DROIT DE LA FAMILLE

Renée JOYAL*

Le point de vue de l'enfant et les litiges de garde. Pratiques et perceptions d'avocats

Le présent texte fait état des résultats d'une recherche[1] menée auprès d'avocats[2] québécois exerçant régulièrement en droit de l'enfance et de la famille, afin de connaître leurs perceptions et leurs pratiques quant à l'usage de l'expertise, du témoignage de l'enfant et de la représentation de celui-ci par un avocat dans des litiges de garde. D'autres aspects de la représentation d'enfants dans ce type de litiges ont également été abordés avec nos répondants.

Avant de présenter les résultats de cette étude, il importe de retracer l'évolution de la représentation des enfants en droit québécois. C'est d'abord dans le domaine de la délinquance juvénile et de la protection de la jeunesse que ce genre de pratique s'est développé, principalement sous l'impulsion de la Commission des services juridiques et des avocats spécialisés dans le domaine de la jeunesse au sein de cet organisme[3]. À l'époque, la représentation des enfants n'était pas interdite, mais aucun texte législatif n'en faisait expressément mention. Il a fallu attendre la *Loi sur la protection de la jeunesse* (1977) et la *Loi sur les jeunes contrevenants* (1982) pour que cette représentation soit non seulement prévue de manière spécifique, mais encouragée et facilitée dans certains cas[4].

En ce qui a trait à la représentation des enfants en matière de

* Avocate, professeure à la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM.

1. Cette recherche intitulée «La protection des droits et de l'intérêt de l'enfant dont la garde est contestée: examen des dispositifs concernés» est subventionnée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Chercheurs: Renée Joyal (Faculté de science politique et de droit, UQAM, directrice), Anne Quéniart (Sociologie, UQAM) et Hubert Van Gijseghem (École de psychoéducation, U. de Mtl); assistantes de recherche: Me Myriam Des Marchais, Me Suzanne Jobin, Madame Luce Leclerc. L'auteure adresse des remerciements particuliers à Anne Quéniart, qui a effectué la compilation des réponses des avocats de Québec.
2. Nous remercions chaleureusement les quinze avocates et avocats qui ont consenti à nous accorder une entrevue et qui ont accepté de consacrer à cette recherche quelques heures de leur agenda déjà bien rempli.
3. C'est en 1972 qu'est adoptée la *Loi de l'aide juridique* (L.Q. 1972, c. 14) et c'est à partir de là que des avocats commencent à représenter des enfants sur une base régulière dans l'ensemble du territoire québécois.
4. Le droit de toute personne d'être représentée par un avocat figure toutefois déjà dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.Q. 1975, c. 6) du Québec. Le *Code civil du Québec* (art. 34) et le *Code de procédure civile* (art. 394.1 et s.) comportent également des dispositions qui favorisent, dans certains cas, la représentation de l'enfant par un avocat.

garde, elle n'est certainement pas aussi fréquente qu'en matière de protection de la jeunesse ou de jeunes contrevenants. Cependant, c'est une pratique qui n'a cessé de se développer depuis une vingtaine d'années[5]. On peut aussi voir celle-ci comme un dispositif qui se situe dans le cadre normatif tracé par l'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies (1989)[6], lequel reconnaît le droit pour tout enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant; «à cette fin, peut-on y lire, 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'un organisme approprié...».

Après avoir brièvement exposé la méthodologie utilisée pour cette partie de notre recherche, nous présenterons les pratiques et les modalités d'exécution des mandats en matière de représentation d'enfants, puis nous ferons état des perceptions et des opinions des avocats rencontrés notamment quant à l'expertise, au témoignage des enfants, à la représentation de ceux-ci par un avocat et à l'intervention judiciaire en matière de garde contestée.

1. Méthodologie

Il convient d'abord de préciser que ce volet de notre recherche s'inscrit dans un programme plus vaste qui nous a amenés à étudier plus de 800 dossiers judiciaires de divorce et de séparation consécutive à une union de fait dans les districts judiciaires de Montréal et de Saint-Jérôme. Nous avons aussi adressé un questionnaire semi-ouvert aux juges de la Cour supérieure du Québec et nous avons rencontré en entrevue des juges[7], des experts, des médiateurs et des avocats. Même si le présent texte porte principalement sur les pratiques et les perceptions des avocats, nous y ferons à l'occasion référence à d'autres volets de notre recherche, notamment pour comparer les perceptions respectives des divers groupes rencontrés et pour confronter les données recueillies dans le cadre de ce volet à celles qui se dégagent de l'étude des dossiers judiciaires.

Nous avons mené des entrevues auprès de quinze avocats agissant sur une base régulière comme procureurs à l'enfant dans des litiges de garde. Notre échantillon regroupait dix avocats de la région de Montréal et cinq de la région de Québec. Parmi ceux de Montréal, on comptait neuf femmes et seulement un homme, et parmi ceux de Québec, quatre fem-

5. Voir Barreau du Québec, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, 1995, p. 16 et s.
6. (1992) *Recueil des traités du Canada*, nº 3.
7. Le volet consacré plus spécialement au point de vue des juges a fait l'objet d'un article publié dans la *Revue du Barreau*: Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, «La parole de l'enfant et les litiges de garde: points de vue de juges sur divers aspects de la question», (2001) 61 *Revue du Barreau* 281.

mes et, encore là, un seul homme[8]. Douze des avocats interviewés exerçaient en cabinet privé, tandis que trois étaient à l'emploi de la Commission des services juridiques à Montréal ou dans les environs. Les entrevues ont eu lieu au cours des années 1999 et 2000.

Afin de mieux connaître les avocats interviewés, nous leur avons d'abord demandé de nous donner certaines informations relatives au cadre dans lequel ils exercent à titre de procureur à l'enfant. Par la suite, nos questions ont porté sur les modalités d'exécution de leur mandat à ce titre.

2. Cadre d'exercice et modalités d'exécution du mandat

Plusieurs thèmes ont été abordés sous cette rubrique, dont la formation et l'expérience des avocats dans le domaine, l'étendue de leur pratique, leurs façons d'envisager et d'exécuter leurs mandats, leurs attitudes vis-à-vis les enfants représentés et leur rôle auprès de la Cour.

2.1 Cadre d'exercice

2.1.1 Étendue de la pratique dans le domaine

Parmi les avocats interviewés, sept disent ouvrir plus de dix dossiers de représentation d'enfant par année, alors que pour les huit autres, ce type de pratique semble plus exceptionnel et se limite à quelques dossiers annuellement. Leurs années d'expérience à titre de procureur à l'enfant varient également beaucoup: sept d'entre eux acceptent ce genre de mandat depuis plus de dix ans, alors que pour cinq autres, cette pratique remonte à au moins cinq ans mais à moins de dix ans; pour les trois autres, cette donnée n'a pu être précisée, ces avocats occupant régulièrement dans des litiges de garde, mais plus rarement à titre de procureur à l'enfant.

2.1.2 Provenance des mandats

Lorsque ces avocats représentent un enfant dans un litige de garde, d'où provient leur mandat, de la Cour, des parties ou de l'enfant? Il semble rare que les mandats émanent directement de l'enfant: un seul avocat relate que 35 à 40 % de ses mandats proviennent de l'enfant lui-même, tous les autres affirmant que cela ne se produit que dans un pourcentage infime de cas, voire jamais. La majorité des mandats semblent émaner des parties (père et mère), soit de l'une d'entre elles, soit des deux conjointement: douze avocats indiquent très clairement que leurs mandats proviennent à 75 % ou plus des parties. Quant aux mandats émanant de la Cour, ils sont par conséquent assez rares: un seul avocat dit recevoir ses mandats à 70 % de la Cour, dix indiquent que cela se produit dans 10 à 25 % des cas, alors que deux affirment ne jamais avoir reçu semblable mandat de la Cour. En ce qui a trait à la provenance des

8. Cette proportion reflète assez bien la réalité, puisque, de l'avis de maints observateurs, on retrouve beaucoup plus de femmes que d'hommes dans ce champ de pratique.

mandats, on n'observe aucune différence significative entre les avocats exerçant en cabinet privé et ceux qui sont à l'emploi de la Commission des services juridiques.

2.1.3 Honoraires

Par qui les honoraires des avocats agissant à titre de procureur à l'enfant sont-ils défrayés, par les parties ou par la Commission des services juridiques? Parmi les avocats interviewés, trois sont à l'emploi de la Commission. Quant aux autres, six indiquent que leurs honoraires proviennent en majeure partie de la Commission, un indique qu'ils sont défrayés pour moitié par la Commission et pour moitié par les parties, et quatre affirment que leurs honoraires sont assumés dans 100 % des cas par les parties. Cette donnée est manquante dans un cas.

Lorsque les honoraires sont assumés par les parties (père et mère), nous avons voulu savoir si les procureurs à l'enfant modifient ou non leur base de tarification. Quatre avocats disent exiger leur taux horaire habituel, quatre affirment exiger un taux horaire moindre que le taux habituel dans la majorité de ces cas, trois «fonctionnent» habituellement ou à l'occasion sur une base forfaitaire et un répondant ajuste ses exigences aux revenus des parents. Sept avocats se plaignent de la faiblesse des montants alloués par la Commission des services juridiques pour ce genre de mandat. Deux avocats mentionnent que les honoraires versés par les parties ne sont pas toujours satisfaisants, l'un indiquant qu'il est difficile de recouvrer les sommes dues lorsqu'un parent considère que le procureur n'a pas suffisamment bien représenté son point de vue.

2.1.4 Formation particulière

Les avocats disposent-ils d'une formation particulière en matière de représentation d'enfants? La plupart des avocats répondent à cette question par la négative. Quelques avocats ont cependant suivi des sessions de formation spéciales, reliées de près ou de loin à l'exécution de ce genre de mandat: l'un d'entre eux est titulaire d'un certificat en psychologie, quatre ont suivi des sessions de formation offertes par le Barreau ou des organismes s'occupant de médiation familiale. La grande majorité des avocats souhaitent que des sessions de formation pertinentes soient offertes, par exemple en psychologie, travail social, médiation, négociation, éducation, développement de l'enfant, sociologie. Un avocat souhaite une formation obligatoire portant sur la représentation des enfants assortie d'une expérience préalable avec supervision (coaching). Un autre souhaite que ce type de formation fasse partie du programme d'études des Facultés de droit ou de l'École du Barreau. Deux avocats précisent que des sessions de formation peuvent être utiles mais qu'elles ne sont sans doute pas nécessaires, l'expérience étant à leur avis très importante dans ce domaine.

2.2 Modalités d'exécution du mandat

2.2.1 Temps consacré à chaque dossier

La majorité des avocats interviewés affirment que le temps consacré à chaque dossier est extrêmement variable, quatre indiquant que cela peut aller de deux à vingt heures, deux autres précisant que cela varie entre deux et six heures si l'on exclut le temps de présence du procureur à l'enfant à la Cour. Plusieurs affirment que la représentation d'un enfant exige en moyenne plus de temps que celle d'un adulte.

Si la rémunération attachée à ce type de dossier était plus satisfaisante, serait-il possible d'y consacrer plus de temps? La majorité des avocats qui ont répondu à cette question affirment qu'ils ne tiennent aucun compte de cela, étant donné leur engagement personnel vis-à-vis ce type de pratique. Un avocat précise qu'il tente de limiter les coûts lorsque les honoraires sont payés par les parties, quatre autres affirment limiter le nombre de mandats qu'ils acceptent dans ce domaine, à la fois parce qu'il s'agit de dossiers épuisants et que ces dossiers ne suffisent pas à assurer des revenus globaux satisfaisants.

2.2.2 Nature du mandat

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

Lorsque l'enfant est inapte à donner des instructions à son avocat, tous disent faire valoir son intérêt à partir de la preuve présentée; plusieurs indiquent qu'ils demandent au besoin une expertise; quelques-uns disent véhiculer les désirs de l'enfant auprès de la Cour, avec «bémols» s'ils le jugent nécessaire dans l'intérêt de l'enfant.

Les avocats sont-ils amenés à faire des représentations au tribunal? La plupart répondent par l'affirmative à cette question. Bien que la recherche d'un consentement soit explicitement privilégiée par la majorité des répondants, cet objectif, disent-ils, ne peut pas toujours être atteint: ils doivent alors faire valoir l'intérêt et les droits de l'enfant devant la Cour. Quatre

avocats, tous de Montréal, indiquent qu'ils font rarement des représentations au tribunal, leurs mandats débouchant la plupart du temps sur un consentement.

Quant à la nature de la preuve à présenter, les avocats expriment divers points de vue. Certains reprennent l'idée de faire valoir l'intérêt de l'enfant et de l'amener à distinguer au besoin entre ses désirs et son intérêt. Plusieurs considèrent qu'il n'appartient pas au procureur à l'enfant d'exprimer son point de vue personnel, qu'il ne doit pas être «un témoin de plus». Dans cette optique, une preuve précise doit être présentée, qui peut avoir pour objet, par exemple, les désirs de l'enfant ou les aspects problématiques de sa situation. Les modes de preuve peuvent être de divers ordres: rapport d'expertise, témoignage de l'enfant, ou, le cas échéant, témoignage des enseignants, du nouveau conjoint, du médecin ou du psychiatre... L'avocat doit s'assurer du respect des droits de l'enfant et des règles de droit applicables, y compris celles relatives au secret professionnel. Quelques-uns insistent sur l'opportunité d'éviter le témoignage de l'enfant, sauf en cas de nécessité.

2.2.3 Personnes rencontrées dans le cadre du mandat

Les avocats rencontrent-ils les parents de l'enfant qu'ils représentent? Ici, les réponses des avocats exerçant à Montréal se distinguent nettement de celles de leurs «homologues» de Québec. Quatre de ceux-ci disent ne jamais rencontrer les parents, un seul répondant par l'affirmative à la question. Parmi les avocats de Montréal, cette pratique est plus fréquente, quatre disant rencontrer systématiquement les parents, un affirmant le faire à l'occasion et les cinq autres habituellement pas. Parmi ceux qui ne rencontrent pas ou pratiquement pas les parents, quelques-uns expliquent qu'ils ne voient pas la nécessité de ces rencontres ou insistent sur le fait que les parents sont représentés par leurs propres procureurs. À ceux qui disent rencontrer les parents systématiquement ou à l'occasion, nous avons demandé si les deux parents sont vus ensemble ou séparément. Dans la plupart des cas, les parents sont rencontrés séparément, parfois en présence de leurs procureurs. Un seul avocat dit rencontrer les parents ensemble sauf si la situation est très litigieuse.

Les avocats rencontrent-ils d'autres personnes que l'enfant et ses parents? Oui, disent nos répondants, mais ces rencontres ne sont pas systématiques. Lorsque cela semble nécessaire ou approprié, les avocats demandent à rencontrer, par ordre de fréquence décroissante: les enseignants et les directions d'école, des personnes significatives pour l'enfant (proches parents, gardiens...), le médecin ou le psychiatre, l'expert, le psychologue ou le travailleur social, des personnes du voisinage de l'enfant. Si la chose s'avère nécessaire ou utile, ces personnes pourront être assignées comme témoins.

Les avocats tiennent-ils plus d'une rencontre avec l'enfant qu'ils représentent? En général, oui, répondent-ils. Plus précisément,

dix répondants affirment rencontrer plusieurs fois l'enfant dans tous les cas (parfois deux fois, la plupart du temps trois, et, dans certains cas très complexes, jusqu'à sept ou huit fois). Cinq répondants disent rencontrer plusieurs fois l'enfant dans presque tous leurs dossiers.

Lorsque plusieurs enfants (fratrie) sont en cause, les rencontrent-ils ensemble ou séparément? À une exception près (un avocat rencontre l'enfant séparément seulement sur demande ou lorsque les enfants en cause ont des demandes différentes), tous nos répondants affirment rencontrer chaque enfant séparément. Dans certains cas, ces rencontres sont précédées ou suivies d'une rencontre de groupe.

À quel endroit les rencontres avec l'enfant ou les enfants ont-elles lieu? La très grande majorité (un seul répondant rencontre d'abord l'enfant chez chacun de ses parents) des premières rencontres ont lieu au bureau de l'avocat: certains répondants, notamment à Québec, y voient un signal à donner à l'enfant quant au sérieux de leur mandat. Pour ce qui est des rencontres subséquentes, on peut observer une plus grande diversité de réponses: si la plupart des avocats continuent à voir les enfants à leur bureau, quatre disent préférer des endroits plus neutres, tels que casse-croûte, restaurants, parcs.

La plupart du temps, les enfants ont déjà une idée (juste ou erronée) du rôle du procureur à l'enfant lors de leur première rencontre avec celui-ci. Pour éviter tout malentendu, les avocats rencontrés se font toujours un devoir d'expliquer clairement à l'enfant la nature et les limites de leur mandat dès le début de cette première rencontre. Les éclaircissements et les rectifications nécessaires sont alors apportés, le cas échéant.

Quelle(s) ligne(s) de conduite les avocats se donnent-ils lorsque, à leur avis, il existe un écart entre les désirs de l'enfant et son intérêt? Nous avons déjà fait allusion à cette délicate question plus haut. Nous tenterons de la cerner davantage dans la prochaine section de ce texte, qui est consacrée aux diverses perceptions et opinions de nos répondants.

3. Perceptions et opinions

Sous cette rubrique, nos questions ont principalement porté sur le point de vue des avocats quant aux diverses modalités de prise en compte du point de vue de l'enfant et quant à certains aspects de l'intervention judiciaire en matière de garde contestée. Mais revenons d'abord à leurs propos concernant l'exécution de leur mandat lorsque leur perception de l'intérêt de l'enfant s'écarte des désirs exprimés par celui-ci.

3.1 Intérêt vs désirs de l'enfant

Confrontés à un dilemme de cette nature, les procureurs à l'enfant adoptent diverses lignes de conduite, qui varient d'ailleurs de l'un à l'autre; il peut aussi arriver que le même procureur ait des réactions différentes selon les circonstances de chaque cas. Il y a

donc parfois plus d'une réponse par répondant. Nous avons quand même esquissé certains regroupements. Ainsi, cinq répondants affirment qu'ils s'efforcent alors de faire réfléchir l'enfant, de lui faire prendre conscience des effets de ses choix, de faire évoluer son point de vue, après quoi ils tentent de véhiculer celui-ci auprès de la Cour. Quatre considèrent que le recours à l'expertise est particulièrement indiqué dans ces circonstances, leur propre opinion se trouvant alors confrontée à celle d'une personne indépendante, comme le dit explicitement l'un d'entre eux. Deux demandent plutôt à l'enfant de s'expliquer devant le tribunal, ce qui a souvent pour effet de clarifier la situation, tant pour le juge que pour l'enfant. Trois affirment qu'ils font valoir l'intérêt de l'enfant auprès du tribunal, après avoir expliqué leur position à l'enfant, alors que trois disent véhiculer le point de vue de l'enfant auprès de la Cour, deux d'entre eux précisant cependant faire aussi connaître leur propre position au tribunal dans ces circonstances. Deux avocats indiquent avoir cessé d'occuper ou avoir failli le faire devant un tel dilemme.

3.2 Les règles procédurales

La grande majorité des avocats rencontrés considèrent que le «modèle procédural» qui a cours en matière de garde d'enfant est approprié dans son ensemble, alors que deux trouvent ce modèle trop lourd ou trop rigide. Quelques-uns formulent des critiques sur des points particuliers: un suggère qu'il y ait moins de formalités pour la nomination d'un procureur à l'enfant et un autre est d'avis que l'enfant devrait toujours être représenté dans un litige de garde.

3.3 La prise en compte du point de vue de l'enfant par le tribunal

Les juges tiennent-ils suffisamment compte du point de vue de l'enfant, lorsque celui-ci est porté à leur connaissance? Neuf répondent à cette question par l'affirmative. Deux avocats considèrent que les juges accordent parfois trop d'importance à l'opinion des adolescents. Deux autres estiment que les juges disposent souvent de trop peu de temps pour se faire une opinion éclairée à ce sujet. Deux avocats sont d'avis que la prise en compte du point de vue de l'enfant est variable selon les juges et deux autres indiquent que l'opinion de l'enfant n'est, selon eux, qu'un élément de la décision[9].

3.4 L'expertise

Dans quelles circonstances est-il opportun de demander une expertise en matière de garde d'enfant? Si deux avocats sont d'avis qu'il est presque toujours

9. Une analyse récente de 50 décisions judiciaires portant sur la garde d'enfant et recensées au cours des années 1997, 1998 et 1999 est révélatrice à cet égard: dans vingt-trois des vingt-cinq cas où le jugement fait explicitement référence au point de vue de l'enfant, le tribunal donne suite à celui-ci: Renée JOYAL, Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, Céline LEBOURDAIS et Nicole MARCIL-GRATTON, *Le rôle des tribunaux dans la prise en charge des enfants après le divorce ou la séparation des parents,* à paraître...

opportun de demander une expertise, tous les autres estiment que cela n'est opportun que dans certaines circonstances particulières, comme, par exemple: alcoolisme, toxicomanie ou problèmes psychologiques importants chez les parents ou l'un d'eux, anxiété, déficience ou confusion chez l'enfant, aliénation parentale, violence, abus, déménagement «longue distance» de l'un des parents, enfant en bas âge ou inapte à donner des instructions à son avocat. Quelques-uns mentionnent également qu'il est opportun de demander une expertise pour déterminer les capacités parentales des parents ou dans les situations extrêmement litigieuses[10].

Nous avons demandé à nos répondants s'il leur semble préférable que l'expert soit mandaté par le procureur à l'enfant seulement, ou par celui-ci conjointement avec les parties. Alors que trois optent pour un mandat conjoint, les autres préfèrent nettement mandater eux-mêmes l'expert, plusieurs précisant cependant faire de leur mieux pour obtenir le consentement des parents, dont la collaboration est éminemment souhaitable à cet égard.

Est-il arrivé à nos répondants de demander une contre-expertise ou une autre expertise quand il y en a déjà une au dossier? Dix répondent qu'il leur arrive parfois de le faire, surtout quand l'expertise déjà effectuée leur semble insatisfaisante ou incomplète. Quelques-uns ne répondent pas à cette question ou indiquent qu'ils n'ont jamais eu à faire une telle demande.

Serait-il opportun de limiter le nombre d'expertises pouvant être faites dans un même dossier? La plupart favorisent une telle limitation[11]. Deux avocats se prononcent en faveur d'une seule expertise. Cinq souhaitent qu'il n'y ait qu'une expertise par partie, deux assortissant ce souhait de la possibilité qu'une troisième expertise soit faite avec l'autorisation de la Cour. Deux optent pour une expertise conjointe, et, si la chose est impossible, pour une expertise par partie. Quatre craignent les conséquences de l'imposition de limites à cet égard et se prononcent donc contre une telle limitation.

Quelle opinion les avocats ont-ils de la qualité des expertises? Les réponses à cette question sont

10. Ce point de vue rejoint sensiblement celui exprimé par les juges: Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, *loc. cit*., p. 287; par ailleurs, il convient de noter que l'expertise est fréquemment utilisée en matière de garde contestée. Lors de notre étude de 806 dossiers judiciaires de garde ouverts entre 1995 et 1998 à Montréal et à Saint-Jérôme, nous avons constaté la présence d'au moins une expertise dans près de la moitié des cas très litigieux: Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant dont la garde est contestée. Examen de certains dispositifs à la lumière de la *Convention relative aux droits de l'enfant*», communication présentée dans le cadre du congrès mondial de la Société internationale de droit de la famille, Oslo, août 2002, à paraître...
11. Voir, à ce sujet: Barreau du Québec, *Mémoire complémentaire sur le droit de la famille concernant le psychologue expert unique*, 1994, ainsi que les textes cités dans Renée JOYAL, «L'enfant dont la garde est contestée: sa place dans le processus de décision», (1996) 37 *Cahiers de Droit* 51.

très diverses. Alors que les cinq avocats de la région de Québec semblent satisfaits ou très satisfaits de la qualité des expertises qui leur sont fournies, ceux de la région de Montréal sont nettement plus partagés. Un seul semble plutôt satisfait à cet égard. Quatre affirment que leur taux de satisfaction est très variable en fonction des experts considérés. Plusieurs se plaignent que les expertises sont trop vite faites, uniformes ou escamotées, ou encore que certains experts ont des idées toutes faites, qu'ils sont trop occupés ou «déconnectés de la vraie vie». Quelques-uns se plaignent de la longueur excessive des délais de réalisation des expertises. Plusieurs déplorent également la mauvaise «performance» de certains experts comme témoins: ils ne se souviennent plus, sont incohérents, trop catégoriques...

Quels sont les critères retenus par les procureurs à l'enfant quand il s'agit de choisir un expert? Pour la très grande majorité des répondants, le critère qui revient le plus souvent est celui de la rigueur, de l'objectivité et de l'intégrité de l'expert. Quelques-uns mentionnent la réputation de l'expert ou ses années d'expérience. D'autres précisent qu'ils ont leur liste et qu'ils font appel aux experts dont ils connaissent les qualités. Les procureurs à l'enfant choisissent-ils un expert en fonction des conclusions souhaitées? La très grande majorité s'en défendent bien. Quelques-uns admettent le faire lorsqu'ils représentent un parent: si ce parent, par exemple, demande la garde partagée, ils opteront pour un expert favorable à cette formule de garde.

Arrive-t-il aux procureurs à l'enfant de ne pas produire le rapport d'expertise qu'ils ont demandé? Non, répondent-ils presque à l'unanimité, le rapport est toujours produit. Plusieurs répondants précisent toutefois qu'ils pourraient, exceptionnellement, ne pas produire ce rapport, si celui-ci leur semblait bâclé, par exemple. Deux avocats affirment qu'il leur est arrivé de ne pas produire le rapport d'expertise. Plusieurs répondants disent que la chose se produit plus fréquemment lorsqu'ils représentent les parents.

3.5 Le témoignage de l'enfant

Est-il opportun de faire témoigner l'enfant en matière de garde contestée? La très grande majorité des avocats de Montréal ont des réticences à cet égard[12], huit d'entre eux y voyant un risque de préjudice pour l'enfant et un facteur de stress intense; les avocats de Québec modulent plutôt leurs réponses en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant. Parmi les répondants de Montréal, deux disent refuser de faire témoigner un enfant de moins de cinq ans, alors que quatre se disent extrêmement réticents à faire témoigner des enfants de moins de 11 ou 12 ans. Un autre indique que l'âge doit être pris en considération, mais

12. Cette réticence est d'ailleurs partagée par les juges et les experts. Voir, à ce sujet, Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, *loc. cit.*, p. 287-288; Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant...», précité.

que c'est surtout la fragilité ou la solidité de l'enfant qui le guide en cette matière. Par ailleurs, la majorité des avocats insistent sur le droit absolu de l'enfant de témoigner et précisent qu'ils acceptent de faire témoigner un enfant qui le demande, deux ajoutant toutefois que, dans certains cas «à risques», ils essaient de dissuader celui-ci de témoigner et tentent de le convaincre qu'ils pourront véhiculer son point de vue au tribunal. Tous les répondants de Québec fondent leur réponse sur l'âge de l'enfant, mais ils ne font pas tous jouer ce facteur de la même manière. Ainsi, l'un d'entre eux estime qu'il est plus traumatisant de témoigner pour de grands adolescents que pour des enfants plus jeunes, alors que, pour un autre, dans le cas d'enfants jeunes, il vaut mieux privilégier une expertise. Les trois autres considèrent que l'enfant peut être appelé à témoigner en fonction de son âge et de sa maturité, l'un précisant qu'il convient de donner suite au désir de l'enfant de témoigner, un autre ajoutant qu'il est important de faire témoigner un enfant à partir d'un certain âge.

Même si de nombreuses réticences apparaissent, y a-t-il, à part les cas où l'enfant lui-même le demande, des circonstances où il peut être opportun de faire témoigner un enfant? Oui, précisent certains avocats, par exemple, lorsqu'il y a aliénation parentale, ou lorsque l'enfant est en mesure de fournir au tribunal une information à laquelle celui-ci aurait difficilement accès autrement, ou encore lorsque le juge lui-même le demande[13].

Lorsque l'enfant témoigne, tous nos répondants sans exception disent préparer celui-ci à son témoignage. Cinq avocats précisent qu'ils visitent la salle d'audience avec l'enfant au préalable. Deux disent aller chercher l'enfant eux-mêmes pour le conduire au Palais de Justice le jour de son témoignage. En général, les avocats disent donner des explications à l'enfant concernant les procédures, le rôle du juge, le déroulement de l'audition, les questions qui lui seront vraisemblablement posées, les options qui se présentent, le cas échéant.

À ce sujet, nous avons voulu connaître les opinions et les préférences de nos répondants concernant le témoignage de l'enfant en Chambre ou en salle d'audience. Parmi les répondants de Montréal, cinq se disent d'emblée favorables au témoignage de l'enfant en Chambre, pourvu toutefois que les parents soient exclus, que les procureurs soient présents et qu'il y ait enregistrement du témoignage de l'enfant; l'un d'eux précise par ailleurs que le témoignage en salle d'audience lui semble plus approprié dans le cas de grands adolescents. Trois avocats se disent défavorables au témoignage de l'enfant en Chambre, mais ils assortissent leur préférence pour le témoignage de l'enfant en salle d'audience de certaines conditions: que le juge ne

13. On note ici également une convergence certaine des réponses données tant par les experts que par les juges et les avocats: Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant...», précité.

porte pas la toge et ne prenne pas place sur le banc, que le témoignage de l'enfant soit enregistré et que les avocats soumettent leurs questions au juge qui, lui, les adressera à l'enfant. Deux avocats expriment une opinion mitigée à ce sujet: le témoignage en Chambre est moins intimidant pour les enfants, disent-ils, mais cette modalité peut compromettre les droits d'appel des parties (notamment si le témoignage de l'enfant n'est pas enregistré); ces avocats se montrent favorables au témoignage de l'enfant en salle d'audience à la condition que les parents soient exclus; un autre avocat considère toutefois que, même si les parents sont exclus, il est difficile pour l'enfant de témoigner dans ce contexte, car le langage du juge demeure difficile à comprendre. Cette question n'a pas été aussi approfondie avec les répondants de Québec: cependant, les trois d'entre eux qui se sont exprimés à ce sujet semblent favoriser le témoignage de l'enfant en Chambre.

Ces réponses laissent voir deux préoccupations principales chez nos répondants: d'abord il est souhaité que l'enfant qui veut ou qui doit témoigner puisse le faire dans les meilleures conditions possible. Dans le cas d'un enfant jeune ou particulièrement vulnérable, on semble privilégier le témoignage en Chambre. Toutefois, on s'inquiète alors des droits des parties, seconde préoccupation exprimée par les répondants. On souhaite par conséquent que le témoignage des enfants soit enregistré, ou que les procureurs des parties puissent y assister.

Arrive-t-il fréquemment que des enfants veuillent témoigner ou «parler au juge»? Selon neuf de nos répondants, cela se produit souvent ou assez souvent. Deux seulement considèrent que cela n'arrive pratiquement jamais. Deux estiment que la chose est d'autant plus fréquente que l'enfant avance en âge, un est d'avis que cela est variable et un précise qu'il est préférable de l'éviter.

Quels sont les avantages et les inconvénients du témoignage de l'enfant? Cinq avocats y voient un avantage sur le plan de la preuve, qui est alors plus directe; trois considèrent que, dans certains cas, le fait pour l'enfant d'avoir exprimé directement son point de vue peut être valorisant. Par ailleurs, sept répondants estiment que le témoignage de l'enfant peut avoir un impact négatif sur celui-ci: stress, anxiété, culpabilité, regrets, par exemple. Un répondant n'y voit pas d'inconvénient si l'enfant est prêt à témoigner et deux autres considèrent respectivement que le témoignage de l'enfant est peu utile s'il est mal fait ou si l'enfant est représenté par un avocat.

3.6 La représentation de l'enfant par un avocat

Nous avons d'abord demandé à nos répondants dans quelles circonstances ils estiment que la représentation d'un enfant par un avocat est nécessaire ou souhaitable en matière de garde contestée. De l'avis général, une telle représentation ne devrait pas être un automatisme, bien qu'un certain nombre d'avocats semblent

souhaiter que cette représentation ait lieu assez fréquemment: ainsi trois d'entre eux jugent la représentation de l'enfant nécessaire dans toutes les situations litigieuses de garde ou de droits d'accès et deux autres veulent qu'on y ait recours aussi souvent que possible afin notamment d'éviter une audition et d'assurer la présence d'une personne (le procureur à l'enfant) qui soit à distance du conflit qui oppose les parents. Les autres répondants limitent cette utilité ou cette nécessité à certaines situations précises: aliénation parentale, abus physiques ou sexuels, enlèvement d'enfant, par exemple. Quelques-uns considèrent que c'est une bonne façon d'être à l'écoute des besoins de l'enfant, que c'est particulièrement opportun dans le cas d'enfants confrontés à un conflit de loyauté, d'enfants suffisamment matures pour s'exprimer, ou pour dégager un point de vue indépendant au regard du litige[14].

Dans quelle proportion de leurs mandats nos répondants considèrent-ils que leur présence a été essentielle? Dans la totalité ou la très grande majorité des cas, selon onze avocats, souvent selon les autres. Quelques-uns précisent que leur apport principal consiste à obtenir un consentement et à éviter une audition, lorsque cela est possible ou, si l'audition est nécessaire, à apporter un éclairage important au tribunal.

Les procureurs à l'enfant subissent-ils des pressions ou des tentatives de manipulation par les parties au litige? Onze avocats répondent à cette question par l'affirmative. Cela se produit toujours ou souvent, précisent-ils; quelques avocats ajoutent que ces pressions viennent parfois des procureurs des parents. En cas de pressions de la part des parents, plusieurs répondants disent résister à ces pressions, référer le père ou la mère à son propre procureur ou même avertir les procureurs des parties si les pressions exercées par celles-ci sont trop intenses ou persistantes. Seuls trois procureurs disent ne jamais subir de telles pressions ou tentatives de manipulation.

Sentent-ils parfois que le père ou la mère de l'enfant essaie de les utiliser pour gagner du temps ou influencer la décision dans un sens qui lui soit favorable? Encore là, onze avocats disent avoir ressenti cette forme subtile de manipulation, deux seulement affirmant que cela ne leur est jamais arrivé. Si cela se produit, les avocats tentent de faire comprendre au parent qu'ils sont là non pas pour le représenter (elle ou lui), mais pour représenter l'enfant, plusieurs adoptant diverses stratégies de mise à distance par rapport aux parents.

3.7 Autres observations

À la fin de nos rencontres, nous avons laissé à chacun de nos

14. Aussi bien les juges et les experts que les avocats eux-mêmes voient d'un bon œil la représentation de l'enfant par un avocat dans des situations particulièrement délicates ou litigieuses de garde. Voir, à ce sujet, Renée JOYAL et Anne QUÉNIART, *loc. cit.*, p. 290; Renée JOYAL, «La prise en compte du point de vue de l'enfant...», précité.

répondants la liberté de formuler d'autres observations ou réflexions personnelles en rapport avec l'objet de l'entrevue. Plusieurs remarques ont porté sur le rôle et la pratique de procureur à l'enfant, sur la nécessité que ce domaine de spécialisation soit mieux reconnu et balisé et que les avocats adoptant ce champ de pratique puissent avoir accès à une formation particulière. De l'avis de nombre de répondants, il faudrait revoir les normes d'accessibilité à l'aide juridique pour les enfants impliqués dans un litige de garde, de même que le mode de rémunération des avocats acceptant des mandats dans ce contexte.

4. Conclusion

À l'issue de ce tour d'horizon des perceptions et des pratiques des avocats occupant d'une façon régulière à titre de procureurs à l'enfant, il se dégage d'abord une communauté de vues certaine entre eux et les autres groupes de personnes rencontrés dans le cadre de notre recherche. Tant les avocats que les juges et les experts expriment des réticences en ce qui a trait au témoignage de l'enfant, surtout si celui-ci est très jeune. Selon la très grande majorité d'entre eux, ce dispositif ne devrait être utilisé qu'en cas de nécessité sur le plan de la preuve, ou encore si l'enfant lui-même demande à être entendu par le tribunal, auquel cas il est impératif de respecter ce droit. D'autre part, l'enfant qui témoigne devrait pouvoir le faire dans les meilleures conditions possible, compte tenu du respect des droits des parents.

Quant à l'expertise, qui est assez largement utilisée dans les situations très litigieuses, elle est perçue comme un moyen efficace d'éclairer le tribunal, quoique des réserves soient exprimées par les juges et les avocats sur la qualité du travail de certains experts. Si la très grande majorité des personnes rencontrées, y compris les avocats, sont d'accord pour limiter le nombre d'expertises susceptibles d'être effectuées dans le cadre d'un même litige, on sent une très nette réticence de leur part à limiter cette possibilité à une seule, à moins que les parties n'y consentent et que le tribunal n'ait la possibilité d'autoriser ou d'ordonner une autre expertise si la première n'est pas satisfaisante.

Enfin, la représentation de l'enfant par un avocat, qui apparaît comme un champ de pratique relativement nouveau en matière de garde contestée, est, nous semble-t-il, appelée à se développer. Bien vue dans certaines situations par les juges et les experts, ce dispositif peut amener les parties à un consentement, éviter à l'enfant de témoigner, ou encore, mieux préparer celui-ci à son témoignage, le cas échéant. Il s'agit d'une pratique exigeante, délicate et plus souvent qu'autrement mal rémunérée[15]. Nous ne pouvons que souscrire aux remarques de nos répondants quant à l'insuffisance

15. Il est à noter qu'on y retrouve une majorité de femmes, comme c'est le cas dans certains secteurs de l'enseignement et de la santé, où le niveau de rémunération est inversement proportionnel à l'investissement humain.

des honoraires consentis par la Commission des services juridiques pour ce type de mandats.

Les opinions émises par les juges, les avocats et les experts relativement aux trois dispositifs étudiés présentent de nombreuses convergences. La très grande majorité des personnes interviewées dans chacun de ces groupes est d'avis de réserver ces dispositifs aux situations particulièrement complexes ou litigieuses. Si le recours à l'expertise est relativement fréquent, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat apparaissent beaucoup plus rarement dans les dossiers étudiés. Le témoignage de l'enfant est deux fois moins fréquent que l'expertise, ce qui se comprend fort bien, vu les réticences de tous les acteurs concernés à cet égard. Quant à la représentation de l'enfant par un avocat, elle apparaît encore moins souvent que le témoignage de l'enfant dans les dossiers étudiés; il se peut parfois qu'une telle représentation ne laisse pas de trace au dossier, surtout si l'intervention du procureur à l'enfant a permis aux parties d'en arriver à un consentement. Nous formulons en tout cas l'hypothèse que la représentation de l'enfant par un avocat en matière de garde est plus fréquente que ne le laissent voir les données recueillies.

Il nous semble essentiel que ce champ de pratique soit mieux reconnu et balisé, comme plusieurs de nos répondants l'ont souhaité, notamment que le Barreau et les Facultés de droit se concertent pour développer des activités de formation dans ce domaine complexe. Par ailleurs, le Code de déontologie des avocats, ainsi que ceux des psychologues et des travailleurs sociaux (qui agissent le plus souvent comme experts), devraient, à notre avis, énoncer des normes particulières applicables à l'expertise auprès d'enfants et d'adolescents et à la représentation de ceux-ci.