



L'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et les droits de participation des enfants au Canada

Préparé par :

Nicholas Bala et Claire Houston

Présenté à la :

**Section de la famille, des enfants et des adolescents
Ministère de la Justice Canada**

Le 31 août 2015

*Les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles des auteurs
et ne représentent pas nécessairement les points de vue
du ministère de la Justice Canada*

Le contenu de cette publication ou de ce produit peut être reproduit en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sous réserve que la reproduction soit effectuée uniquement à des fins personnelles ou publiques, mais non à des fins commerciales, et cela sans frais ni autre permission, à moins d'avis contraire.

On demande seulement :

de faire preuve de diligence raisonnable en assurant l'exactitude du matériel reproduit ;

d'indiquer le titre complet du matériel reproduit et le nom de l'organisation qui en est l'auteur ;

d'indiquer que la reproduction est une copie d'un document officiel publié par le gouvernement du Canada et que la reproduction n'a pas été faite en association avec le gouvernement du Canada ni avec l'appui de celui-ci.

La reproduction et la distribution à des fins commerciales est interdite, sauf avec la permission écrite du ministère de la Justice du Canada. Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec le ministère de la Justice du Canada à l'adresse www.justice.gc.ca.

©Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2016

ISBN 978-0-660-04780-5

No de cat. J4-40/2016F-PDF

TABLE DES MATIÈRES

- I. Introduction : portée du rapport
- II. Article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*
 - Interpréter l'article 12*
 - Relation entre l'article 12 et l'article 3*
- III. Étude des droits de participation des enfants au Canada
 - A. Litiges familiaux après une séparation
 - « L'intérêt supérieur de l'enfant » comprend « les opinions et les préférences » de l'enfant*
 - Les opinions et les préférences des enfants ne sont pas nécessairement déterminantes*
 - Moyens d'entendre les enfants dans les instances en matière de garde et d'accès*
 - Évaluations*
 - Avocat de l'enfant*
 - Entrevues avec le juge*
 - Rapports sur les opinions de l'enfant*
 - Autre preuve des opinions et des préférences des enfants*
 - B. Instances en application de la *Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants*
 - Opinions et objections de l'enfant*
 - Rôle des enfants dans les instances en application de la Convention de La Haye*
 - C. Instances en protection de l'enfance
 - L'importance d'entendre les enfants dans des instances en protection de l'enfance*
 - Les opinions et les préférences des enfants ne sont pas déterminantes*
 - Moyens d'entendre les enfants dans les instances en protection de l'enfance*
 - Évaluations dans les cas de protection de l'enfance*
 - Avocat de l'enfant*
 - Entrevues avec le juge*
 - Autre preuve des opinions et des préférences des enfants*
 - Droits de participation supplémentaires dans les instances en protection de l'enfance*
 - D. Instances en matière d'adoption
 - Les opinions, les préférences et les désirs des enfants*
 - Le consentement des enfants à l'adoption*
 - La participation des enfants aux audiences en adoption*
 - E. Instances criminelles
 - Entendre les enfants victimes et témoins*
 - Droits de participation des jeunes contrevenants*
 - F. Instances en matière de soins de santé
 - Législation sur le consentement aux traitements*
 - Législation sur la protection de l'enfance*
 - G. Instances en matière d'immigration et d'asile
 - L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit d'être entendu*
 - Représentants désignés*
 - H. Processus concernant les droits à l'éducation
- IV. Étoffer les droits de participation des enfants au Canada
 - Promouvoir la participation des enfants aux processus judiciaires et administratifs*
 - Élaboration des politiques et réforme du droit*
 - Recherche et élaboration des politiques*
- Liste de la législation, de la jurisprudence, des traités internationaux, de la doctrine et des autres sources

L'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et les droits de participation des enfants au Canada

Nicholas Bala* et Claire Houston**

I. INTRODUCTION : PORTÉE DU RAPPORT

En 1989, les Nations Unies ont adopté la *Convention relative aux droits de l'enfant* (la CDE). Le Canada a ratifié la CDE deux ans plus tard, en 1991. Même si la CDE n'a pas été intégralement incorporée au droit national, ses principes guident l'interprétation de la *Charte des droits et libertés*, de la législation et de la common law au Canada¹.

La CDE reconnaît que les enfants ont des droits civils, politiques, économiques, sociaux, sanitaires et culturels. L'un des droits les plus importants dans la CDE est le « droit de participation »² prévu à l'article 12. Le paragraphe 12(1) reconnaît que les enfants capables de discernement ont le droit d'exprimer librement leur opinion sur toute question les intéressant, et il précise que les opinions des enfants doivent être dûment prises en compte, eu égard à leur âge et à leur degré de maturité ainsi qu'à l'affaire en cause. Le paragraphe 12(2) prévoit que l'enfant a le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant. L'article 12 est particulièrement important, étant donné qu'il s'agit de l'une

* Professeur, Faculté de droit, Université Queen's. Les auteurs désirent remercier Graham Buitenhuis, candidat au J.D. en 2016 à Queen's, pour son aide à la recherche.

** B.A., J.D., Université Harvard, candidate au S.J.D.

¹ *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

² Le terme « participation » n'est pas employé dans le texte de l'article 12, mais il est maintenant accepté généralement comme l'un des principes de cet article. Voir Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, *Observation générale n° 12 (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu*, Document de l'ONU CRC/C/GC/12, page 4.

des rares dispositions de la CDE dont les enfants peuvent se prévaloir eux-mêmes et qu'il permet aux enfants de participer aux décisions qui ont les répercussions les plus directes sur leur vie.

Les tribunaux et les législatures du Canada ont reconnu la CDE, en particulier les droits que confère aux enfants l'article 12. L'importance de l'opinion des enfants a été reconnue directement en droit de la famille, particulièrement dans le contexte des litiges au sujet de la garde d'un enfant et des droits d'accès à la suite d'une séparation des parents. Les droits de participation des enfants ont également été reconnus dans des instances en matière de protection de l'enfance, de santé, de justice pénale pour les adolescents, d'immigration et d'éducation.

Même si les droits des enfants sont reconnus au Canada, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a laissé entendre que des mesures devraient être prises pour promouvoir davantage les droits de participation des enfants dans ce pays. Dans son rapport de 2012 sur le Canada, le Comité s'est réjoui de la décision de 2010 de la Cour suprême du Yukon dans l'affaire *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*³, qui a cité et invoqué l'article 12 pour établir les droits de participation des enfants dans les litiges entre parents séparés, une décision que nous examinerons plus amplement ci-dessous. Toutefois, le Comité a également noté « avec préoccupation que les mécanismes existants ne sont pas propres à faciliter la participation effective et utile des enfants dans les questions juridiques, politiques et environnementales et les processus administratifs qui ont des incidences sur eux »⁴.

³ *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*, 2010 YKSC 44.

⁴ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, soixante et unième session, 5 octobre 2012, CDE/C/CAN/CO/3-4, *Observations finales : Canada*, paragraphe 36.

Le présent document contient un aperçu et une analyse comparative des droits de participation des enfants au Canada⁵. Après un tour d’horizon de la législation et de la jurisprudence partout au pays, le document décrit et met en opposition les façons dont les opinions des enfants sont prises en considération dans les différentes provinces et les territoires ainsi que dans tous les domaines juridiques. Le document traite également de la façon dont les tribunaux canadiens ont interprété et appliqué l’article 12. En dernier lieu, en s’inspirant d’articles universitaires récents, tant canadiens qu’étrangers, les auteurs formulent certaines suggestions quant aux moyens que les législatures, les cours ainsi que les tribunaux pourraient prendre pour mettre pleinement en application l’article 12 afin de promouvoir les droits de participation des enfants au Canada.

Les droits de participation des enfants aux processus judiciaires et administratifs sont l’un des principaux centres d’intérêt du présent document. Toutefois, l’article 12 a une portée plus large : l’article 12 exige aussi que les enfants soient consultés dans le cadre de l’élaboration des lois et des politiques qui les concernent. Le présent document se termine sur certaines suggestions visant à prendre en compte la voix des enfants dans les processus de formulation des lois et des politiques.

II. ARTICLE 12 DE LA CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L’ENFANT

Voici le libellé de l’article 12 de la CDE :

⁵ La loi et la documentation du Canada occupent une place privilégiée dans le présent document. Il existe cependant une documentation volumineuse et une jurisprudence abondante dans d’autres pays qui appliquent l’article 12 de la CDE : voir par exemple James Munby, « Unheard voices: The involvement of children and vulnerable people in the family justice system, » [2015] Fam Law 895; Tali Gal et Benedetta Durmay, éd., *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, New York, Oxford University Press, 2015; Aisling Parkes, *Children and International Human Rights Law: The Right of Children to be Heard*, London, Routledge, 2013.

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Interpréter l'article 12

En 2009, le Comité des droits de l'enfant a publié l'*Observation générale n° 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, qui donne des indications sur l'interprétation de l'article 12.

L'article 12 est rédigé de telle façon qu'il impose aussi peu de restrictions que possible à la participation des enfants. À titre d'exemple, le paragraphe 12(1) ne limite pas les questions sur lesquelles les enfants devraient être consultés. Dans le même ordre d'idées, même si l'article garantit le droit d'être entendu seulement à un enfant « capable de discernement », cette capacité doit recevoir une interprétation généreuse : le Comité suggère que les États présument qu'un enfant est capable de discernement. De plus, cette capacité n'est pas déterminée par l'âge et le Comité dissuade les États d'adopter un âge limite relativement à la participation des enfants. La capacité ne signifie pas qu'un enfant doit avoir une connaissance approfondie de tous les aspects de la question en cause; une compréhension suffisante de la question est acceptable.

Le Comité fait valoir que l'article 12 impose aussi des obligations aux États pour faire en sorte que le droit de participer d'un enfant soit exercé. Il ne suffit pas de permettre aux enfants d'exprimer leurs opinions. Les États doivent venir en aide aux enfants qui éprouvent de la difficulté à faire entendre leurs opinions, comme les enfants handicapés et issus de minorités, en plus de protéger les enfants qui font connaître leurs opinions, comme

les enfants victimes qui témoignent dans des instances criminelles. L'environnement dans lequel les enfants expriment leurs opinions est important : les lieux qui ne sont pas accessibles ou qui ne sont pas adaptés aux enfants empêchent que les opinions des enfants soient correctement entendues. En dernier lieu, pour exercer convenablement leur droit, les enfants doivent être informés du contexte dans lequel leurs opinions sont entendues; on doit leur donner notamment de l'information au sujet de la nature de l'instance et de toutes les décisions possibles qui peuvent en découler.

L'article 12 exige que les opinions des enfants soient entendues et prises en considération. L'importance accordée aux opinions d'un enfant dépend de son âge et de sa maturité. Pour les besoins de l'article 12, la maturité signifie la capacité qu'a un enfant d'exprimer ses opinions d'une manière raisonnable et indépendante. La maturité doit également être appréciée en fonction de la question en cause : plus l'incidence d'une décision est grande pour un enfant, plus l'évaluation de sa maturité devient pertinente.

Le paragraphe 12(2) prescrit que les enfants doivent avoir la possibilité d'être entendus dans « toute » procédure les intéressant. Le Comité a dressé une liste non exhaustive d'instances judiciaires dans lesquelles les opinions des enfants pourraient être entendues, y compris celles qui concernent « la séparation des parents, la garde, la prise en charge et l'adoption, les enfants en conflit avec la loi, les enfants victimes de violence physique ou psychologique, de sévices sexuels ou d'autres crimes, les soins de santé, la sécurité sociale, les enfants non accompagnés, les enfants demandeurs d'asile ou réfugiés et les enfants victimes de conflits armés et d'autres situations d'urgence »⁶. Parmi les exemples de processus administratifs au cours desquelles les opinions des enfants

⁶ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, *Observation générale n° 12 (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu*, Document de l'ONU CRC/C/GC/12, paragraphe 10.

pourraient être prises en considération, on compte notamment « les décisions concernant l'éducation des enfants, leur santé, leur environnement, leurs conditions de vie ou leur protection »⁷. Toutefois, le Comité a précisé que les « principales questions » sur lesquelles l'enfant doit être entendu sont le divorce et la séparation, le fait d'être séparé de ses parents et la protection de remplacement, l'adoption, l'enfant délinquant ainsi que l'enfant victime et l'enfant témoin. Le Comité a également fait remarquer que les droits de participation des enfants s'appliquent aussi à la médiation et aux mécanismes de règlement des conflits.

Le paragraphe 12(2) prévoit que les enfants peuvent être entendus soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un représentant. Le Comité recommande qu'on donne aux enfants la possibilité d'être entendus directement, dans la mesure du possible. Si un enfant est entendu par l'intermédiaire d'un représentant, celui-ci ne doit pas se trouver en conflit d'intérêts.

En dernier lieu, il est important de reconnaître que l'article 12 confère le droit d'exprimer des opinions, mais qu'il n'impose pas l'obligation de le faire. Par conséquent, les enfants ont le droit de ne pas exercer leur droit d'être entendus. Ils ne devraient pas être forcés d'exprimer leurs opinions au sujet de questions qui les concernent.

Relation entre l'article 12 et l'article 3

L'*Observation générale n° 12* du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies précise également comment les droits conférés à l'article 12 interagissent avec d'autres droits que contient la CDE, y compris ceux qui sont énoncés à l'article 3. L'article 3 prévoit notamment ce qui suit :

⁷ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, *Observation générale n° (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu*, Doc. UN CRC/C/GC/12, paragraphe 10.

Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Certains exégètes ont laissé entendre que l'article 3 pouvait être interprété de telle manière à éclipser les droits énoncés à l'article 12. Plus particulièrement, d'aucuns ont fait valoir qu'il pourrait être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant d'entendre ses opinions, étant donné qu'il pourrait ainsi être mêlé à un litige mettant en cause ses parents ou un autre pourvoyeur de soins; pour ce motif, on ne devrait donc pas solliciter leurs opinions et leurs désirs⁸. Le Comité rejette cette façon de voir et ne perçoit pas de tension entre les deux articles. Selon son interprétation, les articles 12 et 3 se renforcent mutuellement : on favorise l'intérêt supérieur de l'enfant si on écoute ses opinions et si on en tient compte. À l'inverse, refuser à l'enfant la possibilité d'être entendu risquerait d'enfreindre l'article 3.

Bien que la façon dont les enfants participent à des instances judiciaires suscite des préoccupations légitimes et compte tenu du fait que les enfants ne devraient jamais faire l'objet de pressions pour qu'ils expriment leurs opinions ou leurs préférences, une recherche abondante nous apprend que le fait de permettre aux enfants de faire part de leurs points de vue favorise leur bien-être en plus d'être nécessaire pour protéger leurs droits. Entendre les enfants procure souvent aux juges, aux médiateurs, aux avocats et aux parents de l'information d'une importance cruciale au sujet de leur intérêt supérieur. La recherche laisse entendre que les enfants obtiennent généralement de meilleurs résultats s'ils sentent qu'ils ont un « mot à dire » dans le processus de règlement d'un litige familial⁹.

⁸ Cet argument a été étudié de façon approfondie et a été rejeté dans l'ouvrage d'Aisling Parkes intitulé *Children International Human Rights Law: The Right of Children to be Heard*, London, Routledge, 2013, 58.

⁹ Pour faire un tour d'horizon de la documentation en sciences sociales sur les rencontres judiciaires et sur la participation des enfants au processus de règlement d'un litige familial,

III. ÉTUDE DES DROITS DE PARTICIPATION DES ENFANTS AU CANADA

Dans le présent chapitre du rapport, nous allons examiner les droits de participation des enfants au Canada dans les contextes juridiques dans lesquels ces droits sont le plus fréquemment exercés. Le droit des enfants d'être entendus dans les affaires qui les concernent a été reconnu dans la législation ainsi que par des décideurs judiciaires et administratifs. Le présent chapitre aborde la question de savoir comment les voix des enfants sont entendues dans différents contextes juridiques et dans l'ensemble des provinces et des territoires au Canada. Nous porterons une attention particulière à l'interprétation et à l'application de l'article 12 par les décideurs dans le contexte familial. Le présent chapitre est divisé selon les domaines juridiques dans lesquels l'importance des opinions des enfants a été reconnue : les litiges familiaux après la séparation des parents, la protection de l'enfance, la santé, l'adoption, la justice pour les adolescents, les enfants victimes et témoins, l'immigration et les demandes d'asile ainsi que les processus relatives à l'éducation.

A. LITIGES FAMILIAUX APRÈS UNE SÉPARATION

Un domaine dans lequel le droit qu'ont les enfants d'être entendus a été systématiquement reconnu est celui des litiges à propos de la garde et de l'accès après une séparation des parents¹⁰. Au Canada, les règles juridiques qui régissent les droits des parents séparés

consulter Rachel Birnbaum, Nicholas Bala et Francine Cyr, « Children's Experiences with Family Justice Professionals In Ontario and Ohio » (2011) 25 *Inter. J. L. Pol. & Fam.* 398; Rachel Birnbaum et Michael Saini, « A Scoping Review of Qualitative Studies on the Voice of The Child in Child Custody Disputes » (2013) 20 *Childhood* 260; Joan B. Kelly et Mary Kay Kisthardt, « Helping Parents Tell Their Children about Separation and Divorce: Social Science Frameworks and the Lawyer's Counseling Responsibility » (2009) 22 *J. Am. Acad. Mat. L.* 1401.

¹⁰ La *Loi sur le divorce* du Canada et une bonne partie de la législation provinciale et territoriale font appel aux notions traditionnelles de « garde » et d'« accès » pour décrire les « droits » parentaux après une séparation, et c'est cette terminologie qui est employée dans le présent

varient selon que les parents étaient mariés ou non. Dans le cas de parents mariés qui demandent le divorce, la loi applicable est la *Loi sur le divorce* du Canada. En ce qui concerne les parents non mariés, ce sont les lois provinciales ou territoriales qui s'appliquent.

« *L'intérêt supérieur de l'enfant* » comprend les « *opinions et les préférences* » de l'enfant

La majorité des parents qui se séparent ou qui divorcent s'entendent sur la garde et l'accès sans l'intervention d'un juge, que ce soit dans le cadre d'une discussion directe sans formalités entre eux, d'une négociation entre avocats ou par la médiation. La possibilité que les enfants de ces familles soient consultés sur ces questions dépend de l'attitude des parents et de la façon de procéder des professionnels, comme les avocats et les médiateurs, qui peuvent leur prêter assistance. Dans les cas où un juge est appelé à rendre une décision en matière de garde ou d'accès, le principal facteur dont il doit tenir compte, que ce soit en application de la *Loi sur le divorce* ou d'une loi provinciale ou territoriale, est « l'intérêt supérieur » de l'enfant. Le droit canadien reconnaît depuis longtemps que les opinions des enfants sont pertinentes quand il s'agit d'apprécier leur « intérêt supérieur ». Dans la plupart des provinces et des territoires, la loi enjoint expressément aux juges de tenir compte des opinions et des préférences de l'enfant dans le but de déterminer son « intérêt

document. Toutefois, il y aurait beaucoup à dire en faveur de termes davantage axés sur l'enfant comme « plans de parentage », « temps de parentage » et « responsabilités parentales ». La Colombie-Britannique et l'Alberta ont promulgué des lois qui font appel à de nouvelles notions; voir Nicholas Bala, « Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law » (2015) 40:2 Queen's L. J., 425-482.

supérieur » qui servira de fondement à l'ordonnance sur la garde ou l'accès¹¹. À titre d'exemple, l'alinéa 37(2)b) du *Family Law Act* de la Colombie-Britannique prescrit que le tribunal, lorsqu'il détermine l'intérêt supérieur d'un enfant avant de rendre une ordonnance de parentage ou de statuer sur l'accès, doit prendre en considération l'ensemble des besoins et de la situation de l'enfant, y compris [TRADUCTION] « les opinions de l'enfant, sauf s'il ne serait pas approprié d'en tenir compte »¹². Dans quelques provinces et territoires, la loi est encore plus dirigiste et elle oblige les tribunaux à prendre en considération les opinions et les préférences de l'enfant lorsqu'ils rendent une ordonnance sur la garde ou l'accès. À l'Île-du-Prince-Édouard, par exemple, le paragraphe 8(1) du *Custody Jurisdiction and Enforcement Act* prévoit que dans toute demande en vertu de cette loi, [TRADUCTION] « le tribunal doit, dans la mesure du possible, prendre en considération les opinions et les préférences de l'enfant si celui-ci est capable de les exprimer »¹³.

La *Loi sur le divorce* est la seule qui ne prévoit pas expressément que les opinions et les préférences doivent être entendues avant qu'une ordonnance sur la garde ou l'accès soit rendue dans l'intérêt supérieur d'un enfant. Le paragraphe 16(8) de la Loi prescrit que « l'intérêt supérieur » de l'enfant doit être le seul facteur pris en considération dans une ordonnance octroyant la garde ou l'accès. Toutefois, selon l'interprétation qu'en ont constamment faite les juges, « l'intérêt supérieur » dont fait mention cette disposition doit être établi en prenant en considération les points de vue et les préférences de l'enfant¹⁴.

¹¹ Au Québec, l'article 34 du *Code civil du Québec* prévoit que les enfants doivent être entendus dans le cadre de toutes les instances qui les concernent, non seulement les instances en matière familiale : *Code civil du Québec*, R.L.R.Q. 1991, c. C-64, article 34.

¹² *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, alinéa 37(2)b). Voir aussi par exemple la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. C-12, alinéa 24(2)b).

¹³ *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33, paragraphe 8(1).

¹⁴ On trouvera une étude de la jurisprudence sur le point de vue de l'enfant dans les affaires instruites en vertu de la *Loi sur le divorce* ainsi qu'un projet de modification de la Loi pour

Les opinions et les préférences des enfants ne sont pas nécessairement déterminantes

Même si les opinions et les préférences des enfants sont un facteur important lorsqu'il s'agit de décider les dispositions à prendre relativement à la garde et à l'accès dans l'intérêt supérieur d'un enfant, elles ne sont pas l'unique facteur. Et elles ne sont pas nécessairement déterminantes. La valeur probante à accorder aux désirs d'un enfant dépend de facteurs comme l'âge, la maturité et la motivation¹⁵. Le juge R. James Williams, de la Division de la famille de la *Supreme Court* de la Nouvelle-Écosse, suggère un certain nombre de facteurs que les juges devraient prendre en considération lorsqu'ils apprécient la signification des désirs d'un enfant :

[TRADUCTION]

- a) le fait que les deux parents sont capables de fournir des soins adéquats [c'est-à-dire s'il n'y a pas de choix véritable en matière de garde, les désirs de l'enfant peuvent ne pas avoir autant d'importance];
- b) la mesure à laquelle les désirs sont clairs et non équivoques;
- c) la mesure à laquelle leur expression est éclairée;
- d) l'âge de l'enfant;
- e) son degré de maturité;
- f) l'intensité du désir;
- g) la durée de la période pendant laquelle la préférence a été exprimée;
- h) les considérations d'ordre pratique;
- i) l'influence du ou des parents sur le désir ou la préférence exprimé;
- j) le contexte global;

qu'elle se conforme de plus près à l'article 12 dans l'ouvrage de Nicholas Bala, « Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law », (2015) 40:2 Queen's L. J., pages 425 à 482.

¹⁵ Nicholas Bala, « The Voice of Children in Alberta Family Law Cases » (document présenté devant la Legal Education Society of Alberta for Children's Lawyers à Calgary et Edmonton, avril 2005), p. 1 [inédit].

k) les circonstances qui ont donné lieu à la préférence du point de vue de l'enfant¹⁶.

Même si les mesures législatives sur la garde et l'accès n'imposent aucune restriction quant à l'âge pour ce qui est de la capacité d'un enfant d'exprimer ses désirs, les tribunaux canadiens ont jugé déraisonnable de s'attendre à ce qu'un enfant de 5 ans ou moins puisse exposer ses opinions et ses préférences¹⁷. Comme nous le verrons ci-dessous, les tribunaux ont aussi reconnu une limite supérieure en ce qui concerne l'âge, après laquelle il serait futile de ne pas acquiescer aux désirs d'un enfant.

Les juges qui rendent des ordonnances sur la garde ou l'accès doivent également se demander si les opinions et les préférences d'un enfant ont été formées de manière indépendante. Un enfant peut être indûment poussé à rejeter un parent en raison de la conduite aliénante de l'autre parent. Les enfants peuvent aussi exprimer des opinions et des préférences qui sont contraires à leur intérêt supérieur. Dans l'arrêt *Jespersen v. Jespersen*¹⁸, un garçon de 12 ans avait exprimé le désir de vivre avec son père. Le garçon éprouvait des difficultés scolaires et sa mère jouait un rôle clé en s'assurant qu'il fasse des efforts à l'école, ce qui causait une tension émotionnelle chez le garçon. Le juge de première instance a statué que c'est cette tension qui inspirait le désir exprimé par l'enfant de vivre avec son père, et il a ordonné que la mère continue d'exercer la garde en dépit des opinions du garçon. Dans le cas des enfants plus jeunes, les juges sont plus enclins à ne pas tenir compte de leurs désirs qui ne sont pas dans leur intérêt supérieur.

¹⁶ R.J. Williams, « If Wishes Were Horses Then Beggars Would Ride » (document présenté à l'Institut national de la magistrature dans le cadre du Programme de droit de la famille, Halifax, février 1999).

¹⁷ Voir par exemple *Houle v. Poulin*, 1998 CarswellOnt 556 (Ont. Prov. Div.).

¹⁸ (1985), 48 R.F.L. (2d) 193 (B.C.C.A.).

Une fois que les enfants atteignent l'âge de 12 ou 13 ans, ils peuvent être plus enclins à « voter avec leurs pieds », et bien des parents séparés permettent en fait à leurs enfants de cet âge ou plus vieux de jouer un rôle important ou déterminant dans leurs conditions d'hébergement. De plus, les juges reconnaissent qu'il peut être difficile de faire exécuter une ordonnance de garde ou d'accès qui va à l'encontre des désirs de l'enfant. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *O'Connell v. McIndoe*, [TRADUCTION] « pour que les ordonnances de garde concernant des enfants à l'adolescence soient utiles dans la pratique, elles doivent être raisonnablement conformes aux désirs de l'enfant »¹⁹. Toutefois, dans les cas où les tribunaux croient qu'il y a eu aliénation parentale ou manipulation des opinions de l'enfant, ils peuvent être disposés à rendre des ordonnances à l'égard d'enfants jusqu'à l'âge de 15 ans ou plus dans le but de favoriser les intérêts de l'enfant et de changer l'attitude et le comportement du parent aliénant²⁰.

Moyens d'entendre les enfants dans les instances en matière de garde et d'accès

Il existe de nombreux moyens à la disposition d'un tribunal pour recevoir de la preuve au sujet des opinions et des préférences des enfants dans les instances en matière de garde et d'accès. Bala et Hebert ont dressé la liste qui suit :

- Preuve par oui-dire relatée par un témoin, y compris un parent, un travailleur social ou un enseignant;

¹⁹ 1998 CarswellBC 2223 (B.C.C.A.), paragraphe 13.

²⁰ Voir *S.G.B. v. S.J.L.*, [2010] O.J. 3738, 2010 ONCA 578; *Godard v Godard*, 2015 ONCA 568.

- Un enregistrement vidéo ou une bande sonore d'une entrevue avec un enfant;
- Des déclarations écrites d'un enfant sous forme de lettres ou d'affidavits;
- Un rapport ou le témoignage d'un travailleur social ou d'un spécialiste de la santé mentale dans le cadre d'une évaluation du dossier;
- Un rapport d'un avocat, d'un travailleur social ou d'un psychologue qui a réalisé une entrevue (ou plus d'une entrevue) et qui a préparé un *Rapport sur le point de vue de l'enfant*;
- L'avocat d'un enfant;
- Le témoignage de l'enfant devant la cour;
- Une rencontre ou une entrevue dans le cabinet du juge²¹.

Certaines de ces méthodes de présentation de la preuve par des enfants sont prévues par la loi et d'autres ont été élaborées par la jurisprudence. Les sections qui suivent du présent document résument l'état du droit sur l'admission de la preuve des enfants dans les instances en matière de garde et d'accès partout au Canada. Certaines de ces méthodes, comme les entrevues par les juges, sont plus controversées que d'autres. Même si nous allons cerner les problèmes que suscitent les diverses méthodes qu'il est possible d'employer pour produire une preuve par un enfant, l'analyse approfondie de chaque méthode ne relève pas de la portée du présent document.

En dernier lieu, il est important de signaler que, même si chaque administration au Canada prévoit que les opinions et les préférences des enfants doivent être entendues dans les instances sur la garde et l'accès, les enfants ne sont pas toujours entendus en réalité. Une étude réalisée en 2010 sur les décisions canadiennes publiées qui avaient été rendues

²¹ Nicholas Bala et Patricia Hebert, « Views, Perspectives and Experiences of Children in Family Cases » (document présenté dans le cadre du programme de l'Institut national de la magistrature sur les entrevues avec des enfants dans le cadre du Programme national de droit de la famille, juillet 2014), [inédit] pages 3 et 4.

à l'issue de litiges sur la garde et l'accès a conclu que seulement 45 % des décisions faisaient mention, d'une façon ou d'une autre, d'une preuve concernant les opinions et les préférences des enfants²². De plus, la façon dont les parents, leurs avocats et les médiateurs prennent connaissance des opinions des enfants dans les causes qui ne sont pas décidées par un juge est elle aussi très problématique.

Évaluations

Dans chaque province et territoire au Canada, un juge qui est saisi d'un litige sur la garde et l'accès a le pouvoir de rendre une ordonnance exigeant l'intervention d'une tierce partie indépendante, généralement un travailleur social ou un spécialiste de la santé mentale, pour qu'elle évalue la cause et présente un rapport à la cour. Dans certaines régions, comme au Nouveau-Brunswick, c'est la législation provinciale ou territoriale sur la garde et les droits d'accès qui donne le pouvoir d'ordonner une évaluation. Dans d'autres, ce pouvoir est conféré par une loi distincte, habituellement une mesure législative qui régit la procédure de la cour. La loi qui autorise un juge à ordonner une évaluation dépend de l'échelon du système judiciaire. Par exemple, au Manitoba, les tribunaux provinciaux exercent cette compétence en vertu de la *Loi sur l'obligation alimentaire*, tandis que les tribunaux supérieurs sont régis par la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*. Les tribunaux supérieurs peuvent également ordonner des évaluations en vertu de leur compétence inhérente *parents patriae*²³.

Les entrevues avec les enfants et l'observation des interactions parent-enfant sont un aspect important du processus de l'évaluation. Certaines lois précisent que l'un des

²² Noel Semple, « The Silent Child: A Quantitative Analysis of Children's Evidence in Canadian Custody and Access Cases », (2010) 29 Can. Fam. L.Q. 7.

²³ *Christopher v. Christopher*, [1987] W.D.F.L. No. 146 (Nfld. T.D.)

objectifs de l'évaluation est d'établir avec précision les opinions et les préférences de l'enfant. À titre d'exemple, le *Family Law Act* de la Colombie-Britannique prévoit qu'un juge peut demander à un évaluateur de lui présenter un rapport sur [TRADUCTION] « les opinions d'un enfant »²⁴. En Alberta, en vertu de la *Practice Note 8*, les tribunaux supérieurs peuvent ordonner une [TRADUCTION] « évaluation de la capacité de parentage », laquelle peut se pencher sur les désirs des enfants²⁵. Même dans les provinces et les territoires où la législation n'est pas précise à ce sujet, les opinions et les préférences de l'enfant, si elles sont déterminables par un spécialiste de la santé mentale, seront invariablement incluses dans le rapport d'évaluation.

Les évaluations contiennent habituellement les observations de l'évaluateur au sujet de l'enfant ainsi que de ses opinions et de ses préférences (si on tient pour acquis que l'enfant est assez vieux pour les communiquer). Mais les autorités provinciales et territoriales divergent sur la question de savoir si les rapports d'évaluation devraient contenir des recommandations au sujet de l'arrangement de parentage qui serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le paragraphe 29(6) de la *Loi sur le droit de l'enfance* des Territoires du Nord-Ouest prévoit qu'un évaluateur « ne peut faire de recommandation quant à la personne à qui le tribunal devrait accorder la garde ou un droit de visite »²⁶. Par contre, dans la plupart des provinces, que ce soit en vertu de la loi ou de la pratique, il est courant que les rapports d'évaluation contiennent des recommandations. À titre d'exemple, en Ontario, la *Loi sur les tribunaux judiciaires* prévoit qu'un représentant du Bureau de

²⁴ *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, alinéa 211(1)b).

²⁵ Court of Queen's Bench of Alberta, « Family Law Practice Note 8: Parenting Time/Parenting Responsibilities Assessments », en ligne : Alberta Courts <<https://albertacourts.ca/docs/default-source/Court-of-Queen's-Bench/pn8-bi-lateral-assessment--final.pdf?sfvrsn=0>>.

²⁶ *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, c. 14, paragraphe 29(6).

l'avocat des enfants, après « enquête », « peut [...] faire rapport et faire des recommandations au tribunal sur tout ce qui concerne la garde [...] de l'enfant ou le droit de visite »²⁷. Dans le même ordre d'idées, en Alberta, des évaluateurs désignés par le tribunal (des [TRADUCTION] « experts en parentage ») doivent [TRADUCTION] « prêter assistance [...] au tribunal en lui présentant une recommandation objective et impartiale sur un arrangement de parentage et de garde qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant »²⁸.

Les évaluations sont un moyen courant et important de faire entendre indirectement la voix des enfants dans le cadre d'instances sur la garde et l'accès. Mais les évaluations sont coûteuses et elles peuvent retarder le règlement du litige. Dans certaines provinces, comme l'Alberta, le Manitoba et l'Ontario, le gouvernement peut payer une évaluation ordonnée par le tribunal, du moins pour les plaideurs à faible revenu. Cependant, les ressources gouvernementales sont limitées et seuls les plaideurs qui touchent un revenu plus élevé peuvent se permettre une évaluation. En Ontario, le Bureau de l'avocat des enfants (le BAE) ne facture pas les évaluations (qu'on appelle des explorations cliniques), mais pour des raisons d'ordre budgétaire, il refuse d'intervenir dans un nombre important de dossiers dans lesquels un tribunal a rendu une ordonnance demandant que le BAE intervienne. Donc, dans bien des cas, à moins que les parents soient capables de payer l'évaluation et qu'ils soient disposés à le faire, aucune évaluation n'est produite. Et en réalité, la plupart des parents ne peuvent pas se permettre le coût de ces rapports.

Avocat de l'enfant

Une deuxième méthode qui sert à faire connaître les opinions et les préférences d'un enfant dans une instance en matière de garde et de droits d'accès consiste à désigner un avocat à

²⁷ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C-43, paragraphe 112(1).

²⁸ *U. (A.J.) v. U. (G.S.)*, 2015 ABQB 6.

l'enfant. Le pouvoir de nommer un avocat à l'enfant peut être prévu dans la législation provinciale ou territoriale sur la garde et les droits d'accès²⁹ ou dans une autre loi³⁰. En l'absence d'un pouvoir prévu par la loi, les tribunaux supérieurs peuvent s'en remettre à leur compétence inhérente *parens patriae* afin de désigner un avocat à un enfant³¹.

Quelques administrations offrent une représentation payée par le gouvernement aux enfants en cause dans des litiges sur la garde et l'accès. En Ontario, qui propose le programme le plus exhaustif en matière de représentation de l'enfant au Canada, les demandes judiciaires de représentation d'un enfant sont adressées au Bureau de l'avocat des enfants qui, dans des affaires de garde et d'accès, décide s'il doit désigner un avocat, entreprendre une enquête clinique, faire les deux ou ne faire ni l'un ni l'autre. Un avocat payé par le gouvernement pour défendre les enfants est également prévu dans la *Loi sur les droits de l'enfance* du Yukon³² et dans celle des Territoires du Nord-Ouest. Dans certaines provinces, dont l'Alberta et le Québec, il n'est pas rare qu'un avocat soit nommé pour représenter l'enfant et qu'il soit payé par l'Aide juridique³³. Dans d'autres provinces, toutefois, comme Terre-Neuve-et-Labrador, l'Aide juridique ne fournit pas d'avocat à un enfant dans les affaires qui mettent en cause des parents séparés³⁴.

La plupart des lois ne donnent aucune indication quant au moment où un avocat doit être désigné pour représenter un enfant. Le *Family Law Act* de la

²⁹ Voir le *Family Law Act*, S.A. 2003, c. F-4.5, paragraphe 95(3).

³⁰ Voir la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C-43, paragraphe 89(3.1).

³¹ Voir par exemple *Kalaserk v. Nelson*, 2005 NWTSC 4, paragraphe 19.

³² *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31, article 168.

³³ Nicholas Bala et Patricia Hebert, « Views, Perspectives and Experiences of Children in Family Cases » (document présenté dans le cadre du programme de l'Institut national de la magistrature sur les entrevues avec des enfants dans le cadre du Programme national de droit de la famille, juillet 2014), [inédit], paragraphe 26. Voir aussi le *Code de procédure civile* du Québec, R.L.R.Q. c. C-25, article 394.1.

³⁴ Voir par exemple *M. B.-W. v. R.Q.*, 2015 NLCA 28.

Colombie-Britannique et la *Loi sur le droit de l'enfance* du Yukon sont les exceptions. La loi de la Colombie-Britannique prévoit que le tribunal peut nommer un avocat pour représenter les intérêts d'un enfant quand :

[TRADUCTION]

- a) le degré de conflit entre les parties est si élevé qu'il nuit considérablement à la capacité des parties d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et
- b) il est nécessaire de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant³⁵.

Au Yukon, la décision de nommer un avocat payé par le gouvernement pour représenter un enfant dans une instance sur la garde et les droits d'accès revient au Bureau du tuteur et curateur public³⁶. En vertu de la *Loi sur le droit de l'enfance*, lorsqu'il décide qu'une représentation distincte des enfants est nécessaire, le tuteur public doit tenir compte des facteurs suivants :

- (i) de la capacité de l'enfant de comprendre l'instance,
- (ii) de la possibilité de l'existence et, le cas échéant, de la nature d'un conflit entre les intérêts de l'enfant et l'intérêt d'une partie à l'instance,
- (iii) de la question de savoir si les parties à l'instance produiront ou produisent devant le juge ou le tribunal toute la preuve pertinente qui peut être raisonnablement produite relativement aux intérêts de l'enfant³⁷.

Dans les provinces et les territoires où la loi est muette sur la question de l'opportunité de désigner un avocat à un enfant, les juges ont pris en considération des facteurs semblables à ceux qui sont énumérés dans les lois de la Colombie-Britannique et du Yukon. Les tribunaux ont statué qu'ils devaient ordonner qu'un enfant soit représenté

³⁵ *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, article 203.

³⁶ *Loi sur le droit de l'enfance*, L.R.Y. 2002, c. 31, paragraphe 168(2). Toutefois, l'alinéa 168(5)a) exige que le Bureau « examine les avis ou les recommandations du juge ou du tribunal devant lequel les instances ont lieu ».

³⁷ *Loi sur le droit de l'enfance*, R.S.Y. 2002, c. 31, alinéa 168(5)b).

seulement quand : (1) il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant³⁸; (2) les parents ne peuvent pas adéquatement représenter les intérêts de l'enfant³⁹; (3) l'enfant peut mandater un avocat⁴⁰. Suivant ces lignes directrices, des cours d'appel ont statué qu'on ne devrait normalement pas désigner de représentant à un enfant dans les instances sur la garde et les droits d'accès, et certaines décisions laissent entendre que cela devrait être « rare ». La Court of Appeal de l'Alberta, par exemple, a décidé que dans les instances en matière de garde et d'accès, la présomption devrait être défavorable à la nomination d'un avocat à l'enfant⁴¹.

Il existe une controverse au Canada en ce qui concerne le rôle approprié que devraient jouer les avocats des enfants dans les litiges sur la garde et l'accès. Les avocats peuvent jouer le rôle traditionnel de défenseurs en suivant les directives de leur client enfant et en faisant valoir sa position. L'avocat peut aussi agir comme tuteur à l'instance et défendre une position qui correspond à ce que l'avocat estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant. En dernier lieu, l'avocat de l'enfant peut jouer le rôle d'ami de la cour en s'abstenant de prendre position et en se contentant de faire la preuve des opinions et des préférences de l'enfant devant la cour. Le rôle de l'avocat varie selon la province ou le territoire. Au Québec, la Cour d'appel a établi que les avocats doivent assumer le rôle de défenseur au nom des enfants en cause dans des litiges sur la garde et les droits d'accès, dans la mesure où ceux-ci peuvent mandater un avocat⁴². En Ontario, le Bureau de l'avocat des enfants a adopté une politique qui accorde une plus grande discrétion aux avocats;

³⁸ *Lafferty v. Angiers*, 2013 NWTSC 3, paragraphe 16.

³⁹ *Puszczak v. Puszczak*, 2005 ABCA 426, paragraphes 10 et 11; *Strobridge v. Strobridge* (1994), 18 O.R. (3d) 753 (Ont. C.A.); *M. B.-W. v R.Q.*, 2015 NLCA 28.

⁴⁰ *Wagner v. Melton*, 2012 NWTSC 41, paragraphe 7.

⁴¹ *Puszczak v. Puszczak*, 2005 ABCA 426.

⁴² *F. (M.) c. L. (J.)* (2002), 211 D.L.R. (4th), 350 (Qué. C.A.).

l'avocat doit faire en sorte que le tribunal soit mis au courant des désirs de l'enfant, mais il peut défendre une position qui favorise les intérêts de l'enfant, même si cette position n'est pas compatible avec les désirs de l'enfant⁴³. En pratique, de nombreux avocats adaptent leur façon de procéder dans les différentes causes, ils prennent davantage en considération les directives de l'enfant si celui-ci est plus vieux et plus mature et ils en tiennent moins compte si l'enfant souhaite une issue qui pourrait lui être préjudiciable⁴⁴. De plus, en pratique, les avocats des enfants jouent souvent un rôle important en essayant d'encourager les parents à régler leur litige sans procès, ce qui est fréquemment ce que les enfants désirent le plus.

Les avocats des enfants sont généralement chargés de saisir la cour des opinions et des préférences des enfants. Toutefois, deux cours d'appel (la Cour d'appel de l'Ontario et la Court of Appeal de l'Alberta) ont statué qu'à moins que les parties consentent, les avocats des enfants ne peuvent pas produire [TRADUCTION] « de la preuve recueillies à la table réservée aux avocats » au sujet des opinions et des préférences des enfants⁴⁵. Ces cours d'appel ont jugé que les opinions et les préférences des enfants devraient être exprimées devant le tribunal de première instance par un travailleur social ou un spécialiste de la santé mentale qui a interviewé l'enfant et qui peut témoigner au sujet de ce que

⁴³ Politique du Bureau de l'avocat des enfants de l'Ontario, le 3 avril 1995, révisée le 18 janvier 2001. Pour un exemple d'une cause dans laquelle l'avocat de l'enfant a défendu une position différente des désirs exprimés par son client en raison de préoccupations que suscitaient la manipulation de l'enfant par un parent, voir *Boukema v. Boukema*, [1997] O.J. 2903 (Ont. Sup. Ct.).

⁴⁴ Nicholas Bala, Rachel Birnbaum et Lorne Bertrand, « Controversy about the Role of Children's Lawyers: Advocate or Best Interest Guardian? Comparing Attitudes & Practices in Alberta & Ontario – Two Provinces with Different Policies », (2013) 51 Fam. Ct. Rev. 681.

⁴⁵ *Strobridge v. Strobridge*, [1994] O.J. No. 1247 (Ont. C.A.); *R.M. v. J.S.*, 2013 ABCA 441.

l'enfant a dit et des circonstances dans lesquelles l'enfant s'est exprimé et qui peut être contre-interrogé par toutes les parties.

Entrevues avec le juge

Un autre moyen de permettre aux enfants d'être entendus dans le cadre d'une procédure en matière de garde et d'accès consiste à leur faire rencontrer le juge en se rendant soit à la salle d'audience, soit au cabinet du juge.

Au Québec, l'article 34 du *Code civil du Québec* prévoit ce qui suit :

Le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent⁴⁶.

Cette disposition est couramment invoquée pour permettre aux enfants de rencontrer les juges, soit dans leur cabinet, soit dans la salle d'audience, mais toujours hors de la présence des parents⁴⁷.

Les entrevues avec les juges sont expressément prévues dans les lois du Nouveau-Brunswick⁴⁸, de Terre-Neuve-et-Labrador⁴⁹, des Territoires du Nord-Ouest⁵⁰ et de l'Ontario. Par exemple, le paragraphe 64(2) de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* prévoit ce qui suit : « Le tribunal peut s'entretenir avec l'enfant pour établir son

⁴⁶ *Code civil du Québec*, R.L.R.Q. 1991, c. C-64, article 34.

⁴⁷ Nicholas Bala, Rachel Birnbaum et Francine Cyr, « Judicial Interviews of Children in Canada's Family Courts », in Tali Gal et Benedetta Durmay, eds., *International Perspectives and Empirical Findings on Children Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, New York, Oxford University Press, 2015, p. 135.

⁴⁸ *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, paragraphe 6(3).

⁴⁹ *Children's Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. C-13, paragraphe 71(2).

⁵⁰ *Loi sur le droit de l'enfance*, L.T.N.-O. 1997, c. 14, article 83.

point de vue et ses préférences »⁵¹. Dans d'autres provinces, la jurisprudence a établi que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de s'entretenir avec les enfants⁵². Toutefois, sauf au Québec, les entrevues par les juges sont plutôt rares dans les instances en matière de garde et de droits d'accès.

Dans une décision rendue en 2004 par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, le juge Quinn a laissé entendre qu'on devrait tenir des entrevues avec les juges [TRADUCTION] « seulement en dernier recours » afin de déterminer avec précision les opinions et les préférences d'un enfant⁵³. D'autres juges de l'Ontario se sont dits inquiets du fait que les entrevues judiciaires en l'absence des parents pourraient nuire à [TRADUCTION] « l'apparence de justice » et porter atteinte au droit traditionnel des parents à l'application régulière de la loi⁵⁴. L'une des questions controversées en ce qui concerne les entrevues par les juges est celle de savoir si et comment les parents devraient obtenir une transcription de la rencontre avec l'enfant. Les exégètes et une partie de la jurisprudence publiée donnent à penser que les juges ont le pouvoir discrétionnaire de remettre aux parents un résumé des déclarations de l'enfant sans employer les mots exacts que l'enfant a utilisés, évitant ainsi le risque de mettre l'enfant dans l'embarras ou de nuire à sa relation avec un parent⁵⁵.

Toutefois, il semble maintenant y avoir une tendance graduelle vers l'acceptation croissante de cette pratique par les juges⁵⁶. En 2010, la juge Martinson, de la Cour suprême

⁵¹ *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, c. C-12, paragraphe 64(2).

⁵² Voir *Jandrisch v. Jandrisch* (1980), 16 R.F.L. (2d) 239 (Man. C.A.).

⁵³ *Stefureak v. Chambers*, 2004 CarswellOnt 4244, 6 R.F.L. (6th) 212 (Ont. S.C.J.).

⁵⁴ Voir *Jandrisch v. Jandrisch* (1980), 16 R.F.L. (2d) 239 (Man. C.A.).

⁵⁵ Nicholas Bala, Rachel Birnbaum, Francine Cyr et Denise McColley, « Children Voices in Family Court: Guidelines for Judges Meeting Children », (2013) 47:3 Fam. L.Q. 381.

⁵⁶ Nicholas Bala, Rachel Birnbaum et Francine Cyr, « Judicial Interviews of Children in Canada's Family Courts », in Tali Gal et Benedetta Durmay, éd., *International Perspectives and Empirical*

du territoire du Yukon, s'est demandée si elle devait interviewer un garçon âgé de 12 ans dans le but d'établir ses opinions et ses préférences, malgré le fait que ce territoire n'avait pas de disposition légales permettant expressément aux juges de réaliser des entrevues dans les litiges sur la garde et l'accès⁵⁷. Citant l'article 12 de la CDE, la juge Martinson s'est exprimée comme suit :

[TRADUCTION]

La loi reconnaît aux enfants le droit d'être entendu à toutes les étapes du processus judiciaire, y compris les conférences préparatoires judiciaires en matière familiale, les conférences de règlement et les audiences ou les procès devant le tribunal. Il faudrait effectuer un examen dans chaque affaire, ainsi qu'au début du processus, en vue de déterminer si l'enfant est apte à former sa propre opinion et, dans l'affirmative, s'il souhaite participer. Si l'enfant souhaite participer, il faudra ensuite établir la méthode par laquelle l'enfant va participer⁵⁸.

Bien que la juge Martinson ait refusé d'interviewer l'enfant dans l'affaire en question, elle a affirmé clairement qu'à son avis, non seulement les juges ont-ils le pouvoir discrétionnaire d'interviewer les enfants, mais ils ont également l'obligation de faire en sorte qu'on demande aux enfants s'ils aimeraient rencontrer le juge.

Rapports sur les opinions de l'enfant

Avec le coût et les délais qui sont associés aux évaluations et à la désignation de l'avocat ainsi que les préoccupations au sujet de l'application régulière de la loi et d'autres questions concernant les entrevues par les juges, on a de plus en plus recours à la préparation de rapports non évaluatifs sur les opinions de l'enfant (qu'on appelle aussi rapports sur la parole de l'enfant, sur les désirs de l'enfant ou sur le point de vue de l'enfant). Ces rapports, qui sont normalement préparés par un avocat ou un spécialiste de la santé mentale, font suite à une ou plusieurs entrevues avec l'enfant et ont pour objet de renseigner le tribunal

Findings on Children Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies, New York, Oxford University Press, 2015, 135.

⁵⁷ *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*, 2010 YKSC 44.

⁵⁸ *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*, 2010 YKSC 44, paragraphe 6.

quant au point de vue de l'enfant sur sa vie et sur les questions en litige⁵⁹. Les rapports sur le point de vue de l'enfant ont une portée beaucoup moins grande que les évaluations traditionnelles en matière de garde, mais ils sont beaucoup moins coûteux et prennent beaucoup moins de temps à réaliser. Même s'il y a des différences, il semblerait que la pratique la plus courante chez les professionnels qui préparent ces rapports consiste à ne pas exprimer d'opinion à propos des déclarations des enfants, mais plutôt à offrir à l'enfant de choisir les déclarations qui seront incluses dans le rapport à ses parents et à la cour.

On a commencé à se servir de ces rapports en Colombie-Britannique, qui a l'un des taux les plus bas d'évaluations complètes de la garde payées par le gouvernement, et on les utilise depuis en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, à Terre-Neuve-et-Labrador, au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse. Des rapports sur les opinions de l'enfant ont été demandés dans quelques causes en Ontario, bien que cette pratique y soit encore embryonnaire.

Même si aucune province ni territoire au Canada n'a adopté de loi qui prévoit expressément la préparation de rapports sur les opinions de l'enfant, les tribunaux ont ordonné la production de rapports de cette nature en invoquant leur pouvoir plus étendu d'ordonner des évaluations. Au moins deux juges au Nouveau-Brunswick et un en Nouvelle-Écosse se sont fondés sur l'article 12 de la CDE et ont statué que cette disposition leur conférerait ce pouvoir⁶⁰. Ces décisions reconnaissent que les rapports sur le point de vue de l'enfant peuvent jouer un rôle important en protégeant le droit de l'enfant d'être entendu.

⁵⁹ Rachel Birnbaum, Nicholas Bala et John Paul Boyd, « The Canadian Experience with Views of the Child Reports: A Valuable Addition to the Toolbox? », *International Journal of Policy, Law and the Family* [à paraître en 2016].

⁶⁰ *D. (K.R.) v. K. (C.K.)*, 2013 NBQB 211 (juge Walsh); *S. (M.A.) c. S. (J.S.)*, [2012] A.N.-B. 285 (juge Baird); *John v John*, 2012 NSSC 324 (juge Jollimore).

Autre preuve des opinions et des préférences des enfants

Il existe d'autres moyens d'entendre les enfants qui sont en cause dans un litige en matière de garde et de droits d'accès, notamment faire témoigner l'enfant devant la cour, admettre des déclarations écrites de l'enfant ou présenter des déclarations de l'enfant sur enregistrement sonore ou vidéo. Il est très rare qu'un enfant témoigne dans des instances sur la garde et l'accès. Les juges se soucient du préjudice affectif que pourraient subir les enfants appelés à témoigner en audience publique, à témoigner en présence de leurs parents et à être contre-interrogés. Lorsqu'un parent demande qu'un enfant témoigne, comme il arrive parfois dans les cas d'aliénation, les juges ont le pouvoir de refuser de délivrer une assignation à l'enfant ou d'empêcher que celui-ci témoigne si le juge l'estime nécessaire pour protéger les intérêts de l'enfant⁶¹.

Étant donné que les enfants témoignent rarement dans les affaires de garde et de droits d'accès, les juges sont plus enclins à recevoir la preuve de déclarations faites hors cour par un enfant. Vu qu'une partie de cette preuve est par ouï-dire, elle est assujettie aux deux exigences générales « de la nécessité et de la fiabilité » énoncées dans l'arrêt *R. c. Khan*⁶². La preuve d'expert, y compris l'avis d'un évaluateur en matière de garde, même si elle est fondée sur les déclarations de l'enfant, n'est théoriquement pas de l'ouï-dire. Une autre exception est la preuve des désirs des enfants qu'on admet pour établir « l'état d'esprit » de l'enfant, plutôt que la véracité de la déclaration. Les juges ont depuis

⁶¹ Ce pouvoir peut être exercé non seulement par les juges des cours supérieures nommés par le gouvernement fédéral qui ont le pouvoir inhérent *parens patriae* de favoriser l'intérêt supérieur des enfants, mais il peut également être exercé par les juges de nomination provinciale en invoquant les compétences qui leur permettent d'exercer le contrôle des instances : *Dudman v. Dudman*, [1990] O.J. 3246 (Prov. Ct.), juge Felstiner.

⁶²[1990] 2 R.C.S. 531. Voir le chapitre C du présent document pour un débat plus approfondi à ce sujet.

longtemps recours à cette exception à la règle de l’ouï-dire pour permettre aux témoins adultes dans des affaires de garde et d’accès de faire une déposition concernant les désirs d’un enfant⁶³. Toutefois, lorsque l’adulte qui témoigne au sujet des désirs de l’enfant est un parent ou une partie intéressée, les juges ont refusé d’admettre une preuve de cette nature ou ils y ont accordé très peu de poids; les juges se méfient de la fiabilité de ce type de preuve⁶⁴ ainsi que des conséquences qu’aurait la possibilité pour les parents de témoigner au sujet des déclarations d’un enfant, ce qui serait de nature à encourager les parents à faire intervenir les enfants dans un litige sur la garde⁶⁵.

Quand un avocat ou un parent tente de produire le témoignage d’un enfant pour prouver un fait contesté dans une instance sur la garde et l’accès, en particulier concernant des allégations de mauvais traitements ou de violence familiale, de nombreux juges ont recours aux exigences générales de la nécessité et de la fiabilité qui ont été énoncées dans l’arrêt *Khan*⁶⁶. Cependant, certains juges acceptent d’assouplir les règles de preuve dans des instances sur la garde et l’accès quand l’intérêt supérieur de l’enfant est prédominant, même en présence d’allégations de mauvais traitements ou de violence. Dans une décision ontarienne récente, voici comment le juge Price, de la Cour supérieure, a expliqué la situation :

[TRADUCTION]

⁶³ Nicholas Bala, « The Voice of Children in Alberta Family Law Cases » (document présenté à la Legal Education Society of Alberta for Children’s Lawyers à Calgary et à Edmonton en avril 2005), [inédit] page 32. Voir également l’étude réalisée par D.A.R. Thompson, « Are there Any Rules of Evidence in Family Law? » (2003) 21 Can. Fam. L.Q. 245, page 289.

⁶⁴ Nicholas Bala, « The Voice of Children in Alberta Family Law Cases » (document présenté à la Legal Education Society of Alberta for Children’s Lawyers à Calgary et à Edmonton en avril 2005), [inédit] page 33.

⁶⁵ Voir par exemple *M (D.G.) v. M. (K.M.)*, [2000] A.J. 1001 (Q.B.); *Livingstone v. Trainor*, [2004] P.E.I.J. 78 (S.C.T.D.), juge Campbell; *Keeping v. Keeping*, [2004] N.J. 293 (U.F.C.), juge Cook.

⁶⁶ Voir par exemple *G. (J.A.) v. R. (R.J.)*, 1998 CarswellOnt 1487 (Ont. Gen. Div.), paragraphe 12.

La compétence *parens patriae* de la cour, quand il s'agit de statuer sur des questions de garde provisoire ou de garde d'enfants et de droits de visite, particulièrement en présence d'allégations de violence familiale, d'agression sexuelle ou d'aliénation parentale, lui confère un pouvoir discrétionnaire considérable pour fonder ses décisions sur la meilleure preuve disponible et pour adopter une attitude de souplesse face au oui-dire⁶⁷.

En Colombie-Britannique, cette « souplesse » face à la preuve par oui-dire par des enfants dans des affaires de garde et d'accès est prévue par la loi. Voici ce que prévoit

l'article 202 du *Family Law Act* :

[TRADUCTION]

Dans une procédure en vertu de la présente loi, la cour, en tenant compte de l'intérêt supérieur d'un enfant, peut agir de l'une ou des deux façons suivantes :

- (a) admettre la preuve par oui-dire qu'elle considère fiable et qui a été produite par un enfant qui est absent;
- (b) donner toute autre directive qu'elle considère appropriée concernant l'admission de la preuve d'un enfant⁶⁸.

Cette disposition a été interprétée par le juge provincial régional principal Harrison dans la décision *K. (N.N.) v. L. (S.F.)* qu'il a rendue en 2014 : [TRADUCTION] « Le critère en common law a été modifié dans les affaires invoquant le *Family Law Act* par l'article 202 de la Loi, qui pourrait jusqu'à un certain point assouplir l'exigence de la nécessité dans l'intérêt supérieur d'un enfant qui est absent »⁶⁹.

B. INSTANCES EN VERTU DE LA CONVENTION DE LA HAYE SUR L'ENLÈVEMENT D'ENFANTS

Dans le cadre d'un certain nombre d'affaires canadiennes, les tribunaux se sont penchés sur les droits de participation des enfants dans le contexte d'une procédure fondée sur la *Convention de La Haye sur les aspects civil de l'enlèvement international d'enfants* [« la *Convention de La Haye* »]. La *Convention de La Haye* est un traité multilatéral qui prévoit

⁶⁷ *Ganie v. Ganie*, 2014 ONSC 7500, paragraphe 144.

⁶⁸ *Family Law Act*, S.B.C. 2011, c. 25, article 202.

⁶⁹ 2014 BCPC 297, paragraphe 55.

le retour immédiat des enfants enlevés de leur pays de résidence habituelle et déplacés dans un autre État contractant⁷⁰. Les instances sont généralement intentées par un parent (le parent qui est resté) qui plaide contre l'autre parent (le parent qui a enlevé l'enfant) afin d'obtenir une ordonnance prévoyant le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle à la suite d'un « déplacement illicite » afin que tout litige sur l'exercice du rôle de parent puisse être réglé par les tribunaux du pays de résidence habituelle. Toutefois, ces instances touchent directement l'enfant, étant donné qu'elles peuvent aboutir à une ordonnance judiciaire exigeant son retour, parfois après que l'enfant a passé beaucoup de temps à s'adapter à la vie au Canada.

Les opinions et les objections de l'enfant

L'article 13 de la *Convention de La Haye* décrit des situations dans lesquelles les tribunaux canadiens ne sont pas tenus de retourner l'enfant dans son pays de résidence habituelle, y compris les cas où il existe un risque grave que le retour exposerait l'enfant à « un danger physique ou psychique ou de toute autre manière ne le placerait dans une situation intolérable ». Dans certains cas, les opinions et les points de vue de l'enfant peuvent être pertinents pour apprécier si l'enfant serait exposé à un risque à son retour.

De plus, l'article 13 de la *Convention de La Haye* permet aux tribunaux de refuser d'ordonner le retour d'un enfant mature qui s'y « oppose », pourvu que les conditions suivantes soient remplies :

L'autorité judiciaire [...] peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

⁷⁰ R.T. Can. 1983, n° 35. Pour un examen plus approfondi de la *Convention de La Haye*, voir Nicholas Bala et Mary Jo Maur, « The Hague Convention on Child Abduction: A Canadian Primer », (2014) 33 Can. Fam. L.Q. 267.

En vertu de l'article 13, le poids qu'il convient de donner à l'opposition d'un enfant dépend de son âge et de sa maturité. Manifestement, dans les cas où cette disposition est invoquée, il est important que les opinions de l'enfant soient communiquées à la cour; il peut aussi fréquemment être indiqué que l'enfant ait un représentant indépendant.

Même si l'article 13 de la *Convention de La Haye* paraît conférer aux tribunaux un pouvoir assez étendu leur permettant de tenir compte des opinions de l'enfant, la *Convention de La Haye* est généralement interprétée d'une manière qui restreint cette exception afin d'être compatible avec son intention générale, qui consiste à dissuader l'enlèvement illicite d'enfants de leur pays de résidence habituelle. C'est le parent ou l'enfant qui veut invoquer cette exception qui hérite du fardeau de la preuve. Les tribunaux reconnaissent que si un enfant a été enlevé par un de ses parents et qu'il a eu peu ou pas de contacts depuis une période importante avec le parent qui est resté, l'enfant dira probablement qu'il préfère continuer à résider dans le nouveau pays avec le parent qui l'a enlevé ou retenu illicitement; mais une simple préférence n'est pas suffisante⁷¹, il doit y avoir une « opposition » au retour de la part d'un « enfant mature ».

La Supreme Court de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Beatty v. Schatz*, a cité l'article 12 de la CDE pour insister sur l'importance d'entendre les points de vue de l'enfant quand l'article 13 de la *Convention de La Haye* est invoqué, et elle a ordonné qu'un psychologue reçoive l'enfant en entrevue et présente un rapport à la cour. Toutefois, la cour a conclu que le garçon de 11 ans n'avait pas la maturité nécessaire pour comprendre toutes les subtilités et les conséquences à long terme des événements qui étaient en train de se produire. De plus, le père exerçait sur le garçon une influence subtile, mais importante, et

⁷¹ Voir par exemple *Den Ouden v. Laframboise*, 2006 ABCA 403.

il lui a inculqué le message qu'il n'avait pas à retourner dans son pays de résidence habituelle, l'Irlande, même si la Cour avait statué qu'il devait le faire. La Cour s'inquiétait du fait qu'en ne retournant pas le garçon en Irlande, elle enverrait le message qu'il est acceptable de retenir un enfant dans un autre pays, pourvu que l'enfant ait fait savoir qu'il ne voulait pas y retourner; elle a donc adopté la méthode restrictive pour analyser la portée de l'exception fondée sur l'opposition de l'enfant prévue à l'article 13 de la *Convention de La Haye*⁷². La juge Martinson a statué qu'il était injuste pour l'enfant et contraire aux intentions politiques qui sous-tendent la *Convention de La Haye* de permettre à l'enfant de prendre en fait la décision:

[TRADUCTION]

A. était âgé de 10 ans quand son père a fait peser sur ses épaules la responsabilité de ce qui devait se produire. Il vient juste d'avoir 11 ans [...]. Bien qu'il soit manifestement brillant et qu'il puisse exprimer ce qu'il veut faire et pourquoi, il n'est pas suffisamment mature pour comprendre les subtilités des événements qui se déroulent et leurs conséquences à long terme pour son bien-être.

Il s'agit d'un cas dans lequel les considérations politiques qui sous-tendent la *Convention de La Haye* sont particulièrement importantes. Comme [la Chambre des lords] l'a affirmé dans *Re M.*, la *Convention de La Haye* existe non seulement pour assurer le retour immédiat des enfants enlevés, mais aussi pour dissuader les enlèvements dès le départ⁷³.

L'affaire albertaine *R.M. v J.S.* illustre aussi le lourd fardeau de la preuve dont on doit se décharger quand on invoque une défense fondée sur l'opposition de l'enfant en application de l'article 13 de la *Convention de La Haye*, et elle contient certaines directives sur la façon de produire la preuve de la maturité et de l'opposition de l'enfant. La mère et le père étaient des musulmans de la Palestine qui vivaient dans le secteur oriental de Jérusalem et qui avaient un enfant, un fils. Les parties se sont séparées et ont ensuite divorcé devant le tribunal de la charia de Jérusalem, et la mère a obtenu la garde de fait. Le père a

⁷² 2009 BCSC 706, 2009 CarswellBC 1402 (B.C.S.C.). Voir aussi par exemple *G.B. v. V.M.*, [2012] O.J. No. 5825 (O.C.J.).

⁷³ 2009 BCSC 706, 2009 CarswellBC 1402 (B.C.S.C.), paragraphes 55 et 56.

immigré à Calgary, tandis que la mère et le fils ont continué à vivre à Jérusalem, étant entendu que le fils passerait les étés avec son père en Alberta.

Quand le père a refusé de renvoyer son fils alors âgé de 9 ans à sa mère à Jérusalem après un été en visite, la mère a présenté une demande en application de la *Convention de La Haye* pour obtenir le retour du garçon. Le tribunal de première instance a nommé un avocat pour représenter les intérêts de l'enfant⁷⁴. Après avoir interviewé son client à deux reprises, l'avocat de l'enfant a indiqué que celui-ci [alors âgé de 10 ans] s'opposait [TRADUCTION] « à être renvoyé [à Jérusalem] et qu'il avait atteint un âge et un degré de maturité qui rendaient judicieux de tenir compte de ses opinions » au sens de l'article 13 de la *Convention de La Haye*. L'avocat de l'enfant a conclu que le garçon n'avait pas été soumis à une influence indue de la part de son père et qu'il était [TRADUCTION] « mature pour son âge, brillant et capable de s'exprimer avec clarté lorsqu'il a décrit ses inquiétudes au sujet d'un retour en Israël » en faisant observer qu'il lui arrivait souvent de se sentir en danger et d'être intimidé en Israël, en tant que garçon palestinien. Après avoir admis que l'enfant avait été retenu illicitement, le juge a statué qu'il était « mature » et qu'il s'opposait pour des raisons compréhensibles à son retour. Il a donc rejeté la demande⁷⁵.

La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli l'appel et a ordonné que l'enfant soit retourné [TRADUCTION] « sans délai » à sa mère à Jérusalem, se disant préoccupée par le fait que le juge de première instance :

[TRADUCTION]

[...] a semblé traiter l'opposition de l'enfant comme déterminante. Bien qu'il ait statué que l'opposition de l'enfant n'avait pas été obtenue par la coercition ni par l'exercice d'une autre influence déplacée, la preuve et les questions dont il a tenu compte pour arriver à cette conclusion ne se trouvaient pas dans sa décision. Il est

⁷⁴ *J.S. v R.M.*, 2012 ABPC 184.

⁷⁵ *R.M. v J.S.*, 2012 ABQB 669.

également préoccupant que le juge de la Cour provinciale, en appréciant les éléments de l'opposition de l'enfant, qui illustraient ses préférences et ses espoirs, ait cédé à la tentation de former une conclusion à propos de l'intérêt supérieur de l'enfant [...]. Bref, les objets et les considérations d'ordre politique qui sous-tendent la *Convention* semblent avoir été neutralisés sans fondement probatoire adéquat [...] ⁷⁶.

Dans son arrêt *R.M. v J.S.*, la Cour d'appel remet en question les conclusions du juge de première instance quant à la maturité du garçon, mais elle fonde en réalité sa décision sur le fait que le juge de première instance avait conclu à l'« opposition » du garçon sur la foi des observations de l'avocat de l'enfant ⁷⁷. La Cour a laissé entendre que la preuve au sujet des désirs et des opinions de l'enfant devrait être produite devant le tribunal de première instance par un travailleur social, un psychologue ou un autre spécialiste du soin des enfants qui avait interviewé l'enfant. De cette façon, le clinicien pourrait être contre-interrogé par les autres parties et la preuve serait équitablement sondée. La Cour d'appel a conclu qu'en l'absence d'un consentement exprès des autres parties, l'avocat d'un enfant ne devait pas parler à la cour des opinions et des préférences de l'enfant, étant donné qu'un avocat ne peut pas jouer le double rôle de défenseur et de témoin.

Rôle des enfants dans les instances en application de la Convention de La Haye

Même si les instances en vertu de la *Convention de La Haye* sont censées être sommaires et si on n'attend pas des juges qui les président qu'ils se penchent directement sur les intérêts des enfants, les enfants sont néanmoins profondément perturbés par ces instances et les tribunaux dans un certain nombre de pays font face à des problèmes quant à la façon

⁷⁶ 2013 ABCA 441, paragraphes 32 et 34. On trouvera un commentaire critique sur cette décision et sur l'omission de reconnaître les droits de l'enfant en cause dans Nicholas Bala, Max Blitt et Helen Blackburn, « The Hague Convention and the Rights of Children », juillet 2014, 7(1), *Family Law News* (Association internationale du Barreau) 11.

⁷⁷ 2013 ABCA 441, paragraphes 24 et 28.

de respecter les droits des enfants dans des instances en application de la *Convention de La Haye*. L'article 12 de la CDE ainsi que des textes de loi comme la *Charte des droits et libertés* du Canada peuvent conférer aux enfants le droit « d'être entendu » dans ces instances.

Le compromis entre les désirs et les droits des enfants, d'une part, et les obligations qu'impose la *Convention de La Haye*, d'autre part, est le plus apparent dans les cas où un enfant a présenté une demande d'asile, comme dans l'arrêt *A.M.R.I. v. K.E.R.*, une décision rendue en 2011 par la Cour d'appel de l'Ontario⁷⁸. La jeune fille dans cette affaire était née au Mexique et, après la séparation de ses parents, elle y résidait chez sa mère en vertu d'une ordonnance rendue par un tribunal mexicain. En 2009, à l'âge de 12 ans, elle est venue en Ontario pour rendre visite à son père. Elle a dit à son père que sa mère avait été violente. L'enfant n'est pas retournée au Mexique, mais elle est demeurée en Ontario avec son père et une tante. En 2010, l'enfant a présenté une demande d'asile au Canada en raison de la violence de sa mère et du fait que les autorités mexicaines n'avaient pas réussi à la protéger adéquatement. À ce moment-là toutefois, le père s'était établi en Norvège pendant que l'enfant demeurait en Ontario avec sa tante. L'enfant avait vécu en Ontario pendant environ 18 mois quand sa mère a présenté une demande, en application de la *Convention de La Haye*, pour que l'enfant retourne au Mexique. L'audience n'a pas été contestée, étant donné que le père, la tante ni l'enfant n'y ont participé. Le juge des requêtes a conclu que l'enfant était illicitement retenue en Ontario et il a ordonné son retour immédiat au Mexique en application de la *Convention de La Haye*, ce qui a été fait avec l'intervention de la police.

⁷⁸ 2011 O.J. 2449 (C.A.).

En dépit du fait que sa fille était retournée au Mexique, le père a interjeté appel et le Bureau de l'avocat des enfants de l'Ontario a représenté l'enfant en appel. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en ordonnant que l'enfant retourne au Mexique sans prendre en considération le statut de réfugiée de la jeune fille et sans donner à l'enfant la possibilité de participer à l'instance. Selon la Cour d'appel, dans cette situation, l'audience en vertu de la *Convention de La Haye* devait être tenue en respectant le droit de l'enfant d'être traitée conformément aux « principes de justice fondamentale », comme le prévoit l'article 7 de la *Charte des droits et libertés*, étant donné que la « sécurité de sa personne » était menacée. Compte tenu de l'âge de l'enfant et de la nature de son opposition, la *Charte* exigeait qu'on lui donne avis et qu'on lui permette de participer. Pour arriver à sa conclusion, la Cour d'appel a cité la CDE :

[TRADUCTION]

Le paragraphe 12(1) de la CDE prévoit que les opinions d'un enfant doivent être dûment prises en considération, en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant, et qu'un enfant a le droit « d'exprimer ces opinions librement au sujet de toutes les affaires qui le concernent ». Le paragraphe 12(2) de la CDE confirme ce droit dans le contexte des « instances judiciaires et administratives concernant l'enfant ».

[...] À presque 14 ans, l'enfant en l'espèce avait clairement l'âge et la maturité potentielle nécessaires pour qu'on tienne compte de son opposition à son retour au Mexique [...] Compte tenu de l'âge de l'enfant, de la nature de son opposition, de son statut de réfugiée au sens de la Convention, du temps qu'elle a passé à Toronto et de l'absence de tout renseignement courant significatif au sujet de sa situation réelle à Toronto à la date de l'audience, ses opinions au sujet d'un retour aux soins de sa mère au Mexique étaient un facteur dont il fallait nécessairement tenir compte⁷⁹.

Même si l'ordonnance de la Cour d'appel prévoyant la tenue d'une nouvelle audience avec la participation de l'enfant n'avait aucun effet au Mexique, peu de temps après la décision du tribunal en appel, l'adolescente a été en mesure de quitter le Mexique par ses propres

⁷⁹ *A.M.R.I. v. K.E.R.*, 2011 O.J. 2449 (C.A.), paragraphes 111 à 114.

moyens et de se rendre au Canada⁸⁰. Il n'y a pas eu d'autre audience et elle a continué de résider au Canada.

Les arrêts *A.M.R.I. v. K.E.R.*⁸¹, de la Cour d'appel de l'Ontario, et *R.M. v J.S.*⁸², de la Cour of Appeal de l'Alberta, soulèvent la question de savoir comment et quand les enfants devraient participer à une instance en application de la *Convention de La Haye*. Dans ces affaires, les enfants ont été constitués parties ou ont bénéficié des services d'un avocat qui représentait leurs intérêts dans le cadre de l'instance.

Pour décider s'il convient de nommer un avocat ou d'appeler l'enfant comme partie, le tribunal doit tenir compte de préoccupations concernant le risque d'exacerber l'hostilité entre l'enfant et un parent, généralement le parent qui est resté. Toutefois, selon la Cour d'appel de l'Ontario, dans les cas où un retour pourrait porter atteinte à « la liberté ou à la sécurité de la personne » d'un enfant, par exemple lorsqu'on invoque un préjudice possible en raison d'allégations de violence ou de mauvais traitements, l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'article 12 de la CDE exigent qu'on donne avis à l'enfant de la procédure et qu'on lui procure la possibilité d'y participer par l'intermédiaire d'un avocat⁸³. La Cour d'appel a statué que les inquiétudes que suscite la protection de la « liberté et de la sécurité de la personne » devraient [TRADUCTION] « prédominer », ce qui oblige à donner à l'enfant l'occasion de participer et de faire entendre son point de vue.

Voici certains des facteurs à prendre en considération lorsqu'il s'agit de décider

⁸⁰ On trouvera une description de son retour dans l'article d'Oakland Ross intitulé « Deported Mexican teen makes daring return to Canada », *Toronto Star*, le 5 mai 2011.

⁸¹ 2011 O.J. 2449 (C.A.).

⁸² 2013 ABCA 441.

⁸³ *A.M.R.I. v K.E.R.*, 2011 O.J. 2449 (C.A.).

d'accorder un statut de partie ou une représentation juridique à l'enfant :

- Lorsque l'enfant est plus vieux et qu'il existe une possibilité raisonnable qu'il ait la capacité de mandater un avocat et d'adopter une position indépendante;
- Lorsque la position de l'enfant pourrait ne pas être représentée adéquatement par les parties adultes, notamment en raison du fait qu'elles ne sont pas représentées elles-mêmes;
- Lorsqu'un expert ou un thérapeute qui agit auprès de l'enfant recommande une intervention de cette nature;
- Lorsque l'enfant s'est dit inquiet du fait qu'un retour pourrait influencer sur sa vie, sa liberté ou la sécurité de sa personne⁸⁴.

Un tribunal qui rend une ordonnance nommant un avocat peut lui donner certaines directives ou imposer des restrictions au rôle qu'il doit jouer pour le compte de l'enfant. En l'absence de restrictions de cette nature, l'avocat de l'enfant devrait tenir compte de facteurs comme l'âge et la capacité de l'enfant de mandater un avocat, les opinions de l'enfant et toute directive du Barreau provincial au sujet du rôle que l'avocat doit jouer. Normalement, l'avocat devrait recevoir ses instructions d'un enfant qui exprime des opinions claires et cohérentes⁸⁵. L'avocat doit faire en sorte que l'enfant comprenne la portée limitée des instances prévues par la *Convention de La Haye* et que celles-ci servent à déterminer s'il devrait être retourné dans l'État où il réside habituellement, et non à statuer sur la garde ou l'accès. L'octroi du statut de partie à l'enfant ne signifie généralement pas qu'il devra se présenter en salle d'audience pour témoigner.

C. INSTANCES EN PROTECTION DE L'ENFANCE

⁸⁴ Voir *Re L.C.*, [2014] UKSC 1, par. 53, juge L.J. Wilson

⁸⁵ Nicholas Bala, « Child Representation in Alberta: Role and Responsibilities of Counsel for the Child » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 845.

Les instances canadiennes sur la protection de l'enfance sont un autre domaine dans lequel le droit des enfants d'être entendus a été reconnu. Bon nombre des mêmes principes qui s'appliquent à l'audition des enfants qui sont en cause dans des litiges sur la garde et l'accès trouvent aussi application dans le contexte de la protection de l'enfance⁸⁶. En fait, le droit qu'ont les enfants d'être entendus peut même être plus impérieux dans les affaires de protection de l'enfance dans lesquelles un organisme de bien-être de l'enfance parrainé par l'État peut menacer les relations qu'a l'enfant avec ses parents et sa fratrie. Tant la législation que la jurisprudence accordent une plus grande importance au droit de l'enfant d'être entendu dans des instances en protection de l'enfance que dans des litiges privés sur la garde et l'accès; des juges canadiens ont parfois invoqué l'article 12 de la CDE pour justifier cette position.

L'importance d'entendre les enfants dans des instances en protection de l'enfance

À l'instar des mesures législatives sur la garde et l'accès, les lois sur la protection de l'enfance prévoient que l'intérêt supérieur de l'enfant est un critère déterminant une fois qu'il a été établi qu'un enfant a besoin de protection, et la plupart des lois canadiennes prescrivent expressément qu'il faut tenir compte des opinions et des préférences de l'enfant parmi les facteurs qui entrent en considération dans les décisions prises au nom de ces enfants. Quelques lois sur la protection de l'enfance vont plus loin et font ressortir l'importance d'entendre les enfants dans ces affaires. Le *Child, Youth and Family Enhancement Act* de l'Alberta prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

(d) un enfant qui est capable de se former une opinion a le droit d'avoir la possibilité d'exprimer cette opinion sur les affaires qui le concernent, et les

⁸⁶ Dans certaines provinces, comme le Nouveau-Brunswick, les instances en matière de protection de l'enfance ainsi que de garde et d'accès sont régies par la même loi.

personnes qui prennent des décisions qui touchent l'enfant devraient tenir compte de cette opinion⁸⁷.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* des Territoires du Nord-Ouest, en plus de prévoir que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être établi en tenant compte « [du] point de vue et [d]es préférences de l'enfant s'ils peuvent être raisonnablement déterminés »⁸⁸, fait également ressortir l'importance de la participation des enfants et l'obligation d'entendre et de prendre en considération leurs opinions :

2. La présente loi est appliquée et interprétée en conformité avec les principes suivants :

[...]

- h) Les enfants, si cela est indiqué, de même que les parents devraient participer aux décisions qui les touchent;
- i) Les enfants, si cela est indiqué, les parents de même que les membres adultes de la famille élargie devraient avoir la possibilité de se faire entendre, et leurs opinions devraient être prises en considération lorsque des décisions touchant leurs intérêts sont prises⁸⁹.

Le *Children and Youth Care and Protection Act* de Terre-Neuve-et-Labrador reconnaît l'importance d'écouter les enfants qui veulent être entendus et donne des directives expresses sur la façon de faciliter cette « participation » :

[TRADUCTION]

53. Lorsqu'un enfant qui fait l'objet d'une procédure en application de la présente loi demande que ses opinions soient connues à l'instance, le juge doit

- a) rencontrer l'enfant avec ou sans les autres parties et leur conseiller juridique;
- b) permettre à l'enfant de témoigner durant l'instance;
- c) prendre en considération la documentation écrite présentée par l'enfant;
- d) permettre à l'enfant d'exprimer ses opinions d'une autre façon⁹⁰.

L'article 53 s'ajoute à l'article 9 de la loi de Terre-Neuve-et-Labrador, qui prévoit que les décisions rendues en application de la loi doivent être prises conformément à l'intérêt

⁸⁷ *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, alinéa 2d). Non souligné dans l'original.

⁸⁸ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 13, alinéa 3i).

⁸⁹ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 13, article 2.

⁹⁰ *Children and Youth Care and Protection Act*, S.N.L. 2010, c. C-12.2, article 53.

supérieur de l'enfant et qu'on doit tenir compte de « l'opinion » de l'enfant pour déterminer son intérêt supérieur⁹¹.

Les opinions et les préférences des enfants ne sont pas déterminantes

Comme dans les litiges sur la garde et l'accès, les opinions et les préférences de l'enfant dans une procédure en protection de l'enfance ne sont pas nécessairement déterminantes. Il n'est pas rare que des enfants qui ont été maltraités ou négligés expriment le désir de retourner au foyer et sous la garde de leurs parents; on doit donc mettre en balance leurs préférences exprimées et d'autres facteurs. Là encore, l'âge, la maturité et les motifs de la préférence de l'enfant ont une influence sur le caractère probant des souhaits de l'enfant⁹².

La *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba est la seule loi sur la protection de l'enfance qui fixe un âge présumé auquel les opinions de l'enfant devraient être prises en considération⁹³. Voici le libellé du paragraphe 2(2) :

Un enfant âgé d'au moins 12 ans a droit d'être avisé de la nature des instances introduites à son égard en vertu de la présente loi et des conséquences possibles de celles-ci à son endroit. L'enfant doit avoir la possibilité de faire connaître ses opinions et ses préférences à un juge ou à un conseiller-maître, chargé de rendre une décision dans une instance⁹⁴.

Les opinions des enfants âgés de moins de 12 ans peuvent également être prises en considération, mais la cour doit être convaincue que la compréhension de l'enfant le justifie

⁹¹ *Children and Youth Care and Protection Act*, S.N.L. 2010, c. C-12.2, paragraphes 9(1) et (2).

⁹² Voir par exemple *Child Protection Act*, S.P.E.I. 2000, c. 3 (2nd Sess.). Le préambule prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Tout autant que les adultes, les enfants ont le droit d'être entendus et de participer dans le cadre d'instances qui donnent lieu à des décisions qui les touchent, en tenant compte de la capacité liée à leur stade de développement ».

⁹³ Comme nous l'avons vu ci-dessus, dans un certain nombre de provinces et de territoires, 12 ans est l'âge auquel un enfant est présumé pouvoir recevoir avis et être autorisé à assister aux instances en protection de l'enfance; en pratique, si l'enfant est autorisé à y assister, il est probable que ses opinions seront transmises à la cour.

⁹⁴ *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. 1985, c. C-80, paragraphe 2(2).

et que l'enfant ne subirait pas de préjudice si on tenait compte de ses opinions et de ses préférences. Le paragraphe 2(3) prévoit ce qui suit :

Dans une instance introduite en vertu de la présente loi, un juge ou un conseiller-maître peut décider de tenir compte de l'opinion et des préférences de l'enfant âgé de moins de 12 ans, s'il est convaincu que celui-ci est apte à comprendre la nature de l'instance et qu'il ne subira pas de préjudice du fait de cette décision⁹⁵.

Alors que les enfants âgés d'au moins 12 ans ont le droit d'être entendus, les enfants de moins de 12 ans ont cette possibilité dans des circonstances limitées.

Dans les instances en matière de garde et d'accès, on accorde souvent plus de déférence aux désirs des enfants plus vieux, et les juges peuvent respecter le choix de placement de l'enfant même si le placement en question n'est pas dans son intérêt supérieur. Même si les instances en matière de garde et d'accès peuvent dans certains cas susciter des inquiétudes quant à la sécurité de l'enfant, ces inquiétudes sont toujours présentes dans les instances sur la protection de l'enfance. Dans les affaires de protection de l'enfance, les juges accorderont beaucoup d'importance aux opinions et aux préférences des enfants plus vieux, mais ils n'acquiesceront pas à leurs choix si ceux-ci risquent de leur faire subir un préjudice.

Dans l'arrêt *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*⁹⁶, la Cour suprême du Canada a expliqué comment les juges doivent apprécier les points de vue des enfants plus âgés quand ils prennent une décision dans leur intérêt supérieur en matière de protection de l'enfance. L'affaire mettait en cause des dispositions de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba qui portaient sur l'autorisation judiciaire de faire subir des traitements médicaux à un enfant contre la volonté des parents et de

⁹⁵ *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. 1985, c. C-80, paragraphe 2(3).

⁹⁶ 2009 CSC 30.

l'enfant. L'enfant, une membre des Témoins de Jéhovah âgée de 14 ans, avait été admise à l'hôpital à cause d'une hémorragie interne. Ses médecins étaient d'avis que sans une transfusion sanguine, elle courait un risque grave pour sa santé et peut-être pour sa vie, mais l'enfant et ses parents refusaient ce traitement pour des motifs religieux. L'enfant a été appréhendée par l'organisme de protection de l'enfance qui a demandé une ordonnance autorisant la transfusion. Le paragraphe 25(8) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* prévoit qu'une cour, à la fin d'une audience, peut autoriser les traitements médicaux qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant. Le paragraphe 25(9) prévoit que la cour ne peut ordonner le traitement sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si elle est convaincue que l'enfant ne peut pas comprendre la décision ou en évaluer les conséquences. Le juge a ordonné la transfusion en application du paragraphe 25(8). Après la transfusion, l'enfant et ses parents ont interjeté appel de l'ordonnance en contestant la constitutionnalité de l'article 25 de la Loi. Ils ont fait valoir que le fait de priver les enfants de moins de 16 ans de la possibilité de prouver qu'ils ont la maturité nécessaire pour influencer le déroulement de leur traitement médical était contraire aux dispositions de la *Charte des droits et libertés*, notamment à l'article 2 (liberté de religion), à l'article 7 (atteinte au droit à la sécurité de la personne contraire aux principes de justice fondamentale) et à l'article 15 (discrimination fondée sur l'âge).

La juge Abella, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, a convenu « qu'il n'est pas justifié sur le plan constitutionnel de ne pas tenir compte de la capacité décisionnelle des enfants de moins de 16 ans appréhendés par l'État »⁹⁷, mais elle ne pensait pas que l'article 25 commandait une telle approche. La norme de « l'intérêt »

⁹⁷ 2009 CSC 30, paragraphe 29.

prévue au paragraphe 25(8) peut être interprétée comme « une échelle variable, l'opinion de l'adolescent devenant de plus en plus déterminante selon sa capacité d'exercer un jugement mature et indépendant »⁹⁸. Le degré de signification que commande le point de vue de l'enfant dépend également de la décision : « Plus la décision est de nature sérieuse et plus elle risque d'avoir une incidence grave sur la vie ou la santé de l'enfant, plus l'examen doit être rigoureux »⁹⁹. Évaluer les opinions d'un enfant en particulier à la lumière de la décision à prendre équivaut à trouver le juste milieu entre la protection de l'autonomie de l'enfant et l'obligation de le protéger contre tout préjudice. L'interprétation que fait la juge Abella du paragraphe 25(8) a laissé planer la possibilité que les désirs d'un enfant âgé de moins de 16 ans puissent être plus déterminants dans des cas où le risque est moins grand ou que le point de vue d'un enfant plus vieux puisse être davantage pris en considération, même dans une situation qui met sa vie en danger.

L'article 12 de la CDE a joué un rôle dans l'analyse de la majorité. Selon la juge Abella, le droit canadien reconnaît maintenant que la prise en compte du point de vue de l'enfant améliore la qualité de la prise de décisions concernant cet enfant. C'est la raison pour laquelle le point de vue de l'enfant est devenu un facteur de l'analyse de son intérêt supérieur, et l'importance accordée à la volonté de l'enfant augmente à mesure qu'il acquiert de la maturité¹⁰⁰. La juge Abella a expliqué que l'article 12 de la CDE ainsi que d'autres articles de la CDE sont compatibles avec cette interprétation « robuste » du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁰¹.

Moyens d'entendre les enfants dans les instances en protection de l'enfance

⁹⁸ 2009 CSC 30, paragraphe 22.

⁹⁹ 2009 CSC 30, paragraphe 22.

¹⁰⁰ 2009 CSC 30, paragraphe 92.

¹⁰¹ 2009 CSC 30, paragraphe 93.

On entend le point de vue des enfants dans les instances en protection de l'enfance à peu près comme on le fait en matière de garde et d'accès. Un évaluateur ou l'avocat de l'enfant peut présenter les déclarations de l'enfant, l'enfant peut rencontrer le juge directement ou, moins souvent, témoigner en salle d'audience; en outre, les déclarations hors cour des enfants peuvent être produites devant la cour en invoquant les exceptions à la preuve par oui-dire. Les moyens de présenter la preuve des enfants dans les deux types d'instances sont semblables, mais des principes et des facteurs différents peuvent être pris en considération.

Évaluations dans les cas de protection de l'enfance

Toutes les administrations prévoient des évaluations sur ordonnance judiciaire dans les instances en protection de l'enfance. Par exemple, le *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique permet au tribunal d'ordonner qu'un enfant ou un parent subisse [TRADUCTION] « un examen médical, psychiatrique ou autre » si un examen de cette nature est susceptible d'aider le tribunal [TRADUCTION] « a) à décider si l'enfant a besoin de protection ou b) à rendre une ordonnance concernant l'enfant »¹⁰². La jurisprudence publiée donne à penser que la majorité des évaluations dans les cas de protection de l'enfance visent les parents et ont pour objet d'apprécier leur capacité de prendre soin de l'enfant. Toutefois, ces évaluations peuvent donner lieu à des entrevues avec l'enfant, et les déclarations de l'enfant peuvent être produites en preuve dans les instances en matière de protection de l'enfance par le truchement d'un rapport d'évaluation qui contiendra habituellement les observations de l'évaluateur au sujet des déclarations de l'enfant et ses recommandations générales à propos du cas. Cependant, les tribunaux

¹⁰² *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, article 59.

peuvent également ordonner des évaluations uniquement pour déterminer les opinions et les préférences de l'enfant. Au Nouveau-Brunswick, par exemple, des juges ont ordonné la production de rapports sur la parole de l'enfant dans des cas de protection de l'enfance¹⁰³.

Avocat de l'enfant

La plupart des provinces et des territoires se sont dotés de lois qui permettent d'assurer la représentation juridique des enfants dans les instances sur la protection de l'enfance. Là où la loi est muette, les juges des cours supérieures ont invoqué la compétence *parens patriae* de la cour pour désigner un avocat à l'enfant¹⁰⁴. Là encore, à peine quelques administrations mettent des avocats payés par l'État à la disposition des enfants.¹⁰⁵

Contrairement aux lois sur la garde et l'accès, la plupart des lois sur la protection de l'enfance contiennent des directives sur la désignation par le juge du représentant d'un enfant. Certains des facteurs énumérés sont aussi pris en considération dans les cas de garde et d'accès, notamment la possibilité que les intérêts de l'enfant entrent en conflit avec ceux des autres parties. D'autres sont propres au contexte de la protection de l'enfance. À titre d'exemple, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba enjoint aux juges de tenir compte entre autres « de la nature de l'audience, notamment de la gravité et de la complexité des questions en litige et du fait que l'office demande que l'enfant soit retiré de son foyer » avant de nommer un avocat représentant les intérêts d'un enfant¹⁰⁶.

¹⁰³ Voir par exemple *J. (K.M.) v. New Brunswick (Minister of Social Development)*, 2011 NBQB 345. Mais voir aussi *New Brunswick (Minister of Social Development) v. C. (V.)*, 2014 NBQB 95, paragraphe 117, où le juge a déclaré que la disposition sur les évaluations dans la loi [TRADUCTION] « ne se traduit pas dans chaque cas en une exigence de produire un “ rapport officiel sur la parole de l'enfant ”. Il est bien établi et reconnu que la voix d'un enfant peut être entendue par le tribunal de différentes manières ».

¹⁰⁴ Voir *Re L. (G.)*, 2012 SKQB 388.

¹⁰⁵ Voir les observations de la partie IIIA du présent document.

¹⁰⁶ *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. 1985, c. C-80, alinéa 34(3)c).

Dans quelques provinces et territoires, la législation portant sur la représentation distincte des enfants dans les cas de protection font mention d'un âge particulier. La *Loi sur les services à la famille* du Nouveau-Brunswick enjoint aux juges de tenir compte d'un certain nombre de facteurs quand ils nomment un avocat à l'enfant, notamment « si l'enfant est âgé de 12 ans ou plus »¹⁰⁷. Le *Child Protection Act* de l'Île-du-Prince-Édouard permet seulement qu'un enfant soit représenté par un avocat payé par l'État si l'enfant est [TRADUCTION] « âgé d'au moins 12 ans et qu'il est apparemment capable de comprendre les circonstances »¹⁰⁸. En Nouvelle-Écosse, le *Child and Family Services Act* prévoit que les enfants âgés d'au moins 16 ans sont parties à l'instance et ont droit aux services d'un avocat sur demande¹⁰⁹. Dans le cas d'un enfant âgé d'au moins 12 ans, la cour peut ordonner qu'il soit représenté par son propre avocat si cela est [TRADUCTION] « souhaitable pour protéger les intérêts de l'enfant »¹¹⁰.

Ces dispositions relatives à l'âge sont généralement liées à une présomption selon laquelle les enfants de l'âge précisé ont la capacité de mandater un avocat. Par exemple, la loi de la Nouvelle-Écosse prévoit également qu'un tuteur à l'instance peut être désigné pour tout enfant, y compris les enfants âgés d'au moins 12 ans qui [TRADUCTION] « ne sont pas capables de mandater un avocat »¹¹¹. Dans le même ordre d'idées, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba prévoit que lorsque la nomination d'un représentant est ordonnée dans le cas d'un enfant âgé d'au moins 12 ans, le juge peut ordonner que l'enfant « ait le droit de donner mandat à l'avocat »¹¹².

¹⁰⁷ *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, c. F-2.2, alinéa 7.1(1)a).

¹⁰⁸ *Child Protection Act*, S.P.E.I. 2000, c. 3 (2nd Sess.), paragraphe 34(1).

¹⁰⁹ *Child and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, paragraphe 37(1).

¹¹⁰ *Child and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, paragraphe 37(2).

¹¹¹ *Child and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, paragraphe 37(3).

¹¹² *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. 1985, c. C-80, paragraphe 34(2).

Cependant, dans quelques provinces et territoires, des juges ont statué qu'il peut être important que l'enfant soit représenté, même dans les cas de protection de l'enfance mettant en cause des enfants qui ne pouvaient manifestement pas donner un mandat à un avocat¹¹³. Dans la décision *Re F. (T.L.)*¹¹⁴, la juge Ryan-Froslic, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, a ordonné qu'un enfant de sept mois soit représenté par un avocat distinct et a statué que le principal facteur à prendre en considération quand il s'agissait de déterminer si une représentation indépendante était nécessaire pour un enfant dans une instance en matière de protection était [TRADUCTION] « la question de savoir si cette représentation est souhaitable dans les intérêts de la justice du point de vue du bien-être de l'enfant »¹¹⁵. Dans cette affaire, les parties (les parents, leur bande et l'organisme de protection de l'enfance) avaient chacune leurs propres priorités et leurs propres intérêts, et la juge s'inquiétait du fait que sans représentation distincte, personne ne pourrait faire valoir devant la cour la preuve et les arguments à propos des droits de l'enfant. Elle a également décrit le rôle que l'avocat d'un enfant en bas âge devrait jouer :

[TRADUCTION]

Il est évident [...] que le rôle de l'avocat dans cette situation consiste à faire valoir les droits de l'enfant et à faire en sorte que la cour tienne compte de tous les facteurs pertinents qui lui permettront de prendre une décision en fonction des droits et des intérêts de l'enfant. L'avocat n'a pas à faire valoir ses convictions personnelles, mais plutôt ses conclusions professionnelles fondées sur la preuve. La nature du mandat de l'avocat varie nécessairement selon qu'il a été mandaté par l'enfant ou par la cour.

¹¹³ Mais consulter également *Children's Aid Society of London and Middlesex v. C. (A.)*, 2013 ONSC 1870, paragraphe 13, où le juge Marsham laisse entendre qu'il est généralement déplacé de la part des tribunaux d'ordonner que des enfants âgés de moins de 10 ans soient représentés dans des instances en matière de protection et où il a fait remarquer que [TRADUCTION] « la représentation par avocat n'est généralement pas souhaitable lorsque l'enfant est trop jeune pour exprimer ses opinions et ses préférences et pour mandater un avocat. Désigner un représentant juridique à des enfants qui ne peuvent pas le mandater adéquatement est un gaspillage de maigres ressources ».

¹¹⁴ 2001 SKQB 271.

¹¹⁵ 2001 SKQB 271, article 13.

Dans les circonstances de l'espèce, je crois que la meilleure méthode pour représenter l'intérêt de T. serait de nommer un conseiller juridique indépendant qui aurait le mandat de faire valoir les droits de l'enfant et de faire en sorte que la cour tienne compte de tous les facteurs pertinents qui lui permettront de prendre une décision en fonction des droits et des intérêts de T.¹¹⁶.

Étant donné que l'organisme de bien-être de l'enfance mandataire de l'État est partie aux instances en matière de protection de l'enfance, si une ordonnance est rendue afin qu'un enfant soit représenté, un représentant doit lui être fourni. Ce facteur revêt une importance particulière en Ontario quand, dans une affaire de garde et d'accès, un juge rend une ordonnance exigeant l'intervention du Bureau de l'avocat des enfants, qui décidera ensuite s'il met un avocat à la disposition de l'enfant, s'il offre une évaluation clinique, s'il propose les deux ou aucune de ces mesures. Si une ordonnance est rendue dans une affaire de protection de l'enfance sous le régime de l'article 38 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille de l'Ontario*, un avocat « doit » être mis à la disposition de l'enfant, presque toujours par le Bureau de l'avocat des enfants.

Entrevues avec le juge

Dans quelques provinces et territoires, on peut aussi donner aux enfants la possibilité de rencontrer les juges en tête à tête dans les instances en matière de protection de l'enfance, mais cela est plus rare que dans des litiges entre des parents, étant donné que le rôle que joue l'État dans la protection de l'enfance rend plus vives les préoccupations à l'égard de l'application régulière de la loi. Terre-Neuve et la Saskatchewan prévoient expressément cette possibilité en vertu de la loi¹¹⁷. Des entrevues avec les juges peuvent également avoir lieu dans des instances en protection de l'enfance dans les provinces et les territoires où la

¹¹⁶ 2001 SKQB 271, paragraphes 31-32.

¹¹⁷ *Children and Youth Care and Protection Act*, S.N.L. 2010, c. C-12.2, alinéa 53a); *Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, alinéa 29(1)b).

loi est muette à ce sujet. Dans la décision *W. (M.) v. British Columbia (Director of Child, Family & Community Service)*, le juge Dhillon, de la Provincial Court de la Colombie-Britannique, a fait droit à une demande d'une jeune fille de 12 ans qui désirait obtenir une entrevue en privé après que sa mère et le directeur eurent consenti à la tenue de l'entrevue ¹¹⁸. Le juge a fait remarquer que la jeune fille était [TRADUCTION] « manifestement réticente à discuter » des raisons pour lesquelles elle ne voulait pas vivre avec sa mère en présence de celle-ci et il a indiqué que l'entrevue demeurerait confidentielle, mais les parties ont obtenu un résumé des affaires qui y avaient été discutées et une transcription sous scellés a été conservée en cas d'appel.

À Terre-Neuve-et-Labrador, les mesures législatives prévoient que si l'enfant en fait la demande, une rencontre « doit » avoir lieu avec le juge; sinon, le point de vue de l'enfant sera transmis au tribunal d'une autre façon¹¹⁹. En Saskatchewan, les entrevues avec les juges sont discrétionnaires; elles peuvent être ordonnées par la cour si celle-ci considère que l'entrevue est dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹²⁰. Un facteur à prendre en considération avant d'ordonner une entrevue en application de la loi de la Saskatchewan est la question de savoir si la cour pourrait d'une autre façon prendre connaissance des opinions de l'enfant. Dans *Re P. (G.)*, la juge Wilkinson, de la Cour du Banc de la Reine, a encouragé l'avocat à se demander si une entrevue avec la juge serait indiquée, compte tenu de la preuve contradictoire à propos des cinq enfants dont la cour était saisie :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne les enfants, j'ai été privée de tout élément de preuve qui n'a pas été passé au filtre de nombreux points de vue différents et souvent

¹¹⁸ 2004 CarswellBC 2908, 2004 BCPC 452.

¹¹⁹ *Children and Youth Care and Protection Act*, S.N.L. 2010, c. C-12.2, article 53. Voir aussi *Newfoundland and Labrador (Manager of Child, Youth and Family Services Zone J) v. W. (J.)*, 2015 NLTD(F) 11, paragraphe 40.

¹²⁰ *Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, alinéa 29(1)b).

irréconciliables [...] tant et aussi longtemps que la Cour sera l'arbitre de dernier recours en ce qui concerne l'avenir d'un enfant, elle doit se demander si elle est en mesure de remplir pleinement ses obligations envers les enfants qui sont anonymes et muets devant la Cour¹²¹.

Ce jugement fait ressortir l'importance d'entendre les enfants qui feront l'objet de décisions qui changent le cours d'une vie dans une instance en matière de protection.

Autre preuve des opinions et des préférences des enfants

Comme dans les instances sur la garde et l'accès, les règles concernant l'admission des déclarations faites hors cour par des enfants ont été assouplies dans les instances en matière de protection de l'enfance, comparativement aux affaires criminelles. Même si certaines cours canadiennes ont appliqué le critère de l'arrêt *Khan* aux déclarations faites hors cour par des enfants dans ces instances¹²², la tendance indique qu'on s'éloigne du critère plus rigoureux « de la nécessité et de la fiabilité ». Certaines lois sur la protection de l'enfance prévoient expressément l'assouplissement de ces critères en matière de preuve. À titre d'exemple, l'article 67 du *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie-Britannique ne fait pas mention de l'exigence de la « nécessité »; les déclarations faites hors cour par des enfants doivent seulement être « fiables » pour être admises dans une procédure en protection de l'enfance¹²³. Cette disposition a été interprétée comme si elle avait pour objet de protéger l'intérêt supérieur des enfants, étant donné qu'il a été reconnu que la solution de rechange consistant à témoigner en présence des parents dans la salle d'audience présente des risques réels de préjudice affectif et de

¹²¹ 2003 SKQB 505, paragraphe 143.

¹²² Voir par exemple *Child & Family Services of Winnipeg West v. G. (N.J.)* (1990), 69 Man. R. (2d) 43.

¹²³ *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, article 67. Voir aussi le *Child, Youth and Family Enhancement Act* de l'Alberta, S.A. 2004, c. 16, article 108; le *Child, Youth and Family Services Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, S.N.L. 1998, c. C-12.1, article 53; le *Children and Family Services Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1990, c. 5, article 96.

traumatisme pour l'enfant¹²⁴. Dans une optique semblable, le *Child and Family Services Act* de la Saskatchewan prescrit que [TRADUCTION] « [l]a cour peut admettre une preuve par oui-dire si elle est d'avis que cette preuve est crédible et digne de confiance et s'il ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il témoigne »¹²⁵.

Droits de participation supplémentaires dans les instances en protection de l'enfance

On accorde généralement aux enfants des droits procéduraux plus grands quand ils participent à une instance en protection de l'enfance qu'à une instance sur la garde et l'accès, étant donné que l'État est partie à l'instance et qu'il plane une menace sur les relations entre les enfants et leur famille. Dans bien des provinces et territoires, les enfants qui sont l'objet d'une instance en matière de protection de l'enfance peuvent avoir le droit d'être avisés et peuvent même être parties à l'instance.

En Alberta, tous les enfants sont parties aux instances de protection de l'enfance¹²⁶. En Nouvelle-Écosse, l'enfant peut être partie selon son âge. Comme le prévoit le paragraphe 36(1) du *Children and Family Services Act*, les enfants âgés d'au moins 16 ans sont parties, sauf ordonnance contraire de la cour. Les enfants d'au moins 12 ans peuvent obtenir le statut de partie à leur demande si la cour décide que ce statut est [TRADUCTION] « désirable pour protéger les intérêts de l'enfant »¹²⁷. Les enfants de tout âge qui sont représentés par un tuteur à l'instance peuvent aussi devenir parties si cela est nécessaire pour protéger leurs intérêts. En Saskatchewan, l'article 29 du *Child and Family Services Act* prévoit qu'un enfant, peu importe son âge, peut recevoir signification d'un

¹²⁴ *British Columbia (Director of Child, Family & Community Services) v. J. (P.M.)*, 1999 CarswellBC 1466, paragraphe 23.

¹²⁵ *Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, paragraphe 28(3).

¹²⁶ *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, paragraphe 111(2).

¹²⁷ *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, paragraphe 37(2).

avis d'audience en matière de protection si le tribunal considère qu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais l'accusé de réception de l'avis ne fait pas de l'enfant une partie. Cependant, selon l'interprétation qu'en a faite au moins un juge, cette disposition n'exclut pas la possibilité qu'un enfant puisse aussi être partie à une instance en protection de l'enfance dans cette province, ce qui donne à l'enfant (ou à l'avocat) une meilleure occasion de participer à la procédure¹²⁸.

Dans les provinces et les territoires qui donnent un avis aux enfants visés par une instance en protection de l'enfance, la plupart limitent cette exigence aux enfants âgés d'au moins 12 ans. Dans certaines provinces, dont le Manitoba et la Nouvelle-Écosse, une forme d'avis destiné aux enfants plus vieux est obligatoire. Toutefois, dans la décision *C. (A.B.) v. Nova Scotia (Minister of Community Services)*¹²⁹, le juge Dellapinna, de la Supreme Court de la Nouvelle-Écosse, s'est demandé quel effet aurait le fait de recevoir personnellement signification d'un avis d'audience en matière de protection de l'enfance sur un enfant âgé de 13 ans ayant des besoins spéciaux et on a nommé un tuteur à l'instance pour recevoir des documents en son nom¹³⁰.

En Ontario, le droit d'être avisé est lié au droit de l'enfant d'être présent au cours de l'instance en protection de l'enfance. Dans le cas des enfants âgés d'au moins 12 ans, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* prévoit qu'ils reçoivent un avis et qu'ils sont autorisés à assister, « à moins que le tribunal ne soit convaincu que [leur] présence à

¹²⁸ *Re F. (T.L.)*, 2001 SKQB 271.

¹²⁹ 2003 CarswellNS 496 (S.C.).

¹³⁰ Le litige portait aussi sur la représentation de l'enfant durant l'instance. La cour a ordonné qu'un tuteur à l'instance soit nommé, de préférence une personne possédant des [TRADUCTION] « compétences thérapeutiques », pour faire en sorte que les intérêts de l'enfant soient protégés : 2003 CarswellNS 496 (S.C.), paragraphe 23.

l'audience [leur] causera des maux affectifs »¹³¹. Les enfants âgés de moins de 12 ans n'ont pas le droit de recevoir un avis ni d'être présents, à moins que le tribunal soit convaincu « a) d'une part, que l'enfant est en mesure de comprendre l'audience et b) que la présence de l'enfant à l'audience ne lui causera pas de maux affectifs »¹³². Dans la décision *Jewish Family and Child Services of Greater Toronto v. K. (S.)*¹³³, la cour s'est penchée sur une requête de l'organisme de protection de l'enfance visant à exclure un enfant de 14 ans de l'instance en raison du risque de maux affectifs. La preuve devant la cour permettait de conclure que l'enfant avait été troublée affectivement par l'intensité du conflit entre les adultes qui participaient à la cause et par ses propres interactions avec ses parents. L'enfant s'est opposée à la requête de l'organisme, mais les parents l'appuyaient. Le juge Jones, de la Cour suprême de justice de l'Ontario, a refusé d'exclure l'enfant, car on ne lui avait pas produit de preuve médicale à l'appui de la prétention de l'organisme selon laquelle la présence de l'enfant lui causerait des maux affectifs. Le juge Jones n'était pas disposé à [TRADUCTION] « tronquer entièrement le droit que confère la loi à l'enfant de se présenter en cour » lorsque le risque de préjudice à l'enfant était lié à la tension qui régnait entre les parties et aux interactions qui s'étaient produites à l'extérieur de la salle d'audience. Le juge a pas admis que le contact avec les parents pouvait être troublant pour l'enfant et il a ordonné qu'un protocole soit mis en place pour que l'enfant assiste à l'instance, tout en réduisant la probabilité qu'elle ait à interagir avec ses parents¹³⁴.

¹³¹ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, chap. C-11, paragraphe 39(4).

¹³² *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, chap. C-11, paragraphe 39(5).

¹³³ 2013 ONCJ 681.

¹³⁴ Le protocole comprenait une salle d'attente distincte et privée pour l'enfant, l'ordre pour l'enfant d'entrer dans la salle d'audience en dernier et d'en sortir en premier ainsi qu'une interdiction d'exposer l'enfant à toute discussion entre les parties et leurs avocats au sujet de la

D. INSTANCES EN MATIERE D'ADOPTION

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies recommande que l'adoption soit un domaine dans lequel on devrait promouvoir et protéger les droits de participation des enfants au Canada en application de l'article 12. Au Canada, le processus d'adoption sont régies par la législation provinciale ou territoriale. À peu près la moitié des provinces et territoires canadiens traitent des processus d'adoption dans le cadre de leurs lois plus générales sur la protection de l'enfance; les autres ont des lois particulières en matière d'adoption. Quelques provinces et territoires ont également des lois distinctes qui portent sur l'adoption internationale¹³⁵.

Les opinions, les préférences et les désirs des enfants

Toutes les lois canadiennes en matière d'adoption prévoient que le point de vue de l'enfant est pertinent dans toutes les décisions en matière d'adoption. Comme les décisions sur la garde et l'accès ainsi que sur la protection de l'enfance, chacune des lois sur l'adoption prévoit soit que « l'intérêt supérieur » est un principe directeur¹³⁶ quand il s'agit d'adoption, soit que les ordonnances d'adoption doivent être rendues dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹³⁷; pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant, on doit notamment prendre en considération ses opinions, ses préférences ou ses désirs.

cause : *Jewish Family and Child Service of Greater Toronto v. K. (S.)*, 2013 ONCJ 681, paragraphe 51.

¹³⁵ *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*; pour un exemple de loi provinciale traitant en particulier de l'adoption internationale, consulter la *Loi de 1998 sur l'adoption internationale de l'Ontario*, L.O. 1998, chap. 29. On trouvera une étude sur la mise en œuvre de la *Convention de La Haye sur l'adoption internationale* au Canada dans l'ouvrage de Patricia Paul-Carson, *Intercountry Adoption Legislation in Canada: Does It Protect the Best Interest of the Child?*, Ottawa, Conseil d'Adoption du Canada, mai 2012, en ligne à l'adresse suivante : <[www.adoption.ca/uploads/File/The-Legal-Context-July-2012\(1\).doc](http://www.adoption.ca/uploads/File/The-Legal-Context-July-2012(1).doc)>.

¹³⁶ *Loi sur l'adoption*, C.P.L.M., c. A-2, article 2.

¹³⁷ *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, paragraphe 70(1).

Dans les Territoires du Nord-Ouest, la *Loi sur l'adoption* précise qu'on devrait également tenir compte des opinions et des préférences de l'enfant avant de prendre une décision au sujet de son placement en vue de son adoption. Le paragraphe 7(4) prévoit que si un rapport préalable au placement doit être préparé à la demande du directeur des adoptions, ce rapport doit intégrer les vues de l'enfant relativement au placement proposé ou à l'adoption¹³⁸. Dans le même ordre d'idées, l'*Adoption Act* de la Colombie-Britannique oblige les demandeurs qui proposent d'adopter un enfant âgé entre 7 et 12 ans à prendre des dispositions pour qu'une personne autorisée rencontre l'enfant et prépare un rapport sur la question de savoir si l'enfant comprend ce que signifie l'adoption et si l'enfant a des opinions au sujet du projet d'adoption¹³⁹. Ce rapport doit être déposé à la cour avant qu'une ordonnance d'adoption soit rendue¹⁴⁰.

Le consentement des enfants à l'adoption

Dans chaque province et territoire, les enfants qui ont dépassé un certain âge doivent consentir à leur adoption. Dans la plupart des provinces et territoires, l'âge du consentement a été fixé à 12 ans. C'est en Ontario que l'âge du consentement à l'adoption est le moins élevé, soit 7 ans¹⁴¹. Dans certains endroits, on consulte quand même les enfants qui n'ont pas atteint l'âge prévu pour le consentement. Par exemple, l'*Adoption Act* de

¹³⁸ *Loi sur l'adoption*, L.T.N.-O. (Nu.) 1998, ch. 9, paragraphe 7(4).

¹³⁹ *Adoption Act*, R.S.B.C., c. 5, paragraphe 30(1).

¹⁴⁰ *Adoption Act*, R.S.B.C., c. 5, alinéa 32c).

¹⁴¹ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C-11, paragraphe 137(6).

Cette restriction quant à l'âge a été qualifiée d'« arbitraire » par le juge Campbell dans la décision *Re Children's Aid Society of London & Middlesex*, 2010 ONSC 1348, paragraphe 20. L'enfant en cause était âgé de 7 ans, il souffrait de TDAH et on soupçonnait qu'il était atteint de troubles causés par l'alcoolisation fœtale. Même si le garçon a indiqué qu'il voulait que son placement soit sa [TRADUCTION] « maison pour toujours », l'avocat du Bureau de l'avocat des enfants n'était pas convaincu que le garçon comprenait pleinement les conséquences de l'adoption et il n'était pas prêt à affirmer que le garçon avait donné un consentement [TRADUCTION] « en toute connaissance de cause ». La cour a conclu que la compréhension élémentaire qu'avait l'enfant d'une « maison pour toujours » était suffisante comme consentement à ce processus juridique.

Terre-Neuve-et-Labrador exige que les enfants âgés d'au moins 5 ans soient conseillés quant à l'effet de l'adoption avant d'être placés ¹⁴². L'*Adoption Act* de la Colombie-Britannique a une disposition semblable sur les conseils aux enfants qui sont [TRADUCTION] « suffisamment matures » ¹⁴³. Au Manitoba, en vertu de la *Loi sur l'adoption*, si l'enfant est âgé de moins de 12 ans ou s'il est incapable de consentir, la cour est tenue « de prendre en considération les préférences de l'enfant, dans la mesure où cela est indiqué et réalisable » ¹⁴⁴. À l'Île-du-Prince-Édouard, les enfants âgés d'au moins 12 ans doivent donner leur consentement et le tribunal peut ordonner que ce consentement est requis [TRADUCTION] « dans toute autre affaire » qui pourrait entraîner la participation d'enfants plus jeunes ¹⁴⁵.

Des provinces et des territoires exigent ou permettent que les enfants consultent un avocat avant de consentir à l'adoption. En Saskatchewan et en Ontario, un avis juridique indépendant est obligatoire avant qu'un enfant puisse donner son consentement à une adoption ¹⁴⁶. Au Manitoba, les enfants doivent seulement être avisés de leur droit d'obtenir un avis juridique indépendant ¹⁴⁷. La *Loi sur l'adoption* des Territoires du Nord-Ouest exige aussi qu'on informe les enfants de la façon d'obtenir un avis juridique et qu'on les aide à trouver un avocat qui formulera l'avis juridique, si l'enfant le demande ¹⁴⁸.

¹⁴² *Adoption Act*, S.N.L. 2013, c. A-3.1, sous-alinéa 12(1)c)(i).

¹⁴³ *Adoption Act*, R.S.B.C., c. 5, sous-alinéa 6(1)e)(i).

¹⁴⁴ *Loi sur l'adoption*, C.P.L.M., c. A-2, article 21. On trouve des dispositions similaires au Nouveau-Brunswick et dans les Territoires du Nord-Ouest : *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, paragraphe 76(3); *Loi sur l'adoption*, L.N.T.-O. (Nu.) 1998, ch. 9, paragraphe 7(5).

¹⁴⁵ *Adoption Act*, R.S.P.E.I., c. A-4.1, alinéa 22a).

¹⁴⁶ *The Adoption Act*, S.S. 1989-90, c. A-5.1, disposition 4(4)b)(ii)(A); *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C-11, paragraphe 137(7).

¹⁴⁷ *Loi sur l'adoption*, C.P.L.M., c. A-2, alinéa 14b).

¹⁴⁸ *Loi sur l'adoption*, L.N.T.-O. (Nu.) 1998, ch. 9, alinéa 23(2)b).

Les lois sur l'adoption prévoient également qu'on peut se dispenser d'obtenir le consentement d'un enfant à l'adoption. Dans les Territoires du Nord-Ouest et en Saskatchewan, la cour peut se soustraire à l'obligation d'obtenir le consentement de l'enfant s'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴⁹. En Alberta, où la norme est moins rigoureuse, la cour peut se dispenser du consentement de l'enfant [TRADUCTION] « si la Cour, pour des motifs qui lui paraissent suffisants, estime qu'il est nécessaire ou souhaitable de le faire »¹⁵⁰. D'autres provinces et territoires prévoient qu'on peut se passer du consentement de l'enfant pour des raisons d'incapacité. Par exemple, au Manitoba, la cour peut passer outre à l'obligation d'obtenir le consentement de l'enfant lorsque celui-ci « n'est pas en mesure de le donner ou d'en comprendre la portée »¹⁵¹.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario prévoit deux situations dans lesquelles la cour peut se dispenser de l'obligation d'obtenir le consentement de l'enfant si le fait d'obtenir ce consentement causerait à l'enfant des maux affectifs ou si l'enfant n'est pas en mesure de consentir en raison d'une déficience intellectuelle¹⁵². Dans la décision *C. (A.) v. A. (V.)*, le juge Phillips, de la Cour de justice de l'Ontario, a examiné le critère approprié pour passer outre à l'obligation d'obtenir le consentement d'un enfant en raison de maux affectifs¹⁵³. Dans cette affaire, un beau-père avait demandé d'être dispensé de l'obligation d'obtenir le consentement de son beau-fils âgé de 12 ans, parce que l'enfant ne savait pas que son beau-père n'était pas son père biologique et que le fait de prendre connaissance de ce renseignement lui causerait des

¹⁴⁹ *Loi sur l'adoption*, L.N.T.-O. (Nu.) 1998, ch. 9, paragraphe 25(2); *The Adoption Act*, S.S. 1989-90, c. A-5.1, alinéa 5(1)a).

¹⁵⁰ *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, alinéa 68(4)c).

¹⁵¹ *Loi sur l'adoption*, C.P.L.M., c. A-2, article 20.

¹⁵² *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C-11, paragraphe 137(9).

¹⁵³ 2012 ONCJ 7.

maux affectifs. Selon le juge Phillips, pour prouver un risque de maux affectifs qui justifierait de passer outre à l'obtention du consentement d'un enfant, un demandeur doit produire une preuve d'un témoin expert qui a les compétences nécessaires pour réaliser cette évaluation, comme un psychiatre ou un psychologue. Le témoignage d'un non-professionnel ne suffit pas. Le juge Phillips a justifié cette norme rigoureuse en expliquant qu'il était important de consulter les enfants au sujet de décisions comme l'adoption qui ont des conséquences importantes pour eux (c'est-à-dire [TRADUCTION] « la rupture d'un lien familial précédent »)¹⁵⁴. Pour faire ressortir l'importance d'exiger la participation des enfants, le juge a cité et appliqué l'article 12 de la CDE.

La participation des enfants aux audiences en adoption

Des provinces et des territoires prévoient que les enfants peuvent assister et participer aux processus d'adoption. Certaines lois, comme la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* du Yukon, prévoient seulement que « l'enfant dont l'adoption a été demandée » a le droit d'être présent¹⁵⁵. D'autres lois sont plus explicites et confèrent à l'enfant le droit d'être entendu. Par exemple, l'*Adoption Act* de l'Île-du-Prince-Édouard prévoit que [TRADUCTION] « s'il est possible de le faire, la cour doit donner à l'enfant la possibilité d'être entendu »¹⁵⁶. Le *Child, Youth and Family Enhancement Act* de l'Alberta accorde aux enfants assez âgés pour consentir à l'adoption (c'est-à-dire au moins 12 ans) le droit d'être entendu en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat¹⁵⁷.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario confère également aux enfants le droit de participer aux instances relatives aux ordonnances de

¹⁵⁴ 2012 ONCJ 7, paragraphe 70.

¹⁵⁵ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.Y. 2008, c. 1, alinéa 118(1)b).

¹⁵⁶ *Adoption Act*, R.S.P.E.I., c. A-4.1, article 34.

¹⁵⁷ *Child, Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, c. C-12, paragraphe 68(2).

communication qui servent à déterminer si une ordonnance d'adoption contiendra une disposition autorisant les communications avec le père, la mère ou d'autres parents, comme si l'enfant était partie à l'instance¹⁵⁸. La loi de l'Ontario prévoit aussi que les enfants peuvent être représentés dans le cadre d'une audience en vue d'obtenir une ordonnance de communication, laquelle détermine si l'enfant continuera d'entretenir des contacts avec son père, sa mère ou d'autres parents après son adoption. En vertu du paragraphe 153.5(2), le tribunal peut, avec le consentement du Bureau de l'avocat des enfants, autoriser le Bureau de l'avocat des enfants à représenter l'enfant si la cour décide qu'il est souhaitable qu'un avocat le représente¹⁵⁹. Des juges de l'Ontario ont aussi ordonné que des enfants soient représentés dans le cadre d'instances en adoption. Dans la décision *C. (M.A.) v. K. (M.)*¹⁶⁰, la juge Cohen, de la Cour de justice de l'Ontario, a invoqué le paragraphe 4(7) des *Règles en matière de droit de la famille* ainsi que le paragraphe 89(3.1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* afin de désigner un avocat pour représenter un enfant de 5 ans qui faisait l'objet d'une demande d'adoption. Même si la juge Cohen a conclu qu'une représentation visant à établir clairement les opinions et les préférences de l'enfant serait futile en raison du bas âge de l'enfant, elle a décidé que le fait d'être représenté par un avocat pouvait protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. L'avocat de l'enfant était en mesure de cerner des questions plus vastes que ne le faisaient les parties elles-mêmes, lesquelles se concentraient intensément sur leurs propres perceptions de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁶¹.

E. INSTANCES CRIMINELLES

¹⁵⁸ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C-11, article 153.4.

¹⁵⁹ *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C-11, paragraphe 153.5(2).

¹⁶⁰ 2008 ONCJ 212.

¹⁶¹ 2008 ONCJ 212, paragraphe 11.

Un enfant peut être mêlé à une instance criminelle, soit comme témoin faisant une déposition à propos de sa victimisation, soit comme contrevenant allégué. Même si d'autres dispositions de la CDE ont été fréquemment citées dans des causes concernant des enfants victimes et contrevenants, l'article 12 n'a presque jamais été invoqué dans le contexte de l'un ou l'autre de ces types de procédure criminelle (bien que d'autres dispositions de la CDE aient eu une influence au Canada dans l'élaboration de mécanismes constitutionnels de protection pour les jeunes contrevenants)¹⁶². Toutefois, en dépit du fait que la CDE n'a pas été citée, il s'est produit des changements très importants dans le droit canadien au cours des trois dernières décennies dans l'optique de permettre une participation plus réelle des enfants à ces deux types de procédure. Étant donné que l'article 12 de la CDE est rarement invoqué dans ce contexte, nous abordons de manière relativement brève le traitement des questions concernant la procédure criminelle dans le présent document.

Entendre les enfants victimes et témoins

Jusqu'aux années 1980, le droit canadien partait du principe selon lequel les enfants témoins étaient intrinsèquement peu fiables, et très peu d'efforts étaient déployés pour répondre aux besoins des enfants dans les tribunaux criminels¹⁶³. Les dispositions qui régissaient l'incapacité présumée des enfants témoins et les exigences concernant la corroboration du témoignage d'un enfant ont fait en sorte qu'il était rare que des enfants âgés de moins de 14 ans témoignent et que des causes traitant de la victimisation d'un enfant donnent lieu à des poursuites; en fait, de nombreux enfants victimes de mauvais traitements ne les ont jamais signalés à la police et n'en ont jamais parlé.

¹⁶² Voir par exemple *R c D.(B.)*, 2008 CSC 25.

¹⁶³ Nicholas Bala, « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Criminal Justice System » (1990), 15 *Queen's L.J.* 3.

Vers la fin des années 1980, le système judiciaire a commencé à réagir face à la plus grande prise de conscience de la nature et de la portée des mauvais traitements infligés aux enfants et à la somme croissante de la recherche psychologique sur la fiabilité des enfants témoins ¹⁶⁴. Par conséquent, les juges et les législateurs ont procédé à de nombreuses réformes au fond, à la preuve et à la procédure qui ont fait en sorte que beaucoup plus d'enfants témoignent en salle d'audience, parfois au jeune âge de trois ans. Les modifications qui ont été apportées à la *Loi sur la preuve au Canada* en 1988 et en 2006 ont aboli les exigences relatives à la corroboration nécessaire du témoignage d'un enfant et ont permis aux enfants de témoigner s'ils sont « capable[s] de communiquer les faits dans [leur] témoignage ». Des modifications au *Code criminel* permettent aux enfants de témoigner par télévision en circuit fermé et d'avoir une personne qui les aide près d'eux pendant qu'ils témoignent, ce qui allège le stress qu'impose ce processus aux enfants et ce qui permet à un plus grand nombre d'enfants de se manifester afin de témoigner de leur victimisation. Les enregistrements sur vidéo des entrevues des policiers avec les enfants et l'ouï-dire relaté par un enfant concernant des mauvais traitements peuvent maintenant être admis en preuve pour contribuer à prouver la victimisation de l'enfant. Les enquêteurs de police, les procureurs et les juges sont maintenant beaucoup mieux informés au sujet des problèmes concernant le développement de l'enfant et la communication avec les enfants. Dans de nombreux endroits au Canada, il existe maintenant des travailleurs auprès des victimes et des témoins qui aident à préparer les enfants en vue du processus judiciaire et qui appuient les enfants et leurs parents.

¹⁶⁴ Nicholas Bala, Angela D. Evans et Emily Bala, « Hearing the Voices of Children in Canada's Criminal Justice System: Recognizing Capacity and Facilitating Testimony » (2010), 22 *Child & Family Law Quarterly* 21.

Les législateurs au Canada continuent de s'efforcer de trouver un compromis entre la nécessité d'accroître la portée de l'admission de la preuve produite par des enfants et de soutenir leur participation au système de justice pénale, d'une part, et la protection des droits de l'accusé ainsi que son droit à un procès équitable, d'autre part. Il continue d'y avoir des préoccupations au sujet de la façon dont les victimes, y compris les enfants, sont traitées dans le système de justice pénale¹⁶⁵. Même si les travailleurs qui s'occupent des victimes et des témoins peuvent jouer le rôle de défenseurs officiels, il est inquiétant de constater que, trop souvent, les tribunaux ne tiennent pas suffisamment compte des besoins et des intérêts des enfants, par exemple en ce qui concerne le recours à des moyens d'adaptation, comme la télévision en circuit fermé. Par contre, le système de justice canadien a atteint un meilleur équilibre, un équilibre qui tient plus fidèlement compte de la recherche abondante sur le développement de l'enfant et sur les capacités des enfants, sans pour autant sacrifier les droits des accusés, et un équilibre qui donne aux enfants victimes une bien meilleure possibilité de participer au processus pénal.

Droits de participation des jeunes contrevenants

La *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents (LSJPA)*¹⁶⁶ est entrée en vigueur en 2003. Même si elle a considérablement changé certains aspects du droit et si elle a entraîné des diminutions importantes des taux de recours aux tribunaux et au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants, la LSJPA a conservé en grande partie les notions d'application régulière de la loi et les droits de participation qui avaient

¹⁶⁵ Sonja Brubacher, Nicholas C. Bala, Kim Roberts et Heather Price, « Investigative Interviewing of Witnesses and Victims in Canada, » dans David Walsh et coll., éd., *International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation, Volume 1: Victims and Witnesses* (London: Routledge Press, à paraître en 2015).

¹⁶⁶ L.C. 2002, ch. 1, en vigueur le 1^{er} avril 2003.

été établis par la loi précédente, la *Loi sur les jeunes contrevenants*¹⁶⁷. Faisant miroir à l'article 12 de la CDE, le sous-alinéa 3(1)d)(i) confère aux adolescents « le droit de se faire entendre dans le cadre des procédures conduisant à des décisions qui les touchent [...] et de prendre part à ces procédures ».

Outre les mécanismes de protection qui sont mis à la disposition des adultes aux prises avec la justice pénale au Canada en vertu tant du *Code criminel* que de la *Charte des droits et libertés*, la LSJPA confère des droits spéciaux et significatifs aux adolescents pour tenir compte de leur plus grande vulnérabilité. À titre d'exemple, la LSJPA impose des limites aux policiers qui interrogent un adolescent soupçonné d'avoir commis une infraction. L'article 146 de la LSJPA prévoit qu'une déclaration faite par un adolescent interrogé à titre de suspect par un agent de la paix est admissible seulement si l'agent a expliqué à l'adolescent « en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension » que l'adolescent n'est obligé de faire aucune déclaration et qu'il a le droit d'avoir son avocat et son père ou sa mère présent pendant qu'il fait sa déclaration; toute renonciation doit soit être enregistrée sur bande audio ou vidéo, soit être faite par écrit et comporter une affirmation signée par l'adolescent. La Cour suprême a établi clairement qu'il ne suffit pas que l'agent de la paix se contente de « faire la lecture de ses droits à un adolescent » à l'aide d'un formulaire; l'agent de la paix doit plutôt fournir une explication qui tient compte de l'âge et de la compréhension du langage de l'adolescent. Dans l'arrêt *R. c. L.T.H.* prononcé en 2008, la Cour suprême fait ressortir l'importance des mécanismes de protection contre les interrogatoires inadéquats d'adolescents suspects par des agents de la paix. Voici comment s'est exprimé le juge Fish à ce sujet :

Les adolescents sont portés – encore plus que les adultes – à se sentir vulnérables

¹⁶⁷ L.R.C. 1985, ch. Y-1.

lorsqu'ils sont interrogés par des policiers qui les soupçonnent d'avoir commis un crime et qui peuvent influencer leur destin. C'est pourquoi le Parlement a incorporé en leur faveur des garanties procédurales supplémentaires à l'art. 146 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* [...] les garanties offertes aux adultes en matière de procédure et de preuve ne protègent pas adéquatement les adolescents qui, du fait de leur âge et de leur discernement relativement moins élevé, sont présumés être plus vulnérables que les adultes aux suggestions des policiers qui les interrogent ainsi qu'aux pressions et à l'influence que ces derniers peuvent exercer sur eux¹⁶⁸.

Malgré ces mécanismes légaux de protection, en pratique, les adolescents qui sont interrogés par la police ne se rendent souvent pas compte de l'importance des droits que la loi leur confère¹⁶⁹. La plupart des adolescents qui sont interrogés par la police font une déclaration qui les implique dans l'infraction, habituellement après avoir renoncé aux conseils d'un avocat ou de leurs père ou mère.

Pour tenir compte de la vulnérabilité des adolescents et des difficultés qu'ils éprouvent à comprendre le processus du tribunal pour adolescents et à y participer, la LSJPA contient des dispositions spéciales pour faciliter leur accès à la représentation par avocat. Les avocats des adolescents peuvent leur venir en aide lors de l'interrogatoire par la police, de l'enquête en vue de la mise en liberté sur cautionnement en attendant le procès, du procès ainsi que de l'audience de détermination de la peine ou de révision.

Dans les instances sous le régime de la LSJPA, si un adolescent désire obtenir les services d'un avocat et n'y arrive pas, l'article 25 oblige le juge à ordonner qu'un représentant lui soit fourni. Même si les juges peuvent tenir compte des moyens financiers des parents pour décider si un adolescent est « capable » d'obtenir les services d'un avocat

¹⁶⁸ *R. c. L.T.H.*, [2008] A.C.S. n° 50, paragraphes 1 à 3. Non souligné dans l'original.

¹⁶⁹ Voir par exemple Rona Abramovitch, Michele Peterson-Badali et Meg Rohan, « Young People's Understanding and Assertion of Their Rights to Silence and Legal Counsel » (1995) 37 *Revue canadienne de criminologie* 1; Michele Peterson-Badali et Martin Ruck, « Rights Knowledge, Reasoning, and Attitudes », dans Roger J.R. Levesque, éd., *Encyclopedia of Adolescence*, New York, Springer, 2012, 2386.

pour le représenter, le tribunal pour adolescents ne peut pas ordonner au père ou à la mère de payer les services d'un avocat. Le père et la mère peuvent choisir de payer les services d'un avocat à leur enfants¹⁷⁰, mais bon nombre d'entre eux refusent ou sont incapables de payer les services d'un avocat et très peu d'adolescents ont leurs propres ressources financières pour retenir les services d'un avocat. Si les parents paient, il peut régner une certaine confusion au sujet de la personne qui mandate l'avocat. Le paragraphe 25(8) de la LSJPA prévoit que le juge du tribunal pour adolescents doit s'assurer que l'adolescent est « représenté par un avocat n'ayant aucun lien avec les père ou mère », s'il paraît y avoir un conflit entre les intérêts de l'adolescent et ceux de son père ou sa mère ou si l'intérêt supérieur de l'adolescent exige qu'il soit représenté par son propre avocat.

Dans les cas les plus graves, l'adolescent qui est partie au processus judiciaire est toujours représenté par un avocat, que ce soit par l'intermédiaire de l'Aide juridique, par l'intervention de son père ou sa mère ou par voie d'une ordonnance en vertu de l'article 25 de la LSJPA. Toutefois, le processus qui aboutit à une ordonnance de représentation varie. Il n'est pas rare qu'il y ait des délais dans l'exercice du droit à l'avocat, et certains adolescents plaident coupables « pour en finir », sans avoir bénéficié des avis ni de la représentation d'un avocat. De plus, la qualité de la représentation offerte aux adolescents suscite des préoccupations. Il existe quelques endroits, comme Calgary et Edmonton, où exercent des avocats qui ont reçu une formation pour traiter avec des clients adolescents, qui peuvent bénéficier du soutien de travailleurs sociaux dans des cliniques spécialisées et qui se chargent de représenter les adolescents, mais dans la plupart des endroits, on

¹⁷⁰ Le paragraphe 25(10) de la LSJPA permet à une province d'établir un programme autorisant à recouvrer auprès du père ou de la mère de l'adolescent le montant des honoraires versés en vertu d'une ordonnance rendue sous le régime de l'article 25; seul le Manitoba l'a fait.

s'inquiète du fait que certains avocats qui acceptent ce genre de travail n'aient peut-être pas la formation, les connaissances ni les ressources pour offrir une représentation efficace aux contrevenants adolescents.

Sans doute parce que la LSJPA confère des droits de participation importants aux adolescents et aux avocats, les tribunaux au Canada n'ont pas souvent été forcés d'invoquer l'article 12 de la CDE pour régler des problèmes reliés à la délinquance chez les adolescents¹⁷¹.

F. INSTANCES EN MATIÈRE DE SOINS DE SANTÉ

Au Canada, les décisions au sujet des questions relatives aux soins de santé des enfants sont prises dans un cadre juridique complexe. En premier lieu, mentionnons la doctrine du « mineur mature » en common law. En règle générale, les parents ont le droit de prendre des décisions au sujet des traitements au nom de leurs enfants. Mais la doctrine du mineur mature permet aux enfants qui sont suffisamment matures de prendre eux-mêmes les décisions à propos des traitements qu'on leur conseille. En deuxième lieu, des lois

¹⁷¹ La seule cause en matière de justice pour les adolescents qui a abouti à une décision publiée qui cite l'article 12 de la CDE est *R. v. C. (G.)*, 2010 ONSC 115, dans laquelle le juge Molloy a invoqué la *Charte des droits et libertés* et la CDE pour conclure qu'un adolescent (agissant invariablement par l'intermédiaire d'un avocat dans ce contexte) a le droit d'être entendu avant que la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 67(6) de la LSJPA de choisir qu'un adolescent qui doit répondre d'une accusation de meurtre soit jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. Dans une décision subséquente, *R. v. J.S.R.*, [2012] O.J. 4063 (CA), la Cour d'appel de l'Ontario, sous la plume du juge Feldman, a donné l'explication suivante, au paragraphe 131:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le juge Molloy sur le fait que le paragraphe 67(6) de la LSJPA doit être lu en tenant compte de l'article 3 pour faire en sorte que les adolescents soient traités équitablement et que leur droit de participer au processus judiciaire soit respecté. À mon avis toutefois, la Loi n'exige pas que la cour lise intégralement les droits procéduraux dans le cadre du droit administratif pour offrir un traitement équitable dans le contexte du paragraphe 67(6) ou pour éviter de conclure à l'abus de procédure fondé sur l'iniquité procédurale.

provinciales et territoriales encadrent le consentement à subir un traitement médical. Ces lois prévoient souvent un âge particulier auquel les enfants sont présumés être compétents pour consentir à un traitement. En troisième lieu, on doit tenir compte des lois sur la protection de l'enfance. Ces lois provinciales et territoriales autorisent un organisme de protection de l'enfance à présenter une demande à la cour afin que celle-ci ordonne le traitement d'un enfant lorsque soit l'enfant soit son père ou sa mère refuse s'y consentir. En dernier lieu, des décisions ont été rendues qui interprètent comment ces sources de droit interagissent et quelles règles encadrent en fin de compte la prise des décisions sur les soins à donner aux enfants.

Législation sur le consentement au traitement

La plupart des provinces et des territoires ont des mesures législatives qui encadrent le consentement à un traitement médical. Certaines de ces mesures sont « globales », en ce sens qu'elles s'appliquent tant aux adultes qu'aux enfants, tandis que d'autres s'appliquent uniquement aux enfants¹⁷².

Les provinces et les territoires ont adopté des méthodes différentes face au consentement au traitement par des enfants. Dans certains cas, le consentement des enfants ne fait pas l'objet de mesures particulières. En Ontario, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Yukon, tout le monde, y compris un enfant, est présumé capable de consentir à un traitement¹⁷³. L'âge n'est pas mentionné dans la législation. Cette présomption peut être réfutée si un enfant ou un adulte est incapable [TRADUCTION] « de comprendre

¹⁷² On trouvera une excellente étude du droit sur la prise de décisions concernant la santé des enfants dans David C. Day, « The Capable Minor's Healthcare: Who Decides? » (2007), 86 *Revue du Barreau canadien* = *Can. Bar Rev.* 379.

¹⁷³ *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, chap. 2, paragraphe 4(2).

l'information qui est pertinente à la prise d'une décision au sujet du traitement »¹⁷⁴. D'autres administrations ont fixé un âge auquel un enfant est préssumé capable de consentir à un traitement. Au Manitoba et à Terre-Neuve-et-Labrador, l'âge a été fixé à 16 ans¹⁷⁵. Les enfants âgés d'au moins 16 ans sont présumés capables de consentir; les enfants âgés de moins de 16 ans sont présumés incapables. Cela signifie que les enfants âgés de moins de 16 ans peuvent consentir à un traitement lorsqu'il existe une preuve permettant d'établir leur capacité.

Dans la décision *H. (P.) v. Eastern Regional Integrated Health Authority*¹⁷⁶, le juge LeBlanc, de la Supreme Court de Terre-Neuve-et-Labrador, s'est demandé si la cour avait le pouvoir d'ordonner à une enfant de 16 ans de subir un traitement alors que l'enfant avait la capacité de refuser de consentir à ce traitement. L'affaire avait donné lieu à une demande de la mère de l'enfant dans le but de déterminer la capacité de sa fille de refuser de consentir au traitement. À Terre-Neuve-et-Labrador, les enfants âgés d'au moins 16 ans ne sont pas assujettis à la législation sur la protection de l'enfance et aucun organisme de protection de l'enfance n'était en cause. La question d'annuler le refus de consentir à un traitement par une enfant capable s'est révélée théorique après que le juge LeBlanc eut établi que l'enfant de 16 ans n'avait pas la capacité, réfutant ainsi la présomption prévue par la loi. Toutefois, le juge a statué que même s'il avait conclu que l'enfant avait la capacité de refuser de consentir au traitement, il aurait ordonné qu'elle subisse le traitement en exerçant la compétence *parens patriae* de la cour. Même si l'enfant n'était pas assujettie

¹⁷⁴ *Consent to Treatment and Health Care Directives Act*, S.P.E.I. 1996, c. 10, paragraphe 7(1); *Loi sur le consentement aux soins*, L.Y. 2003, c. 21, article 6.

¹⁷⁵ *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M., c. H-27, c. 36, C.P.L.M. c. M-110, paragraphe 4(2); *Advance Health Care Directives Act*, S.N.L. 1995, c. A-4.1, alinéas 7b) et c).

¹⁷⁶ 2010 NLTD 34.

à la législation provinciale sur la protection de l'enfance, le juge LeBlanc a précisé que les décisions prises par des mineurs au sujet de traitements – même par des mineurs matures – devaient être conformes à l'intérêt supérieur de l'enfant.

En vertu de la *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux* du Nouveau-Brunswick, les règles qui régissent le consentement à un traitement par un adulte s'appliquent aux enfants qui sont âgés d'au moins 16 ans¹⁷⁷. Toutefois, la Loi prévoit également un cadre qui permet aux enfants âgés de moins de 16 ans de consentir dans certaines circonstances. Voici le libellé du paragraphe 3(1) :

Le consentement d'un mineur de moins de seize ans à un traitement médical a le même effet que s'il était majeur si le médecin, le dentiste, l'infirmière praticienne ou l'infirmière dûment qualifié qui le traite estime

- a) que le mineur est en mesure de comprendre la nature et les conséquences du traitement médical, et
- b) que le traitement médical et l'intervention à entreprendre sont dans l'intérêt primordial de sa santé et de son bien-être¹⁷⁸.

La maturité à elle seule ne suffit pas à permettre à un enfant plus jeune de consentir; le traitement doit également être dans l'intérêt primordial de l'enfant de l'avis d'un professionnel de la santé. Il existe un cadre législatif semblable en Colombie-Britannique. L'*Infants Act* de cette province ne fixe pas d'âge auquel les enfants sont présumés capables de consentir. La Loi prévoit plutôt que tous les enfants peuvent consentir à un traitement si

[TRADUCTION]

le dispensateur de soins de santé qui fournit les soins de santé

- (a) les a expliqués à l'enfant et a été convaincu que l'enfant comprend la nature et les conséquences ainsi que les avantages et les risques raisonnablement prévisibles des soins de santé, et

¹⁷⁷ *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, L.N.-B. 1976, c. M-6.1, article 2.

¹⁷⁸ *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, L.N.-B. 1976, c. M-6.1, paragraphe 3(1).

(b) a fait des efforts raisonnables pour arriver à la conclusion que les soins de santé sont dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷⁹.

Là encore, les spécialistes de la santé doivent déterminer si le traitement est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et si celui-ci a la capacité nécessaire.

La Saskatchewan et l'Alberta se sont dotées de lois qui définissent l'âge auquel un enfant peut donner des directives sur sa santé. En Saskatchewan, l'âge a été fixé à 16 ans¹⁸⁰, et en Alberta, à 18 ans. Ni l'une ni l'autre de ces lois ne donnent d'indications sur la prise de décisions médicales par des enfants qui n'ont pas atteint ces âges. En l'absence d'une demande d'un organisme de protection de l'enfance d'être autorisé à prendre une décision au sujet d'un traitement au nom d'un enfant, la règle de common law du « mineur mature » s'appliquerait probablement.

Législation sur la protection de l'enfance

Toutes les administrations canadiennes ont adopté des lois sur la protection de l'enfance qui permettent à un organisme de l'État de prendre des décisions en matière de traitements au nom d'un enfant dans certaines circonstances. Si le père ou la mère refuse de consentir au traitement et si ce refus met la santé ou la vie de l'enfant en danger, les organismes de protection de l'enfance sont normalement autorisés à « appréhender » l'enfant et à donner le consentement nécessaire à la place du père ou de la mère, sous réserve d'un processus qui exige une ordonnance de la cour relativement peu de temps après l'appréhension. Les parents doivent être avisés de ce processus et ils ont le droit d'y participer. Comme nous l'avons vu ci-dessus, les dispositions provinciales varient quant au droit des enfants d'être

¹⁷⁹ *Infants Act*, R.S.B.C. 1996, c. 223, paragraphe 17(3).

¹⁸⁰ *The Health Care Directives and Substitute Health Care Decision Makers Act*, S.S. 1997, c. H-0.001, article 3; *Personal Directives Act*, R.S.A. 2000, c. P-6, paragraphe 3(1).

avisés et de participer au processus de protection de l'enfance, bien que les enfants plus vieux peuvent intervenir dans la plupart des provinces et des territoires.

La situation se complique lorsque l'enfant est un « mineur mature » en vertu de la common law ou de la loi qui encadre le consentement au traitement et qu'il refuse un traitement. Un « mineur mature » peut encore être un « enfant » au sens de la loi applicable en matière de protection de l'enfance, et il est alors assujéti aux pouvoirs de l'État en matière de protection.

La décision qui a fait autorité en ce qui concerne l'interaction entre la doctrine du mineur mature et la législation sur la protection de l'enfance est l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) c. A.C.*¹⁸¹. L'enfant, une membre des Témoins de Jéhovah âgée de 14 ans, avait été admise à l'hôpital à cause d'une hémorragie interne; ses médecins traitants s'inquiétaient du fait que sans une transfusion sanguine, elle courait un risque grave pour sa santé et peut-être pour sa vie, mais la jeune fille et ses parents ont refusé de consentir à une transfusion sanguine. L'enfant a été appréhendée par l'organisme de protection de l'enfance qui s'est adressé à la cour en vertu de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba pour demander une ordonnance autorisant la transfusion. Le paragraphe 25(8) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* prévoit qu'une cour peut autoriser les traitements médicaux qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant. Toutefois, le paragraphe 25(9) prévoit que la cour ne peut ordonner le traitement sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si l'enfant ne peut pas comprendre l'information ni évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'un consentement ou d'un refus de traitement. L'enfant a fait

¹⁸¹ 2009 CSC 30. Cette affaire a été étudiée ci-dessus dans l'optique des droits des enfants dans les instances en matière de protection.

valoir que sa décision aurait dû être respectée en vertu de la doctrine du mineur mature, parce qu'elle avait la capacité de prendre la décision de refuser la transfusion. À l'audience, la cour a convenu que l'enfant avait la capacité de consentir, mais que cela n'était pas pertinent parce qu'elle n'avait pas atteint l'âge de 16 ans.

Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada, quoique celle-ci ait adopté une démarche plus nuancée. Rédigeant au nom de la majorité, la juge Abella a refusé d'admettre que la doctrine du mineur mature permet aux enfants matures de prendre toutes les décisions concernant leurs soins médicaux. Même si un mineur mature peut prendre des décisions au sujet de questions comme l'avortement, des facteurs différents entrent en ligne de compte quand l'enfant refuse un traitement nécessaire à sa survie. Même si les mineurs matures réclament à hauts cris leur autonomie, la juge Abella a expliqué que lorsqu'un organisme de protection de l'enfance présente une demande visant à autoriser le traitement d'un enfant, l'intérêt qu'a l'État de protéger les enfants entre en jeu et l'État a toujours le pouvoir de déterminer s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de lui permettre d'exercer son autonomie. Selon la juge Abella, l'intérêt supérieur de l'enfant exige que ses opinions et ses préférences soient appréciées en fonction de son âge et de sa maturité. Plus un enfant est mature, plus on doit faire preuve de déférence à l'égard de ses décisions en matière de traitements. La juge Abella a conclu qu'il est possible dans certains cas un enfant pourrait avoir atteint un degré de maturité si élevé qu'il ne serait pas dans son intérêt de passer outre à sa décision en ce qui concerne son traitement. La cour doit tenir compte de la maturité de l'enfant et de la nature de la décision médicale. Selon la

juge Abella, cet examen selon une « échelle variable » est compatible avec l'article 12 de la CDE¹⁸².

G. INSTANCES EN MATIÈRE D'IMMIGRATION ET D'ASILE

Au Canada, les instances en matière d'immigration et d'asile sont régies par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [la LIPR]¹⁸³ et elles sont aussi assujetties à la *Convention relative au statut de réfugié*¹⁸⁴, dont le Canada est signataire. Bien que la LIPR régisse les instances qui mettent en cause des enfants, elle contient peu de dispositions qui portent expressément sur les enfants et sur leurs droits de participation, comme le paragraphe 167(2) qui traite de la représentation de l'enfant. On tient pour acquis que les dispositions générales s'appliquent aussi aux enfants revendicateurs et demandeurs. À titre d'exemple, l'alinéa 170e), qui prévoit que les demandeurs d'asile à titre de réfugiés au sens de la *Convention* doivent avoir « la possibilité de produire des éléments de preuve, d'interroger des témoins et de présenter des observations »¹⁸⁵, s'applique aussi aux enfants. Les dispositions qui mentionnent les enfants exigent de prendre en considération l'intérêt supérieur d'un enfant visé par une décision en matière d'immigration ou d'asile.

L'intérêt supérieur de l'enfant et le droit d'être entendu

¹⁸² 2009 CSC 30, paragraphe 22. Voir aussi *U. (C.) (Next Friend of) v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2003 ABCA 66 (autorisation d'appel rejetée), arrêt dans lequel la Court of Appeal de l'Alberta a statué que la doctrine du mineur mature n'avait pas préséance sur la loi de la province en matière de protection de l'enfance lorsqu'un enfant âgé de 16 ans refusait un traitement nécessaire à sa survie pour des motifs d'ordre religieux. La Cour a reconnu que les opinions des enfants doivent être entendues et prises en considération dans le cadre des décisions concernant leur traitement, mais que ces opinions ne sont pas déterminantes. Elle a cité l'article 12 de la CDE pour justifier son postulat.

¹⁸³ L.C. 2001, c. 27.

¹⁸⁴ RTNU, vol. 189, p. 137, RTC 1969/6.

¹⁸⁵ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, alinéa 170e).

Un certain nombre de dispositions exigent de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions prises en application de la LIPR. Par exemple, le paragraphe 25(1) prévoit que le Ministre peut octroyer la résidence permanente à un ressortissant étranger qui serait interdit de territoire ou qu'il peut exempter la personne de tout critère ou de toute obligation prévu par la Loi pour des considérations d'ordre humanitaire « compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché »¹⁸⁶.

La Cour suprême du Canada a reconnu l'importance de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires en matière d'immigration et d'asile dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁸⁷. Cette décision portait sur les facteurs qu'il fallait apprécier dans une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour, la juge L'Heureux-Dubé a statué que « le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt »¹⁸⁸. La majorité a expliqué que cette interprétation était compatible avec les obligations du Canada en vertu des articles 3 et 12 de la CDE. Dans l'arrêt *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁸⁹, l'intérêt supérieur de l'enfant a été considéré comme un « facteur important » auquel il convenait de donner un « poids considérable » lorsqu'il s'agissait de décider de renvoyer un parent du Canada. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'était pas déterminant dans cette décision.

¹⁸⁶ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, paragraphe 25(1).

¹⁸⁷ [1999] 2 R.C.S. 817.

¹⁸⁸ [1999] 2 R.C.S. 817, paragraphe 75.

¹⁸⁹ [2002] 4 C.F. 358 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. rejetée.

Dans l'arrêt *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹⁹⁰, la Cour d'appel fédérale a été invitée à définir les circonstances dans lesquelles l'intérêt supérieur de l'enfant aurait été bien pris en considération dans l'appréciation d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. À la majorité, la Cour a statué que pour déterminer l'intérêt supérieur, le décideur doit tenir compte des opinions de l'enfant en fonction de son âge et de sa maturité et que le point de vue qu'a l'enfant sur sa situation doit être pris en compte, comme l'exige l'article 12 de la CDE. Dans cette affaire, la Cour d'appel a conclu que l'agent d'immigration avait commis une erreur en omettant de tenir compte du fait qu'une enfant de 15 ans préférait nettement continuer à vivre au Canada avec sa mère, qui faisait face à une mesure d'expulsion, plutôt que vivre avec son père qui était citoyen et qui ne faisait l'objet d'aucune mesure d'expulsion.

Représentants désignés

On doit commettre à tout enfant qui fait l'objet de procédures en application de la LIPR un « représentant désigné »¹⁹¹. Ce représentant désigné est généralement le père ou la mère de l'enfant, mais il peut aussi s'agir d'un avocat¹⁹². Selon la *Directive n° 3 du président*, les tâches d'un représentant désigné sont les suivantes :

- Retenir les services d'un conseil;
- Donner des instructions au conseil ou aider l'enfant à le faire;
- Prendre d'autres décisions concernant les procédures ou aider l'enfant à le faire;

¹⁹⁰ [2003] 2 C.F. 555 (CA).

¹⁹¹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, paragraphe 167(2).

¹⁹² Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, « Guide du représentant désigné », en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/GuideDesRep.aspx>>.

- Informer l'enfant sur le traitement de sa revendication et les différentes étapes de la procédure;
- Aider à recueillir des éléments de preuve au soutien de la revendication;
- Présenter des éléments de preuve et témoigner;
- Agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁹³.

Un représentant désigné doit être nommé pour un enfant dès que possible et la désignation est valable pendant toute la durée des procédures¹⁹⁴. Les cours ont décidé que l'omission de nommer un représentant désigné à un enfant en temps opportun était un motif de contrôle judiciaire et pouvait faire en sorte que l'affaire soit renvoyée et fasse l'objet d'une nouvelle audience¹⁹⁵.

Dans la décision *Manalang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*¹⁹⁶, la juge Heneghan, de la Cour fédérale, s'est penchée sur les droits, en vertu de l'article 12 de la CDE, des enfants auxquels on avait désigné un représentant en vertu de la LIPR. L'affaire mettait en cause une demande de contrôle judiciaire présentée par une mère et ses deux enfants mineurs à l'égard d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) qui avait rejeté les appels interjetés par les demandereses qui contestaient des ordonnances les empêchant de demeurer au Canada en tant qu'immigrantes parrainées par le mari de la mère, qui était aussi le beau-père des enfants. L'un des facteurs importants dans la demande d'expulsion a été le fait que la mère avait menti dans sa demande d'admission en déclarant que son mari était le père des enfants. Les

¹⁹³ Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directive numéro 3 du président : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié* (30 septembre 1996), en ligne : <<http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir03.aspx>>.

¹⁹⁴ *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150, paragraphe 3.

¹⁹⁵ *Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 150, paragraphe 24.

¹⁹⁶ 2007 CF 1368.

demandereses ont fait valoir de nombreux arguments, y compris le fait que la SAI avait omis d'accorder une attention suffisante aux intérêts et aux désirs des enfants, comme l'exige l'article 12 de la CDE. Au cours de la première audience devant la SAI, aucun représentant n'avait été désigné pour les enfants; il a donc été mis fin à cette instance et une nouvelle formation de la SAI a instruit l'affaire avec l'avocat de la mère agissant comme représentant désigné des enfants. En confirmant la décision de la SAI de prendre une mesure d'exclusion à l'égard de la mère et de ses enfants, la juge Heneghan a précisé que les enfants avaient bénéficié d'un représentant désigné « à qui il appartenait de veiller à ce que leur intérêt soit pleinement et suffisamment révélé au tribunal » et qu'il n'existait aucune élément de preuve portant à conclure que le représentant avait été empêché de le faire¹⁹⁷. Par conséquent, les enfants avaient exercé leur droit d'être entendues en vertu de l'article 12 de la CDE.

Les problèmes de défense des droits et de participation réelles sont particulièrement préoccupants pour le nombre sans cesse croissant de demandeurs d'asile qui sont des « mineurs non accompagnés », des enfants qui arrivent au Canada sans leurs parents ou leurs tuteurs pour demander l'asile¹⁹⁸. Même si certains de ces enfants peuvent avoir de la parenté au Canada qui leur fournira une certaine aide, il s'agit d'une population particulièrement vulnérable; il convient de noter que certains avocats déploient des efforts spéciaux pour faire en sorte qu'une représentation adéquate soit mise à la disposition de ces enfants¹⁹⁹.

¹⁹⁷ 2007 CF 1368, paragraphe 111.

¹⁹⁸ Judith Wouk, Soojin Yu, Lisa Roach, Jessie Thomson et Anmarie Harris (2006), « Unaccompanied/Separated Minors and Refugee Protection in Canada: Filling Information Gaps » 23:2, *Refuge : revue canadienne sur les réfugiés*, pages 125 à 134.

¹⁹⁹ David Renting, « Program helps 'unaccompanied minors' navigate Canada's refugee process », *Toronto Star*, le samedi 17 août 2013.

H. PROCESSUS CONCERNANT LES DROITS À L'ÉDUCATION

La plupart des enfants passent de très grandes parties de leur temps à l'école et les éducateurs ainsi que les tribunaux scolaires prennent des décisions très importantes pour leur vie. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a reconnu que le droit de l'enfant « d'être entendu dans le domaine de l'éducation est crucial pour l'exercice du droit à l'éducation », qui est protégé par l'article 28 de la CDE²⁰⁰ Le Comité recommande que les enfants soient entendus au sujet de l'élaboration des politiques scolaires et des codes de conduite ainsi que dans le cadre de processus qui ont une incidence sur leur propre éducation. Mais trop souvent, les enfants ne sont pas consultés dans les décisions qui sont prises à l'égard de leur éducation et de leur scolarisation.

Au Canada, c'est la législation provinciale ou territoriale qui est applicable à l'éducation²⁰¹; même s'il existe des différences entre les mesures législatives et les programmes d'études d'un bout à l'autre du pays, toutes les administrations vivent des problèmes communs. La plupart des décisions au sujet des enfants et de leur éducation sont prises par des directeurs d'école, des conseils scolaires et des tribunaux administratifs. Bien qu'il soit évident que la CDE, y compris son article 12, s'applique à ces décisions, étant donné que relativement peu de cas aboutissent à des demandes de contrôle judiciaire adressées à une cour, il n'est pas facile de broser un tableau clair de la façon dont la CDE est appliquée dans le contexte scolaire au Canada.

²⁰⁰ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, *Observation générale no 12 (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu*, Document de l'ONU CRC/C/GC/12, page 22.

²⁰¹ Pour une étude du régime juridique de l'Ontario, voir Jeffery Wilson, *The Law's Treatment of Children and Youth*, Toronto, Lexis, 2011, chapitre 7.

Les processus décisionnels qui régissent l'éducation des enfants ayant des besoins spéciaux sont l'un des processus qui ont une influence sur l'éducation et le développement des enfants. À l'origine, ces décisions sont généralement prises à l'échelon du conseil scolaire, avec la possibilité d'un appel à un tribunal administratif. Dans l'une des rares affaires qui a beaucoup fait parler en matière de droit de l'éducation, des parents ont porté en appel jusqu'en Cour suprême du Canada la décision d'expulser leur enfant handicapée âgée de 12 ans d'un programme qui l'intégrait au curriculum scolaire régulier et de la placer dans une classe adaptée. Dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, qu'elle a rendu en 1996, la Cour suprême a statué :

[...] l'instance décisionnelle doit en outre s'assurer que sa décision au sujet de l'arrangement approprié dans le cas d'un enfant en difficulté soit prise dans une optique subjective et orientée vers l'enfant, qui tente de rendre l'égalité significative du point de vue de l'enfant par opposition à celui des adultes qui l'entourent. Pour atteindre ce but, elle doit également s'assurer que le genre d'arrangement choisi est dans l'intérêt de l'enfant [...]. Dans le cas des enfants plus âgés et de ceux qui peuvent communiquer leurs désirs et leurs besoins, leur opinion jouera un rôle important dans la détermination de leur intérêt²⁰².

En dépit de cette affirmation judiciaire au sujet de l'importance de faire participer les enfants à la prise des décisions, la recherche empirique donne à penser qu'au Canada, les enfants ayant un handicap ne prennent généralement pas part directement ni indirectement aux décisions qui les concernent dans le contexte scolaire²⁰³. Même si les parents ont qualité pour agir dans ces processus, il peut se produire des situations dans lesquelles les parents et les enfants ont des opinions et des intérêts divergents, ce qui fait que les points de vue et les préférences de l'enfant ne sont pas représentés adéquatement.

²⁰² [1996] A.C.S. 98, [1997] 1 R.C.S. 241, paragraphe 77.

²⁰³ Mona Paré, « Inclusion and Participation in Special Education Processes in Ontario, Canada » in Tali Gal et Benedetta Durmay, édés., *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, New York, Oxford University Press, 2015, 37.

Le rôle limité que jouent les enfants dans les processus disciplinaires scolaires qui peuvent entraîner leur suspension ou leur expulsion est également source de préoccupations. Même si les parents ont qualité pour agir dans ces processus, les élèves ne peuvent généralement pas intervenir. Selon une thèse qui a été plaidée, l'article 12 exige des protections procédurales supérieures à l'égard des élèves qui font l'objet de procédures disciplinaires. À titre d'exemple, Paré fait valoir que les enfants devraient avoir la possibilité d'être entendus directement, et non indirectement par l'entremise de leurs parents, lors d'audiences disciplinaires²⁰⁴.

Parmi les autres préoccupations fondamentales, mentionnons le fait que les écoles au Canada ne réussissent pas souvent à offrir aux enfants une éducation adéquate au sujet de leurs droits; en particulier, que les questions liées à la CDE ne sont pas abordées dans la plupart des programmes²⁰⁵. Bien que les adultes et les enfants soient tous peu sensibilisés, une étude commandée par War Child Canada a conclu que les adultes sont plus susceptibles que les enfants d'être au courant de la CDE (55 % par rapport à 33 %) ²⁰⁶. La plupart des enfants ont indiqué qu'ils n'avaient entendu parler d'aucun des grands traités internationaux sur les droits de la personne des Nations Unies. Il est remarquable de constater que les enfants nés à l'extérieur du Canada connaissent

²⁰⁴ Mona Paré, « Inclusion and Participation in Special Education Processes in Ontario, Canada » in Tali Gal et Benedetta Durmay, eds., *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, New York, Oxford University Press, 2015, 37.

²⁰⁵ Canadian Coalition on the Rights of the Child, *Children's Rights in Canada 2011- Working Document: Right to Education, Research Report*; R. Brian Howe et Katherine Covell, « Schools and the Participation Rights of Children » (1999-2000), 10 *Education and Law Journal* 107; R. Brian Howe et Katherine Covell, *Education in the Best Interest of the Child: A Children's Rights Perspective on Closing the Achievement Gap*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

²⁰⁶ Canadian Coalition on the Rights of the Child, *Children's Rights in Canada 2011- Working Document: Right to Education, Research Report*.

davantage la CDE que ceux qui étaient nés au pays (43 % par rapport à 32 %). Il semble que seule la Nouvelle-Écosse a inclus dans son programme d'études provincial de la formation au sujet de la CDE²⁰⁷.

Même si la question des droits des enfants n'est pas systématiquement abordée, il y a eu des causes dans lesquelles des adolescents plus vieux, agissant par l'intermédiaire d'un tuteur à l'instance, ont été en mesure de présenter des demandes à la cour pour forcer les écoles à reconnaître leurs droits. En particulier en Ontario, des élèves ont eu gain de cause à la suite de poursuites judiciaires au sujet de leur bal des finissants, qui est ironiquement un événement symbolique de la fin de leur séjour comme élèves à l'école secondaire²⁰⁸.

IV. ÉTOFFER LES DROITS DE PARTICIPATION DES ENFANTS AU CANADA

Une étude de la législation et de la jurisprudence d'un bout à l'autre du pays donne à penser que les législateurs, les juges et les responsables des orientations politiques ont conscience des droits de participation des enfants et de leurs propres responsabilités en application de l'article 12. Cela est particulièrement vrai dans le domaine du droit de la famille, dans lequel les opinions et les préférences des enfants sont un facteur dominant dans les décisions prises dans l'intérêt supérieur des enfants en matière de garde, d'accès, de protection de l'enfance et d'adoption. Il y a cependant place à amélioration. Selon le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, au Canada, les « mécanismes existants ne

²⁰⁷ R. Brian Howe et Katherine Covell, *Education in the Best Interest of the Child: A Children's Rights Perspective on Closing the Achievement Gap*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

²⁰⁸ Voir *Hall v Powers*, [2002] O.J. 1803 (S.C.) (permission d'être accompagné au bal des finissants par un ami homosexuel dans une école catholique); *Gilles v Toronto District School Board*, [2015] O.J. 833 (S.C.) (interdiction d'imposer un alcootest à des élèves qui assistent au bal des finissants).

sont pas propres à faciliter la participation effective et utile des enfants dans les questions juridiques, politiques et environnementales et les processus administratifs qui ont des incidences sur eux »²⁰⁹.

Le chapitre qui conclut ce document contient certaines suggestions sur les moyens d'étoffer au Canada les droits de participation des enfants sous le régime de l'article 12 de la CDE.

Promouvoir la participation des enfants aux processus judiciaires et administratifs

Dans la présente partie, on trouvera des suggestions permettant de mieux promouvoir la participation des enfants dans le cadre des processus décrits dans le présent document : les instances en matière familiale (la garde et l'accès, la Convention de La Haye, la protection de l'enfance et l'adoption), les instances pénales, les instances concernant des décisions en matière de traitements et les instances en matière d'immigration et d'asile. Ces choix reposent sur des pratiques qui mettent en valeur les droits de participation des enfants dans d'autres pays et certains sont tirés directement d'ouvrages universitaires sur la participation des enfants. Il est également important de reconnaître qu'il existe des différences importantes partout au Canada dans la mesure à laquelle les droits de participation des enfants sont reconnus et favorisés, et les responsables des orientations politiques de différentes provinces et différents territoires peuvent apprendre des expériences d'autres administrations canadiennes.

Il n'existe aucun moyen unique qui serait le « meilleur » pour faire participer les enfants à des instances judiciaires, mais il est plutôt important de disposer d'une panoplie

²⁰⁹ Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Soixante et unième session, 5 octobre 2012, CRC/C/CAN/CO/3-4, *Observations finales : Canada*, paragraphe 36.

de moyens afin de permettre aux enfants de participer. Même si le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies préfère généralement la participation directe à la participation indirecte, la façon dont les enfants participent aux processus dépend jusqu'à un certain point de la nature et de l'étape de l'affaire ainsi que des ressources disponibles. Le Comité a établi clairement que les enfants ne devraient jamais être forcés d'exprimer leurs opinions. La méthode employée pour entendre les enfants devrait tenir compte des besoins et du degré de maturité des enfants ainsi que de la nécessité de trouver un compromis entre la participation des enfants et la protection de leurs intérêts et de leurs relations. Mais le plus important serait peut-être de toujours prendre en considération les opinions de chaque enfant au sujet de la façon dont il souhaite participer à une étape en particulier d'un processus en particulier. Cela étant dit, certaines méthodes visant à entendre les enfants devraient être plus facilement accessibles.

La représentation des enfants dans les instances en matière de garde et d'accès au Canada est limitée et elle n'est même pas offerte par certaines administrations. L'article 12 peut constituer un moyen d'encourager une cour supérieure à invoquer sa compétence *parens patriae* pour désigner un avocat à un enfant qui est en cause dans une instance sur la garde et l'accès²¹⁰. Toutefois, la représentation par avocat est relativement coûteuse et peut faire en sorte que les enfants ressentent des pressions pour « choisir un camp » dans un litige. Les évaluations peuvent représenter un moyen important de recueillir les opinions des enfants, mais elles sont aussi relativement coûteuses et elles peuvent retarder le règlement de l'instance. Il serait certes approprié que les avocats des enfants et les

²¹⁰ Voir par exemple *B. (A.C.) v. B. (R.)*, 2010 ONCA 714.

évaluateurs demandent aux enfants comment ils aimeraient participer et, notamment, s'ils aimeraient rencontrer le juge.

Certaines lois provinciales et territoriales contiennent des dispositions qui permettent les entrevues judiciaires. Les entrevues avec le juge peuvent constituer un moyen peu coûteux et opportun d'entendre directement les enfants dans les instances en droit de la famille. Certaines administrations, comme l'Écosse, la Nouvelle-Zélande et, en particulier, le Québec, ont déjà répandu la pratique des entrevues judiciaires afin de permettre une plus grande participation des enfants dans les litiges familiaux. La recherche empirique permet de conclure que les enfants en cause dans des litiges familiaux veulent toujours qu'on leur demande s'ils désirent faire part de leurs opinions; si le litige familial se règle devant la cour, nombreux sont ceux qui aimeraient rencontrer le juge²¹¹. Une éducation et une formation multidisciplinaires sur les enjeux concernant les entrevues d'enfants par des juges et la participation des enfants au processus de règlement du litige en droit de la famille sont aussi importantes. On ne s'attend pas à ce que les juges et les avocats aient les connaissances de spécialistes de la santé mentale qui réalisent des évaluations, mais des programmes de formation peuvent faire en sorte qu'ils soient conscients de l'importance d'éveiller l'intérêt des enfants avec délicatesse et qu'ils soient prêts à aborder des questions comme la confidentialité, l'enregistrement et les rapports non évaluatifs sur le point de vue de l'enfant, que certaines administrations utilisent actuellement; on devrait envisager d'en généraliser l'utilisation, car ceux-ci peuvent être un moyen relativement peu coûteux et rapide de permettre aux enfants d'exprimer leurs

²¹¹ Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « Judicial Interviews With Children In Custody and Access Cases: Comparing Experiences In Ontario And Ohio » (2010), 24(2) *International Journal of Law, Policy and the Family*, 300.

points de vue et leurs préférences. Toutefois, on devra aborder les questions de la formation, des ressources et des protocoles relativement aux rapports sur les opinions de l'enfant, notamment quant à la question de savoir si on devrait demander aux enfants s'il y a des questions qu'ils ne voudraient pas voir divulguées à leurs parents, à la cour ou à un médiateur; on devrait également leur demander s'ils désirent rencontrer le juge ou le médiateur.

Même si le présent document a porté surtout sur la participation des enfants à des instances judiciaires, l'article 12 favorise également la participation des enfants aux processus non judiciaire de règlement des litiges familiaux. À titre d'exemple, les Pays-Bas exigent que les opinions des enfants soient prises en considération dans tous les plans de parentage produits devant la cour. Dans la décision *G. (B.J.) v. G. (D.L.)*, la juge Martinson a statué que l'article 12 prévoit que les opinions des enfants doivent être prises en considération à toutes les étapes d'une instance en matière de garde et d'accès, y compris lors de tentatives de régler l'affaire au moyen d'un mode alternatif de résolution des conflits²¹². En Angleterre et au Pays de Galles, le gouvernement s'est engagé à faire en sorte que les opinions des enfants soient divulguées aux parents et aux médiateurs dans chaque cas qui est réglé par ce mode de résolution des conflits²¹³.

La LSJPA reconnaît qu'un adolescent qui est accusé d'un crime a le droit d'être entendu et de participer aux processus qui aboutissent aux décisions qui le concernent.

²¹² 2010 YKSC 44, paragraphe 6.

²¹³ En Angleterre et au Pays de Galles, le gouvernement précédent a pris des engagements importants pour faire en sorte que la « voix de l'enfant » soit entendue en médiation (Royaume-Uni, Ministry of Justice, 2015). Toutefois, on ne sait pas encore clairement comment le nouveau gouvernement conservateur donnera suite à ces engagements. Voir Gouvernement du Royaume-Uni, *Policy Paper: Voice of the Child: government response to Dispute Resolution Advisory Group report*, en ligne : <www.gov.uk/government/publications/voice-of-the-child-government-response-to-dispute-resolution-advisory-group-report>.

Pourtant, la recherche sur les expériences des enfants dans le système de justice pénale pour les adolescents donne à penser que de nombreux enfants sentent qu'ils n'ont pas été entendus ou qu'on ne leur a pas donné la possibilité de participer²¹⁴. La professeure Myriam Denov suggère que l'une des façons de promouvoir les droits des enfants sous le régime de l'article 12 consisterait à créer une exigence législative obligeant à tenir compte des opinions des enfants dans les rapports prédécisionnels et les facteurs menant à la détermination de la peine²¹⁵.

Dans le contexte du droit de la santé, des exégètes ont suggéré de délaisser la capacité présumée de consentir aux décisions en matière de traitement en fonction de l'âge et d'adopter une capacité présumée de consentir pour tous²¹⁶. Cette mesure a déjà force de loi en Ontario, à l'Île-du-Prince-Édouard et au Yukon. Éliminer les présomptions d'âge en matière de consentement serait compatible avec l'interprétation que fait le Comité des droits de l'enfant des exigences de l'article 12.

En ce qui concerne la participation des enfants à des instances en matière d'immigration et d'asile, la professeure Sonja Grover a suggéré qu'un enfant qui demande l'asile soit assisté sans frais par un conseiller juridique indépendant afin de participer réellement aux audiences²¹⁷. Étant donné qu'ils sont souvent des membres de la famille,

²¹⁴ Ross Gordon Green et Kearney F. Healy, *Tough on Kids: Rethinking Approaches to Youth Justice*, Saskatoon, Purich Publishing, 2003.

²¹⁵ Myriam Denov, « Youth Justice and Children's Rights: Transformations in Canada's Youth Justice System », in R. Brian Howe et Katherine Covell, éd., *A Question of Commitment: Children's Rights in Canada*, Waterloo, Wilfred Laurier University Press, 2007, 153, p. 164.

²¹⁶ Judy Finlay, Jill Magazine et Amanda Hotrum, *Consent and Confidentiality in Health Services: Respecting the Right to be Heard*, Toronto, Bureau d'assistance à l'enfance et à la famille, 2005.

²¹⁷ Sonja Grover, « On the Rights of Refugee Children and Child Asylum Seekers », dans R. Brian Howe et Katherine Covell, éd., *A Question of Commitment: Children's Rights in Canada*, Waterloo, Wilfred Laurier University Press, 2007, page 343.

les représentants désignés sont moins susceptibles d'être indépendants, ce qui suscite des questions à propos de leur capacité de protéger les intérêts de l'enfant.

Il est également nécessaire d'offrir aux enfants de meilleures possibilités de participer aux processus qui aboutissent à la prise de décisions dans le contexte éducatif et scolaire, tant en ce qui concerne les décisions qui touchent leur vie personnelle que l'élaboration des politiques, des programmes et des codes de conduite pour les élèves. Afin d'encourager la participation des enfants à divers processus et de promouvoir leurs droits, les programmes scolaires devraient également aborder les questions relatives aux droits des enfants.

Élaboration des politiques et réforme du droit

Le présent document portait surtout sur les droits de participation des enfants aux processus prévus par la loi, mais il existe d'autres domaines importants dans lesquels il faut susciter la participation des enfants à la société civile. Nous n'avons pas traité dans le présent document des questions concernant les possibilités de promouvoir la participation des enfants par des réformes législatives et politiques, mais dans de nombreux pays, des efforts considérables ont été déployés à cet égard.

Parmi les méthodes que différents pays, gouvernements régionaux et municipalités ont élaborées pour éveiller l'intérêt des enfants, mentionnons les clubs de jeunes, les conseils de jeunes et les parlements jeunesse ainsi que la représentation des enfants et des adolescents au sein de divers conseils consultatifs et organismes décideurs²¹⁸. Par exemple, dans l'État américain de la Géorgie, un forum des jeunes a été mis sur pied pour donner aux enfants l'occasion d'exprimer leurs opinions au sujet des problèmes auxquels ils font

²¹⁸ Voir Aisling Parkes, *Children and International Human Rights Law: The Right of the Child to be Heard*, London, Routledge, 2013, pages 181 à 209.

face et de proposer des solutions particulières. En Suède, de nombreuses municipalités ont créé des « forums d'influence » qui donnent aux enfants la possibilité de participer à la prise de décisions à l'échelon local sur des questions qui les concernent. Au niveau national, la Nouvelle-Zélande a établi un forum consultatif du premier ministre sur la jeunesse. Chaque année, des jeunes choisis partout au pays sont invités à rencontrer à trois reprises des ministres du Cabinet, y compris le premier ministre, pour discuter de questions qui touchent les enfants et d'autres affaires qui concernent le gouvernement. Les sujets abordés jusqu'à maintenant comprennent les prêts étudiants, l'intimidation dans les écoles et la façon dont la police traite les jeunes.

Au Canada, certains gouvernements ont également élaboré des programmes afin de faire participer les enfants et les adolescents à l'élaboration des politiques et à l'encadrement des programmes. À titre d'exemple, le Service de police d'Ottawa a mis sur pied son Comité consultatif jeunesse, dont les membres sont âgés de 13 à 24 ans, qui participe à l'élaboration des politiques et des programmes²¹⁹. Ce genre de comité permet aux enfants et aux jeunes de participer davantage à la prise de décisions et il fournit de l'information précieuse à la police. Dans beaucoup de provinces et de territoires au Canada, il existe un bureau provincial ou territorial qui est chargé de défendre les droits des enfants et des jeunes et qui se spécialise souvent dans les enquêtes suscitées par des plaintes et des inquiétudes au sujet d'enfants pris en charge par un organisme gouvernemental, la plupart du temps par les établissements de bien-être de l'enfance ou de justice pour les adolescents.

²¹⁹ Voir Service de police d'Ottawa, Comité consultatif jeunesse, en ligne : <<http://www.ottawapolice.ca/fr/news-and-community/youth-advisory-committee-yac.asp>>.

Certains de ces bureaux se sont dotés de comités consultatifs jeunesse²²⁰. Toutefois, il reste beaucoup de travail à faire pour susciter la participation des enfants et des jeunes à la réforme du droit et à l'élaboration des politiques, en particulier dans les domaines qui les touchent directement, notamment le droit de la famille et la politique en matière d'éducation.

Recherche et élaboration des politiques

Une étude des lois et de la jurisprudence partout au pays donne à penser que les législatures, les cours et les tribunaux canadiens sont conscients de la CDE et des droits de participation des enfants prévus à l'article 12. Toutefois, comme le montre le présent document, il existe des différences importantes entre les administrations et les domaines du droit sur la question de savoir si et comment les enfants sont entendus dans les actions judiciaires qui les concernent. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a indiqué que le Canada devrait en faire davantage pour promouvoir et protéger les droits de participation des enfants. Le présent document contient certaines suggestions sur les façons d'y parvenir.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, il existe de la recherche sur les expériences des enfants qui ont participé à une procédure judiciaire au Canada. Il ne s'agit pas d'une vaste somme de recherche, et on a clairement besoin de recherche plus approfondie sur les expériences des enfants, des parents, des juges, des avocats et des autres spécialistes en ce qui concerne la participation des enfants. Il faut nettement pousser la recherche, mais on en sait déjà assez sur les besoins, les droits et les intérêts des enfants afin que tous les

²²⁰ Voir L'Intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes, Comité consultatif de la jeunesse, en ligne : <<http://provincialadvocate.on.ca/main/fr/ihsts/comite-consultatif-de-la-jeunesse.html>>.

intervenants de la justice prennent des mesures pour accroître la participation des enfants dans ces domaines (juridiques et politiques) qui les touchent.

LISTE DE LA LÉGISLATION, DE LA JURISPRUDENCE, DES TRAITÉS INTERNATIONAUX, DE LA DOCTRINE ET DES AUTRES SOURCES

Législation

Adoption Act, R.S.B.C., c. 5.

Adoption Act, R.S.P.E.I., c. A-4.1.

Adoption Act, S.N.L. 2013, c. A-3.1.

Advance Health Care Directives Act, S.N.L. 1995, c. A-4.1.

The Adoption Act, S.S. 1989-90, c. A-5.1.

Child and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5.

Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, c. C-7.2.

Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46.

Child Protection Act, S.P.E.I. 2000, c. 3.

Child, Youth and Family Services Act, S.N.L. 1998, c. C-12.1.

Child, Youth and Family Enhancement Act, R.S.A. 2000, c. C-12.

Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5.

Children Law Act, R.S.N.L. 1990, c. C-13, 71(2).

Children and Youth Care and Protection Act, S.N.L. 2010, c. C-12.2.

Code civil du Québec, R.L.R.Q. 1991, c. C-1991.

Code de procédure civile, R.L.R.Q. c. C-25.

Consent to Treatment and Health Care Directives Act, S.P.E.I. 1996, c. 10.

Custody Jurisdiction and Enforcement Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-33.

Family Law Act, S.B.C. 2011, c. 25.

Family Law Act, S.A. 2003, c. F-4.5.

The Health Care Directives and Substitute Health Care Decision Makers Act, S.S. 1997, c. H-0.001.

Infants Act, R.S.B.C. 1996, c. 223.

Loi sur l'adoption, L.T.N.-O. (Nu.) 1998, ch. 9.

Loi sur l'adoption, C.P.L.M., c. A-2.

Loi de 1998 sur l'adoption internationale, L.O. 1998, ch. 29.

Loi sur le consentement aux soins, L.Y. 2003, ch. 21.

Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux, L.N.-B. 1976, ch. M-6.1.

Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé, 1996, L.O. 1996, ch. 2.

Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, ch. C-12.

Loi sur le droit de l'enfance, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 14.

Loi sur le droit de l'enfance, L.R.Y. 2002, ch. 31.

Loi sur les directives en matière de soins de santé, C.P.L.M., c. H27, C.P.L.M. c. M110.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1.

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. 1985, c. C-80.

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C-11.

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.T.N.-O. (Nu.) 1997, ch. 13.

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.Y. 2008, ch. 1.

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2.

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1.

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C-43.

Personal Directives Act, R.S.A. 2000, c. P-6.

Jurisprudence

A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille), 2009 CSC 30.

A.M.R.I. v. K.E.R., 2011 O.J. 2449 (C.A.).

B. (A.C.) v. B. (R.), 2010 ONCA 714.

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

Beatty v. Schatz, 2009 BCSC 706, 2009 CarswellBC 1402 (B.C.S.C.).

Boukema v. Boukema, [1997] O.J. 2903 (Ont. Sup. Ct.).

British Columbia (Director of Child, Family & Community Services) v. J. (P.M.), 1999 CarswellBC 1466.

C. (A.) v. A. (V.), 2012 ONCJ 7.

C. (A.B.) v. Nova Scotia (Minister of Community Services), 2003 CarswellINS 496 (S.C.).

C. (M.A.) v. K. (M.), 2008 ONCJ 212.

Child & Family Services of Winnipeg West v. G. (N.J.) (1990), 69 Man. R. (2d) 43.

Children's Aid Society of London and Middlesex v. C. (A.), 2013 ONSC 1870.

Christopher v. Christopher, [1987] W.D.F.L. No. 146 (Nfld. T.D.).

D. (K.R.) v. K. (C.K.), 2013 NBQB 211.

Den Ouden v. Laframboise, 2006 ABCA 403.

Duale c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 150.

Dudman v. Dudman, [1990] O.J. 3246 (Prov. Ct.).

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1996] A.C.S. 98, [1997] 1 R.C.S. 241.

F. (M.) v. L. (J.) (2002), 211 D.L.R. (4th) 350 (Que. C.A.).

G. (B.J.) v. G. (D.L.), 2010 YKSC 44.

G.B. v. V.M., [2012] O.J. No. 5825 (O.C.J.).

G. (J.A.) v. R. (R.J.), 1998 CarswellOnt 1487 (Ont. Gen. Div.).

Ganie v. Ganie, 2014 ONSC 7500.

Garcia Perez v. Polet, 2014 MBCA 82.

Gilles v Toronto District School Board, [2015] O.J. 833 (S.C.).

Godard v Godard, 2015 ONCA 568.

Hall v Powers, [2002] O.J. 1803 (S.C.).

Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2003] 2 C.F. 555 (CA).

H. (P.) v. Eastern Regional Integrated Health Authority, 2010 NLTD 34.

Houle v. Poulin, 1998 CarswellOnt 556 (Ont. Prov. Div.).

J. (K.M.) v. New Brunswick (Minister of Social Development), 2011 NBQB 345.

J.S. v R.M., 2012 ABPC 184.

Jandrisch v. Jandrisch (1980), 16 R.F.L. (2d) 239 (Man. C.A.).

Jespersen v. Jespersen, (1985), 48 R.F.L. (2d) 193 (B.C.C.A.).

Jewish Family and Child Service of Greater Toronto v. K. (S.), 2013 ONCJ 681.

John v John, 2012 NSSC 324.

K. (N.N.) v. L (S.F.), 2014 BCPC 297.

Kalaserk v. Nelson, 2005 NWTSC 4.

Keeping v. Keeping, [2004] N.J. 293 (U.F.C.).

Lafferty v. Angiers, 2013 NWTSC 3.

Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 4 C.F. 358 (C.A.)

Livingstone v. Trainor, [2004] P.E.I.J. 78 (S.C.T.D.).

M (D.G.) v. M. (K.M.), [2000] A.J. 1001 (Q.B.).

M. B.-W. v R.Q., 2015 NLCA 28.

Manalang c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2007 CF 1368.

New Brunswick (Minister of Social Development) v. C. (V.), 2014 NBQB 95.

Newfoundland and Labrador (Manager of Child, Youth and Family Services Zone J) v. W. (J.), 2015 NLTD(F) 11.

O'Connell v. McIndoe, 1998 CarswellBC 2223 (B.C.C.A.).

Puszczak v. Puszczak, 2005 ABCA 426.

R. v. C. (G.), 2010 ONSC 115.

R c. D.(B.), 2008 CSC 25.

R. v. J.S.R., [2012] O.J. 4063 (CA).

R. c. Khan, [1990] 2 R.C.S. 531.

R. c. L.T.H., [2008] A.C.S. no 50.

R.M. v J.S., 2009 CarswellBC 1402 (B.C.S.C.).

R.M. v J.S., 2012 ABQB 669.

R.M. v J.S., 2013 ABCA 441.

Re Children's Aid Society of London & Middlesex, 2010 ONSC 1348.

Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody), [2006] UKHL 51, [2007] 1 AC 619.

Re F. (T.L.), 2001 SKQB 271.

Re L. (G.), 2012 SKQB 388.

Re L.C., [2014] UKSC 1.

Re M (Children) (Abduction: Rights of Custody), [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288.

Re P. (G.), 2003 SKQB 505.

S. (M.A.) c. S. (J.S.), 2012 A.N.-B. n° 350.

S.G.B. v. S.J.L., 2010 ONCA 578.

Stefureak v. Chambers, 2004 CarswellOnt 4244, 6 R.F.L. (6th) 212 (Ont. S.C.J.).

Strobridge v. Strobridge (1994), 18 O.R. (3d) 753 (Ont. C.A.).

U. (A.J.) v. U. (G.S.), 2015 ABQB 6.

U. (C.) (Next Friend of) v. Alberta (Director of Child Welfare), 2003 ABCA 66.

W. (M.) v. British Columbia (Director of Child, Family & Community Service), 2004 CarswellBC 2908, 2004 BCPC 452.

Wagner v. Melton, 2012 NWTSC 41.

Traités internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, Document de l'ONU A/RES/44/25 (20 novembre 1989).

Convention relative au statut des réfugiés, RTNU, vol. 189, p. 137, RTC 1969/6.

Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983, n° 35.

Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, adoptée le 29 mai 1993.

Doctrine et autres sources

Abramovitch, Rona; Michele Peterson-Badali et Meg Rohan. « Young People's Understanding and Assertion of Their Rights to Silence and Legal Counsel » (1995) 37 *Revue canadienne de criminologie* 1.

Alberta, Court of Queen's Bench. « Family Law Practice Note 8: Parenting Time/Parenting Responsibilities Evaluations, » en ligne : Alberta Courts <<https://albertacourts.ca/docs/default-source/Court-of-Queen's-Bench/pn8-bi-lateral-evaluation---final.pdf?sfvrsn=0>>.

Bala, Nicholas. « Bringing Canada's Divorce Act into the New Millennium: Enacting a Child-Focused Parenting Law », (2015) 40:2 *Queen's L. J.* 425-482.

Bala, Nicholas. « Child Representation in Alberta: Role and Responsibilities of Counsel for the Child », (2006) 43 *Alta. L. Rev.* 845.

Bala, Nicholas. « Double Victims: Child Sexual Abuse and the Criminal Justice System », (1990) 15 *Queen's L.J.* 3.

Bala, Nicholas. « The Voice of Children in Alberta Family Law Cases », document présenté à la Legal Education Society of Alberta for Children's Lawyers à Calgary et Edmonton, avril 2005. [inédit].

Bala, Nicholas et Patricia Hebert, « Views, Perspectives and Experiences of Children in Family Cases » (document présenté dans le cadre du programme sur les entrevues judiciaires d'enfants et du programme national de droit de la famille de l'Institut national de la magistrature, juillet 2014. [inédit].

Bala, Nicholas et Mary Jo Maur, « The Hague Convention on Child Abduction: A Canadian Primer », (2014) 33 *Can. Fam. L.Q.* 267.

Bala, Nicholas, Rachel Birnbaum et Lorne Bertrand, « Controversy about the Role of Children's Lawyers: Advocate or Best Interests Guardian? Comparing Attitudes & Practices in Alberta & Ontario – Two Provinces with Different Policies » (2013) 51 *Fam. Ct. Rev.* 681.

Bala, Nicholas, Rachel Birnbaum et Francine Cyr, « Judicial Interviews of Children in Canada's Family Courts » dans Tali Gal et Benedetta Durmay, éd., *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, New York, Oxford University Press, 2015, 135.

Bala, Nicholas, Angela D. Evans et Emily Bala, « Hearing the Voices of Children in Canada's Criminal Justice System: Recognizing Capacity and Facilitating Testimony » (2010), 22 *Child & Family Law Quarterly* (U.K.) 21.

Bala, Nicholas, Rachel Birnbaum, Francine Cyr et Denise McColley, « Children Voices in Family Court: Guidelines for Judges Meeting Children » (2013) 47:3 *Family Law Quarterly* 381.

Birnbaum, Rachel et Nicholas Bala, « Judicial Interviews With Children In Custody and Access Cases: Comparing Experiences In Ontario And Ohio » (2010), 24(2) *International Journal of Law, Policy and the Family* 300.

Birnbaum, Rachel et Michael Saini, « A Scoping Review of Qualitative Studies on the Voice of The Child in Child Custody Disputes” (2013) 20 *Childhood* 260.

Birnbaum, Rachel, Nicholas Bala et John Paul Boyd, « The Canadian Experience with Views of the Child Reports: A Valuable Addition to the Toolbox? » *International Journal of Policy, Law and the Family* [à paraître en 2016].

Birnbaum, Rachel, Nicholas Bala et Francine Cyr, « Children’s Experiences with Family Justice Professionals In Ontario and Ohio » (2011) 25 *International Journal of Policy, Law and the Family* 398.

Brubacher, Sonja, Nicholas C. Bala, Kim Roberts et Heather Price, « Investigative Interviewing of Witnesses and Victims in Canada », dans David Walsh et coll., éd., *International Developments and Practices in Investigative Interviewing and Interrogation, Volume 1: Victims and Witnesses*, London, Routledge Press, 2015.

Bureau de l’avocate des enfants de l’Ontario, *Policy on the Role of Child’s Counsel*, le 3 avril 1995, révisée le 18 janvier 2001.

Coalition canadienne pour les droits des enfants, *Children’s Rights in Canada 2011- Working cument: Right to Education*, rapport de recherche.

Canada, *Commission de l’immigration et du statut de réfugié. Directive numéro 3 du président : Les enfants qui revendiquent le statut de réfugié* (30 septembre 1996), en ligne : < <http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/pol/GuiDir/Pages/GuideDir03.aspx>>.

Canada, *Commission de l’immigration et du statut de réfugié. « Guide du représentant désigné »*, online: < <http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/GuideDesRep.aspx> >.

Day, David C., « The Capable Minor’s Healthcare: Who Decides? » (2007), 86 *Revue du Barreau canadien* 379.

Denov, Myriam, « Youth Justice and Children’s Droits: Transformations in Canada’s Youth Justice System, » in R. Brian Howe et Katherine Covell, éd., *A Question of Commitment: Children Rights in Canada*, Waterloo, Wilfred Laurier University Press, 2007, 153.

Finlay, Judy, Jill Magazine et Amanda Hotrum, *Consent and Confidentiality in Health Services: Respecting the Right to be Heard*, Toronto, Bureau de l’intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes, 2005.

Gouvernement du Royaume-Uni, document de politique : *Voice of the Child: réponse du gouvernement au groupe consultatif sur la résolution des conflits*, en ligne : <www.gov.uk/government/publications/voice-of-the-child-government-response-to-dispute-resolution-advisory-group-report>.

Green, Ross Gordon et Kearney F. Healy, *Tough on Kids: Rethinking Approaches to Youth Justice*, Saskatoon, Purich Publishing, 2003.

Grover, Sonja. « On the Rights of Refugee Children and Child Asylum Seekers », dans R. Brian Howe et Katherine Covell, éd., *A Question of Commitment: Children Rights in Canada*, Waterloo, Wilfred Laurier University Press, 2007, 343.

Howe, R. Brian et Katherine Covell, « Schools and the Participation Rights of Children (1999-2000) », 10 *Education and Law Journal* 107.

Howe, R. Brian et Katherine Covell, *Education in the Best Interest of the Child: A Children's Rights Perspective on Closing the Achievement Gap*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

Intervenant provincial en faveur des enfants et des jeunes, Comité consultatif de la jeunesse, en ligne : <<http://provincialadvocate.on.ca/main/fr/ihsts/comite-consultatif-de-la-jeunesse.html>>.

Kelly, Joan B. et Mary Kay Kisthardt, « Helping Parents Tell Their Children about Separation and Divorce: Social Science Frameworks and the Lawyer's Avocating Responsibility » (2009) 22 *J. Am. Acad. Mat. L.* 1401.

Munby, James, « Unheard voices: The involvement of children and vulnerable people in the family justice system, » [2015] *Fam Law* 895.

Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, Soixante et unième session, 5 octobre 2012, *CRC/C/CAN/CO/3-4, Observations finales : Canada*

Nations Unies, Comité des droits de l'enfant, *Observation générale n° 12(2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu*, Document de l'ONU CRC/C/GC/12.

Paré, Mona. « Inclusion and Participation in Special Education Processes in Ontario, Canada » dans Tali Gal et Benedetta Durmay, éd., *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation: From Social Exclusion to Child-Inclusive Policies*, New York, Oxford University Press, 2015, 37.

Parkes, Aisling, *Children and International Human Rights Law: The Right of Children to be Heard*, London, Routledge, 2013.

Paul-Carson, Patricia, *Intercountry Adoption Legislation in Canada: Does It Protect the Best Interest of the Child?*, Ottawa, Conseil d'Adoption du Canada, mai 2012) <[www.adoption.ca/uploads/File/The-Legal-Context-July-2012\(1\).doc](http://www.adoption.ca/uploads/File/The-Legal-Context-July-2012(1).doc)>.

Peterson-Badali, Michele et Martin Ruck, « Rights Knowledge, Reasoning, and Attitudes » in Roger J.R. Levesque, éd., *Encyclopedia of Adolescence*, New York, Springer, 2012, 2386.

Renting, David, « Program helps 'unaccompanied minors' navigate Canada's refugee process, » *Toronto Star*, le 17 août 2013.

Ross, Oakland, « Deported Mexican teen makes daring return to Canada, » *Toronto Star*, le 5 mai 2011.

Semple, Noel, « The Silent Child: A Quantitative Analysis of Children's Evidence in Canadian Custody and Access Cases" (2010) 29 *Canadian Family Law Quarterly* 7.

Service de police d'Ottawa, Comité consultatif jeunesse, en ligne :
<<http://www.ottawapolice.ca/fr/news-and-community/youth-advisory-committee-yac.asp>>.

Thompson, D.A.R., « Are there Any Rules of Evidence in Family Law? »(2003) 21 Can. Fam. L.Q. 245, p. 289.

Williams, R.J., « If Wishes Were Horses Then Beggars Would Ride » (document présenté à l'Institut national de la magistrature, Programme de droit de la famille, 1999).

Wilson, Jeffery, *The Law's Treatment of Children and Youth*, Toronto, Lexis, 2011.

Wouk, Judith; Soojin Yu, Lisa Roach, Jessie Thomson, Anmarie Harris. (2006) « Unaccompanied/Separated Minors and Refugee Protection in Canada: Filling Information Gaps » 23:2 *Refuge : revue canadienne sur les réfugiés* = *Refuge : Canada's Journal on Refugees* 125-134.