

Les Cahiers de droit



Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse

Anne Fournier

Volume 37, numéro 4, 1996

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043415ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043415ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fournier, A. (1996). Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse. *Les Cahiers de droit*, 37(4), 971–994. <https://doi.org/10.7202/043415ar>

Résumé de l'article

Le présent article constitue une réflexion sur la représentation d'un enfant par un avocat dans le contexte de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. L'auteure entend notamment souligner les difficultés d'application de quelques principes et droits prévus par la loi.

L'auteure discute de la représentation de l'enfant au stade de l'intervention sociale et judiciaire. Dans ce dernier cas, il est essentiellement traité de l'accessibilité au système judiciaire et du mandat de l'avocat de l'enfant dans un régime contradictoire. Certaines limites liées à l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant âgé de moins de 14 ans sont également portées à l'attention du lecteur.

Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse*

Anne FOURNIER**

Le présent article constitue une réflexion sur la représentation d'un enfant par un avocat dans le contexte de l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse. L'auteure entend notamment souligner les difficultés d'application de quelques principes et droits prévus par la loi.

L'auteure discute de la représentation de l'enfant au stade de l'intervention sociale et judiciaire. Dans ce dernier cas, il est essentiellement traité de l'accessibilité au système judiciaire et du mandat de l'avocat de l'enfant dans un régime contradictoire. Certaines limites liées à l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant âgé de moins de 14 ans sont également portées à l'attention du lecteur.

This paper explores the representation of a child by an attorney within the purview of the Youth Protection Act. The author especially seeks to underscore the difficulties in applying several principles and rights provided under the Act.

The author discusses the representation of the child at the time of social and judicial intervention. In this latter case, it is a question of access

* L'auteure tient à remercier Édith Deleury, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, Éline Roy, directrice du Bureau d'aide juridique de Québec (section jeunesse), et Linda Bérubé, médiatrice accréditée et cofondatrice du Centre de médiation IRIS Québec (Société en nom collectif). Elles ont accepté d'exprimer leurs commentaires quant au texte soumis et, ainsi, de partager leur expérience respective.

** LL. M., avocate.

to the legal system and the mandate of the child's attorney under an adversary system. Certain limits linked to the exercising of the attorney's mandate for a child under 14 years of age are also brought to the reader's attention.

	<i>Pages</i>
1. La reconnaissance législative du droit de l'enfant d'être représenté par un avocat	975
1.1 Le contexte spécifique de la <i>Loi sur la protection de la jeunesse</i>	975
1.1.1 Les articles pertinents de la loi	975
1.1.2 Le mandat de l'avocat de l'enfant dans un régime contradictoire et inquisitoire	978
2. Les limites posées à l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant en matière de protection de la jeunesse	981
2.1 Lors de l'intervention sociale	982
2.1.1 L'obligation d'informer l'enfant de son droit de consulter un avocat	982
2.1.2 Le droit de l'enfant à la communication confidentielle avec son avocat	984
2.2 Lors de l'intervention judiciaire	985
2.2.1 Les difficultés relevant de l'accès à la justice	985
2.2.2 Les difficultés relevant du contexte législatif	986
2.2.2.1 Le caractère confidentiel des dossiers	986
2.2.2.2 L'inaptitude de l'enfant âgé de moins de quatorze ans à consentir à une expertise	989
2.2.2.3 Le secret professionnel appliqué en matière de protection de la jeunesse : l'article 9 de la <i>Charte des droits et libertés de la personne</i>	990
Conclusion	993

Le présent article a pour objet l'étude des aspects théoriques et pratiques de la représentation des enfants par un avocat dans le contexte spécifique de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹. Cette représentation faisant partie intégrante d'un contexte juridique plus large, il sera d'abord fait mention à l'intérieur même des paragraphes qui suivent de la représentation de l'enfant par un avocat dans toutes matières civiles.

1. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1 (ci-après citée : « L.P.J. »).

Mentionnons de prime abord la *Convention relative aux droits de l'enfant* adoptée par les Nations Unies en 1989². Son article 12 précise que l'enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer son opinion sur toute question qui l'intéresse. Ensuite, la *Charte canadienne des droits et libertés*³ reconnaît l'égalité de tous devant la loi indépendamment de toute discrimination, notamment celle fondée sur l'âge. Finalement, l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît à toute personne le droit « de se faire représenter par un avocat ou d'en être assisté devant tout tribunal⁴ ».

L'entrée en vigueur du projet de loi 125⁵ instaurant un nouveau *Code civil du Québec* et du projet de loi 24⁶ modifiant le *Code de procédure civile* permet désormais au juge d'ajourner l'instance en toute matière, et non plus uniquement en matière familiale, et de veiller à ce qu'un procureur soit nommé à l'enfant⁷. Le *Code de procédure civile* permet également à l'enfant d'« être accompagné d'une personne apte à l'assister ou à le rassurer⁸ ».

L'article 159 du *Code civil du Québec* permet au mineur, suivant son âge et sur autorisation judiciaire, de présenter une demande relative à son état, à l'exercice de l'autorité parentale et à un acte à l'égard duquel il peut agir seul⁹. Aussi, le mineur peut présenter une demande d'intervention au

2. *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990).
3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 15(1).
4. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Il va de soi que les mineurs sont concernés tout autant que les majeurs : COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, Barreau du Québec, février 1995, p. 16 ; *Droit de la famille — 1549*, [1992] R.J.Q. 855, 862 (C.A.).
5. *Code civil du Québec*, Projet de loi 125, L.Q. 1991, c. 64 (ci-après cité : « C.c.Q. »).
6. *Loi modifiant le Code de procédure civile*, Projet de loi 24, L.Q. 1994, c. 28.
7. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 394.1 (ci-après cité : « C.p.c. ») ; COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 4, p. 16.
8. C.p.c., art. 394.3.
9. COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 4, p. 12 ; exemples des actes civils que le mineur peut exercer seul : le consentement aux soins (C.c.Q., art. 14 et 17) ; la demande de changement de nom par voie judiciaire (C.c.Q., art. 66) ; la demande d'admissibilité à l'adoption (C.c.Q., art. 560) ; les actes relatifs à son emploi, à l'exercice de son art ou de sa profession et ceux par lesquels il s'est engagé contractuellement pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels (C.c.Q., art. 157). Concernant l'article 159 C.c.Q., voir : C. BERNARD, « La capacité de l'enfant de mandater un avocat », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1994, p. 747, à la page 749 ; R. JOYAL, *Précis du droit des jeunes*, 2^e éd., tome 1 : « Le Code civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 90-91.

tribunal en vertu de l'article 208 du *Code de procédure civile* lorsqu'il n'est pas partie au procès mais qu'il y a un intérêt¹⁰. Il en est ainsi en matière de garde et de droits d'accès.

Aussi, 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 permettent¹¹».

Dans un litige en matière de garde d'enfant, la Cour d'appel¹² s'est prononcée quant au mandat de l'avocat pour enfant. Selon la Cour, il importe de distinguer les situations pour lesquelles l'enfant est «objet de droit» et celles pour lesquelles il est «sujet de droit»¹³. Aussi, lorsque c'est l'enfant qui a confié le mandat à un avocat, il est «sujet de droit¹⁴» et il lui appartient d'en circonscrire le mandat, de faire valoir ses désirs et de déterminer son propre intérêt. Au surplus, l'avocat aura les mêmes obligations envers un client enfant qu'envers un client adulte¹⁵. Lorsque le mandat provient du tribunal, l'enfant est «objet de droit¹⁶» et son avocat se doit d'éclairer le tribunal sur la situation de l'enfant afin que sa décision soit guidée par ce qui correspond à son meilleur intérêt. Cette interprétation de la Cour d'appel «provoqua beaucoup de surprise et d'inquiétude dans la pratique¹⁷» et, en outre, elle ne donnait aucun critère pouvant guider les avocats exerçant dans le cadre de la *Loi sur la protection de la jeunesse*.

C'est donc dans ce contexte que la représentation de l'enfant dans le cadre spécifique de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁸ sera étudiée. Les dispositions de cette loi reconnaissant à l'enfant le droit à l'assistance d'un avocat seront analysées. La détermination du mandat de l'avocat de l'enfant dans le régime juridique actuel sera également discutée. Nous nous interrogerons particulièrement quant à l'impact d'un débat contradictoire sur la détermination du mandat de l'avocat de l'enfant et sur son exercice.

10. Le libellé de l'article 208 C.p.c. n'a pas été modifié par la *Loi modifiant le code de procédure civile*, précitée, note 6.

11. C.c.Q., art. 34; L'article 31 du *Code civil du Bas Canada* ne posait aucune obligation au tribunal.

12. *Droit de la famille — 1549*, précité, note 4.

13. *Id.*, 862.

14. La Cour fait référence à l'article 30 du *Code civil du Bas Canada* et à l'article 3 de la L.P.J.. Ces articles imposent de considérer l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits: *Droit de la famille — 1549*, précité, note 4, p. 861-862.

15. *Id.*, 865.

16. La Cour cite à titre d'exemples l'ancien article 816 C.p.c. et l'article 31 du *Code civil du Bas Canada*: *Droit de la famille — 1549*, précité, note 4, p. 862-863.

17. C. BERNARD, *op. cit.*, note 9, p. 751.

18. L.P.J., précitée, note 1.

Il s'en suivra une réflexion sur les limites posées à l'exercice de ce mandat. Ces limites sont issues à la fois du régime juridique et des prescriptions de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Dans le cas de l'intervention sociale, c'est l'obligation d'informer l'enfant de son droit de consulter un avocat et le droit de l'enfant de communiquer en toute confidentialité avec son avocat qui seront analysés. Dans le cas de l'intervention judiciaire, les limites reliées à l'accessibilité à la justice, soit la détermination d'un procureur à l'enfant et sa rémunération, seront discutées. Suivront les limites reliées à la confidentialité des dossiers et à l'incapacité des enfants de moins de quatorze ans à consentir à une évaluation ou à une expertise.

1. La reconnaissance législative du droit de l'enfant d'être représenté par un avocat

1.1 Le contexte spécifique de la *Loi sur la protection de la jeunesse*

La fin des années 70 et le début des années 80 furent marqués au Québec par la réforme du droit de la famille et l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. À l'époque où le Code civil a reconnu l'enfant à titre de « sujet de droit », le législateur créait une loi particulière ayant pour mission de veiller à la protection des mineurs¹⁹. Dès 1973, la Cour du bien-être social de Montréal a vu des avocats au service du Bureau d'aide juridique représenter des enfants. Compte tenu de la précocité de la législature québécoise, on peut affirmer que l'avocat de l'enfant est « incontestablement [...] une institution québécoise, c'est-à-dire la réponse qu'une société a donné [*sic*] à ses problèmes et à ses aspirations²⁰ ».

La première section du présent chapitre est réservée aux dispositions de la loi autorisant la représentation de l'enfant par un avocat. Quant à la seconde, elle vise à discuter de la détermination et de l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant dans le système juridique actuel.

1.1.1 Les articles pertinents de la loi

La *Loi sur la protection de la jeunesse* accorde à l'enfant le droit de requérir la présence d'un avocat qui soit indépendant de ses parents. Ce qui

19. A. RUFFO, « Le nouveau droit de la famille : la représentation des enfants par avocat », (1981) 22 *R.F.L.* 422, 427 ; H. LÉTOURNEAU, « L'avocat pour l'enfant », [1987] *R.D.F.* 135 ; J. DOUCET, « La représentation des enfants en matière familiale », SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Droit et enfant*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 103, à la page 107.

20. C. NEIRINCK, « La défense de l'enfant au Québec », dans *La défense de l'enfant en justice*, Vanves, Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations, 1989, p. 73.

est particulier à cette loi, c'est que la présence de l'avocat de l'enfant peut être exigée à tous les stades d'application de la loi, que ce soit sur le plan de l'intervention sociale²¹ ou sur celui de l'intervention judiciaire²². En effet, la *Loi sur la protection de la jeunesse* oblige les personnes à qui la loi confie des responsabilités envers l'enfant à informer celui-ci de son droit de consulter un avocat dès l'instant où elles *interviennent*²³ dans un dossier²⁴.

Il importe que l'avocat qui représente l'enfant soit informé le plus rapidement possible des décisions prises par la « personne autorisée ». La représentation de l'enfant en sera tributaire. Rapportant un extrait d'une décision du juge Therriault (C.Q.)²⁵, Mme la juge Ginette Piché (C.S.) cite :

Il y a toutes sortes d'avantages à ce que l'avocat de l'enfant intervienne dans le débat aussitôt que possible et, parfois, même avant que des procédures ne s'engagent. Ainsi, il peut immédiatement vérifier la façon dont on aura procédé, faire enquête, rédiger et répondre à des procédures, interroger les parties, élargir le débat, faire valoir certains éléments de preuve, demander des expertises nécessaires et utiles et, même, dans certains cas, faciliter le règlement de certains litiges. En un mot, faire valoir les droits et l'intérêt propre à cette personne « âgée de moins de dix-huit (18) ans » (art. 1 c)²⁶.

21. Bien que la présence de l'avocat soit permise, cela n'entraîne pas pour autant qu'elle soit désirée par les intervenants sociaux. Selon les résultats d'une recherche menée par Oscar D'Amours en 1983, 36,6 % des intervenants sociaux interrogés se sont opposés catégoriquement à la présence de l'avocat de l'enfant au stade de l'intervention sociale. L'auteur explique ce résultat de la manière suivante : « ils [les intervenants sociaux] considèrent cette étape comme étant une sphère de leur activité à l'intérieur de laquelle les avocats ne doivent pas intervenir » : E. DE LA DURANTAYE et autres, *L'avocat de l'enfant : un mandat à déterminer*, Montréal, Centre de services sociaux du Montréal métropolitain, 1983, p. 122.
22. A. RUFFO, *loc. cit.*, note 19, 427 ; H. LÉTOURNEAU, *loc. cit.*, note 19, 140 ; COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCATS, *op. cit.*, note 4, p. 17 ; C. NEIRINCK, *loc. cit.*, note 20, 75 et 77.
23. Quant au sens à donner au mot « intervention » contenu dans l'article 5 de la L.P.J., Jean-François Boulais s'exprime ainsi : « Il nous semble que, compte tenu du contexte, le terme « intervention » couvre l'intervention dite « sociale » et ne couvre pas l'intervention judiciaire. En effet, les termes « mesures de protection » et « étapes prévues » font référence selon nous au *plan d'intervention* prévu par le règlement d'application de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* [...] » : J.-F. BOULAIS, *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*, 2^e éd., Montréal, SOQUIJ, 1990, p. 43.
24. L.P.J., précitée, note 1, art. 5, al. 1 :
Les personnes à qui la présente loi confie des responsabilités envers l'enfant doivent l'informer aussi complètement que possible, ainsi que ses parents, des droits que leur confère la présente loi et notamment du droit de consulter un avocat et des droits d'appel prévus à la présente loi.
25. C... concernant P... et Q..., [1979] T.J. 2001.
26. *Protection de la jeunesse* — 640, [1993] R.J.Q. 2405, 2411-2412 (C.S.). Les italiques sont nôtres.

Par ailleurs, dans l'éventualité où la situation de l'enfant serait soumise au tribunal et qu'il s'y présenterait sans être accompagné d'un avocat, le juge aurait alors l'obligation d'informer *l'enfant de son droit à la représentation*²⁷. Au surplus, la loi mentionne expressément que « lorsque l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents », le tribunal doit s'assurer qu'un avocat s'occupe de la situation de l'enfant d'une manière indépendante de celle de ses parents²⁸. La jurisprudence a précisé que les parents peuvent aider leur enfant à se trouver un procureur, mais qu'ils ne peuvent donner à ce dernier un mandat ni contrôler la manière dont il s'en acquittera²⁹.

Actuellement, la représentation systématique des enfants n'est pas prévue. Or, la création d'une présomption ayant pour effet d'accorder systématiquement à l'enfant un avocat indépendant de ses parents peut s'avérer souhaitable. Puisqu'un bon nombre de procédures présentées devant la Chambre de la jeunesse font état de versions contradictoires et d'intérêts opposés entre les parents et l'enfant, la représentation de l'enfant par un avocat devrait constituer la règle. Ainsi, l'article 80 pourrait être complété par une présomption favorisant la représentation automatique des enfants. Pour renverser cette présomption, l'avocat des parents devrait prouver au tribunal l'intérêt commun des parents et de l'enfant s'il veut les représenter à l'intérieur d'une même cause. À défaut, l'enfant aurait un procureur distinct.

La Loi sur la protection de la jeunesse prévoit que le juge saisi de la situation de l'enfant peut autoriser qu'il soit exclu « de l'enceinte de la cour ». Dans ce cas, l'avocat de l'enfant demeure dans la salle d'audience et continue de l'y représenter. Toutefois, s'il s'avère que l'enfant n'est pas représenté par un avocat, le tribunal peut lui en nommer un d'office³⁰ et l'enfant sera représenté jusqu'à la fin de l'audition.

Avant de rendre une décision quant aux mesures applicables, le tribunal doit demander « une étude sur la situation sociale de l'enfant ». Une « évaluation psychologique ou médicale de l'enfant et des membres de sa famille » peut y être jointe³¹. Lorsque l'auteur du rapport ou de l'expertise est d'avis que le contenu du document ne devrait pas être communiqué à l'enfant, le juge peut, à titre exceptionnel, interdire qu'il lui soit transmis. Dans ce cas, le juge doit s'assurer que l'enfant est représenté par un avocat.

27. L.P.J., précitée, note 1, art. 78.

28. *Id.*, art. 80.

29. *Protection de la jeunesse* — 463, J.E. 90-1721 (C.Q.); *Protection de la jeunesse* — 535, [1992] R.J.Q. 1134, 1136 (C.Q.).

30. L.P.J., précitée, note 1, art. 84.

31. *Id.*, art. 86.

Il appartient à ce dernier de prendre connaissance du document et de le contester s'il le juge pertinent³².

À la suite de l'enquête et de l'audition, le tribunal rend sa décision et celle-ci est transmise à l'enfant âgé de quatorze ans et plus, aux autres parties et au procureur de chacune d'elles³³. Finalement, lorsque l'enfant est hébergé par une famille d'accueil ou par un établissement qui exploite un centre de réadaptation, il a le droit de *communiquer en toute confidentialité avec son avocat*³⁴.

1.1.2 Le mandat de l'avocat de l'enfant dans un régime contradictoire et inquisitoire³⁵

Le *Code de déontologie des avocats*³⁶ ne traite pas précisément du mandat du procureur de l'enfant. Aussi, « ni la jurisprudence, ni la doctrine, ni la pratique ne s'entendent sur une définition uniforme de la nature de la représentation de l'avocat agissant pour un enfant³⁷ ».

Une question qui vient à l'esprit est celle de savoir si le rôle et le mandat de l'avocat de l'enfant devraient être circonscrits à l'intérieur d'un texte législatif. Bien qu'il apparaisse que cela ne mettrait pas un terme aux questions entourant la détermination du mandat de l'avocat de l'enfant et celles relatives à son exercice, l'unanimité paraît régner³⁸ quant au souhait d'une intervention provenant du domaine public³⁹.

Dans la mesure où le législateur choisirait d'intervenir, il pourrait prévoir que le mandat de l'avocat de l'enfant varie en fonction de l'âge de l'enfant, de son niveau de développement, de son degré de maturité et de la notion du temps propre à chaque enfant⁴⁰. Le Barreau du Québec vient

32. *Id.*, art. 88.

33. *Id.*, art. 94.

34. *Id.*, art. 9, al. 1.

35. Pour une étude complète de la nature du débat judiciaire lors de l'application de la L.P.J., voir : J. MERCIER, « La procédure applicable en matière de protection de la jeunesse : régime contradictoire, inquisitoire ou mixte ? », (1992) 22 R.D.U.S. 369.

36. *Code de déontologie des avocats*, R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, modifié par (1993) 125 G.O.II, 3013.

37. C. BERNARD, *op. cit.*, note 9, p. 749.

38. Le groupe de travail sur l'évaluation de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (Rapport Jasmin) recommande que le Barreau élabore des règles de déontologie propres aux avocats pour enfants : GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection de la jeunesse — Plus qu'une loi*, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux et Ministère de la Justice, 1992, p. 89.

39. H. Létourneau, *loc. cit.*, note 19, 143.

40. Il est intéressant de noter qu'il a été prévu lors des dernières modifications apportées à la L.P.J. qu'il soit tenu compte du fait « que la notion de temps chez l'enfant est différente

d'ailleurs de se prononcer en ce sens en proposant des règles d'éthique précises destinées à l'avocat pour enfants⁴¹. Tout en soulignant que le *Code de déontologie des avocats* comporte des règles éthiques appropriées pour protéger l'enfant⁴², le Barreau propose d'y ajouter une section ayant pour titre « Devoirs généraux et obligations envers l'enfant ». Puisque la relation entre l'enfant et son avocat se distingue par plusieurs points de celle établie entre le client adulte et son avocat, le Barreau du Québec croit que certaines obligations professionnelles « doivent être modulées » et ce, « en fonction des besoins et des stades de développement des enfants »⁴³.

Le Barreau propose que la nouvelle section repose sur des énoncés de principes propres au rôle de l'avocat pour enfants. Au nombre de ces principes de base, nous tenons à en mentionner trois :

1. [...] l'enfant a besoin d'une protection accrue vu son état de vulnérabilité et de dépendance ;
2. [...] la représentation d'un enfant doit concilier le respect de ses droits avec celui de ses intérêts et de ses désirs ;
3. tout avocat mandaté dans une affaire où est impliqué un enfant doit se soucier de l'intérêt de celui-ci⁴⁴.

Ces principes font explicitement état de la *vulnérabilité* et de la *dépendance* de l'enfant. Aussi, il est proposé de tenir compte des *désirs* de l'enfant et de les concilier avec le respect de ses droits et de ses intérêts. Finalement, il est proposé que « *tout avocat mandaté dans une affaire où est impliqué un enfant doit se soucier de l'intérêt de celui-ci* ». Est-ce à dire qu'il n'appartiendrait plus exclusivement à l'avocat de l'enfant de se soucier de l'intérêt de celui-ci et que tous les avocats pourraient avoir à expliquer au tribunal en quoi la solution qu'ils proposent répond à l'intérêt de l'enfant ?

À notre avis, la création de règles relatives aux devoirs de l'avocat pour enfants reposant sur des principes de base ne donnerait qu'une ouverture théorique au contrôle de sa pratique professionnelle. Ce ne serait que dans de très rares cas que le client enfant soumettrait lui-même à l'attention du syndic l'attitude et le comportement de son avocat. Cette tâche reviendrait plutôt aux collègues agissant dans une même cause. Or, les parties présentes devant le tribunal sont le directeur de la protection de la jeunesse, les parents et leur enfant. Il apparaît difficile d'imaginer le procureur des

de celle des adultes » ; voir L.P.J., précitée, note 1, art. 2.4 (5).

41. COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 4, pp. 48-54.

42. Mentionnons que le *Code de déontologie des avocats*, précité, note 36, prévoit, entre autres choses, que l'avocat doit agir avec intégrité, disponibilité, diligence, désintéressement et indépendance.

43. COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 4, p. 48.

44. *Id.*, pp. 48-49.

parents attirer l'attention du syndic sur le comportement de son collègue chargé de représenter l'enfant de ses propres clients. Ce rôle serait donc davantage dévolu au procureur du directeur de la protection de la jeunesse. Il faut alors se demander ce qu'il adviendrait de la relation entre les avocats représentant les enfants et ceux chargés de représenter la « personne autorisée ».

Ajoutons à cela le fait que les auditions tenues devant la Chambre de la jeunesse se déroulent essentiellement selon un mode contradictoire. Si cela a eu pour avantage de mettre toutes les parties sur un pied d'égalité, ce qui est une bonne chose, cela a également participé à amplifier une dynamique ponctuée d'affrontements⁴⁵. Ainsi, dans les premiers temps qui ont suivi la création de ce mode de fonctionnement, « l'avocat de l'enfant était perçu comme une menace » pour les parents et l'intervenant social. Il s'en est suivi un climat de confrontation devant le tribunal plutôt qu'un climat de collaboration⁴⁶.

Une des façons d'éviter cela serait que les parties et leurs avocats acceptent de débattre de la situation qui leur est soumise selon une formule différente. Cela nous apparaît vraisemblable dans la mesure où les avocats réunis dans une même cause auraient des obligations communes. Une de celles-ci pourrait être, par exemple, d'avoir à expliquer de quelle manière la solution retenue par les parties est conforme à l'intérêt de l'enfant⁴⁷. Également, il pourrait être utile de permettre la tenue de conférences préparatoires en matière de protection de la jeunesse.

Ce qui importe, c'est de trouver un lieu commun de discussion. Cela contribuerait à la création d'une dynamique nouvelle. Ainsi, l'avocat de l'enfant pourrait se permettre d'innover et de proposer, par exemple, une rencontre à laquelle toutes les parties (dûment assistées de leur procureur) seraient invitées. Pareille rencontre, idéalement effectuée en présence d'une personne neutre, aurait l'avantage de participer à dénouer au moins temporairement une impasse. Elle pourrait peut-être se matérialiser sous forme d'un « projet d'entente⁴⁸ » à être soumis au tribunal. Puisque l'exercice traditionnel du droit ne peut, quant à nous, permettre d'apporter une solu-

45. É. DELEURY et A. CLOUTIER, *Grandir à l'ombre de la famille et de l'État*, Sainte-Foy, Centre de recherche sur les droits et libertés, Faculté de droit de l'Université Laval, 1985, p. 40.

46. H. LÉTOURNEAU, *loc. cit.*, note 19, 140-141.

47. À ce propos, voir les recommandations du Barreau du Québec, *op. cit.*, note 4. Voir également le présent texte à la section 1.1.2.

48. L'idée a d'abord été émise par le GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 38, pp. 104-106.

tion à une impasse, il faut nécessairement s'ouvrir à de nouvelles façons de pratiquer la profession d'avocat et s'autoriser à sortir des sentiers battus.

Dans l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant, il est impérieux de prendre en considération le fait que les auditions tenues en matière de protection de la jeunesse concernent, d'abord et avant tout, un enfant et ses parents. Après l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse et du tribunal, il ne faut pas oublier que les relations, quelles qu'elles soient, doivent se poursuivre entre l'enfant et ses parents⁴⁹.

Il apparaît essentiel qu'un travail se fasse quant à l'attitude des avocats de toutes les parties exerçant en matière de protection de la jeunesse. Si l'on part du fait que l'intrusion de l'État dans la famille doit être la plus brève possible, il est d'autant plus important que toutes les parties collaborent à la prise en charge de la *situation familiale*. D'ailleurs, l'objet de l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse doit être la relation parents-enfant. Ce ne sont pas uniquement l'enfant et ses parents qu'il faut rééduquer, mais on doit *rétablir la relation parents-enfant*⁵⁰. Il est nécessaire que l'on s'intéresse davantage à la relation entre les individus participant au système familial. Cette approche est dite « systémique » et il y aurait certainement beaucoup d'avantages pour l'enfant et ses parents à ce qu'un plus grand nombre d'interventions s'effectuent sous cet angle.

Dans l'état actuel du droit et lorsque l'enfant est en mesure de s'exprimer clairement sur ce qu'il vit, le mandat de son avocat serait hybride : *faire valoir les désirs et prétentions de son jeune client et éclairer le tribunal sur la situation de l'enfant*. L'avocat doit alors être capable d'informer le tribunal sur les aspects fondamentaux de la vie de l'enfant.

Quant au mandat de l'avocat de *l'enfant en bas âge*, nous croyons qu'il serait triple : d'une part, il lui appartiendrait de *présenter le plus complètement et objectivement possible la situation de l'enfant*. Ensuite, il serait de son devoir de *faire valoir au tribunal la solution qu'il estime la meilleure en fonction de l'intérêt de l'enfant* qu'il représente. Finalement, nous pensons qu'il devrait *exposer au tribunal les désirs exprimés par l'enfant*.

2. Les limites posées à l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant en matière de protection de la jeunesse

Dans la seconde partie de notre article, les différents facteurs susceptibles d'influer sur le travail de l'avocat auprès de son jeune client seront discutés. Il sera d'abord question des limites posées à l'exercice du mandat

49. *Id.*, p. 104.

50. É. DELEURY et A. CLOUTIER, *op. cit.*, note 45, p. 49.

de l'avocat de l'enfant lors de l'intervention sociale. L'obligation d'informer l'enfant de son droit de consulter un avocat et le droit à la communication confidentielle entre l'avocat et l'enfant seront abordés.

Suivra la présentation des limites susceptibles de surgir lors de l'intervention judiciaire. Les articles 78 et 80 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* seront discutés sous deux principaux aspects, soit les difficultés relevant de l'accessibilité à la justice et celles liées au contexte législatif.

2.1 Lors de l'intervention sociale

2.1.1 L'obligation d'informer l'enfant de son droit de consulter un avocat

La *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit que « les personnes à qui la présente loi confie des responsabilités envers l'enfant » doivent l'informer de son droit de consulter un avocat⁵¹. Cet article doit être lu conjointement avec le nouvel article 2.4 de la loi qui prévoit, notamment aux paragraphes 2 et 3, que les informations données à l'enfant « doivent l'être en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension ». Or, il y aurait beaucoup à gagner à spécifier quelles sont les personnes qui doivent fournir à l'enfant les explications auxquelles il a droit et de quelle manière cette obligation devrait être remplie⁵².

On pourrait précisément attribuer aux intervenants dits « de première ligne » la responsabilité d'informer l'enfant de ce droit. S'il fallait qu'il en soit autrement, le droit de l'enfant de saisir le tribunal s'il n'est pas d'accord avec la décision du directeur de la protection de la jeunesse à savoir si sa sécurité ou son développement est compromis, ou non⁵³, n'existerait plus.

Lorsque le directeur constate que la sécurité ou le développement de l'enfant n'est pas compromis, il doit en aviser l'enfant, ses parents et le signalant⁵⁴. Mais cela entraîne-t-il que l'enfant sera nécessairement informé de son droit de consulter un avocat et de saisir le tribunal⁵⁵ ? La seule manière de clarifier la situation et de s'assurer que l'enfant puisse exercer pleinement son droit de consulter un avocat et de saisir le tribunal est de légiférer en ce sens. Le premier alinéa de l'article 50 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et l'article 5 pourraient être précisés afin que les droits de l'enfant prévus par l'article 74.2 puissent être exercés.

51. L.P.J., précitée, note 1, art. 5 ; voir également *supra*, note 24.

52. J.-F. BOULAIS, *op. cit.*, note 23, p. 42.

53. Voir : L.P.J., précitée, note 1, art. 74.2 a).

54. *Id.*, art. 50 al. 1.

55. En rapport avec le droit de l'enfant de saisir le tribunal, voir : L.P.J., précitée, note 1, art. 74.2 a).

En ce qui concerne les enfants qui ne sont pas aptes à exprimer leur opinion et à l'assumer, il est invraisemblable d'exiger qu'ils soient informés de leur droit de consulter un avocat. Qu'advient-il alors du droit de saisir le tribunal dans les situations prévues par l'article 74.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ? Puisqu'en vertu de cet article le signalant ne peut saisir le tribunal⁵⁶ et qu'il est pratiquement illusoire que l'enfant, surtout celui de moins de quatorze ans, ou ses parents le fassent, nous comprenons que l'article 74.2 de la loi ne soit qu'exceptionnellement l'objet d'une requête devant le tribunal. Or, la *Loi sur la protection de la jeunesse* distingue des situations pour lesquelles l'enfant recevra des informations ou devra consentir à certaines mesures lorsqu'il est âgé de quatorze ans et plus⁵⁷. Hormis ces cas particuliers, la loi s'applique de la même manière pour tous les enfants⁵⁸, quel que soit leur âge.

La loi et l'interprétation qui en a été faite par les tribunaux sont limpides quant au droit de l'enfant de consulter un avocat dès le stade de l'intervention sociale. Toutefois, plusieurs avocats constatent que leurs clients n'ont pas été informés de ce droit. Mais puisque la loi n'a pas prévu à qui incombe cette tâche ni à quel moment l'information doit être transmise à l'enfant, cette constatation n'étonne plus. Ensuite, la situation des enfants en bas âge ou inaptes à consulter de leur propre chef un avocat semble être oubliée. Doit-on conclure que ces enfants ne peuvent bénéficier de ce droit ? Si tel est le cas, il faudrait le spécifier. Au cas contraire, on devrait voir à ce que les prescriptions de la loi soient applicables et non pas reléguées au rang des bonnes intentions.

56. Le signalant est informé de la décision du directeur de déclarer la sécurité ou le développement de l'enfant non compromis, mais seuls l'enfant et ses parents peuvent saisir le tribunal lorsqu'ils ne sont pas d'accord avec cette décision : L.P.J., précitée, note 1, art. 74.2 a).

57. L'enfant de quatorze ans et plus a le droit de refuser l'application de mesures volontaires (L.P.J., art. 52 et suiv.) ; une copie d'une décision ou d'une ordonnance doit lui être adressée (L.P.J., art. 94) ; il doit consentir à la poursuite d'un hébergement obligatoire lorsqu'il se termine en cours d'année scolaire (L.P.J., art. 64) ; il peut permettre que les renseignements le concernant recueillis dans le cadre de l'application de la loi puissent être divulgués (L.P.J., art. 72.5, al. 1) ; il peut refuser de se soumettre à une étude, évaluation ou autre expertise (L.P.J., art. 87, al. 1) ; il est apte à déposer sous serment (L.P.J., art. 85.1).

58. L'article 1 c) de la L.P.J. définit l'enfant comme étant « une personne de moins de dix-huit ans ». Nous croyons donc qu'il est juste de prétendre que l'article 74.2 de la L.P.J. est applicable à tous les enfants, quel que soit leur âge. Jusqu'à ce que la Cour d'appel (*Protection de la jeunesse — 644*, [1993] R.J.Q. 2511 (C.Q.)) se soit prononcée sur le sens à donner au mot « enfant » contenu dans l'article 74.2, une incertitude existait à ce propos : voir le rapport du GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 38, p. 103.

2.1.2 Le droit de l'enfant à la communication confidentielle avec son avocat

Un second aspect des droits de l'enfant peut être analysé au stade de l'intervention sociale. Il s'agit du « droit de communiquer en toute confidentialité avec son avocat⁵⁹ ». La loi prévoit que l'enfant *hébergé* par un centre de réadaptation ou une famille d'accueil peut bénéficier de ce droit. Ce droit de l'enfant de communiquer privément avec son avocat dans le contexte décrit par l'article 9 ne pose pas de difficultés particulières. Paradoxalement, ce qui fait problème, ce sont les cas où l'enfant habite chez ses parents. Puisque la loi prévoit la communication confidentielle entre l'avocat et l'enfant uniquement lorsqu'il est hébergé, doit-on conclure à l'inexistence de ce droit lorsque l'enfant demeure chez ses parents ?

La question a déjà été soumise au tribunal et il a répondu par la négative⁶⁰. Le tribunal est d'avis que la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaissent à l'enfant le droit d'être représenté par un avocat et qu'il est du devoir du tribunal de veiller à ce que le procureur de l'enfant puisse exercer pleinement son rôle⁶¹. Dans l'affaire étudiée ici, le tribunal discute alors de l'interprétation à donner à l'article 9 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* et se demande si le droit à la communication confidentielle entre l'enfant et son avocat n'existerait que dans le contexte précis où il est hébergé. Le tribunal dispose de la question par la négative et précise que, s'il fallait qu'il en soit autrement, cela reviendrait à accorder plus de droits à l'enfant qui est hébergé, même pour une journée, qu'à celui qui demeure avec ses parents⁶².

Aussi, pour éviter toute confusion et tout autre débat sur la « relation privilégiée » existant entre l'enfant et son avocat, une modification du libellé de l'article 9 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* est souhaitable. Par exemple, le législateur pourrait préciser que l'avocat de tout enfant a droit de rencontrer privément et confidentiellement son client. Et toute personne exerçant la garde de l'enfant⁶³, ou tout établissement chargé d'héberger le jeune, devrait permettre à ce dernier d'exercer pleinement son droit.

59. L.P.J., précitée, note 1, art. 9, al. 1.

60. *Protection de la jeunesse* — 535, précitée, note 29, 1135-1136.

61. *Id.*, 1136.

62. *Id.*, 1137.

63. Il faut interpréter le terme « garde » dans son sens large, c'est-à-dire comme étant l'un des attributs de l'autorité parentale qui peut être exercé par les parents ou par un tiers qui a la charge temporaire de l'enfant.

2.2 Lors de l'intervention judiciaire

2.2.1 Les difficultés relevant de l'accès à la justice

Il sera ici question du processus de *nomination* de l'avocat de l'enfant et de la *rémunération* de l'avocat.

Les avocats chargés de représenter un enfant lors de l'audition tenue devant le tribunal siégeant en matière de protection sont rémunérés par le bureau d'aide juridique de la localité du lieu où réside l'enfant⁶⁴. Il s'agit soit d'un avocat travaillant exclusivement pour ce bureau d'aide juridique, soit d'un avocat du secteur privé.

L'enfant, tout comme l'adulte, est libre de donner mandat à l'*avocat de son choix*. Aussi, la *Loi sur l'aide juridique*⁶⁵ prévoit qu'*une personne admissible peut choisir* de donner mandat à un avocat qui n'est pas à l'emploi d'une corporation locale lorsque cette personne en a fait le *choix* particulier⁶⁶. Il faut alors se demander à partir de quels critères sera déterminée la faculté de l'enfant de choisir un avocat.

Un litige portant précisément sur la question de savoir si la pratique du Centre communautaire juridique de Québec⁶⁷ de confier à un avocat à l'emploi du bureau d'aide juridique le mandat de représenter un enfant incapable de signer son nom sur une demande d'aide juridique est contraire aux dispositions de la loi garantissant le libre choix de l'avocat, a été soumis à l'arbitrage⁶⁸. Selon la décision du juge, un tel enfant devait être représenté par un avocat à l'emploi de la corporation régionale :

Le directeur général, dans le cas où l'enfant est un enfant en bas âge, non doué de discernement et incapable de mandater un avocat, a pour pratique de confier le mandat à un avocat à l'emploi de la corporation régionale en vertu de l'article 51 de la Loi.

Cette décision du directeur général ne va pas à l'encontre de la loi et de l'entente intervenue entre le ministre de la justice et le Barreau du Québec⁶⁹.

64. Nous croyons que, dans le cadre de l'application de la L.P.J., l'enfant devrait automatiquement être admissible. Il devrait en être autrement en matière de jeunes contrevenants, car il nous semble que, dans ce cas, on ne peut présumer d'un conflit d'intérêts entre l'adolescent et ses parents. Le Comité sur la représentation des enfants par avocat a émis une opinion divergente. Voir : COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 4, p. 57.

65. *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14.

66. *Id.*, art. 52.

67. Bien que cette question n'ait été soulevée qu'à l'intérieur du district judiciaire de Québec, les principes qui y sont débattus sont d'un intérêt général. Voir : *Barreau du Québec c. Commission des services juridiques*, J.E. 94-526 (C.Q.).

68. *Id.*, 15.

69. *Id.*, 43. Les italiques sont nôtres.

À la suite de cette décision, le Centre communautaire juridique de Québec et la direction du Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse ont convenu que *tous les enfants de moins de quatorze ans* qui ne sont pas déjà représentés par un avocat seront dirigés vers le bureau d'aide juridique (section jeunesse) de Québec. En conséquence, le principe du libre choix de l'avocat, en ce qui concerne les enfants de moins de quatorze ans aptes à exercer ce choix, est littéralement annihilé. Il apparaît qu'on ne peut escamoter un droit, par ailleurs garanti à toute personne par les chartes, sans que cela ne cause de remous. Mais la difficulté qui surgit provient justement du fait que les sujets de cette politique sont des enfants. L'aspect purement matériel et en apparence « régional » de la question dissimule un débat juridique et éthique de taille portant essentiellement sur le principe du *libre choix de l'avocat*⁷⁰.

Outre la question de l'attribution d'un avocat à l'enfant, il y a celle de sa rémunération. Or, l'avocat du secteur privé chargé de représenter un enfant est rémunéré en fonction de tarifs préétablis⁷¹. Se pose alors à lui une question de premier ordre : doit-il consacrer beaucoup de temps à la préparation de ses dossiers et ne pas être raisonnablement rémunéré ou ne pas atteindre le volume de causes requis ou encore faire le contraire et diminuer la qualité de l'exécution de son mandat ? C'est là un « dilemme de taille qui touche directement le sort de l'enfant⁷² ».

Outre les aspects administratifs et matériels reliés à l'accessibilité des enfants à la justice en matière de protection de la jeunesse, se trouvent des aspects purement législatifs qui pourront, dans certains cas, moduler l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant.

2.2.2 Les difficultés relevant du contexte législatif

2.2.2.1 Le caractère confidentiel des dossiers

Afin de s'acquitter convenablement de sa tâche, l'avocat de l'enfant doit procéder à une collecte des données. Lorsque l'enfant est âgé de quatorze ans et plus et qu'il est suffisamment structuré pour renseigner son procureur, la collecte des données ne doit pas poser de problèmes majeurs. Les réelles difficultés surgissent plutôt lorsque l'enfant a moins de quatorze ans et, d'une manière encore plus éclatante, lorsqu'il est en bas âge.

70. Pour un résumé de la question, voir : O. LACROIX, « Le choix de l'enfant à l'avocat est menacé », *Le journal du barreau*, 15 mars 1995, p. 8.

71. *Tarif des honoraires des avocats aux fins de la Loi sur l'aide juridique*, D. 785-90, (1990) 122 G.O.II, 2233. Par ailleurs, les experts appelés à faire un rapport ou à témoigner devant le tribunal ne sont pas soumis à un régime d'attributions de sommes forfaitaires.

72. H. LÉTOURNEAU, *loc. cit.*, note 19, 144.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit le caractère confidentiel de l'information recueillie par l'intervenant social⁷³. Ainsi, les renseignements obtenus dans le cadre de l'application de la loi concernant l'enfant ou ses parents doivent être gardés confidentiels. Cet article doit être lu avec les articles 53, 54 et 59 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*⁷⁴. Ceux-ci précisent que les renseignements contenus dans un dossier « qui concernent une personne physique et permettent de l'identifier » sont *nominatifs*. Aussi, les renseignements dits *nominatifs* sont confidentiels et ne peuvent être divulgués qu'avec l'autorisation de la personne visée. La loi précise que, dans le cas d'une personne mineure, l'autorisation peut être donnée par le titulaire de l'autorité parentale⁷⁵.

Les renseignements concernant *un mineur de quatorze ans et plus* contenus dans le dossier de la « personne autorisée » peuvent être divulgués avec la seule autorisation de cet enfant⁷⁶. Par ailleurs, lorsque l'enfant n'a pas atteint cet âge, la principale source d'information de l'avocat de l'enfant est constituée par l'intervenant social et son rapport sur la situation familiale et sociale de l'enfant. *Cet état de fait doit être remis en question car il risque de rendre l'avocat de l'enfant dépendant du directeur de la protection de la jeunesse*. En effet, si la seule source de renseignements dont dispose l'avocat de l'enfant est la « personne autorisée » et le rapport qu'elle a consigné, comment pourra-t-il soutenir une position différente ? En outre, il n'est pas rare que ce rapport soit à la disposition de l'avocat de l'enfant le matin même de l'audition ! Qu'advient-il alors du droit de l'enfant à la représentation par un avocat ? Qu'advient-il des principes directeurs de la loi et des droits conférés aux enfants⁷⁷ ? Si l'on considère qu'environ les deux tiers des cas soumis à l'attention du directeur de la protection de la jeunesse concernent des enfants de moins de quatorze ans⁷⁸, la question est d'autant plus importante.

73. L.P.J., précitée, note 1, art. 11.2.

74. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1.

75. *Id.*, art. 53 (1).

76. L.P.J., précitée, note 1, art. 72.5, al. 1.

77. Il est vrai que les mêmes questions se posent pour l'avocat des parents. Toutefois, nous désirons souligner la position de vulnérabilité, particulièrement due aux difficultés liées à la collecte des données, dans laquelle se retrouvent l'enfant et son procureur par rapport aux autres parties.

78. Selon les données statistiques du Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse (CPEJ) de Québec pour la période du 1^{er} avril 1994 au 31 mars 1995, 2 045 signalements ont été retenus. De ce nombre, 1 382 concernaient des enfants de moins de quatorze ans, soit 67,6 %. Pour la même période, le CPEJ de Montréal a retenu 4 007 signalements : 2 333 concernaient des enfants âgés de 0 à 11 ans (58 %) et 1 674 (42 %) des jeunes âgés de 12 à 18 ans.

Puisque la mission du directeur de la protection de la jeunesse est de proposer que des mesures soient prises afin de faire cesser la situation de compromission et qu'il dispose de tous les pouvoirs pour s'acquitter de ses responsabilités⁷⁹, pourquoi faudrait-il que l'enfant bénéficie personnellement des services d'un avocat ? Pourquoi tous les enfants (et pas seulement ceux qui sont aptes à mandater un avocat) sont-ils représentés par un avocat ? Ces questions méritent d'être posées, d'autant plus que la tâche du procureur du directeur de la protection de la jeunesse et celle du procureur de l'enfant en bas âge peuvent aisément se confondre. D'ailleurs, le néophyte confond le rôle de l'avocat de l'enfant et celui de la « personne autorisée ». Il se demande même pourquoi deux avocats représentent l'enfant !

Nul n'oserait soutenir l'idée que toutes les parties, à l'exception de l'enfant ou d'une catégorie précise d'enfants, puissent être représentées. Alors, il faut s'interroger honnêtement sur les moyens dont dispose l'avocat de l'enfant pour s'acquitter de sa tâche. Car, à quoi bon accorder des droits aux enfants s'ils ne disposent pas des moyens pour en bénéficier ?

Certes, l'avocat de l'enfant peut toujours « enquêter » du côté de l'établissement d'enseignement fréquenté par l'enfant, de la garderie, etc. Mais est-ce vraiment son rôle ? Au surplus, ce véritable travail d'« enquêteur » sera-t-il rémunéré⁸⁰ ? Voilà un mince aperçu des questions auxquelles l'avocat de l'enfant devra vite faire face.

Partant de la prémisse que l'avocat de l'enfant doit présenter au tribunal tous les éléments pertinents quant à la détermination de l'intérêt de l'enfant, le Barreau du Québec soutient que l'avocat doit pouvoir prendre connaissance des documents utiles à la réalisation de son mandat et, notamment, copie de tous les documents déposés en preuve et copie des listes de témoins. Également, il doit pouvoir rencontrer les témoins, prendre connaissance de la liste des expertises et avoir accès à tout dossier pertinent concernant l'enfant⁸¹.

Toutefois, il est aisé de constater l'écart important séparant la pratique habituelle du droit des souhaits exprimés plus haut. Bien que les procédures présentées dans le cadre de l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse* le soient essentiellement sur l'initiative du directeur de la protec-

79. Voir notamment : L.P.J., précitée, note 1, art. 32, 35, 35.1 à 35.3.

80. En vertu du décret concernant le *Tarif des honoraires des avocats aux fins de la Loi sur l'aide juridique*, précité, note 71, une somme forfaitaire est octroyée pour l'ensemble du travail effectué jusqu'à la décision finale. Cela comprend le travail fait en ce qui concerne le dossier, le temps d'attente au tribunal et la présence en salle d'audience.

81. COMITÉ SUR LA REPRÉSENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *op. cit.*, note 4, pp. 44-45.

tion de la jeunesse et que c'est sur ses épaules que repose le fardeau de la preuve, cela ne doit pas faire en sorte qu'un rôle d'acteur passif soit réservé à l'avocat de l'enfant.

2.2.2.2 L'inaptitude de l'enfant âgé de moins de quatorze ans à consentir à une expertise

Au stade de l'enquête et de l'audition au fond, il n'est pas rare que les deux parents fassent valoir des positions diamétralement opposées. Dans ces circonstances, l'avocat de l'enfant âgé de moins de quatorze ans peut juger utile de connaître l'opinion d'un expert indépendant de toutes les parties. Peut-il, de son propre chef, charger un expert d'évaluer la situation de l'enfant et de donner son opinion quant à la situation de compromission de l'enfant ?

Il se dégage de la jurisprudence une situation fort complexe illustrant bien les difficultés et les ambiguïtés entourant le pouvoir de l'avocat de l'enfant de confier, de son propre chef, un mandat à un expert⁸². Dans une affaire remontant à 1988, au cours de l'audition de la preuve sur la déclaration aux fins de protection, le juge soumet aux parties qu'il serait opportun de procéder à une expertise de l'enfant⁸³. Conscient qu'il ne possède pas le pouvoir d'*ordonner* la tenue d'une expertise à ce stade des procédures, le juge *recommande* que l'enfant soit vue par un expert afin d'éclairer le tribunal⁸⁴. Durant la cinquième journée d'audition, « le procureur de l'enfant a soumis l'importance, dans l'exécution de son mandat, de demander à la cour la possibilité de faire voir sa jeune cliente par un pédo-gynécologue spécialisé en matière d'abus sexuels⁸⁵ ». Le juge a alors disposé de la demande du procureur de l'enfant en rappelant que les articles 86 et 87 de la loi permettent d'ordonner une expertise de l'enfant mais seulement après que la cour aura déclaré la compromission de l'enfant⁸⁶. Finalement, c'est le consentement des parents qui a permis de mettre un terme à la discussion et l'expertise a pu avoir lieu.

82. Nous faisons référence à l'ensemble des procédures judiciaires soumises au tribunal de première instance dans l'affaire suivante : *Protection de la jeunesse* — 380, [1989] R.J.Q. 1037 (C.Q.).

83. Jugement # 200-41-00191-88, Cour du Québec (Chambre de la jeunesse), district de Québec, le 8 août 1988, p. 5.

84. *Id.*, 6.

85. Jugement # 200-41-00191-88, Cour du Québec (Chambre de la jeunesse), district de Québec, le 2 décembre 1988, pp. 2-3.

86. *Id.*, 4.

Une décision de la Cour du Québec en date du 15 février 1990⁸⁷ jette une nouvelle lumière sur cette question. Au cours de l'audition, le procureur de l'enfant a voulu faire entendre la psychologue qu'il avait lui-même mandatée. Il fait alors valoir que l'exécution du mandat qui lui a été confié par le tribunal en vertu de l'article 80 fait échec aux pouvoirs découlant de l'autorité parentale. Il précise que les principes édictés à l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* doivent avoir préséance sur l'autorité parentale.

Le procureur de la mère s'y oppose en invoquant son absence de consentement. Le juge dispose de l'objection en soumettant que les nouvelles dispositions introduites en 1980 au Code civil ont consacré « la suprématie de l'intérêt de l'enfant sur celle de l'autorité parentale lorsque les intérêts des parents » sont opposés à ceux de l'enfant⁸⁸. Considérant également les articles 34 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Beson*⁸⁹, le juge conclut que le procureur de l'enfant doit bénéficier d'une indépendance totale par rapport aux parents. En conséquence, *il est investi de tous les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa tâche* et il peut mandater un expert⁹⁰.

2.2.2.3 Le secret professionnel appliqué en matière de protection de la jeunesse : l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*

Lorsque l'avocat de l'enfant désire s'entretenir avec des professionnels ou les assigner pour qu'ils rendent témoignage devant le tribunal, des objections basées sur l'article 9, alinéa 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, sont susceptibles de surgir :

Art. 9, alinéa 2 Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte *ne peuvent*, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi. [L'italique est de nous.]

Le législateur a donc prévu que certaines personnes *ne peuvent* divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés à moins d'y être autorisées. Est-ce à dire que lorsque la loi ou le client autorise le professionnel à divulguer ces renseignements celui-ci dispose de la faculté de choisir de faire ou de ne pas faire de divulgation ? Certains soutiennent

87. *Protection de la jeunesse* — 438, J.E. 90-765 (C.Q.), p. 2 du texte intégral.

88. *Id.*, 3.

89. *Beson et autre c. Director of Child Welfare (T.N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716.

90. *Protection de la jeunesse* — 438, précitée, note 87, p. 3.

qu'il en est ainsi puisque les exceptions à la loi doivent être interprétées strictement. Si le législateur avait voulu obliger le professionnel à divulguer les renseignements, il aurait alors rédigé l'article de manière à ce qu'on lui impose un tel devoir⁹¹.

L'article 9 de la Charte prévoit que celui qui veut invoquer le secret professionnel doit d'abord démontrer que le professionnel consulté est *tenu par la loi au respect de ce secret*. Or, les différents codes de déontologie adoptés par les ordres professionnels le sont en vertu d'un règlement⁹². Lorsqu'il y est expressément mentionné que le membre doit respecter le secret professionnel, cette obligation naît de la loi⁹³. Le consentement de la personne qui a fait des confidences est alors nécessaire pour que le professionnel soit dégagé de son obligation. Il peut également être relevé de cette obligation par une stipulation expresse de la loi⁹⁴.

La Cour d'appel a eu l'occasion d'interpréter l'article 9 de la Charte québécoise et elle a alors précisé que le droit d'invoquer le secret professionnel pour refuser de répondre aux questions dans une affaire judiciaire était un droit d'exception⁹⁵ et qu'il appartenait à celui qui l'invoque d'en faire la preuve⁹⁶. Il doit également être prouvé que l'information recueillie doit exclusivement servir à des fins de prestation de services d'ordre personnel⁹⁷. Il faut qu'elle ait été révélée à condition expresse ou implicite qu'elle ne sera pas divulguée⁹⁸.

L'usager doit donc *avoir consulté de son propre chef le professionnel*. Cette interprétation a été retenue par la Cour du Québec siégeant en matière

91. C. FERRON, « Secret professionnel et signalement de situations de compromission chez l'enfant : un dilemme à résoudre », (1995) 36 *C. de D.* 455, 474-477.

92. *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., 1981, c. M-9, r. 4; *Code de déontologie des infirmières et infirmiers auxiliaires*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 111; *Code de déontologie des psychologues*, (1983) 115 G.O.II, 2316; *Code de déontologie des travailleurs sociaux*, R.R.Q. 1981, c. C-26, r. 180.

93. *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201 (C.A.); N. VALLIÈRES, « Le secret professionnel inscrit dans la charte des droits et libertés de la personne », (1985) 26 *C. de D.* 1019, 1022. Léo Ducharme exprime toutefois une opinion divergente, voir : L. DUCHARME, « Le secret médical et l'article 9 de la charte des droits et libertés de la personne », (1984) 44 *R. du B.* 955, 959.

94. Pensons, par exemple, à l'obligation des professionnels de signaler la situation d'un enfant au directeur de la protection de la jeunesse : L.P.J., précitée, note 1, art. 39.

95. *Trempe c. L'Institut national canadien pour les aveugles inc.*, [1980] C.A. 571, 579 et 581.

96. *Id.*, 579.

97. L. DUCHARME, *loc. cit.*, note 93, 959.

98. N. VALLIÈRES, *loc. cit.*, note 93, 1025. L'auteure motive ses conclusions par les arrêts *Trempe c. L'Institut national canadien pour les aveugles inc.*, précité, note 95, et *Cordeau c. Cordeau*, précité, note 93, de la Cour d'appel.

de protection de la jeunesse⁹⁹. Le tribunal a alors émis l'opinion que celui qui désire invoquer le droit au respect du secret professionnel devait établir l'existence d'une « relation privilégiée ». Il devient donc nécessaire de s'interroger sur l'objet de la consultation et son contexte¹⁰⁰.

Lorsqu'il est ordonné à une personne de se soumettre à une expertise, la personne assujettie à l'ordre du tribunal ne peut avoir le statut de « cliente » ou de « patiente ». Il n'existe pas de « relation privilégiée » entre le professionnel et le bénéficiaire et on ne peut prétendre que les renseignements qui ont été révélés dans ce contexte l'ont été à condition expresse ou implicite qu'ils seront gardés secrets. L'avocat de l'enfant pourrait donc exiger que ce professionnel rende témoignage.

Par exemple, si un homme est reconnu coupable de délits sexuels à l'endroit d'un enfant¹⁰¹ et qu'il est prévu dans l'ordonnance de probation que cet homme doit participer à une thérapie pour « délinquants sexuels », les notes, évaluations et expertises contenues dans son dossier ne pourront être gardées confidentielles.

Aussi, lorsque le tribunal en est venu à la conclusion que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis et qu'il ordonne, en vertu des articles 86 et 87 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* une expertise psychologique de l'un des parents, celui-ci ne peut valablement s'opposer au témoignage du psychologue qui a procédé à l'évaluation. Dans ce cas, le parent ne peut être considéré comme un « client » ou un « patient ». Il n'y a pas de secret professionnel et la relation entre le parent et le professionnel est dite « non privilégiée¹⁰² ».

Il peut également arriver qu'il soit implicite que les faits révélés au professionnel ne seront pas tenus confidentiels. Il en est ainsi lorsque les autorités scolaires suggèrent aux parents que leur enfant soit évalué par un psychologue et que les parents y consentent¹⁰³. Dans ce cas, le psychologue ne pourrait valablement soutenir qu'il est lié par le secret professionnel et le tribunal rejetterait une objection formulée en ce sens¹⁰⁴.

Aussi, *le tribunal ordonne parfois la poursuite d'un suivi thérapeutique.* Même si les données recueillies l'ont été en présence d'une tierce personne, par exemple la personne autorisée par le directeur de la protection

99. *Protection de la jeunesse* — 483, [1991] R.D.F. 239 (C.Q.).

100. N. VALLIÈRES, *loc. cit.*, note 93, 1026.

101. Peu importe qu'il s'agisse, ou non, de l'enfant pour qui la demande de protection a été présentée.

102. À titre d'exemple : *Protection de la jeunesse* — 483, précitée, note 99.

103. *Protection de la jeunesse* — 404, [1989] R.J.Q. 1702 (C.Q.).

104. *Id.*, 1704.

de la jeunesse, elles doivent être protégées par le secret professionnel. Toutefois, la tierce personne peut divulguer au tribunal l'information dont elle a eu personnellement connaissance¹⁰⁵.

Conclusion

L'avocat qui représente un enfant en matière de protection de la jeunesse doit s'interroger sur la teneur de son mandat et son exercice. Nous croyons qu'il a le devoir d'éclairer objectivement le tribunal sur la situation globale de l'enfant. De même, quels que soient l'âge et le niveau de développement de l'enfant, l'avocat doit présenter au tribunal l'expression des désirs de l'enfant. Toutefois, plus l'enfant est apte à faire des choix judiciaires, plus son procureur a comme devoir de faire en sorte que ce choix soit retenu par le tribunal.

Des limites s'imposent à l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant. En effet, le système juridique actuel participe inévitablement à créer une opposition entre les parties, une lutte où il y aura nécessairement des gagnants et des perdants. Il est impératif que des modifications surviennent afin qu'il puisse être possible de proposer au tribunal une solution commune. L'un des effets les plus bénéfiques serait l'adhésion des parties aux mesures adoptées¹⁰⁶. Aussi, il y aurait des avantages certains à permettre la tenue de conférences préparatoires.

D'une manière générale, la *Loi sur la protection de la jeunesse* contient les dispositions nécessaires pour assurer la sauvegarde des droits de l'enfant et sa présence aux stades de l'intervention sociale et de l'intervention judiciaire. Mais l'existence de ces dispositions ne peut présumer de leur mise en œuvre. Par exemple, le droit de consulter un avocat (art. 5) doit pouvoir s'exercer dès le stade de l'intervention sociale. Or, la pratique révèle une lacune sur ce chapitre.

Aussi, bien que l'article 9 de la loi précise que l'enfant qui est hébergé peut communiquer en toute confidentialité avec son avocat, ce droit ne peut être restreint aux seuls cas où il y a hébergement. L'article 9 pourrait être modifié afin de tenir compte de cette réalité.

Les difficultés propres à l'exercice du mandat de l'avocat de l'enfant en matière de protection de la jeunesse proviennent principalement du caractère confidentiel des dossiers. Ainsi, les enfants de moins de quatorze ans ne pouvant consentir à la divulgation de renseignements contenus dans

105. *Protection de la jeunesse* — 435, [1990] R.D.F. 297, 301 (C.Q.).

106. Le groupe de travail sur l'évaluation de la *Loi sur la protection de la jeunesse* en a d'ailleurs fait mention : GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *op. cit.*, note 38, p.104.

leur dossier¹⁰⁷, leur avocat sera vite aux prises avec un problème de collecte des données. Également, ces enfants ne pouvant consentir à une expertise, leur avocat devra, de son propre chef, mandater un expert. Malgré l'état de la jurisprudence actuelle, la pratique offre des occasions d'assister à des débats sur la légalité de cette initiative de l'avocat de l'enfant.

Finalement, la meilleure source d'information pour l'avocat de l'enfant est certainement l'intervenant social chargé du dossier. La communication entre celui-ci et l'avocat de l'enfant devrait être favorisée.

107. Sont ici visés le dossier du directeur de la protection de la jeunesse et celui tenu par un établissement qui dispense des services de santé et des services sociaux. Voir toutefois l'exception prévue par l'article 20 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2.