialisés en violence conjugale, le ministère public puisse accepter de suspendre les procédures si les intéressés acceptent volontairement des mesures de traitement.

Règlement négocié et négociation de plaidoyer

of Toronto v D.M., [2001] O.J. 4425 (C. J.); et *Catholic C.A.S. of Toronto v J.L.*, [2003] O.J. 1722 (C. J.), le juge Jones.

⁶⁹ *Chatham-Kent Children's Services v JK*, précité au par. 63.

Il existe tout un éventail de situations dans lesquelles le ministère public se livre à une « négociation de plaidoyer » ou entente dans le cadre de laquelle le ministère public et la défense présentent des arguments conjoints. Souvent, le ministère public accepte de renoncer à certains éléments de l'accusation ou demande à la cour de prononcer une sanction moins sévère si l'accusé accepte de plaider coupable à certaines des accusations. Parfois, le ministère public accepte de renoncer aux accusations portées contre un des accusés si celui-ci accepte de témoigner contre un acolyte dont la responsabilité est plus grande.

Dans les affaires de protection de l'enfance, les négociations portent généralement sur l'ordonnance sollicitée de la cour – et un organisme de protection peut accepter d'élargir l'accès à un enfant placé sous sa garde, ou bien un parent peut accepter que l'ordonnance de surveillance comporte des conditions plus strictes que celles qu'il aurait pu raisonnablement solliciter de la cour. Dans certains cas, l'organisme de protection retire sa requête en protection s'il estime que l'enfant n'a plus besoin d'être protégé.

Contrairement à ce qu'il en est de l'avocat de la Couronne dans une affaire pénale, qui n'agit pas en fonction des instructions de la police, mais décide de lui-même s'il y a lieu de poursuivre selon qu'il estime avoir des chances raisonnables d'obtenir une condamnation, ou selon qu'il juge que les poursuites sont dans l'intérêt public, l'avocat spécialiste des affaires de protection de l'enfance entretient avec l'organisme de protection de l'enfance l'habituelle relation avocat-client. Ainsi, l'avocat de l'organisme de protection n'a pas l'autorité nécessaire pour retirer un dossier en raison d'une éventuelle violation des dispositions de la *Charte*, d'éléments de preuve irrecevables ou de la priorité accordée à d'autres dossiers. Cela dit, les organismes de protection de l'enfance sont incités, dans une certaine mesure, à réduire le nombre d'affaires portées devant les tribunaux, et les juges sont eux-mêmes incités à parvenir à des règlements avant même que n'ait lieu le procès. Chacun reconnaît, en outre, qu'il est préférable que les enfants et les parents parviennent à un règlement qui les met tous d'accord.

Règlement obtenu par médiation

Dans les affaires de protection de l'enfance, il est de plus en plus fréquent qu'il y ait un effort de médiation entre l'organisme de protection et les parents, et que l'on recourt à d'autres approches novatrices, telles que les conférences au sein du groupe familial, dans le cadre desquelles les parents, les membres de la famille élargie, des religieux, des voisins ou autres peuvent dresser ou mettre en œuvre un plan permettant d'assurer la protection des enfants, tout cela dans le cadre de pourparlers encadrés où chacun peut s'exprimer avec franchise.

Cela donne souvent de très bons résultats⁷⁰. Les motifs invoqués à l'appui d'une constatation qu'un enfant a besoin d'être protégé peuvent aussi faire l'objet d'une négociation. Il est peu probable, en revanche, que l'organisme de protection se désiste de sa requête, ou accepte les termes d'une ordonnance proposée par les parents si l'on continue à craindre pour le bien-être de l'enfant et qu'on ne parvient pas à négocier un plan que l'organisme juge acceptable.

Les cercles de détermination de la peine et autres dispositifs de justice réparatrice auxquels on a recours dans le cadre des tribunaux pénaux pour adultes ont à peu près les mêmes objectifs et des structures analogues peuvent aussi donner de bons résultats, mais normalement seuls les Autochtones auteurs d'agressions peuvent en bénéficier. Notons le manque d'unanimité sur la question de savoir si, et dans quelles circonstances, des mesures de justice réparatrice devraient être employées dans les affaires de violence entre conjoints⁷¹.

Conférence de cas et gestion de cas

Au Canada (mais pas partout), les affaires de protection de l'enfance sont de plus en plus souvent traitées dans le cadre de la « gestion de cas », ce qui veut dire que toutes les audiences sont présidées par un même juge (ce qui évite aux parties d'avoir à comparaître chaque fois devant un juge différent). Nombreux sont les juges de protection de l'enfance qui, dans le cadre de la gestion de cas, tentent tout pour amener les parties à s'entendre, beaucoup plus que ce n'est généralement le cas des juges de tribunal pénal. Certains juges de protection de l'enfance ont recours à une méthode modèle de résolution des problèmes pour parvenir à un règlement adapté aux besoins de l'enfant et qui encourage en même temps les parents à modifier leur comportement⁷².

Les affaires pénales de violence entre conjoints sont de plus en plus portées devant des tribunaux spécialisés, où les procureurs, les professionnels de l'aide aux victimes, les conseillers en matière d'alcoolisme et de toxicomanies, et les juges tentent davantage que les juges pénaux de parvenir à un règlement à l'amiable, encourageant davantage les personnes en cause à assumer la responsabilité de leurs actes et à participer à des consultations

⁷⁰ International Institute for Child Rights and Development, Université de Victoria. *Family Group Conferencing Literature Review*. Rapport préparé pour le Child and Youth Officer de Colombie-Britannique, octobre 2005. http://www.rcybc.ca/groups/Project%20Reports/fgc_lit_review.pdf

⁷¹ Voir, par exemple, Angela Cameron, « Sentencing Circles and Intimate Violence: A Canadian Feminist Perspective », 2006, vol. 18, n° 2, revue *Femmes et droit*, p. 479-512.

⁷² *Problem-solving in Canada's Courtrooms: A Guide to Therapeutic Justice*. Institut national de la magistrature, 2011, p. 30; Kierstead, Shelley M., « Therapeutic Jurisprudence and Child Protection », 30 décembre 2011. *Barry Law Review*, vol. 17, n° 1, p. 31, 2011; Osgoode CLPE Research Paper, n° 34, 2012.

psychosociales ou à d'autres mesures susceptibles de réduire les incidents de violence. De manière générale, l'accusé est incité à prendre ses responsabilités et à suivre jusqu'au bout les mesures indiquées et, pour cela, on lui offre en échange la possibilité de négocier son plaidoyer ou, encore, la suspension des procédures.

Conséquences respectives d'une déclaration de culpabilité et d'un acquittement

Le fait d'avoir été déclaré coupable relativement à une infraction criminelle liée à la maltraitance ou à la négligence d'enfants constitue, lors d'une procédure de protection de l'enfance, une preuve *prima facie* de l'infraction. Cela veut dire qu'en cas de procédures concurrentes en matière pénale et en matière de protection de l'enfance, si la procédure pénale se solde par une déclaration de culpabilité ou par un plaidoyer de culpabilité, l'organisme de protection n'a généralement pas à rapporter la preuve de l'infraction⁷³. Ce n'est pas vrai de l'inverse car le fait d'être blanchi d'une accusation pénale n'exerce aucun effet juridique sur une procédure de protection de l'enfance, si ce n'est qu'il peut créer le besoin immédiat de prendre des mesures afin de protéger l'enfant d'un parent qui, en raison des accusations pénales pesant contre lui, avait vu jusque-là restreindre sa liberté de contact. Dans les affaires de protection de l'enfance, la norme de preuve étant celle de la prépondérance des probabilités, l'organisme a encore des chances de démontrer, malgré l'acquittement, qu'il y a effectivement eu maltraitance⁷⁴. Les parents sont parfois surpris, et contrariés, de constater que la procédure de protection de l'enfance se poursuit alors même qu'ils ont été acquittés.

Ajoutons qu'en raison de la norme de preuve moins stricte, et des différences qu'il y a quant aux règles d'administration de la preuve, la constatation qu'un enfant a besoin d'être protégé n'entraîne aucun effet sur le plan des poursuites pénales.

Rôle de l'enfant et de son conseil

En théorie et en pratique, les enfants sont appelés à jouer un rôle très différent selon qu'il s'agit d'une procédure de protection de l'enfance ou d'une procédure pénale. Dans une affaire de protection de l'enfance, le point de vue ou les souhaits de l'enfant sont pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer son intérêt supérieur. Bien que ce ne soit pas partout le cas, dans plusieurs provinces (l'Alberta, l'Ontario et le Québec), un avocat est généralement

⁷³ Voir *Children's Aid Society Region of Halton v. O.(J.)*, précité, au par. 43.

⁷⁴ Le principe voulant que l'acquittement obtenu à l'issue de poursuites pénales ne fasse pas obstacle à l'engagement d'une procédure civile fondée sur les mêmes circonstances est examiné dans l'arrêt *Polgrain Estate v. Toronto East General Hospital*, [2008] O.J. No. 2092 (C.A.).

désigné pour représenter les intérêts de l'enfant et, du moins dans certaines affaires, cet avocat peut plaider l'issue voulue par l'enfant lui-même⁷⁵. Les tribunaux de protection de l'enfance ne tiennent pas compte des souhaits formulés par les enfants lorsque ceux-ci prétendent vouloir retrouver des parents qui les ont négligés ou maltraités, mais leur point de vue doit toujours être pris en compte.

L'enfant peut être appelé à témoigner dans une affaire pénale et, s'il a fait l'objet de sévices, il peut être autorisé à faire une déclaration avant le prononcé de la sentence. En général, cependant, les souhaits exprimés par l'enfant n'influenceront guère la sentence prononcée. Certains s'inquiètent que le point de vue de l'enfant ne soit pas pris en compte lorsque le ministère public décide s'il doit demander que l'affaire soit entendue ou par télévision à circuit fermé ou solliciter le recours à divers autres moyens.

Comparaison entre les procédures de protection de l'enfance et les procédures pénales : Résumé

Disons, en résumé, que les organismes de protection de l'enfance sont tenus à une norme moins stricte de preuve, bénéficient d'un assouplissement des règles de preuve, courent moins le risque de voir rejeter le dossier qu'ils présentent pour cause de violation des dispositions de la *Charte* ou autres motifs, disposent d'une panoplie plus large de mesures, qu'il s'agisse du placement de l'enfant ou des services que pourrait ordonner la cour, et ont accès à un large éventail de professionnels qui sont dans l'obligation de signaler aux organismes locaux les cas dont ils ont connaissance, et ont par ailleurs la possibilité de voir leurs interventions acceptées volontairement par les intéressés. C'est dire que, du moins théoriquement, les organismes de protection de l'enfance sont beaucoup mieux placés que les systèmes de justice pénale ou familiale pour atténuer les risques de violence contre les enfants, mais aussi contre les parents maltraités⁷⁶. Précisons que des limites et des contraintes pèsent parfois sur les mesures qu'il conviendrait de prendre.

B. LIMITES AUXQUELLES SONT SOUMISES LES MESURES DE PROTECTION DE L'ENFANCE

⁷⁵ Voir, par exemple, Bala, Birnbaum et Bertrand, « Controversy about the Role Children's Lawyers: Advocate or Best Interests Guardian? Comparing Attitudes & Practices in Alberta & Ontario – Two Provinces with Different Policies » (à paraître dans le numéro d'octobre 2013), *Family Court Review*.

⁷⁶ Dans les cas où la preuve ne justifie pas une déclaration de culpabilité, ou lorsqu'a été démontrée une violation des dispositions de la *Charte* et que les preuves produites sont exclues au titre du paragraphe 24(2) de la *Charte*, le retrait de l'accusation ou l'acquittement sont, bien sûr, l'issue à laquelle la poursuite pénale doit juridiquement aboutir. Notre inquiétude concerne la protection des enfants dans les affaires où un risque de violence continue à se poser.

Crainte d'un « abus de pouvoir »

Parmi les facteurs permettant aux organismes de protection de l'enfance de disposer d'une gamme plus large de mesures possibles et de renseignements, il y en a certains qui créent en même temps un risque d'abus de pouvoir. Ainsi :

- craignant que leur refus fasse en sorte qu'on va leur prendre leur enfant ou engager à leur encontre des procédures judiciaires, les parents peuvent accepter volontairement une intervention des services de protection, ou même accepter volontairement le placement de leur enfant auprès de proches, sans avoir obtenu au préalable les conseils d'un avocat, et en l'absence de motifs juridiques évidents;
- le fait qu'il ne leur soit pas interdit d'agir sur la foi de rapports anonymes peut favoriser la fausse dénonciation d'un parent, émanant parfois de l'autre conjoint à l'occasion d'une séparation conflictuelle;
- le défaut de règles strictes concernant l'administration de la preuve peut porter certains organismes à fonder leurs décisions concernant une famille sur des témoignages d'expert ou des ouï-dire douteux⁷⁷.

La protection de l'enfance est un domaine difficile. Le taux de roulement des personnels y est élevé, les professionnels les plus expérimentés répugnent à œuvrer en première ligne, et les organismes ont tendance à intervenir plus qu'ils ne le devraient. Naturellement, les affaires de protection de l'enfance où il y a eu le décès d'un enfant donnent lieu à une enquête de coroner, à la mise en cause des procédures internes de l'organisme, à des gros titres dans la presse et, plus rarement, à des accusations de négligence criminelle contre les agents de protection de l'enfance⁷⁸. En raison des pressions qui s'exercent sur eux pour qu'ils prennent les mesures de protection nécessaires, on trouve, dans la jurisprudence, de nombreux exemples d'organismes à qui l'on reproche d'avoir agi selon une vue étroite de la situation, de ne pas avoir suffisamment aidé les parents et d'avoir fixé des conditions d'accès qui nuisent à la relation entre les parents et l'enfant, de s'être surtout basés sur les aspects négatifs de la situation et, de manière générale, de ne pas avoir fait ce qu'ils auraient dû faire pour aider les parents conformément à la mission dont ils sont investis par la loi⁷⁹.

Insuffisance des ressources

⁷⁷ Voir, par exemple, *DCP v. J.P., J.L., et L.M.*, 2013 PESC 6.

⁷⁸ *R. v. Heikamp*, [1999] O.J. No. 5382. L'accusation a été retirée dès l'enquête préliminaire.

⁷⁹ Voir, par exemple, *Children's Aid Society of Ottawa v MB*, [2007] OJ No 1054 (C. J. Sup.); *Children's Aid Society of Ottawa v CW*, 2008 CanLII 13181 (C.S. de l'Ont.); *Children's Aid Society of Hamilton v EO* [2009] OJ No 5534 (C. sup.); *CB v Alberta (Child, Youth & Family Enhancement Act, Director)*, 2008 ABQB 165; *Winnipeg (Child and Family Services) v LMT*, 1999 CanLII 14177 (C.B.R. du Man.).

L'insuffisance de ressources chez les organismes de protection de l'enfance suscite des inquiétudes. C'est ainsi qu'en 2012, la Ontario Association of Children's Aid Societies, dans son rapport annuel, fait savoir que, compte tenu des récentes compressions budgétaires, l'argent consacré en Ontario à la protection de l'enfance ne permet pas de traiter dans de bonnes conditions les dossiers de protection de l'enfance et d'assurer la sécurité des enfants⁸⁰. Dans un même ordre d'idées, le Saskatchewan Child Welfare Review Panel a conclu que, dans cette province, le système de bien-être de l'enfance est [TRADUCTION] « à la limite de ses moyens [...] ce qui fait que l'on ne peut pas assurer la protection de tous les enfants ou de tous les jeunes⁸¹ ». À Terre-Neuve-et-Labrador, la surcharge de travail est avancée comme un des principaux problèmes à régler⁸². Selon l'examen de 2010 mené en Alberta dans le secteur du bien-être de l'enfance, [TRADUCTION] « les personnels régionaux sont à la limite de leurs moyens face aux services qu'ils doivent assurer et les dossiers qu'ils ont à traiter⁸³ ». Il paraît presque inévitable que les premiers programmes à subir des compressions budgétaires soient des programmes de prévention permettant d'intervenir et de soutenir les parents avant même que les enfants aient à être pris en charge.

L'insuffisance du financement des services de protection de l'enfance constitue un grave problème pour les enfants vivant dans des réserves. En plus des inégalités en ce qui a trait au financement des organismes s'occupant directement du bien-être des enfants, on peut également s'inquiéter de l'insuffisance des services complémentaires tels que les centres d'hébergement, la prévention de la violence contre les femmes et les interventions visant à mettre fin à la violence entre conjoints⁸⁴.

Représentation des parents

Selon l'article 7 de la *Charte*, chacun a « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services*

⁸⁰ OACAS Child Welfare Report, 2012, p. 10

⁸¹ *For the Good of Our Children and Youth*: Report of the Saskatchewan Child Welfare Review Panel, novembre 2010, p. 29, <http://saskchildwelfarereview.ca/CWR-panel-report.pdf>

⁸² Ken Fowler, PhD, *Children in Care in Newfoundland and Labrador*, septembre 2008, p. 89, <http://www.gov.nl.ca/cyfs/publications/childcare/InCareReport.pdf>

⁸³ *Closing the Gap Between Vision and Reality: Strengthening Accountability, Adaptability and Continuous Improvement in Alberta's Child Intervention System*. Final Report of the Alberta Child Intervention Review Panel, 30 juin 2010, p. 70, <http://cwrp.ca/sites/default/files/publications/en/AB-Child Intervention Panel.pdf>

⁸⁴ Voir, par exemple, le rapport du Vérificateur général en 2008 (http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/francais/parl_oag_200805_04_e_30700.html#hd5i) et en 2011 (http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/francais/parl_oag_201106_04_e_35372.html#hd5h).

communautaires) c. G. (J), [1999]⁸⁵, la Cour suprême du Canada a jugé que la « sécurité de la personne » d'un parent – en l'occurrence sa relation avec un enfant – est menacée par l'État dans le cadre d'une procédure engagée au nom du bien-être de l'enfant et que, par conséquent, les « principes de justice fondamentale » peuvent être invoqués pour justifier que l'État assume les frais d'avocat de parents « sans ressources ». De façon générale, le plus difficile, pour les parents qui souhaitent que l'État leur assure les services d'un avocat, conformément à ce qu'entend la *Charte*, c'est de démontrer qu'ils sont effectivement « sans ressources ».

Certains tribunaux de protection de l'enfance ont donné une interprétation étroite à la notion d'indigence, interprétation selon laquelle les « travailleurs pauvres » qui ne répondent pas tout à fait aux critères d'admissibilité à l'aide juridique ne sont pas représentés en justice et ne sont donc pas effectivement en mesure de contester devant un tribunal les décisions d'un organisme de protection de l'enfance⁸⁶. Certains commentateurs se demandent s'il est vraiment réaliste de penser que des parents à faible revenu vont pouvoir, afin de s'opposer à une requête en protection de l'enfance, retenir les services d'un avocat puisqu'ils n'en ont pas les moyens⁸⁷. On peut très bien faire valoir que, s'agissant d'assurer, dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance, la représentation juridique des parents, la notion d'« indigence » doit être évaluée en fonction des circonstances propres de l'affaire. Cette approche davantage contextuelle tient compte du fait que, souvent, les procédures de protection de l'enfance se révèlent très complexes avec une portée beaucoup plus large qu'une procédure pénale. Elle fait par ailleurs ressortir que la représentation des parents par un avocat revêt une importance qui va au-delà de la défense du dossier devant la cour, car l'avocat peut aussi contribuer à l'élaboration d'un plan de soins et fournir aux parents des conseils quant aux moyens leur permettant de mieux s'occuper de leurs enfants⁸⁸.

Mais même si, dans une affaire de protection de l'enfance, les parents bénéficient de l'aide juridique, on peut tout de même se demander si cela va vraiment leur permettre de préparer solidement leur défense. En effet, non seulement le barème des honoraires d'avocat fixé par l'aide juridique n'est pas très élevé, mais, en plus, l'aide juridique impose des limites quant au nombre d'heures qu'un avocat peut consacrer à un dossier de protection de l'enfance.

⁸⁵ [1999] 3 R.C.S. 46.

⁸⁶ Voir, par exemple, *Re V*, 2009 SKQB 50; et *Huron-Perth CAS v JJ*, [2006] OJ 5372 (C. J. de l'Ont.), la cour ayant jugé que [TRADUCTION] « Il est raisonnable de penser que le programme d'aide juridique de la province est en mesure d'évaluer logiquement, humainement et avec bon sens, l'admissibilité financière ».

⁸⁷ Kate Kehoe et David Wiseman, « Reclaiming a Contextualized Approach to the Right to State-Funded Counsel in Child Protection Cases », (2012) 63 *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick*, 166.

⁸⁸ C'est l'approche retenue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, (*Director of Child, Family & Community Service*) v. *L.(T.)*, 2010 BCSC 105.

Certes, certaines dispositions permettent, pour une procédure qui exige une plus longue préparation, de demander du financement supplémentaire, mais les formalités sont lourdes et il est fréquent qu'un avocat finisse par devoir faire du travail qui ne lui sera pas payé. Cela étant, de nombreux avocats refusent de s'atteler à de tels dossiers et cela crée une difficulté supplémentaire pour les parents qui souhaiteraient être correctement représentés en justice.

Insuffisance des moyens de formation et de soutien pour les avocats spécialisés dans la protection de l'enfance

Pour ce qui est de la protection de l'enfance, les cours à l'intention des étudiants en droit et des jeunes avocats sont insuffisants. Au Canada, il n'y a que peu de facultés de droit qui offrent des cours spécialisés dans ce domaine⁸⁹. Sont également rares, dans les facultés de droit, les cours portant sur la dynamique de la violence entre conjoints. La Commission du droit de l'Ontario a, cela dit, élaboré plusieurs modules d'enseignement sur la violence familiale et l'on envisage de les intégrer, en Ontario, au programme des facultés de droit⁹⁰. De louables efforts ont été faits afin de recruter et de former des avocats qu'intéresse ce domaine⁹¹, mais l'insuffisance du nombre d'avocats qualifiés ayant la formation voulue demeure problématique pour les parents qui souhaitent être représentés dans une procédure de protection de l'enfance.

Ajoutons que dans de nombreuses régions du Canada, les avocats représentant un organisme de protection de l'enfance sont sensiblement moins bien payés que les procureurs de la Couronne qui, dans le même ressort, s'occupent d'affaires pénales. Certains avocats représentant les organismes en question ne bénéficient, à l'interne, que de minces moyens de formation, et ils ont tendance à délaisser ce domaine difficile et relativement mal rémunéré avant d'avoir acquis l'expérience nécessaire⁹².

Mode d'approche des affaires de violence familiale et de séparation très conflictuelle dans les organismes de protection de l'enfance

⁸⁹ Signalons les exceptions, car des cours en matière de protection de l'enfance sont offerts à l'Université d'Ottawa, à l'Université de Toronto, Osgoode Hall et à l'Université Queen's.

⁹⁰ <http://www.canadianlawyermag.com/law-commission-calls-on-schools-to-instruct-students-on-realities-of-violence-against-women.html?print=1&tmpl=component>

⁹¹ Le chapitre ontarien de l'Association of Family & Conciliation Courts (AFCC-O) se penche actuellement sur les carences de la formation professionnelle en matière de protection de l'enfance, et a offert, à l'automne 2013, un programme de formation de quatre jours à Toronto.

⁹² Le professeur Nicholas Bala a évoqué ce problème lors de son témoignage dans le cadre de l'enquête sur la médecine pédiatrique en Ontario, Rapport sur la médecine légale pédiatrique en Ontario, le 21 février 2008. La transcription du témoignage du professeur Bala est affichée en ligne à : http://mail.tscrip.com/trans/pfp/feb_21_08/index.htm.

Ce n'est que récemment que les organismes de protection de l'enfance et les tribunaux ont reconnu que le fait d'assister à de la violence entre conjoints peut faire beaucoup de tort aux enfants même si on ne leur fait pas mal physiquement, et que la violence qu'un des conjoints inflige à l'autre peut laisser craindre que l'enfant soit lui-même maltraité et battu⁹³. La police, les procureurs de la Couronne et les juges ont vu, eux aussi, évoluer leurs attitudes à l'égard de la gravité du problème de la violence familiale et de la dynamique propre à ce genre d'affaires.

Dans de nombreux ressorts, les organismes de protection de l'enfance ont tendance à faire porter à la mère la responsabilité de mettre fin aux actes de violence (ou de renoncer à la relation). Les mères victimes de violence de la part de leur conjoint vivent parfois assez mal les interventions d'un organisme de protection de l'enfance car elles estiment qu'on rejette la « faute » sur elles et qu'au lieu de leur apporter le soutien dont elles ont besoin, on met en péril leurs relations avec leurs enfants⁹⁴.

Les organismes de protection de l'enfance peuvent certes jouer un rôle positif dans les séparations très conflictuelles mais, à l'heure actuelle, trop peu d'agents de protection de l'enfance ont l'éducation, la formation et l'expérience nécessaires pour intervenir efficacement. On reproche parfois aux représentants d'un organisme de protection d'avoir agi avec très peu de sensibilité ou à mauvais escient.

Dans les affaires de séparation très conflictuelle, il peut être particulièrement difficile pour un OPE de parvenir à l'équilibre entre la protection des enfants et les droits des parents. Dans certains cas, il peut être reproché à l'organisme de ne pas avoir tenu suffisamment compte de la gravité de la violence entre conjoints et des effets que cela peut avoir sur les enfants, alors que d'autres fois on leur reproche d'avoir accepté « aveuglément » les allégations (sans fondement) de maltraitance soulevées par un parent aliénant, et d'avoir à tort conclu que le rejet d'un de ses parents par l'enfant se justifiait en l'occurrence⁹⁵.

C. DIFFICULTÉS QUE SOULÈVENT LES PROCÉDURES CONCURRENTES ET OCCASIONS QU'ELLES OFFRENT

Les procédures pénales peuvent contribuer à la protection de l'enfance

⁹³ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon – Make Their Voices Heard Now*. Report of the BC Representative for Children and Youth, 2012, p. 72; P Jaffe et M. Juodis, « Children as victims and witnesses of intimate partner homicide: Lessons learned from intimate partner violence death review committees », [2006] *Juvenile and Family Court Journal*, p. 13–27.

⁹⁴ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon – Make Their Voices Heard Now*, p. 54, 59

⁹⁵ Voir, par exemple, *W.C. v C.E.*, 2010 ONSC 3575.

Dans bon nombre de procédures de protection de l'enfance où il est question de violence entre conjoints, ou de maltraitance d'enfants, il y aura parallèlement une enquête pénale et des accusations. Une accusation peut être portée pour agression contre un parent ou un enfant, pour menaces, ou manquement à l'obligation de pourvoir aux besoins essentiels de l'enfant (dans l'hypothèse où l'un des parents, ou les deux, ont fait mal à l'enfant ou ont manqué à l'obligation de lui procurer les soins médicaux nécessaires). Une fois entamée la procédure pénale, d'autres accusations peuvent être portées si les parents ne respectent pas les conditions d'une ordonnance de la cour prononcée dans l'une ou l'autre procédure pour leur interdire tout contact avec les enfants ou pour imposer aux parents des limites à leur comportement. Aucune de ces accusations n'a pour effet de déclencher automatiquement le système de protection de l'enfance, mais la police ou le procureur de la Couronne, conformément à l'obligation qui leur incombe en cela, signaleront généralement de tels incidents aux organismes de protection.

De plusieurs manières, le fait que soient engagées des procédures concurrentes peut contribuer à l'action des organismes de protection de l'enfance et aussi aider à soutenir le parent victime de violence familiale. En effet,

- l'enquête policière peut fournir des renseignements aidant l'organisme de protection à soutenir son dossier. Certains de ces renseignements qui manquent peut-être de pertinence ou seraient jugés irrecevables dans le cadre d'une procédure pénale peuvent revêtir de l'importance sur le plan de la procédure de protection de l'enfance. Ainsi que nous le verrons plus loin, cependant, il faut pour cela que la police communique avec l'OPE.
- si le parent violent est placé sous garde en attendant l'issue de la procédure pénale, ou s'il est mis en détention après une déclaration de culpabilité, le parent victime de sa violence aura peut-être plus de facilité pour se trouver un logement, obtenir les conseils dont il a besoin et mieux s'occuper de ses enfants, étant donné qu'il n'aura plus à subir les menaces et les pressions du parent abusif.
- les restrictions imposées aux contacts ou les mesures d'intervention ordonnées en cas de violence entre conjoints comptant parmi les conditions de libération sous caution ou de probation peuvent également éviter à l'organisme de protection d'avoir à solliciter du tribunal une ordonnance de surveillance. Les restrictions imposées par la justice pénale, s'ajoutant à la menace de nouvelles accusations et, éventuellement, d'une peine de prison, peuvent, aux yeux de la police et du conjoint concerné, compter davantage que les conditions pouvant être imposées dans le cadre d'une procédure

de protection de l'enfance où le non-respect des conditions (autres que de nouvelles restrictions à l'accès⁹⁶), peut ne pas être sanctionné.

- une déclaration de culpabilité dans le processus pénal constitue une preuve *prima facie* des éléments constitutifs de l'infraction, ce qui peut éviter à l'organisme de protection de l'enfance d'avoir à rapporter la preuve d'antécédents violents.
- la transcription des témoignages livrés dans le cadre d'une poursuite pénale peut être invoquée dans une procédure de protection de l'enfance, plus particulièrement lorsque la poursuite pénale a entraîné une déclaration de culpabilité. Ceci peut permettre d'éviter aux enfants et aux autres témoins d'avoir à témoigner dans le cadre des deux procédures⁹⁷. Relevons, cependant, que dans certains cas, et en particulier lorsque les poursuites n'ont pas abouti à une déclaration de culpabilité, les enfants pourront être contre-interrogés sur leurs témoignages.

Différences sur le plan de l'optique professionnelle

Bien que l'engagement de procédures concurrentes puisse offrir des possibilités de collaboration, cela peut également compliquer, dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance, la recherche de solutions essentiellement axées sur la protection de l'enfant. Ces obstacles peuvent entraîner des tensions entre les organismes et les professionnels œuvrant dans le cadre des deux systèmes, et y contribuer.

Il y a souvent, entre les agents du système pénal et ceux de la protection de l'enfance, une mauvaise communication, voire une méfiance réciproque. Les procureurs de la Couronne, les policiers et parfois les juges des tribunaux pénaux considèrent que les agents de protection de l'enfance et les tribunaux œuvrant dans ce domaine ne prennent pas suffisamment au sérieux la violence entre conjoints, et soit ne sont pas capables, soit n'ont pas la volonté de prendre les mesures voulues pour protéger les enfants et les parents ayant fait l'objet de violence. Ce sentiment se retrouve chez une avocate de la Couronne de Toronto

⁹⁶ La violation d'une ordonnance de protection de l'enfance constitue une infraction provinciale, mais de telles infractions ne sont pas toujours sanctionnées énergiquement en raison d'une insuffisance de moyens. Les infractions exposent l'auteur à des sanctions allant de six mois / 1 000 \$ d'amende en Ontario à 24 mois / 50 000 \$ d'amende, au Manitoba. Toute personne qui viole les conditions d'une ordonnance de libération sous caution, de probation ou de sursis peut, en revanche, être immédiatement mise en détention conformément aux dispositions du *Code criminel*.

Les parents qui n'ont pas la garde de leurs enfants et qui, en plus, ont des antécédents de violence entre conjoints (le partenaire violent est le plus souvent l'homme) peuvent ainsi être moins portés à respecter les conditions d'une ordonnance de protection de l'enfance.

⁹⁷ Voir *Children's Aid Society Region of Halton v. O. (J.)*, précité, où la cour, ayant permis que soit produite en preuve la transcription du témoignage livré par les enfants à l'audience préliminaire dans le cadre des procédures pénales intentées contre leurs parents pour agression, a autorisé l'avocat des parents à contre-interroger les enfants.

qui, lorsqu'elle formule les conditions d'une libération sous caution, hésite à prendre en compte l'ordonnance du tribunal de la famille, car les procédures de protection de l'enfance et les procédures pénales visent des objectifs différents. Selon elle, les procédures de protection de l'enfance [TRADUCTION] « visent souvent la réunification de la famille alors que les poursuites pénales s'attachent essentiellement à la sécurité et à l'efficacité des poursuites intentées⁹⁸ ». Les décès survenus chez des enfants connus des organismes de protection favorisent sans doute cette impression.

Les agents de protection de l'enfance pourraient très bien répondre que la procédure de protection est essentiellement axée sur l'intérêt supérieur de l'enfant, et que la réunification avec les parents n'est recommandée que lorsqu'ils estiment cela conforme à la sécurité de l'enfant. Ceux qui œuvrent au sein du système de protection de l'enfance entretiennent souvent de mêmes opinions négatives à l'égard du système pénal, le trouvant trop lent à prononcer une accusation contre les auteurs de violence et de maltraitance des enfants et trop prompt à accepter des négociations de plaidoyer et des acquittements pour ce qui est essentiellement un « détail techniques ». Les agents de protection de l'enfance estiment parfois que les policiers, les procureurs de la Couronne et les juges pénaux n'ont pas, en matière de développement de l'enfance, la formation leur permettant de se prononcer sur des questions susceptibles de casser, du moins provisoirement, la relation entre un parent et son enfant.

Il y a un peu de vrai des deux côtés; une grande partie de cette méfiance provient cependant d'une mauvaise compréhension des objectifs et du contexte juridique des deux systèmes. Une meilleure formation croisée, et une amélioration de la communication et de la coopération devrait permettre à ceux qui œuvrent au sein de l'un et l'autre système de comprendre la complémentarité des deux formes de procédures.

Échéanciers et retards

Lors de l'établissement du calendrier des travaux, les poursuites pénales ont tendance à se voir accorder la priorité, soit pour des raisons d'ordre constitutionnel (la *Charte* garantissant le droit d'être jugé dans un délai raisonnable), soit parce que l'avocat demande à un parent de reporter l'engagement d'une procédure de protection de l'enfance en attendant l'issue de

⁹⁸ Helen How, citée dans Di Luca et al, *Best Practices Where There is Family Violence (Criminal law Perspective)* (mars 2012) p. 15; voir également l'affaire *Peguis Child and Family Services v. C.S.*, [2009] M.J. No. 302 (C.B.R.), dans laquelle la police s'était opposée à la remise à un organisme de protection de l'enfance des dossiers concernant des mineurs, estimant que l'organisme de protection de l'enfance qui demandait que ces dossiers lui soient communiqués n'accorderait pas à ces mineurs le traitement qui convient.

la procédure pénale, afin qu'au cours de la procédure de protection rien ne puisse être dit qui soit susceptible d'influencer les poursuites pénales.

Dans les cas où les parents sont séparés et que seul l'un d'entre eux est accusé, il se peut que les deux soient d'avis différents concernant le report de la procédure de protection, puisque le parent qui ne fait l'objet d'aucune accusation peut souhaiter que la procédure de protection soit rapidement menée à terme afin de permettre sa réunification avec l'enfant. Il n'est pas rare, cependant, même si seul l'auteur de la violence est visé par l'accusation pénale, que les deux parents souhaitent voir reporter la procédure de protection de l'enfance, le parent victime de violence entre conjoints souhaitant avoir le temps de régler certains problèmes tels que sa dépendance à l'égard de drogues ou de l'alcool, alors que l'auteur de la violence souhaiterait voir la procédure pénale aboutir rapidement.

Dans certains cas, l'un des parents, ou les deux, ou encore l'organisme de protection peuvent souhaiter voir reporter la procédure de protection de l'enfance en attendant l'issue de la procédure pénale, car un verdict de culpabilité éventuelle contre un des parents et son incarcération pourrait affecter les mesures décrétées dans le cadre de la procédure de protection de l'enfance.

Dans une affaire portée devant la Cour de justice de l'Ontario, le juge Keast s'est inscrit en faux contre l'idée que les procédures de protection de l'enfance revêtent une importance moindre que les procédures pénales, alors que le procureur général soutenait que l'intérêt que la société porte au bon déroulement d'une enquête criminelle doit l'emporter sur l'intérêt que l'Agence de protection de l'enfance a à obtenir le dossier d'enquête de la police afin d'assurer la protection de l'enfant :

[TRADUCTION]

Quelle importance accorde-t-on à la protection de l'enfance? Du point de vue du procureur général, bien qu'il s'agisse de quelque chose d'important, plus importante encore est l'efficacité du système pénal [...]. Le procureur général estime que la justice pénale se situe au sommet de l'échelle.

Mais pourquoi en serait-il ainsi? L'importance que la société attache au système de justice pénale est-elle supérieure à l'importance qu'elle attache au système de protection de l'enfance?

La justice pénale a pour objet premier la protection de la société. En ce domaine, la police constitue la première ligne de défense. Elle fait respecter la législation pénale et quasi pénale. Une partie du travail policier revêt un caractère préventif, mais, pour l'essentiel, l'activité policière réagit aux événements, en l'occurrence les délits qui ont été commis. Mais, la protection de l'enfance fait elle aussi partie de la protection de la société. Les

policiers ont pour rôle de lutter contre les crimes dont des enfants sont directement victimes.

La notion de protection de la société ne se limite pas aux enquêtes policières et aux poursuites pénales. L'auteur de délits graves, celui contre qui sont portées des accusations et engagées des poursuites a pris un certain temps pour en arriver là, généralement de nombreuses années. Le motard endurci, à 25 ans membre à plein titre d'une bande criminelle, était au départ un petit garçon, innocent et vulnérable. Quel a été son parcours? Certains invoquent la génétique, mais les criminologues et autres spécialistes de ce genre de phénomènes s'entendent pour dire que la mentalité criminelle est modelée par tout un éventail de facteurs ayant trait au milieu.

C'est le système de protection de l'enfance qui s'intéresse essentiellement à ce milieu d'où naissent les comportements criminels. Les sources profondes des graves comportements criminels sont connues. Elles sont chaque jour évoquées dans le cadre de rapports présentenciels d'adultes et d'adolescents à qui l'on reproche des délits graves ou des crimes de violence. Notons parmi ces divers facteurs la pauvreté et l'insuffisance des revenus, l'alcool ou la drogue, le manque d'aptitudes parentales, une vie familiale orageuse et chaotique, l'abandon par les parents, des liens familiaux rompus entraînant souvent des problèmes affectifs ou encore des comportements criminels au sein de la famille, tels que la violence entre conjoints ou des actes répréhensibles commis contre les enfants, agressions sexuelles et physiques notamment.

On sait que, souvent, la criminalité revêt un caractère cyclique. En effet, n'est-il pas fréquent de constater que l'adulte déclaré coupable d'agression sexuelle avait lui-même, enfant, subi des agressions sexuelles? Ne constatons-nous pas souvent que l'adulte à qui l'on reproche des voies de faits a, enfant, lui-même été victime de voies de faits? Les auteurs de violence conjugale ont souvent, lorsqu'ils étaient enfants, assisté à de la violence entre conjoints.

Les sociétés d'aide à l'enfance ont affaire à de futurs criminels bien avant que la police ne soit appelée à intervenir. La mesure dans laquelle le système de protection de l'enfance parvient effectivement à protéger les enfants et à atténuer les facteurs qui influencent les comportements criminels a un lien direct avec la protection de la société, la même fonction exactement que celle de la justice pénale.

La justice pénale et le système de protection de l'enfance visent le même objectif, mais par des moyens différents. Les deux manières de procéder revêtent une importance égale pour la protection de la société. On a souvent tendance à considérer comme deux choses différentes la justice pénale et la protection de l'enfance. Or, cela est parfaitement illogique. Les deux sont absolument nécessaires à l'objectif visé, la protection de la société. Il n'y a

absolument aucune raison d'accorder plus d'importance aux enquêtes et poursuites pénales qu'aux mesures de protection de l'enfance⁹⁹.

Le juge Keast s'était prononcé dans le même sens en 2008 dans une affaire où un organisme de protection de l'enfance avait demandé que la police lui communique les informations qu'elle avait sur de la violence entre conjoints, l'organisme de protection souhaitant les invoquer dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance :

[TRADUCTION]

Le procureur général soutient que du point de vue de la société, les procédures pénales visant à réprimer la violence entre conjoints revêtent une importance plus grande que les procédures de protection de l'enfance étant donné qu'il s'agit de protéger la plaignante en l'espèce et, de manière plus générale, de protéger toutes les femmes victimes de violence entre conjoints. Ainsi, les femmes qui auraient été victimes de violence entre conjoints et qui sont en même temps intimées dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance ne devraient pas pouvoir exiger que leur soit communiqué le dossier des poursuites pénales intentées contre le père.

Il faut, pour répondre à cet argument, revenir un peu sur les objectifs visés, d'une part par la justice pénale et d'autre part par les procédures de protection de l'enfance. La procédure pénale a pour objet essentiel de protéger la mère qui a porté plainte. Mais il existe également un intérêt secondaire, car en protégeant la mère, on protège aussi, logiquement, les enfants. Les procédures de protection de l'enfance visent essentiellement à protéger les enfants. Mais, afin d'assurer efficacement la protection des enfants, il est nécessaire de supprimer ou d'atténuer certains des facteurs de risque liés au fait que la mère est victime de violence entre conjoints.

En réalité, le système de justice pénale et le système de protection de l'enfance font partie d'un tout et comprennent des éléments qui sont distincts, certes, mais qui se recoupent. Aucun système ne peut à lui seul offrir une protection optimale. Seuls l'effort conjugué des deux systèmes et la combinaison de leurs procédures peuvent assurer au mieux la protection de la mère et des enfants.

Sachant cela, on ne peut pas, afin de protéger et la mère et les enfants, accepter que l'un des deux systèmes l'emporte. Il s'agit de systèmes concourants et ce sont les enfants qui en souffriront si l'on laisse l'un des deux l'emporter sur l'autre¹⁰⁰.

⁹⁹ *Children's Aid Society of Algoma v. P.(D.)*, 2006 ONCJ 170 aux par. 44 à 51 (Mise en évidence dans l'original.)

¹⁰⁰ *Children's Aid Society of Algoma v. B. (S)*. [2008] OnCJ 358 (CanLII), aux par. 13 à 16; voir également *Peguis Child and Family Services v. C.S.*, [2009] M.J. No. 302 (C.B.R.).

Lors de procédures concurrentes, des questions complexes se posent au regard de problèmes très précis, mais compte tenu de l'importance essentielle de ce qui est en jeu dans les deux types de procédures, il n'y a pas lieu de supposer que l'une des procédures doive l'emporter sur l'autre. Comme nous l'avons vu, sont en cause dans les deux types de procédures les droits garantis par l'article 7 de la *Charte*. Ainsi que la Cour suprême a eu l'occasion de le rappeler : « Les droits en jeu à l'audience relative à la garde sont sans aucun doute de la plus haute importance. Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant¹⁰¹ ».

D. POUR UNE MEILLEURE COORDINATION DES PROCÉDURES CONCURRENTES

En cas de procédures concurrentes, ou lorsqu'il y a des chances que cela se produise, plusieurs questions doivent être prises en compte afin d'améliorer la coordination.

Enquête et engagement de procédures

Les procédures pénales et les procédures de protection de l'enfance ont des objets différents, et sont soumises à des contraintes qui leur sont propres, mais il conviendrait d'assurer une meilleure coordination entre les organismes et les professionnels en charge de ces deux types de procédure.

Cela est notamment admis dans le cadre de protocoles police-OPE élaborés et mis en œuvre pour les enquêtes où des enfants sont soit victimes soit témoins. La mesure dans laquelle de tels protocoles ont été adoptés varie selon les régions, mais dans de nombreux endroits ils fonctionnent correctement, favorisant la coopération et contribuant à une amélioration des preuves recueillies tout en réduisant le nombre d'entrevues que doivent subir les enfants.

Il y aurait lieu néanmoins de renforcer la coopération, et d'améliorer la communication des renseignements dans le cadre d'enquêtes concernant de la violence entre conjoints lorsque les enfants ont assisté à des actes de violence, mais ne sont pas appelés à témoigner au pénal.

Il y aurait, en outre, lieu de renforcer la coordination à l'étape suivante de la procédure, c'est-à-dire à l'étape critique où intervient la décision d'engager ou non des procédures. Si la décision de porter ou non une accusation appartient en définitive à la police et au ministère public, dans certains cas, tels que ceux où un enfant a subi un seul acte de violence, il serait souhaitable, avant que cette décision soit prise, que les organismes répressifs consultent

¹⁰¹ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, au par. 76, arrêt prononcé par le juge en chef Lamer.

l'OPE intervenant auprès de la famille. Dans certains cas, s'agissant de décider s'il est dans l'intérêt général de porter une accusation, il convient de prendre en compte, parmi d'autres facteurs, l'intérêt des enfants.

Conseil de garder le silence

Le parent visé par une accusation pénale se verra généralement conseiller par le pénaliste qui assure sa défense de ne rien dire à la police ou aux agents de protection de l'enfance au sujet des allégations. Si les agents de protection de l'enfance, ou autres représentants de services sociaux, estiment, comme c'est souvent le cas, que le parent en cause doit reconnaître les actes de violence ou de maltraitance qu'il a commis avant de pouvoir participer à des consultations psychosociales ou à la prise d'autres mesures, le parent qui refuse de discuter des allégations aura du mal à convaincre l'OPE ou le tribunal de protection de l'enfance que le risque de violence s'est atténué.

Dans une récente étude, les pénalistes Joseph DiLuca, Erin Dann et Breese Davies font quelques propositions qui permettraient de faciliter les discussions entre parents et agents d'une OPE avant même qu'aboutisse la procédure pénale¹⁰². Il importe que les avocats de la défense et les organismes de protection de l'enfance discutent entre eux des moyens de favoriser la communication entre les parents et l'OPE. M. Di Luca et ses collègues proposent qu'à chaque fois qu'un OPE souhaite s'entretenir avec un parent, l'avocat de celui-ci soit présent. Or, cela ne paraît guère réaliste, car il est fréquent que les agents de protection de l'enfance s'entretiennent de manière tout à fait informelle avec les parents, dans divers locaux d'ailleurs, à l'occasion notamment de visites surveillées. Dans ces conditions-là, il serait peu pratique et même peu souhaitable que l'avocat de la défense assiste aux entretiens.

L'audience de protection de l'enfance peut présenter des difficultés pour le parent visé par une accusation pénale. Selon l'arrêt rendu en 2012 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Nedelcu*¹⁰³, il semblerait que si le témoignage livré par un parent dans le cadre d'une audience de protection de l'enfance ne peut pas être invoqué à son encontre dans le cadre d'une poursuite pénale, il peut servir à mettre en cause la crédibilité de son témoignage au procès pénal. Mais même avant qu'intervienne l'arrêt *Nedelcu*, il était fréquent que l'avocat des parents sollicite la suspension ou l'ajournement des procédures de protection de l'enfance en attendant l'issue du procès pénal afin, justement, de ne pas porter atteinte aux droits du parent. Un tel report suppose, cependant, du point de vue du calendrier des audiences, que la priorité est accordée aux poursuites pénales. Or, cela va directement à l'encontre du besoin, souvent invoqué, d'éviter tout retard en ce qui concerne les procédures

¹⁰² Di Luca et al, *Best Practices Where There is Family Violence (Criminal Law Perspective)* (mars 2012) p. 29.

¹⁰³ *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59.

de protection de l'enfance puisque, rappelons-le, les dispositions légales régissant les délais applicables aux requêtes en protection de l'enfance prévoient que les décisions concernant l'avenir de l'enfant doivent être prises en temps utile et correspondre au mieux aux intérêts de l'enfant. Dans certaines affaires de protection de l'enfance, le juge a eu l'occasion de faire part de son inquiétude lorsqu'une procédure de protection de l'enfance était indûment retardée en attendant l'issue du procès pénal, estimant cela contraire aux intérêts de l'enfant¹⁰⁴.

Conditions de mise en liberté ayant une incidence sur la comparution devant le tribunal de protection de l'enfance

Le parent qui est sous le coup d'une accusation pénale pour violence entre conjoints ou maltraitance d'enfants peut être mis en détention et sa mise en liberté sous caution peut lui interdire tout contact tant avec l'autre parent qu'avec l'enfant. Cette interdiction du moindre contact avec l'autre parent ou avec l'enfant peut faire en sorte que, juridiquement, le parent accusé ne doit pas assister à la procédure de protection de l'enfance. En raison d'autres problèmes de communication et des difficultés à obtenir les services d'un avocat, le parent sur qui pèse une accusation pénale n'aura que rarement pu réunir dans les délais prévus les documents qu'il lui faudrait déposer dans le cadre de la procédure de protection de l'enfance.

Cela dit, il est fréquent que le parent astreint à de telles conditions assiste néanmoins à l'audience, même si les conditions de cautionnement ne prévoient pas d'exception sur ce point. Les avocats ou le représentant de l'organisme de protection chargé du dossier peuvent tenter de s'assurer que les parents ou l'enfant sont séparés, à la fois dans la salle d'audience et à l'extérieur afin de respecter, justement, les conditions de la libération sous caution, mais il est fréquent que les restrictions prévues soient laissées de côté lors de l'audience de protection ou de l'instance en matière familiale.

Les conditions de probation ou de libération sous caution devraient expressément prévoir la manière dont le parent faisant l'objet de poursuites pénales pourra participer à la procédure concurrente de protection de l'enfance ou à une instance en matière familiale, et prévoir en même temps les moyens lui permettant de se préparer et de participer à l'audience. Il est, de manière générale, préférable que les restrictions apportées aux contacts lors de la procédure pénale soient « sous réserve des contacts avec l'autre parent qu'exige la participation à la procédure de protection ou à l'instance en matière familiale ».

Conditions de libération ayant une incidence sur les contacts parent-enfant

¹⁰⁴ *Children's Aid Society of Huron County v. R.G.*, [2003] O.J. No. 3104 (C.J.O.)

Le parent accusé de violence familiale peut être astreint à des conditions de libération lui interdisant tout contact avec l'enfant, ou ayant une incidence sur ses contacts en interdisant, par exemple, tout contact avec l'autre parent qui, normalement, assisterait à la remise de l'enfant à l'occasion d'une visite. Ces conditions posent des difficultés à la fois pour les parents et pour les agents de protection de l'enfance :

- Il n'est pas facile de faire modifier ces conditions dans le cadre de la procédure pénale, une telle modification exigeant le consentement du ministère public et la révision des conditions de cautionnement devant faire l'objet d'une requête devant une instance supérieure.
- La doctrine constitutionnelle de la prépondérance veut que les conditions imposées à l'accusé dans le cadre d'une procédure pénale lui interdisant tout contact l'emportent sur les conditions autorisant un tel contact, prises par un tribunal de protection de la famille, aussi bien avant que n'intervienne l'ordonnance pénale qu'après.
- Les conditions de libération fixées par un tribunal pénal sont parfois plus strictes que ne l'exigerait la protection de l'enfant. Elles prévoient parfois l'interdiction de tout contact entre les enfants et le parent qui jusque-là s'en occupait principalement. Ce genre de conditions peut nuire au travail que l'organisme tente d'accomplir auprès de la famille, par des séances de consultation psychosociale pour la famille dans son ensemble ou par des visites surveillées avec les enfants.

Selon Di Luca et ses collègues, les autorités de protection de l'enfance et les tribunaux de la famille ne voient pas toujours l'utilité des ordonnances interdisant tout contact, car elles ne comprennent pas toujours très bien la pression psychologique que peut éprouver un enfant à l'idée d'avoir à témoigner contre un parent accusé d'une infraction pénale¹⁰⁵. Il est clair que dans certains cas, la protection du bien-être psychologique de l'enfant exige un arrêt complet des contacts avec le parent visé par une accusation pénale. Selon nous, cependant, toute décision concernant les contacts entre parent et enfant devrait être prise par un tribunal de protection de l'enfance ou un tribunal de la famille au vu de l'ensemble des circonstances propres à l'enfant, c'est-à-dire de sa sécurité et de divers autres facteurs. Ajoutons que les conditions d'éventuels contacts doivent être suffisamment souples pour s'adapter aux

¹⁰⁵ Di Luca et al, *Best Practices Where There is Family Violence (Criminal Law Perspective)* (mars 2012) p. 15. Le juge Thompson de la Cour du banc de la Reine du Manitoba (Division de la famille) a répondu à l'argument voulant que les acteurs de la justice pénale saisissent mieux que les agents de protection de l'enfance les besoins de l'enfant : *Peguis Child and Family Services* [2009] M.J. No. 302 (C.B.R.): [traduction] « On comprend mal comment il pourrait en être ainsi. L'organisme Peguis Child and Family Services est investi d'une mission de protection de l'enfance et, s'agissant de cas d'enfants en difficulté, il a une meilleure formation et davantage d'expérience que les membres du Service ».

circonstances et à la situation changeantes de l'enfant, cela étant particulièrement vrai lorsqu'on ne connaîtra pas avant longtemps l'issue de la procédure pénale.

Souvent, le sentiment de culpabilité éprouvé par l'enfant et les pressions exercées sur lui afin d'obtenir qu'il revienne sur ses déclarations proviendront non seulement d'un parent accusé, mais d'autres membres de la famille. Il est fréquent que l'enfant dont on s'attend à ce qu'il témoigne contre un de ses parents ne tirera d'une ordonnance interdisant tout contact aucun avantage psychologique et il pourrait même en éprouver davantage de culpabilité, voire subir un traumatisme psychologique, alors qu'il serait préférable d'autoriser le parent à voir l'enfant. La surveillance des contacts permettra généralement de s'opposer à tout effort en vue de contraindre l'enfant à revenir sur ses déclarations ou à ce que le parent accusé pourrait lui dire pour faire naître chez lui un sentiment de culpabilité.

Il est préférable, face au risque de voir un enfant-témoin revenir sur ses déclarations, d'enregistrer sur bande vidéo une « déclaration K.G.B. » à l'époque de l'incident¹⁰⁶ en cause plutôt que de chercher à interdire tout contact entre l'enfant et les parents accusés – d'autant plus que le nombre d'enfants qui finissent par témoigner dans le cadre d'une procédure pénale est plutôt faible.

Souvent, les parents pensent, à tort, que les ordonnances prononcées dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance ou d'une instance en matière familiale après que les conditions de remise en liberté sont fixées dans le cadre d'une procédure pénale l'emportent sur les conditions de la mise en liberté. Les parents ne comprennent pas toujours très bien non plus de quelle procédure relèvent les conditions en question (ce qui les portent parfois à croire, par exemple, que le retrait des accusations pénales supprime *toutes* les conditions, y compris celles contenues dans des ordonnances du tribunal de la famille ou du tribunal de protection de l'enfance). Dans le rapport du B.C. Representative for Children and Youth sur la mort des enfants Schoenborn¹⁰⁷, on revient à de multiples reprises sur le fait que les parents n'avaient pas du tout saisi quelles étaient les conditions applicables, et quelles étaient les conditions qui l'emportaient sur d'autres. C'est une difficulté qu'éprouvent aussi les agents de protection de l'enfance, qui ont parfois du mal à savoir si les conditions de libération imposées ont été modifiées ou retirées. Les policiers et les procureurs de la Couronne ne savent pas toujours que les agents de protection de l'enfance agissaient, eux, en

¹⁰⁶ On entend par *déclaration K.G.B.*, la déposition d'un témoin ou d'une victime, recueillie par la police et pouvant servir à démontrer la culpabilité de l'accusé même si le témoin ou la victime revient sur ses déclarations. Pour être recevable, il faut qu'une telle déclaration ait été recueillie dans les conditions prévues par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. K.G.B.*, [1993] 1 R.C.S. 740, qui exige un enregistrement fiable (qui sera en général un enregistrement sur bande vidéo), que l'auteur de la déclaration ait été averti de l'importance de dire la vérité et des conséquences d'un mensonge.

¹⁰⁷ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon*, p. 33, 38, 41

fonction des conditions fixées par le tribunal pénal, ne leur signalant pas toujours les modifications intervenues¹⁰⁸.

Nous sommes d'accord avec les recommandations de Di Luca quant à la nécessité pour le tribunal qui accorde une libération sous caution et qui décide des conditions de celle-ci d'être au courant¹⁰⁹:

- d'éventuelles procédures de protection de l'enfance ou d'instances en matière familiale, et d'ordonnances rendues par le tribunal dans le cadre de ces procédures;
- des contacts qu'un accusé peut avoir avec ses enfants ou ceux de l'adulte qui a porté plainte;
- de toute évaluation des risques ou liste des mesures de sécurité d'origine policière;
- de toute restriction imposée en matière de contacts par l'organisme de protection de l'enfance;
- des antécédents de violence, ou de l'absence d'antécédents de l'accusé.

Selon nous, le tribunal fixant le cautionnement devrait avoir accès aux décisions, conclusions et ordonnances antérieures d'un tribunal de protection de l'enfance et aux résultats de toute évaluation des risques menée par l'OPE, et il devrait être au fait de tout trouble d'ordre mental, actuel ou passé (sans perdre de vue le fait qu'il faut obtenir le consentement de l'accusé pour reporter de plus de trois jours une audience de cautionnement).

L'ensemble des professionnels appelés à intervenir auprès de familles où il existe des antécédents de violence familiale devraient également être conscients des dangers qu'il y a à compter sur la mère pour qu'elle empêche, en l'absence d'une ordonnance de détention, tout contact entre l'accusé et les enfants. En pratique, les conditions de mise en liberté sous caution font reposer la responsabilité de les faire respecter sur la mère, celle qui, généralement, s'occupe principalement des enfants. Cela n'est pas toujours très réaliste et peut même être considéré comme injuste. Les femmes éprouvent souvent de grandes difficultés à maintenir leur agresseur à distance, et les difficultés peuvent être encore plus grandes lorsqu'il s'agit des enfants¹¹⁰. Dans certains cas, seule une ordonnance de détention permet de faire face aux risques qu'encourent d'autres membres de la famille. Cela est particulièrement vrai au cours de la période qui suit immédiatement une séparation, ou lorsque l'on constate un changement soudain dans l'état de santé mentale de l'accusé, ensemble de facteurs présentés à maintes reprises comme contribuant au risque mortel

¹⁰⁸ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon*, p. 49

¹⁰⁹ Di Luca et al, *Best Practices Where There is Family Violence (Criminal Law Perspective)* (mars 2012) p. 15.

¹¹⁰ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon*, p. 57.

qu'encourent les mères qui portent plainte et leurs enfants¹¹¹. D'ailleurs, les enfants peuvent très bien être exposés à des risques même si l'accusé ne s'est montré violent qu'envers la mère¹¹².

Les conditions de probation devraient également prendre en compte la possibilité de procédures de protection de l'enfance ou d'une instance en matière familiale concurrentes (ou engagées par la suite) et ne pas perdre de vue le fait que, de manière générale, le tribunal de la famille ou de protection de l'enfance est mieux placé pour prononcer une ordonnance qui parvient à un équilibre entre la protection des victimes de violence et le souci de ménager aux enfants dont un parent est visé par une accusation pénale la possibilité de sauvegarder la relation entre l'enfant et le parent, dans la mesure où la sécurité est assurée. Il est en général préférable de prévoir que les restrictions au contact imposées dans le cadre d'une procédure pénale le soient « sous réserve des contacts avec l'enfant et l'autre parent que peut autoriser le juge de protection de l'enfance ou du tribunal de la famille à condition, bien sûr, que le juge soit au courant de l'ordonnance ainsi prononcée par le tribunal pénal ».

Obligation de signaler

Ainsi que nous l'avons vu, la législation sur la protection de l'enfance exige de toute personne ayant des motifs raisonnables de penser qu'un enfant a besoin d'être protégé de le signaler aux services de protection de l'enfance¹¹³. Cela dit, les juges, les avocats et le personnel du tribunal peuvent, lors d'une instance en matière familiale ou de procédures pénales au cours desquelles on s'aperçoit du risque auquel est exposé un enfant, ne pas être conscients de l'obligation qu'ils ont de signaler ce fait, ou bien penser que d'autres, la police par exemple, l'a déjà signalé. Il conviendrait de bien faire comprendre à tous les professionnels œuvrant dans ce domaine, y compris ceux de la justice, qu'ils ont effectivement cette obligation.

¹¹¹ Comité d'examen des décès dus à la violence familiale (Ontario), Rapport annuel 2011, p. 8-9.

<http://www.mcscs.jus.gov.on.ca/stellent/groups/public/@mcscs/@www/@com/documents/webasset/ec160943.pdf>

¹¹² Jaffe, P. et Juodis, M., 2006, *Children as victims and witnesses of intimate partner homicide: Lessons learned from intimate partner violence death review committees*. *Juvenile and Family Court Journal*, p. 13-27.

¹¹³ Au Manitoba, aucune sanction n'est prévue en cas de non-déclaration, mais les membres des professions réglementées qui ne respectent pas cette obligation peuvent faire l'objet d'une plainte auprès de l'organisme dont ils relèvent. La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, C.C.S.M., ch. C80, art. 18. L'Île-du-Prince-Édouard, la Saskatchewan, le Québec et le Yukon n'imposent aucune sanction et ne prévoient pas non plus la possibilité d'une plainte devant l'organisme dont relève la personne à qui l'on reproche de ne pas avoir signalé une telle situation. *Child Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-5.1., art. 22; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, S.S. 1989-1990, ch. C-7.2; *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, chapitre P-34.1; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.Y. 2008, ch. 1.

Manque de communication de renseignements pertinents

Les organismes de protection de l'enfance sont limités dans les moyens qu'ils peuvent consacrer aux enquêtes. Souvent, les comportements parentaux qui semblent comporter un risque pour les enfants sont portés à l'attention de la police, mais non à celle des organismes de protection de l'enfance. Une meilleure communication des renseignements, entre la police et les organismes de protection de l'enfance, permettrait d'atténuer les risques de violence que courent les enfants et leurs parents. Il en est particulièrement ainsi en cas de risque mortel. Les indices d'alcoolisme ou de toxicomanie, ainsi que tout signe d'une détérioration de l'état de santé mentale devrait être immédiatement signalés à l'organisme de protection de l'enfance, mais souvent ce n'est pas le cas¹¹⁴.

Communication des dossiers de la police aux fins d'enquêtes menées par un OPE

Lorsqu'une accusation pénale est portée pour des faits de violence familiale, un organisme de protection de l'enfance peut demander que lui soient communiqués les dossiers de la police et du ministère public. Dans certains cas, le ministère public peut refuser de communiquer ces dossiers, ou demander que lui soit accordé un long délai supplémentaire afin de les expurger, et cela pour un certain nombre de motifs, dont les suivants :

1. Le ministère public peut faire valoir que les règles de protection des renseignements personnels lui interdisent de communiquer les dossiers car ils contiennent des renseignements concernant des tiers. Cet argument a été retenu par la Cour divisionnaire de l'Ontario, en ce qui concerne les demandes de communication déposées par des parties privées¹¹⁵. Les tribunaux de l'Ontario et de certains autres ressorts ont pour leur part estimé que dans le cadre d'affaires de protection de l'enfance, les droits de tierces parties sont secondaires par rapport à l'intérêt général servi par les procédures de protection de l'enfance, et ont, en de tels cas, ordonné la divulgation à l'organisme des renseignements en cause¹¹⁶.
2. Le ministère public peut également s'opposer à la communication des documents en faisant valoir que leur divulgation pourrait compromettre une enquête policière en cours. L'actuelle pratique judiciaire veut qu'avant d'ordonner la divulgation, le tribunal s'attache à équilibrer les intérêts publics respectivement en jeu dans le cadre

¹¹⁴ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon*, p.78

¹¹⁵ *D.P. v. Wagg* (2002), 61 O.R. (3d) 746 (C. div.)

¹¹⁶ *Children's Aid Society of Algoma v. P.(D.)*, 2006 ONCJ 170, conf. [2007] O.J. No. 3601 (C.S. de l'Ont.); *Peguis Child and Family Services v. C.S.*, [2009] M.J. No. 302 (C. B.R.).

de l'enquête policière et dans le cadre de l'enquête ou de la procédure de protection de l'enfance¹¹⁷.

3. Le ministère public peut accepter de communiquer ses dossiers, mais demander que lui soit accordé un long délai afin de pouvoir, éventuellement, les expurger. Tout cela peut effectivement exiger un travail considérable, mais, compte tenu de la nature de l'enquête en matière de protection de l'enfance, il convient de ne pas tarder à les produire. Ainsi que l'a relevé la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba :

[TRADUCTION]

« On a pu à de nombreuses occasions constater [s'agissant de la communication des dossiers] que les retards peuvent entraîner des conséquences tragiques. Dès que la question préliminaire de leur pertinence est admise par consentement, les dossiers devraient, de manière générale, être communiqués intégralement et immédiatement. Cette observation [faite dans le contexte du procès qui allait bientôt s'entamer dans une affaire de protection de l'enfance] ne tient presque aucun compte d'une autre considération particulièrement intéressante, et qui concerne l'enquête, un pan essentiel de la mission confiée aux organismes de protection de l'enfance. De manière générale, la non-communication ou la communication incomplète de documents ne devrait jamais gêner ou ralentir l'enquête qu'un organisme de protection de l'enfance mène sur des enfants exposés à un risque¹¹⁸.

Conséquences d'une procédure pénale sur l'enfant : préparation de l'enfant en vue de sa comparution

Il importe que le procureur de la Couronne et la police communiquent avec les organismes de protection de l'enfance lorsqu'un enfant confié à ses soins ou à sa surveillance est appelé à témoigner dans le cadre d'un procès pénal. L'organisme de protection de l'enfance aura ainsi l'occasion de fournir des renseignements concernant les conséquences que pourrait entraîner pour l'enfant le fait d'avoir à témoigner, y compris des rapports de professionnels de la santé mentale qui détermineront si le fait d'avoir à témoigner aurait de telles incidences sur l'enfant qu'il y aurait lieu de demander l'enregistrement d'une déclaration *K.G.B.* L'organisme en cause pourra alors également faire un certain nombre de suggestions

¹¹⁷ *Children's Aid Society of Algoma v. P.(D.)*, 2006 ONCJ 170, conf. [2007] O.J. No. 3601 (C.S. de l'Ont.); *Awasis Agency of Northern Manitoba v. B.D.B.*, [2009] M.J. No. 419; 2009 MBQB 316 (C.B.R. du Man. Division de la famille).

¹¹⁸ *Peguis Child and Family Services v. C.S.*, [2009] M.J. No. 302 (C.B.R.), au paragraphe 41, le juge M.A. Thompson.

concernant les mesures qu'il conviendrait de prendre, telles que l'installation d'un écran, ou le recours à la télévision en circuit fermé, à des témoignages enregistrés sur bande vidéo et l'assistance de personnes venues soutenir l'enfant appelé à témoigner. Et, enfin, les organismes de protection de l'enfance peuvent également fournir des renseignements concernant des besoins particuliers que l'enfant peut éprouver, notamment des difficultés qu'il ressent sur le plan de la compréhension ou de la communication.

Négociations de plaidoyer

Une déclaration de culpabilité au criminel constitue, aux fins d'une procédure de protection de l'enfance, une preuve *prima facie* des faits essentiels de l'affaire. Une telle preuve ne peut être contrée que par des éléments de preuve dont on ne disposait pas au procès pénal¹¹⁹. En cas de poursuites intentées pour violence familiale, les organismes de protection de l'enfance souhaitent généralement une déclaration de culpabilité car cela pourra faciliter l'issue de la procédure de protection, éviter la nécessité d'un procès dans l'affaire de protection de l'enfance dans laquelle la question centrale est celle de savoir si les actes sous-jacents se sont produits et, selon la peine prononcée, mettra sous garde l'agresseur ou le menacera d'emprisonnement s'il ne respecte pas les conditions qui lui sont imposées, y compris l'obligation de suivre un traitement et les restrictions touchant ses contacts avec l'enfant.

Selon l'accord qui, dans le cadre de poursuites pénales, permet à l'accusé de plaider coupable à une infraction moins grave, le contrevenant, et souvent aussi le parent victime, vont croire que la procédure de protection de l'enfance sera suspendue en même temps. Ajoutons que si les accusations finissent par être retirées, ou que l'accusé est autorisé à plaider coupable à des infractions moins graves alors qu'il avait été initialement accusé d'agressions sexuelles, ce qui est relativement commun dans les affaires de violence entre conjoints, le chef d'inculpation étant ramené à celui de simples voies de fait, il peut être beaucoup plus difficile de démontrer des actes de violence systématiques¹²⁰. Une fois réglées les accusations, il est fréquent que soient supprimées les conditions imposées lors de la mise en liberté sous caution, ou autres conditions restreignant l'accès que le parent a à l'enfant.

La négociation de plaidoyer est un élément normal du système de justice pénale et de multiples considérations sont à prendre en compte – y compris, dans de nombreuses affaires, les conséquences que peut entraîner pour l'enfant le fait d'avoir à témoigner contre un parent¹²¹. Dans certaines affaires, lorsque la négociation de plaidoyer en offre l'occasion au

¹¹⁹ *W.H. v. H.C.A.*, 2006 CanLII 27865.

¹²⁰ *R. v. Miller* (2000), 147 C.C.C. (3d) 156 (C.A. de la C.-B.); *R. v. R.A.M.*, [1994] M.J. No. 597 (C.A. du Man.).

¹²¹ Le juge n'est pas tenu d'accepter l'accord intervenu entre l'accusé et le ministère public, l'accusé étant autorisé à plaider coupable à une accusation moins grave. Cela dit, [traduction] « Dans la plupart des cas, le juge de première instance accorde, comme il convient de le faire, beaucoup de poids à la décision du

ministère public, il peut être utile que celui-ci consulte l'OPE afin de voir où en est la procédure de protection de l'enfance, et d'être mis au courant de toute condition ou intervention pertinente. Dans les cas où le ministère public communiquerait normalement à la victime une demande de libération immédiate, le fait de consulter en même temps l'OPE permettra à celui-ci de prendre les mesures nécessaires pour protéger l'enfant et le parent victime si l'on s'inquiète des risques qu'ils pourraient encourir. Rappelons, bien sûr, que la négociation de plaidoyer a souvent lieu le matin même du procès et qu'il n'est donc pas toujours possible de consulter l'organisme en cause et de lui communiquer certains renseignements.

Lorsque l'accusé demande que lui soient communiqués les dossiers de protection de l'enfance

L'accusé peut, avant le procès, demander que lui soient communiqués les dossiers de protection de l'enfance et les dossiers de consultation psychosociale concernant l'enfant ou l'autre parent, afin d'être en mesure de préparer correctement sa défense. Si l'accusé se voit reprocher une infraction à caractère sexuel, ses demandes doivent être formulées dans le cadre du procès pénal conformément à l'article 278.2 du *Code criminel*, qui prévoit une procédure de demande à deux étapes. De manière générale, de telles demandes exigent que la cour parvienne à équilibrer le droit qu'a l'accusé à un procès équitable, et les considérations liées à la protection des renseignements personnels. Du point de vue de l'enfant et du parent victime, de telles demandes sont nettement intrusives. Dans certains ressorts, l'État assume les frais d'avocat de l'enfant ou du tiers concerné par les renseignements personnels pouvant se trouver dans les dossiers en question, ce qui aide beaucoup l'OPE à formuler sa réponse à une demande de ce genre.

Dans d'autres types d'affaires, la demande de communication de dossiers concernant des tiers exige de la cour qu'elle procède à l'analyse dégagée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, qui exige d'abord de l'accusé qu'il persuade le tribunal de la pertinence des documents en question, et puis que le tribunal se penche sur les incidences, tant salutaires que nuisibles, d'une éventuelle ordonnance de communication¹²². Dans les affaires de violence familiale où est présentée, en invoquant l'arrêt *O'Connor*, une demande d'accès

procureur de la Couronne d'accepter que l'accusé plaide coupable à une infraction moindre ou incluse, compte tenu des lourdes responsabilités exercées par le représentant de la société ». À condition que le ministère public démontre que le plaidoyer est compatible avec l'exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire du poursuivant, « compte tenu de l'intérêt que la société a à une bonne administration de la justice », il est, de la part d'un juge, raisonnable d'accepter le plaidoyer : *R. v. Naraindeen* (1990), 80 C.R. (3d) 66 (C.A. de l'Ont.) au par. 29.

¹²² *R c McNeil* [2009] 1 R.C.S. 66, 2009 C.S.C. 3.

aux dossiers d'un organisme de protection de l'enfance, il convient d'envisager de procurer à l'enfant ou à une autre partie vulnérable les services d'un avocat rémunéré par l'État si les dossiers en question contiennent des renseignements personnels les concernant.

Utilisation plus grande des ressources de la Cour et augmentation des frais que doivent assumer les parents

Le fait qu'un même dossier familial entraîne l'engagement de plusieurs procédures a notamment pour effet de peser plus lourdement sur les ressources de la cour. Les délais de fixation des dates d'audience posent ainsi, dans tous les secteurs du système judiciaire saisis d'affaires de violence familiale, des problèmes qui, semble-t-il, sont inévitables. Les retards peuvent aboutir à une suspension des procédures pénales, permettre que perdure le conflit qui oppose les parties en attendant l'issue de la procédure, entraîner pour l'ensemble des parties une augmentation des frais et, bien sûr, du stress tant pour les parties que pour les enfants. Étant donné que les lois sur la protection de l'enfance imposent des limites au temps qu'un enfant peut passer dans un lieu d'accueil provisoire en attendant un placement permanent, les parents qui ne sont pas en mesure de prendre soin de leurs enfants pendant de longues périodes en raison de leur détention ou des restrictions qui leur sont imposées dans le cadre des conditions de leur mise en liberté sous caution risquent de perdre leurs enfants qui seront alors mis en tutelle de manière permanente ou donnés à l'adoption. Les retards qui interviennent dans les procédures de protection de l'enfance sont souvent cités comme une des causes pesant sur l'avenir de l'enfant¹²³.

Il faut aussi comprendre que la concurrence des procédures impose à des familles sans grands moyens un coût qui est à la fois financier et émotionnel.

Alors que les frais que la concurrence des procédures entraîne pour le système judiciaire et les familles ne devraient jamais être le facteur déterminant d'une décision de mettre fin à l'une des procédures, les responsables ne devraient pas non plus perdre de vue les frais que cela entraîne et faire tout ce qui est raisonnablement possible pour les réduire.

Complications en cas d'engagement, en parallèle, de procédures fondées sur les dispositions de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (LSJPA)

Si le parent violent est un mineur ou qu'un des enfants victimes se voit lui-même accuser d'une infraction, il faudra en outre prendre en compte les dispositions de la LSJPA.

Si le parent accusé de négligence ou de maltraitance d'un enfant, ou de violence envers son conjoint, a moins de 18 ans à l'époque de l'infraction qui lui est reprochée, l'accusation portée

¹²³ *Children's Aid Society of Algoma v. P.(D.)*, 2006 ONCJ 170, conf. [2007] O.J. No. 3601 (C.S. de l'Ont.).

contre lui le sera en vertu des dispositions de la LSJPA et l'accusé sera traduit devant un tribunal pour adolescents. Cela peut compliquer la communication des renseignements et la coordination des procédures puisque d'autres organismes et d'autres professionnels sont alors appelés à intervenir.

Il n'est pas rare de voir des adolescents qui ont eux-mêmes été victimes de maltraitance ou de négligence parentale avoir plus tard des comportements contraires aux lois et faire l'objet d'accusations fondées sur les dispositions de la LSJPA. Le tribunal pour adolescents peut alors, en vertu de l'article 31 de la LSJPA, confier l'adolescent « aux soins d'une personne digne de confiance » en attendant qu'il soit statué sur son cas, ou bien le confier à la surveillance d'une telle personne pendant une période de probation. Il importe que le tribunal pour adolescents ait connaissance de toute ordonnance pénale, familiale ou de protection de l'enfance qui, éventuellement, interdirait tout contact entre « la personne digne de confiance » et l'adolescent en question, et sache, de manière plus générale, si la personne en question a des antécédents de violence familiale. Là encore, il s'agit de communiquer les renseignements pertinents et de coordonner les procédures.

VI. PRATIQUES PROMETTEUSES

Nous exposerons, dans cette partie, un certain nombre de mesures législatives, systémiques et individuelles qui pourraient être prises en réponse aux problèmes que soulèvent les procédures concurrentes. Cette liste n'a rien d'exhaustif. Bon nombre des idées mises en avant ici n'ont pas encore fait l'objet d'une évaluation et si nous en faisons état, ce n'est pas parce que nous les recommandons sans réserve, mais simplement parce qu'elles méritent d'être étudiées sérieusement.

1. Dispositions législatives

Plusieurs lois provinciales contiennent des dispositions applicables aux difficultés que soulèvent les procédures concurrentes engagées dans des affaires de violence entre conjoints. Citons à cet égard :

- une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les dispositions portant sur la garde ou l'accès, définition qui tient compte de l'incidence que la violence entre conjoints a sur les enfants¹²⁴, ainsi que des actes de violence entre conjoints dans les situations de garde conjointe;

¹²⁴ Colombie-Britannique, *Family Law Act*, alinéas 37(2)g) et h) et article 38; Ontario, *Loi portant réforme du droit de l'enfance*; Nouvelle-Écosse, *Maintenance and Custody Act*, alinéa 18(6)j).

- les dispositions concernant la garde des enfants prévoient parfois que le tribunal devra prendre en compte d'éventuelles procédures pénales ou civiles, (y compris des procédures de protection de l'enfance) ayant rapport à la sécurité ou au bien-être de l'enfant lors de l'examen de son intérêt supérieur¹²⁵;
- la présomption, dans les dispositions de protection de l'enfance, voulant que s'effectue sous surveillance tout contact entre un enfant et un parent qui a été soit accusé, soit déclaré coupable d'actes de violence envers l'enfant ou l'autre parent¹²⁶;
- une définition large de ce qu'il faut entendre par violence familiale, qui englobe la maltraitance psychologique, les tracasseries financières et le fait qu'un enfant ait à assister à des actes de violence entre conjoints¹²⁷;
- l'exigence voulant qu'il soit tenu compte, lors de l'évaluation de l'impact que les actes de violence peuvent avoir sur les capacités parentales et l'intérêt supérieur de l'enfant, du degré précis de gravité, de la fréquence et de la chronologie des actes de violence ainsi que de tout élément tendant à établir un comportement coercitif et dominateur¹²⁸;
- des dispositions érigeant en infraction pénale toute violation d'une ordonnance de non-communication; une telle disposition pouvant également s'étendre à des ordonnances de protection de l'enfance¹²⁹;
- des dispositions enjoignant à la police de communiquer au service de protection de l'enfance tout renseignement susceptible d'être utile dans le cadre d'une requête ou d'une enquête en matière de protection de l'enfance¹³⁰;
- des dispositions exigeant que les parents ou autres personnes demandant que leur soit accordée la garde de l'enfant, ou un droit d'accès, portent à l'attention du tribunal toute instance en matière familiale ou toute procédure pénale ou de protection de l'enfance dans laquelle ils seraient impliqués¹³¹;
- des dispositions exigeant que les services de protection de l'enfance soient avisés de toute demande de garde, et que leur soit reconnue la qualité pour agir dans le cadre

¹²⁵ Colombie-Britannique, *Family Law Act*, alinéa 37(2)f).

¹²⁶ Ontario, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, art. 59.2.

¹²⁷ Colombie-Britannique, *Family Law Act*, art. 1; Nouvelle-Écosse, *Maintenance and Custody Act*, par. 2(da).

¹²⁸ Voir, par exemple, Colombie-Britannique, *Family Law Act*, art. 38; Nouvelle-Écosse, *Maintenance and Custody Act* RSNS 1989 c 160, par. 18(7).

¹²⁹ Ontario, *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, art. 35; Colombie-Britannique, *Family Law Act*, alinéa 188(1)b). La violation d'ordonnances de non-communication n'étant pas érigée en infraction provinciale dans le cadre de ces dispositions, de telles violations peuvent maintenant être réprimées en vertu de l'article 127 du *Code criminel*. De telles ordonnances peuvent également être prononcées en Ontario par des tribunaux de protection de l'enfance : *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, par. 57.1(3) et (4).

¹³⁰ Manitoba, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, par. 18.4(1.1).

¹³¹ Ontario, *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, alinéa 21(2)b)

d'une demande de garde si l'OPE estime que l'intérêt supérieur de l'enfant exige son intervention¹³²;

- des dispositions dans la législation sur la protection de l'enfance autorisant le tribunal à confier la garde à une personne nommée dans la requête en protection de l'enfance, permettant ainsi d'éviter que soit engagée parallèlement une instance en matière familiale¹³³;
- des dispositions dans la législation sur la protection de l'enfance précisant que l'obligation de signaler tout incident constitue une obligation permanente et personnelle, afin de supprimer la possibilité de déléguer les responsabilités en ce domaine au fur et à mesure que de nouveaux renseignements deviennent disponibles¹³⁴;
- l'adoption, dans toutes les provinces et territoires, de dispositions législatives accélérant les procédures judiciaires permettant d'obtenir une ordonnance civile en cas de violence familiale, ainsi que des dispositions accordant aux victimes les moyens de soutien leur permettant d'invoquer utilement de telles dispositions.

Citons, parmi les autres dispositions législatives susceptibles d'améliorer l'issue de procédures concurrentes :

- Prévoir explicitement que le fait qu'un enfant ait assisté à de la violence entre conjoints permet de conclure, au regard de la législation sur la protection de l'enfance, que l'enfant en question a besoin d'être protégé. Notons que de nombreuses lois sur la protection de l'enfance contenant des définitions de ce qu'il faut entendre par un enfant qui a besoin d'être protégé ne disent rien de la violence entre conjoints¹³⁵. Selon la jurisprudence, le fait qu'un enfant ait, par le passé, assisté à des actes de violence entre conjoints doit être pris en compte lorsqu'il s'agit de décider si l'enfant en question a besoin d'être protégé, ainsi que lorsqu'on applique le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant; cela dit, il serait utile à la fois aux parties, aux personnels de protection de l'enfance et au public (à chaque fois qu'on se demande si l'obligation de

¹³² Nouveau-Brunswick, *Loi sur les services à la famille*, LN-B 1980, c F-2.2, alinéa 7a).

¹³³ Ontario, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, art. 57.1.

¹³⁴ Ontario, *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, par. 72(2). Un avis de pratique a été rédigé en réponse à ces modifications afin de préciser l'étendue de l'obligation qu'a le ministère public de signaler ce genre de cas à la Société d'aide à l'enfance en Ontario. Avis de pratique en date du 31 mars 2000.

¹³⁵ Nouveau-Brunswick, *Loi sur les services à la famille*, (al. 31(1)f)) et Alberta, *Child, Youth and Family Enhancement Act*, (sous-sous-al. 1(3)a)(ii)(C)) qui prévoit, comme motif d'une intervention en protection de l'enfance, le fait d'avoir assisté à de la violence entre conjoints.

signalement s'applique en l'occurrence) que la définition englobe spécifiquement la violence entre conjoints¹³⁶.

- Les textes devraient comprendre des dispositions précisant que la police pourra veiller à l'exécution des ordonnances de protection prononcées par un tribunal de la famille ou par un tribunal de protection de l'enfance et édictant, pour de telles violations, des sanctions pénales¹³⁷.

2. Systèmes d'archivage

Base de données où seraient archivées les affaires, les ordonnances et les conditions imposées

Il serait extrêmement utile à l'ensemble des acteurs du système de pouvoir disposer d'une base de données informatisée dans laquelle seraient archivées les accusations, les requêtes, les procédures judiciaires, les ordonnances et les conditions imposées. Y auraient accès le ministère public, la police, les agents de protection de l'enfance, les juges et les avocats. S'il est clair que certains types d'information doivent être protégés derrière des « pare-feux », il arrive à l'heure actuelle que même des renseignements « publics » ne soient pas communiqués. Les policiers et les agents de protection de l'enfance devraient avoir connaissance de toutes les ordonnances actuellement en vigueur et susceptibles d'affecter la famille; cela éviterait que les tribunaux prononcent des ordonnances incompatibles; et les comparutions devant le tribunal devraient elles aussi être coordonnées afin d'éviter aux familles des démarches inutiles. Un tel système a été instauré dans certains ressorts, (tels que l'État de New York). Il serait souhaitable de mettre en place un système d'alertes qui permettrait d'informer toutes les parties concernées des changements intervenus à propos des ordonnances ou des procédures (tels que le retrait d'une accusation, les modifications apportées aux conditions imposées et les décisions constatant qu'un enfant a besoin d'être protégé).

3. Structure et procédure des tribunaux

Tribunaux unifiés de la famille

¹³⁶ Le BC Representative for Children and Youth a relevé les difficultés que les agents des OPE éprouvent lorsqu'il s'agit de décider si le fait que l'enfant a assisté à des actes de violence permet de conclure qu'il a besoin d'être protégé, la loi applicable en la matière ne le prévoyant pas de manière précise. *Honouring Kaitlyne, Max and Cordon*, p. 64.

¹³⁷ Ce que prévoit actuellement le *Family Law Act* de la Colombie-Britannique, en son alinéa 183(3)c) et son paragraphe 188(2).

Les tribunaux unifiés de la famille remplacent les cours provinciales et supérieures par un seul tribunal, dont les compétences s'étendent à toute instance en matière familiale. Les instances en matière de protection de l'enfance, de divorce, de partage de la propriété, de garde des enfants et d'accès sont maintenant toutes portées devant le même tribunal, où elles peuvent être jointes et entendues en même temps et par le même juge si le tribunal a adopté le système de gestion d'instance permettant à l'affaire d'être confiée à un même juge, et mis en place un mécanisme permettant de signaler les procédures connexes. Cela réduit sensiblement les difficultés qu'entraîne pour les familles la multiplicité des procédures, contribue à un emploi plus efficace des ressources de la cour, évite que l'on se base, dans les diverses procédures, sur des renseignements contradictoires, ou que certains renseignements ne soient pas communiqués, et permet en outre d'éviter que soient prononcées des ordonnances contradictoires ou fixées des conditions incompatibles. Plusieurs rapports ont récemment recommandé que des tribunaux unifiés de la famille soient instaurés dans tous les ressorts où cela serait faisable, et que cela s'accompagne d'une spécialisation des juges avec des services de soutien adaptés¹³⁸.

Gestion de cas

Il est assez généralement admis que la gestion de cas, où chaque affaire est intégralement confiée à un juge qui se charge du dossier, de la première comparution jusqu'à la conférence de règlement, même si un second juge peut présider à l'audience, est essentielle au règlement efficace des instances en matière familiale. Le fait que les instances engagées en matière de violence entre conjoints et en matière de protection de l'enfance soient toutes deux entendues par un seul juge peut être particulièrement utile dans les affaires de violence familiale car cela réduit le risque de voir prononcer des ordonnances contradictoires, ou de ne pas avoir accès à certains renseignements car, dans ce dernier cas, la cour peut difficilement évaluer correctement les risques qui se posent. La gestion de cas réduit en outre les possibilités d'abus de procédure et permet au juge chargé de la gestion de l'instance de se familiariser avec les complexités de la dynamique propre à ce genre d'affaire. Le système de gestion de cas qui confie chaque affaire à un seul juge a d'autres avantages encore, notamment ceux de diminuer les retards et d'augmenter la proportion de dossiers qui aboutissent à une entente.

Tribunaux intégrés pour l'instruction des causes de violence familiale

¹³⁸ Voir, par exemple, *Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, des changements concrets en matière de droit de la famille : Au-delà des sages paroles : Rapport final du Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale*, (avril 2013), recommandation 19.

La Cour de justice de l'Ontario a mis en place à Toronto un projet pilote de tribunal intégré pour l'instruction des causes de violence familiale (TIICVF). Ce tribunal est chargé des procédures pénales ainsi que des procédures relatives à la garde ou au droit d'accès concernant une même famille. À l'heure actuelle, ce tribunal n'est pas saisi d'affaires de protection de l'enfance et il n'a eu jusqu'ici à traiter que quelques dossiers, la participation à ce projet étant actuellement volontaire. On s'attend cependant à une augmentation du nombre de dossiers traités par ce tribunal car à partir du mois d'avril 2013, toutes les accusations pénales portées dans des affaires de violence entre conjoints pour des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire seront portées devant les deux tribunaux de Toronto, dans les affaires où l'accusé n'est pas en détention et qu'il est partie à un dossier de garde d'enfant, de droit d'accès ou de pension alimentaire relevant des compétences de la Cour de justice de l'Ontario. Le TIICVF peut être saisi de toute question en rapport avec l'une ou l'autre de ces procédures, y compris les procès courts¹³⁹. Les affaires seront entendues le même jour, dans la même salle d'audience, par un juge spécialisé qui va également pouvoir suivre où en est la famille, ce qui va peut-être responsabiliser davantage l'accusé et améliorer la sécurité de l'auteur de la plainte. Au départ, le TIICVF disposait d'un coordinateur des ressources communautaires chargé d'aider les parties à trouver les ressources et services qui leur étaient nécessaires¹⁴⁰, mais ce poste a été depuis supprimé. Le but d'une [TRADUCTION] « approche holistique et intégrée des familles éprouvant de la violence entre conjoints, est d'assurer une plus grande cohérence entre les ordonnances prononcées d'une part par le tribunal de la famille, et d'autre part par un tribunal pénal, et, en outre, parvenir plus rapidement à un règlement des procédures judiciaires¹⁴¹ ».

Le TIICVF de l'Ontario s'inspire d'un même tribunal établi dans l'État de New York, où 24 tribunaux sont chargés à la fois d'instances en matière familiale et d'instances pénales, y compris, dans certains ressorts, de dossiers de protection de l'enfance. Le juge président à l'audience décide si telle et telle affaire va être confiée au TIICVF¹⁴². Voici les objectifs que se sont fixés les TIICVF de New York :

- Des décisions judiciaires éclairées fondées sur des renseignements complets et actuels touchant les divers dossiers dans lesquels la famille est impliquée;

¹³⁹ Avis de pratique concernant le Tribunal intégré pour l'instruction des causes de violence familiale au 311, rue Jarvis à Toronto, 26 avril 2013, <http://www.ontariocourts.ca/ocj/legal-professionals/practice-directions/toronto-region/integrated-intimate-partner-violence-court/>

¹⁴⁰ <http://www.ontariocourts.ca/ocj/integrated-intimate-partner-violence-court/overview/>

¹⁴¹ Ainsi que la Cour de justice de l'Ontario l'explique sur son site Web :

<http://www.ontariocourts.ca/ocj/integrated-intimate-partner-violence-court/>

¹⁴² www.nycourts.gov/courts/problem_solving/idv/home.shtml

- Une approche cohérente dans les divers dossiers concernant une même famille, confiés à un seul juge; une utilisation efficace des ressources de la cour, d'où un moindre nombre de comparutions et un règlement plus rapide;
- L'établissement de liens entre les services sociaux et autres afin de répondre de manière plus complète aux besoins des membres de la famille;
- Un moyen plus efficace d'assurer la sécurité de la victime en supprimant les ordonnances et les décisions incompatibles;
- Une plus grande confiance en la justice en réduisant l'inefficacité qui est, pour les parties, une source de difficultés supplémentaires, et en évitant les ordonnances contradictoires;
- La coordination des mesures prises sur le plan communautaire et la collaboration entre la justice pénale et les organismes de bien-être de l'enfance et les associations communautaires qui procurent une aide et des services sociaux aux victimes de violence conjugale et à leurs enfants¹⁴³.

Notons qu'à New York, où le TIICVF relève des cours supérieures, les affaires pénales et les instances en matière familiale peuvent être entendues par un même juge. Le TIICVF de Toronto fait partie de la Cour de justice de l'Ontario, la cour provinciale, et les procédures engagées en vertu de la *Loi sur le divorce* ne peuvent donc pas être portées devant le TIICVF puisqu'elles relèvent des compétences de la Cour supérieure.

Il serait utile de procéder à une évaluation complète des résultats obtenus dans le cadre du TIICVF de Toronto, et il conviendrait aussi d'envisager l'élargissement de ses compétences afin d'y englober les affaires de protection de l'enfance. Il y aurait par ailleurs lieu de trouver moyen d'élargir aux procédures pénales les compétences de ces tribunaux dans les cas où des instances en matière familiale ou des procédures de protection de l'enfance sont engagées à des paliers différents de la cour, ainsi que dans les ressorts où les instances en matière familiale sont entendues par le Tribunal unifié de la famille.

Tribunaux spécialisés chargés des affaires pénales de violence familiale

Il y a, dans la plupart des provinces et territoires, des tribunaux spécialisés chargés des affaires pénales de violence familiale qui traitent de nombreuses poursuites pénales intentées dans des affaires de violence entre conjoints. Ces tribunaux ne possèdent pas leurs propres locaux et, en général, les juges y sont affectés par roulement. Les personnels et procureurs suivent une formation spécialisée, ce qui permet au ministère public, à la police, aux services d'aide aux victimes, aux programmes d'aide psychosociale aux agresseurs et

¹⁴³ www.lawschool.cornell.edu/womenandjustice/Featured-Judges/Judge-John-Rowley-IDV.cfm

autres services de mieux coordonner leurs actions et les mesures de sécurité, notamment à l'étape de l'audience de cautionnement, et de prévoir que la peine comprenne, le cas échéant, des mesures de réadaptation. Le modèle adopté varie d'un ressort à l'autre et il y aurait lieu de procéder à une évaluation globale de ces tribunaux afin de voir quel est le modèle le plus efficace. La plupart des tribunaux pour l'instruction des causes de violence conjugale n'ont affaire qu'à des délinquants primaires. Au Yukon, par contre, le tribunal pour l'instruction des causes de violence conjugale peut également se prononcer sur le cas de récidivistes, ce qui est peut-être une manière plus efficace de procéder étant donné que, dans ces cas-là, l'accusé risque plus gros et va peut-être plus volontiers reconnaître la gravité des problèmes qu'il éprouve¹⁴⁴.

Les organismes de protection de l'enfance sont appelés à participer à l'action de certains de ces tribunaux. C'est ainsi que le Tribunal avec option d'atténuation de la peine pour violence familiale du Yukon compte, au sein de son groupe de travail, un représentant de l'organisme local de protection de l'enfance qui lui fait bénéficier de ses conseils en matière opérationnelle. Il a adopté un protocole en vertu duquel certains renseignements sont communiqués aux organismes de protection de l'enfance qui peuvent aussi être invités à prendre part au dossier. Les dates d'audience sont fixées de manière à permettre aux agents de protection de l'enfance d'y assister¹⁴⁵. Les auxiliaires de justice du tribunal chargé des causes de violence familiale de Calgary assurent, le cas échéant, la liaison avec les organismes de protection de l'enfance. Précisons cependant que, selon une évaluation du fonctionnement de ce tribunal, plusieurs personnes intéressées estiment que le tribunal serait plus efficace si les agents de protection de l'enfance étaient intégrés au personnel de la cour¹⁴⁶.

Étant donné le nombre de cas de maladie mentale constatés dans les affaires de violence entre conjoints – et en particulier dans les affaires où il y a risque de mort – il serait utile que les tribunaux et l'ensemble des professionnels qui contribuent à leur action puissent avoir un accès plus large aux professionnels de la santé mentale.

Il est fréquent que ces tribunaux spécialisés imposent aux contrevenants de suivre certains programmes approuvés par la province tels que, en Ontario, le Programme d'intervention auprès des partenaires violents. Encore une fois, une évaluation globale de l'efficacité de ces

¹⁴⁴ www.yukoncourts.ca/courts/territorial/dvtoc.html; Canadian Research Institute for Law and the Family. *The Intimate partner Violence Treatment Option (DVT0)*, Whitehorse, Yukon: Final Evaluation Report, octobre 2005, http://people.ucalgary.ca/~crilf/publications/Final_Outcome_Analysis_Report.pdf.

¹⁴⁵ www.yukoncourts.ca/courts/territorial/dvtoc.html; Canadian Research Institute for Law and the Family. *The Intimate partner Violence Treatment Option (DVT0)*, Whitehorse, Yukon: Final Evaluation Report, octobre 2005, http://people.ucalgary.ca/~crilf/publications/Final_Outcome_Analysis_Report.pdf.

¹⁴⁶ <http://www.ucalgary.ca/resolve/reports/2011/2011-01.pdf>

programmes permettrait d'assurer qu'ils répondent effectivement aux problèmes éprouvés par les familles. Il conviendrait également de prévoir d'autres types de programmes à l'intention des parents accusés qui ont affaire aux services de protection de l'enfance étant donné que les interventions de ces services peuvent très bien être tout aussi efficaces, sinon plus, que les programmes relevant du système judiciaire. On devrait par ailleurs admettre les programmes particulièrement adaptés aux contrevenants autochtones dans la mesure où ils sont recommandés par les organismes de protection de l'enfance. Les individus concernés n'auraient ainsi plus à suivre un programme imposé dans le cadre de la procédure pénale, qui vient s'ajouter à un autre programme auquel ils sont tenus de participer dans le cadre de la procédure de protection de l'enfance. Précisons toutefois que les programmes axés sur la compétence parentale, tels que le programme *Caring Dads*, ne sauraient se substituer aux programmes essentiellement axés sur la violence envers les femmes¹⁴⁷).

Tous les ressorts devraient envisager l'instauration de tribunaux spécialisés fondés sur des modèles qui ont fait la preuve de leur efficacité. De tels modèles prévoient la participation des agents de protection de l'enfance et l'obligation explicite de prendre en compte les incidences d'un engagement concurrent de procédures de protection de l'enfance et d'instances en matière familiale.

Communication judiciaire

Faute de tribunaux intégrés, une solution prometteuse consisterait à adopter des protocoles de communication entre tribunaux saisis d'instances concurrentes concernant une même famille.

L'honorable Donna Martinson, qui a pris sa retraite en 2012, a été juge de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique avant d'être nommée à la Cour suprême de cette même province. Elle défend énergiquement l'idée d'une communication directe entre juges en cas d'instances concurrentes engagées dans des affaires de violence familiale¹⁴⁸. Elle fait remarquer que la communication directe entre juges existe déjà dans le cadre des litiges transfrontaliers, souvent dans des affaires relevant de la Convention de La Haye sur l'enlèvement des enfants, mais également dans le cadre de recours collectifs et dans des affaires d'insolvabilité transfrontalières. Certains tribunaux ont adopté des règles et des lignes directrices applicables à ce type de communication¹⁴⁹.

¹⁴⁷ <http://caringdads.org/pros/res/ap/130-response-to-respect>

¹⁴⁸ [L'honorable Donna Martinson, *One Assault Allegation, Two Courts: Can We Do A Better Job of Coordinating the Family and Criminal Proceedings, Managing the Intimate partner Violence Case*, Conférence de l'Institut national de la magistrature, Québec, du 16 au 19 novembre 2010.](#)

¹⁴⁹ Notamment, la Nouvelle-Écosse et la Colombie-Britannique.

Le Réseau canadien de juges-ressources facilite les demandes en matière de situations relevant de la Convention de La Haye. Ce réseau est constitué de juges de première instance de chacune des cours supérieures autorisés à contribuer à la constitution d'un réseau judiciaire et à la collaboration entre juges dans les affaires d'enlèvement ou de garde d'enfants. Ce Réseau a élaboré des directives applicables à la communication entre tribunaux canadiens, mais aussi avec des tribunaux d'autres pays. Ces communications sont assurées par des conférences téléphoniques ou des vidéoconférences avec les avocats et les parties directement intéressées. La teneur de ces communications est consignée au dossier¹⁵⁰. Ainsi que la juge Martinson l'a proposé, l'actuel cadre de communication judiciaire pourrait être adapté aux affaires de violence familiale donnant lieu à l'engagement de procédures concurrentes.

Conférence commune de règlement

Lorsqu'ont été engagées des procédures distinctes mais en rapport l'une avec l'autre, il y aurait lieu d'envisager la tenue d'une conférence commune de règlement réunissant les juges des deux instances, l'ensemble des parties ainsi que divers organismes intéressés, dont les procureurs de la Couronne et avocats de la défense, les avocats de la famille, les agents de protection de l'enfance, les services d'aide aux victimes et, éventuellement, les services de santé mentale. Cela permettrait aux parties et aux divers intervenants de mieux comprendre comment le système concurrent peut les aider à régler les problèmes auxquels fait face la famille, et aboutir à des résultats qui ne seraient pas contradictoires.

Dans les cas, par exemple, où l'agresseur collabore de manière satisfaisante avec l'organisme de protection de l'enfance, et où cet organisme et le juge du tribunal de protection de l'enfance n'hésitent pas à favoriser la réunification du parent et de l'enfant, cela peut aider le ministère public à décider s'il convient, dans l'intérêt de l'enfant et du parent, de suspendre les procédures, d'accepter une négociation de plaidoyer et de ne pas rechercher une peine d'emprisonnement. Dans les affaires où il est clair qu'un risque sensible existe tant pour l'enfant que pour le parent agressé, l'intervention de la cour pourra être en faveur de poursuites pénales. Les condamnations pénales peuvent être coordonnées avec les ordonnances de protection de l'enfance et de garde, et les juges peuvent décider, dans l'hypothèse où un ou plusieurs procès s'imposent, quelle sera la procédure à privilégier à propos du calendrier des audiences. Ces conférences communes de règlement peuvent également faciliter le règlement des problèmes qui se posent sur le plan de la communication

¹⁵⁰ Pour un examen de la manière dont se déroule une conférence entre deux tribunaux canadiens, voir *Giesbrecht v Giesbrecht*, 2013 MBQB 115, le juge Diamond.

des renseignements (voir ci-après) ou de la divulgation de certaines informations, et éviter d'inutiles requêtes aux fins de production.

Les conférences communes de règlement posent deux principales difficultés. La première est liée à la question des compétences. Dans certains ressorts, et selon la nature de l'accusation portée, les instances en matière familiale et les procédures pénales relèvent du même échelon (cour provinciale ou cour supérieure). Dans d'autres ressorts, la procédure pénale peut relever de la cour supérieure, alors que la procédure de protection de l'enfance ou de garde relève de la cour provinciale. Parfois, c'est l'inverse qui est vrai. Cela étant, la coordination des procédures peut se révéler difficile.

La seconde difficulté se pose en ce qui a trait à la fixation des dates d'audience. Il est déjà assez difficile de fixer des dates d'audience dans les affaires où deux avocats s'opposent devant un seul juge. Si s'ajoutent à ce nombre plusieurs autres avocats ainsi que divers organismes, on peut aboutir à d'importants retards. Dans la plupart des ressorts, on ne voit guère de conférences de règlement judiciaire en matière pénale; la conférence préparatoire est brève et les négociations ont souvent lieu le jour même du procès.

Certaines pratiques que pourraient adopter les juges de cours pénales et le personnel des tribunaux

Voici certaines pratiques qui pourraient être utiles aux organismes de protection de l'enfance intervenant auprès de familles impliquées dans des procédures pénales concurrentes :

- ***Signaler les difficultés aux organismes de protection de l'enfance*** : Certains juges des tribunaux de la famille saisis d'une instance familiale dans le cadre de laquelle sont formulées des allégations crédibles de violence entre conjoints ou de maltraitance des enfants transmettent ces renseignements à l'organisme local de protection de l'enfance ou demandent au personnel du tribunal de le faire. À l'occasion, un tribunal pénal peut faire part de ses inquiétudes à un organisme de protection de l'enfance, généralement dans les cas où la mère revient sur ses déclarations ou lorsqu'on constate que les conjoints ont repris la vie commune alors qu'il y avait eu de sérieux actes de violence ayant une incidence sur l'enfant.

Cela dit, la communication de certains renseignements aux OPE n'est pas acceptée partout comme faisant partie des attributions du juge ou du personnel du tribunal. Que les juges aient ou non l'obligation de signaler de tels renseignements, le fait qu'ils le fassent permet la tenue d'une enquête indépendante que ne peut pas ordonner le juge saisi d'une instance familiale. Cela peut permettre d'assurer à la victime un certain nombre de services qui encouragent le parent et l'enfant à éviter de futurs

actes de violence. L'adoption de protocoles précisant la procédure à suivre et les facteurs à prendre en compte dans de telles communications émanant des juges ou du personnel de la cour permettrait d'assurer que les renseignements sont communiqués sans tarder et que les enquêtes ont lieu en temps utile.

- ***Obtenir les renseignements voulus*** : Les incidences que peuvent avoir des ordonnances de probation et de mise en liberté sous caution contradictoires sur des instances en matière familiale peuvent être atténuées si, avant de prononcer une ordonnance de mise en liberté provisoire, le tribunal pénal demande et reçoit des renseignements exacts concernant l'état d'une instance en matière familiale, qu'elle soit déjà engagée ou à venir. En ce qui a trait aux procédures de protection de l'enfance, le ministère public est à même d'obtenir des renseignements concernant la plus récente des ordonnances de la cour, et la position défendue par l'organisme de protection de l'enfance. Il lui suffit pour cela de s'entretenir avec le travailleur social ou l'avocat qui représente l'organisme de protection de l'enfance. En ce qui concerne le libellé de l'ordonnance ou l'état d'une requête portée devant la cour, l'avocat disposera probablement de renseignements plus précis que le travailleur social. Le public n'a pas accès aux dossiers du tribunal de protection de l'enfance. Il est fréquent, dans les instances en matière familiale ou les affaires de protection de l'enfance, que le tribunal modifie son ordonnance et, à chaque étape de la procédure pénale, il convient donc de demander où en est le dossier.
- ***Considérations à prendre en compte avant une remise en liberté*** : Dans une affaire de violence entre conjoints, il est indiqué, avant de décider s'il y a lieu ou non de remettre l'accusé en liberté ou d'assortir sa libération de certaines conditions, que le juge du tribunal pénal se renseigne auprès du ministère public sur un certain nombre de points :
 - Les enfants vivent-ils au foyer?
 - Les enfants étaient-ils là lors des actes de violence dont il est fait état?
 - L'organisme local de protection de l'enfance a-t-il été informé des accusations? Sinon, pourquoi pas? Le tribunal peut rappeler au procureur de la Couronne que celui-ci est tenu de signaler certains incidents à l'organisme de protection de l'enfance, et lui rappeler aussi la jurisprudence voulant que le fait que l'enfant ait assisté à des actes de violence permet de conclure qu'il a besoin d'être protégé.
 - Y a-t-il déjà eu des démêlés avec l'organisme de protection de l'enfance? Si oui, l'état de santé mentale de l'accusé porte-t-il à s'inquiéter, peut-on compter

qu'il (ou elle) respectera les conditions de l'ordonnance et, si nécessaire, la victime parviendra-t-elle à assurer la sécurité des enfants en empêchant l'accusé de venir chez eux?

- Le tribunal a-t-il déjà rendu une ordonnance, dans une procédure de protection de l'enfance ou dans le cadre d'une affaire de violence entre conjoints? Si oui, quelles en sont les conditions?
- **Interdiction des contacts** : Sauf dans les cas les plus graves, les conditions régissant les contacts entre l'accusé et les enfants devraient prévoir que les visites s'effectueront « conformément aux conditions fixées dans l'ordonnance du tribunal de la famille ou du tribunal de protection de l'enfance prononcée après la date de la présente ordonnance, à condition que le juge ait eu connaissance de la présente ordonnance du tribunal pénal ». Le fait de prévoir, parmi les conditions, que le greffier de la cour ou le procureur de la Couronne devra informer le tribunal de protection de l'enfance ou le tribunal de la famille de l'accusation portée ainsi que des conditions de l'ordonnance de remise en liberté prononcée par le tribunal pénal permettra d'assurer que l'ordonnance du tribunal de la famille prend en compte d'éventuelles accusations pénales.
- **Comparution aux audiences** : Les conditions autorisant l'accusé à se trouver, lors des audiences de la cour, en présence de la victime ou de l'enfant, éviteront que, pour assister aux procédures de protection de l'enfance ou aux instances en matière familiale, le parent soit obligé de violer les conditions fixées dans l'ordonnance du tribunal pénal.
- **Modification des conditions** : Lorsque le ministère public et la défense proposent que les restrictions imposées aux contacts avec l'accusé soient modifiées ou supprimées, il serait bon que les tribunaux pénaux s'enquière auprès des autorités de protection de l'enfance et leur demandent si elles sont au courant de cette demande et si le tribunal de la famille ou le tribunal de protection de l'enfance a prononcé une ordonnance fixant les conditions d'un éventuel contact. Dans les cas où, par exemple, un parent qui pose un risque grave de violence ou de traumatisme pour l'enfant a été incarcéré depuis son accusation, il se peut que l'ordonnance de protection de l'enfance ne contienne aucune condition restreignant les contacts. Dans les cas où le tribunal de la famille ou le tribunal de protection de l'enfance n'a imposé aucune condition en matière de droit d'accès, le prononcé de la peine ou la révision de l'ordonnance de détention peuvent être reportés afin de permettre aux autorités de protection de l'enfance d'obtenir une ordonnance du tribunal de protection de l'enfance, ou bien la peine peut comprendre comme condition que tout contact se fera

conformément aux dispositions de l'ordonnance du tribunal de la famille ou du tribunal de protection de l'enfance.

- ***Avis à l'organisme de protection*** : Lorsque la peine prononcée impose des restrictions aux contacts avec un enfant, ou prévoit que les visites s'effectueront conformément aux dispositions d'une ordonnance du tribunal de la famille ou du tribunal de protection de l'enfance, il conviendrait d'ajouter une condition obligeant le contrevenant non seulement à prévenir à l'avance le parent ayant la garde de l'enfant, mais également à envoyer un préavis aux autorités de protection de l'enfance avant tout dépôt d'une demande d'accès dans le cadre d'une instance en matière familiale.
- ***Communication des conclusions et des ordonnances*** : Les juges du tribunal pénal, ou le personnels de la cour, peuvent exiger que les ordonnances de cautionnement, les motifs de jugement de même que les peines et ordonnances de probation soient, dans les affaires de violence familiale, ou d'actes criminels connexes (tels que la violation d'une ordonnance de probation) signifiés ou communiqués aux autorités de protection de l'enfance.

Certaines pratiques que pourraient adopter les juges de protection de l'enfance et le personnel des tribunaux :

- ***Filtrage*** : Certains tribunaux de protection de l'enfance ont élaboré des protocoles leur permettant de repérer les affaires où ont eu lieu de la violence, afin que le personnel de la cour et les agents de sécurité puissent maintenir les parents éloignés l'un de l'autre et rester vigilants en raison du risque de conflit ou de menace.
- ***Obtention de renseignements concernant les procédures pénales et civiles*** : Dans les affaires où on allègue qu'il y a eu agression ou d'autres comportements pouvant faire l'objet d'accusations pénales, les juges peuvent, dans le cadre de dossiers de protection de l'enfance, s'enquérir d'éventuels engagements ou conditions de mise en liberté. Ils peuvent aussi, et c'est fréquent, s'enquérir d'éventuelles instances connexes en matière familiale. Devant certains tribunaux, les deux dossiers sont normalement remis au juge (lorsque les deux procédures sont engagées dans le même ressort), mais, dans beaucoup d'endroits, le juge peut ne pas être au courant de procédures de protection de l'enfance et d'instances en matière familiale bien qu'elles aient été engagées devant la même cour.
- ***Conditions de cautionnement incompatibles*** : Lorsque les conditions de remise en liberté ou les engagements pris à cette occasion dans le cadre d'une procédure pénale interdisent tout contact avec les enfants, mais que le tribunal de protection de

l'enfance estime que certains contacts se justifient, il arrive que le juge de protection de l'enfance demande à l'avocat de l'OPE d'aller aussitôt chercher un avocat de la Couronne afin que les conditions de cautionnement puissent être modifiées sur-le-champ (à condition, bien sûr, que ce type de procédure relève effectivement de la compétence du juge). Citons parmi d'autres possibilités, les mesures suivantes :

- Avaliser la décision et prévoir qu'en cas de modification par le tribunal pénal des conditions de mise en liberté du parent, l'affaire sera, sur préavis de deux jours, renvoyée au tribunal de protection de l'enfance;
 - Inscrire dans une ordonnance provisoire de protection de l'enfance une disposition prévoyant que le parent aura accès à l'enfant sous réserve de tout engagement pris lors de sa remise en liberté, ou des conditions accompagnant celle-ci. Cela permet aux visites de commencer dès qu'intervient un changement dans les conditions fixées par l'ordonnance du tribunal pénal, sans avoir pour cela à s'adresser à nouveau au tribunal de la famille;
 - Inciter l'avocat de l'OPE et l'agent représentant cet organisme à communiquer avec l'avocat chargé de défendre le parent devant le tribunal pénal, le procureur de la Couronne ou l'agent de police chargé du dossier afin d'obtenir que le tribunal pénal modifie, sur consentement, les conditions de son ordonnance;
 - Préciser, lors de la signature, que le tribunal de protection de l'enfance est d'avis que le plan d'accès proposé par les parties permettra d'assurer la sécurité de l'enfant, (ce qui peut aider à convaincre le procureur de la Couronne de consentir à la modification des conditions de cautionnement);
 - Nommer un comité au sein duquel siègeraient des représentants des juges, du ministère public, des services de police locaux et de l'OPE afin de s'entendre au sujet des contacts avec les enfants, et sur un ensemble standard de conditions de mise en liberté (dont, par exemple, une clause selon laquelle il n'y aurait « aucun contact » direct ou indirect avec l'enfant autre que ce que prévoit l'ordonnance en date du [date de la mise en liberté] prononcée par un tribunal de la famille compétent ayant connaissance de la présente ordonnance du tribunal pénal. »).
- ***Demandes de communication des dossiers*** : Selon l'approche adoptée par les juges Keast et Thompson, dont il a été fait état plus haut, la procédure de protection de l'enfance revêt (selon les circonstances de l'affaire) une importance égale à celle de la procédure pénale et, en exigeant que les dossiers de la police soient communiqués à l'OPE, on permet qu'une enquête puisse, comme il convient, être engagée dans le cadre de la procédure de protection de l'enfance.

- ***Demandes d'ajournement*** : Ainsi que nous l'avons vu plus haut, les parents visés par une accusation pénale demandent souvent l'ajournement de la procédure de protection de l'enfance engagée parallèlement, faisant valoir que cette procédure risque de leur nuire au pénal. Le tribunal de protection de l'enfance peut refuser, selon les incidences qu'il pense que cela pourrait avoir sur l'enfant¹⁵¹; ou bien peut demander à l'avocat de l'OPE ou à l'avocat des parents de communiquer avec l'avocat qui assure la défense du parent devant le tribunal pénal afin de s'assurer que l'avocat est bien conscient des conséquences que peuvent avoir, sur le plan de la procédure de protection de l'enfance, « tout retard et tout silence »¹⁵², et lui proposer la tenue d'une conférence préparatoire au procès pénal (réunissant les juges et les avocats des deux tribunaux pour régler un des dossiers, voire les deux en même temps); communiquer avec le juge en charge du dossier pénal afin de décider de la procédure qu'il convient d'engager en premier, ou étudier les moyens permettant éventuellement au parent de répondre aux inquiétudes de l'OPE sans faire d'aveux qui pourraient être invoqués à son encontre au pénal.

Une liste de contrôle telle que celle qui suit permet d'assurer que le tribunal a bien en main tous les renseignements nécessaires :

LISTE DE CONTRÔLE À L'INTENTION DES JUGES DE PROTECTION DE L'ENFANCE DANS LES AFFAIRES DE VIOLENCE FAMILIALE

Y a-t-il effectivement eu, en l'occurrence, des actes de violence familiale?

Des accusations pénales ont-elles été portées?

Une instance en matière civile est-elle engagée, ou une requête en ordonnance civile de protection a-t-elle été déposée? – Si la réponse est « On ne sait pas », demandez à l'avocat spécialiste des questions de protection de l'enfance de vous le préciser. Est-on en présence de conditions de cautionnement ou de probation quant à l'accès à l'enfant ou à l'autre parent? Si ces conditions peuvent avoir une incidence sur la décision du tribunal d'accorder ou non un droit d'accès ou d'exiger des interventions, quelles mesures convient-il de prendre? Transmettre au ministère public les conditions que l'on envisage de fixer à l'exercice du droit d'accès; communiquer avec le tribunal pénal; demander à l'avocat de l'OPE de communiquer avec le ministère public et éventuellement avec l'avocat de la défense.

Dans le cadre de la procédure pénale, des interventions ont-elles été ordonnées qui pourraient avoir une incidence en matière de protection de l'enfance?

¹⁵¹ [Native Child and Family Services of Toronto v. P.\(S.\) et al., 2009 ONCI 473.](#)

¹⁵² Ainsi que l'a fait valoir le juge Glenn dans l'affaire [Children's Aid Society of Huron County v. R.G., \[2003\] O.J. No. 3104 \(C.J.O.\)](#) au par. 9.

Comment le tribunal va-t-il se tenir au courant du déroulement de la procédure pénale? Par exemple, en prévoyant dans l'ordonnance de surveillance que l'agent de l'OPE soit informé; un engagement de l'avocat chargé de la protection de l'enfance; communiquer avec le juge du tribunal pénal.

Serait-il utile en l'occurrence de s'enquérir auprès de la police ou du ministère public?

Une conférence commune sur le règlement serait-elle utile, et possible en l'espèce?

4. **Pratiques recommandées aux fournisseurs de services**

Renforcer la communication : Il y aurait plusieurs moyens d'améliorer la communication et la collaboration entre les fournisseurs de services et les acteurs du système judiciaire, y compris les procureurs de la Couronne et les avocats de la famille ainsi que les avocats de la protection de l'enfance. En voici quelques-uns :

- Assurer à toutes les catégories professionnelles une formation commune sur les rôles et les responsabilités qui leur incombent afin de prévenir et de faire cesser la violence familiale;
- La signature de protocoles officiels entre les organismes concernés;
- La réunion des divers services sur un même site;
- L'organisation d'un personnel commun aux divers organismes¹⁵³;
- Des réunions régulières avec tous les intervenants « sur certains dossiers familiaux »;
- Des comités composés de juges et d'avocats chargés de se pencher sur le phénomène de la violence familiale.

La communication régulière peut faciliter ce qui suit :

- Les consultations entre la police et les agents de protection de l'enfance lors d'une enquête pénale. La police peut ainsi recevoir et fournir des renseignements sur le risque de violence future, décider s'il y a lieu de faire intervenir des professionnels de la santé mentale, décider des conditions de cautionnement et des services dont aurait besoin la famille pour assurer sa sécurité si le parent accusé est remis en liberté, et réfléchir aux mesures qui permettraient de réduire les chances de voir l'auteur de la plainte revenir sur ses déclarations.
- Le besoin, pour l'ensemble des parties, de se tenir étroitement au courant de la situation familiale, des changements intervenus en ce qui a trait aux accusations, des

¹⁵³ C'est ainsi qu'un travailleur social relevant de l'organisme de protection de l'enfance de Pembroke est détaché au bureau des services de police de Pembroke, <http://www.oacas.org/criticalconnections/resources/h1.pdf>

ordonnances, des mises en liberté sous caution ou mesures de probation, des conditions de vie de la famille, de la mesure dans laquelle le parent accusé accepte de coopérer avec les organismes sociaux, et divers autres renseignements importants.

- La prise de conscience, par l'accusé, par l'avocat représentant sa famille ainsi que par l'avocat de la défense, des conséquences que pourrait avoir le refus de discuter des allégations formulées dans le cadre d'une affaire de protection de l'enfance.
- Une bonne compréhension, par la police et les procureurs de la Couronne, des conséquences que pourrait entraîner un plaidoyer négocié ou le retrait d'une accusation, et la possibilité, pour l'organisme de protection de l'enfance, de prendre les mesures utiles dans l'hypothèse d'un plaidoyer négocié ou d'un retrait de l'accusation (qui se solde par une remise en liberté ou la libération sous caution).
- L'échange, entre les parties et les divers organismes, des documents relatifs à la violence en cause. Il est fréquent que soient déposés dans le cadre d'une procédure des documents qui pourraient très bien être utiles au tribunal ou aux parties concernées par l'autre procédure. C'est ainsi que l'évaluation du rôle des parents, effectuée dans le cadre de la procédure de garde ou d'accès, peut avoir de l'importance sur le plan de la procédure de protection de l'enfance, et l'évaluation psychologique d'un parent effectuée dans le cadre de la procédure de protection de l'enfance peut revêtir de l'importance pour la détermination de la peine. Il est peu réaliste de penser que la documentation devrait être communiquée intégralement, compte tenu des règles de protection des renseignements personnels et du souci d'éviter, dans une procédure pénale, l'auto-incrimination de l'accusé ainsi qu'un éventuel préjudice à ses droits, mais il y aurait moyen, très certainement, d'améliorer l'échange de renseignements et le partage des ressources. Lors de conférences communes de règlement, où il s'agit essentiellement de trouver une solution à la situation dans laquelle se trouvent l'enfant et la famille, tout en prenant en compte l'intérêt public, l'ensemble des renseignements sur une famille pourraient être transmis à la cour. Dans d'autres cas, ces renseignements pourraient simplement être échangés entre les parties et les organismes d'intervention.
- La connaissance par les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense des progrès effectués par le parent accusé dans le cadre de programmes destinés à atténuer le risque de violence à l'avenir peut contribuer à l'issue de la procédure pénale.
- La connaissance par l'organisme de protection de l'enfance de la mesure dans laquelle le parent victime coopère (ou non) avec les poursuites pénales, ce qui, dans certains cas, est l'indice d'une augmentation du risque pour l'enfant, mais peut aussi inciter à un changement d'approche (en vue, par exemple, d'une réunification de la famille).

- Un effort de réflexion, de la part des professionnels impliqués, sur la détermination de la peine, les ordonnances de garde et les ordonnances de protection de l'enfance afin d'assurer au mieux les intérêts de l'enfant.

Intégration, collaboration et coordination : De nombreux organismes ont renforcé la collaboration et la coordination et sont, dans certains cas, parvenus à une intégration des services dans le cadre d'affaires de violence familiale. L'Ontario Association of Children's Aid Societies a organisé, en 2009, une conférence sur le thème « Critical Connections: Where Woman Abuse and Child Safety Intersect »¹⁵⁴, où ont été exposées un certain nombre d'initiatives en cours de développement en Ontario pour améliorer la communication et la collaboration interorganismes. Citons à cet égard les équipes d'intervention différentielle et, dans la région de Waterloo, le Family Violence Project (voir ci-dessous). Calgary a mis sur pied un Intimate Partner Violence Collective, afin de coordonner l'action de 50 organismes, (y compris les organismes de protection de l'enfance et la police) dans les affaires de violence entre conjoints¹⁵⁵. La Colombie-Britannique a créé un Provincial Office of Domestic Violence, qui, parmi d'autres responsabilités, est chargé d'assurer une formation en matière d'échange de l'information, d'organiser des colloques provinciaux de consultation, de déceler les points forts et les lacunes de la législation, des politiques, des programmes, des services et des comités dans le domaine de la violence entre conjoints, et de créer un site Internet permettant aux intervenants de s'échanger des informations au sujet des politiques, des services et des initiatives prises dans les divers secteurs.

Installation des divers services sur un même site : Un des moyens les plus efficaces d'assurer l'échange des informations et la collaboration semblerait être l'instauration de services à guichet unique, les agents de protection de l'enfance, les policiers, les employés de refuges et autres agents au service des familles devant faire face à des actes de violence travaillant tous dans le même immeuble. Il y a à cela de nombreux avantages, y compris l'échange de renseignements dès que la famille entre en contact avec la justice, l'accès aux divers services en une seule démarche et les nouvelles politiques qui peuvent surgir de cette mise en commun des enseignements tirés par les divers professionnels.

En Ontario, le Family Violence Project of Waterloo¹⁵⁶, lancé en 2006, est le premier organisme de ce genre au Canada. Sous le même toit – sous la dénomination d'organisme de services communautaires – on trouve les équipes de protection de l'enfance contre la

¹⁵⁴ On pourra consulter à l'adresse suivante les exposés qui ont été présentés :

<http://www.oacas.org/criticalconnections/>

¹⁵⁵ <http://www.endviolence.ca/about-us/>

¹⁵⁶ www.fvpwaterloo.ca/en/

violence entre conjoints, le service de police chargé des enquêtes sur la violence entre conjoints, une équipe d'intervention en matière de maltraitance de personnes âgées, un bureau du procureur de la Couronne, des représentants du Programme d'aide aux témoins victimes, des équipes de consultation médicale et psychosociale à l'intention des personnes victimes de violence sexuelle ou de violence entre conjoints, tels que les services de réinstallation des victimes, des services de proximité à l'intention des immigrants et des conseillers en matière de crédit. Ces divers services orientent les familles en fonction de leurs besoins, et le fait que tous les services se trouvent dans un même immeuble leur permet de coordonner les mesures prises en réponse aux changements intervenus dans la situation de la famille. Ainsi, le bureau du procureur de la Couronne consulte l'équipe de protection de l'enfance au sujet des conditions de mise en liberté sous caution et le ministère public communique avec les services judiciaires afin de mieux coordonner les instances en matière familiale et les procédures pénales. Il y a en outre une équipe préposée aux affaires qui présentent un risque élevé, en mesure d'intervenir sur le plan multiservices afin d'éviter toute lacune relativement à la communication. L'intégration sur un même site de ces divers services réduit considérablement le stress du parent qui doit s'adresser à eux, améliore la fiabilité des évaluations du risque et permet d'apporter aux personnes qui en ont besoin une aide globale et immédiate. Depuis l'ouverture de ce centre, on a constaté une augmentation sensible du nombre d'incidents de violence entre conjoints qui sont signalés et qui donnent lieu à une accusation pénale¹⁵⁷.

Protocoles : Les protocoles officiels entre les divers organismes contribuent par ailleurs à un meilleur échange de l'information et permettent d'éviter que soient prononcées des ordonnances contradictoires. De nombreux services policiers et organismes de protection de l'enfance ont signé des protocoles en vertu desquels on procède à une enquête conjointe lorsque le parent est accusé d'avoir maltraité un enfant, mais plus rares sont les protocoles applicables aux situations où un enfant n'est pas directement victime de maltraitance. Ajoutons que certaines normes provinciales tendent actuellement à s'écarter du modèle traditionnel de l'enquête structurée, où l'action des divers organismes est dictée par les protocoles en vigueur, en faveur d'un mode de réponse plus souple et plus adapté à la diversité des situations, qui ne suit pas nécessairement ce que prévoit le protocole¹⁵⁸.

¹⁵⁷ <http://www.oacas.org/criticalconnections/resources/h2.pdf>,
<http://www.wvlhin.on.ca/uploadedFiles/Celebrating%20Success%20-%20Family%20Violence%20Project.doc.pdf>

¹⁵⁸ www.children.gov.on.ca/htdocs/English/topics/childrensaidd/childprotectionstandards.aspx#receipt

Pratiques prometteuses tant pour les procureurs de la Couronne que pour la police

Même sans installer les divers services sous un même toit, ni adopter des protocoles officiels ou autres mesures institutionnelles, les professionnels intervenant dans ce genre d'affaires peuvent, individuellement, modifier leurs pratiques afin de réagir plus efficacement à certaines des difficultés que soulèvent les procédures concurrentes. Citons à cet égard :

- **Consultations en cours d'enquête** : La consultation des agents de l'OPE par la police dès le début de l'enquête lorsque des enfants habitent sur place peut permettre de leur assurer une meilleure protection. Dans certains cas, par exemple, la police peut être mise au courant par un OPE d'incidents antérieurs qui ne leur avaient pas été signalés et de certains antécédents familiaux qui n'étaient pas connus (des indices de maladie mentale, par exemple) et qui sont susceptibles de modifier leur action face aux allégations. De telles consultations permettent également à l'organisme en cause d'assurer ses services aux victimes et aux enfants et permettent par ailleurs d'obtenir des renseignements sur la détention et les conditions de remise en liberté afin d'éviter que ne soient prononcées des ordonnances contradictoires.
- **Protocoles concernant les conditions de mise en liberté sous caution** : Dans certains ressorts, les organismes de protection de l'enfance et les services policiers œuvrent de concert et s'informent mutuellement des conditions de remise en liberté afin que l'exercice du droit d'accès et les interventions servent l'intérêt supérieur de l'enfant et de la victime.

La police, les procureurs de la Couronne et les avocats pénalistes devraient demander que soit prévue dans les ordonnances de non-communication une exception permettant à l'accusé d'assister aux instances en matière familiale ou aux procédures de protection de l'enfance.

Ajoutons que, lorsque la situation le permet, les ordonnances de non-communication devraient être formulées sous réserve « des contacts avec l'enfant et l'autre parent que peuvent autoriser le juge de protection de l'enfance ou le juge du tribunal de la famille, à condition que ces juges aient connaissance de la présente ordonnance du tribunal pénal et de la nature des accusations portées ».

- **Négociation de plaidoyer et retrait de l'accusation** : Lors d'une négociation de plaidoyer, les procureurs de la Couronne peuvent, s'ils sont au courant des procédures engagées en matière de protection de l'enfance, prendre en compte les progrès accomplis par le parent quant aux risques qu'on lui reproche de poser, les incidences que le plaidoyer qui va être négocié et l'exposé conjoint des faits peuvent avoir sur l'enfant, ainsi que les options qui existent quant à la procédure de protection

de l'enfance. Il serait également utile que, dans la mesure du possible, le procureur de la Couronne ou la police avertissent l'organisme de toute remise en liberté ou de toute modification prévue des conditions imposées par la cour afin que l'organisme puisse prendre les mesures qui conviennent. Le fait d'informer, des accusations portées et des faits invoqués, l'avocat chargé de la protection de l'enfance peut également être utile dans le cadre des procédures de protection de l'enfance.

- **Communication de certains renseignements aux organismes de protection de l'enfance :** Lorsque les autorités de protection de l'enfance demandent à la police ou au procureur de la Couronne de leur communiquer des dossiers, il conviendrait que ces dossiers leur soient transmis dans les meilleurs délais, car il faut réagir le plus rapidement possible à toute menace à la sécurité des enfants. Il serait également utile que la police ou le procureur de la Couronne fassent régulièrement part de certains renseignements précis tels que les nouvelles accusations, la rétractation du parent auteur de la plainte, ou les déclarations de culpabilité qui sont prononcées, enfin tout ce qui pourrait se révéler utile dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance.
- **Enfants appelés à témoigner dans le cadre d'une procédure pénale :** Lorsqu'il est possible qu'un enfant soit cité à témoigner dans le cadre d'une procédure pénale, le procureur de la Couronne et l'enfant auraient tous deux avantage à ce que le ministère public consulte l'organisme de protection de l'enfance pour voir si le fait d'avoir à témoigner pourrait causer à l'enfant un préjudice, si l'enfant bénéficie actuellement de mesures de traitement ou de conseils psychosociaux, et quelles seraient les garanties ou les mesures qui pourraient aider l'enfant si effectivement il doit témoigner.
- **Familles autochtones :** Lorsqu'on prend, dans le cadre d'une procédure pénale, des mesures de justice réparatrice, il peut convenir d'y associer les agents de protection de l'enfance ou leurs délégués.

Pratiques prometteuses pour les avocats spécialistes de la protection de l'enfance et les agents des organismes œuvrant dans ce domaine :

- **Examen des conditions de cautionnement :** Dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance, les avocats des parents et des organismes concernés devraient, avant l'audience, voir si les conditions imposées par le tribunal pénal interdisent à l'accusé de communiquer avec l'autre parent ou avec l'enfant, et faire savoir au personnel de la cour que, dans tel ou tel cas, il ne faut pas que les parents se

retrouvent l'un à côté de l'autre dans les palais de justice, et porter par ailleurs à l'attention du tribunal de protection de l'enfance les conditions en vigueur.

- **Ordonnances contradictoires** : Lorsque l'ordonnance d'un tribunal pénal interdit la communication entre parent et enfant et que l'organisme de protection de l'enfance estime qu'un tel contact serait pourtant dans l'intérêt de l'enfant, les autorités de protection de l'enfance devraient communiquer directement avec le procureur de la Couronne et s'informer des possibilités qui existent, et de ce que la police sait du risque encouru par l'enfant.
- **Communication sur le non-respect des conditions imposées** : Les agents de protection de l'enfance ont davantage de chances que la police d'être au courant de violations des conditions imposées par le tribunal pénal quant aux modalités de résidence et de contact entre le contrevenant et l'autre parent et les enfants. Dans certaines circonstances, il y a lieu pour les agents de protection de l'enfance de signaler de telles violations à la police. Ajoutons qu'il est fréquent que les agents de protection de l'enfance hésitent à le faire. Dans certains cas, et notamment lorsque la violation en question ou une éventuelle infraction ne semblent avoir aucune incidence sur le bien-être des enfants, l'intervention de la police peut paraître contraire aux intérêts de l'enfant. Souvent, le fait de signaler de tels incidents à la police va nuire – parfois irrévocablement – à la relation entre les parents et l'agent en question. Le Representative for Children and Youth de Colombie-Britannique a relevé que lorsqu'Alan Shoenborn s'est présenté dans les locaux des services de protection de l'enfance, il a été accueilli par des policiers qui l'ont immédiatement arrêté¹⁵⁹. Après un incident de ce genre, il est peu probable qu'un parent se confie à nouveau à des agents de protection de l'enfance.

Cette obligation, qui semble à sens unique et selon laquelle la police est tenue de leur signaler certains incidents alors que les agents de protection de l'enfance ne sont pas, eux, tenus de signaler ces incidents à la police, peut être source de tensions entre les deux services. Cela met en relief la principale tension éprouvée par les agents de protection de l'enfance : ils ont, en effet, pour mission de venir en aide aux familles alors qu'ils ont en même temps à la fois le devoir et le pouvoir d'enlever, s'il y a lieu, les enfants à leur famille. Une formation commune, des protocoles locaux et une meilleure communication entre la police et les organismes de protection de l'enfance

¹⁵⁹ *Honouring Kaitlynn, Max and Cordon*, p. 45.

amélioreraient la compréhension des rôles qui reviennent à chacun et des différentes approches qu'appellent les changements de situation.

On ne devrait pas considérer que les agents de protection de l'enfance encouragent la violation des conditions imposées par un tribunal pénal. Si les agents d'un OPE ont connaissance d'une violation des conditions imposées par le tribunal pénal, le mieux serait qu'ils encouragent le parent accusé à faire modifier les conditions de sa mise en liberté sous caution afin qu'il ne risque pas de faire l'objet d'une accusation pénale si le parent victime décide de reprendre la vie commune, à condition, toutefois, que cette réunification soit sans danger pour les enfants. Le cas échéant, les agents de protection de l'enfance ou l'avocat de l'organisme pourra communiquer avec le procureur de la Couronne afin de faciliter la modification des conditions imposées lors de la remise en liberté sous caution.

- **Déclarations faites par les enfants et les parents :** Après qu'un enfant ou un parent victime a été interviewé par la police, la déclaration, enregistrée sur bande vidéo, peut être utilement invoquée dans le cadre de procédures de protection de l'enfance, et l'avocat chargé des intérêts de l'enfant devrait en obtenir une copie auprès du procureur de la Couronne. Le tribunal de protection de l'enfance pourra ainsi disposer des témoignages les plus probants.
- **Examiner, de concert avec les deux parents, toute modification apportée à une ordonnance :** Lorsque l'organisme chargé de veiller aux intérêts de l'enfant apprend que les accusations portées contre un parent, ou les conditions qui lui sont imposées par le tribunal, ont été supprimées ou modifiées, l'agent de protection de l'enfance devrait examiner avec les deux parents les conditions qui demeurent en vigueur – selon une ordonnance du tribunal de la famille ou du tribunal pénal – afin de s'assurer qu'ils savent quelles sont les conditions à respecter. L'avocat de l'OPE peut également, dans la mesure où les parents ont un avocat, lui rappeler les conditions en question. L'organisme de protection de l'enfance devrait lui-même porter de tels changements à l'attention de l'avocat des parents qui sera ainsi en mesure de leur donner les conseils qu'il convient.
- **Rapports sur les progrès accomplis par l'accusé :** Lorsque le parent visé par une accusation a pris part à des séances de consultation psychosociale, ou bénéficie d'autres mesures d'intervention permettant de conclure à une baisse du risque de nouvelle violence, les agents de protection de l'enfance devraient le faire savoir au procureur de la Couronne. L'avocat chargé de la protection de l'enfance devrait également en faire part à l'avocat chargé des intérêts du parent. Les négociations de plaidoyer et les peines devant intervenir reposeront ainsi sur des bases plus solides.

Les organismes de protection de l'enfance devraient, cependant, se montrer prudents lorsqu'il s'agira de porter à l'attention des procureurs de la Couronne et de la police d'éventuels aveux faits par le parent, car ce genre de renseignements risquent, s'ils sont invoqués à l'encontre du parent, de nuire aux rapports que le parent entretient avec l'organisme de protection de l'enfance.

- **Porter à l'attention de la police et du procureur de la Couronne tout obstacle à d'éventuels progrès :** Lorsqu'une accusation pénale ou les conditions de mise en liberté sous caution nuisent à l'avancement du dossier de protection de l'enfance – par exemple parce que le risque d'expulsion engendre du stress, ou fait que le parent qui autrement avouerait ses actes de maltraitance et accepterait de subir un traitement va s'abstenir de le faire par crainte de nuire à sa position sur le plan des poursuites pénales – l'agent de protection de l'enfance peut informer la police, l'avocat pénaliste du parent et l'avocat chargé de la protection de l'enfance dans l'espoir de parvenir à une solution satisfaisante aux yeux de l'organisme de protection, et conforme aux intérêts de l'enfant ainsi qu'à l'intérêt du public.
- **Plus grande attention portée à l'agresseur, quelle que soit la nature des accusations qui le visent :** Plusieurs organismes de protection de l'enfance ont modifié l'approche qu'ils adoptaient auparavant dans les affaires de violence entre conjoints. C'est parce que, au cours des 15 dernières années, les organismes de protection de l'enfance ont constaté une augmentation sensible du nombre d'affaires de violence entre conjoints (la Société d'aide à l'enfance de Toronto fait état d'une augmentation de 400 %¹⁶⁰ depuis 1999), et conclu que le modèle traditionnel ne donne pas les résultats voulus. Disons, de manière générale, que selon le modèle traditionnel, un dossier était ouvert afin d'obtenir la séparation des parents et refermé dès que la séparation était obtenue avec peu ou pas de services assurés aux parents. Il y avait arrestation ou menaces d'arrestation si la victime et les enfants reprenaient la vie commune avec l'agresseur. Les femmes dissimulaient leur situation de famille et entraient dans une sorte de clandestinité. Cela était source de tensions au sein de la communauté des organisations luttant contre la violence faite aux femmes. Le fait de ne pas reconnaître les facteurs de risque entraînait parfois des tragédies et, quoi qu'il en soit, le système souffrait de graves lacunes et les agents des divers organismes se sentaient dépourvus face à ce type d'affaires. Les divers

¹⁶⁰ Lisa Tomlinson, *Differential Response in Intimate Partner Violence Cases*, exposé présenté devant l'Institut national de la magistrature, octobre 2012.

organismes intervenants ont alors opté pour une **réponse différentielle** dans les cas d'affaires de violence entre conjoints. Voici de quoi il s'agit :

- **Équipes spécialisées dans les cas de violence entre conjoints** : Le service des plaintes de l'organisme de protection de l'enfance effectue un tri, les dossiers de violence entre conjoints étant confiés à des équipes spécialisées spécialement formées à cet effet.
- **Efforts engagés non seulement auprès du parent victime (en général la mère), mais également auprès de l'agresseur (le plus souvent le père).** Alors que la communication avec l'agresseur revêtait auparavant une importance secondaire, et était parfois même entièrement négligée, c'est à cela qu'on accorde désormais la priorité. Les organismes font des efforts considérables pour engager le dialogue avec le parent agresseur, allant, au besoin, le voir en prison, cherchant à l'aider avec les divers problèmes qu'il peut éprouver, tels que l'analphabétisme ou le logement, et l'incitant à réfléchir aux incidences que la violence a sur ses enfants. C'est à l'agresseur plutôt qu'à la victime qu'on fait maintenant porter la responsabilité de mettre fin à la violence.
- **Prise de mesures d'intervention spécifiquement adaptées aux pères** : De nombreux organismes orientent maintenant le parent agresseur vers un programme de 17 semaines appelé « Caring Dads », qui met l'accent sur le rôle parental revenant aux agresseurs. Cela s'ajoute parfois à des interventions axées de manière plus précise sur les problèmes de violence entre conjoints. Si le parent agresseur ne suit pas le programme, ou ne fait aucun progrès, l'organisme de protection de l'enfance en est avisé afin de pouvoir soutenir les efforts du parent agresseur.
- **Lorsque cela peut se faire en toute sécurité, œuvrer en vue d'une réunification de la famille.** Ces organismes savent parfaitement qu'il est fréquent que les femmes reprennent la vie commune avec un partenaire qui les a maltraitées à maintes reprises. Leur motivation est en cela complexe. Les organismes de protection de l'enfance ne menaceront pas de retirer les enfants uniquement parce que les parents décident de reprendre la vie commune. Ils tenteront plutôt d'intervenir auprès d'eux afin de ramener la violence à un niveau faisant que l'enfant puisse continuer en toute sécurité à vivre avec ses deux parents. Le principe de base n'est plus la « tolérance zéro », mais la réduction des méfaits.

- **Cœuvrer de concert avec la police, les services d'aide aux victimes témoins, les organisations de lutte contre la violence envers les femmes et autres organismes intéressés.** Les organismes qui, en matière de violence entre conjoints, ont maintenant recours à une réponse différentielle travaillent beaucoup plus étroitement avec les autres organismes. Ainsi, les agents de ces organismes peuvent assister aux audiences du tribunal de la famille ou du tribunal pénal afin de faire part au juge des progrès accomplis par la famille, et siéger au sein du comité consultatif du tribunal spécialisé dans les affaires de violence entre conjoints.
- **Travailler avec le contrevenant malgré l'accusation pénale.** Pour que les organismes concernés s'attellent à une réunification de la famille, il n'est pas nécessaire, selon la réponse différentielle, que l'agresseur admette sa culpabilité. Cela donne de meilleurs résultats dans les affaires où le parent visé par les accusations pénales craint de se porter préjudice dans le cadre des poursuites intentées contre lui.
- **Mettre l'accent sur la participation volontaire.** De manière générale, la réponse différentielle est fondée sur la participation volontaire des familles aux mesures de protection de l'enfance, et ce n'est que rarement qu'une requête en protection est présentée au tribunal. Cela réduit sensiblement les pressions que ressentent les familles qui ont peut-être déjà maille à partir avec la justice pénale.

Selon les OPE qui ont adopté cette approche de réponse différentielle, cela donne des résultats bien supérieurs du point de vue des familles et des enfants, et réduit sensiblement le nombre des requêtes portées devant la Cour, ainsi que le nombre de cas où les enfants sont retirés à leur famille¹⁶¹. Cela dit, cette nouvelle approche n'a jusqu'ici pas fait l'objet d'une évaluation globale, même si l'on dispose de plusieurs évaluations du programme Caring Dads. Les rapports dont on dispose portent cependant à penser que cette approche devrait permettre de réduire la violence, d'apporter une meilleure aide aux familles et d'éviter certaines des difficultés auxquelles donnent lieu les procédures concurrentes.

On a souvent reproché aux tribunaux spécialisés dans les affaires de violence entre conjoints (et cela vaudrait aussi pour ce type d'approche en matière de protection de l'enfance) que cela sous-entend que la violence familiale mérite moins d'être sanctionnée par les tribunaux que les autres types de violence ou de maltraitance des enfants. Il est à craindre, en effet, que

¹⁶¹ Tomlinson, *ibid.*

la réponse différentielle porte les OPE à ne pas intervenir assez énergiquement dans des affaires pourtant graves. Les organismes qui ont opté pour cette approche doivent, par conséquent, s'assurer que les faits de violence grave ou les dossiers présentant un risque de mort entraînent les mesures nécessaires et que les femmes n'aient pas l'impression que, dans l'intérêt des enfants, on les pousse à la réunification, ou à retirer leurs plaintes.

5. Engagement concurrent d'une procédure de protection de l'enfance et d'une instance en matière familiale

Dynamique complexe propre aux affaires très conflictuelles

Lorsqu'il est question de maltraitance ou de violence dans le contexte d'une séparation, et que les allégations paraissent soit non fondées soit notablement exagérées, et surtout lorsque l'OPE a déjà enquêté sur de multiples allégations qui se sont révélées sans fondement, l'organisme de protection de l'enfance peut avoir à intervenir auprès de la famille en raison du risque de maux affectifs découlant de la séparation conflictuelle. S'agissant d'un différend très conflictuel opposant les parents, selon l'évolution de la situation, l'OPE peut changer de position et reporter sur un parent le soutien qu'il avait jusque-là accordé à l'autre, au fur et à mesure que l'organisme parvient à mieux comprendre la dynamique de l'affaire, ou au fur et à mesure qu'évoluent les comportements parentaux¹⁶². Ce changement de position de la part de l'OPE peut très bien se justifier, mais il peut aussi compliquer les contacts entre l'organisme et les parents.

Dans certains cas de séparation très conflictuelle qui posent un risque de maux affectifs, mais où aucun acte de violence entre conjoints n'est avéré, il se peut que l'organisme ne puisse pas vraiment dire lequel des deux parents est le mieux à même de s'occuper des enfants, et ne produise que peu de preuves dans la procédure de protection de l'enfance, laissant aux parents le soin de livrer la plupart des témoignages¹⁶³. Dans d'autres affaires, l'OPE peut avoir une opinion très ferme quant au parent qui semble le mieux en mesure de s'occuper de l'enfant, mais néanmoins laisser aux parents le soin de régler la question dans le cadre d'une instance familiale, se contentant de permettre à ses agents d'être cités comme témoins. On suppose que dans de telles affaires, l'organisme de protection de l'enfance estime que les faits ne permettent pas de conclure que l'enfant a subi des « maux affectifs » ou qu'il risque d'en subir. Mais, dans certaines autres affaires, il se peut aussi que malgré les inquiétudes qu'il éprouve, l'organisme ne présente pas de requête en protection de l'enfance en raison du niveau de ses ressources ou pour divers autres motifs.

¹⁶² *CAS York v AS*, 2010 ONSC 1287 (CS), conf. 2011 ONSC 1732 (C. div.).

¹⁶³ *CAS Waterloo v KAL*, 2010 ONCJ 80, le juge McSorley.

Il est désormais plus fréquent que les organismes de protection de l'enfance soient appelés à intervenir dans le cadre de séparations très conflictuelles car ce genre d'affaires crée souvent un risque pour le bien-être émotionnel des enfants, et parfois même pour sa sécurité physique. L'OPE peut alors jouer un rôle important en enquêtant sur les allégations et en assurant divers services à la famille. Comme c'est le cas d'autres organismes appelés à intervenir dans des affaires très conflictuelles, l'organisme de protection de l'enfance a souvent essentiellement pour rôle d'aider les parents à régler leurs différends en fonction des intérêts de l'enfant. Dans d'autres affaires, cependant, l'organisme devrait jouer un rôle actif dans le litige familial.

Pratiques prometteuses à l'intention des juges d'un tribunal de la famille et du personnel de la cour :

- ***Obligation de signaler*** : En cas d'allégations de violence familiale dans le cadre d'une instance engagée devant le tribunal de la famille, ou lorsqu'une situation paraît très conflictuelle, les juges et le personnel de la cour devraient se demander s'ils ne sont pas tenus en l'occurrence de porter l'affaire à l'attention des organismes de protection de l'enfance. Il pourrait être utile, dans ce genre d'affaires, d'élaborer un protocole de signalement et de communication de renseignements tels que les motifs de jugement, les rapports d'experts ou les éléments de preuve indiquant des actes de violence.
- ***Renseignements concernant les antécédents*** : Dans les ressorts qui n'exigent pas que soient communiqués au tribunal de la famille les renseignements concernant des procédures de protection de l'enfance, il serait utile que les juges appelés à se prononcer dans le cadre de demandes de garde ou de droit d'accès cherchent à savoir si la famille est actuellement ou a déjà été impliquée dans des procédures de protection de l'enfance.
- ***Gestion de cas*** : Certains tribunaux qui n'imposent généralement pas la gestion de cas peuvent le faire dans les dossiers familiaux très conflictuels. Il s'agit là d'une pratique prometteuse.
- ***Éduquer les parents quant aux incidences de leurs querelles*** : Dans les affaires de séparation très conflictuelle, les juges jouent un rôle essentiel. Il s'agit en partie du rôle traditionnel du juge en tant que « décideur » à l'issue d'un procès, mais l'on reconnaît de plus en plus, qu'il a aussi un rôle important à jouer lors de la conférence préparatoire ainsi que dans les procédures provisoires, afin de persuader les parents de s'attacher essentiellement aux besoins des enfants, et de leur faire comprendre le mal que leurs conflits et leurs actes de violence vont faire aux enfants. Les efforts du

juge en vue d'atténuer le conflit peuvent apparaître dans les observations qu'il va faire lors d'une conférence ou même dans le cadre de son jugement, et la cour peut aller jusqu'à ordonner la participation à des consultations psychosociales. Ce rôle que le juge est appelé à jouer sera d'autant plus efficace que les affaires très conflictuelles feront l'objet d'une gestion de cas confiée à un seul juge dans le cadre de la procédure judiciaire familiale.

- ***Fermeté des mesures prises dans les situations très conflictuelles et les cas de violence familiale*** : Si l'on attache de plus en plus d'importance aux efforts en vue de faciliter le règlement à l'amiable d'affaires relevant du droit de la famille, et que cela semble être une bonne chose, il ne faut pas non plus exclure, dans les cas très conflictuels, une réponse ferme et opportune du système judiciaire, notamment dans les affaires où il est question de comportements violents ou aliénants. Si les parents pensent que leurs mauvais comportements, tels que des actes de violence entre conjoints, ou le non-respect d'une ordonnance relative au droit d'accès, n'entraîneront aucune réaction efficace de la justice, ils seront davantage portés à se comporter ainsi, ce qui a pour effet de décourager l'autre parent, et de nuire aux enfants sur le plan émotif. Si, par contre, le système de justice réagit efficacement à la mauvaise conduite des parents, ceux-ci seront peut-être davantage portés à respecter les conditions d'une ordonnance judiciaire et à œuvrer dans l'intérêt de leurs enfants.

Pratiques prometteuses à l'intention des avocats représentant les parents dans des instances en matière familiale

- ***Expliquer aux parents les répercussions de leur comportement sur les enfants*** : Les avocats qui représentent les parents doivent, bien sûr, défendre leurs intérêts, mais ils sont également appelés à jouer un rôle essentiel en expliquant aux parents les répercussions que leurs comportements peuvent avoir sur leurs enfants. Le *Code de déontologie* du Barreau du Haut-Canada dit bien que l'avocat d'un parent est tenu de l'avertir des répercussions de son comportement sur ses enfants :

Dans les procédures contradictoires qui auront vraisemblablement un effet sur la santé, le bien-être ou la sécurité d'un enfant, l'avocat conseille au client de tenir compte des intérêts de ce dernier, si cela peut se faire sans nuire aux intérêts légitimes du client¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie*, commentaire sur la Règle 4.01.

Ce rôle de conseiller qu'il lui appartient de jouer oblige l'avocat agissant dans une instance en matière familiale de comprendre comment les enfants seront affectés par des séparations très conflictuelles et la violence entre conjoints. Les avocats ne sont pas spécialistes en matière parentale, mais il leur faut avertir les parents qui maltraitent leurs enfants des conséquences que leurs actions vont avoir sur les enfants. Dans les cas d'aliénation d'affection, les avocats devraient également faire savoir à leurs clients que, sauf s'il y a maltraitance, on s'attend d'eux qu'ils favorisent les relations avec l'autre parent au lieu de tout faire pour les saboter. Dans de nombreux cas, il conviendrait que l'avocat oriente les parents vers les diverses ressources auxquelles ils pourraient recourir pour améliorer la manière dont ils s'occupent de leurs enfants, ou dont il faut faire face au stress dû à une séparation, et notamment les orienter vers des professionnels de la santé mentale, et les divers organismes susceptibles de leur donner des conseils utiles et de leur proposer des consultations psychosociales.

- ***Autres conseils à l'intention des clients*** : Les règles de déontologie obligent les avocats à avertir les parents des frais qu'entraîne une action en justice, et de ce que cela peut leur coûter émotionnellement. De manière générale, ils devraient, sans attendre, favoriser un règlement à l'amiable, mais en cas de violence entre conjoints, le règlement doit invariablement assurer la protection de la victime et des enfants. Les avocats devraient en outre conseiller aux parents de ne pas impliquer leurs enfants dans le litige en leur parlant des procédures en cours ou en leur montrant les documents destinés au tribunal. La plupart des clients éprouvent du respect pour leur avocat et changent effectivement de comportement en réponse à ses conseils. Il se peut, par contre, qu'un avocat, après avoir dûment averti le client, estime devoir se retirer du dossier de quelqu'un qui continue à refuser de suivre ses conseils et dont le comportement continue à poser des risques pour les enfants. Certains clients n'aiment pas beaucoup que l'avocat leur donne des conseils, et vont alors soit s'adresser à un autre avocat, soit assurer désormais leur propre représentation en justice. Cela dit, dans certaines affaires, le comportement de la partie adverse nécessite qu'un avocat défende énergiquement le dossier de son client afin de protéger à la fois les intérêts de celui-ci et des enfants.

Nous avons parlé jusqu'ici d'avocats qui défendent correctement les intérêts de personnes impliquées dans des instances en matière familiale, mais il convient de reconnaître que dans ce genre d'affaires, certains avocats ne font pas honneur à leur profession, et parfois desservent les intérêts à long terme de leurs clients, et des enfants de ceux-ci, en exacerbant en fait l'hostilité entre parents, et en prolongeant le

litige au lieu d'aider à le résoudre. L'éducation des avocats plaidant en matière familiale est d'une grande importance (voir ci-après).

- **Obligation de signaler :** Lorsqu'un client fait part à son avocat d'actes de violence familiale, l'avocat devrait dire au client qu'il devrait peut-être envisager d'en parler à la police ou à l'OPE et lui rappeler aussi qu'en tant que parent, il est peut-être même dans l'obligation de le faire. L'avocat devrait par ailleurs se demander s'il n'est pas lui-même tenu de signaler la situation à l'OPE local ou, à tout le moins, se demander s'il serait autorisé à le faire. Étant donné que cette obligation de signaler certaines situations ne s'applique pas dans les cas où cela porterait atteinte au secret professionnel de l'avocat¹⁶⁵, l'affaire ne doit être signalée à la police ou à l'OPE qu'avec l'autorisation du client. Au lieu d'effectuer lui-même la démarche, il est préférable que l'avocat incite son client à signaler la situation. Dans un même ordre d'idées, le client peut donner à son avocat des renseignements concernant le risque auquel est exposé l'enfant ou le parent victime et l'avocat peut, le cas échéant, lui demander l'autorisation de porter ces renseignements à l'attention de l'OPE, de la police ou du tribunal.

Certaines pratiques que pourraient adopter les organismes de protection de l'enfance et les autres fournisseurs de services :

- **Formation :** Les agents des OPE doivent être mieux formés à la dynamique propre aux affaires très conflictuelles, à leur incidence sur les enfants, aux risques de violence et aux mesures à prendre pour intervenir de manière efficace auprès de familles marquées par de graves conflits.
- **Protocoles et politiques :** Des protocoles devraient être conclus entre les organismes de protection de l'enfance et les tribunaux de la famille, les avocats, les spécialistes de la santé mentale des enfants et autres fournisseurs de services afin de cerner les mesures à prendre et le meilleur moyen de communiquer les renseignements dans les affaires très conflictuelles.
- **Forum des situations très conflictuelles :** Le forum des situations très conflictuelles réunit à Toronto des organismes de protection de l'enfance, des centres de santé mentale infantile, des juges, des avocats, des services de consultation psychosociale

¹⁶⁵ La seule exception au secret professionnel concerne le cas où des affaires présentent un danger de blessures graves ou de mort : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455.

familiale, des policiers et divers autres services. L'objectif est notamment d'assurer aux professionnels du secteur une formation pluridisciplinaire leur permettant de reconnaître les situations très conflictuelles, de leur enseigner de bonnes pratiques pour désamorcer les conflits et de veiller aux intérêts des enfants, d'éviter les maux affectifs qu'ils pourraient subir, de favoriser le développement d'un réseau de professionnels qu'il serait utile de consulter et de prévoir, pour les familles marquées par de graves conflits, des modes d'intervention en commun¹⁶⁶. Ce type de forum a été créé à Ottawa en 2006. C'est une pratique prometteuse qui mériterait une évaluation.

6. Formation interdisciplinaire

L'éducation et la formation sont essentielles à une action efficace dans les affaires de violence entre conjoints ou de séparation très conflictuelle. La formation commune des policiers et des agents de protection de l'enfance, et une formation conjointe des procureurs de la Couronne et des avocats spécialistes de la protection de l'enfance permettraient de créer, entre les divers acteurs, des liens leur permettant d'harmoniser les diverses manières de comprendre la dynamique propre à la violence familiale et d'y répondre de manière efficace. Cela ferait beaucoup pour réduire les tensions qui, dans de nombreux ressorts, se manifestent entre les deux systèmes. En Ontario, le Centre for Research and Education on Violence Against Women and Children et leurs partenaires ont lancé plusieurs programmes de formation commune¹⁶⁷.

Des forums tels que le Critical Connections Forum en Ontario offrent les moyens d'étudier les programmes novateurs lancés par divers organismes. Une activité nationale, semblable au symposium du ministère de la Justice du Canada sur la violence familiale organisé en 2009 mais axée davantage sur les procédures de protection de l'enfance, permettrait de porter de telles innovations à l'attention d'un public beaucoup plus large.

Souvent, les professionnels appelés à intervenir dans le cadre d'affaires de violence entre conjoints ou de situations très conflictuelles sont des professionnels indépendants du secteur privé, même s'ils sont membres de professions réglementées. Les établissements d'enseignement devraient offrir aux avocats, aux travailleurs sociaux, aux psychologues et aux médiateurs les outils pédagogiques et la formation les préparant à intervenir, dans ces

¹⁶⁶ On trouvera des renseignements concernant le High Conflict Forum de Toronto sur le site Internet des Jewish Family & Child Services : http://www.jfandcs.com/Client/JFCS/JFCS_2011_LP4W_LND_WebStation.nsf/page/The+High+Conflict+Forum!opendocument

¹⁶⁷ Voir <http://www.learningtoendabuse.ca/about/news-events>

affaires difficiles, par des moyens efficaces et interdisciplinaires. Les organisations interdisciplinaires, telles que les High Conflict Forums de Toronto et d'Ottawa et l'Association of Family & Conciliation Courts, s'attachent à assurer ce genre d'éducation et à améliorer la communication entre les divers groupes professionnels.

L'Institut national de la magistrature continue d'assurer à l'intention des juges des séances de formation sur les procédures concurrentes. On trouve exposés dans une de ses publications, la *Résolution de problèmes dans les salles d'audience du Canada – La justice thérapeutique : Un guide*, les moyens d'éviter les ordonnances contradictoires, et de favoriser les mesures multisectorielles efficaces. Notons que dans un certain nombre de provinces, les audiences de mise en liberté provisoire par voie judiciaire sont présidées par un juge de paix à qui un complément de formation dans ce domaine difficile serait utile.

VII. CONCLUSION : AMÉLIORER LES RÉPONSES ET APPROFONDIR LES RECHERCHES

La violence entre conjoints, la maltraitance des enfants, les séparations très conflictuelles et les allégations d'aliénation d'affection soulèvent des problèmes complexes. Les affaires dans le cadre desquelles ces problèmes se manifestent présentent des difficultés particulières pour les organismes de protection de l'enfance, la police, les intervenants en violence conjugale, les professionnels de la santé mentale, le système judiciaire et les décideurs politiques.

Dans les cas les moins graves d'aliénation d'affection, et dans les situations où la violence entre conjoints n'atteint pas la gravité de voies de fait, il est possible de répondre correctement aux besoins des parents et des enfants par des programmes d'éducation parentale ou des séances de consultation psychosociale. Cela peut suffire à faire comprendre aux parents que leurs comportements et leurs attitudes nuisent à leurs enfants, ainsi qu'à favoriser et à protéger les intérêts des parties et de leurs enfants. Si cette déjudiciarisation des affaires familiales et le recours à des approches non antagonistes sont à encourager, dans les cas où la violence entre conjoints est cause d'inquiétude ou en cas de séparation très conflictuelle, il y a lieu de recourir sans tarder et de manière efficace à la justice pénale et aux organismes de protection de l'enfance. La certitude que de telles mesures interviendront encourage les intéressés à mieux respecter les ordonnances du tribunal, et va dans le sens des intérêts des enfants.

Les affaires de maltraitance des enfants, de violence entre conjoints ou d'aliénation d'affection exigent une compréhension et un traitement prioritaire différents de la plupart des autres affaires de séparation parentale. La décision quant aux mesures qu'appelle telle ou telle affaire exige l'évaluation de nombreux facteurs, mais ce qui prime c'est la sécurité de

l'enfant et des victimes de violence conjugale. Il est clair que cela exige une meilleure communication entre les divers organismes, professionnels et juges si l'on veut renforcer l'efficacité de la justice, améliorer la sécurité des personnes vulnérables et défendre les intérêts des enfants.

Il faut pour cela que les avocats, les juges, les organismes de protection de l'enfance, la police et les autres services comprennent que leurs actions et leurs décisions ne doivent pas uniquement s'orienter vers une solution immédiate, mais qu'ils doivent protéger dans la durée les intérêts des enfants en cause. Chaque affaire doit faire l'objet d'un examen attentif, et de mesures adaptées à la situation et propres à défendre les intérêts des enfants car ce sont eux qui en subissent le plus souvent les conséquences.

Ajoutons, pour terminer, une observation sur les limites de nos connaissances actuelles, et le besoin d'approfondir nos recherches. La présente étude et les ouvrages dont elle fait état présentent de nombreuses recommandations quant aux moyens d'améliorer la manière dont les divers organismes et professionnels s'attachent à régler les affaires de violence familiale et de séparation très conflictuelle, mais il est clair qu'il nous faudrait disposer de plus de travaux empiriques, et lancer, puis évaluer, des projets pilotes permettant d'intervenir de manière plus efficace dans les problèmes complexes que soulèvent ce genre d'affaires. Notons, par exemple, qu'il n'existe, au Canada, aucune organisation chargée de suivre l'action des tribunaux et des divers organismes afin de mettre en relief les programmes novateurs en matière de séparations très conflictuelles ou de violence entre conjoints, afin d'en évaluer les résultats et de faire connaître les mesures qui ont fait la preuve de leur efficacité. Le présent rapport et les deux rapports complémentaires sur les procédures concurrentes étudient un certain nombre d'approches, mais il en existe sans doute d'autres et il n'a pas été possible dans le cadre de la présente étude de les évaluer toutes.