

Université de Montréal

**Les droits de l'enfant sous l'angle du régime de régulation post-
moderne**

Par
Valentine Fau

Faculté de droit

Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit (LL.D.)

2021

© Valentine Fau, 2021

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

Les droits de l'enfant sous l'angle du régime de régulation post-moderne

présentée par :
Valentine Fau

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Sophie Morin, présidente-rapporteuse
Pierre Noreau, directeur de recherche
Alain Roy, membre du jury
Jacques Commaille, examinateur externe

Résumé

Les droits de l'enfant constituent un domaine juridique relativement récent et toujours en construction. Ils sont aujourd'hui souvent déclinés dans une perspective dichotomique se balançant entre les droits-protection, qui visent à secourir l'enfant vulnérable, et les droits-libertés, qui s'appuient sur son besoin grandissant d'autonomie. Face à cette tension théorique, les décideurs, notamment les juges, se prêtent à un jeu continu de mise en balance des droits et intérêts dans un équilibre variant à la lumière des contextes.

À partir du constat de la dualité de l'approche moderne des droits de l'enfant, nous effectuerons un détour du côté de l'étude de la régulation sociojuridique, et ce, afin d'apporter un éclairage nouveau sur notre champ d'études. Nous étudierons alors l'évolution du phénomène régulateur depuis le régime moderne vers le régime dit « post-moderne ». À la faveur d'un glissement épistémologique dans l'appréhension des phénomènes vers l'étude dialectique de leurs interactions, le régime de régulation sociojuridique post-moderne est associé à une figure réseautique s'articulant autour du droit réflexif, de l'État propulsif, du juge équilibriste et du justiciable, nouvel acteur de la scène régulateur. De la présentation de ces différents pôles, nous dégagerons cinq composantes qui constituent, selon nous, la nouvelle matrice des interactions régulateur : la négociation, la flexibilité, le pluralisme, la complexité et l'incertitude. Finalement, ce régime de régulation sociojuridique post-moderne constituera la grille d'analyse à travers laquelle nous reviendrons sur les droits de l'enfant.

Disposant de nos nouveaux outils d'analyse, nous entendons, dans notre dernière partie, approfondir les traits fondamentaux des droits de l'enfant, peut-être en découvrir d'autres, tenter d'apporter un regard différent sur ce champ juridique et explorer les perspectives d'ouverture qui se dessineront avec lui. Pour ce faire, nous reviendrons tout d'abord sur les principes fondateurs de l'intérêt de l'enfant, puis de sa participation aux décisions qui le concernent, afin de les décliner sous l'angle des interactions post-modernes. Enfin, nous terminerons en nous arrêtant sur un champ plus spécifique des droits de l'enfant, la protection de la jeunesse, et userons de notre grille d'analyse dégagée du régime de la régulation post-moderne et de la matrice qui caractérise ses interactions, pour en proposer des recommandations.

MOTS-CLEFS : Droit des enfants – Régulation post-moderne – Dialectique – Intérêt de l'enfant – Participation de l'enfant – Protection de la jeunesse

Abstract

Children's rights are a relatively recent legal field, which is still under construction. They are often presented in a dichotomous perspective, oscillating between protection-based rights, which aim to help vulnerable children, and freedoms-based rights, which are based on their growing need for autonomy. Faced with this theoretical tension, decision-makers, especially judges, lend themselves to a continuous game of balancing rights and interests with results varying in the light of the contexts.

Based on the observation of the duality of the modern approach to children's rights, we will study socio-legal regulation in order to shed new light on our field of study. Moreover, we will study the evolution of the regulatory phenomenon from the modern regime to the so-called "postmodern" regime. Thanks to an epistemological shift in the apprehension of phenomena towards the dialectical study of their interactions, the post-modern socio-legal regulation regime is associated with a network structure articulated around reflexive law, the propulsive state, the balancing judge and the citizen. From the presentation of these different poles, we will identify five components which constitute, in our opinion, the new matrix of regulatory interactions: negotiation, flexibility, pluralism, complexity and uncertainty. Finally, once this postmodern socio-legal regulatory regime is established, we will use it as the analytical grid through which we will return to our study of children's rights.

With our new analytical tools in hands, we intend, in our last part, to deepen the fundamental features of the rights of the child, perhaps to discover others, to bring a different perspective to this legal field and to explore opening avenues that will emerge with it. To do this, we will first come back to the founding principles of the best interests of the child, then of his participation in decisions that concern him, in order to decline them under the angle of post-modern interactions. Finally, we will conclude by focusing on a more specific field of the rights of the child, the youth protection, and will use our analytical grid drawn from the regime of post-modern regulation and the matrix that characterizes its interactions, to offer recommendations.

KEYWORDS: Children's right – Postmodernism and Regulation - Best interest of the child - Children's Participation - Youth Protection - Dialectic

Table des matières

Résumé.....	3
Abstract	4
Table des matières	5
Liste des tableaux et schémas	12
Liste des abréviations	13
INTRODUCTION	14
Le droit et l'enfant : curiosité, absurdité ?.....	16
Des corrélations intrigantes : l'intuition de recherche.....	17
Le rattachement scientifique : la régulation sociojuridique	21
La structuration de la pensée : annonce du plan.....	22
PARTIE 1 - PORTRAIT MODERNE DES DROITS DE L'ENFANT : DES PREMIERS TRAITS AUX ESQUISSES DUALES	25
Chapitre 1. Survol d'une histoire consensuelle : l'évolution moderne des droits de l'enfant en Occident	28
A. De l'ignorance normative à la naissance d'un intérêt social	29
B. Un enfant vulnérable – Une approche normative protectionnelle.....	32
1. Depuis le XVII ^e siècle au Québec.....	32
a. De l'émergence de la protection institutionnelle de l'enfance.....	33
b. À l'ancrage d'un domaine de protection spécifique	39
2. Depuis le XX ^e siècle à l'international.....	43
C. Un enfant grandissant – La reconnaissance d'un acteur juridique	48
Chapitre 2. À la recherche des fondements des droits de l'enfant	54
A. La naissance philosophique de la conception moderne de l'enfance.	55
1. Locke et l'enfant dans le futur : un Homme en croissance.....	56
2. Rousseau et l'enfant au présent : une identité en soi	62
B. La naissance juridique de l'enfant sous le prisme de l'égalité	69
1. De l'égalité des individus — Fondements et compréhension du principe.....	69
a. L'égalité en droit ou égalité matérielle	71
b. L'égalité en fait ou égalité réelle	74

2.	L'enfant du droit — cet alter ego.....	77
a.	L'enfant dans la rhétorique de l'égalité formelle : une personne humaine.....	78
b.	L'enfant dans la rhétorique de l'égalité réelle : une personne vulnérable	81
	L'enfance opprimée ?.....	84
	L'enfance déficiente ?	88
c.	L'enfant, l'égalité et l'adulte : une équation irrésolue	91
3.	L'enfant, sujet de droit.....	95
C.	La naissance théorique des droits de l'enfant.....	99

Chapitre 3. Un portrait à double face ou l'approche dichotomique des droits de l'enfant

.....		105
A.	L'enfant au double JE et le conflit théorique de ses droits.....	107
B.	Les déclinaisons de l'approche conflictuelle dans les différents champs juridiques.	112
1.	Égal ou inégal ? La question de la vulnérabilité dans les droits fondamentaux....	114
a.	La reconnaissance de la vulnérabilité des enfants par la Cour suprême	115
b.	La protection juridique spéciale en réponse à la vulnérabilité de l'enfant :	
	quelques exemples.....	118
	La décision <i>Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)</i>	120
	Les décisions <i>R. c. Hess</i> et <i>R. c. Nguyen</i>	122
	La décision <i>R. c. Sharpe</i>	125
c.	La décision <i>Canadian Foundation for Children</i> : la vulnérabilité de l'enfant et le principe d'égalité.....	127
2.	Protéger l'enfant ou protéger la société ? La question de la culpabilité morale en droit pénal	136
a.	L'évolution du régime juridique pénal pour les adolescents au Canada.....	138
	La <i>Loi sur les jeunes délinquants</i>	138
	La <i>Loi sur les jeunes contrevenants</i>	140
	La <i>Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents</i>	141
b.	Les solutions théoriques envisageables en matière de justice pénale pour enfants	144
3.	Le droit de garde : intérêt des parents, intérêt de la famille ou intérêt de l'enfant ?	147
a.	Le droit de garde : droit des parents ou droit de l'enfant ?	148
	La décision <i>Racine c. Woods</i>	150
	La décision <i>King c. Low</i>	152
	La décision <i>C. (G.) c. V.-F. (T)</i>	153

b. Le retrait de la garde : l'intérêt de l'État à protéger l'enfant ou l'intérêt de la famille à vivre à l'abri de l'ingérence étatique	155
La décision <i>B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto</i>	156
La décision <i>Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)</i>	159
La décision <i>Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.</i> .	161
4. La question du consentement aux soins en droit de la santé : intérêt physique ou intérêt psychique de l'enfant ?	165
La décision <i>A.C. c. Manitoba</i>	168

Conclusion Partie I - Les droits de l'enfant au cœur de l'altérité ou l'adolescence des droits de l'enfant.....	177
--	------------

PARTIE 2 - DETOUR THEORIQUE : LA REGULATION SOCIOJURIDIQUE DANS SA TRANSITION VERS UN REGIME POST-MODERNE	180
--	------------

Chapitre 1. Le régime de régulation sociojuridique moderne : la dualité des logiques libérales et sociales du droit.....	184
---	------------

A. Le duel des logiques juridiques : Logique libérale c. Logique sociale du droit	185
1. Les duellistes : Droit libéral c. Droit social	187
a. Le droit libéral sur fond de subjectivisation du droit	187
b. Le droit social à la recherche de l'égalisation sociale	189
2. Les témoins du duel : État garant c. État providence.....	191
a. L'État garant ou État libéral.....	191
b. L'État providence ou État social.....	193
3. Les armes du duel : Libertés négatives c. Libertés positives	195
4. L'arène du duel : la pyramide ébranlée.....	198
5. Duel judiciaire ou duel du point d'honneur : Droit référence c. Droit ressource..	200
6. La validité du duel : Légitimité c. Effectivité	202
7. Le duel de Justice : Thémis c. Dické	205
a. Portraits généraux de la justice de Thémis et de Dické	206
b. Thémis et Dické à l'épreuve du droit familial	208
8. Duel à outrance ou duel de plaisance ?	210
B. La régulation sociojuridique en mouvement : de la transcendance à l'immanence ..	211
1. L'origine : du dogmatisme ou pragmatisme	212
a. Le culte de la raison au cœur de la modernité : de la sacralisation à la rationalisation.....	213
b. De la raison dogmatique à la raison pratique.....	215

2.	Le territoire : du central au proximal	218
3.	Le sens : du haut vers le bas au bas vers le haut	219

Chapitre 2. Du duel moderne au ballet post-moderne : la régulation sociojuridique en termes d'interactions.....	223
A. De la binarité à la dialectique régulateur : Du duel à la danse	224
1. Relativisation de la dualité des logiques juridiques	226
2. Dialectique, métissage et milieu : repenser la régulation.....	228
B. De la causalité à la circularité des rapports : Musique et danse, Droit et société.....	231
1. Le refus de la linéarité causale entre droit et société	232
2. La coconstruction complexe des normes et des pratiques sociales.....	235
C. À la recherche de l'harmonie : des propriétés aux interactions de la régulation sociojuridique.....	238
1. De l'étude isolée des éléments à celle des interactions des phénomènes.....	239
2. Le paradigme constructiviste pour envisager les interactions sociojuridiques	241

Chapitre 3. Le régime de régulation sociojuridique post-moderne : le droit en réseau et les interactions régulateurs	245
A. Le droit en réseau	246
1. La structure réseautique	247
2. Les nœuds du réseau : le droit, l'État, le juge et le justiciable	249
a. Le droit réflexif.....	250
b. L'État manager	253
c. Le juge équilibriste.....	256
d. Le justiciable : nouvel acteur du droit et de la justice	259
B. Les composantes de la nouvelle matrice des interactions régulateurs : négociation, flexibilité, pluralisme, complexité et incertitude.....	263
1. Négociation.....	264
2. Flexibilité	267
3. Pluralisme	269
4. Complexité.....	273
5. Incertitude	275

Conclusion Partie II — Construction d'une grille d'analyse issue du régime de la régulation sociojuridique post-moderne.....	277
---	------------

PARTIE III - RETOUR SUR LE PORTRAIT DES DROITS DE L'ENFANT DANS UN TRACE POST-MODERNE : ANALYSE ET EXPLORATION..... 279

Chapitre 1. Un pas franchi vers la flexibilité. L'intérêt de l'enfant ou le déterminant des interactions des droits de l'enfant..... 281

A.	À propos de l'intérêt de l'enfant : premier principe phare des droits de l'enfant.....	282
1.	La présence de l'intérêt de l'enfant dans le droit : de son apparition à son ascension	282
a.	L'intérêt de l'enfant dans les textes québécois	283
b.	L'intérêt de l'enfant dans les textes internationaux	288
2.	La consécration de la suprématie du critère de l'intérêt de l'enfant : pierre angulaire de tout un domaine.....	290
3.	Qui ? Les éléments constitutifs de l'intérêt de l'enfant.....	294
a.	Dans les textes et la doctrine.....	294
b.	Le travail jurisprudentiel : l'intérêt de l'enfant et le maintien dans son milieu familial	298
B.	L'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à la flexibilité	301
1.	Critiquons l'imprécis !	302
2.	Apprécions la souplesse !.....	304
C.	L'intérêt de l'enfant : une notion s'inscrivant dans une perspective post-moderne du droit	308
1.	Un réconciliateur des antinomies du domaine – Un principe harmonisateur	308
2.	Au cœur de la dialectique du droit réflexif	313

Chapitre 2. Une marche en route vers la négociation. La participation de l'enfant ou l'exigence procédurale des droits de l'enfant..... 319

A.	À propos de la participation de l'enfant : second principe phare en cours de concrétion dans les droits de l'enfant.....	320
1.	La place de la participation de l'enfant dans le droit	320
a.	Dans les normes internationales.....	320
b.	Dans les normes québécoises.....	322
2.	La signification et l'étendue du principe.....	326
a.	Du « je » au « nous » : l'étendue de la participation.....	327
b.	D'une participation consultative à une participation décisionnelle : silence, opinion et consentement	329
c.	Les différentes voies de la participation de l'enfant	332

3.	La participation de l'enfant dans la détermination de son intérêt : un moyen pour une fin	337
4.	L'information, clef de voute de la participation.....	341
B.	Un principe acquis, une mise en œuvre tâtonnante	345
1.	L'appel criant des chercheurs en faveur de la participation des enfants	346
2.	Des barrières à franchir : les principales difficultés de mise en œuvre de la participation de l'enfant.....	351
a.	Les barrières systémiques	351
	L'adaptation formelle des procédures à l'enfant.....	352
	L'exemple de l'allègement procédural en matière de témoignage.....	355
	L'ajustement des professionnels	358
b.	Les barrières politiques : la peur de l'incertitude	363
3.	Des efforts à poursuivre : valoriser la négociation et les mesures volontaires	370
a.	La déjudiciarisation et le régime volontaire.....	372
b.	La médiation.....	376
c.	La conférence de règlement à l'amiable	380
C.	La participation de l'enfant, un mécanisme ouvrant vers des interactions post-modernes	383
1.	Participation du justiciable au droit et à la justice, participation de l'enfant aux décisions qui le concernent.....	384
2.	La participation de l'enfant au cœur du glissement post-moderne des interactions régulateurs	388

Chapitre 3. Lecture post-moderne des droits de l'enfant : perspectives d'ouverture.... 393

A.	L'interaction au cœur des droits de l'enfant : l'évolution des outils intellectuels de la dichotomie à la dialectique	395
1.	Les propriétés dichotomiques modernes des droits de l'enfant	396
a.	Rappel des couples d'opposition des droits de l'enfant.....	396
b.	De la dichotomie à la dialectique : de la simplicité à la complexité.....	401
2.	Penser les interactions dialectiques des propriétés des droits de l'enfant	405
a.	Identifier un principe cadre.....	406
b.	Ordonner les interactions : pour une stratégie procédurale.....	408
3.	Les interactions autour du sujet : pour une approche relationnelle de l'enfant.....	410
B.	Exemple d'une perspective post-moderne des droits de l'enfant. La protection de la jeunesse en réseau : acquis et pistes d'amélioration	416
1.	Identifier et renforcer la stratégie procédurale : l'intérêt de l'enfant	417

2. Le réseau de la protection de la jeunesse à travers de la grille d'analyse des interactions du régime de régulation post-moderne : quelques pistes d'ouverture.....	420
a. Replacer l'enfant au cœur du réseau.....	425
b. Renforcer les interactions entre le juridique et le social : la voie de la co-formation des acteurs sociaux et judiciaires.....	430
c. Assouplir les interactions par des méthodes plus conciliantes.....	433
d. Approfondir le travail d'effectivité.....	435

Conclusion Partie III. La protection de la jeunesse dans la transition vers des interactions régulatrices post-modernes	440
--	------------

CONCLUSION GENERALE - LES DROITS DE L'ENFANT ET LA REGULATION DANS UNE DYNAMIQUE CONSTRUCTIVISTE	445
---	------------

BIBLIOGRAPHIE	449
----------------------------	------------

Liste des tableaux et schémas

❖ TABLEAUX

<u>Tableau 1.</u> Le traitement de la vulnérabilité de l'enfant par la Cour suprême du Canada..	135
<u>Tableau 2.</u> (Tableau original de Walgrave) Les conceptions des différents modes de justice.....	146
<u>Tableau 3.</u> Les déclinaisons des tensions des droits de l'enfant selon le champ juridique visé	175
<u>Tableau 4.</u> (Tableau original de Commaille) Les deux modèles de régulation.....	220
<u>Tableau 5.</u> (Tableau original de Lincoln & Guba traduit par Do) Les postulats du positivisme et du constructivisme.....	242
<u>Tableau 6.</u> Les dichotomies des droits de l'enfant dans le régime moderne.....	400
<u>Tableau 7.</u> Les droits de l'enfant selon l'approche dichotomique ou dialectique.....	404

❖ SCHÉMAS

<u>Schéma 1.</u> L'enfant sous le prisme de l'égalité.....	92
<u>Schéma 2.</u> Les régulations entourant l'enfant.....	181

Liste des abréviations

❖ **Abréviations générales**

C.R.A.	Conférence de règlement à l'amiable
CRC	Committee on the Rights of the Child
CSDEPJ	Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse
EDJeP	Étude longitudinale sur le devenir des jeunes placés
ONU	Organisation des Nations-Unies
SDN	Société des Nations

❖ **Abréviations relatives à la législation et à la jurisprudence**

C.A.	Cour d'appel du Québec
C.c.B.C.	Code civil du Bas Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.crc	Code criminel
C.p.c	Code de procédure civile
C.S.	Cour supérieure du Québec
CSC	Cour supreme du Canada
L.C.	Lois du Canada (depuis 1987)
L.P.J.	Loi sur la protection de la jeunesse
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1969)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.S.J.P.A.	Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec (depuis 2014)
R.T.N.U	Recueil des traités des Nations Unies
S.C.	Statuts du Canada (avant 1987)
S.Q.	Statuts du Québec (avant 1969)

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier chaleureusement mon directeur de recherche M. Pierre Noreau. Il m'a soutenue sans compter dans la bienveillance et la compréhension. Nos échanges furent riches et les défis vers lesquels ils me menaient merveilleusement complexes. Sa passion et sa détermination ont été une source profonde d'inspiration. Un homme exceptionnel et toujours prêt à partager son savoir immense ; ce fut pour moi un privilège et un grand honneur que de travailler sous la direction d'une personne que j'admire intellectuellement tant par sa générosité que son génie – sans aucun doute l'une des plus belles rencontres intellectuelles qui m'ait été donnée de faire. Je le remercie encore et encore de m'avoir fait confiance et de m'avoir accompagnée ces sept années durant. Je remercie aussi les membres du jury, les professeurs Sophie Morin, Jacques Commaille et Alain Roy pour leur gentillesse, leurs conseils et les discussions passionnantes qu'ils ont suscitées lors de la soutenance.

Merci également aux professeures Angela Campbell et surtout Shauna Van Praagh, qui m'a pris sous son aile dès le début de mon doctorat. Notre collaboration, en plus d'être un plaisir sincère, m'a offerte de magnifiques opportunités professionnelles. En outre, nos projets communs, nos discussions et nos voyages ont profondément marqué cette thèse. Sans oublier les autres rencontres, riches et stimulantes, qui ont rythmé l'avancement de ma réflexion : merci Myriam Cantin, Valérie P. Costanzo, Dominique Goubau, Julie Ranger, Jessica Côté Guimond, Annie Thériault et Violaine Lemay.

Mes remerciements vont également à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, au McGill Centre for Human Rights & Legal Pluralism, à ADAJ et au CRDP pour leur contribution financière. J'ai notamment eu la chance de faire partie de la fantastique équipe du CRDP. Il me fait plaisir de les remercier toutes et tous ici, particulièrement le directeur M. Vincent Gautrais. Quiconque le connaît dans le cadre du CRDP l'aura probablement entendu vanter les mérites de l'appartenance à un centre de recherche : un facteur de réussite plus important que le financement pour les doctorants. Je n'aurais jamais pensé vérifier ses dires plus fermement : le dynamisme et l'ambiance stimulante de ce centre m'ont permis de trouver un lieu d'échange et de travail à la fois énergisant et réconfortant, mais également des amis et surtout un mari... Alors me voilà la preuve indéfectible de la *plus-value* du CRDP pour les étudiants – une immense contribution à la réussite de ma thèse mais aussi l'un des plus grands changements du cours de ma vie ! Merci M. le directeur !

Des mercis plus personnels à mes collègues et amis (par ordre alphabétique) : Antoni, Christine, Joséphine, Julia, Juliette, Karima, Laurence, Sarah et Victor, ainsi qu'à ma famille, qui m'a fait confiance aveuglément et à distance sans jamais douter ou mettre la pression et toujours avec beaucoup d'amour et de compréhension : mes parents en premier lieu, mais aussi mes frères et sœurs, ma grand-mère et ma belle-famille.

Pour finir, je remercie celui à qui je dois le plus, Pierre-Luc. Son soutien indéfectible, son amour paré à tout, dont une thèse de doctorat, son écoute, ses conseils, sa patience et je m'arrêtera ici bien que la liste soit encore longue... Outre ton support sur le plan personnel, tu m'as écoutée, conseillée, relue et écoutée encore sans jamais cesser de croire en mes idées, souvent plus que moi-même d'ailleurs ! Je n'aurais pas réussi cette thèse sans toi, un travail solitaire par excellence qui pourtant, m'a paru un réel travail d'équipe. Merci également à Zola, qui a su généreusement partager ses premiers jours de sa vie avec les derniers de celle de cette thèse !

Introduction

Le droit et l'enfant : curiosité, absurdité ?

Le droit et l'enfant, une liaison déroutante, marquée de nombreux paradoxes et hésitations... Un inconfort fréquemment soulevé tant par la théorie que par la pratique des droits de l'enfant, toutes deux toujours en quête d'identité et de certitudes. Se trouve principalement en cause la complexité du sujet, l'enfant, qui ne cesse d'interroger. Au centre de ces hésitations se décèle notre difficulté à comprendre l'enfant, ce qu'il est et ce qu'il vit. L'enfant se situe en effet dans le semblable non pareil, aux confins du connu et de l'inconnu : connu, car tout le monde l'est un jour, inconnu, car ceux qui cherchent à le connaître n'ont d'autres choix que de le faire à travers un prisme que l'enfant lui-même ne peut connaître... L'adulte se trouve ainsi face à l'impossibilité de saisir l'enfant sans le dessaisir ; tout comme il demeure impossible à l'enfant d'atteindre complètement l'adulte. Nous n'utilisons pas les mêmes outils, les mêmes représentations, les mêmes repères. Si l'on peut expliquer à l'un la nature de l'autre, sa compréhension ne pourra être parfaite dans la mesure où elle se fait par le biais d'un jeu intellectuel dont les règles sont différentes chez l'enfant et chez l'adulte. « Nul de nous n'est assez philosophe pour savoir se mettre à la place d'un enfant »¹, nous disait Rousseau ; et sur cette base, pour le moins fragile, nous tentons d'organiser et de réguler son monde.

C'est ici qu'intervient le droit. Un domaine que l'on ne s'est jamais privé de commenter et qui, malgré les pyramides de propos érigées en tout temps à son sujet, ne cesse, encore et toujours, de puiser l'encre des chercheurs. Une discipline adulto-centrée depuis ses débuts, créée par les adultes, pour les adultes. D'aucuns verront sans mal poindre un premier point d'achoppement dans la perspective de la réunion de nos deux termes : comment le droit, crée par et pour les adultes, peut-il justement envisager l'enfant, au demeurant inaccessible dans son entièreté pour l'adulte ? Cet obstacle théorique ne semble toutefois pas avoir freiné les ambitions juridiques et le temps est venu pour le droit de s'intéresser à l'enfant. Point de difficulté dans ses débuts, le paradoxe est évité puisque le droit envisage tout d'abord l'enfant comme un objet de droit qu'il faut protéger. Nul besoin pour ce faire d'en saisir toute la

¹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Émile ou De l'éducation*, Flammarion, coll. Le Monde, Paris, 2009, p. 141.

complexité, simplement d'en sécuriser l'environnement. L'enfant demeure l'objet passif de dispositions paternalistes.

En revanche, le paradoxe fait son retour dès lors que l'on envisage l'enfant comme un sujet de droit – un droit encore et toujours structuré par les adultes. C'est bien là le renouveau théorique du domaine auquel s'affairent, depuis quelques décennies maintenant, les chercheurs. En ce sens, la construction des droits de l'enfant, dans la forme et le sens qu'ils prennent aujourd'hui, est très récente. Elle remonte en effet à la fin du siècle dernier, autour des années 1970 et 1980, temps de l'affirmation juridique des libertés de l'enfant. Un domaine qui se cherche encore, un domaine adolescent dirons-nous plus tard. Nous l'aurons compris, ce qui est essentiellement au cœur des réflexions contemporaines, c'est la représentation nouvelle de l'enfant, comme un sujet actif de sa vie. Une représentation aux côtés d'autres, plus anciennes, qui influenceront toutes la façon dont il convient de saisir l'enfant pour le comprendre, l'éduquer ou encore encadrer son comportement.

Sans s'aventurer plus loin dans l'étude des représentations que nous entretenons sur l'enfant, il apparaît clairement que celles-ci n'ont cessé d'évoluer, et plus rapidement encore durant le demi-siècle passé. Ce qui se manifeste également de manière flagrante est la vision dichotomique, voire antagoniste, que l'on porte généralement sur l'enfant : l'enfant comme « petit Homme » et « petit de l'Homme ». Si les deux orientations semblent avoir successivement détenu le monopole des représentations sociales, on s'accorde aujourd'hui sur l'importance de trouver un équilibre, une coexistence pacifique entre ces deux conceptions. Au demeurant, celles-ci nous ramènent à une double nécessité qui, en termes de droit, se ressent comme suit : droit-protections versus droit-libertés, les premiers dans la perspective de l'enfant faible et vulnérable qu'il faut à tout prix protéger, et les seconds dans une visée émancipatoire, l'enfant qui grandit et à qui l'on se doit d'accorder des libertés dans le respect de son individualité. Cette double reconnaissance mène à des défis théoriques et pratiques incontournables, tant pour la culture juridique que pour la culture profane, des parents par exemple, qui tentent eux aussi d'accompagner l'enfant dans l'entièreté de ses caractéristiques.

Des corrélations intrigantes : l'intuition de recherche

De ce cheminement intellectuel sommaire, ainsi que de nos connaissances acquises sur le droit et ses études contemporaines, émerge notre constat premier sur lequel se sont ensuite édifiées nos réflexions doctorales : le constat de nombreuses corrélations entre les réflexions

portant sur le droit et celles portant sur l'enfant. Nous les rapportons ici par le biais de trois couples de variables apparemment antagonistes : égalité / différence, imposition / adhésion et rigidité / flexibilité. Si celles-ci se sont évidemment affinées à mesure que nos recherches progressaient, nous en rendons ici compte telles qu'elles nous apparaissent à nos débuts :

- **Égalité / singularité**

Dans son sens générique, ce couple de variables se trouve partout parmi les hommes : dans un premier volet, chacun est l'égal de l'autre, dans un second, chacun est différent. Le droit doit aujourd'hui intégrer cette tension en traitant tous les individus de la même manière, sous couvert du principe de l'égalité naturelle des êtres humains, mais aussi en tenant compte de la spécificité de chacun afin de respecter ses particularités. Dans une certaine mesure, chaque personne a droit de vivre différemment, tandis que dans une autre, chaque personne doit être traitée à l'égal des autres. Évidemment, depuis cette présentation sommaire de la problématique, c'est tout une arborescence de répercussions juridiques qui s'articule autour, notamment, du droit à l'égalité, de l'égalisation sociale, de l'universalisme et de l'individualisme, sur lesquels nous reviendrons plus longuement dans cette thèse.

Au sujet de l'enfant, il s'agirait aujourd'hui de reconnaître sa spécificité et de s'y adapter, après avoir opéré de multiples processus d'égalisation, sous-entendu d'égalisation avec l'adulte. Cette évolution dans la représentation de l'enfant s'illustre, par exemple, par la montée en puissance de branches autonomes se consacrant à l'enfant au sein de disciplines plus génériques : la psychologie du développement, la sociologie de l'enfance, les droits de l'enfant en sont des exemples. Si ces disciplines ont tout d'abord intégré l'enfant au même titre que toute autre personne - dans un processus d'assimilation de l'enfant à l'individu abstrait - elles spécifient de plus en plus leurs méthodes et procédures pour prendre en compte l'entière singularité de l'enfant. Elles s'autonomisent progressivement de leur discipline mère. De manière plus individuelle, il s'agit de s'affranchir du double JE de l'enfant, par lequel il est à la fois même que l'adulte, parmi la catégorie des personnes humaines, et à la fois autre que celui-ci, en tant qu'individu plus petit, moins mature – ou simplement différent. Cette posture d'alter ego place indéniablement quiconque tente de l'appréhender dans une adversité sans précédent. C'est certainement le cas du droit, mais aussi des parents, des instituteurs ou encore des politiques. Plus loin encore, cette problématique du *tous* ou *un* s'adresse également aux enfants parmi les enfants. Selon qu'on les considère d'après leur ressemblance – leur jeune âge par

exemple – ils sont égaux ; en parallèle, ils sont aussi tous différents et donc autres parmi les leurs.

Cette équation de l'égalité / différence touche ainsi l'univers du droit et l'univers de l'enfant séparément. Difficile de ne pas croire qu'elle traverse d'autant plus assidûment celui des droits de l'enfant. Sans s'aventurer plus loin dans cet élan, chacun reconnaîtra aisément les promesses dissimulées derrière le célèbre concept de « l'intérêt de l'enfant », et tout le prolongement des réflexions qu'il peut laisser entrevoir.

- **Imposition / négociation**

On observe de nos jours une certaine atténuation de la transcendance, qui s'illustre aussi bien dans la dépréciation de l'autorité symbolique du droit, que dans celle des parents ou autres éducateurs de l'enfant. L'apparition et la montée en puissance du concept de négociation dans les deux univers témoignent manifestement de ce glissement. En ce sens, les spécialistes de tous les domaines pédocentres s'accordent pour souligner l'importance de l'adhésion et de la compréhension de l'enfant pour tout procédé qui le concerne. Dans un dessein d'effectivité et d'intériorisation sur le long terme, l'enfant doit en effet consentir et s'impliquer minimalement, attendu que « pour avoir le sentiment d'exister et d'être respecté, l'individu veut participer à l'élaboration des compromis »². Ainsi, nombreux parlent du « passage d'un fonctionnement familial fondé sur l'autorité à un fonctionnement familial centré sur le consensus »³.

Sur le plan juridique, les mécanismes de négociation polarisent tous les champs du droit. Ils se multiplient à toutes les étapes de la vie de la norme : dans son adoption tout d'abord, avec une participation accrue des citoyens à l'élaboration de la norme par les audiences publiques, les évaluations empiriques ou encore les sondages citoyens ; dans sa mise en œuvre ensuite, avec à nouveau un processus réticulaire d'évaluation-rétroaction de la norme en confrontation continue avec son effectivité sociale ; dans son application judiciaire enfin, par le biais des nouveaux modes alternatifs de résolution des conflits qui rendent compte d'une justice de proximité à la portée de tous les citoyens.

² François de SINGLY, *Les uns avec les autres : quand l'individualisme crée du lien*, coll. Individu et société, Paris, AColin, 2003, p. 139.

³ Alain LAZARTIGUES, « La famille contemporaine "fait"-elle de nouveaux enfants ? », (2001) 49-4 *Neuropsychiatr. Enfance Adolesc.* 264, 272.

Bien que les actes d'autorité de source unilatérale demeurent présents dans l'univers de l'enfance et du droit, la montée en puissance de la négociation dans un dessein circulaire d'adhésion puis d'effectivité normative redistribue aujourd'hui les cartes de la régulation. Les droits des enfants n'y font pas exception, en témoignent les mécanismes de participation de l'enfant aux décisions individuelles et publiques qui le concernent, et qui ne cessent de se renforcer.

- **Rigidité / flexibilité**

Ce dernier couple d'opposition constitue finalement le reflet des deux premiers. Reconnaître qu'il y a dans chaque individu une part d'identique et une part de particulier implique un recul des catégorisations universelles et leur ouverture à l'adaptabilité. En parallèle, le passage de l'imposition à l'adhésion, la multiplication des acteurs de la norme que ce passage induit, ainsi que la relativisation de ces normes sans cesse réévaluées à la lumière de leur réalité sociale, compromettent les prétentions rigides. Le concept de flexibilité se rencontre ainsi de plus en plus, aussi bien dans l'univers juridique que dans celui de l'enfant.

En ce qui a trait au droit, la flexibilité se dilue dans deux dimensions que Jacques Chevallier identifie comme le contenu des normes et les processus d'adaptation de ces dernières⁴. C'est dans cette même perspective que l'on voit progressivement apparaître des concepts tels que, par exemple, le droit pluriel, droit négocié, droit mou, droit réflexif.

Quant à l'enfant, il s'agit ici de reconnaître ses besoins personnels, reconnaissance qui va au-delà des besoins communs à tous les enfants. Ainsi, le suivi personnalisé des enfants en matière éducative est en plein essor dans la mesure où il accorde une certaine malléabilité aux éducateurs. La flexibilisation des pratiques et des structures entourant l'enfant est dès lors fortement encouragée. Tel que l'énonce François de Singly, cette souplesse est « nécessaire pour permettre le réglage personnel : lorsque le point est fixe, plus de jeu possible ; lorsque la ligne est flottante, il peut y avoir ajustement en fonction de la situation et de la personnalité de l'enfant »⁵.

⁴ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Rev. Droit Public*, 9.

⁵ F. de SINGLY, préc., note 2, p. 137.

Ralliant les deux univers, les droits de l'enfant sont particulièrement révélateurs de ce glissement progressif vers la flexibilité. En témoigne, ici encore, la pierre angulaire du domaine : le principe de l'intérêt de l'enfant.

Le rattachement scientifique : la régulation sociojuridique

Les trois couples conceptuels exposés ci-dessus se fondent au sein d'une intuition première dans laquelle nous semble résider l'intérêt de notre thèse : l'univers du droit et l'univers de l'enfance sont traversés de mouvements similaires, lesquels s'affermissent encore lorsqu'ils sont réunis au sein des droits de l'enfant. Si l'on élargit notre perspective sur ces trois couples d'opposition, on peut identifier leur point de rattachement, à savoir le phénomène de la régulation et la normativité dont il use. C'est en effet lorsqu'on les associe à ce phénomène que nos termes prennent vie : cherchant à intégrer tant les similarités que les spécificités de chacun, la régulation se fait de plus en plus négociée, empreinte d'une normativité de plus en plus flexible. Or, au contact de l'enfant, la régulation est omniprésente. Le droit des enfants en est le pendant juridique, mais elle prend également forme dans le cadre familial, et plus précisément au sein des relations parents-enfants, ou encore dans le cadre éducatif, via les normes scolaires. Face à ce constat, il était nécessaire de s'intéresser plus directement au phénomène régulateur et aux mouvements qui le traversent. Bien entendu, si ce phénomène lie intimement le droit et l'enfant, c'est à travers le champ juridique des droits de l'enfant ; c'est donc plus précisément la régulation sociojuridique, désignant les processus de régulation de la société par le droit, que l'on se devait d'appréhender. Dans le cadre de celle-ci, le droit constitue un outil, sinon le premier outil de régulation.

Cette nouvelle perspective de recherche nous a très rapidement menés à nous intéresser à l'évolution de la régulation sociojuridique depuis un régime moderne vers ce que d'aucuns ont pu nommer un régime post-moderne. Intégrant entre autres les mouvements déjà interpellés de singularisation, de négociation et de flexibilisation, plusieurs chercheurs, sociologues et juristes, soulignent cette transition, tant dans les dimensions réelles de la régulation que dans la façon de l'appréhender. Une double transformation que certains ont dès lors qualifiée de paradigmatique. Nous reviendrons plus longuement sur cette évolution, en expliquant ses prétentions, en détaillant ses perspectives et, surtout, en dégageant ses produits. Ces résultats seront alors mis en parallèle avec notre champ d'études particulier des droits de l'enfant. Autrement dit, cette nouvelle donne théorique de la régulation sociojuridique nous servira de

grille d'analyse pour revenir sur les droits de l'enfant. Ce domaine étant partie de la régulation sociojuridique, les changements que connaît cette dernière devraient certainement s'y répercuter. Il s'agira alors d'envisager comment ce passage d'une approche moderne à une approche post-moderne de la régulation sociojuridique s'est répercuté dans le droit des enfants. Ce faisant, nous confirmerons nos intuitions au sujet du glissement des trois couples conceptuels présentés plus haut, ainsi que d'autres découvertes issues de notre étude du régime post-moderne de la régulation sociojuridique. Finalement, cette analyse du droit des enfants à la lumière du phénomène régulateur nous portera également à dégager des pistes d'ouverture prometteuses tant dans la pratique que dans la théorie de ce domaine. En toute fin, nous proposerons des perspectives d'avancement scientifique relatives aux droits de l'enfant, que nous illustrerons concrètement dans le cadre plus restreint de la protection de la jeunesse au Québec.

La structuration de la pensée : annonce du plan

Afin de structurer notre cheminement intellectuel, nous avons divisé cette thèse en trois parties. La première esquissera un portrait moderne des droits de l'enfant, retraçant son histoire et soulignant certains aspects plus récents qui sont encore en quête de rationalisation. En ce sens, le domaine juridique des droits de l'enfant s'est construit dans les carcans de la modernité, avec les méthodes propres à cette ère scientifique, mais encore ses limites : la première étant de concevoir les phénomènes par l'étude isolée des éléments qui les composent et, *in fine*, de s'enliser fréquemment dans la loi de la bipolarité des erreurs. Il en résulte un portrait des droits de l'enfant à double face : celui de l'enfant vulnérable auquel le droit répond par des droits-protection, et celui de l'enfant grandissant qui nécessite l'octroi de droits-liberté ; une tension omniprésente opposant deux courants de pensée : les protectionnistes et les libérationnistes. Cette tension s'illustre dans tous les domaines juridiques touchant les droits de l'enfant, un champ miné d'oppositions qu'il revient aux juges de réconcilier en pratique. Nous nous trouvons donc d'une part face à des dilemmes théoriques s'apparentant à des impasses, et d'autre part, face à un jeu d'ajustement perpétuel auquel se prêtent les juges afin de rendre cohérent l'ensemble du domaine.

Depuis le constat d'une approche conflictuelle du domaine, nous transiterons, dans notre seconde partie, vers l'étude de la régulation sociojuridique. Partant à nouveau du constat d'une

approche conflictuelle dans le cadre du régime moderne, s'illustrant notamment dans la dualité des théories du droit libéral et du droit social, nous soulignerons le passage vers un régime de type post-moderne. En plus des transformations des caractéristiques de la régulation sociojuridique, la façon de concevoir et d'appréhender le phénomène régulateur dans son ensemble a fortement évolué. Ainsi, le glissement depuis la pensée moderne vers la pensée post-moderne semble dépasser les domaines du droit et de la régulation, tout autant que ces derniers y ont participé. Nous parcourons rapidement cette mutation épistémologique afin de mieux cerner ses retombées sur la réalité régulative. Finalement, nous présenterons les principales caractéristiques du régime de régulation post-moderne afin d'en constituer notre grille d'analyse des droits de l'enfant. Nous modéliserons cette dernière à l'aide des réflexions des grands penseurs de ce courant, nous rapportant tant à la théorie du droit qu'à celle de la régulation sociale. Nous en déclinons les aspects et en dégagerons cinq composantes propres à la nouvelle matrice des interactions régulatrices : la négociation, la flexibilité, le pluralisme, la complexité et l'incertitude.

Pour finir, dans notre dernière partie, nous reviendrons à notre champ d'études des droits de l'enfant à l'aide de notre nouvel outil de compréhension issu du régime de régulation post-moderne. Autrement dit, nous apposerons la grille d'analyse créée par notre étude de l'évolution du phénomène régulateur sur les droits de l'enfant, notamment sur ses principes fondateurs. Nous verrons ainsi que certains traits répondent indéniablement aux différentes composantes de la matrice des interactions régulatrices dégagées plus haut et qu'en ce sens, la marche des droits de l'enfant vers une construction post-moderne est déjà entamée. C'est le cas notamment pour le principe fondamental de l'intérêt de l'enfant qui constitue le socle identitaire du domaine, et dont la mise en œuvre se caractérise par une flexibilité polyvalente. C'est aussi le cas du principe de la participation de l'enfant, du moins en théorie. L'application de ce principe rencontre en effet de nombreux défis créant un certain fossé entre le droit écrit et le droit vivant. Les problèmes de mise en œuvre de cette participation connaissent néanmoins certaines pistes de solution que nous envisagerons ici à la lumière de notre grille d'analyse. Une première ouverture de ce que les réflexions au sujet du régime de régulation post-moderne peuvent apporter aux droits de l'enfant se dégage alors. Pour finir, nous reviendrons sur les droits de l'enfant en général afin de recentrer les réflexions de la même manière que le tentent les théoriciens de la post-modernité, à savoir en se concentrant sur les interactions plutôt que sur les propriétés. Nous dégagerons à notre tour les perspectives découlant de l'étude des

interactions en matière de droits de l'enfant et envisagerons dès lors la problématique selon la complémentarité ou l'équilibre des principes plutôt que selon leurs oppositions. Nous illustrerons pour finir cette appréhension des droits de l'enfant par les interactions dans le domaine plus spécifique de la protection de la jeunesse au Québec. Un domaine qui rencontre aujourd'hui de nombreuses difficultés, que nous n'aborderons pas toutes, mais qui le rendent particulièrement approprié pour pratiquer notre grille d'analyse. En effet, ses récentes remises en question et les perspectives qui s'en sont dégagées nous permettront de mesurer les nôtres. Deux voies différentes pour parvenir au diagnostic du même secteur : un raisonnement inductif, celui de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse⁶, qui, après avoir entendu des centaines de témoignages, propose, dans son rapport final, un certain nombre de recommandations ; et un raisonnement déductif, le nôtre, qui part du régime de régulation post-moderne pour parvenir à des propositions particulières en matière de protection de la jeunesse. Une opportunité sans précédent de confronter directement nos réflexions doctorales à celles émanant de la pratique.

⁶ Cette Commission a été créée dans le but d'entreprendre une réflexion globale sur les droits de l'enfant et la protection de la jeunesse au Québec. Elle a déposé son rapport tout récemment, en avril 2021 COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes*, Rapport final, 2021.

Partie 1. Portrait moderne des droits de l'enfant :

des premiers traits aux esquisses duales

L'enfant et le droit. Une liaison *a priori* déroutante, à présent toujours complexe. S'il existe en effet une histoire entre ces deux termes, plutôt consensuelle chez ceux qui la racontent, leur présent n'en est pas si limpide. De nombreux auteurs se prêtent pourtant au difficile exercice visant à intellectualiser ce champ juridique relativement nouveau des droits de l'enfant. Ce faisant, ces derniers cherchent assidûment à identifier les fondements au cœur de ce domaine afin d'en justifier l'importance et d'en orienter la pratique. Car c'est en comprenant pourquoi le droit s'intéresse à l'enfant et dans quel but, qu'il est possible d'envisager comment il peut ou doit le faire. Dans cette première partie, nous suivrons ce raisonnement en trois temps : par un exposé relativement objectif et linéaire de l'évolution des rapports entre le droit et les enfants dans un premier temps (chapitre 1), par une analyse des fondements au cœur de ces rapports dans un second temps (chapitre 2), et, dans un troisième et dernier temps, par une présentation des théories et mises en œuvre contemporaines des droits de l'enfant qui s'articulent autour d'une vision dichotomique de ces droits (chapitre 3).

De nombreux éléments de réponses, voire préalablement d'interrogations, sont d'ores et déjà acquis dans l'histoire et vont nous permettre, dans notre premier chapitre, de retracer l'itinéraire emprunté par les droits de l'enfant de manière relativement péremptoire : le droit, totalement étranger de la vie de l'enfant dans un premier temps, délaisse ce dernier à la faveur du *pater familias* qui en a la propriété pleine et entière. L'enfant est un *objet* qui lui appartient, mais qui, progressivement, en raison de sa nature même, commence à attirer l'attention de l'État : il est un être faible et vulnérable qu'il semble nécessaire de protéger face aux multiples dangers l'entourant — le travail, la violence, la pauvreté, etc. C'est la première dynamique qui vient lier l'enfant et le droit dans une normativité protectionnelle au cœur d'une volonté paternaliste d'envergure qui va même poser les premières limites dans la sphère jusqu'alors intouchable de la vie familiale. Si l'enfant demeure soumis à l'autorité du « magistrat domestique »⁷, l'État s'accorde à présent un droit de regard sur le traitement qui lui est conféré

⁷ Expression employée à multiples reprises par le philosophe français Alain Renaut pour désigner la toute-puissance paternelle qui, longtemps, régnait sans limites sur l'enfant. Voir Alain RENAUT, *La fin de l'autorité*, Paris, Flammarion, 2004, p. 165 par exemple.

ainsi qu'un droit de retrait dans les cas les plus graves. Les normes prolifèrent et un éventail d'interdictions vient affecter l'environnement de l'enfant afin de renforcer son « cocon » sécuritaire naturel. C'est donc le reflet de l'enfance romantique, innocente et vulnérable, qui constitua ainsi la porte d'entrée de l'enfant dans l'univers juridique pour ensuite s'y épanouir au tournant du XX^e siècle.

Une deuxième approche, dynamisée par la montée humaniste de reconnaissance et d'élargissement des droits fondamentaux dans la deuxième moitié du siècle dernier, vint colorer les rapports de l'enfant et du droit d'une teinte nouvelle : celle de l'enfant sujet de droit. Le triomphe universel des sacro-saints principes fondamentaux, prônant l'égalité de tous les êtres humains dans le respect de leur dignité et de leur liberté, ne pouvait qu'embrasser aussi l'enfant, le premier des êtres humains. C'est ainsi qu'aux côtés des droits protectionnels dont il est l'objet, l'enfant devient sujet des libertés également attribuées à toute personne humaine. Ce mouvement assimilé par certains à une « libération des enfants »⁸, scelle définitivement un portrait à double visage de l'enfant dépeint par le droit, à la fois dépendant et libre, qui appelle en retour un droit à double dessein : protéger et soustraire. Ces premiers propos nous mèneront de la sorte jusqu'à la version contemporaine des droits de l'enfant qui semble s'accorder sur l'aboutissement récent de cette histoire : celui de la création du champ juridique nouveau des droits de l'enfant, la toile de fond sur laquelle prend forme le portrait théorique auquel nous référons tout au long de cette première partie. Néanmoins, si la reconnaissance double des droits-protection et droits-liberté de l'enfant ne fait plus véritablement l'objet des débats, leur articulation ne cesse d'être discutée, comme nous le verrons dans notre dernier chapitre.

La jeunesse de cette reconnaissance s'accompagne d'un courant théorique qui s'efforce aujourd'hui de justifier la pertinence de ce champ nouveau. Les auteurs, avant de se lancer dans l'identification des modalités et des finalités de ce droit de l'enfant, semblent ainsi en chercher l'origine. À l'aide de va-et-vient temporels et disciplinaires depuis la philosophie des Lumières jusqu'à l'épistémologie post-moderne, en passant par la psychologie du développement, les théoriciens des droits de l'enfant parcourent les idées, tant sur le droit que sur l'enfant, pour tenter d'y percevoir quelconque légitimation de leur domaine. Exercice périlleux qui n'exclut pas pour autant les tentatives. C'est donc logiquement, et à l'image de ceux-ci, que nous partirons nous aussi à la recherche des fondements de ce domaine dans le second chapitre. Après

⁸ Voir Alain. RENAULT, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, coll. Pluriel. Philosophie, Paris, Hachette littératures, 2003.

avoir survolé, dans une relative linéarité temporelle, l'histoire des rapports entre le droit et l'enfant dans le monde occidental, nous chercherons à saisir l'essence même de ces rapports : pourquoi le droit s'intéresse-t-il à l'enfant ? Ou encore comment l'enfant est-il apparu sur la scène juridique ? Ce sont ces défis idéologiques, qui retiendront ainsi l'attention de notre second chapitre. Depuis la naissance philosophique de l'enfance, dont la conception moderne a permis l'entrée sur la scène juridique d'une nouvelle personne, nous poursuivrons jusqu'à l'étude de la naissance théorique des droits de l'enfant, en nous arrêtant sur la naissance juridique de l'enfant sous le prisme de l'égalité.

Pour finir, et en nous appuyant sur ces contours retrouvés dans l'histoire normative et idéologique, nous consacrerons notre troisième chapitre à la présentation de la double face du portrait moderne des droits de l'enfant. En effet, ce champ juridique semble s'épuiser dans une impasse théorique opposant d'une part les *protectionnistes*, garants de l'enfant vulnérable qu'il faut protéger à tout prix, et d'autre part, les *libérationnistes*, qui, considérant l'enfant opprimé par les adultes, cherchent à l'émanciper de tout paternalisme. Il s'agit évidemment là de visions radicales que la plupart s'accordent à répudier à la faveur de visions plus conciliantes. Une conciliation qui oblige les décideurs, notamment les juges, à se prêter à un exercice continu d'équilibrage des intérêts dans une géométrie variant selon les contextes. Nous illustrerons cette pratique des juges par le biais de l'analyse de certaines décisions de la Cour suprême.

Finalement, cette approche dichotomique moderne des droits de l'enfant peut être relativisée dès lors que l'on rappelle la récente construction de ce domaine, ou son actuelle adolescence. Ce n'est donc pas LE portrait théorique des droits de l'enfant que nous présenterons, mais bien les esquisses du portrait théorique de ce champ juridique.

Chapitre 1. Survol d'une histoire consensuelle : l'évolution moderne des droits de l'enfant en Occident

Si les rapports entre le droit et l'enfant ne sont pas nouveaux, les écrits traitant de leur évolution le sont. C'est en effet depuis quelques décennies seulement que plusieurs auteurs tentent de dresser un portrait historique des droits de l'enfant. L'initiative de remonter le temps pour exposer ce que furent les représentations de l'enfant est généralement créditée à Philippe Ariès et son œuvre *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*⁹, publiée en 1960. Dans cet ouvrage, l'auteur se prête à une analyse des mœurs s'appuyant entre autres sur l'histoire de l'art, de l'iconographie, des jeux, de la pudeur, de la scolarisation ou encore des styles vestimentaires, depuis le Moyen Âge jusqu'à l'époque moderne, révélant ainsi la naissance du sentiment de l'enfance. Deux idées principales se dégagent de son historiographie, à savoir, d'une part, qu'à partir du XVII^e siècle, l'enfant s'est progressivement départi du monde des adultes, notamment par la scolarisation, et d'autre part, que la famille est peu à peu devenue un lieu d'affection qui s'organise autour de l'enfant¹⁰. Venant critiquer, appuyer ou proposer une autre alternative à la thèse d'Ariès, nombreux sont ceux qui depuis, revisitent cette évolution. L'éventail se réduit néanmoins lorsque cette histoire est orientée par un intérêt juridique, ou que les réflexions portent sur l'évolution normative entourant les enfants. Reconnaissons d'ores et déjà parmi elles, celles d'Alain Renaut¹¹ chez les francophones et de Philip E. Veerman¹² dans le monde anglophone, que nous interpellons à maintes reprises dans les propos qui s'en suivent.

Sans prétendre à un tel exercice complet, nous proposons ici de rappeler les grandes lignes de cette histoire de l'enfance, et plus spécifiquement des droits de l'enfant, en nous appuyant sur ces réflexions doctrinales, mais aussi sur les lois ayant participé à la définition de ce champ juridique. Le retour historique présenté ci-dessous sera ainsi partiellement consacré aux normes et institutions québécoises et canadiennes. Néanmoins, le mouvement global qui s'y lit s'inscrit plus largement dans celui qui traversa le monde occidental dans son ensemble.

⁹ Philippe ARIÈS, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Éditions du Seuil, 1975.

¹⁰ Préface, *Id.*, p. 5 à 27.

¹¹ Principalement dans son œuvre Alain. RENAUT, *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, coll. Pluriel. Philosophie, Paris, Hachette littératures, 2003.

¹² Philip E. VEERMAN, *The rights of the child and the changing image of childhood*, 18, coll. International studies in human rights, Dordrecht, The Netherlands, Boston, Norwell, MA, U.S.A., Martinus Nijhoff Publishers, Sold and distributed in the USA and Canada by Kluwer Academic Publishers, 1992.

Nous nous arrêterons donc également sur quelques grandes dates ayant marqué l'évolution des droits de l'enfant à l'international par des normes elles-mêmes internationales ou encore par des initiatives nationales inspiratrices d'un dynamisme général. Trois temps seront successivement décomposés : du plus ancien dans lequel apparaît progressivement un intérêt particulier porté sur l'enfant (A), à celui durant lequel la normativité à visée protectionnelle n'a cessé de s'étendre (B), jusqu'aux décennies les plus récentes depuis lesquelles la reconnaissance de l'enfant sujet de droit a totalement bouleversé les rapports entre le droit et l'enfant (C). Déjà à la fin de ce rappel, un portrait binaire de l'enfant semblera se dessiner assez clairement, partagé entre d'une part un enfant vulnérable que l'on se doit de protéger, et d'autre part, un enfant grandissant auquel il convient d'accorder des libertés croissantes en vue de son émancipation. Ce visage à double face que le droit cherche à appréhender est également au cœur des fondements des droits de l'enfant que l'on analysera dans un second temps. Enfin, c'est ce même portrait double que l'on déclinera plus longuement pour finir et qui nous permettra de qualifier l'approche moderne des droits de l'enfant de conflictuelle, bilan qui servira de base à la suite de nos réflexions.

A. De l'ignorance normative à la naissance d'un intérêt social

À l'échelle de l'histoire de l'humanité, le droit s'est très peu intéressé à l'enfant. Longtemps considéré comme objet du *pater familias*, ce dernier était seul maître de la loi de l'enfant dans un modèle familial typique du *patria potestas*¹³. À l'image de la femme ou de l'esclave¹⁴, le patriarche disposait du plein contrôle sur l'enfant¹⁵. Dans un système ignorant la personne en tant qu'individu et ne la considérant que par sa place sociale, nul instrument n'envisageait l'enfant comme titulaire d'un quelconque droit, pas plus qu'il n'était protégé, ou simplement considéré par une norme juridique. Il était l'*infans*, celui qui ne parle pas, celui qui n'existe que par la valeur qu'il procure à sa famille, par la main-d'œuvre qu'il représente, ou encore par l'héritage qu'il se doit d'honorer. L'ignorance de l'enfant par le droit se poursuit

¹³ David ARCHARD, *Children: rights and childhood*, 2^e éd., London; New York, Routledge, 2004, p. 8.

¹⁴ Jacques POUmarede, « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », (2012) 50 *Petites Affiches* 13.

¹⁵ Notons qu'une certaine domination du père sur sa famille a perduré jusqu'au siècle dernier. On retrouve cette idée dans de très nombreuses dispositions de la première version du *Code civil du Bas-Canada*, S prov C 1865 (29 Vict), c. 41, entré en vigueur le 1^{er} août 1866, voir aussi Joan M. SMITH, « A Child-Centered Jurisprudence: Reconciling the Rights of Children and Parents within the Family », dans Kathleen ALAIMO et Brian KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002, p. 145 à la page 149.

durant le Moyen Âge : aucune particularité ne le distingue de l'adulte mis à part sa petite taille, c'est un mini-adulte soumis à la même division des classes et aux mêmes fonctions et modes de vie que les autres membres de sa classe. Philippe Ariès l'explique notamment par le fait que l'enfant était très tôt mêlé aux adultes, sans véritablement passer par la période de la jeunesse : « [le] passage de l'enfant dans la famille et dans la société était trop bref et trop insignifiant »¹⁶. La très forte mortalité infantile ne laisse aucune place aux préoccupations au sujet de sa personne et de ses caractéristiques propres. Il naît et dès lors qu'il vit, il devint adulte, ou dans les mots d'Ariès, « [d]ès que l'enfant avait franchi cette période de forte mortalité où sa survie était improbable, il se confondait avec les adultes »¹⁷.

Si la considération de l'enfant par le droit connaît son apogée au XX^e siècle, elle puise ses racines dans des mouvements et idéaux sociaux plus anciens, dont on retrouve les principales lignes dans la littérature¹⁸ et le milieu artistique¹⁹ du XVII^e et surtout du XVIII^e siècle. Souvent en marge de thèses philosophiques plus globales, l'enfance se trouve notamment investiguée par certains grands noms de la philosophie. De Hobbes à Locke pour véritablement éclore avec Rousseau, l'enfant devient peu à peu le sujet le plus pur d'illustration de théories sur la politique et sur le sujet humain en général²⁰. Réfléchir à l'individu et à la société aboutit bien souvent chez eux à réfléchir à l'enfance, la positionnant ainsi tant à la racine qu'à la cime de la pensée philosophique. Ce rattachement de l'enfance à des positionnements politiques et sociaux se fait généralement par l'éducation. Ariès identifie d'ailleurs le développement de l'école comme scellant un changement considérable dans l'état des mœurs relatives à l'enfance, à partir duquel, l'enfant cesse d'être mélangé aux adultes²¹ et le sentiment de l'enfance s'éveille progressivement²². Certains célèbres philosophes n'ont pas manqué de s'inscrire dans ce glissement en se prêtant à de longues réflexions sur l'éducation ; citons par exemple Locke et

¹⁶ P. ARIES, préc., note 9, p. 6.

¹⁷ *Id.*, p. 178.

¹⁸ Sur la littérature de l'enfance au XVII^e siècle, on pourra notamment lire Jean-François PERRIN, « Archives des limbes : l'enfant avant l'enfance dans la littérature du XVIII^e siècle », dans Anne CHEVALIER et Carole DORNIER (dir.), *Le Récit d'enfance et ses modèles*, Caen, Presses universitaires de Caen, 2003, p. 135.

¹⁹ Citons par exemple, en accord avec Philippe Ariès, les œuvres de Rubens, Frans Hals, Van Dyck ou encore Lebrun.

²⁰ Pour connaître les grands traits de ces philosophies relatives aux enfants, on pourra lire Alain. RENAULT, préc., note 8, p. 221 à 363.

²¹ P. ARIES, préc., note 8, p. 7. L'auteur se prête également à une analyse des portraits des enfants et découvre ainsi que jusqu'à la fin du XVI^e siècle, il est très rare de trouver des portraits d'enfants seuls, isolés de leurs parents. En revanche, à partir du XVII^e siècle, ces représentations se font très nombreuses, voir p. 65. Il en va de même des vêtements : alors qu'au Moyen-Âge, on habillait indifféremment toutes les classes d'âges, une différenciation émerge progressivement à partir du XVII^e siècle, chez les garçons tout d'abord, voir p. 75 à 81.

²² L'auteur définit le sentiment de l'enfance comme « la conscience de la particularité enfantine, cette particularité qui distingue essentiellement l'enfant de l'adulte même jeune », dans *Id.*, p. 177.

surtout Rousseau²³, et son fameux *Émile ou de l'éducation*²⁴, ouvrage qui demeure très prisé en sciences de l'éducation. Si Locke s'attachait principalement au rôle des éducateurs, considérant l'enfant comme une *tabula rasa*, alors impropre à l'étude²⁵, Rousseau a esquissé les traits propres à l'enfance, lui reconnaissant de la sorte des particularités, des actifs et passifs, dont la prise en compte se veut essentielle à la visée de l'éducation. La vision rousseauiste de l'éducation, bien qu'elle soit alors la cible de nombreuses critiques, sinon censures²⁶, ouvre néanmoins la porte à une scène nouvelle, une scène d'observation et de préoccupations ayant pour objet l'enfant. Ce dernier, dont la spécificité était jusqu'alors ignorée, se différencie à mesure que ses caractéristiques propres se révèlent aux yeux de tous ; l'enfance devient quelque chose par et pour elle-même, au cœur de l'éducation, mais aussi de la famille et de la religion. C'est le phénomène que certains ont nommé la « montée du sentiment d'enfance », un sentiment qui n'est pas alors défini, mais dont la diffusion va progressivement se répercuter tant sur les institutions que sur les représentations sociales, elles-mêmes diffuseuses de sens et de normes.

Ainsi relayé des écrits philosophiques aux institutions familiales et religieuses, le début de la normativisation des enfants est marqué par les idéaux sociaux et catholiques montant dans la société occidentale. Des prises de conscience sociale viennent finalement lever le voile de la souffrance et de la précarité des enfants. Croisant des intérêts matériels à des intérêts sentimentaux, l'enfance devient une préoccupation sociale et dès lors, le droit se doit de s'y pencher. Au fil de la reconnaissance grandissante des vulnérabilités propres à l'enfance, les instruments normatifs nationaux se multiplient dans une mouvance protectionnelle qui connaîtra ensuite, un puissant écho international.

²³ Nous reviendrons longuement sur les conceptions respectives de Locke et Rousseau et leur apport quant aux fondements des droits de l'enfant dans le prochain chapitre, voir *infra* Partie I, chap. 2, A.

²⁴ J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1.

²⁵ Pierre MORERE, « L'idée d'éducation chez Locke et ses fondements empiriques », (2005) 1-61 *XVII-XVIII Rev. Société Études Anglo-Américaines XVIIe XVIIIe Siècles* 71; John LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, Paris, Librairie Générale Française, 2009.

²⁶ Cet ouvrage fut immédiatement censuré par le Parlement de Paris et critiqué par beaucoup des contemporains de l'auteur, parmi lesquels Voltaire se fit très virulent.

B. Un enfant vulnérable – Une approche normative protectionnelle

À compter du moment où l'enfant a fait son entrée dans le monde normatif, il ne l'a plus quitté. Nous retracerons ici les débuts de l'intérêt juridique pour l'enfant sur la scène québécoise, dans laquelle il fut placé en raison de sa vulnérabilité, dans une optique paternaliste de protection (1), pour ensuite parcourir la scène internationale qui, bien qu'elle s'illustrât plus tard, reproduisait la même approche protectionnelle de l'enfant (2). Nous verrons ainsi que les normes visant à protéger l'enfant sont les premières à avoir composé les droits de l'enfant ; elles n'ont ensuite cessé de se multiplier dans le régime moderne. Dès lors, ce mouvement protectionnel du droit envers l'enfant est fortement ancré dans les fondements des droits de l'enfant et demeure très présent dans les réflexions plus contemporaines.

1. *Depuis le XVII^e siècle au Québec*

L'œuvre magistrale de Renée Joyal *Les enfants, la société et l'État au Québec*²⁷, nous en apprend beaucoup sur l'évolution et la nature des préoccupations relatives à l'enfance ayant marqué l'histoire québécoise. Cet ouvrage propose un tour d'horizon exhaustif des textes et institutions québécois ayant visé, directement ou indirectement, les enfants²⁸. Nous appuierons en grande partie nos propos sur cette œuvre, ainsi que sur les différentes lois québécoises et canadiennes pour dégager deux courants successifs ayant traversé les droits de l'enfant au Québec : l'émergence de la protection institutionnelle de l'enfance (a) et l'ancrage d'un domaine de protection spécifique (b). Ce renforcement continu de l'intérêt juridique protectionnel est indéniablement le trait le plus marqué des droits de l'enfant depuis son existence, tel que l'illustrent les nombreux textes que nous déclinons ici.

²⁷ Renée JOYAL, *Les enfants, la société et l'État au Québec, 1608-1989. Jalons*, coll. Cahiers du Québec. Collection Histoire, n°124, Montréal, Hurtubise HMH, 1999.

²⁸ Pour se faire une idée de l'évolution des normes relatives à l'enfance en Grande-Bretagne, on pourra lire Harry HENDRICK, « Constructions and Reconstructions British Childhood: An Interpretative Survey, 1800 to the present », dans Allison JAMES et Alan PROUT (dir.), *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*, London, New York, Falmer Press, 1990, p. 35.

a. De l'émergence de la protection institutionnelle de l'enfance

La première période sur laquelle s'arrête Renée Joyal, celle de l'«immobilisme relatif»²⁹, s'étend du début du XVII^e à la fin du XIX^e siècle. À cette époque, si le sort des enfants commence à préoccuper l'opinion publique, c'est principalement à l'Église que reviennent les fonctions relatives aux enfants, notamment à l'éducation et à l'assistance. La prise en charge des enfants en difficulté relève de la charité, apanage de la paroisse dont l'État se tient loin³⁰. Celle-ci a en effet le monopole de l'éducation et constitue le relai premier de substitution en cas de défaillance familiale. En la matière, l'autorité publique ne s'immisce pas dans les affaires du clergé et se cantonne à la soutenir financièrement. L'un des tout premiers actes étatiques concernant l'enfant retraçait d'ailleurs ce passage intermédiaire du relai ecclésiastique : *l'Ordonnance de l'intendant Michel Bégon* de 1722 enjoignait alors au clergé de « publier un édit du roi Henri II qui prévoit des châtiments sévères et même, dans certaines circonstances, la peine de mort, pour recel de grossesse et abandon d'enfant »³¹. La réglementation cible donc spécifiquement le phénomène d'abandon d'enfants et vise à en punir les coupables. De la même façon que l'État n'intervient qu'indirectement par l'entremise du clergé, l'enfant n'est concerné qu'indirectement, en tant que victime de l'acte répréhensible.

Avec l'arrivée du régime britannique à la fin du XVIII^e siècle, les demandes de la bourgeoisie protestante se font de plus en plus pressantes pour une intervention étatique dans le domaine de l'éducation. L'autorité publique met progressivement en place un système d'instruction publique, bien que la résistance des populations françaises et l'hostilité du clergé ne lui permettent pas de se diffuser dans les milieux catholiques francophones, qui conservent le monopole de la « charité ».

En parallèle, la vision romantique de l'enfance, relayée en grande partie par la littérature, se diffuse progressivement vers la fin du XVIII^e siècle. Cette vision met l'accent sur l'innocence de l'enfance, la magie de cette période qu'il faut « coucouner » à tout prix. Elle est cruciale pour l'avenir des êtres humains, tant elle est belle et pure³². Selon Kathleen Alaimo, l'époque

²⁹ R. JOYAL, préc., note 27, p. 23 à 60.

³⁰ SOUS-COMITE SUR LA REVISION DU MANUEL DE REFERENCE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, SOUS LA RESPONSABILITE DU MINISTERE DE LA SANTE ET DES SERVICES SOCIAUX, *Manuel de référence sur la protection de la jeunesse*, Mise à jour / réalisée par le Sous-Comité sur la révision du Manuel de référence sur la protection de la jeunesse., coll. Publications gouvernementales du Québec en ligne : monographies électroniques, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, Direction des communications, 2010, p. 259.

³¹ R. JOYAL, préc., note 27, p. 29.

³² Sur la vision romantique de l'enfance, on pourra lire H. HENDRICK, préc., note 29 à la page 37 à 40.

romantique consacre ainsi l'enfance comme ““the best part of life”, and attributed qualities of purity and innocence to the child, which enabled children to recognize truth and beauty”³³. Une telle conception converge peu à peu vers une volonté sociale de protéger cet être pur et innocent : en retour, l'écho institutionnel bâtit pas à pas une sorte de forteresse sécuritaire autour de l'enfant. La cause des enfants ayant conquis les mœurs, se cristallisait alors le dessein encore poursuivi aujourd'hui : il est de notre devoir à tous de protéger les enfants. À partir de ce paternalisme découvert, les institutions étatiques et juridiques vont continuellement travailler à renforcer, structurer et étendre cette protection.

Le tournant du siècle suivant se fait fidèle à cette ambition et va en concrétiser les intentions. Il entraîne avec lui un certain nombre de législations relatives aux enfants, amorçant de la sorte le « siècle de l'enfance », tel que plusieurs auteurs baptisent le XX^e siècle³⁴. C'est alors que, comme le mentionne justement M. Oscar D'Amours, « la protection de l'enfance va se dissocier d'une façon plus précise de l'assistance »³⁵. Les écoles d'industrie et les écoles de réforme sont mises en place en 1869³⁶, pour se charger respectivement des enfants en difficulté de moins de 14 ans, notamment errant, sans moyen d'existence, orphelins, ou fréquentant la compagnie de voleurs professionnels³⁷ et des enfants délinquants de moins de seize ans³⁸. Ces deux écoles sont les jalons de la prise en charge institutionnelle de la jeunesse. Elles instruisent, entretiennent et élèvent les jeunes qu'elles reçoivent. L'élargissement en 1884 des écoles d'industrie pour l'enfant qui « à raison de la maladie continuelle ou de l'extrême pauvreté de ses parents, ou à raison de leur ivrognerie ou de leurs habitudes vicieuses, aura besoin d'être protégé »³⁹, ou encore en 1912 de « tout enfant qui est habituellement battu ou traité cruellement »⁴⁰, nous permet d'y percevoir les traits ancestraux de notre *Loi sur la protection*

³³ Kathleen ALAIMO, « Historical Roots of Children's Rights in Europe and the United States », dans Kathleen ALAIMO et Brian KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002, p. 1 à la page 11.

³⁴ Parmi eux, citons par exemple P. ARIÈS, préc., note 2, p. 51, ou encore Allison JAMES et Alan PROUT, « Introduction », dans Allison JAMES et Alan PROUT (dir.), *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*, London ; New York, Falmer Press, 1990, p. 1 à la page 1.

³⁵ Oscar D'AMOURS, « Survol historique de la protection de l'enfance au Québec, de 1608 à 1977 », (1986) 35-3 *Serv. Soc.* 386, 391.

³⁶ *Acte concernant les écoles d'industrie*, S.Q. 1869, ch. 17 ; *Acte concernant les écoles de réformes*, S.Q. 1869, ch. 18.

³⁷ *Acte concernant les écoles d'industrie*, préc., note 36, art. 14.

³⁸ *Acte concernant les écoles de réformes*, préc., note 36, art. 7.

³⁹ *Acte pour amender l'acte 32 Victoria, chap. 17, concernant les écoles d'industrie*, S.Q. 1884, c. 23, art. 1 (modifiant l'art. 15).

⁴⁰ *Loi amendant les Statuts refondus, 1909, concernant les jeunes délinquants*, S.Q., 1912, c. 39, art. 2.

de la jeunesse⁴¹ (ci-après L.P.J.) au moment de son adoption⁴². Le texte original de la L.P.J. visait en effet les jeunes se trouvant dans l'une des deux situations suivantes : dont la sécurité ou le développement est ou peut-être considéré comme compromis ou encore à qui on impute un acte contraire à la Loi. Le parallèle avec les jeunes visés par les écoles d'industrie et de réforme est évident : la préoccupation normative de ces deux catégories d'enfants, que l'on peut surnommer les « enfants victimes » et les « enfants délinquants » n'est donc pas nouvelle et laissait ses premières empreintes il y a plus d'un siècle. L'amorce de l'intérêt public porté à l'enfant est ainsi tracée ; il ne fera que se renforcer au fil du temps. La protection de l'enfant, qui justifiait jusqu'alors les pleines prérogatives paternelles, sera dès lors invoquée pour les limiter⁴³.

Dans le même élan, la fin du XX^e siècle voit se multiplier des branches normatives et institutionnelles exclusivement dédiées aux jeunes dans bon nombre d'autres domaines. À ce titre, les premières réglementations concernant le travail des enfants émergent⁴⁴. Touchant à des secteurs particuliers tels que les manufactures⁴⁵ (élargis ensuite aux établissements industriels en général⁴⁶) ou le travail dans les mines⁴⁷, l'État instaure notamment un âge minimal à l'emploi. Dans le milieu médical, les fondations du *Children's Memorial Hospital* de Montréal en 1903, puis de l'hôpital Sainte-Justine de Montréal en 1907, marquent également le début de la spécialisation des institutions auprès des jeunes. En outre, en 1899, le législateur promulgue une loi visant exclusivement les enfants immigrants⁴⁸. Ainsi, prenant

⁴¹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20 ; L.R.Q. c. P.-34.1.

⁴² Notons néanmoins que, tel que le soutient Renée Joyal, les objectifs respectifs de l'*Acte concernant les écoles d'industrie* et de la *Loi sur la protection de la jeunesse* étaient différents. L'apparenté que nous soutenons ici se situe dans l'idée d'une intervention publique auprès des enfants abandonnés, Renée JOYAL, « L'Acte concernant les écoles d'industrie (1869) une mesure de prophylaxie sociale dans un Québec en voie d'urbanisation », (1996) 50-2 *Rev. Hist. Amérique Fr.* 227.

⁴³ Édith DELEURY et André CLOUTIER (dir.), *Maman ou papa ? : l'attribution de la garde des enfants dans les situations de divorce*, coll. Droits et libertés, Québec, Centre de recherche sur les droits et libertés, Faculté de droit Université Laval, 1987, p. 26.

⁴⁴ Le même mouvement de réglementation du travail des enfants dans les établissements industriels et les mines se déploie en France, également à la fin du XIX^e siècle. À ce sujet, on pourra lire, J. POUMAREDE, préc., note 8.

⁴⁵ *Acte des manufactures de Québec*, S.Q. 1885, c. 32 : l'article 9 de cette loi interdit l'emploi d'enfants de moins de 12 ans pour les garçons et 14 ans pour les filles.

⁴⁶ *Loi relative aux établissements industriels*, S.Q. 1894, c. 30 : l'article 3024 interdit l'emploi des garçons de moins de 12 ans et des filles de moins de 14 ans. Cet âge est respectivement réhaussé à 16 ans et 18 ans pour le travail dans les établissements classés comme dangereux, insalubres ou incommodes.

⁴⁷ *Acte à l'effet d'amender et refondre la Loi des mines*, S.Q. 1892, c. 20 : l'article 1548 interdit l'emploi des filles de tout âge et des garçons de moins de 15 ans. Par ailleurs, les enfants de moins de 17 ans ne peuvent être employés plus de 48 heures par semaine.

⁴⁸ *Loi concernant certains enfants immigrants*, S.Q. 1899 c. XLVII.

progressivement en compte les différences existantes entre l'adulte et l'enfant, des structures particulières commencent à émerger autour de ce dernier.

Si, telles que les caractérise Renée Joyal, ces lois sont quelque peu fébriles en matière d'intervention directe de l'État auprès des enfants⁴⁹, nous y décelons tout de même la naissance d'un mouvement protectionniste et partant, le début de la reconnaissance de la vulnérabilité particulière de l'enfant. Certes, les lois concernant les limitations du travail visent des secteurs spécifiques (les mines, les manufactures) et ne touchent des catégories de personnes (les enfants) que par des dispositions particulières. Néanmoins, ces normes ont leur importance et prennent pour acquis que dans un contexte similaire, les enfants doivent être traités différemment. Cette approche sous-tend nécessairement une différenciation préalable dans la nature même de l'enfant — il ne peut travailler dans les mines qu'à partir d'un certain âge et moyennant des aménagements (notamment au niveau du nombre d'heures travaillées). De telles limitations dévoilent la vision d'un être plus fragile et plus vulnérable face aux risques du travail dans les mines.

Les quelques lois que nous venons de citer et qui apparaissent dans cette transition de siècle soulignent d'ailleurs toutes des situations de vulnérabilité extrême : l'abandon, la maltraitance, la maladie, le travail dans les mines et l'immigration. Qu'elles soient intégralement consacrées à l'enfant ou simplement partiellement, ces normes révèlent une prise de conscience du fait que comparé à l'adulte, qui peut lui-aussi être en situation de vulnérabilité (la maladie, la maltraitance, le travail dans les mines, l'immigration), l'enfant est encore plus exposé aux risques en raison de son immaturité tant physique que psychique. Et l'État commence à s'immiscer dans cette inégalité naturelle et statutaire : afin de combler l'écart, il offre une protection supplémentaire aux enfants⁵⁰.

Au niveau juridique, c'est probablement du côté du domaine pénal et carcéral que le glissement se fait le plus manifeste à ses débuts. Le législateur fédéral adopte la première *Loi concernant les jeunes délinquants*⁵¹ dès 1908⁵². C'est tout un régime particulier de

⁴⁹ Selon l'auteure, « [l]a période de 1869-1920 est sans conteste d'une fébrilité remarquable en ce qui a trait aux interventions directes ou indirectes de l'État dans le domaine de l'enfance. » R. JOYAL, préc., note 27, p. 126.

⁵⁰ Nous reviendrons sur cette idée que le caractère vulnérable de l'enfant est source de son inégalité naturelle avec l'adulte dans le prochain chapitre, voir *infra* Partie I, chap. 2, B, 2, b.

⁵¹ *Loi sur les jeunes délinquants*, S.C. 1908, c. 40.

⁵² Nous reviendrons plus en détail sur cette loi ultérieurement, voir *infra* Partie I, chap. 3, B, 2, a.

responsabilité et de peine qui se met en place pour les enfants de moins de seize ans (réhaussé à 18 ans en 1921⁵³) et qui est justifié par le fait « qu'il n'est pas à propos que les jeunes délinquants soient classés ou traités comme les criminels ordinaires »⁵⁴. Dès lors, l'enfant en attente d'un procès ne doit pas « être détenu dans une prison de comté ou autre, ni dans aucun autre lieu où des adultes sont ou peuvent être emprisonnés ; mais il doit être gardé dans une maison de détention ou de refuge à l'usage exclusif des enfants »⁵⁵. Une fois condamné, il ne pourra pas non plus être incarcéré là où le sont les adultes⁵⁶. Ainsi, venant pour la première fois séparer entièrement le régime juridique appliqué à un adulte de celui appliqué à un enfant, cette loi fut suivie l'année d'après par la création de la Cour des jeunes délinquants à Montréal⁵⁷ qui ouvre ses portes en 1912, cristallisant de la sorte la spécification de l'organisation juridique et judiciaire dédiée aux jeunes.

La tendance du XIX^e siècle qui accentue la différence entre l'adulte et l'enfant, les particularités de ce dernier, sa plus grande fragilité et les réponses à y apporter se confirme : contrairement à l'adulte, la délinquance de l'enfant est signe de la faiblesse de son milieu et de son immaturité bien plus que d'une quelconque nature dangereuse. Cette vision de l'enfant idéalisé, dont l'acte délinquant ne peut s'expliquer que par la corruption de sa personne, se dévoile à plusieurs reprises dans la *Loi sur les jeunes délinquants* de 1908. Celle-ci considère l'enfant délinquant comme une victime de son environnement qu'il ne faut alors point punir, mais plutôt éduquer. Il doit être traité non pas comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé ayant besoin d'aide⁵⁸.

Cette législation est forte de sens et comme l'indique Jean Trépanier, « [l]a ligne de démarcation s'estompe alors entre enfants délinquants et enfants en danger. Une approche protectionnelle apparaît comme la voie à emprunter pour traiter les deux groupes. »⁵⁹. Principale cause en est l'immaturité de l'enfant qui, contrairement à l'adulte, n'est pas toujours capable d'évaluer rationnellement ses intérêts, et encore moins d'en envisager les répercussions à long

⁵³ *Loi modifiant la loi des jeunes délinquants*, S.C. 1921, c. 37.

⁵⁴ *Loi sur les jeunes délinquants*, préc., note 51, préambule.

⁵⁵ *Id.*, art. 11.

⁵⁶ *Id.*, art. 22.

⁵⁷ *Loi relative aux jeunes délinquants*, S.Q. 1910, c. 26. Cette Cour sera également mise en place dans la ville de Québec en 1940.

⁵⁸ *Loi sur les jeunes délinquants*, préc., note 51, voir en ce sens l'article 31.

⁵⁹ Jean TRÉPANIÉ, « Un regard historique sur les droits des mineurs traduits en justice », dans TARA M COLLINS (dir.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale / Ottawa 2007*, coll. Bleue. Série Ouvrages collectifs, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 15 à la page 21.

terme⁶⁰. Il faut donc en amont, sinon un suppléant, au moins un accompagnateur à la prise de décision : le parent ou à défaut, l'État ; et en aval, une possibilité d'amoindrir les conséquences de ces mauvaises décisions, tel qu'il en découle de l'irresponsabilité pénale.

Ce mouvement séparatiste des traitements des enfants par la normativisation d'une protection supplémentaire s'illustre à travers le monde occidental dans son ensemble. C'est d'ailleurs ce que met en exergue Kathleen Alaimo pour qui, entre 1870 et 1920, "children were increasingly separated from adults as childhood came to be seen as a distinctive stage of life with age-specific requirements"⁶¹. Ainsi, la mise en place d'une cour spéciale pour traiter des délinquants juvéniles qui voit le jour au Québec en 1910 est précédée par l'État de l'Illinois aux États-Unis en 1899⁶², par la Grande-Bretagne en 1908, ou encore suivie par la France en 1912. C'est bel et bien le début du premier mouvement du droit à l'égard de l'enfant : celui qui vise à le protéger en palliant ses vulnérabilités ; c'est l'amorce du siècle de l'enfant dont la majeure partie s'est consacrée à multiplier ces dispositions protectionnelles et à renforcer assidûment sa sécurité ; c'est la montée en puissance de l'effort étatique paternaliste envers les enfants.

Finalement, ces interventions étatiques concernant l'enfant dans la période transitoire du XIX^e au XX^e siècle donnèrent le ton et l'assise des actions futures qui vinrent sans cesse renforcer la spécification de la catégorie d'enfant à la lumière de sa grande vulnérabilité et des protections accrues nécessaires pour y répondre. Le XX^e siècle a en effet poursuivi cet élan protectionniste et permis d'ancrer définitivement cette approche dans les fondements des droits de l'enfant.

⁶⁰ Christina M. BELLON, « The Promise of Rights for Children: Best Interests and Evolving Capacities », dans Kathleen ALAIMO et Brian KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002, p. 103 à la page 110.

⁶¹ K. ALAIMO, préc., note 33 à la page 15.

⁶² La Cook Country Juvenile Court est considérée comme le premier tribunal spécialisé pour mineur, faisant office de modèle de référence et point de départ de nombreuses législations pour les jeunes délinquants, voir Jean ZERMATTEN, « Préface », dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, 5^E SEMINAIRE, *100 ans de justice juvénile : bilan et perspectives*, coll. Institut universitaire Kurt Bösch, n°20, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2000, p. 7 à la page 7.

b. À l'ancrage d'un domaine de protection spécifique

La période qui suit et qui s'étend des années 1920 aux années 1940 est, selon Renée Joyal, marquée par un effort de structuration. De nouveaux domaines concernant les enfants connaissent leur première réglementation, comme c'est le cas de la *Loi concernant l'adoption*⁶³, de 1924, ainsi que la loi relative à l'instruction qui prévoit des classes spéciales « pour les enfants arriérés ou qui sont incapables de profiter de l'enseignement donné dans les classes qui correspondent à leur âge ou qui, à raison de faiblesse physique ou pour autres causes exigent une attention spéciale »⁶⁴.

L'assistance aux enfants qui vivent des situations difficiles, déjà amorcée à la fin du XIX^e siècle, connaît un effort de structuration dans plusieurs villes avec la création de la Société d'adoption et de protection de l'enfance de Montréal en 1937, du bureau de placement de l'orphelin à Trois-Rivières en 1934, ou encore de la Sauvegarde de l'enfance à Québec en 1943. Il faut toutefois attendre 1944 pour qu'une loi vienne structurer dans un seul et même texte un système authentique de protection de l'enfance. Cette dernière fait suite au rapport de la Commission Garneau alors chargée de « faire enquête publique sur les problèmes des garderies et de la protection de l'enfance en général »⁶⁵.

Ce rapport recommandait la centralisation et la structuration des services de protection de l'enfance au Québec afin de pallier « l'existence de juridictions nombreuses, parfois concurrentes, dans l'administration d'une législation sociale abondante »⁶⁶ et « les déficiences et l'éparpillement de nos lois »⁶⁷. Pour ce faire, la Commission envisageait la création de deux ressources centrales : le Département du Bien-être social et la *Loi de la protection de l'enfance*, dans laquelle seraient notamment institués un Conseil supérieur de protection de l'enfance et un Directeur de la protection de l'enfance⁶⁸. Bien qu'elle ne soit jamais entrée en vigueur⁶⁹, la

⁶³ *Loi concernant l'adoption*, S.Q. 1923-1924, c. 75.

⁶⁴ *Loi concernant l'établissement de classes spéciales pour l'instruction de certains enfants*, S.Q. 1929, c. 45, art. 2.

⁶⁵ COMMISSION D'ASSURANCE-MALADIE DE QUÉBEC, *Premier rapport de la Commission d'assurance-maladie de Québec sur le problème des garderies et de la protection de l'enfance*, 1944, p. 9.

⁶⁶ *Id.*, p. 12.

⁶⁷ *Id.*, p. 14.

⁶⁸ La Commission a d'ailleurs soumis un avant projet de loi dans son rapport, *Id.*, p. 20 à 41.

⁶⁹ Si cette loi, ainsi que la Loi instituant les cours familiales (S.Q. 1944, c. 10.) et la Loi instituant le Département du bien-être social (S.Q. 1944, c. 32.), furent votées et sanctionnées, elles n'entrèrent jamais en vigueur en raison des changements gouvernementaux ultérieurs. Pour en savoir plus sur ces raisons, on lira O. D'AMOURS, préc., note 35, 398, 399.

*Loi concernant la protection de l'enfance*⁷⁰, rédigée en réponse à ce rapport, constitue l'ancêtre véritable de notre loi actuelle en la matière. Cette loi organisait l'intervention étatique auprès des jeunes de moins de 16 ans considérés comme « négligés ». L'article 26 de cette loi établissait treize situations dans lesquelles cette situation de négligence pouvait advenir : on visait par exemple, les enfants mendiants (a), ceux qui vivent avec ou fréquentent un voleur, un ivrogne, un vagabond, un débauché (c), l'enfant qui, à raison de la négligence, de la cruauté ou de l'ivrognerie ou des habitudes vicieuses de ses parents, de son gardien ou de la personne chez qui il réside, est élevé sans éducation et sans aucun contrôle salubre, ou dans des circonstances qui l'exposent à mener une vie de paresse et de désordre (d), l'enfant abandonné (f) ou orphelin (h). En outre, elle mettait en place certains organismes d'assistance et créait le poste de Directeur de la protection de l'enfance, en charge de coordonner l'ensemble de l'intervention. Elle organisait et délimitait par ailleurs les pouvoirs judiciaires. La structuration du système de protection de la jeunesse, les finalités et les modalités que cette loi établissait s'avèrent sur bien des points très similaires à notre actuelle *Loi sur la protection de la jeunesse*. À notre sens, le Directeur de la protection de l'enfance et le Conseil supérieur de la protection de l'enfance que la loi créait en 1944, constituaient les aïeux de nos structures actuelles du Directeur de la protection de la jeunesse et de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. C'est aussi dans ce texte qu'apparaît, bien que discrètement, le fameux concept de l'intérêt de l'enfant⁷¹, qui constitue la pierre angulaire de notre système actuel. Bien que cette loi se perdit dans les changements politiques suivants, son influence pour la suite est donc cruciale. Deux ans plus tard, en 1946, la création du ministère du bien-être social et de la jeunesse vient entre autres consolider les rapports entre l'État et les enfants.

C'est ensuite en 1950 que l'État reprend l'initiative de 1944 et adopte une nouvelle loi sur la protection de la jeunesse. La *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*⁷² tente à nouveau d'organiser l'intervention de l'État auprès des enfants « en danger physique ou moral » et attribue à la Cour de bien-être social⁷³, créée dans le même élan, le rôle de décider de ces situations. Fusionnant les écoles de réforme et les écoles d'industrie au sein des écoles de protection de la jeunesse, le squelette de la protection de la jeunesse qui perdure encore

⁷⁰ *Loi concernant la protection de l'enfance*, S.Q. 1944, ch. 33.

⁷¹ Concept sur lequel nous reviendrons longuement plus tard, voir *infra* Partie III, chap.1.

⁷² *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*, S.Q. 1950, ch. 11; Cette loi connaît des modifications importantes apportées l'année suivante par la *Loi modifiant la Loi des écoles de protection de la jeunesse*, S.Q. 1951 c.56.

⁷³ *Loi instituant la Cour de bien-être social*, S.Q. 1950 c.10.

aujourd'hui est soudé. L'État, via le ministre du Bien-être social et de la Jeunesse, devient responsable de la protection de tout enfant de plus de six ans et de moins de dix-huit ans qui est « particulièrement exposé à des dangers moraux ou physiques, en raison de son milieu ou d'autres circonstances spéciales, et a besoin, pour ces raisons, d'être protégé »⁷⁴. Lorsque le juge confirme la dangerosité de la situation, il peut ordonner le placement de l'enfant dans une école de protection de la jeunesse si le plus grand bien de l'enfant requiert ce placement⁷⁵. Par le biais d'une modification apportée l'année suivante, les pouvoirs du juge sont élargis : il peut à présent « laisser l'enfant en liberté surveillée, le confier à toute personne, agence sociale, société, institution, recommander son placement dans une école, ou prendre toute autre décision dans le meilleur intérêt de l'enfant »⁷⁶. Cette loi, renommée *Loi de protection de la jeunesse* en 1960⁷⁷, est le premier instrument normatif québécois autant élaboré et entièrement dédié aux enfants. L'amendement de 1960 vient également énoncer certaines situations dans lesquelles l'enfant sera considéré comme « particulièrement exposé à des dangers moraux ou physiques », sans pour autant restreindre la portée générale de ces situations. La loi vise alors :

[I]es enfants dont les parents, tuteurs ou gardiens sont jugés indignes, les orphelins de père et de mère dont personne ne prend soin, les enfants illégitimes ou adultérins abandonnés, ceux que leur milieu expose particulièrement à la délinquance, les enfants incontrôlables qui accusent généralement des traits de pré-délinquance, ainsi que ceux qui présentent des troubles caractériels sérieux.⁷⁸

La suite du texte permet au juge, à n'importe quel moment de l'audience, de prendre toute mesure qu'il estime nécessaire ou encore toute décision dans l'intérêt de l'enfant. Le pouvoir ainsi accordé au juge grandit et, contrairement au texte original, il ne s'agit plus seulement de placer les enfants en danger dans les écoles, mais également d'agir de toute manière en vue de protéger l'enfant. Ce faisant, des mesures moins intrusives peuvent être prises et permettent *in fine* de prendre en charge la situation des enfants que l'on considère en danger, mais pas suffisamment pour les retirer de leur famille.

Suivant la volonté de protéger l'enfance en danger, on voit peu à peu émerger un système plus abouti, dont les contours s'élargissent tout autant qu'ils se complexifient. Aboutissement des nombreuses touches législatives s'étant succédé dans la première moitié du siècle dernier, le système de protection de la jeunesse est le révélateur ultime de la considération

⁷⁴ *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*, S.Q. 1950, c. 11, art. 15.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Loi modifiant la Loi des écoles de protection de la jeunesse*, préc., note 72, art. 5 (modifiant l'art. 15).

⁷⁷ *Loi concernant la protection de la jeunesse*, S.Q. 1960 c. 42.

⁷⁸ *Id.*, art. 15, al. 2.

de la vulnérabilité de l'enfant. Les normes étatiques visant à protéger l'enfant, particulièrement lorsque sa famille échoue à le faire, reflète l'aboutissement d'un important changement social : l'enfant n'est plus l'affaire privée de ses parents, son bien-être est une affaire d'État qui s'octroie le pouvoir d'intervenir dans cette sphère privée en cas de besoin.

C'est cette même idée qui ressort en 1974 alors que de nouvelles modifications majeures sont apportées par l'adoption de la *Loi concernant la protection des enfants soumis à de mauvais traitements*⁷⁹. Par cet amendement, une nouvelle section est insérée dans la loi afin de prendre en charge spécifiquement les enfants maltraités. Dans le même élan, la loi crée le Comité de la protection de la jeunesse qui vise à « favoriser la protection des enfants soumis à des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence, de prévenir ces excès et ces négligences et de préserver, dans la mesure du possible, la vie familiale de l'enfant »⁸⁰. À l'image de l'actuel Directeur de la protection de la jeunesse, le Comité reçoit les signalements⁸¹, recueille les informations⁸² puis décide de fermer le dossier, de formuler des recommandations ou de saisir la Cour⁸³. Point culminant du glissement de la protection de l'enfance depuis la sphère privée familiale vers la prise en charge institutionnelle, l'article 14 j) de cette loi instaure une obligation de signaler. Selon cette dernière, « [t]oute personne, même liée par le secret professionnel, qui a des motifs raisonnables de croire qu'un enfant est soumis à des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence est tenue de signaler sans délai la situation au Comité ». Finalement, que ce soit dans les mécanismes qu'elle met en place ou dans l'entendement social qui sous-tend ses dispositions, la *Loi concernant la protection de la jeunesse*, telle que modifiée en 1974 s'apparente indéniablement à notre législation en vigueur. C'est en ce sens la version la plus proche, tant dans le temps que dans la substance, de notre *Loi sur la protection de la jeunesse* qui sera d'ailleurs adoptée trois ans plus tard.

La concrétisation des efforts juridiques pour affirmer et structurer les droits de l'enfant, après plusieurs tentatives échouées⁸⁴, se cristallise définitivement il y a 40 ans, avec l'entrée en

⁷⁹ *Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements*, L.Q. 1974, c. 59.

⁸⁰ *Id.*, art. 14 b.

⁸¹ *Id.*, art. 14 j.

⁸² *Id.*, art. 14 g.

⁸³ *Id.*, art. 14 n.

⁸⁴ Notons par exemple le Projet de loi 65 de 1972, ainsi que l'Avant-Projet de loi du 26 juin 1975, qui furent tous deux abandonnés durant le processus d'adoption finale.

vigueur de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁸⁵. Celle-ci est grandement dynamisée par le rapport déposé en 1975 du Comité sur la réadaptation des enfants et des adolescents placés en centre d'accueil, présidé par Manuel G. Batshaw. Ce rapport critique virulemment le système de protection de l'enfance, principalement le fonctionnement des centres jeunesse et lance un véritable cri du cœur afin que l'État se penche sérieusement sur la question⁸⁶. Première marque de grandeur, la L.P.J. est adoptée à l'unanimité des membres de l'Assemblée nationale. Nous reviendrons sur le contenu de cette loi, ses évolutions et les échos retentissants qu'elle a pu déclencher tout au long de notre thèse. Notons simplement ici que cette loi est qualifiée d'avant-gardiste sur bon nombre de points, en tête desquels se trouve la vision revisitée des droits de l'enfant : d'après ses commentateurs, elle est l'une des premières lois à reconnaître l'enfant comme un véritable sujet de droit et partant, à lui attribuer directement un certain nombre de droits, en plaçant le respect de ceux-ci comme primordial dans l'application de l'ensemble du texte.

Après avoir retracé l'évolution historique des droits de l'enfant à l'échelle québécoise, nous proposons à présent de nous intéresser aux normes internationales. Nous verrons que celles-ci, plus tardives, bien souvent pour des raisons logistiques et matérielles bien plus qu'idéologiques, suivirent le même élan global, d'abord et avant tout en affermissant une volonté protectionniste.

2. Depuis le XX^e siècle à l'international

La prise de conscience de la nécessité de protéger l'enfant dans la première moitié du XX^e siècle se retrouve à l'échelle internationale, où s'opère le même phénomène de multiplication des normes protectionnistes. Ces normes s'inscrivent plus généralement dans le cadre des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits des personnes qui datent, pour la plupart, du XX^e siècle. Ceux-ci étaient inspirés par la décontenance post-traumatique causée par les deux guerres mondiales. La structuration des organisations internationales en témoigne avec la création de la Société Des Nations (ci-après SDN) en 1919 et de l'Organisation

⁸⁵ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41.

⁸⁶ SOUS-COMITE SUR LA REVISION DU MANUEL DE REFERENCE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, SOUS LA RESPONSABILITE DU MINISTERE DE LA SANTE ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 30, p. 266.

des Nations-Unies (ci-après ONU) en 1945. De la même manière, les normes relatives à l'enfant, et principalement à sa protection dans la première moitié du XX^e siècle, se construisent dans une sorte de réponse émotive aux fléaux de souffrance et de précarité touchant les enfants⁸⁷. À la suite de la Première Guerre mondiale, des milliers d'enfants se retrouvent orphelins. Victimes directes ou indirectes de la Première Guerre mondiale, ils sont particulièrement affectés par la famine qui sévit dans les pays vaincus. Activiste engagée auprès des enfants, qu'ils soient du camp ennemi ou allié, c'est la Britannique Eglantyne Jebb qui est à l'origine de la première organisation internationale : l'Union internationale de secours aux enfants, créée en 1920 pour secourir les enfants victimes de la guerre. Très avant-gardiste sur la communauté de pensée relative aux enfants, Mme Jebb poursuit son travail avec la rédaction du tout premier texte international des droits humains référant exclusivement aux enfants : la *Déclaration sur les droits de l'enfant*, célèbre sous le nom de Déclaration de Genève. Cette dernière est adoptée par la Société des Nations en 1924. Il s'agit d'un texte très court, à portée simplement déclaratoire (sans force contraignante), mais qui dissimule une valeur symbolique sans précédent : « l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur »⁸⁸. S'en suivent cinq articles accordant le droit des enfants à un développement normal, aux soins divers (médicaux, nutritifs, etc.), au secours prioritaire, à une bonne qualité de vie et à la protection contre l'exploitation. La formulation est sans équivoque, ce texte impose des devoirs aux personnes entourant l'enfant, mais place ce dernier dans une position exhaustivement passive. Les cinq articles partagent une seule et même formule de départ : « l'enfant doit être... », en mesure de se développer normalement, nourri, soigné et recueilli, le premier à être secouru, protégé contre l'exploitation, élevé au mieux, etc. Cette formulation traduit une passivité parfaite de l'enfant : il n'est pas, il ne doit pas *faire*, il *doit être* [...]. L'action est requise de la part de ceux qui l'entourent, eux doivent *faire en sorte* que l'enfant *soit*. Si l'enfant est visé par le texte, c'est donc en considération de ce qui lui est dû⁸⁹, en tant que bénéficiaire des obligations imposées dont il dépend, mais ne maîtrise en rien le respect. C'est aussi ce que souligne Cynthia Price Cohen selon qui : « [t]hey were not rights to "do" or to "act"

⁸⁷ Michael Freeman soutient en ce sens que : « [t]he principles [Of Geneva Convention 1924], the fifth above all, reflected the aftermath of an imperialist war. » Michael D. A. FREEMAN, *The moral status of children: essays on the rights of the child*, The Hague, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 49.

⁸⁸ *Déclaration de Genève*, préambule.

⁸⁹ Alain. RENAULT, préc., note 8, p. 384.

independently as individuals; instead they were rights to "receive" in the form of things that should be done for and to the child - or what some governments refer to as "entitlements". »⁹⁰

Emblématique symbole de la volonté de protéger les enfants et de la responsabilité des adultes correspondante, ce texte édifie le tremplin de l'action internationale en faveur des jeunes : à partir de son adoption, les efforts institutionnels pour renforcer cette protection se multiplient. Il constitue finalement le premier texte international consécuteur de l'approche exclusivement protectionnelle qui régnait dans la première moitié du siècle dernier : l'enfant est un objet, innocent et vulnérable, que chacun — l'humanité — doit s'efforcer de protéger.

De la même manière que la Première Guerre mondiale avait convergé vers la création de la Société des Nations, l'organisation des Nations-Unies voit le jour en 1945, immédiatement après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Révélatrice de l'importance qu'a acquiert la protection des enfants, l'une des premières actions de l'ONU fut de créer, en 1946, le Fonds d'urgence international des Nations Unies pour l'enfance (ci-après UNICEF). Ce dernier visait initialement à coordonner l'action internationale en faveur des enfants. À partir de 1953, il devient un organe permanent des Nations-Unies, voyant de la sorte son mandat dépasser le cadre du secours post-guerre.

La lutte en faveur des droits de l'enfant se poursuit au sein des Nations-Unies avec l'adoption, en 1959, d'une nouvelle *Déclaration des droits de l'enfant*⁹¹. Celle-ci s'inscrit parmi une longue série d'instruments internationaux relatifs aux droits humains⁹² qui seront adoptés tout au long de la seconde moitié du XX^e siècle⁹³. La Déclaration contient le double des principes de la *Déclaration de Genève* et justifie, dès son préambule, la raison d'un texte entièrement dédié aux enfants : « en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, il [l'enfant] a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance ». L'affirmation est manifeste et rappelle

⁹⁰ Cynthia PRICE COHEN, « United Nations Convention on the Rights of the Child: Developing International Norms to Create a New World for Children », dans Kathleen ALAIMO et Brian KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002, p. 49 à la page 50.

⁹¹ NATIONS UNIES, *Déclaration des droits de l'enfant*, (1959) A/RES/1386 (XIV).

⁹² De manière non exhaustive, on peut notamment penser à la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948), à la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de l'Europe* (1950), à la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (1965), aux Pactes internationaux de 1966 (*Pacte relatif aux droits civils et politiques* et *Pacte relatif aux droits sociaux, économiques et culturels*), à la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* (1969) ou encore à la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (1981).

⁹³ Gertrud LENZER, « Children's Studies and the Human Rights of Children: Toward a Unified Approach », dans Kathleen ALAIMO et Brian KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002, p. 207 aux pages 216, 217.

la conception décelée dans la législation québécoise : l'enfant est, par nature, plus faible que l'adulte. Il est donc plus vulnérable et mérite une protection juridique particulière et renforcée. Cette protection est plus détaillée que celle accordée en 1924 et se décline en dix principes, tels que la non-discrimination, les droits identitaires, la sécurité sociale, les soins, l'éducation ou encore la protection contre l'exploitation, la négligence et la cruauté. Rejoignons à nouveau les explications de Cynthia Price Cohen selon qui, « the 1959 U.N. Declaration used language that reflected the then-prevailing worldview of children as "objects" in need of "services". In other words, notwithstanding the word "rights" in its title, the 1959 Declaration was essentially a "child-caring" instrument »⁹⁴. Bien que là encore, le texte international ne contienne aucune force contraignante, il représente le symbole international le plus abouti des droits de l'enfant dans sa dimension paternaliste. Le philosophe Alain Renaut souligne lui aussi cette vision passive de l'enfant prévalant dans la déclaration :

les droits proclamés en 1959 sont des « droits à ... », aucun n'est un « droit de ... » : [...] les enfants sont en fait considérés ici comme possédant des droits à obtenir ce qui est dû à leur enfance, mais non point des droits d'accomplir ce qu'ils aspirent à faire dans tel ou tel espace d'action. En reprenant une terminologie devenue courante dans la réflexion sur les droits de l'homme, il faut convenir par conséquent que se sont proprement des droits-créances que les enfants (ou leurs ayants droit) peuvent faire valoir auprès des différents pouvoirs (familiaux, scolaires, politiques) auxquels, directement ou indirectement, ils ont affaire, non des droits-libertés qui pourraient venir limiter l'action exercée sur eux par ces divers pouvoirs.⁹⁵

L'attention de la communauté internationale se renforce dans la seconde moitié du XX^e siècle et les Nations-Unies proclament l'année 1979 « Année internationale de l'enfant » par une résolution adoptée à l'Assemblée générale en 1976⁹⁶. Cette année visait en outre à « rendre les responsables des décisions et le public davantage conscients des besoins particuliers des enfants »⁹⁷. C'est dans le cadre de cette année internationale de l'enfant qu'émerge l'idée d'un texte international contraignant relatif aux droits de l'enfant⁹⁸. Un groupe de travail est constitué et après 10 années de longues discussions et négociations, la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* est adoptée par consensus à l'Assemblée générale des Nations-Unies le 20 novembre 1989⁹⁹. Elle entre en vigueur l'année suivante et connaît un succès sans

⁹⁴ C. PRICE COHEN, préc., note 90 à la page 51.

⁹⁵ Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 388.

⁹⁶ NATIONS-UNIES, *Année internationale de l'enfant*, (1976) A/RES/31/169.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ La délégation polonaise est la première à soumettre un projet de texte au groupe de travail dès le 5 octobre 1979, E/CN.4/1349.

⁹⁹ NATIONS UNIES, *Convention relative aux droits de l'enfant*, Résolution AG 44/25, 1577 R.T.N.U. 61 entrée en vigueur le 2 septembre 1990 (1989).

précédent : elle est ratifiée quasiment à l'unanimité (aujourd'hui, seuls les États-Unis ne se sont pas liés à ce texte)¹⁰⁰, un évènement historique dans l'histoire des textes internationaux relatifs au droit des personnes. Les commentaires sont nombreux et abondent d'éloges quant à son apport symbolique, mais aussi concret, pour les droits des enfants. Le Canada a ratifié cette Convention en 1991¹⁰¹ et le Québec s'est déclaré lié par ce texte la même année¹⁰². Néanmoins, en l'absence de loi de mise en œuvre de la Convention, celle-ci ne peut être utilisée qu'à des fins interprétatives par les tribunaux, tel que l'a affirmé la Cour suprême en 1998¹⁰³.

Finalement, à deux échelles différentes et à une décennie d'écart, les deux textes auxquels aboutit notre survol historique — la *Loi sur la protection de la jeunesse* et la *Convention relative aux droits de l'enfant* — sont unanimement ovationnés tant par les décideurs politiques que par les juristes. Ils signent à la fois l'aboutissement d'une lente et laborieuse évolution normative au regard de l'enfant, et marquent l'entrée dans une ère inédite, dans laquelle l'approche juridique de l'enfant connaît un tout nouvel élan. En effet, ces deux textes, en plus de souligner comme leurs prédécesseurs la vulnérabilité accrue des enfants et la nécessité de les protéger en conséquence, laissent place à une seconde approche juridique de l'enfant. Cette dernière reconnaît en l'enfant un sujet de droit à part entière à qui l'on doit octroyer certaines libertés afin qu'il devienne un être véritablement actif de ses droits. Le double visage de l'enfant, ainsi que de l'approche normative correspondante, apparaît dès lors aux confins des droits de l'enfant.

¹⁰⁰ Il nous faut néanmoins nuancer cette apparente universalité par le grand nombre de réserves émises par les différents pays ainsi que les déclarations interprétatives qui tempèrent indéniablement l'adhésion universelle.

¹⁰¹ Le Canada a émis deux réserves au sujet de l'application de la Convention : l'une concernant l'article 21 relatif à l'adoption afin d'éviter un conflit avec les formes de garde coutumière des peuples autochtones et l'une relative à l'article 37 c. d'après laquelle le Canada se réserve le droit de ne pas séparer les enfants privés de liberté des adultes si cela s'avère impossible ou inapproprié.

¹⁰² D 1676-91, (1992) 124 GOQ 11, 51 (9 septembre 1991).

¹⁰³ Selon la Cour suprême, les dispositions contenues dans les conventions et les traités internationaux n'ont pas d'application directe au Canada à moins d'être rendues applicables par la loi. Néanmoins, les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne, en l'espèce dans la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, peut être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 (CSC).

C. Un enfant grandissant – La reconnaissance d’un acteur juridique

Malgré une universalité sans évidence¹⁰⁴, la *Convention internationale relative aux droits de l’enfant* conquiert de nombreux records. Tel que le rappellent Cynthia Price Cohen¹⁰⁵ et Joan M. Smith¹⁰⁶, à l’échelle de l’ensemble des traités internationaux relatifs aux droits humains adoptés jusqu’alors, ce texte est 1) celui qui acquiert le plus grand nombre de signatures lors de son ouverture, 2) celui qui obtint le plus rapidement le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur, et 3) celui qui atteint le plus grand nombre de ratifications dès 1997. Les commentaires relatifs à ce texte affluèrent profusément dans des perspectives et objectifs nombreux et divers. Néanmoins, c’est l’unanimité qui s’accorde pour reconnaître à ce texte une approche inédite de l’enfant : l’acceptation de l’enfant en tant que sujet de droit¹⁰⁷, toujours titulaire des droits-protection reconnus jusqu’alors, mais qui sont nouvellement adjoints à des droits-liberté. Évolution prodigieuse, innovation incontestable, « ce traité est le premier à proclamer formellement des droits subjectifs au profit des enfants, ainsi expressément pris en compte en droit international contraignant »¹⁰⁸.

Le contenu de la *Convention relative aux droits de l’enfant* s’étend sur 54 articles divisés en trois parties : la première partie est consacrée aux droits directement reconnus aux enfants ; la seconde aux mécanismes de garantie ; la troisième étant constituée des dispositions finales classiques (ouverture à la signature, à l’adhésion, entrée en vigueur, réserves, etc.).

Si le premier article vient clarifier ce qu’il faut entendre par « enfant »¹⁰⁹, les articles suivants énoncent les principes clefs qui devront guider l’interprétation du texte dans son

¹⁰⁴ Tel que Jacques Commaille le laisse entendre dans le titre de son chapitre, « Les droits de l’enfant : une universalité sans évidence », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Frank RAINER (dir.), *L’enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996, p. 13.

¹⁰⁵ C. PRICE COHEN, préc., note 90 à la page 53.

¹⁰⁶ J. M. SMITH, préc., note 15 à la page 151.

¹⁰⁷ Nous traiterons de cette question relative à l’enfant sujet de droit plus loin, voir *infra* Partie I, chap. 2, B, 3.

¹⁰⁸ Noëlle MOUTOUT, *L’enfant sujet de droit international*, Mémoire : droit international public, Aix-Marseille 3, 1997, p. 61, notons néanmoins que la force contraignante de la Convention est toute relative en l’absence de perspective punitive prévoyant des sanctions et l’obligation de moyens est facilement neutralisée en fonction des ressources dont disposent les États-membres.

¹⁰⁹ *Convention relative aux droits de l’enfant*, préc., note 99, art. 1 : « [a]u sens de la présente Convention, un enfant s’entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». L’absence de critère précis permettant de déterminer quand l’enfance commence reflète bien l’« universalité sans évidence » dont nous parlions plus tôt : les trop grandes divergences d’opinion sur ce sujet ont voué à l’échec un accord entre les pays sur ce critère. La Convention reste alors vague sur la question de savoir à partir de quand peut-on parler d’enfant. Nous avons là un exemple parfait du contre-coup de l’universalité : il faut faire des compromis pour satisfaire le plus grand nombre, on gagne en ratification ce que l’on perd en précision.

ensemble, tels que le principe de non-discrimination (article 2) ou encore la prééminence de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3). Dans la finalité qui est la nôtre (découvrir les « nouveaux droits de l'enfant »), nous séparerons les droits que proclame ensuite la Convention en deux catégories : les droits-protection et les droits-liberté¹¹⁰, selon que les dispositions visent à protéger l'enfant ou à lui reconnaître des libertés. Déjà conquis par les textes juridiques antérieurs, le premier type de normativité n'est pas nouveau. En revanche, c'est la seconde catégorie de droits reconnue par la convention, et surtout la vision qu'elle transmet de l'enfant, qui se fait bien plus innovante¹¹¹ et justifie en ce sens que l'on s'y arrête ici.

Reprenons pour commencer nos deux ensembles de droits-protection et droits-liberté afin de mieux saisir, à travers le contenu de la Convention, ce qui les distingue. Parmi le premier ensemble, on retrouve naturellement les interdictions ou obligations négatives d'attenter d'une manière ou d'une autre à l'enfant. Ce sont des droits qui visent à protéger l'enfant en prohibant certains comportements ou pratiques à son égard : toutes formes de violence¹¹², les pratiques traditionnelles préjudiciables à sa santé¹¹³, son exploitation économique et sa mise au travail prématurée¹¹⁴, les stupéfiants¹¹⁵, l'exploitation sexuelle¹¹⁶ ou encore l'enlèvement, la vente et la traite des enfants¹¹⁷. Au sein de cette première catégorie de droits et au surplus des *obligations de ne pas faire*, se trouvent des *obligations de faire* au bénéfice des enfants. En ce sens, pour garantir la protection de l'enfant, un certain nombre de services et de soutiens doivent lui être prodigués par d'autres. La Convention embrasse cette idée notamment par le biais de la reconnaissance du droit à un niveau de vie suffisant¹¹⁸, du droit de jouir du meilleur état de santé possible¹¹⁹, du droit de bénéficier de la sécurité sociale¹²⁰, du droit à l'éducation¹²¹, ainsi

¹¹⁰ Parmi les auteurs qui usent de cette double catégorisation, on retrouve entre autres Alain Renaut « L'enfant à l'épreuve de ses droits », dans François de SINGLY (dir.), *Enfants-adultes : vers une égalité de statuts ?*, coll. Tour du sujet, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2004, p. 63 à la page 71; Pierre Verdier dans « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », (2009) 43-2; ou encore Barbara Woodhouse qui utilise les dénominatifs anglais de « needs-based rights » et « dignity-based rights » dans « Re-Visioning Rights for Children », dans Peter B. PUFALL et Richard P. UNSWORTH (dir.), *Rethinking childhood*, coll. Rutgers series in childhood studies, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 2004, p. 170 à la page 170.

¹¹¹ K. ALAIMO, préc., note 33 à la page 3.

¹¹² *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 99, art. 19.

¹¹³ *Id.*, art. 23-1.

¹¹⁴ *Id.*, art. 32.

¹¹⁵ *Id.*, art. 33.

¹¹⁶ *Id.*, art. 34.

¹¹⁷ *Id.*, art. 35.

¹¹⁸ *Id.*, art. 27.

¹¹⁹ *Id.*, art. 24.

¹²⁰ *Id.*, art. 26.

¹²¹ *Id.*, art. 28.

que du droit au repos et aux loisirs¹²². En définitive, l'ensemble de ces droits s'inscrit dans la reconnaissance de l'enfant en tant que bénéficiaire d'une protection spéciale. C'est la réaffirmation d'une vision dont les traces furent semées tout au long du XX^e siècle et qui se trouvait déjà dans les textes internationaux précédents. Ces droits-protection visent indéniablement l'enfant, mais le laissent dans une position passive. Ce sont d'autres qui sont soumis à des obligations, positives et négatives, justifiant de la sorte que certains qualifient ces droits de « droits-créances »¹²³.

La seconde catégorie de droits mérite que l'on s'y arrête plus longuement. Les droits-liberté octroient à l'enfant la capacité d'effectuer de réelles actions positives. Contrairement au premier type de droits qui le laissaient dans une certaine passivité, ceux-ci le positionnent en véritable acteur. On y retrouve, en tête de liste, le droit de participer aux décisions qui le concernent et d'être entendu¹²⁴, suivi de l'octroi de diverses libertés, telle la liberté d'expression¹²⁵, de pensée, de conscience et de religion¹²⁶ ou encore d'association et de réunion pacifique¹²⁷. L'article 12 sur la participation du jeune est certainement l'un des plus commentés de la Convention¹²⁸. Le Comité des droits de l'enfant a d'ailleurs publié une observation générale pour guider les décideurs dans l'application de cet article¹²⁹. L'article 12 se lit comme suit :

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

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

Gage de son importance, le Comité des droits de l'enfant reconnaît à l'article 12 « une valeur fondamentale » et le place parmi les 4 principes généraux de la Convention, aux côtés du droit à la non-discrimination, du droit à la vie et au développement, et de la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il doit donc « être pris en compte dans l'interprétation et

¹²² *Id.*, art. 31.

¹²³ Alain. RENAUT, préc., note 4, p. 394 ; Dominique YOUNG, *Penser les droits de l'enfant*, coll. Questions d'éthique, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 31.

¹²⁴ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 99, art. 12.

¹²⁵ *Id.*, art. 13.

¹²⁶ *Id.*, art. 14.

¹²⁷ *Id.*, art. 15.

¹²⁸ Nous reviendrons longuement sur ce droit à la participation, voir *infra* Partie III, chap. 2.

¹²⁹ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, (2009) CRC/C/GC/12.

l'application de tous les autres droits »¹³⁰. Bien que le poids accordé à son opinion soit atténué en fonction de son âge et de son degré de maturité, cet article garantit formellement à l'enfant le droit d'exprimer son opinion et d'être entendu sur les questions qui le concernent.

Enfin, dans le cadre du droit international, notons également l'adoption en 2011 du *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*¹³¹. Ce protocole met en place une procédure de communication individuelle auprès du Comité des droits de l'enfant. Il crée ainsi la possibilité de rapporter au Comité une violation des droits des enfants garantis par la Convention ou l'un de ses protocoles facultatifs. Cette ressource étant offerte aux « particuliers ou des groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie », il semblerait que les enfants eux-mêmes puissent en user. Notons toutefois que certaines conditions formelles viennent considérablement limiter le recours à ce processus¹³², en plus de la faible ratification du protocole par les États¹³³ et du manque de connaissance de son existence par les enfants¹³⁴. L'apport demeure néanmoins essentiel dans la mesure où la *Convention relative aux droits de l'enfant* constituait jusqu'alors le seul instrument international contraignant sur les droits de la personne qui ne possédait pas de procédure de communication individuelle.

Dans le cadre québécois, on distingue des dispositions similaires quant à la reconnaissance du droit de l'enfant à la participation, tant dans le *Code civil du Québec*, que dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Parmi elles, soulignons entre autres le droit de l'enfant d'être entendu devant le tribunal¹³⁵, la participation active de l'enfant à la prise de

¹³⁰ *Id.*, p. 4.

¹³¹ NATIONS UNIES, *Protocole facultatif à la Convention des Droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, A/RES/66/138 entrée en vigueur le 14 avril 2014 (2011).

¹³² Par exemple, tous les recours internes disponibles doivent avoir été épuisés (art. 7.5), la communication doit être déposée l'année suivante l'épuisement des recours interne (art. 7.8), les faits qui font l'objet de la communication doivent être postérieurs à la date d'entrée en vigueur du protocole (art. 7.7), la question ne doit pas déjà avoir été examinée par le Comité (art. 7.4).

¹³³ En septembre 2019, seuls 46 États avaient ratifié ce protocole, excluant le Canada. Données disponibles sur le site du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/OHCHR_Map_CRC-OP-IC.pdf.

¹³⁴ Nous reviendrons plus longuement sur l'importance d'informer les enfants sur leurs droits, voir *infra* Partie III, chap. 2, A, 5.

¹³⁵ *Code civil du Québec*, RLRQ c CCQ-1991, art. 34 ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 35, art. 6.

décision en protection de la jeunesse¹³⁶, ou encore le droit de consentir ou de s'opposer à certaines mesures¹³⁷.

L'ensemble de ces normes accordant à l'enfant un droit de participer aux décisions qui le concernent témoigne d'un glissement dont les illustrations sont nombreuses et sur lesquelles nous reviendrons tout au long de cette thèse. Quelle que soit la déclinaison retenue, il s'agit pour le moment de réaliser que l'enfant est bien devenu un acteur à part entière de la scène juridique. Il y dispose d'un droit de parole et d'un droit d'influer directement sur son avenir. Ce statut nouveau de l'enfant révèle indéniablement un glissement dans la représentation juridique qui, rappelons-le, envisageait jusqu'alors l'enfant comme un être totalement passif qu'il convenait de protéger en imposant des obligations à d'autres. L'enfant est à présent « pris au sérieux par le droit »¹³⁸, et même s'il demeure un être vulnérable, il est aussi un être grandissant qui acquiert progressivement l'autonomie à laquelle s'arrime la liberté de faire et de choisir.

La coprésence des droits-protection et des droits-liberté dans les textes internationaux et québécois augure manifestement d'un double mandat du droit envers l'enfant : l'enfant doit être protégé en reconnaissance de sa vulnérabilité et l'enfant doit pouvoir prendre librement part aux décisions qui le concernent en reconnaissance de son autonomisation. Dans un texte juridique, il est relativement simple d'affirmer ces deux dimensions des droits de l'enfant. Il suffit alors de ne point mélanger les deux en consacrant les principes dans des articles séparés. Néanmoins, la présence concomitante de ces deux types de droits ne peut être aussi simplement séparée dans la pratique. Certains contextes font appel à la fois à la protection de l'enfant et à sa participation. Qu'en est-il alors si ces deux principes ne vont pas dans la même direction ? Si le respect de l'un entraîne la violation de l'autre ? Ce conflit éventuel marque les droits de l'enfant d'une tension permanente qui s'affirme tant dans la philosophie générale de ce champ juridique que dans son application concrète. Elle constitue la trame sous-jacente à tous les domaines touchant le droit et l'enfant. C'est d'ailleurs sur le constat de cette tension que s'est bâtie la réflexion de notre thèse. Partant, cette tension constitue le cœur des réflexions qui

¹³⁶ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 2. 3. b.

¹³⁷ *Id.*, voir, par exemple, les art. 45.2, 47, 47.2, 52.1, 53 et 72,5; *Code civil du Québec*, préc., note 121, voir, par exemple, les art. 14 et 17 dans le cadre du consentement aux soins.

¹³⁸ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 2.

suiront et suppose dès lors que nous nous y arrêtons plus longuement dans le dernier chapitre de cette première partie.

Avant toutefois d'y parvenir, et afin de mieux comprendre les deux approches relatives aux droits de l'enfant — protection ou liberté —, il nous faut revenir sur les fondements qui ont permis aux deux conceptions de l'enfant et du droit de se développer. Nous proposons donc de les envisager dans le prochain chapitre. L'analyse de ces fondements nous permettra de remonter les traces du double visage actuel des droits de l'enfant que nous décèlerons tant dans les fondements philosophiques, que juridiques ou encore théoriques des droits de l'enfant.

Chapitre 2. À la recherche des fondements des droits de l'enfant

Les écrits contemporains qui tentent de proposer une théorie générale des droits de l'enfant partagent une même quête primaire : celle d'une justification de l'intérêt que le droit porte à l'enfant. Pourquoi l'enfant est-il source de droits ? Pourquoi est-il objet, sinon sujet, de droit ? Que vise le droit en régulant le monde de l'enfance ? D'aucuns n'apercevront dans le rapport entre le droit et l'enfant rien d'autre que le rapport générique du droit à tout être humain. Pourtant, avec ce seul fondement, l'essence même d'un droit de l'enfant serait remise en cause : si les droits humains suffisaient à intégrer les enfants, il n'y aurait point d'intérêt à lui reconnaître des droits spécifiques. Il existe un lien entre le droit et l'enfant qui dépasse celui du droit et de l'être humain en général, et qui impose une normativité supplémentaire, complémentaire ou distincte. C'est donc bien un sujet différent de l'adulte qui figure en la personne de l'enfant. Si nous avons précédemment exposé les illustrations de ces rapports dans les législations québécoises et internationales, nous n'en avons rien dit sur leurs justifications. Et là est le cœur de la question : qu'est-ce qui fait que l'enfant est envisagé spécifiquement par le droit ? Les raisons se suivent et ne se ressemblent pas toujours... Pour y répondre, nous envisagerons successivement trois portes d'entrée que les réflexions sur l'enfant ont franchies et desquelles germent la naissance philosophique de la conception moderne de l'enfant, la naissance juridique d'une personne de droit et la naissance théorique des droits de l'enfant.

Trois fondements qui se construisent les uns sur les autres et qui inscrivent chacun l'enfant dans un rapport systématique avec la personne adulte ; si bien que pour penser les droits de l'enfant, il nous semble devoir d'abord catégoriser l'enfant dans, hors ou aux côtés de l'adulte. Ce faisant, le principe d'in-égalité, au demeurant entre l'enfant et l'adulte, s'avère un outil incontournable pour construire une quelconque réflexion sur les droits de l'enfant. C'est d'ailleurs dès les prémisses philosophiques de la conception moderne de l'enfance que s'est révélée cette évidence : en accordant une place particulière à l'enfance dans leurs réflexions, deux illustres de la philosophie des Lumières, John Locke et Jean-Jacques Rousseau, ont chacun proposé une interprétation de ce rapport enfant/adulte. En revisitant leurs pensées respectives, nous retracerons dans un premier temps les fondements philosophiques de la conception moderne de l'enfance (A). Nous traiterons ensuite de l'évolution de ce rapport entre l'enfant et l'adulte à travers une logique plus juridique gouvernée par le principe de l'égalité, pivot central des droits fondamentaux de la personne humaine : les conceptions philosophiques de l'enfant prendront vie au sein de la rhétorique des droits fondamentaux jusqu'à la reconnaissance de

l'enfant comme un véritable sujet de droit (B). Dès lors qu'une place particulière lui est dévolue dans le droit, c'est tout un champ juridique nouveau qui s'élabore et dont les assises théoriques émergent progressivement (C). Nous terminerons ce chapitre en esquissant les contours de cette théorie moderne des droits de l'enfant.

A. La naissance philosophique de la conception moderne de l'enfance.

S'il est à ce jour des philosophes qui consacrent des œuvres entières à une réflexion sur l'enfance, tel ne fut pas toujours le cas et les premiers à s'intéresser à l'enfance ne le firent qu'accessoirement, pour illustrer, justifier ou attaquer des théories relatives à tout autre sujet. De nombreuses réflexions philosophiques ont ainsi abordé l'enfant, ici ou là, en marge de questionnements divers sur la nature humaine, la liberté ou encore l'éducation. Dans l'ensemble de ces pensées, nous avons choisi de mettre l'accent sur celle de John Locke, puis de Jean-Jacques Rousseau : bien qu'ils ne soient pas les premiers en la matière¹³⁹, ces propos philosophiques sur l'enfance nous semblent les plus fondamentaux en ce qu'ils répondent notoirement de l'évolution de la conception moderne de l'enfant. Le premier, John Locke, principalement reconnu pour sa théorie des droits naturels et du gouvernement civil, s'est intéressé à l'enfant tant pour illustrer l'autorité gouvernementale en niant sa ressemblance à l'autorité parentale¹⁴⁰, que pour appuyer son épistémologie de la connaissance humaine, ou encore, approfondir ses idées sur la liberté et l'égalité humaines ; n'oublions pas de surcroît ses *Quelques pensées sur l'éducation*¹⁴¹, de véritables instructions pédagogiques à destination des parents (1). La pensée de Rousseau sur l'enfance est quant à elle bien plus répandue : relative à l'éducation, elle demeure un incontournable des sciences de la pédagogie. À travers l'éducation d'*Emile*, l'enfant imaginaire que Rousseau dessine pour soutenir sa théorie, c'est une conception étonnamment contemporaine que nous livre l'auteur au sujet de l'enfance (2).

¹³⁹ Alain Renaut qui, lui aussi, accorde une grande place aux réflexions de Locke et de Rousseau, évoque également l'apport plus ancien d'autres penseurs tels qu'Erasme, de Bovelles, Hobbes ou encore Bodin, dans préc., note 8.

¹⁴⁰ « Le pouvoir d'un magistrat sur un sujet doit être distingué de celui d'un père sur ses enfants », disait John Locke dans *Traité du gouvernement civil*, 2e éd. corr, traduit par David MAZEL, Paris, Flammarion, 1992, par. 2.

¹⁴¹ John LOCKE, *Quelques pensées sur l'éducation*, traduit par Gabriel COMPAYRE, Paris, Vrin, 2007.

1. *Locke et l'enfant dans le futur : un Homme en croissance*

Nous arrêtons donc ici notre attention sur la pensée de John Locke, que nous considérons, rappelons-le, essentielle à la compréhension moderne de l'enfant¹⁴². À la lecture de ses œuvres principales¹⁴³, se retrouvent, par-ci par-là, suffisamment d'éléments de réflexion pour affirmer que l'auteur a développé une pensée exhaustive au sujet de l'enfance. Cette pensée s'inscrivait certes dans des cadres théoriques plus larges, de la politique à la nature humaine ou encore à la connaissance, néanmoins, avec ses *Quelques pensées sur l'éducation*¹⁴⁴, un de ses derniers ouvrages, c'est toute une représentation de l'enfant qui se dégage de son souci de l'éducation.

Locke considère l'enfance comme une condition de faiblesse¹⁴⁵ : l'enfant est incapable¹⁴⁶ et sans intelligence¹⁴⁷. Il est dans un état d'imperfection qui doit tendre, avec l'âge, à se corriger pour finalement disparaître à l'état d'adulte¹⁴⁸. En outre, comme tous les hommes, l'enfant naît libre. Il n'exerce en revanche point cette liberté, car il ignore la loi de la raison qui permet d'y accéder. De la même façon, l'enfant naît raisonnable, mais ne peut user de la raison, car il est incapable de se conduire lui-même, il lui manque le discernement. C'est avec l'âge qu'il va parvenir à exercer la raison et donc être en mesure d'user de sa liberté.

Derrière cette faiblesse, aux origines divines¹⁴⁹, se trouve légitimée la sujétion des enfants à leurs père et mère. L'enfant n'ayant pas l'intelligence suffisante pour raisonnablement décider et se secourir lui-même, le père doit pallier ces insuffisances, jusqu'à ce qu'avec l'âge, l'enfant en vienne à atteindre la liberté par l'exercice de la raison. Pour protéger l'enfant de cet état de faiblesse provisoire, les père et mère doivent donc suppléer leur intelligence aux déficiences de celle de leur enfant. Aussi, doivent-ils en prendre soin, les nourrir, les cultiver et les élever¹⁵⁰. Locke y voit là une obligation de Dieu et de la nature : celle de conserver ceux à

¹⁴² Sur l'apport de Locke à la conception de l'enfance, on pourra lire : D. ARCHARD, préc., note 6, ch. 1 ; P. MORERE, préc., note 19 ; Alain. RENAUT, préc., note 4, p. 221 à 264.

¹⁴³ Principalement J. LOCKE, préc., note 125 et J. LOCKE, préc., note 19.

¹⁴⁴ Contrairement à ses autres œuvres et sans contester le fait que Locke soit avant tout philosophe, cet ouvrage n'est pas assimilé à une réflexion philosophique, mais plutôt à un manuel d'instructions pédagogiques, Michel MALHERBE, « Introduction », dans John LOCKE, *Quelques pensées sur l'éducation*, traduit par Gabriel COMPAYRE, Paris, Vrin, 2007, p. 7 à la page 11.

¹⁴⁵ J. LOCKE, préc., note 125, par. 55, 56 et 110 ; J. LOCKE, préc., note 126, par. 167.

¹⁴⁶ J. LOCKE, préc., note 140, par. 56.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 56 et 59.

¹⁴⁸ *Id.*, par. 56.

¹⁴⁹ Locke explique qu'à l'origine, Dieu créa Adam et Eve comme des êtres parfaits et donc adultes. Leurs descendants, qui naissent enfants, faibles et incapables ne sont que le fruit de leur péché. *Id.*

¹⁵⁰ *Id.*, par. 56, 58, 61 et 63.

qui ils ont donné naissance jusqu'à ce que ces derniers soient capables de se conduire eux-mêmes et de s'entretenir¹⁵¹. Il ne s'agit pas de veiller uniquement à protéger leur corps, mais aussi leur esprit. En leur prêtant l'intelligence nécessaire à la raison, les pères et mères doivent « vouloir pour » leurs enfants¹⁵². On pourrait ici déceler la naissance d'un concept bien cher à notre temps : celui de l'intérêt de l'enfant¹⁵³. Bien que Locke le construise en d'autres termes, il s'agit là d'une présomption au demeurant très contemporaine au sujet des parents : leurs actions seront portées au bénéfice de leurs enfants¹⁵⁴. À cet égard, l'auteur écarte d'ailleurs toute méfiance quant à d'éventuels abus de ce pouvoir de la part des parents en prônant l'immense tendresse que Dieu a imprimée dans leurs âmes ; en place et lieu d'un excès de sévérité et de rigueur, la nature humaine les a plutôt risqués à un excès d'amour et de tendresse¹⁵⁵.

En faisant ainsi appel à Dieu, c'est d'« un pouvoir et un gouvernement naturel »¹⁵⁶ que Locke dote les parents, il se différencie alors indéniablement du pouvoir politique. En outre, il rejette formellement l'idée d'une appartenance pleine et entière de l'enfant à ses parents pour justifier le pouvoir qu'ils détiennent sur ce dernier¹⁵⁷. Leur autorité qui est limitée dans le temps, jusqu'à ce que l'enfant ait acquis l'usage de la raison, est aussi limitée en substance. En ce sens, les parents ne peuvent disposer de la vie de leurs enfants et rien dans leur autorité ne peut non plus affecter leurs droits¹⁵⁸ — à l'évidence, absolument pas les trois droits naturels sur lesquels Locke fait reposer sa théorie des droits fondamentaux, et qu'il considère propres à l'état de nature : le droit à la liberté, à l'égalité et à la propriété¹⁵⁹. Ces droits appartiennent à chaque être humain, ce dès leur naissance, et ils sont seuls à pouvoir en disposer. D'ailleurs, si le père venait à joindre la guerre ou à risquer sa vie d'une quelconque manière (par exemple en commettant un vol), il ne mettrait en jeu ni les droits ni les biens de ses enfants¹⁶⁰. Au demeurant, le père n'a donc point de pouvoir sur la liberté de son enfant comme il peut, par exemple, avoir sur ses esclaves¹⁶¹. C'est ici que l'apport de Locke à une conception moderne de l'enfant se fait le plus

¹⁵¹ *Id.*, par. 56, 58, 61, 78 et 83.

¹⁵² *Id.*, par. 58.

¹⁵³ Nous analyserons cette notion d'intérêt de l'enfant plus loin, voir *infra* Partie III, chap. 1.

¹⁵⁴ À ce sujet, voir *infra* Partie III, chap. 1, A, 3, b.

¹⁵⁵ J. LOCKE, préc., note 140, par. 67 et 170.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 110.

¹⁵⁷ D. ARCHARD, préc., note 13, p. 9.

¹⁵⁸ J. LOCKE, préc., note 140, par. 170 et 189.

¹⁵⁹ *Id.*, par. 4.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 182, 183 et 189.

¹⁶¹ *Id.*, par. 189.

marquant : il reconnaît à l'enfant une commune identité avec l'adulte, une appartenance pleine et entière à la catégorie des personnes humaines et aux droits qui s'y rattachent. En ce sens, les droits fondamentaux sont naturellement liés à la personne humaine dès sa naissance, ils sont donc communs à l'enfant et à l'adulte. Comme le soumet Alain Renaut, la représentation de l'enfant induite par Locke conduit à « repenser l'altérité de l'enfant et de l'adulte en y incluant une dimension intrinsèque de l'identité »¹⁶². Si elle ne fait plus question aujourd'hui, la commune identité de l'enfant et de l'adulte, sujets égaux de la catégorie de personne humaine, trouve dans la pensée de Locke un fondement des plus péremptoirs.

Finalement, l'autorité provisoire du paternel vise seulement à mener l'enfant à user de sa liberté naturelle¹⁶³. Cette dernière est l'essence même de l'homme, ce qui fait son individualité et le diffère des autres créatures. L'homme a droit de vouloir librement et individuellement, indépendamment de la volonté des autres ; en ce sens, les hommes sont égaux dans cette liberté et ont chacun le droit à leur identité propre. Le dernier jalon du raisonnement découle tout logiquement : la liberté individuelle de l'homme embrasse la libre disposition de sa personne et donc son droit à la propriété¹⁶⁴.

La théorie lockienne, très bien articulée *a priori*, n'échappe pourtant pas au dilemme qui, en quelques termes parfois similaires, se fait toujours actuel : comment penser l'autorité parentale, avec ses nécessaires éléments de subordination, dans sa fonction visant à apprendre à l'enfant d'user *in fine* de sa liberté naturelle ? En des termes plus lockiens que compose très justement Alain Renaut : « comment penser des limites à la liberté qui ne soient pas incompatibles avec une humanité conçue elle-même par référence à l'idée de liberté ? »¹⁶⁵ Toute la question de l'éducation se trouve ainsi emprisonnée dans cet apparent paradoxe que Locke va tenter de surmonter dans ses réflexions ultérieures.

Le dessein de l'éducation, selon Locke, est celui de la liberté raisonnable, autrement dit d'amener l'enfant à soumettre sa liberté à la raison. Pour comprendre en quoi cette conception de l'éducation se rapproche sensiblement de notre conception actuelle, il convient de

¹⁶² Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 234.

¹⁶³ J. LOCKE, préc., note 140, par. 170.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 190.

¹⁶⁵ Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 242; Dans l'introduction à l'ouvrage de Locke, Michel Malherbe formule également ce paradoxe auquel le philosophe doit faire face dans sa pensée sur l'éducation : « comment, par une action efficace et durable, agir sur l'être même de l'enfant, qui est de ce fait dans la dépendance de l'adulte, pour en faire un esprit libre ? Comment des parents peuvent-ils en formant leur enfant, en exerçant sur lui leur autorité, en faire une personne qui, comme on dit, se prendra en charge elle-même, une fois devenue adulte ? », préc., note 144 à la page 33.

l'approfondir quelque peu. L'éducation est pour Locke une étape fondamentale dans la construction de la personne ; elle est en majeure partie responsable de ce qu'elle adviendra une fois adulte. L'auteur ne saurait se faire plus insistant sur ce point, il commence d'ailleurs ses pensées en affirmant que c'est l'éducation qui fait la différence entre les hommes¹⁶⁶. Au fondement de cette idée, on retrouve l'association bien connue de l'âme à une *tabula rasa*, ou une feuille blanche. Toute la philosophie empiriste de Locke se base alors sur la théorie de la connaissance qu'il développe principalement dans son *Essai philosophique sur l'entendement humain*¹⁶⁷, et selon laquelle toutes nos idées proviennent de l'expérience, rejetant ainsi une quelconque origine innéiste au contenu de l'âme¹⁶⁸. Toute connaissance est acquise de l'expérience¹⁶⁹, qu'elle soit de sensation ou de réflexion. L'ascendance de l'éducation n'en est que renforcée à l'endroit où l'esprit tendre et flexible de l'enfant¹⁷⁰ peut, et doit selon lui, permettre d'y inscrire les valeurs et les principes chers à un gentleman. Partant, les impératifs que Locke joint à l'éducation sont tous basés sur l'expérience que l'enfant en retirera : il faut tenter par tout moyen de l'embellir si c'est une action ou une connaissance utile au gentlemen (l'instruction par le jeu ou encore la politesse, la tenue), ou au contraire, détruire toute satisfaction que pourrait tirer l'enfant d'une action perverse ou contraire à la morale du gentlemen (Locke propose par exemple de « dégouter » l'enfant des divertissements puérils en lui imposant de s'y consacrer chaque jour un certain temps jusqu'à ce que l'obligation ait rendu l'activité désagréable). La force de l'habitude est résolument dominante. Il en va ainsi pour tout ce qui peut faire souffrir l'adulte : l'habitude d'une chose *a priori* déplaisante la rendra moins déroutante : il faut donc y habituer l'enfant dès son plus jeune âge et non pas le choyer dans un cocon duquel il sera ensuite pénible pour lui de sortir. En plus des habitudes au froid¹⁷¹ ou à l'insatiété¹⁷², Locke retourne l'argument pour justement s'opposer à l'habitude de dîner aux heures fixes, afin que l'enfant soit capable de maîtriser sa faim à tout moment¹⁷³. Et c'est cette même habitude du gouvernement du père durant l'enfance qui porte ensuite les hommes à poursuivre une même forme d'autorité dans la monarchie¹⁷⁴. Cela sous-entend évidemment qu'ils aient trouvé leur compte dans l'autorité paternelle, qu'ils aient été justement protégés et

¹⁶⁶ J. LOCKE, préc., note 141, par. 1.

¹⁶⁷ J. LOCKE, préc., note 25.

¹⁶⁸ *Id.*, liv. I.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 215-216.

¹⁷⁰ J. LOCKE, préc., note 141, par. 177.

¹⁷¹ *Id.*, par. 7.

¹⁷² *Id.*, par. 14.

¹⁷³ *Id.*, par. 15.

¹⁷⁴ J. LOCKE, préc., note 140, par. 105 et 107.

que l'expérience leur ait procuré satisfaction — raison supplémentaire pour parfaire le procédé éducatif.

In fine, l'éducation doit inculquer à l'enfant l'habitude première de soumettre sa volonté à celle des autres avant d'être en mesure de la soumettre à sa propre raison. Il s'agit là, pour Locke, du fondement même de la vertu : être capable de se refuser la satisfaction de ses propres désirs pour y préférer la voie de la raison.

Dans ses *Pensées sur l'éducation*, Locke accorde une grande place à la question de l'usage de la violence envers les enfants. Beaucoup y ont d'ailleurs perçu les prémises de principes aujourd'hui ancrés dans la protection de l'enfance. Si en effet Locke se fait très critique des méthodes de punitions violentes¹⁷⁵, l'argumentation sur laquelle il s'appuie ne rejoint pas, à notre sens, celle visant à protéger le bien-être de l'enfant de toute agression physique. Selon lui, la punition physique est à bannir non pas en ce qu'elle blesse l'enfant, mais plutôt en ce qu'elle ne constitue pas un moyen utile à l'éducation, au même titre que le système de récompenses par exemple¹⁷⁶. Punir physiquement l'enfant risque de lui faire manquer la compréhension de la faute, il n'en retiendra ainsi aucun apprentissage. D'ailleurs, même en cas d'obstination ou de rébellion, la seule faute qui mérite selon Locke une punition physique, la honte d'être fouetté doit demeurer l'élément principal du châtiment, au détriment de la douleur¹⁷⁷. Qui plus est, « une discipline servile fait des caractères serviles »¹⁷⁸ : l'usage de la violence risque de tarir l'entrain de l'enfant et de noyer son esprit actif et créatif dans celui d'un esclave. Enfin, l'enfant assimilant en grande part par imitation, le modèle qui lui est offert par le comportement violent des parents risque de lui inculquer des valeurs contraires à celle d'un gentleman¹⁷⁹. De multiples raisons viennent donc appuyer la critique de Locke quant à l'utilisation de la violence. Néanmoins, aucune d'elles ne se rapporte directement au bien-être présent de l'enfant — elles se rattachent plutôt aux conséquences stériles, voire néfastes, que cette violence risque d'engendrer dans le comportement de l'adulte qu'il deviendra.

La conception de l'enfance qui s'esquisse de tout ce qui précède est celle d'une période de préparation à l'âge adulte. Un jour, l'enfant devient adulte, et cet adulte dépend de

¹⁷⁵ J. LOCKE, préc., note 141, par. 47 à 51, 60, 72 et 84.

¹⁷⁶ *Id.*, par. 52.

¹⁷⁷ *Id.*, par. 78.

¹⁷⁸ *Id.*, par. 50.

¹⁷⁹ *Id.*, par. 37.

l'éducation qu'il reçoit. La fin ne concerne pas directement l'enfant et son bien-être présent, mais plutôt l'adulte en devenir et le bien social dont celui-ci sera capable. Il s'agit donc de regarder l'enfant non pas pour ce qu'il est, mais pour ce qu'il sera ; futur dont l'éducation se fait maîtresse. Le présent de l'enfant n'importe que dans la mesure où il construit l'adulte futur. La pensée de John Locke se fait ici quelque peu paradoxale : d'une part, il accentue l'importance de considérer pleinement l'enfance, en ce qu'elle détermine l'humanité prochaine, et d'autre part, il nie tout intérêt à la personne de l'enfant en tant que telle. Il appréhende l'enfant dans son identité commune à l'adulte et dans une altérité temporelle, étant construit comme l'adulte, mais ne disposant pas encore des outils pour l'être parfaitement.

Si elle y additionne bien d'autres éléments, la conception actuelle de l'enfant fait grandement écho à ces réflexions lockiennes et le droit s'en fait le premier témoin. En effet, l'enfant, de par sa nature humaine identique à celle de l'adulte, est titulaire des mêmes droits fondamentaux. La Convention internationale des droits de l'enfant¹⁸⁰ rappelle en ce sens que les instrumentaux de protection des droits fondamentaux tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁸¹ et les *Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*¹⁸², s'appliquent également à l'enfant. Néanmoins, sous couvert d'incapacités, de nombreux droits sont niés aux enfants. À ce titre, les droits de vote¹⁸³, de consentir aux soins¹⁸⁴, de se marier¹⁸⁵, d'avoir des relations sexuelles¹⁸⁶ ne sont par exemple pas accessibles aux enfants (ou aux enfants d'un certain âge). Si la justification de ces négations juridiques se trouve dans une considération autre, à savoir celle de le protéger, les conséquences s'assimilent à celles de Locke : l'enfant se fonde dans un double rapport avec l'adulte : d'identité de droit et d'altérité de capacité. Alors que pour Locke, cette altérité est une malheureuse conséquence de la faiblesse humaine à laquelle il convient de s'intéresser uniquement en vue de la corriger, nous verrons qu'avec Rousseau, celle-ci mérite une attention véritable et la reconnaissance de ce qu'elle est au présent.

¹⁸⁰ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 93, préambule.

¹⁸¹ ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, (1948) A/RES/217 A (III).

¹⁸² ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1966) A/RES/2200 A (XXI); ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1966) A/RES/2200 A (XXI).

¹⁸³ *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, c. 9, art. 3.

¹⁸⁴ *Code civil du Québec*, préc., note 121, art. 14.

¹⁸⁵ *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33, art. 2.2.

¹⁸⁶ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 150.1.

2. Rousseau et l'enfant au présent : une identité en soi

Tout spécialiste de l'éducation en témoignera : l'influence de Rousseau en la matière fut cruciale en tant de points qu'il en demeure, aujourd'hui encore, une figure essentielle¹⁸⁷. À travers son traité sur l'éducation, c'est plus largement à une réflexion sur l'enfance en tant que telle que se livre l'auteur dans son célèbre ouvrage de 1762 : *Émile ou de l'éducation*¹⁸⁸. Pour illustrer ses propos, l'auteur crée Émile, un élève imaginaire¹⁸⁹ dont il se fait le précepteur. Grâce à l'instruction concrète de cet élève, Rousseau se soustrait à des tendances philosophiques qui, depuis des matières excessivement abstraites, n'auraient que trop limité son audience. Au contraire, son ouvrage se veut abordable par toutes et tous, avec, en tête de liste, les mères, à qui ils s'adressent directement¹⁹⁰.

Suivant les principes éducationnels par lesquels il voit à l'éducation d'Émile, Rousseau dévoile une conception de l'enfance tout à fait nouvelle. Dès sa préface, l'auteur souligne d'ailleurs le caractère inédit de sa pensée vis-à-vis de ses prédécesseurs. Il ne s'agira point, comme l'ont fait les plus sages, de s'attacher à chercher l'homme dans l'enfant¹⁹¹, mais bien de savoir ce qu'il est avant d'être homme. À ce titre, et comme il l'indique lui-même, il se défait de la pensée de Locke¹⁹² qui, nous l'avons montré plus tôt, n'envisageait l'enfant qu'au regard de l'adulte qu'il deviendra ou doit devenir. Rousseau se passe d'équivoque quant au changement de perspective qu'il souhaite augurer. À de multiples reprises, il affirme ainsi que l'enfance est en soi, et non pas seulement en devenir et que l'adulte n'étant plus enfant, il ne peut, dès lors, y accéder. Car « l'enfance a des manières de voir, de penser, de sentir, qui lui sont propres ; rien n'est moins sensé que d'y vouloir substituer les nôtres »¹⁹³.

Rousseau reconnaît par conséquent une identité propre à l'enfance, en dehors d'une quelconque raison relative à l'adulte qu'il deviendra. D'ailleurs, sitôt qu'il devient adulte, l'enfance lui échappe et une certaine distance s'installe inévitablement entre l'adulte et l'enfant par manque de choses communes¹⁹⁴. Si tout enfant devient homme et que tout homme fut

¹⁸⁷ Sur la mise en relation de la pensée de Rousseau avec certaines théories actuelles de l'apprentissage, on pourra lire Stéphane MARTINEAU et Alexandre BUYSE, « Rousseau et l'éducation : apports et tensions », (2016) 5-2 *Phronesis* 14.

¹⁸⁸ J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 40.

¹⁹⁰ *Id.*, p. 19.

¹⁹¹ *Id.*, p. 16.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Id.*, p. 110.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 41.

enfant, il se dresse pourtant une barrière bien étanche entre les deux mondes qui rend l'accès à la catégorie d'adulte impossible pour l'enfant et inversement. En ce sens, il soutient que « nul de nous n'est assez philosophe pour savoir se mettre à la place d'un enfant. »¹⁹⁵ Partant, l'éducation qu'il prône sera sans cesse marquée par la réalité de cette inaptitude qui touche l'adulte, et donc l'éducateur, et qui limite la compréhension mutuelle entre lui et son élève. Il ne s'agit là non pas d'un fait de l'homme dont Rousseau se fait critique, mais bien d'une donnée de la nature à laquelle nul ne pourra déroger : « la nature veut que les enfants soient enfants avant d'être hommes »¹⁹⁶, nous dit-il. Par ailleurs, lorsque critique il y a, celles-ci s'adressent à ceux qui ne tiennent justement pas compte de l'altérité identitaire entre l'enfance et l'âge adulte : ainsi en va-t-il du paradoxe lockien qui prône l'éducation par la raison tout en lui reconnaissant comme dessein celui de faire de l'enfant un homme raisonnable — la raison servant curieusement tant d'instrument que d'ouvrage¹⁹⁷. Le principe de Rousseau est tout autre et révolutionnaire à son époque : l'enfance doit être estimée en soi, elle est au présent et non pas uniquement pour son futur. Elle connaît un fonctionnement, des codes, langages et méthodes spécifiques. La nature la dote de caractéristiques qui lui sont propres et identifie ces sujets autrement que des adultes, au sein d'une commune vie humaine : « [l]'humanité a sa place dans l'ordre des choses ; l'enfance a la sienne dans l'ordre de la vie humaine : il faut considérer l'homme dans l'homme et l'enfant dans l'enfant. »¹⁹⁸.

À partir de ce constat de la nature, Rousseau établit un ensemble de préceptes qui permettront à l'éducateur non pas de pallier l'altérité qui l'éloigne de l'enfant, mais de la respecter et de la considérer dans son exercice. Avant d'approfondir les éléments de cette éducation, il nous faut préalablement revenir sur la conception originelle que l'auteur prête à l'enfant. Selon lui, et en cela il rejoint John Locke, l'enfant naît faible, stupide et incapable¹⁹⁹. Il n'est doué ni d'intelligence ni de force : l'éducation doit les lui apporter²⁰⁰. Il est faible, car il connaît des besoins qu'il ne peut satisfaire lui-même. Selon Rousseau, la faiblesse se mesure en effet selon le rapport entre la force et les besoins : si la force dépasse les besoins, l'être est fort ; en revanche, si les besoins dépassent la force, l'être est faible²⁰¹. S'agissant de l'enfant naissant, il n'est doté d'aucune force alors que ses besoins sont bien réels (nourriture, soins,

¹⁹⁵ *Id.*, p. 141.

¹⁹⁶ *Id.*, p. 101.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 99.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 84.

¹⁹⁹ *Id.*, p. 20, 63, 78 et 219.

²⁰⁰ *Id.*, p. 20.

²⁰¹ *Id.*, p. 86.

sommeil, etc.). C'est donc un être faible, non pas uniquement en raison de son manque de force, mais principalement, car il ne peut se suffire à lui-même et se trouve dépendant d'autrui pour satisfaire ses propres besoins²⁰². Ne pouvant faire ce qu'il veut sans l'intervention des autres, l'enfant, à l'état de nature, ne jouit dès lors que d'une liberté imparfaite. Dans une logique à la fois similaire et différente, les hommes qui, à l'état de nature, se suffisent à eux-mêmes et donc pourraient apprécier une liberté parfaite ont limité celle-ci au profit de l'état civil. Ainsi pour des raisons naturelles d'abord, artificielles ensuite, chacun de nous vit dans la faiblesse ; ou, pour reprendre la formule de Rousseau : « nous étions faits pour être homme ; les lois et la société nous ont replongés dans l'enfance »²⁰³. Au demeurant, l'éducation doit donc munir l'enfant d'une force suffisante pour répondre à ses besoins, afin de toucher la liberté d'homme qui, si bon lui semble, se perdra ensuite dans la société civile.

Selon le rapport arithmétique de l'état de faiblesse, il est important d'augmenter les forces de l'enfant et non ses besoins²⁰⁴, sinon, l'inéquation demeure. Partant, il faudra commencer par renforcer le corps. Dans la foulée de Locke, Rousseau se fait lui aussi promoteur de l'éducation par l'endurcissement physique, l'accoutumance aux souffrances premières du froid, de la faim, de la soif²⁰⁵, etc. Il faut profiter de la souplesse et de flexibilité de l'enfant pour lui faire endurer les changements qu'un adulte ne pourrait supporter, car « souffrant sans effroi de légères douleurs, on apprend par degrés à supporter les grandes. »²⁰⁶ Ainsi, Rousseau reprend les exercices prônés par ses prédécesseurs²⁰⁷ qui consistent à accoutumer le corps de l'enfant à tous les inconforts qui pourraient advenir à celui de l'adulte : dormir mal couché²⁰⁸, souffrir du froid²⁰⁹, etc. L'empire de l'habitude²¹⁰ crée chez les hommes un besoin nouveau, non nécessaire, que l'éducateur doit à tout prix prévenir : pour ce faire, il faut changer sans

²⁰² *Id.*, p. 91.

²⁰³ *Id.*, p. 92.

²⁰⁴ L'enfant étant dans un premier temps incapable de subvenir seul à ses besoins, il faut évidemment l'aider à les combler ; il faudra néanmoins prendre grand soin de distinguer ses « besoins naturels » de ses « besoins fantaisies », pour ne répondre qu'aux premiers. *Id.*, p. 93.

²⁰⁵ *Id.*, p. 35 et 159 à 167.

²⁰⁶ *Id.*, p. 80.

²⁰⁷ Il réfère lui-même directement au « sage Locke, le bon Rollin, le savant Fleury, le pédant de Crouzas » *Id.*, p. 159.

²⁰⁸ *Id.*, p. 165.

²⁰⁹ *Id.*, p. 162.

²¹⁰ *Id.*, p. 59.

cesse le quotidien de l'enfant, notamment sa nourriture et ses heures de sommeil, le rendre intrépide à tout²¹¹. La seule habitude de l'enfant doit être celle de n'en contracter aucune²¹² !

Il est important pour l'auteur que le corps se renforce avant un quelconque travail de l'esprit, puisque c'est en premier lieu par le corps que toute personne chemine. Rousseau conçoit le développement par étapes que l'éducateur ne doit aucunement devancer : l'enfant va tout d'abord approfondir ses sens²¹³ et se construire ainsi une raison sensitive, qui servira de base à sa raison intellectuelle²¹⁴. L'auteur identifie en outre trois types d'éducation : de la nature, des hommes et des choses, qui permettent respectivement de développer nos facultés et nos organes internes, d'en apprendre l'usage et d'acquérir notre propre expérience sur les objets²¹⁵. Aussi, l'auteur va-t-il tout d'abord encourager les activités qui font appel aux différents sens de l'enfant tout en s'abstenant d'y adjoindre un raisonnement intellectuel. C'est ce que l'auteur qualifie d'éducation par la négative²¹⁶, cet art difficile de « gouverner sans préceptes, et de tout faire en ne faisant rien. »²¹⁷. Laisser gouverner la nature. Plusieurs raisons viennent appuyer cette prescription. La première tient au fait qu'« il n'y a point de perversité originelle dans le cœur humain »²¹⁸. Il faut donc se garder d'y apposer quelques éléments risquant de le corrompre, et simplement conserver le cœur à l'abri du vice pour n'y laisser entrer que les idées justes²¹⁹. À quoi bon risquer que l'incompréhension d'une instruction n'entraîne du mal là où la nature n'en connaît point ? Par ailleurs, c'est par la progression de ses sens que l'enfant parvient à un discernement proportionnel à ses forces ; il ne peut acquérir d'autres usages tant que ses forces ne suffisent pas à ses besoins²²⁰. Lui créer des savoirs ou compétences supplémentaires avant cet état sera vain puisqu'il ne pourrait les combler par lui-même.

Une fois qu'il a observé un nombre suffisant de sensations, l'enfant va commencer à les lier, les comparer et ainsi s'en faire un jugement : c'est de là que naissent les idées²²¹ ; c'est de là que prend forme le caractère. L'enfant n'est plus dans cette position passive dans laquelle il reçoit, mais devient actif dans la manière d'intégrer les sensations, dont le sens naturel n'est

²¹¹ *Id.*, p. 61.

²¹² *Id.*, p. 59.

²¹³ *Id.*, p. 169.

²¹⁴ *Id.*, p. 158.

²¹⁵ *Id.*, p. 20.

²¹⁶ *Id.*, p. 107.

²¹⁷ *Id.*, p. 148.

²¹⁸ *Id.*, p. 105.

²¹⁹ *Id.*, p. 107 et 230.

²²⁰ *Id.*, p. 145 et 156.

²²¹ *Id.*, p. 282.

point déterminé par avance²²². Le raisonnement que crée l'enfant en liant les sensations fait son esprit : il est indispensable qu'il y parvienne par lui-même et qu'il apprenne ainsi à former des idées pour devenir un être agissant et pensant. L'important n'est pas que l'enfant ait beaucoup d'idées, mais plutôt qu'il ait la capacité d'en construire beaucoup. Par ailleurs, « pour rendre un jeune homme judicieux, il faut bien former ses jugements, au lieu de lui dicter les nôtres. »²²³ Rousseau se fait extrêmement insistant sur ce point et refuse de ne livrer aucune idée déjà formée à Émile. De même en va-t-il pour les sciences ou la connaissance de quelque matière. Il faut éduquer l'enfant en accord avec son âge²²⁴ et ne jamais dépasser la compréhension qui y est relative. En ce sens par exemple, et contrairement aux mœurs de l'époque, il n'enseignera pas les fables de La Fontaine à son élève, considérant qu'il ne pourra en comprendre le quart²²⁵. Le rôle même de l'éducateur s'identifie de la sorte à celui d'un gouverneur plutôt qu'un précepteur, qui doit conduire plutôt qu'instruire ; il ne donne point de préceptes, mais doit les faire trouver à son élève²²⁶.

Le plus grand fossé qui se dresse entre le raisonnement de l'enfant et celui de l'adulte, et qui rend vaine l'instruction de choses incompréhensibles au premier, est celui de la prévoyance : l'enfant raisonne très bien dans tout ce qui concerne son intérêt présent, mais aucunement sur ce qui pourrait concerner son futur²²⁷. Ainsi, les adultes qui, truffés de bonnes intentions, veulent apprendre à l'enfant ce qui lui serait nécessaire pour sa vie d'homme, échouent dans leur rôle d'éducateur. C'est en ce point, selon nous, que la pensée de Rousseau se soustrait le plus de celle de Locke, pour qui c'est justement en vue du futur homme qu'il deviendra que l'éducation doit procéder. Rousseau, en revanche, accorde à l'enfance un temps présent, il la reconnaît en tant que telle et non comme un préliminaire. Ainsi, il qualifie de barbare cette éducation qui sacrifie le présent au profit d'un avenir, somme toute incertain²²⁸ : « [p]ourquoi voulez-vous ôter à ces petits innocents la jouissance d'un temps si court qui leur échappe, et d'un bien si précieux dont ils ne sauraient abuser ? »²²⁹ Le futur est trop hasardeux pour contrarier le bonheur présent à son profit — la prévoyance est selon l'auteur la véritable source de toutes nos misères²³⁰. Rapportée à l'enfance, cette apologie du temps présent impose

²²² *Id.*

²²³ *Id.*, p. 256.

²²⁴ *Id.*, p. 102, 114, 126, 127 et 143.

²²⁵ *Id.*, p. 143.

²²⁶ *Id.*, p. 42.

²²⁷ *Id.*, p. 130.

²²⁸ *Id.*, p. 82.

²²⁹ *Id.*, p. 82 et 83.

²³⁰ *Id.*, p. 88.

de la respecter et de ne point juger l'innocence et le bonheur de ses sujets. De tels propos raisonnent toujours aujourd'hui, non seulement dans les philosophies positives de l'instant présent, mais encore, et surtout pour nos réflexions, dans les droits de l'enfant. On retrouve ici et là cette idée du droit au bonheur de l'enfance : « l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension »²³¹, nous enseigne la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*.

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, cette représentation de l'enfance comme une période magique n'est pas seulement propre à Rousseau, elle s'inscrit dans le courant romantique de son époque²³². L'enfant est un être innocent que la nature a fait pour être aimé et secouru²³³. Les poètes, artistes, écrivains de cette ère proclament l'enfance comme la meilleure période de la vie²³⁴, qu'il faut alors respecter, chérir et choyer. En outre, l'innocence naturelle de l'enfance résonne chez Rousseau dans sa doctrine du laisser-faire : il faut accorder le plus de liberté véritable²³⁵ à l'enfant et ainsi « laissez mûrir l'enfance dans les enfants »²³⁶. D'ailleurs, en accordant cette liberté à l'enfant, on fait non seulement son bonheur dans le présent, mais encore son bien dans l'avenir, « en l'armant contre les maux qu'il doit supporter »²³⁷.

Dans la section précédente, nous avons, grâce à Locke, souligné l'efflorescence de la commune identité entre l'âge adulte et l'enfance, impliquant pour cette dernière, un devoir-être plutôt qu'un être en tant que tel. C'est au contraire à l'altérité de ces deux temps que Rousseau s'affaire — et partant, à l'importance de l'enfance en soi²³⁸. Une identité qui certes finira par se rejoindre, mais qui, au présent, connaît des distinctions. Rousseau ne se contente pas de définir l'enfance par la négative, comme la période non adulte, mais souligne positivement ses spécificités à travers « des manières de voir, de penser, de sentir, qui lui sont propres »²³⁹.

²³¹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 99, préambule.

²³² Avec d'autres auteurs tels que Musset, Chateaubriand ou plus tard Hugo, Sand ou encore Dumas pour n'en citer que quelques-uns.

²³³ J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 97.

²³⁴ K. ALAIMO, préc., note 33 à la page 11.

²³⁵ J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 68.

²³⁶ *Id.*, p. 107.

²³⁷ *Id.*, p. 95.

²³⁸ Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 327.

²³⁹ J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 101.

L'enfance doit donc être appréhendée pour ce qu'elle est, dans sa teneur et sa logique propres, somme toute comme une fin en soi²⁴⁰.

Lorsque nous analyserons plus en profondeur le droit positif des enfants, national et international, nous y décèlerons de nombreux clins d'œil aux pensées de Rousseau et de Locke nous permettant d'affirmer que ces deux philosophes demeurent des figures incontournables des réflexions sur l'enfance. Chacun à leur manière, ils placèrent les jalons de la représentation moderne de l'enfant : Locke, en reconnaissant une commune identité humaine à l'enfant et l'adulte, le premier ayant pour fin le second ; Rousseau en prônant une essence propre à l'enfance et en lui octroyant ainsi une identité particulière nonobstant son devenir. Finalement, ce que l'on peut concéder tant à l'un qu'à l'autre, c'est d'avoir reconnu en l'enfance une riche matière à réflexion, et ainsi contribué, sinon engagé, sa construction sociale. Ce que l'on peut également attribuer à leurs pensées, cette fois-ci en les lisant ensemble, c'est une figure de l'enfance à double visage : celui d'un adulte en devenir, celui d'un autre que l'adulte ; celui d'un *alter ego*²⁴¹, à la fois même et autre. Ce double JE n'est pas sans rappeler la conclusion de notre premier chapitre ; le lecteur assidu percevra dès lors la correspondance entre les fondements philosophiques de la conception moderne de l'enfant présentement étudiés, et les droits reconnus à ce dernier dans les textes juridiques en vigueur aujourd'hui. Ce double JE traversant l'histoire et les matières constitue d'ailleurs l'image de fond depuis laquelle se construit notre problématique. Nous y reviendrons directement dans notre dernier chapitre, mais pour le moment, notons que l'image donnée à l'enfance se reflétant indéniablement dans les droits de l'enfant²⁴², la double caractéristique qui place ici l'enfant en rapport avec l'adulte, n'est pas sans poser de difficultés dans le domaine juridique dont la logique est fièrement portée par le principe de l'égalité. Nous verrons ainsi dans la prochaine partie comment le droit parvient à appréhender cet alter ego au sein de ses principes fondamentaux et en accord avec l'évolution de ces derniers, le tout donnant naissance à la dimension juridique de l'enfant.

²⁴⁰ Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 337.

²⁴¹ Alain Renaut utilise également cette expression dans *Id.*, p. 328.

²⁴² P. E. VEERMAN, préc., note 12, p. XV.

B. La naissance juridique de l'enfant sous le prisme de l'égalité

Petit adulte, Petit de l'adulte, adulte de demain, adulte miniature, adulte en devenir ; bien des expressions encore reflètent cette constante opiniâtreté d'identifier l'enfant en se rapportant toujours à l'adulte. Tel que nous l'ont montré les réflexions philosophiques préliminaires, l'enfant est en soi un être très délicat à appréhender : il est un sous-ensemble de l'Homme sans pour autant s'y fondre parfaitement. Sa situation est particulière en tant de points que selon l'aspect choisi, il fusionne de manière univoque ou se différencie diamétralement de la catégorie de l'adulte. Qu'on le considère selon sa dimension biologique, physique, psychique ou encore juridique, il se situe systématiquement dans le « semblable non pareil ». Égalité, différence, spécificité, identité sont alors les notions qui viennent définir ces rapports spécifiques qui lieront chaque fois l'enfant à l'adulte. Les fondements juridiques contemporains appréhendent l'enfant selon cette figure d'alter ego. Pour comprendre cette logique, nous reviendrons sur le mouvement d'individualisation au sein duquel s'inscrit la reconnaissance des droits fondamentaux, attendu que c'est sous le prisme des droits de la personne que l'enfant fit son entrée sur la scène juridique : selon l'identité ou l'altérité mise de l'avant, on lui reconnaîtra les mêmes droits, des droits réduits, ou on lui niera les droits d'adultes. Nous proposons donc ici d'envisager les droits de l'enfant par la rhétorique du principe juridique de l'égalité. À cette fin, nous consacrerons notre première section à comprendre ce principe en théorie (1), pour ensuite analyser ses tenants et aboutissants lorsqu'il s'agit de l'enfant (2). *In fine*, et quelques soient les limites auxquelles la rhétorique des droits fondamentaux aboutit lorsqu'elle concerne l'enfant, nous verrons que c'est sur les bases de celle-ci que l'enfant a pu accéder au statut de sujet de droit (3).

1. *De l'égalité des individus — Fondements et compréhension du principe*

Afin d'en comprendre les retombées sur le statut juridique de l'enfant, il nous faut revenir sur la naissance, l'évolution et la signification du principe d'égalité des personnes, en droit et en fait. Pour ce faire, nous réfèrerons au concept d'égalité du point de vue de la théorie juridique. Nous nous appuierons sur la jurisprudence canadienne pour mieux capturer ce principe tout en nous gardant pour le moment de rétablir l'analyse qu'elle en fait à propos de

l'enfant²⁴³. Notre objectif ici étant seulement de saisir ce que le principe d'égalité peut nous apprendre quant à la naissance et la reconnaissance des droits de l'enfant, toujours dans le dessein de retracer les fondements de ce champ juridique.

S'il est une constante au sujet du principe d'égalité, c'est bien la reconnaissance systématique de sa complexité. Dans une décision fondamentale de la Cour suprême en matière d'égalité, le juge McIntyre soulignait les difficultés inhérentes à ce principe, qui rendent son interprétation plus que complexe²⁴⁴. Dans l'affaire *Law*²⁴⁵, qui a ensuite constitué un tournant essentiel de la jurisprudence quant au principe d'égalité, le juge Iacobucci insistait également à plusieurs reprises sur la subtilité du concept, le considérant comme le « plus difficile à comprendre au niveau conceptuel »²⁴⁶ parmi les autres principes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce sens, il apparaît pour certains comme un idéal à atteindre plutôt qu'un droit en tant que tel²⁴⁷.

Commençons donc à démêler ce principe en distinguant, comme la plupart des juristes le font, deux types d'égalité : l'égalité en droit (ou formelle) et l'égalité en fait (ou réelle)²⁴⁸. Ces deux conceptions de l'égalité, antagonistes pour certains, complémentaires pour la plupart, font appel à des mécanismes bien différents, que ce soit dans la loi ou dans les politiques publiques. Révélant les traces de l'évolution des rapports entre l'État et les personnes, la propulsion et les conséquences structurelles de ces deux visions de l'égalité nous en apprennent beaucoup sur l'histoire du rapport droit/enfant. C'est pourquoi nous proposons à présent de s'arrêter successivement sur ces deux conceptions de l'égalité afin d'en dégager ensuite certains marqueurs du droit des enfants.

²⁴³ Nous reviendrons sur le traitement des questions juridiques relatives à l'enfant, notamment de la question de l'égalité, par la Cour suprême du Canada dans le cadre du prochain chapitre, voir *infra* Partie I, chap. 3, B.

²⁴⁴ « Le concept d'égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. [...] c'est un concept difficile à saisir » *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, 164 (CSC).

²⁴⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 (CSC).

²⁴⁶ *Id.* para. 2.

²⁴⁷ Daniel PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière? », (2001) 61 *Rev. Barreau* 185, 191.

²⁴⁸ Elsa FONDIMARE, « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes? », (2017) 11 *Rev. Droits L'homme Rev. Cent. Rech. D'études Sur Droits Fondam.*, 1; Charles Alexandre KISS, « Le concept d'égalité : définition et expérience », (1986) 27-1 *Cah. Droit* 145, 147.

a. L'égalité en droit ou égalité matérielle

L'égalité en droit est de prime abord la plus simple à comprendre : elle implique que le droit traite de la même manière les personnes situées dans des situations similaires²⁴⁹. Acquis essentiel de la philosophie des Lumières qui le présente telle une évidence²⁵⁰, ce principe de l'égalité constitue l'une des assises capitales des droits de l'Homme occidentaux²⁵¹. Dès lors, il apparaît tout logiquement à la tête des premiers grands textes de droits humains du XVIII^e siècle. On retrouve ainsi sa formulation la plus célèbre au premier article de la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, selon lequel, « [l]es hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », ou sous une autre forme à l'article 6 de ce même texte : « [l]a loi est la même pour tous ». Un siècle avant, le préambule de la *Déclaration d'indépendance des États-Unis* de 1776 énonçait déjà que : « tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables ». Résistant dans sa forme la plus pure à la succession des décennies, il fut l'un des seuls principes de l'époque à ne jamais être remis en question, bien que les interprétations qui en sont données aient grandement évolué. Encore aujourd'hui, tous les grands textes internationaux, nationaux et régionaux placent l'égalité au cœur de leurs dispositions, bien souvent comme principe directeur de l'ensemble des normes édictées ensuite.

Traiter de la même manière ou, ne pas traiter différemment, on aperçoit sans fard se faufiler un principe fort familier au langage des juristes : celui de la non-discrimination. En réalité, égalité formelle et non-discrimination sont les expressions positive et négative d'un seul et même dessein. Tel qu'entendu par la doctrine canadienne, la discrimination désigne une différence établie au détriment d'un groupe ou d'un individu, liant de la sorte sa fonction à celle de l'égalité formelle. C'est donc en toute logique que l'on retrouve affirmés les principes de non-discrimination et d'égalité ensemble dans les instruments relatifs aux droits et liberté. À notre échelle, l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* y est directement consacré et prévoit que :

[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination,

²⁴⁹ E. FONDIMARE, préc., note 248, 1.

²⁵⁰ André-Jean ARNAUD et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 437.

²⁵¹ Danièle LOCHAK, « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », (2005) 49 *Droit Cult. Rev. Int. Interdiscip.* 15, par. 3.

notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.²⁵²

Au niveau provincial, c'est l'article 10 de la *Charte des droits et des libertés de la personne* qui exige que :

[t]oute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.²⁵³

Ces deux articles, très similaires, sont reconnus comme des principes directeurs fondamentaux pour l'ensemble des autres droits reconnus dans ces chartes. Outre les textes canadiens et québécois, l'égalité fait office de principe fondamental dans quasiment tous les instruments juridiques relatifs aux droits humains. En ce sens, on le retrouve notamment dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁵⁴ ou encore dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*²⁵⁵.

Avec le triomphe de cette égalité en droit, c'est toute une mutation idéologique et philosophique qui se joue et sur laquelle il importe de s'arrêter quelque peu. L'égalité de tous, c'est la consécration du « tous », cette composition des individus que l'on identifie communément au sein de la notion nouvellement saisie de « personne ». Contrairement à ce que l'*usus* nous porte à croire, le « concept de personne n'est pas une "catégorie innée de la raison", mais le fruit d'une longue conquête liée à l'aventure occidentale de l'Homme et perpétuellement susceptible d'être remise en question. »²⁵⁶. Cette aventure est étudiée par les sociologues à travers le thème de l'individualité, via ses dérivés linguistiques (individualisation, individuation et individualisme)²⁵⁷. Prise dans son acception commune, l'individualisation désigne le processus qui touche l'évolution de l'individu en tant que produit du social. Si les

²⁵² *Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982*, (1982) c. 11 (R-U), art. 15 (1).

²⁵³ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12., art. 10.

²⁵⁴ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 181, préambule, art. 1 et art. 7.

²⁵⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 182, préambule, art. 3 et art. 14.

²⁵⁶ A.-J. ARNAUD et J.-G. BELLEY (dir.), préc., note 250, p. 436.

²⁵⁷ Nous précisons le sens des différents termes suivant la majorité des sociologues, de la manière suivante : l'individualisation concerne le processus d'évolution de la place de l'individu dans la société, alors que l'individualisme cible les façons dont ce processus s'est stabilisé à certaines périodes (il en existe donc plusieurs) ; enfin, l'individuation est une des formes de l'individualisation, découlant sur l'individualisme généralisé.

sociologues diffèrent dans l'analyse qu'ils en donnent, ils s'accordent tous pour reconnaître un changement dans l'histoire des sociétés à partir duquel l'individu, qui importait peu jusqu'alors, a progressivement pris une place essentielle²⁵⁸. C'est ce processus de renforcement croissant de la place que la société accorde à l'individu que l'on nomme individualisation.

La conception de l'individu qui s'est élaborée au cours de l'histoire de la pensée occidentale s'illustre généralement en deux temps²⁵⁹. Christian Le Bart, conformément à beaucoup d'autres, rattache ces deux temps à deux formes principales d'individualisme : l'individualisme générique ou abstrait d'un côté, et l'individualisme concret ou différencié de l'autre²⁶⁰. C'est la logique en œuvre dans la première forme d'individualisation qui vient nous éclairer sur le contexte et les fondements du principe d'égalité formelle. Cette logique s'appuie sur l'individu dans une forme générique, « en référence à un principe commun à tous les individus (la raison, la religion universelle, la nature humaine, l'intérêt général...) »²⁶¹. L'individu, alors qualifié d'abstrait par François de Singly et d'universel par Georg Simmel²⁶², est issu du processus d'individuation ou d'individualisation générique²⁶³. Il exige alors d'oublier les différences pour ne tenir compte que de la commune identité de tous les individus, « comme une », nous dit Alain Renaut, « comme si nous étions un et même »²⁶⁴. La dimension normative rattachée à cette forme d'individualisme s'articule autour de la notion de « personne », expression juridique de l'individu²⁶⁵, et se révèle par la proclamation des droits de la personne ou droits de l'Homme : il existe un certain nombre de droits inaliénables que l'Homme détient du simple fait de son humanité. Ces droits naturels sont donc inhérents et communs aux personnes. C'est parmi ces derniers que l'on retrouve notre principe d'égalité.

²⁵⁸ Danilo MARTUCELLI et François de SINGLY, *Les sociologies de l'individu*, coll. Sociologie, anthropologie, n°128, Paris, AColin, 2009, p. 12.

²⁵⁹ François FLAHAULT, « Interrogations sur la conception occidentale de l'individu », dans Philippe CORCUFF, Christian LE BART, François de SINGLY et Christian SCHNEIDER-ARNSPERGER (dir.), *L'individu aujourd'hui : débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, coll. Res publica, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 191 à la page 191.

²⁶⁰ Christian LE BART, *L'individualisation*, coll. Références, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2008, p. 24.

²⁶¹ *Id.*, p. 25 et 26.

²⁶² Tel que le rapporte Christian Le Bart dans *Id.*, p. 24.

²⁶³ C'est aussi « l'individualisme hors-du-temps » développé par Louis Dumont dans *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, coll. Points. Essais, n°230, Paris, Éditions du Seuil, 1991.

²⁶⁴ Alain RENAULT, *Égalité et discriminations : un essai de philosophie politique appliquée*, coll. Couleur des idées, Paris, Seuil, 2007, p. 16.

²⁶⁵ Gilles LHUILIER, « Pour une archéologie de la discrimination (Le rire de Foucault) », dans Marie-France BUREAU et Marie MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, coll. Thèmes et commentaires. Actes, Paris, Dalloz, 2006, p. 51 à la page 65.

L'impulsion de Locke et de Rousseau, que nous avons soulignée quant à l'évolution de la conception de l'enfant, se retrouve ici autrement. Le premier nous parle en effet de « cette égalité, où sont les hommes naturellement »²⁶⁶, tandis que Rousseau affirme que « dans l'ordre naturel, les hommes sont tous égaux »²⁶⁷. C'est finalement parce que la nature crée les hommes égaux que le droit doit en faire autant, entendu que ceux-ci ont également consenti à soustraire une partie de leur liberté au pouvoir politique. On trouve en ces idées le fondement de la philosophie politique libérale²⁶⁸. Le principe d'égalité est donc un droit naturel tout autant qu'une exigence au droit positif. Dès lors, les différences sont gommées au profit de la commune humanité et de l'égalité des êtres humains²⁶⁹. C'est le sous-entendu de base que nous intégrons systématiquement dès lors qu'il s'agit de droit et qui résonne dans la catégorie abstraite des personnes : le droit « s'adresse à des sujets abstraits, à des individus dont les différences ou les appartenances n'ont pas à être prises en compte [...] tous les individus, égaux par essence, doivent être traités de façon identique »²⁷⁰.

Prise dans son acception formelle, c'est donc la neutralité qui est de mise pour le droit : il doit être le même pour tous. Pourtant, conférer des droits identiques à des personnes qui présentent certaines différences (naturelles ou situationnelles) n'est pas toujours garant d'égalité. En ce sens, respecter une égalité de droit peut aboutir à des situations inégalitaires. C'est pourquoi, à côté de cette dimension de l'égalité matérielle, qui vise une égalité de moyens, figure l'égalité concrète, qui aspire à une égalité de résultats.

b. L'égalité en fait ou égalité réelle

La décision de la Cour suprême *Andrews c. Law Society of British Columbia*²⁷¹, célèbre dans le domaine de la discrimination, mérite quelques regards, en ce qu'elle est venue enchâsser l'élargissement de l'interprétation de l'égalité, rejetant l'exclusivité de l'acception formelle du

²⁶⁶ J. LOCKE, préc., note 140, par. 5.

²⁶⁷ J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 25.

²⁶⁸ A. RENAUT, préc., note 264, p. 89 et 90.

²⁶⁹ Danièle LOCHAK, « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », (2013) 3 *Rev. Droits Homme*, 2.

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 244.

principe. Si les faits sont loin de concerner la condition des jeunes²⁷², cette décision est devenue indispensable à tout propos relatif au droit à l'égalité au Canada²⁷³. C'est en outre dans celle-ci que se dévoile une approche basée sur une égalité de résultats et non plus de moyens, une vision du principe tolérant, et parfois exigeant, des traitements différenciés entre les personnes, au nom à la fois de leurs particularités et de leur égalité vis-à-vis des autres. La constatation au fondement de cette interprétation seconde de l'égalité est celle de l'incapacité de l'égalité formelle d'accéder systématiquement à une égalité sociale. En ce sens, le juge McIntyre relève justement que « toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »²⁷⁴. Dans son autre versant et toujours selon les propos du juge McIntyre, « le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites »²⁷⁵.

Contrairement à l'égalité formelle, ce n'est plus ici l'égalité dans la loi qui est recherchée, mais l'égalité sociale de tous les êtres humains. Ainsi, le principe d'égalité précédemment posé comme une condition devient un objectif pour le droit. Cet aspect de l'égalité prend pour appui l'inégalité de fait existante entre les individus. Souvent illustrée par le rapport hommes/femmes, cette notion « renvoie aux traitements juridiques différenciés entre les femmes et les hommes, autorisés ou imposés afin de remédier aux inégalités de situations qui existent entre les femmes et les hommes »²⁷⁶. La fonction du droit passe de celle de neutralité, impliquant une absence d'action discriminatoire, à celle d'intervention directe en vue de favoriser une recherche d'égalité concrète. Pour ce faire, les mécanismes utilisés peuvent formellement paraître inégalitaires²⁷⁷. Selon André-Jean Arnaud et Jean-Guy Belley, le processus en jeu dans l'égalité réelle vise ainsi à compenser les inégalités sociales²⁷⁸ ; il s'illustre aussi par le « principe of redress » dont nous parle John Rawls²⁷⁹. Certains assimilent

²⁷² Il s'agissait de décider de la conformité de la législation de la *Barristers and Solicitors Act* de Colombie britannique, selon laquelle la citoyenneté canadienne est une condition d'admission au Barreau, au regard de la *Charte canadienne* et plus particulièrement de l'article 15 (1) garant du principe d'égalité.

²⁷³ Pour une analyse détaillée du principe d'égalité à la lumière de cette décision, on lira notamment : D. PROULX, préc., note 238 ; Marc GOLD, « Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia* », (1989) 34-4 *McGill Law J.* 1063 ; Diana MAJURY, « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada », (1990) 4-2 *Can. J. Women Law Rev. Femmes Droit* 407.

²⁷⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 244, 164.

²⁷⁵ *Id.*, 169.

²⁷⁶ E. FONDIMARE, préc., note 248, 1.

²⁷⁷ C. A. KISS, préc., note 248, 149.

²⁷⁸ A.-J. ARNAUD et J.-G. BELLEY (dir.), préc., note 250, p. 224.

²⁷⁹ Tel que mentionné dans le dictionnaire encyclopédique de Arnaud et Belley, *Id.*, p. 224.

ce principe à de la discrimination positive dans un raisonnement somme toute complexe qui sollicite certaines formes de discrimination au nom du refus de la discrimination²⁸⁰.

Au Canada toutefois, la définition retenue de la discrimination attache à la notion une connotation péjorative. En ce sens, le juge McIntyre suggère que pour constituer une discrimination, la distinction doit avoir pour effet : « d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. »²⁸¹ Il sera par conséquent difficile de penser la notion de manière positive comme œuvrant en faveur d'une égalisation sociale. Cette limite conceptuelle n'enlève cependant rien au mécanisme sous-tendant l'acceptation réelle de l'égalité, un mécanisme qui assimile une finalité située au droit. Clairement identifié au sein des grandes décisions de la Cour suprême, l'objectif poursuivi par l'égalité est l'objet de l'un des rares consensus dans la jurisprudence relative à l'article 15. Les arrêts ultérieurs réfèrent généralement aux propos du juge McIntyre, dans l'arrêt *Andrews*, selon lesquels l'objectif que poursuit l'égalité est celui de « favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. »²⁸² Le « même respect, la même déférence et la même considération » supposent un « aspect réparateur important », car en réalité, dans le passé, mais aussi dans le présent, « tous » ne sont pas traités de la même manière par les autres entités de la société. Dix ans plus tard, se fondant sur l'extrait du juge McIntyre cité ci-dessous, le juge Iacobucci complète les propos de son collègue et identifie l'objectif de l'article 15 de la manière suivante :

empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et [de] favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération²⁸³.

Ainsi défini, c'est donc la dignité ou plutôt l'égalité de tous les êtres humains que poursuit l'égalisation sociale²⁸⁴.

Depuis l'acceptation de ce mécanisme, de nombreux groupes de personnes ont bénéficié de ce processus réparateur afin de finalement s'émanciper des barrières à l'origine de l'inégalité

²⁸⁰ *Id.*, p. 185.

²⁸¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 244, 174-175.

²⁸² *Id.*, 171.

²⁸³ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 245, par. 39.

²⁸⁴ C. A. KISS, préc., note 248, 147.

motivée par des caractéristiques physiques, sociales, économiques ou idéologiques. C'est d'ailleurs ce processus-là que certains ont amalgamé, plus ou moins artificiellement, à la construction du statut juridique des enfants. Mais avant de considérer l'enfant, il nous faut préciser les motifs qui viendront soutenir ou non le recours à des mécanismes d'égalisation sociale. Rappelons que l'égalité sociale permet de redresser des inégalités primaires en jouant d'un traitement parfois inégal²⁸⁵. Pour atteindre cette égalité des êtres humains, il y a lieu d'avantager ceux qui ne l'ont pas été ou qui ne le sont pas. Il faut donc révéler les différences concrètes entre les individus et les groupes pour distinguer celles qui méritent un traitement différentiel. Si tous les êtres humains étaient égaux de fait, l'égalité formelle suffirait à atteindre une égalité sociale ; et c'est donc l'inégalité initiale qui justifie une différence de traitement au profil évidemment de ceux que l'inégalité défavorise. L'origine de cette inégalité peut être de deux types : soit cette inégalité est issue d'un processus historique qui a volontairement défavorisé un groupe d'individus, il s'agit alors d'une différence artificielle en ce qu'elle est créée par la société et exige réparation au sens premier du terme ; soit l'inégalité est inhérente au groupe ou personnes ciblées, elle est alors une caractéristique propre à l'individu qui s'observe de manière objective. Nous détaillerons ces deux types d'inégalités sources d'actions positives dans la prochaine partie, en les analysant directement en rapport avec les enfants.

Le principe de l'égalité tel qu'il fût esquissé ici dans ses deux dimensions, formelle et réelle, nous servira à présent de filtre d'analyse à la conception juridique de l'enfant : sa commune identité avec l'adulte semblerait prôner la reconnaissance de droits égaux ; en revanche, son altérité pourrait-elle motiver une différence de traitement au nom de l'égalité sociale ?

2. *L'enfant du droit — cet alter ego*

Afin d'examiner comment l'enfant est abordé dans la rhétorique de l'égalité, pour en dégager les fondements juridiques, nous reprendrons successivement les approches théoriques que nous avons dégagées dans les propos précédents. Nous interrogerons tout d'abord la

²⁸⁵ D. LOCHAK, préc., note 251, par. 4.

considération de l'enfant dans une perspective d'égalité formelle (a), pour ensuite analyser ce qu'il en est dans sa perspective réelle (b).

a. L'enfant dans la rhétorique de l'égalité formelle : une personne humaine

Commençons tout d'abord avec l'égalité formelle qui, rappelons-le, impose de traiter les personnes comme égaux par nature, et donc de leur octroyer des droits identiques. Si l'on reprend la conception abstraite de la personne des Lumières qui consistent à y assimiler tout être humain, en reconnaissance de leur commune humanité, la place de l'enfant serait alors à l'égal de celle de l'adulte. Le droit connaissant un rapport direct avec toute personne humaine, il touche donc à l'enfant de par sa nature même. On retrouve ici les perspectives de Locke et Rousseau d'après lesquelles l'enfant partage une identité commune avec l'adulte. Selon eux, les hommes possèdent des droits naturels égaux dès leur naissance : ces droits sont donc les mêmes que l'on considère la personne à l'âge adulte ou lorsqu'elle n'est encore qu'un enfant. Autrement dit, la nature humaine étant partagée tant par l'enfant que par l'adulte, les droits inhérents à cette nature sont également détenus par ces deux types d'individus. Partant, les droits de l'enfant se fondent dans les droits de l'homme²⁸⁶.

Tel qu'il se décline aujourd'hui, le droit des enfants est pour une part fidèle à cette logique : l'enfant étant un être humain, on lui reconnaît liberté et égalité²⁸⁷. Les grands principes à la base des droits fondamentaux, que l'on attribue naturellement à toute personne humaine, sont ainsi repris dans les textes relatifs aux droits de l'enfant. L'exemple le plus marquant s'illustre à nouveau dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Nous avons d'ailleurs déjà référé au préambule de ce texte dans nos propos relatifs à Locke, mais rappelons-en ici un extrait très révélateur :

considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine ainsi que l'égalité et le caractère inaliénable de leurs droits sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ;

²⁸⁶ Guilherme Assis de ALMEIDA, Bibiana GRAEFF, Dorothée GUERIN et Maxime PERON, « L'enfant sujet des droits de l'homme : réflexions en Droit français et en Droit brésilien », (2019) 11-2 *Rev. Estud. Const. Hermenêutica E Teor. Direito* 220, 222.

²⁸⁷ Dominique YOUNG, « Construire un droit de l'enfance », (2002) 121-4 *Le Debat* 158, 158 ; Marie-Claude BLAIS, « Une libération problématique », (2002) n° 121-4 *Le Debat* 140, 141.

ayant à l'esprit le fait que les peuples des Nations Unies ont, dans la Charte, proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme et dans la dignité et la valeur de la personne humaine[...] ;

reconnaissant que les Nations Unies, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont proclamé et sont convenues que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qui y sont énoncés, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ;²⁸⁸

Le rappel de ces principes fondamentaux des droits humains dans un texte qui concerne les enfants vient matérialiser l'idée que ceux-ci en sont aussi titulaires, pour la simple raison qu'ils appartiennent à cette catégorie abstraite de « personne » référée par lesdits principes. La seconde contribution de cet extrait à nos réflexions concerne directement le principe de l'égalité. Le passage ici souligné vient affirmer textuellement ce que nous avons dégagé plus tôt : le principe de l'égalité des droits concerne tant les enfants que les adultes (tous les membres de la famille humaine) et il constitue l'un des fondements de « la liberté, la justice et la paix dans le monde ».

Par ailleurs, dans la perspective de l'égalité formelle, les grands principes qui sont énoncés dans les textes de droits fondamentaux québécois et canadien demeurent également applicables à tous, y compris aux enfants. Qui plus est, tant la Charte canadienne²⁸⁹ que la Charte québécoise²⁹⁰ mentionnent expressément l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, caractéristique apparemment toute donnée pour distinguer l'enfant. La non-discrimination constituant un aspect crucial de la promotion de l'égalité formelle, on peut déceler en ces dispositions la promotion indirecte de l'égalité de droits entre les enfants et les adultes, replaçant l'enfant au cœur des questionnements sur l'égalité²⁹¹.

Cette reconnaissance de l'égal traitement à toutes les personnes humaines constitue donc l'assise idéologique de tout un ensemble de normes juridiques s'appliquant tant à l'enfant qu'à l'adulte. Pensons entre autres au droit à la vie, à la dignité, à la vie privée, aux libertés de religion, d'opinion, d'expression, etc.

²⁸⁸ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 99, préambule, nos soulignements.

²⁸⁹ *Charte canadienne des droits et libertés, Partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 252, art. 15.

²⁹⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 253, art. 10.

²⁹¹ Colleen SHEPPARD, « Children's Rights to Equality: Protection versus Paternalism Comparative Health Law », (1992) 1 *Ann. Health Law* 197, 198.

Néanmoins, si l'on porte exclusivement attention à la signification première de l'égalité, ou plutôt à sa dimension matérielle, c'est aussi tout un pendant relatif à la situation de l'enfant que l'on tait dangereusement. En effet, comme nous l'avons mentionné, l'égalité en droit étant une égalité de moyens, elle fait fi des différences et exhorte aux mêmes droits pour tous. L'enfant étant naturellement plus faible que l'adulte, tant dans sa maturité physique que psychique, cette faiblesse perdurera si on lui attribue exactement les mêmes droits. C'est d'ailleurs plus généralement la limite inhérente à la seule prise en compte de l'acception formelle de l'égalité : à traitement égal, certaines personnes seront désavantagées. Lorsqu'il s'agit des enfants, aucun doute quant à certaines faiblesses dues à leur jeune âge. Or, si l'on se contente d'affirmer leur égalité formelle avec l'adulte, on néglige dangereusement cette inégalité de forces et aucun moyen n'est plus pris pour y pallier, notamment par une protection supplémentaire.

Par ailleurs, si l'égalité formelle ne suffit pas à envisager la place de l'enfant, l'inégalité formelle n'y parvient pas plus : ainsi, l'argumentation relative aux droits de l'enfant peut vite se retourner contre elle-même et, à l'inverse de soutenir l'égalité enfant/adulte, venir justifier le traitement inégal de ces deux sujets. Tel que le relève Colleen Sheppard, s'en tenir à la vision de l'égalité comme impliquant seulement de traiter pareillement les situations similaires peut aussi soutenir un traitement différentiel de l'adulte et de l'enfant dans la mesure où ils connaissent des situations différentes²⁹². À cet égard, la différence de traitement de l'adulte et l'enfant puise étrangement sa justification dans la reconnaissance même de l'égalité, ou plutôt de l'inégalité. On se contente alors de séparer drastiquement les situations de l'enfant et de l'adulte et donc les droits qui s'y rattachent. L'achoppement affecte alors l'ensemble des droits fondamentaux : si l'égalité en droit est inhérente à la personne humaine, séparer drastiquement la situation de l'enfant de celle de l'adulte revient à remettre en question l'appartenance de l'enfant à la catégorie de personne. En effet, le droit à l'égalité étant l'un des socles sur la base duquel s'érigent les autres droits fondamentaux, c'est l'ensemble qui s'écroule s'il fait défaut.

Finalement, appliqué au groupe des enfants, le principe de l'égalité achoppe s'il n'est entendu que dans son acception formelle. C'est également à cette conclusion que parvient la professeure Colleen Sheppard dans son analyse :

To breathe life into non-discrimination rights for children, therefore, it is necessary to expand and rethink our understanding of equality. At the core of this reconceptualization

²⁹² *Id.*, 199.

is an approach to equality that is not premised on treating everyone the same. Instead, it is based on a concern for generating equality of results potentially through the application of differential treatment to respond to the myriad and diverse needs of individuals and groups in society, including children.²⁹³

Il convient donc à présent d'envisager l'égalité concrète, car cette seconde dimension de l'égalité pourrait permettre l'application de traitements différents en accord avec la grande diversité des besoins des individus et des groupes, et ici, des enfants.

b. L'enfant dans la rhétorique de l'égalité réelle : une personne vulnérable

L'égalité réelle prend acte des différences dans les situations initiales dans le but de pallier les écarts et de tendre vers une égalité finale. La personne, ou le groupe de personnes, défavorisée par cet écart se verra soutenue par des mesures plus avantageuses. À l'origine, tout le processus se joue donc sur la reconnaissance de cet écart situationnel. Ce dernier, dans la mesure où il augure d'un désavantage par rapport à un modèle déterminé, ici la personne abstraite des droits de l'homme, s'assimile à une vulnérabilité. Considérons quelque temps ce concept qui nous semble particulièrement à propos pour embrasser la situation de l'enfant.

L'expression vulnérabilité, qu'elle réfère à des personnes ou à des situations, n'est pas présente dans la loi québécoise ou canadienne. Nous le verrons pourtant, elle peut être considérée comme l'origine de bon nombre de normes, notamment parmi celles concernant les enfants. Bien qu'absent de la loi, les juges n'hésitent toutefois pas à user de ce concept²⁹⁴, de même que la doctrine y fait honneur. Un ouvrage dirigé par Frédérique Cohet-Cordey fait d'ailleurs état des réflexions menées dans le cadre d'un colloque consacré à la vulnérabilité et au droit²⁹⁵. Révélant l'inconfort des juristes face à ce concept, il semble cependant se dégager un certain consensus sur cette notion qui se définit alors comme « l'état d'une ou plusieurs personnes qui, à un moment donné, n'ont pas la capacité de résister à une agression, à une sollicitation, voire à une accusation »²⁹⁶. On lui accole couramment une synonymie avec des

²⁹³ *Id.*, 199 et 200.

²⁹⁴ Tel que nous le verrons par la suite, voir *infra*, Partie I, chap. 3, B, 1, a.

²⁹⁵ Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000.

²⁹⁶ Xavier PIN, « La vulnérabilité en matière pénale », dans Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 119 à la page 122.

termes tels que *faiblesse* ou encore *fragilité*²⁹⁷. Cette notion est relative puisqu'elle n'a trait à la situation d'une personne qu'en rapport à une autre personne — d'où notre intérêt lorsqu'il s'agit d'identifier une différence qui soit source d'inégalité. Elle ne se révèle que dans une relation interpersonnelle que Xavier Pin identifie comme un rapport de force, lui-même signe d'un déséquilibre excessif²⁹⁸. L'incapacité de résistance caractérisant la personne vulnérable entraîne, dans une logique juridique, l'augmentation des risques de préjudices. Dans une même situation, une personne vulnérable aura plus de chance de subir un dommage qu'une personne non vulnérable.

Pour pallier ce déséquilibre, un arsenal normatif ciblé vient apporter une protection supplémentaire à ces personnes tentant finalement de conjurer les risques auxquels ces personnes sont exposées de manière excédentaire²⁹⁹. La logique idéologique sous-tendue par ces prises de position normatives renvoie à une volonté, taxée de paternaliste à son extrême, de protéger les plus faibles. Rapportée au principe de l'égalité concrète, la vulnérabilité est donc un motif tout de long pertinent pour soutenir une différence de traitement à l'avantage de ceux qui en sont touchés. L'exercice du traitement préférentiel prendra conséquemment la forme d'un renforcement protectionnel, assimilant l'idée que les plus vulnérables sont les plus exposés au risque.

À l'image de son rapport à l'enfant³⁰⁰, la prise en compte par le droit des personnes vulnérables est passée de l'ignorance à un accroissement exponentiel de considération et d'engagement. Parti pris non plus pour défendre les statuts sociaux des puissants, mais bel et bien pour contrer la démesure avec laquelle ces derniers supplantent les autres. Dès lors, le droit prend en compte la vulnérabilité comme une situation de fait propre à la personne vulnérable. C'est exactement selon cette logique que se sont bâties les premières dispositions juridiques s'intéressant à l'enfant. Celles-ci révèlent la perception de l'enfant comme une personne vulnérable par nature, qu'il convient, de ce fait, de *sur*-protéger pour contrer les déséquilibres

²⁹⁷ Frédérique COHET-CORDEY, « Rapport de synthèse », dans Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 322 à la page 323.

²⁹⁸ X. PIN, préc., note 296 à la page 122.

²⁹⁹ Frédérique FIECHTER-BOULVARD, « La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit », dans Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 13 à la page 18.

³⁰⁰ Pour une évolution plus récente de la vulnérabilité de l'enfant et de la réponse juridique qui lui ait apportée, on lira Anne-Sophie BRUN et Camille GALLIARD, « La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée : évolution historique de 1804 à nos jours », dans Frédérique COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 145.

inhérents à ses rapports avec les personnes adultes. : « parce qu'un enfant est mineur il mérite d'être particulièrement protégé par des mesures préventives [...] Un ensemble de dispositions doit permettre de conjurer les risques auxquels est exposé par nature le mineur »³⁰¹. Du fait de son immaturité, tant physique que psychique, l'enfant est objectivement plus faible que l'adulte. Il représente alors « une proie faible et facile pour ceux qui sont sans scrupules »³⁰², nécessitant dès lors l'action du droit. C'est sous ce volet que se justifie l'incapacité de l'enfant qui apparaît alors comme la traduction juridique d'une vulnérabilité préalablement tenue pour acquise par le droit³⁰³. Tel que nous l'avons déjà mentionné lors de notre survol historique, les premières dispositions qui, sur le plan international, se sont préoccupées du sort de l'enfant sont d'ailleurs le parfait reflet de cet égard tranché pour la vulnérabilité du jeune. En ce sens, les déclarations sur les droits de l'enfant de 1924 et de 1959³⁰⁴ embrassent foncièrement cette acception protectrice de l'enfant³⁰⁵.

Sur le plan québécois, la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁰⁶ est entièrement fondée sur l'idée de vulnérabilité. Cette dernière est même double : la loi vise l'enfant, vulnérable par nature, qui plus est, dont la sécurité ou le développement est compromis, vulnérable donc par la situation qu'il vit. On retrouve dans les justifications mêmes de cette loi l'idée que l'enfant est l'individu le plus vulnérable auquel on puisse penser. Cet accent porté sur la vulnérabilité se dégage d'ailleurs des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi ou des modifications qu'elle a successivement connues³⁰⁷.

Replaçant cette vulnérabilité au cœur de nos propos sur l'égalité, c'est donc la caractéristique qui marque l'écart situationnel source de mesures favorisantes dans l'approche d'égalisation sociale. Celle-ci peut être de deux types dont la détermination mettra en place des mécanismes qui, du moins dans leur justification, diffèrent : soit la vulnérabilité est créée

³⁰¹ F. FIECHTER-BOULVARD, préc., note 299 à la page 18.

³⁰² A.-S. BRUN et C. GALLIARD, préc., note 300 à la page 146.

³⁰³ F. FIECHTER-BOULVARD, préc., note 299 à la page 18.

³⁰⁴ *Déclaration des droits de l'enfant*, préc., note 91.

³⁰⁵ Irène THERY, *Le démariage : justice et vie privée*, coll. Poches Odile Jacob, n°60, Paris, OJacob, 2001, p. 405.

³⁰⁶ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41.

³⁰⁷ Par exemple, on lira l'adoption de principe du projet de Loi 125 dans lequel Mme Deslile, la ministre dépositaire du projet de Loi, rappelle à de multiples reprises que cette loi vise à protéger les plus vulnérables *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec deslile*, (2005) Projet de loi n° 125 - Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives. Adoption du principe, 37e législature (Vol. 38 N° 176), en ligne : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/assemblee-nationale/37-1/journal-debats/20051027/2813.html#_Toc118275947> (consulté le 13 mars 2019).

artificiellement, par la société, soit elle est propre aux personnes touchées, à leurs caractéristiques naturelles. Or, nous le verrons, si la justification du traitement de l'enfant selon le principe d'égalisation concrète palliant des vulnérabilités artificielles s'essouffle rapidement (i), il en va différemment lorsque l'on considère cette vulnérabilité comme inhérente à sa personne (ii). Nous proposons à présent de considérer ces deux hypothèses au regard de la situation de l'enfant.

L'enfance opprimée ?

Les théories de l'égalisation sociale ou de la discrimination positive ont atteint leur notoriété en réponse à la montée du féminisme. Elles constituèrent à ce titre un des moyens avancés dans le but de parvenir à l'égalité entre les sexes. On retrouve encore aujourd'hui bon nombre de dispositions privilégiant les femmes, en termes d'accès et de moyens, afin de pallier leur inégalité de fait. Face à cet essor, les écrits vont bon train et de nombreux chercheurs se concentrent sur ce phénomène, explorant ses origines, justifiant sa présence et considérant son avenir. Ce qui ressort de ces derniers, lorsqu'ils s'attachent à analyser l'origine de l'inégalité des sexes (fondement du traitement préférentiel), est sa construction sociale. Il n'y a pas lieu naturellement de différencier l'homme et la femme dans leur traitement juridique : dans son acception moderne et relative aux droits fondamentaux, la *personne* est en effet entendue comme un « concept du sujet moral philosophique, en tant qu'être humain libre, autonome, pourvu de qualités juridiques intrinsèques, inhérentes à son humanité, indépendamment de toute appartenance sociale et politique »³⁰⁸, et sexuelle rajoutons nous.

Il existe certes des différences inhérentes entre l'homme et la femme, mais ces dernières ne devraient pas jouer dans la consécration de leurs droits fondamentaux. Si tel est le cas aujourd'hui, c'est uniquement pour contrer le fait que tel fut le cas dans le passé ! En effet, la consécration des droits de la personne se fit tout d'abord en faveur de l'homme. La femme, bien que détentrice de certaines dispositions générales, était alors soumise à la domination masculine. Les droits civils et politiques de la femme demeuraient bien moindres que pour

³⁰⁸ Jean-François NIORT, « Personne et discrimination : approches historique et théorique », dans Marie-France BUREAU et Marie MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, coll. Thèmes et commentaires. Actes, Paris, Dalloz, 2006, p. 15 à la page 21.

l'homme³⁰⁹, nonobstant la femme mariée qui était largement tributaire des droits de son époux. L'objectif n'est pas ici de détailler et d'analyser les différentes étapes ayant marqué l'évolution du droit des femmes, mais, plus modestement, de comprendre que l'actuelle égalisation sociale mise de l'avant par certaines normes juridiques vient s'ériger contre une vulnérabilité socialement et artificiellement construite dans le passé. Cette vulnérabilité est clairement marquée par une société patriarcale advenant d'une oppression des femmes par les hommes. Là est la clef du mouvement actuel qui justifie l'idée de l'*émancipation* ou de la *libération* des femmes. La vulnérabilité de laquelle elles sont marquées émane de l'oppression dont elles ont été victimes et qui, selon les valeurs sociales contemporaines, n'est pas justifiée. Le vocable utilisé pour désigner les mesures d'égalisation sociale démontre bien la position moralement désuète qu'il s'agit de réparer : « mesures positives », « mesures de compensation », « mesures de redressement ». En outre, le caractère généralement limité dans le temps et facultatif de ces dispositions³¹⁰ conforte l'idée d'une politique nécessaire pour corriger une politique antérieure³¹¹.

De manière plus globale, le mouvement d'égalisation sociale s'est inscrit dans l'histoire de l'émancipation de nombreux groupes opprimés : les femmes, les travailleurs, les noirs, les esclaves, etc. Il s'agit dès lors, d'accorder des outils compensatoires à ces groupes afin qu'ils intègrent le monde public et deviennent, à l'égal de l'homme bourgeois blanc constitutif initial de la catégorie abstraite de personne, à la fois produit et producteur social. Le juge McIntyre parle ainsi de « désavantage historique » pour désigner l'inégalité de ces groupes défavorisés au lendemain de l'oppression qu'ils ont subie dans le passé. Les traitements avantageux qui leur sont accordés aujourd'hui s'inscrivent dans un mécanisme d'égalisation sociale et, s'ils prévoient une différence de traitement, ce n'est que pour parvenir une meilleure égalité de fait.

Ce mécanisme de libération des groupes opprimés rencontre donc un fort succès pour pallier les stéréotypes basés sur le sexe, la race ou encore la condition sociale ; peut-il aussi jouer au bénéfice de l'enfant ? Auquel cas, on assimilerait ses différences d'avec l'adulte au résultat d'une oppression politique.

³⁰⁹ Pour ne citer que les plus célèbres, le droit de vote, le droit de conduire, le droit d'ouvrir un compte bancaire, les droits vis-à-vis de ses enfants (soumis à la puissance paternelle), etc.

³¹⁰ Voir en ce sens les propos d'Elsa Fondimare dans préc., note 248, 4 et 5.

³¹¹ A. RENAUT, préc., note 264, p. 19.

La toute-puissance paternelle puis l'autorité parentale placent indiscutablement l'enfant dans une situation de dépendance et limitent sa liberté de choix et sa capacité décisionnelle, des caractéristiques pourtant propres la personne humaine. Cette absence d'autonomie est au cœur du parallèle établi entre des groupes de personnes ayant bénéficié des actions positives du droit pour parvenir à l'égalité et la montée en puissance des droits de l'enfant. La situation de l'enfant dépendant directement de son père, puis de ses parents, serait ainsi regardée comme une oppression que le droit devrait aider à combattre dans le but de libérer les enfants.

L'idée est tentante sous de nombreux aspects, tel que le relève Violaine Lemay au sujet de la situation juridique des enfants au Québec, qui est, selon elle, « techniquement comparable à celle des femmes : une position d'émancipation récente face aux privilèges traditionnellement détenus par les chefs de famille masculins, une position d'accession nouvelle et entière à la modernité juridique. »³¹² Néanmoins, l'amalgame avec les autres groupes opprimés connaît des limites telles qu'il ne peut que révéler l'échec de la tentative de rattachement exclusif aux processus émancipatoire des groupes opprimés.

Un tel processus impliquerait en effet de considérer les enfants comme ayant été victimes d'une oppression politique. Et c'est sur cette assimilation qu'achoppe la construction intellectuelle. Principale cause en est l'écart de nature entre la situation de dépendance des enfants et celle des autres groupes qui, ultimement, rend l'objectif d'émancipation des groupes sociaux inadéquat dans le cas des enfants : la dépendance et la vulnérabilité des groupes opprimés est une création artificielle et nuisible : si les individus sont tous égaux, il ne peut être envisagé que les femmes dépendent des hommes, que les esclaves soient la propriété de leurs maîtres, que les homosexuels disposent de moins de liberté que les hétérosexuels, etc. Du côté de l'enfant en revanche, sa vulnérabilité est due à son jeune âge, c'est une caractéristique naturelle et non artificielle. L'enfant est immature à ses débuts, il est plus faible qu'un adulte, il dispose de moins de capacités physiques et psychiques ; et cette affirmation n'est pas basée sur des conceptions idéologiques, mais bel et bien sur un état de nature.

Ainsi, l'enfant ne peut tendre à intégrer le groupe des adultes, car on ne peut oublier sa vulnérabilité. On ne peut déconstruire ses faiblesses pas plus que l'on ne peut gommer son inégalité matérielle. Aucune dépendance n'a été produite artificiellement et on ne peut y mettre

³¹² Violaine LEMAY, « Mutations contemporaines des représentations de l'enfant par le droit : quel impact sur la représentation de l'enfant devant les tribunaux », dans Benoît MOORE, Cécile BIDEAU-CAYRE et Violaine LEMAY (dir.), *La représentation de l'enfant devant les tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 1 à la page 5.

fin par un changement politique ou social. La différence fondamentale avec les autres lieux de pouvoir réside dans le fait que les parents et éducateurs, ceux qui pourraient être assimilés aux oppresseurs dans le cas des enfants, cherchent à réduire la dépendance et les incapacités des enfants. Ils n'aspirent pas, du moins en principe, à ce que cette dépendance perdure. On s'aperçoit dès lors que ce n'est pas directement la reconnaissance de la vulnérabilité de l'enfant dont il est question, mais précisément les significations et les conséquences que le droit va y apposer. Ainsi, tel que le soulignent les théoriciens Alan Prout and Allison James : « [t]he immaturity of children is a biological fact of life but the ways in which this immaturity is understood and made meaningful is a fact of culture. »³¹³

Reprenant ces limites à l'assimilation des enfants aux groupes opprimés par la rhétorique des droits fondamentaux, Onara O'Neill conclut à quatre erreurs dans l'analogie³¹⁴ : la dépendance n'est pas artificiellement construite, on ne peut y mettre fin par des changements politiques ou sociaux, il n'y a pas de réciprocité d'obligations entre les « oppresseurs » et les enfants et enfin, les « oppresseurs » ne souhaitent pas voir la dépendance perdurer³¹⁵.

En outre, le but de la discrimination positive des groupes opprimés est de positionner ces groupes à l'égal de ceux qui les oppressent : les femmes doivent avoir les mêmes droits que les hommes. Les enfants eux n'intègrent jamais l'espace public au même titre. Ils accèdent à l'égalité lorsqu'ils deviennent adultes, mais jamais en tant qu'enfant. Finalement, tel que Sylvie Mesure l'affirme, on se trouve donc face à « une analogie illusoirement établie entre la dépendance de l'enfant et celle des groupes sociaux opprimés. »³¹⁶ Pour finir, reprenons les propos d'Alain Renaut qui résume très justement nos conclusions :

La principale objection formulée en effet contre la rhétorique des droits fondamentaux de l'enfant consiste ici à manifester que cette rhétorique procède d'une analogie illusoire établie entre la dépendance des enfants et celle des groupes sociaux opprimés. Du fait que les groupes sociaux opprimés ont pu, voire ont dû faire référence à des droits fondamentaux de l'être humain, on a tendu à en induire que l'émancipation de l'enfant à l'égard des abus et contraintes de toutes sortes passe elle-même nécessairement par la reconnaissance de droits fondamentaux de l'enfant. Or, cette analogie serait illusoire, en ce sens qu'il y a une différence de nature entre la dépendance de l'enfant et celle des autres

³¹³ Allison JAMES et Alan PROUT, « A New Paradigm for Sociology of Childhood? Provenance, Promise and Problems. Alan Prout and Allison James. Introduction », dans Allison JAMES et Alan PROUT (dir.), *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*, London, New York, Falmer Press, 1990, p. 7 à la page 7.

³¹⁴ Onora O'NEILL, « Children's Rights and Children's Lives », (1988) 98-3 *Ethics* 445, 461 à 463.

³¹⁵ M. D. A. FREEMAN, préc., note 87, p. 25 et 26.

³¹⁶ Sylvie MESURE, « L'enfant entre droit et sollicitude – Réflexions à partir d'Onara O'Neill », dans François de SINGLY et Sylvie MESURE (dir.), *Le lien familial*, 1re éd., coll. Comprendre, n°2, Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 87 à la page 89.

groupes sociaux opprimés, et qu'en vertu de cette différence la transposition de la thématique des droits fondamentaux serait égarant. Certes, les enfants, comme les groupes opprimés, sont dans une situation de faiblesse, ils sont même plus fondamentalement faibles que les groupes opprimés : leur faiblesse est intrinsèque, alors que celles des groupes opprimés correspondent plutôt à un affaiblissement extrinsèque, produit par l'oppression elle-même. Les enfants, eux, sont vulnérables en tant qu'enfants, mais ils ne le sont pas « de façon permanente », puisque « leur principale solution est de grandir » : tout leur problème est ainsi, non pas de renverser une oppression, mais de « faire confiance, plus que les autres êtres faibles, aux pratiques sociales et aux institutions » pour les aider à grandir et à devenir moins faibles.³¹⁷

Si la situation de l'enfant ne peut être comparable à celle d'une oppression, sa dépendance à d'autres n'en demeure pas moins réelle ; de même en est sa place d'inégalité avec les adultes et la certitude de sa vulnérabilité plus marquée. Comme l'ont affirmé Locke et Rousseau notamment, l'enfant est plus faible, que ce soit sur le plan physique ou psychique. Pour parvenir à une égalité de résultat, il faudra donc pallier cette faiblesse naturelle. La différence de l'enfant, contrairement à celle des femmes par exemple, est un acquis de la nature que l'on identifie à une plus grande vulnérabilité. C'est ce concept de vulnérabilité que nous soulevons comme déterminant de la différence entre l'enfant et l'adulte et pour lequel le droit nous semble procéder tel un instrument stabilisateur d'égalité sociale. Faiblesse de nature, peut-on alors assimiler cette différence à une déficience ?

L'enfance déficiente ?

Aux côtés des groupes que l'on a considérés comme opprimés, il existe d'autres personnes qui bénéficient de traitements juridiques favorables, toujours sur la base d'une inégalité initiale, mais qui est cette fois-ci propre la personne et à ses caractéristiques. L'exemple type de ces situations est celui des personnes avec des déficiences mentales ou physiques. Ces dernières vivent des situations dans lesquelles elles ne sont pas sur un pied d'égalité avec les autres personnes en raison de leurs déficiences. Le juge Sopinka fut l'un des premiers à détailler ce que le droit peut alors mettre en place en vertu de l'article 15 de la Charte. Selon lui, il faut dans ces cas identifier les caractéristiques de ces personnes ou groupes pour les accommoder en conséquence³¹⁸. Il s'explique ainsi :

[q]u'il s'agisse de l'impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d'une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l'attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d'une rampe

³¹⁷ Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 427.

³¹⁸ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 RCS 241, par. 67 (CSC).

d'accès. C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. [...] C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l'adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l'objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.³¹⁹

La dynamique s'inverse alors et ce n'est plus un traitement différent, mais l'absence de traitement différent qui devient discriminatoire. Comme l'analyse Daniel Proulx, si la mesure législative peut faire des distinctions dans le but de promouvoir l'égalité réelle, cela devient une obligation pour pallier les déficiences³²⁰. Le renversement est complet, et c'est bien la nature, intrinsèque ou extrinsèque, de la différence qui en est au cœur. Ce changement d'approche implique *de facto* de ne plus se concentrer sur la situation d'une personne ou d'un groupe en fonction d'un autre, mais bien de recentrer la mesure sur ses propres besoins afin de s'y adapter en conséquence³²¹. Évidemment la finalité demeure l'égalité concrète et la protection de la dignité humaine inhérente à chaque être humain. Pour y parvenir cependant, on doit prendre en compte les caractéristiques de ceux qui, en raison de motifs habituellement taxés de discriminatoires, n'ont pas les mêmes besoins.

La Cour suprême du Canada est venue consacrer cette approche en 1985³²², reconnaissant pour la première fois l'obligation d'adopter des mesures d'accommodements raisonnables. Ces dernières devront tenir compte des besoins spécifiques des individus en prévoyant un accommodement à même de contrer le traitement défavorable qu'impliquerait une mesure identique pour tous. Pour juger de ces mesures à la lumière de l'article 15 de la Charte, de nouveaux éléments seront pris en considération. Comme il se dégage de l'arrêt *Law*³²³, on s'attachera spécifiquement à la correspondance de la mesure aux besoins, capacités ou à la situation personnelle de la personne, ainsi qu'à l'effet améliorateur de la mesure³²⁴. Ce dernier facteur allège considérablement la position du législateur dans l'adoption des politiques sociales. En effet, les juges se refusent à trop ingérer dans le choix des programmes sociaux visant les groupes défavorisés : ils se limiteront à contrer leur absence et, si prouvée par le demandeur, la non-correspondance entre leurs objectifs et les besoins des groupes visés en laissant une très large marge de manœuvre aux décideurs. Ainsi, après avoir passé en revue

³¹⁹ *Id.*

³²⁰ D. PROULX, préc., note 247, 210.

³²¹ *Id.*, 209 et 210.

³²² *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 (CSC).

³²³ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 245, par. 69 à 71.

³²⁴ Daniel Proulx analyse ces éléments comme des facteurs disculpants dans préc., note 247, 244 à 255.

l'analyse par la Cour suprême de ce facteur disculpant dans 3 décisions majeures³²⁵, Daniel Proulx se rend à l'évidence :

en matière d'avantages sociaux destinés à des groupes défavorisés particuliers, les gouvernements jouissent d'une très grande latitude. La Cour suprême [...] se montre très peu disposée à intervenir dans l'arbitrage des dépenses de l'État liées aux politiques sociales au nom du droit à l'égalité.³²⁶

Ces précisions apportées, revenons à nos propos sur l'enfant : nous avons réfuté la possibilité d'analogie entre les enfants et les groupes opprimés en se fondant notamment sur la nature intrinsèque de la situation de l'enfant. Ses désavantages, physiques et psychiques, font partie de lui ; ils sont directement imputables à son jeune âge et non à ce que la société, ou les puissants, en pensent. Nous n'excluons pas ici le fait qu'il ait existé, et qu'il existe probablement encore, des images faussées et des stéréotypes construits au sujet des enfants. La notion d'âgisme, désignant généralement ce type de préjugés sociaux basés sur l'âge, a certainement raison d'être dans bien des situations. Toutefois, et en amont de ces préjugés socialement construits, c'est bel et bien la nature de l'enfant que de posséder des capacités moindres que celles que l'on attribue à l'adulte. Mais est-ce pour autant une déficience ? L'affirmative reviendrait à considérer toutes les caractéristiques de l'enfant par la négative : l'enfant n'est pas adulte, il n'est pas mature, il n'est pas capable, il n'est pas fort, etc. Et pour ces raisons, il faut venir combler l'écart entre ce qu'il est et ce qu'il doit être. C'est une conception très négative de l'enfant, dont la critique peut d'ailleurs s'élargir à l'approche juridique des personnes déficientes. Le seul choix du terme en témoigne, ces personnes sont qualifiées par la présence d'un déficit, alors qu'en termes plus positifs, nous pourrions sinon les envisager comme des personnes pour qui le droit renforce les relations de soins et de protection, tel que le propose Martha Minow pour les enfants³²⁷.

Ce faisant, on situe l'enfant en considération de ce qu'il devrait être. L'adulte étant le modèle de référence, tout ce qui l'en diffère est une faiblesse qu'il faut compenser par le juridique. Ici encore, on se retrouve dans la ligne de pensée de Locke qui, rappelons-le, voyait l'enfant pour ce qu'il deviendrait, et non pour son présent. Si l'on souligne ainsi la correspondance entre le droit des enfants et la représentation sociale de l'enfant, on peut dès

³²⁵ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 245; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 RCS 703 (CSC); *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 RCS 950 (CSC).

³²⁶ D. PROULX, préc., note 247, 253.

³²⁷ Martha MINOW, « Rights for the next generation: a feminist approach to children's rights », (1986) 9 *Harv. Womens Law J.* 1, 16.

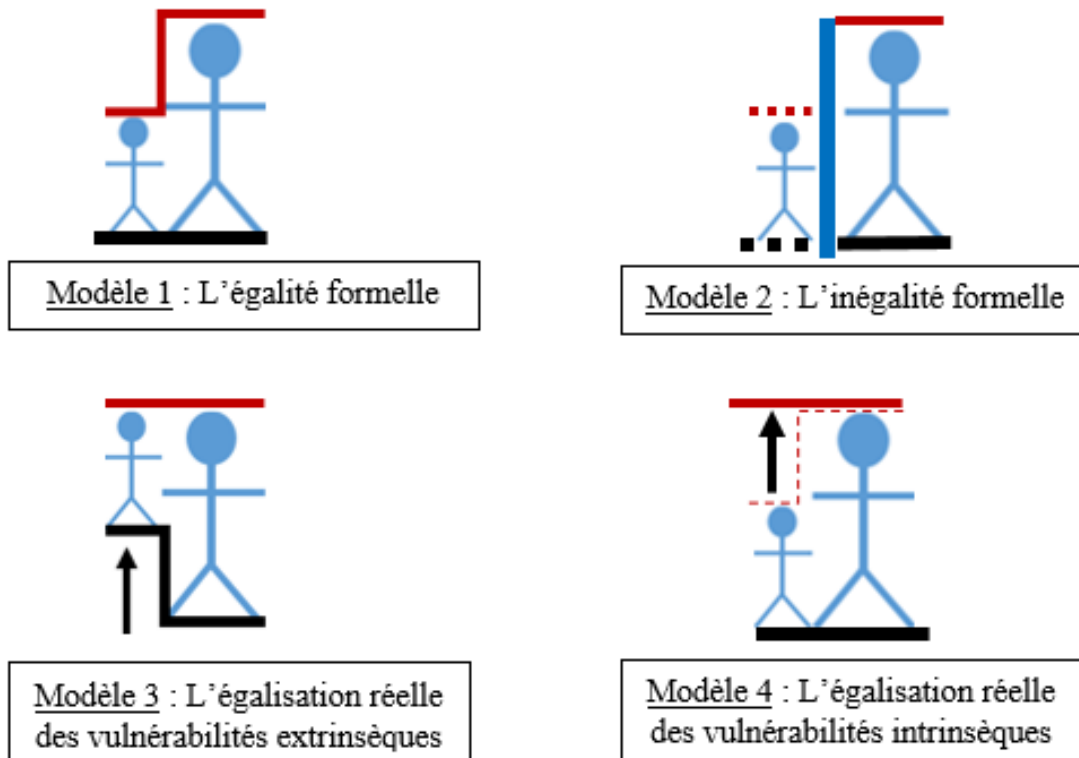
lors envisager une autre approche juridique qui se ferait, quant à elle, en réponse à la conception rousseauiste. Il s'agirait alors de penser l'enfant en tant que tel, non plus en rapport avec l'adulte, mais comme « autre ». Le droit s'y afférant ne viserait plus à consacrer ou générer un quelconque rapport égalitaire : il serait celui de l'enfant au présent. Par ailleurs, la seconde faiblesse que nous descellons dans l'approche juridique de l'enfant en termes de défaillance réside dans son incapacité à prendre en compte les différences autrement que de manière statique. Ainsi, la mouvance propre à l'enfant limite l'analogie : en effet, à mesure que ce dernier grandit, les différences s'estompent jusqu'à disparaître complètement, en théorie bien sûr, lorsqu'il atteint 18 ans. Ne le traiter qu'à la lumière de ses différences et des réponses compensatoires qu'il convient d'y concéder échoue donc, à son tour également, à intégrer la complexité de l'enfant et plus spécifiquement son caractère évolutif.

Si le traitement différencié accordé aux enfants semble acquis en pratique, ni la théorie de l'enfance opprimée ni celle de l'enfance déficiente ne semblent totalement satisfaisantes. Afin de synthétiser ces différentes approches de la rhétorique des droits fondamentaux appliquée aux droits des enfants, nous proposons, dans la section suivante, de revenir sur ces alternatives de manière schématique.

c. L'enfant, l'égalité et l'adulte : une équation irrésolue

Finalement, à travers le prisme du principe d'égalité, nous avons envisagé 4 modèles d'analyse des droits de l'enfant que nous schématisons à la page suivante.

Schéma 1. L'enfant sous le prisme de l'égalité



Sur ce schéma, les traits en noir représentent le traitement juridique : ce dernier est le même pour l'enfant et l'adulte dans le modèle 1, il est différent (trait en pointillé ou trait plein) dans le modèle 2. Enfin, il diffère dans les modèles 3 et 4, étant composé d'une flèche pour la situation de l'enfant et non pour celle d'adulte (nous analyserons la différence illustrée par le placement de la flèche dans la suite de nos propos).

Les traits rouges quant à eux représentent la finalité recherchée par le traitement juridique : la ligne horizontale tracée dans les deux derniers modèles représente une finalité d'égalité, alors que les deux premiers modèles présentent des lignes différentes pour l'enfant et pour l'adulte (de par leur forme ou de par leur niveau), ne poursuivant pas de la sorte de finalité d'égalité entre ces deux personnages. Précisions faites, détaillons à présent ce que signifient ces modèles quant aux droits des enfants, ainsi que les limites respectives auxquelles chaque approche se heurte.

Dans le premier modèle, celui de l'égalité formelle, on considère la situation de l'enfant et de l'adulte comme identique. Le principe étant qu'à situation similaire, le droit s'applique pareillement pour tous, l'enfant et l'adulte seront traités à l'identique. La limite de cette

approche découle aisément si l'on considère les caractéristiques spécifiques de l'enfant : celui-ci est plus vulnérable, plus immature et partant, plus fragile que l'adulte. Aussi, lui appliquer le même traitement que l'adulte ne changera rien à sa situation et finalement, sa faiblesse, et donc son inégalité, perdurera.

Le second modèle imageant l'inégalité réelle, présuppose une totale indifférence entre la situation de l'enfant et celle de l'adulte. Leur place respective n'interagit pas à la base, pas plus que le traitement juridique ou encore que la situation finale. Cette séparation se matérialise par un mur étanche séparant les deux individus. L'adulte est dans une situation X, on lui applique un droit X^1 pour atteindre une situation X^2 . L'enfant est dans une situation Y, on lui applique un droit Y^1 pour atteindre une situation Y^2 . Le reproche évident que l'on peut faire à ce modèle est qu'il est incapable d'intégrer les droits fondamentaux inhérents à la personne humaine, présents aussi bien chez l'adulte que chez l'enfant. De même, les finalités communes idéologiquement associées au droit, telles que la protection de la dignité humaine, ne peuvent être envisagées à l'identique pour l'enfant et l'adulte étant donné leur cloisonnement respectif.

Le troisième modèle, habituellement représentatif de l'équité, est souvent utilisé pour décrire la situation des femmes. Les deux personnages sont dans une situation inégalitaire pour des raisons construites, généralement dues à une oppression politique, que l'on considère aujourd'hui comme injustifiée. Le droit doit donc entrer en jeu dès la base afin de remettre à niveau les deux individus. Une fois placée sur un socle égalitaire, leur situation réelle est identique. Finalement, on cherche à replacer les deux individus dans des situations similaires, pour qu'ensuite, la logique de l'égalité formelle reprenne son cours : une fois placé dans la même situation, chacun bénéficiera d'un traitement égal. L'action du droit tend à réégaliser les statuts, à corriger des différences induites par une oppression politique et qui n'ont pas lieu d'être, car elles contreviennent aux valeurs contemporaines de la société. Les limites que ce modèle présente seront traitées avec celles attribuées au modèle suivant.

Le quatrième et dernier modèle représente notre propre conception de l'égalisation concrète des vulnérabilités inhérentes à la personne humaine. La finalité de l'action du droit se confond parfaitement avec celle du modèle précédent : les dispositions visent à compenser des inégalités de fait par un traitement préférentiel accordé aux personnes initialement désavantagées. La dissemblance que nous soulevons entre les deux modèles concerne justement ce traitement spécifique. Nous considérons que celui-ci tend, non pas à rétablir une égalité formelle qui devrait être (comme c'est le cas du troisième modèle), mais plutôt à contrebalancer une inégalité qui est. Illustrons ces propos avec les « individus types » de chacun des modèles :

les femmes pour le modèle 3 et les personnes ayant un handicap pour le modèle 4. La différence entre les femmes et les hommes fut, comme nous l'avons expliqué, construite artificiellement dans le passé par des idéaux sociaux patriarcaux qui ne sont plus partagés actuellement. La différence entre les sexes qui subsiste aujourd'hui n'est qu'un reliquat de ce passé qu'il faut combattre pour rétablir la vérité de notre temps : les femmes et les hommes sont égaux devant la loi. En revanche, la différence entre la personne handicapée et la personne non handicapée n'est pas un construit, c'est un fait : les non-voyants ne peuvent pas voir alors que les voyants le peuvent. Aucun jugement social ou moral n'est dissimulé dans ce constat. Le droit ne peut changer cette situation d'inégalité, il peut seulement mettre en place des mécanismes afin que ces deux individus puissent, *in fine*, bénéficier également des garanties juridiques. Pour résumer, le droit cherche à gommer les différences extrinsèques sources de vulnérabilité, telles que celles de la femme, et à compenser les différences intrinsèques, telles que celles de la personne avec un handicap. Dès lors, le socle sur lequel l'égalité formelle se base sera réévalué par le droit dans le premier cas, alors que dans le second, il restera de marbre. Le droit agira en revanche subséquentement pour combler l'écart situationnel et parvenir à l'égalité.

Ce dernier modèle est à nos yeux le plus pertinent quant à la situation de l'enfant dans la mesure où il prend en compte les différences intrinsèques qui existent entre lui et l'adulte, contrairement au troisième modèle. Il en demeure pour autant non moins limité dans sa teneur : il ne peut prendre en compte ces différences que de manière statique, allant de la sorte à l'encontre de la mouvance de l'enfance. Enfin, il n'est pas apte à considérer les particularités de l'enfant qui ne pourrait être définie en rapport avec l'adulte. En effet, en ne s'appuyant que sur les différences ou ressemblances entre l'enfant et l'adulte, de multiples caractéristiques du premier échappent au traitement, et ne peuvent dès lors entraîner aucune réponse juridique. Autrement dit, l'approche égalitaire ne parvient pas, *in fine*, à intégrer l'enfant dans son entièreté et sa complexité.

En conclusion de la construction et de l'analyse de chacun de ces modèles théoriques de l'égalité, le constat est sans équivoque : aucun d'eux n'est à même, à lui-seul, de caractériser le rapport du droit à l'enfant et d'apprécier de concert ses ressemblances et ses dissemblances eu égard à la personne adulte. C'est le paradoxe que l'histoire des droits de l'enfant n'a cessé d'alimenter et que le philosophe Alain Renault, bien connu dans ce domaine, souligne de manière très cohérente :

Selon le régime des Anciens aussi bien que selon celui des Modernes, l'enfant a donc constitué un paradoxe. Sous le régime ancien de l'altérité, parce que l'enfant est un « autre »

tout de même identique. Sous le régime moderne de l'identité, parce qu'il est un « même » néanmoins différent³²⁸.

Si l'issue de l'approche égalitariste des droits de l'enfant s'avère insuffisante pour appréhender l'enfant dans toute sa complexité, on doit lui concéder un apport majeur : celui d'avoir reconnu l'enfant comme un sujet de droit. En effet, l'extension des droits de l'homme à la catégorie des mineurs a hissé l'enfant au rang de personne, ainsi considérée comme support des droits subjectifs³²⁹. Autrement dit, l'enfant, au même titre que l'adulte et en raison de leur commune nature humaine, est tout autant l'Homme des droits de l'Homme que ne l'est l'adulte. Dans son expression juridique, l'enfant est donc un sujet de droit.

3. *L'enfant, sujet de droit*

Revenons tout d'abord sur la sémantique : qu'est-ce qu'un objet et qu'est-ce qu'un sujet de droit³³⁰ ? Un objet de droit désigne la matière que cherche à réguler ce dernier. Elle peut être matérielle ou immatérielle, humaine ou non, générale ou précise. L'expansion du droit et la complexification de la société nous amènent à considérer aujourd'hui qu'il n'y a peu, sinon pas, de domaine qui échappe à la régulation. Tous les phénomènes sont régis par le droit, toutes les relations entre les personnes, entre les personnes et les biens matériels ou immatériels ou encore entre les personnes et les institutions. La famille, le commerce, la circulation automobile, la propriété intellectuelle, le don d'organes ou la consommation d'alcool sont quelques exemples parmi la myriade d'objets de droit auxquels on peut penser. Toute norme juridique dispose d'un contenu dont la matière est *l'objet du droit*, de même qu'elle vise nécessairement un destinataire, un *sujet de droit*. Les sujets de droit sont « ceux à qui s'adressent ces normes »³³¹, ils sont « actifs par essence »³³² et jouissent à ce titre des droits, tout autant qu'ils peuvent se voir imposer des obligations, positives ou négatives. Contrairement à l'objet de droit, la liste des sujets de droit est très brève : ce sont les personnes morales ou physiques. Il existe de nos jours certains débats quant à la reconnaissance de certaines entités en tant que sujets de droit,

³²⁸ Alain. RENAUT, préc., note 8, p. 16.

³²⁹ G. A. de ALMEIDA, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, préc., note 286, 222 et 223.

³³⁰ Sur la distinction entre un objet et un sujet de droit, on pourra lire Simone GOYARD-FABRE, « Sujet de droit et objet de droit : Défense de l'humanisme », (1995) 81-4 *ARSP Arch. Für Rechts- Sozialphilosophie Arch. Philos. Law Soc. Philos.* 517, notamment aux pages 519 et 520.

³³¹ *Id.*, 519.

³³² *Id.*, 520.

tels que le fœtus³³³, la nature³³⁴ ou encore l'animal³³⁵ ; toutefois, pour la visée de nos propos, nous n'entrerons pas plus loin dans ces discussions et nous contenterons de la vision classique précitée du sujet de droit.

Si l'on approfondit encore quelque peu ce concept de « sujet de droit », plusieurs interprétations peuvent être mises de l'avant, notamment lorsqu'il s'agit d'en décider pour l'enfant. Nous verrons néanmoins que, quelle qu'en soit l'interprétation retenue, le statut de sujet de droit est ultimement reconnu à l'enfant.

La première interprétation est directement liée à l'individualisme abstrait et aux droits fondamentaux s'y rattachant, que nous avons déjà évoqués. En ce sens, le sujet de droit dispose de l'aptitude qui vient de concert avec la personnalité juridique³³⁶. Cette dernière est dévolue à tout individu, du seul fait de sa nature humaine³³⁷ : ainsi, les termes de sujet de droit, personne et être humain se confondent dans l'univers juridique³³⁸. L'aptitude à devenir sujets de droits et d'obligations est accordée à tous les êtres humains à travers les droits de l'Homme. La reconnaissance des droits fondamentaux de l'enfant lui aurait donc immédiatement octroyé le statut de sujet de droit. Pour soutenir cette conviction, on peut référer aux premiers articles tant du *Code civil*³³⁹ que de la *Charte québécoise*³⁴⁰, selon lesquels « tout être humain possède la personnalité juridique » et la « pleine jouissance de ses droits ». Depuis une perspective naturaliste, l'enfant est indéniablement inclus dans la reconnaissance de cette personnalité juridique. Si cela peut paraître évident aujourd'hui, tel n'a pourtant pas toujours été le cas. L'évolution des droits des enfants est d'ailleurs souvent racontée par le passage de l'enfant objet de droit à celui de sujet de droit³⁴¹. Le premier est marqué de passivité, tandis que le second est un acteur du droit. La grande majorité des normes juridiques ne prennent vie qu'en

³³³ Cosimo Marco MAZZONI, « Real Protection of the Embryo Studies », (2005) 60 *Droit Soc.* 499; Anne FAGOT-LARGEAULT et Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Les droits de l'embryon (fœtus) humain, et la notion de personne humaine potentielle », (1987) 92-3 *Rev. Métaphys. Morale* 361.

³³⁴ Victor DAVID, « La lente consécration de la nature, sujet de droit », (2012) 37-3 *Rev. Jurid. Environ.* 469; Matthias PETEL, « La nature : d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société », (2018) 80-1 *Rev. Interdiscip. Etudes Jurid.* 207.

³³⁵ Lyne LETOURNEAU, « De l'animal-objet à l'animal-sujet ? : regard sur le droit de la protection des animaux en Occident », 10-2 *Lex Electron.* 12.

³³⁶ Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 1.

³³⁷ Eve MATTEI, « La parole et les nouveaux droits de l'enfant en justice », dans Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Frank RAINER (dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996, p. 447 à la page 448.

³³⁸ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 336, p. 1.

³³⁹ *Code civil du Québec*, préc., note 135.

³⁴⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 253.

³⁴¹ C'est notamment l'idée soutenue par Alain Renaut dans préc., note 4 et M.-C. BLAIS, préc., note 278.

contact avec un sujet, qui les détient ou qui y contrevient. Or, les premières normes concernant l'enfant venaient imposer des obligations aux autres, mais n'en faisaient pas un véritable sujet.

Les penseurs fidèles à cette interprétation observent un changement de perspective intervenu dans les années 70, qui aurait permis le passage de l'enfant objet à celui de l'enfant sujet de droit³⁴². Le Barreau du Québec se fait entre autres promoteur de cette idée³⁴³. Au niveau de notre législation provinciale, tant le *Code civil* que la *Loi sur la protection de la jeunesse*, imposent que les décisions concernant l'enfant soient prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. L'ajout de ce dernier élément : « dans le respect de ses droits » est ce qui, selon la jurisprudence québécoise, entérine la reconnaissance de l'enfant comme un sujet de droit : le juge Nichols de la Cour d'appel, expose longuement ce raisonnement dans l'affaire *Droit de la famille – 1549*³⁴⁴ de 1992, s'appuyant fondamentalement sur la nature humaine de l'enfant. Au niveau international, beaucoup considèrent la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* de 1989 comme révélatrice par excellence de ce statut nouveau de l'enfant sujet de droit³⁴⁵. Sa position de sujet de droit se consolide alors avec celle d'acteur social à part entière.

Propice à une autre interprétation, d'aucuns viennent distinguer la personne juridique du sujet de droit, précisant que si chaque être humain est une personne juridique, elle n'est pas pour autant systématiquement sujet de droit³⁴⁶ ; la définition de ce dernier étant plus restrictive. En ce sens, Simone Goyard-Fabre se prête à une analyse des attributs du sujet de droit, particulièrement révélatrice de l'inconfort qui a subsisté face à la situation de l'enfant. Le sujet de droit rappelle et couvre en partie le concept de personne tel qu'il est décliné dans l'univers du droit. En revanche, dans ses contours les plus simplistes, la personnalité juridique suppose la capacité de pouvoir accomplir des actes juridiques par soi-même. On peut par exemple penser à l'achat ou la vente de bien, à la conclusion d'un contrat, au mariage, etc. Très accessible, cette vision de la personnalité juridique s'avère toutefois insuffisante face à la complexité de l'enfant. La possibilité d'accomplir des actes juridiques dépend parfois de critères relatifs que le juge

³⁴² É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 327, p. 591 ; Laurence RICARD, « L'évolution récente de la conception de l'enfant dans le droit québécois : l'exemple de la Loi sur la protection de la jeunesse et des récents projets de loi en matière d'adoption », (2014) 44-1 *Rev. Droit Univ. Sherbrooke* 27, 4.

³⁴³ BARREAU DU QUEBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *La représentation des enfants par avocat : mémoire*, Montréal, Le Barreau, Service de recherche et de législation, 1995, p. 4.

³⁴⁴ *Droit de la famille - 1549*, [1992] R.J.Q. 855, 862 (C.A.).

³⁴⁵ Alain. RENAUT, préc., note 4, p. 419 ; L. CASSIERS, « La Convention sur les droits de l'enfant. Commentaires psychologiques », dans Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, EStory-Scientia, 1992, p. 49 à la page 54 ; Jean ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littéraire à la portée philosophique*, Working report, 3, Sion, Institut International des Droits de l'Enfant, 2003, par. 3 ; J. M. SMITH, préc., note 9 à la page 151.

³⁴⁶ D. YOUNG, préc., note 287, 163.

appréciera *in concreto*, telle que la capacité de discernement ; elle sera réelle, mais supportera des conséquences moindres que si l'acte était commis par un adulte (possibilité d'annulation des contrats, responsabilité amoindrie pour les actes criminels), ou encore, elle dépendra de l'âge et du domaine visé (14 ans pour le consentement aux soins au Québec, 12 ans pour la responsabilité en matière pénale) et parfois même, de l'âge non seulement de celui qui accomplit l'acte, mais également de l'autre personne avec qui l'acte est accompli (c'est le cas du consentement aux relations sexuelles qui dépend non seulement de l'âge de la personne, mais également de l'écart d'âge qui existe entre les deux personnes impliquées dans la relation sexuelle).

Derrière ces différents exemples, deux concepts semblent sous-jacents à la personnalité juridique : l'autonomie de la volonté et la responsabilité. Ensemble, ils viennent encadrer l'acte juridique : l'autonomie de la volonté assure la commission individualisée de l'acte, elle garantit un sujet réel ou virtuel à l'acte et lui impute la responsabilité des obligations juridiques qui en découlent. La conséquence directe s'impose et devient le capteur matériel le plus concrètement évaluable : « seul, le sujet de droit peut se pourvoir en justice afin de faire valoir ses droits ou de demander réparation des dommages qu'il a subis »³⁴⁷. Cette capacité d'ester en justice pour se prévaloir de ses droits ou répondre de ses obligations fait du sujet de droit le seul acteur de la scène juridique : il est celui qui donne vie au droit. La Cour d'appel a déjà confirmé la correspondance entre le statut de sujet de droit et la capacité d'agir en justice³⁴⁸ alors qu'elle interprétait l'article 159 C.c.Q. : cette disposition prévoit l'exception à la représentation en justice de l'enfant par son tuteur selon laquelle il peut agir seul avec l'autorisation du tribunal³⁴⁹. L'identification du sujet de droit à un *agent juridique* est alors celle qui nous semble la plus fidèle à la participation active à la vie du droit.

Précisant progressivement les caractéristiques et filtrant les attributs dans leurs dimensions actives, Simone Goyard-Fabre propose finalement d'identifier les sujets de droit comme « les êtres capables de jouir de leurs droits et fondés à en exiger respect et protection. Ce qui entraîne, par réciprocité, que le sujet de droit ait à répondre de ses actions fautives pour

³⁴⁷ S. GOYARD-FABRE, préc., note 330, 522.

³⁴⁸ *Droit de la famille* — 09746, QCCA 623.

³⁴⁹ *Code civil du Québec*, préc., note 135, art. 159 : « Le mineur doit être représenté en justice par son tuteur ; ses actions sont portées au nom de ce dernier. Toutefois, le mineur peut, avec l'autorisation du tribunal, intenter seul une action relative à son état, à l'exercice de l'autorité parentale ou à un acte à l'égard duquel il peut agir seul ; en ces cas, il peut agir seul en défense. ».

lesquelles il encourt sanction»³⁵⁰. Néanmoins, le fait que l'enfant ne puisse qu'exceptionnellement agir seul en justice, ou encore qu'il ne soit que partiellement tenu pour responsable de ses actes dans certains cas ne revient pas, à notre sens, à lui nier le statut de sujet de droit. En effet, nous dirons plutôt qu'il est véritablement titulaire de droits et d'obligations, mais qu'il est incapable, pour un temps du moins, d'en disposer seul. Il s'agit donc d'une incapacité d'exercice qui n'est point synonyme de négation de la personnalité juridique et qui ne diminue ou ne réfute aucunement le statut de sujet de droit dont dispose l'enfant³⁵¹. En outre, l'incapacité de l'enfant diminue considérablement à mesure qu'il grandit, exigeant de la sorte l'impossibilité de parler d'incapacité totale pour tous les enfants.

Finalement, cela fait déjà quelque temps que la reconnaissance de l'enfant comme un sujet de droit ne fait plus débat. Une telle affirmation complète son intégration active dans le domaine juridique. Dès lors, c'est un champ juridique nouveau qui s'ouvre et dont la théorisation s'élabore autour de l'identification des noyaux centraux propres à ce domaine.

C. La naissance théorique des droits de l'enfant

La reconnaissance de la commune identité de l'enfant et de l'adulte a donc permis à l'enfant d'accéder au statut de sujet de droit. Il s'est vu dès lors reconnaître tout un arsenal de droits et de libertés, tandis que d'autres, dans l'attente de sa majorité, lui étaient provisoirement suspendus. Que l'on parle des premiers ou des derniers, c'est bien l'Homme dans l'enfant qui est au fondement de l'octroi de ceux-ci. À notre sens, on peut y voir ainsi une reprise juridique de la conception philosophique développée par Locke que nous avons précédemment détaillée. Il est temps à présent de revenir sur celle de Rousseau et voir dans quelle mesure elle fut, ou non, également reprise dans une dimension juridique. Rousseau voyait l'enfant dans l'enfant. En plus de lui reconnaître une commune humanité avec l'adulte, il appréhendait celui-ci dans son essence même. L'enfant a ses propres visions, ses propres caractéristiques et manières de fonctionner qu'il ne faut pas systématiquement chercher à comparer ou égaliser avec celle de l'adulte, mais qu'il convient de respecter en tant que telles. Contrairement à ce que l'approche égalitaire tente de faire, les caractéristiques de l'enfant ne doivent pas être interprétées comme

³⁵⁰ S. GOYARD-FABRE, préc., note 330, 522.

³⁵¹ G. A. de ALMEIDA, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, préc., note 286, 227.

des différences, mais plutôt comme des spécificités propres à ce dernier, irréductibles à celles de l'adulte. Si Rousseau développe cette approche dès la fin du XVIII^e siècle, nous y trouvons une forte corrélation avec une deuxième phase d'un mouvement sociologique que nous avons déjà abordé : celui de l'individualisation. Nous avons en effet parlé de l'individualisme abstrait qui érigeait l'individu sous une forme générique³⁵². À ce premier individualisme, les sociologues s'accordent généralement pour y substituer, ou plutôt y juxtaposer un second, plus récent, marqueur d'une seconde modernité.

Cet autre individualisme est qualifié d'individualisme concret par François de Singly et d'individualisme de l'altérité par Georg Simmel³⁵³. Il est issu du processus de singularisation et s'illustre comme suit :

Désormais les individus cherchent à exister et à s'affirmer en tant qu'individus singuliers, différenciés, irréductibles à aucun autrui ni à aucun rôle social. Il est *moi profond* contre *moi social*, émotion singulière plutôt que raison universelle, imprévisible irrationalité plutôt qu'étroit calcul d'intérêt.³⁵⁴

Ce second courant est daté des années 1970. Dynamisé par la crise de l'État Providence³⁵⁵, il s'analyse fréquemment comme la révolte de l'individu contre l'ordre social³⁵⁶ et le remplacement du sujet par l'individu. Il se distingue, voire s'oppose pour certains, de l'individuation en ce qu'« il n'est plus fondé sur l'accomplissement d'un rôle, [...] ou l'invocation de grandeurs universelles qui rassembleraient, mais sur l'assignation à l'individu de la responsabilité de se construire comme singulier et différent, à l'écart des rôles et des habitus. »³⁵⁷

Si le premier individualisme présageait d'un écho juridique manifeste dans l'apogée des droits fondamentaux, le second connaît lui aussi une corrélation dans le droit. Celle-ci est parfaitement résumée par Danièle Lochak, selon qui :

[I]es titulaires de ces droits ne sont plus des hommes abstraits, ce sont des hommes concrets, saisis dans leur singularité de travailleurs ou de chômeurs, de malades ou de bien portants, de femmes ou d'enfants... Les droits de l'Homme ne visent plus l'Homme pris dans son essence et sa totalité, mais des catégories d'êtres humains ; ils ne postulent plus une nature

³⁵² C. LE BART, préc., note 260, p. 25 et 26.

³⁵³ Tel que le mentionne Christian le Bart dans *Id.*, p. 26.

³⁵⁴ *Id.*

³⁵⁵ En ce sens, l'État Providence constitue l'une des déclinaisons institutionnelles visant à promouvoir l'individualisme abstrait.

³⁵⁶ C. LE BART, préc., note 260, p. 163.

³⁵⁷ *Id.*, p. 167.

humaine éternelle et immuable puisqu'ils prennent au contraire en considération les besoins d'individus situés dans un environnement social éminemment variable.³⁵⁸

Les sociologues s'accordent généralement sur la tension qui existe dans les sociétés actuelles entre les deux individualismes³⁵⁹ et qui s'illustrent à travers un questionnement similaire au suivant : « comment un homme est-il à la fois différent de tous les autres hommes, semblable à certains hommes et semblable à tous les hommes ? »³⁶⁰

Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin pour déjà voir poindre un intérêt évident entre ces phénomènes d'individualisation et nos réflexions quant à l'enfance. Ces deux types d'individus sont en effet directement liés aux deux conceptions de l'enfant émanant de Locke et de Rousseau. Le premier, confondant l'enfant dans l'adulte, s'inscrit dans une logique générique assimilée à l'individuation. Rousseau, en revanche, en relevant la singularité de l'enfance et en l'isolant de la catégorie d'adultes, la rapproche de l'individualisme de l'altérité. Cette vision de l'enfant, quelque peu dormante depuis les écrits de Rousseau, a écloso grâce à la convergence de facteurs tant nombreux que divers. Parmi eux, l'avancée des sciences humaines et sociales dans le domaine de l'enfance a progressivement étoffé nos connaissances sur l'enfant, soulignant ou effaçant bon nombre de détails dans le portrait qui le représentait jusqu'alors. Au cours du XX^e siècle, de nombreuses disciplines se sont en effet penchées sur l'étude de l'enfant : la psychologie du développement a, entre autres, permis de mieux cerner le fonctionnement et le développement de l'enfant. En ce sens, elle est au cœur de cet intérêt nouveau que représente l'enfant pour les sciences³⁶¹. De grands noms tels que Freud, Skinner, Piaget³⁶², Vygotsky ou encore Erickson, ont semé des traces indélébiles sur ces connaissances, dont les répercussions dépassèrent les frontières de leur propre discipline. Un enfant nouveau naît : il a toujours des caractéristiques semblables ou différentes de l'adulte, mais il a aussi son propre monde : l'enfance. Un monde à part, qui mérite d'être reconnu et positionné de manière

³⁵⁸ D. LOCHAK, préc., note 269, 3.

³⁵⁹ D. MARTUCELLI et F. de SINGLY, préc., note 258, p. 17.

³⁶⁰ Jean BAUDRILLARD, *Dictionnaire de la sociologie*, Albin Michel, coll. Ecyelopædia Universalis, Paris, 1998, p. 411.

³⁶¹ Les travaux en psychologie demeurent d'ailleurs extrêmement intéressants dans les réflexions plus contemporaines qui touchent aux droits des enfants, nous reviendrons sur ce point plus tard, voir *infra* Partie III, chap. 3, A, 3. On pourra également lire au sujet de la Convention Internationale, L. CASSIERS, préc., note 336 ; ou encore, au sujet de la délinquance des mineurs, Catherine BLATIER, *La délinquance des mineurs : l'enfant, le psychologue, le droit*, 3^e éd., coll. Vies sociales, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2014.

³⁶² Sur l'apport du travail de Jean Piaget dans les pratiques sociales relatives à l'enfance, on pourra lire A. JAMES et A. PROUT, préc., note 313 à la page 11 à 13.

autonome. Dès lors, les enfants ne sont plus des « adultes miniatures », mais des êtres particuliers, avec leur propre fonctionnement moral et leur propre compréhension du monde³⁶³. Il ne s'agit plus de les qualifier en termes de négation qualitative vis-à-vis des adultes, mais bien d'affirmer positivement ce qui les caractérise, eux et personne d'autre. Il s'agit, comme l'annonçait Rousseau, de voir dans les jeunes non plus « une richesse de demain » ou une « force d'avenir », mais bel et bien une « force du présent »³⁶⁴. Psychologie du développement, sociologie de l'enfance³⁶⁵, criminologie juvénile, pédiatrie, sciences de l'éducation, etc., les unes après les autres, les disciplines développent des branches spécifiques consacrées à ce domaine particulier de l'enfance³⁶⁶, le faisant émerger tel un paradigme nouveau³⁶⁷. Le droit n'y fait pas exception et c'est le début d'un rapport nouveau, un rapport direct liant le droit et l'enfant qui donne naissance à ce champ juridique dénommé « les droits de l'enfant ».

Cette dévotion de certaines branches disciplinaires à l'étude de l'enfant a récemment fait l'objet d'une nouvelle approche congrégationaliste. C'est dans le milieu académique anglophone que se sont ainsi constitués, en 1991, les *Children's Studies*³⁶⁸. Ce nouvel élan est d'autant plus révélateur de la vision rousseauiste qu'il vise à dépasser les barrières disciplinaires afin de recentrer les études sur l'enfant dans sa globalité³⁶⁹. Il ne s'agit plus d'appréhender l'enfant à part dans chacune des disciplines, mais plutôt de le prendre comme sujet d'étude à partir duquel plusieurs disciplines se subdivisent. Gertrud Lenzer résume parfaitement cette approche : « the new interdisciplinary field of Children's Studies aims at viewing children and youth in a holistic, comprehensive manner in order to bring about an integration of the different perspectives of the many child-related disciplines and bodies of knowledge »³⁷⁰. Ce nouveau champ d'études pourrait donc permettre, par une vision holistique, de dépasser les incohérences

³⁶³ Joseph GOLDSTEIN, Anna FREUD et Albert J. SOLNIT, *Dans l'intérêt de l'enfant ? : vers un nouveau statut de l'enfance*, coll. Les milieux éducatifs de l'enfant, Paris, Éditions ESF, 1978, p. 26 et 27.

³⁶⁴ GROUPE D'EXPERTS POUR LES JEUNES EN DIFFICULTE, *Un Québec fou de ses enfants*, Ministère de la santé et des Services sociaux, Direction des communications, Québec, 1991, p. 21.

³⁶⁵ La sociologie de l'enfance fut particulièrement féconde en ce qui concerne la théorisation de ce champ consacré à l'enfant. À ce sujet, on pourra lire Allison JAMES et Alan PROUT (dir.), *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*, London, New York, Falmer Press, 1990; Régine SIROTA, « L'enfance au regard des Sciences sociales », (2012) 1 *AnthropoChildren*.

³⁶⁶ G. LENZER, préc., note 93 à la page 210.

³⁶⁷ A. JAMES et A. PROUT, préc., note 34.

³⁶⁸ Ce nouveau domaine des « Children's Studies » fut créé à l'automne 1991 au Brooklyn College of the City University of New York. G. LENZER, préc., note 87 à la page 209.

³⁶⁹ Dans cette perspective de mise en commun des savoirs disciplinaires autour de l'enfant, on pourra également lire l'excellent ouvrage de Peter B. PUFALL et Richard P. UNSWORTH (dir.), *Rethinking childhood*, coll. Rutgers series in childhood studies, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 2004.

³⁷⁰ G. LENZER, préc., note 93 à la page 207.

qui émanent de l'accumulation décousue des épistémologies propres à chaque discipline³⁷¹. Dans cette perspective, un dialogue interdisciplinaire s'allie avec un dialogue indispensable entre les théories et les pratiques relatives à l'enfant³⁷².

De concert avec l'individualisation concrète de la société, c'est donc un phénomène de spécialisation qui se déploie. Nous pourrions même aller plus loin dans le parallèle en affirmant que ce dernier s'illustre également en deux temps : spécialisation au sein des disciplines tout d'abord³⁷³, puis, plus récemment, spécialisation en tant que discipline propre. Par ailleurs, cette évolution épouse de la même manière l'histoire de la représentation de l'enfant dont nous avons longuement parlé : d'un enfant comme sous-catégorie de l'être humain à une personne autre et irréductible, ou, du côté de la science, d'une branche particulière dans différentes disciplines scientifiques, à une science unique et distincte ; et encore, du côté du droit, d'un droit des adultes adaptés aux enfants à un véritable droit des enfants.

Ce glissement d'une appréhension juridique de l'enfant en tant que petit Homme vers un être spécifique se révèle sans fard par le triomphe de la notion d'intérêt de l'enfant³⁷⁴. Ce concept, présent dans les textes relatifs aux droits des enfants, est devenu la pierre angulaire du domaine. Celui-ci connaît deux niveaux de déploiement : l'intérêt des enfants en tant que groupe de personnes ayant une commune minorité, et celui concret de l'enfant X replacé dans sa situation particulière. Quel que soit le niveau choisi, on n'envisage plus le petit Homme parmi le groupe des Hommes, mais bien l'enfant parmi le groupe des enfants. Le pendant juridique de l'approche rousseauiste est ainsi opéré. Précisons qu'il n'en va pas néanmoins d'un revirement absolu qui rendrait les acquis juridiques précédents obsolètes : les normes protectrices ont toujours lieu d'être sur le fondement non plus d'une faiblesse de l'enfant vis-à-vis de l'adulte, mais plutôt d'une vulnérabilité propre à tous les enfants. Tout l'arsenal protecteur de l'enfant ne s'en voit donc pas remis en question, mais simplement formulé sur des fondements différents.

³⁷¹ « The various child-focused disciplinary endeavors must contribute to such an holistic understanding of children rather than reducing them to specialized abstract fragments that then in turn are hypostatized as representing “the child”, “children”, or “childhood”. » *Id.* à la page 211.

³⁷² Peter B. PUFALL et Richard P. UNSWORTH, « Introduction. The Imperative and the Process for Rethinking Childhood », dans Peter B. PUFALL et Richard P. UNSWORTH (dir.), *Rethinking childhood*, coll. Rutgers series in childhood studies, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 2004, p. 1 à la page 8.

³⁷³ G. LENZER, préc., note 93 à la page 217.

³⁷⁴ Nous reviendrons plus longuement sur cette notion d'intérêt de l'enfant, voir *infra* Partie III, chap. 1.

Sur le plan idéologique, il est alors légitime de se demander si ce nouveau droit, aux côtés du droit des femmes, droit des travailleurs, droit des minorités, etc. ne sonnerait-il pas le glas de l'ère des « droits de l'Homme universels », au profit de celle des « droits de l'Homme catégoriels »³⁷⁵ ? Plutôt que de penser que l'un a remplacé l'autre, nous pensons qu'à l'ère contemporaine, les deux s'entremêlent et cherchent encore le moyen de cohabiter pacifiquement, de trouver le juste équilibre entre l'idéal universaliste et la prise en compte des différences³⁷⁶. À notre sens, les droits de l'enfant sont la parfaite illustration de cette mixité et cherchent encore comment, tant sur le plan pratique que théorique, surmonter l'approche dichotomique pour parvenir à une synergie cohérente des droits de l'enfant. Une quête qui se déploie encore dans le droit, cherchant à allier les deux faces du portrait de l'enfant, ainsi que les réponses juridiques correspondantes, à savoir les droits-protection et les droits-liberté. Nous proposons dans le prochain chapitre de revenir sur ces deux faces encore bien difficiles à concilier et desquelles dérivent une approche souvent conflictuelle tant théorique que pratique.

³⁷⁵ D. LOCHAK, préc., note 269, 1.

³⁷⁶ D. LOCHAK, préc., note 251, par. 17.

Chapitre 3. Un portrait à double face ou l'approche dichotomique des droits de l'enfant

Malgré toute ma duplicité, je ne méritais nullement le nom d'hypocrite : les deux faces de mon moi étaient également d'une sincérité parfaite ; je n'étais pas plus moi-même quand je rejetais la contrainte et me plongeais dans le vice, que lorsque je travaillais, au grand jour, à acquérir le savoir qui soulage les peines et les maux

Robert Louis Stevenson, L'étrange cas du docteur Jekyll et de Mr Hyde

Depuis les fondements philosophiques, juridiques et théoriques sur lesquels se sont construites les normes juridiques relatives à l'enfant, jusqu'à l'évolution de celles-ci durant plus de deux siècles, une friction se retrouve systématiquement au cœur de nos propos. L'enfant du présent ou l'enfant du futur, égal ou inégal, objet ou sujet de droit, vulnérable ou mature, à protéger ou à autonomiser, etc. ; l'enfant semble avoir un double visage. Si seulement une face avait remplacé l'autre, il s'agirait alors de reconnaître laquelle et d'y adapter son approche, mais la situation est éminemment plus complexe aujourd'hui. Les deux faces persistent l'une et l'autre si bien que notre conception contemporaine de l'enfant oscille constamment entre plusieurs définitions, plaçant quiconque face à ce portrait dans un embarras général³⁷⁷. Inévitablement, les droits de l'enfant sont fortement affectés par cet embarras.

Dans une perspective idéologique s'affrontent alors deux conceptions théoriques des droits de l'enfant, s'appuyant sur deux finalités juridiques bien distinctes. Notre historique des droits de l'enfant nous a permis de dégager deux types de normes en ce sens : les normes à visée protectionnelle qui ont, dans un premier temps, occupé la scène des droits de l'enfant de manière exclusive, puis les normes à visée libératrice qui se multiplient depuis le milieu du siècle dernier. Si les deux types de normes semblent cohabiter depuis quelques décennies, leur articulation n'est pas aisée ; et pour cause, elles reflètent chacune des points de vue idéologiques que d'aucuns opposent radicalement. Deux courants de pensée se font ainsi front dans le domaine des droits de l'enfant : d'un côté, les protectionnistes, soulignant la faiblesse des jeunes et la responsabilité publique de les protéger au maximum en leur niant toute autonomie

³⁷⁷ F. de SINGLY, préc., note 2, p. 57.

décisionnelle ; et de l'autre, les « libérationnistes »³⁷⁸, qui, chez les plus radicaux, militent pour l'égalité complète entre les enfants et les adultes, accordant ainsi aux premiers, les mêmes libertés qu'aux seconds. Nous reviendrons sur ces deux courants de pensée dans une première section, en soulignant chaque fois les caractéristiques de l'enfant accentuées pour répondre aux finalités juridiques, des caractéristiques apparemment opposées, révélant un double JE de l'enfant (A).

Dans un second temps, nous déclinerons ce double visage de l'enfant dans les différents domaines du droit qui touchent, de près ou de loin, aux mineurs. Pour ce faire, nous passerons en revue les plus célèbres affaires de la Cour suprême du Canada en matière de droits des enfants en divisant nos propos selon quatre champs juridiques successifs : les droits fondamentaux, le droit pénal, le droit familial et le droit civil, en ciblant pour ce dernier, la problématique du consentement aux soins. Nous constaterons ainsi que, quel que soit le champ juridique concerné, les juristes font systématiquement face à un dilemme entre deux ou plusieurs principes. Dès lors, il s'agit de balancer les différents éléments afin de privilégier la meilleure conciliation possible, ou à défaut, la moins nuisible (B). Les grandes problématiques des droits de l'enfant dans tous les domaines semblent ainsi constamment souligner une approche contradictoire, constat que nos réflexions doctorales viseront justement à dépasser par la suite. Néanmoins pour le moment, et c'était l'objectif de notre première partie, les réflexions en matière de droits de l'enfant dans leur construction moderne se heurtent constamment à cette approche dichotomique, tantôt propre au droit, tantôt propre à l'enfant. Un état de fait qui, selon nous, correspond à une étape de construction et d'émancipation d'un domaine somme toute relativement nouveau. C'est en ce sens que nous parlerons pour finir de l'adolescence des droits de l'enfant.

³⁷⁸ Nous employons le terme « libérationniste » comme traduction du terme anglais *liberationist* afin de ne pas tomber dans des termes français déjà fortement connotés idéologiquement et politiquement tels que « libéral » ou « libéraliste ». Le terme en anglais est fréquemment utilisé, voir par exemple M. D. A. FREEMAN, préc., note 81; Rosalind EKMAN LADD, « Rights of the Child: A Philosophical Approach », dans Kathleen ALAIMO et Brian KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002, p. 89 ; D. ARCHARD, préc., note 6.

A. L'enfant au double JE et le conflit théorique de ses droits

La *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*³⁷⁹, par laquelle nous avons terminé notre survol historique, souligne tout du long ce double JE auquel nous référons ici. Nonobstant le type de catégorisation retenue pour commenter les droits qu'elle proclame, une double dynamique s'y joue en effet constamment : *protectionniste* d'une part, et *libérationniste* d'autre part. Cette polarisation se descelle par exemple derrière le principe des « trois P », que d'aucuns utilisent pour répertorier les droits de la convention selon les trois types d'actions qu'ils poursuivent : Protéger l'enfant, Pourvoir à ses besoins et le faire Participer aux décisions³⁸⁰. Les deux premières actions octroient à l'enfant des droits-créances dont il est le bénéficiaire, mais non l'acteur, alors que le dernier P se rapporte à une action dont il est le sujet direct. On les oppose plus généralement en termes de droits de protection et droits de participation ou droits liberté³⁸¹, ou encore en dissociant la protection de l'enfant de la protection des droits de l'enfant³⁸².

Ayant déjà décliné le contenu de chacune de ces deux catégories de droits dans notre premier chapitre, nous nous contenterons ici d'en rappeler les principales différences. Les droits-liberté impliquent essentiellement l'exercice du libre choix de l'enfant alors que les droits-protection visent à garantir les éléments fondamentaux pour son bien-être³⁸³. Ainsi, si l'enfant est véritablement acteur des droits-liberté, il n'est que le récepteur des droits-protection qui sous-tendent l'action ou l'inaction de tiers (les parents, l'État ou toute autre personne) envers lui. En d'autres termes, certains assimilent les premiers à une conception négative des droits, en ce sens qu'il s'agit de ne pas interférer dans les libertés de l'enfant, alors que les seconds s'affirment de manière positive : il faut agir pour fournir à l'enfant les éléments nécessaires à son bien-être³⁸⁴.

Sans égard à l'intitulé choisi pour chacune de ces deux catégories de droit, la grande majorité des auteurs s'accordent sur le fait que la Convention les intègre ensemble dans un seul et même texte. À la lumière des propos précédents relatant l'évolution des droits de l'enfant, nous savons que la dimension protectionnelle des droits de l'enfant était présente bien avant la

³⁷⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 99.

³⁸⁰ Violette GORNY, *Priorité aux enfants : un nouveau pouvoir*, coll. Les Guides Société Hachette, Paris, Hachette, 1991, p. 21.

³⁸¹ K. ALAIMO, préc., note 27 aux pages 2 et 3 ; D. ARCHARD, préc., note 6, p. 60.

³⁸² M. D. A. FREEMAN, préc., note 87, p. 79 et 80.

³⁸³ D. ARCHARD, préc., note 13, p. 92.

³⁸⁴ *Id.*

rédaction de la Convention. En revanche, la grande innovation de cette dernière a trait aux droits-liberté, affirmés pour la première fois sur le plan international. Dès lors, certains voient dans la reconnaissance de ces seconds droits, une réaction à un excès des premiers : Kathleen Alaimo évoque en ce sens une possible « reaction against the overwhelming shift towards dependency and powerlessness characterized in the ideas of Romantic childhood and the practice of state-sponsored child-saving protectionism »³⁸⁵. Un passage d'une perspective à l'autre tellement rapide selon François Dubet, qu'il a rendu quasiment impossible l'atteinte d'une « position équilibrée entre deux postulats contradictoires : le premier affirme que l'enfant est un sujet pourvu de droits, le second souligne que l'enfant et l'adolescent restent des mineurs. »³⁸⁶. Ces postulats sont le cœur d'un débat idéologique relatif aux droits de l'enfant, dont les positions sont ainsi résumées par Rosalind Ekman Ladd :

They [protectionists] emphasize rights exercised *on behalf of* children. Ensuring the protection of children, however, generally comes at the expense of restricting their liberty to make decisions for themselves. Liberationists, on the other hand, emphasize rights exercised *by* children, including freedom from interference.³⁸⁷

David Archard nous présente ces deux perspectives de manière très éclairante dans son livre *Children : Rights and Childhood*³⁸⁸. Nous nous en inspirerons pour les décrire brièvement ici, tout en soulignant qu'il s'agit des visions radicales de ces deux courants ; la plupart des auteurs s'accordent autour de visions bien plus modérées. La première, la thèse protectionniste, que David Archard nomme « caretaker thesis » soutient l'incapacité de l'enfant³⁸⁹. Celui-ci n'est pas capable de décider comme il le ferait s'il était rationnel et autonome. Laissé totalement libre de ses choix, il risquerait de compromettre tant son présent que son futur. Dès lors, les protectionnistes prônent une approche paternaliste : il faut protéger l'enfant de ses propres choix. Une personne — son protecteur ou gardien (*caretaker* en anglais) — sera alors chargée de se prononcer au nom de l'enfant. Il s'agira non pas de décider selon ce que cette personne considère comme raisonnable pour elle-même, mais plutôt comme le ferait l'adulte que deviendra l'enfant³⁹⁰. Bien évidemment la théorie se heurte ici sensiblement à la pratique, car nul ne peut prédire ce qu'il adviendra des choix futurs de l'enfant ; néanmoins, la présomption

³⁸⁵ K. ALAIMO, préc., note 33 à la page 18.

³⁸⁶ François DUBET, « Les droits de l'enfant sont-ils les droits d'un sujet ? », (2002) 9 *Arch. Pédiatrie* 287, 289.

³⁸⁷ R. EKMAN LADD, préc., note 378 à la page 91.

³⁸⁸ D. ARCHARD, préc., note 13.

³⁸⁹ *Id.*, p. 77 à 84.

³⁹⁰ Ces fondements ne sont pas sans rappeler la pensée de Locke que nous avons précédemment résumée, voir *supra* Partie I, chap. 2, A, 1.

de la rationalité commune à tous les êtres humains adultes tient lieu d'accord sur la possibilité de le faire. Dans le quotidien de l'enfant, ce rôle de protecteur reviendra le plus fréquemment aux parents selon cette seconde présomption voulant que ceux-ci agiront naturellement au nom de l'enfant et non selon leurs propres volontés³⁹¹. L'accent est mis sur le processus éducationnel, qui seul permettra à l'enfant, sous le contrôle des adultes, d'acquérir les compétences souhaitées et d'accéder à l'autonomie³⁹².

Si l'application de cette thèse quant aux bébés ou très jeunes enfants ne semble pas poser de problème, les critiques fusent dès lors que l'enfant grandit. Nous ne prétendons pas ici dresser la liste exhaustive de toutes ces critiques, nous nous contenterons plutôt d'en énumérer brièvement les principales³⁹³. Tout d'abord, cette thèse se fonde sur la notion de capacité dont les contours sont très difficiles à cerner : le contexte et l'enjeu de la décision seront grandement déterminants sur la capacité de l'enfant à faire ou non un choix rationnel³⁹⁴. La reconnaissance de la capacité ou de l'incapacité de l'enfant nécessite non seulement cette évaluation contextuelle selon la décision ciblée, mais aussi une évaluation individuelle étant donné que tous les enfants ne grandissent pas au même rythme. Or, l'attribution de chaque droit selon un test de compétence ne peut être sérieusement soutenue puisqu'elle signifierait un test pour chaque droit réalisé pour chaque personne. En outre, le critère de l'âge, permettant l'universalisation nécessaire à la reconnaissance de droits, deviendra manifestement arbitraire compte tenu de l'individualité du développement de chaque enfant. Sur un tout autre plan, la thèse protectionniste est également critiquable du point de vue de l'expérience : la capacité de prendre des décisions rationnelles ne peut s'acquérir que par la pratique. C'est seulement en exerçant sa liberté de faire des « bons » et des « mauvais » choix qu'il est ensuite possible de les faire rationnellement, ce qui ne peut avoir lieu si on l'interdit à l'enfant. Enfin, si l'on convient qu'il ne faut pas permettre aux enfants de décider s'ils n'ont pas l'autonomie rationnelle, comment justifier que l'on ne fasse pas de même avec les adultes ? Les capacités requises pour que les enfants puissent faire certains choix ne sont en effet pas toujours possédées par les adultes. Ne devrait-on pas alors interdire également à ces adultes de prendre

³⁹¹ Présomption qui, nous le verrons par la suite, demeure encore très solidement ancrée dans notre droit positif, voir *infra* Partie III, chap. 1, A, 3, b.

³⁹² I. THÉRY, préc., note 305, p. 405.

³⁹³ Nous nous inspirons fortement des propos de David Archard dans préc., note 13, p. 80 à 84.

³⁹⁴ Nous verrons que cette limite est particulièrement prégnante en matière de consentement aux soins de santé, voir *infra* Partie I, chap. 3, B, 4.

ces décisions dans le même objectif que pour les enfants, c'est-à-dire pour les protéger des conséquences de ces choix ?

À l'opposé de cette thèse protectionniste, on retrouve les libérationnistes selon qui l'affirmation de l'incapacité des enfants est erronée et dès lors, ceux-ci sont injustement privés de leurs droits. Les tenants de cette thèse vont plus ou moins loin dans leurs revendications, partant de la volonté de reconnaître certains droits supplémentaires aux enfants considérant la sous-estimation de leur capacité décisionnelle, jusqu'à revendiquer une égalité complète des droits avec les adultes pour les plus radicaux³⁹⁵. Appuyons-nous à nouveau sur les propos de David Archard pour bien comprendre les caractéristiques principales de cette thèse libérationniste³⁹⁶. Ce mouvement de pensée a émergé au début des années 70, principalement à travers les écrits de Richard Farson, *Birthrights*³⁹⁷ et de John Holt *Escape from Childhood*³⁹⁸. Il s'inscrit, du moins dans son volet radical, au sein du mouvement plus global d'émancipation des groupes opprimés. En ce sens, la négation de certains droits aux enfants, relève pour eux d'une oppression politique semblable à celle ayant touché les personnes de couleurs ou encore les femmes, et dont il est nécessaire de se départir, car elle reflète une injustice discriminatoire envers les enfants³⁹⁹. La séparation entre les adultes et les enfants s'analyse alors en termes de ségrégation et les facteurs la justifiant ne sont que le fruit de l'oppression. On ajoute ainsi l'âgisme aux fléaux du racisme et du sexisme. Dès lors, la protection mise de l'avant dans la thèse précédente est synonyme d'oppression et doit céder face à l'autodétermination des enfants. Il faut les libérer de la domination adulte⁴⁰⁰ afin de les envisager pour ce qu'ils sont véritablement et non plus pour ce qu'ils ne sont pas (des adultes).

Ayant déjà évoqué les limites d'une telle comparaison entre les enfants et les groupes opprimés⁴⁰¹, nous n'y reviendrons point ici et examinerons plutôt les prétentions et justifications des penseurs libérationnistes. Selon Holt et Farson, l'idée de l'incompétence de l'enfant, clef de la conception moderne et de l'organisation du système sociojuridique entourant l'enfant, n'est pas issue d'un fait biologique, mais plutôt d'une projection des besoins des adultes. L'exemple que nous livre Farson au sujet du droit de vote permet de mieux comprendre

³⁹⁵ G. A. de ALMEIDA, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, préc., note 286, 222.

³⁹⁶ D. ARCHARD, préc., note 13, p. notamment p. 70 à 76.

³⁹⁷ Richard FARSON, *Birthrights*, New York, 1974.

³⁹⁸ John HOLT, *Escape from childhood*, New York, E.P. Dutton, 1974.

³⁹⁹ Nous retrouvons ici le modèle décrit plus haut de la rhétorique de l'égalité réelle basée sur l'idée d'une oppression de l'enfant, voir *supra* Partie I, chap. 2, B, 2, b.

⁴⁰⁰ I. THÉRY, préc., note 305, p. 405.

⁴⁰¹ Voir *supra* Partie I, chap. 2, B, 2, b.

ce point : si l'on se base sur la compétence pour attribuer le droit de vote, il ne suffirait pas de le retirer à tous les enfants, mais aussi à certains adultes tout en l'accordant à certains mineurs. Néanmoins, le point central est plutôt le suivant : les enfants constituent une grande part de la société, ils sont tout autant affectés par les décisions politiques que les adultes et devraient, à ce titre, pouvoir également prétendre à y participer. Cet argument illustre l'idée de la ségrégation perpétuée envers les enfants et de la conception très adulto-centrée de leurs capacités. Par ailleurs, en fondant le refus d'un droit sur la base de l'incapacité de l'enfant, on risque de l'enfermer dans un circuit sans fin. On retrouve ici un argument déjà évoqué plus haut au titre des critiques de la conception protectionniste : l'enfant n'acquerra jamais la capacité à exercer un droit si on ne lui permet pas de le faire en l'expérimentant.

Bien que la thèse libérationniste ouvre de nouvelles perspectives pour concevoir les droits de l'enfant, la version radicale qu'en donnent certains est fortement critiquable : si la vulnérabilité et l'incapacité des enfants peuvent être sensiblement aggravées par la condition politique, elles demeurent en grande partie fondées sur des faits biologiques, particulièrement lorsqu'il s'agit de très jeunes enfants. Par ailleurs, le consensus social demeure en faveur d'une protection plus accrue de la société envers les enfants, considérant la vie de ceux-ci comme fondamentalement supérieure à tout autre intérêt. Dès lors, les protéger des différents dangers impose de les empêcher de faire des choix qui leur nuiraient, que ce soit dans le présent ou dans le futur, et donc de limiter leurs libertés, du moins tant que l'on considère qu'ils ne sont pas aptes à décider de ce qui est le mieux pour eux.

Finalement, après avoir rapidement parcouru les prétentions tant des protectionnistes que des libérationnistes, il semble évident que ni les unes ni les autres ne soient satisfaisantes. C'est d'ailleurs l'opinion de la grande majorité des penseurs contemporains qui substituent à une vision radicale et exclusive de l'une des thèses, une recherche de compromis ou d'équilibre entre les deux. Ils s'accordent ainsi pour refuser la vision exclusivement libérationniste ou exclusivement protectionniste, bien qu'il y ait du vrai dans les deux, et pour reconnaître que le défi d'aujourd'hui consiste à trouver le meilleur moyen de concilier ces deux visions⁴⁰². Ce constat mène les chercheurs dans une quête continue de moyens d'opérationnaliser ce compromis et de dépasser la tension inhérente au double JE de l'enfant. Il s'agit de ce paradoxe

⁴⁰² A. RENAUT, préc., note 110 à la page 71.

qu'identifient Sylvie Humbert et Lionel Convain, « où s'affirment tour à tour l'indispensable protection due à l'enfant, être vulnérable par excellence, et l'inéluctable autonomie de l'être en devenir qu'il est aussi »⁴⁰³. Une double conception impliquant une double réponse juridique qui se dégage non seulement chez les penseurs des droits de l'enfant, mais aussi dans tous les domaines d'application de ce droit où, chaque fois, se retrouve une confrontation mettant en balance deux visions de l'enfant. La prochaine section visera à relater ces confrontations telles qu'elles se déclinent dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

B. Les déclinaisons de l'approche conflictuelle dans les différents champs juridiques

Le conflit théorique opposant les protectionnistes aux libérationnistes est omniprésent dans les droits de l'enfant. Bien qu'elles ne s'illustrent pas systématiquement aussi radicalement que dans le pendant théorique, les déclinaisons de ce conflit apparaissent dans toutes les questions d'application des droits de l'enfant, tant dans les législations que dans la jurisprudence. La présente section vise à illustrer l'omniprésence de cette tension à géométrie variable selon les enjeux en cause. Une tension qui ne cesse d'être mise de l'avant depuis le début de notre thèse : entre les législations visant à protéger l'enfant et celles visant à l'autonomiser, qui, successivement apparues, co-existent dans les normes actuelles ; tension entre la conception lockienne de l'enfant dans le futur et celle de l'enfant au présent propre à Rousseau ; tension qui se retrouve par ailleurs clairement énoncée dans la rhétorique de l'égalité reconnue ou niée à l'enfant vis-à-vis de l'adulte. Tant dans l'historique législatif et institutionnel des droits de l'enfant que dans la recherche de leurs fondements idéologiques et juridiques, nous avons ainsi retrouvé une approche duale de l'enfant, tel un alter ego bien difficile à embrasser dans sa globalité. Après avoir relaté cette tension du point de vue historique, philosophique et théorique, nous proposons ici de l'analyser du point de vue juridique positiviste, principalement à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

D'un point de vue méthodologique, nous avons commencé par faire une première sélection des décisions de la Cour suprême relatives de près ou de loin aux droits des enfants.

⁴⁰³ Sylvie HUMBERT et Lionel CONVAIN, « D'une évolution de la jeunesse à l'adaptation de la justice : perspectives historiques et regard critique », dans Franck LUDWICZAK (dir.), *Réformer le droit des mineurs délinquants : d'une évolution de la jeunesse à l'adaptation de la justice*, coll. Droit, société et risque, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 14 à la page 27.

Nous avons arrêté notre recherche aux décisions de la plus haute juridiction canadienne puisqu'elle traite des conflits de droits dépassant la simple analyse des faits. Aussi, ces décisions concernent pour la plupart des tensions entre différents principes normatifs qui exemplifient brillamment les tensions théoriques identifiées en matière de droits des enfants. Par ailleurs, étant la plus haute Cour canadienne, les retombées de ses décisions se perçoivent dans toutes les autres juridictions. Après une recherche par mots-clefs⁴⁰⁴, puis l'exclusion des décisions non pertinentes⁴⁰⁵, nous avons obtenu un total de 56 décisions sur lesquelles nous appuierons les propos de ce dernier chapitre. Ce faisant, nous analyserons les principaux domaines juridiques d'application des droits de l'enfant : les droits fondamentaux, la protection de la jeunesse, le droit pénal, le droit familial ou encore le droit de la santé, pour comprendre comment le double visage de l'enfant y est intégré. Dans chacun de ces domaines, nous déclinons les différents couples d'oppositions que les analyses de la jurisprudence et de la législation nous auront permis de dégager.

Dans un premier temps, nous reviendrons sur la question de l'égalité entre les enfants et les adultes : si nous avons déjà abordé ce sujet sur le plan purement théorique, nous proposons ici d'examiner l'interprétation qu'en donne la Cour suprême en s'appuyant sur le traitement de la vulnérabilité des enfants (1). Dans un second temps, nous nous pencherons sur le couple protection de l'enfant/protection de la société, éternel dilemme du droit pénal. Exception vis-à-vis des autres domaines juridiques traités, nous nous appuierons plutôt ici sur l'évolution de la législation, considérant cette approche plus opportune pour mettre en relief les tensions présentes en matière de délinquance juvénile (2). Nous nous concentrons par la suite sur les questions de droit de garde en matière familiale. Sujets de nombreuses évolutions au cours du siècle dernier, ces questions placent de manière concomitante sur l'arène judiciaire les intérêts des familles, des parents, et bien sûr des enfants (3). Nous terminerons cette partie en nous consacrant à la matière civile, et plus particulièrement à la question du consentement aux soins dans le domaine de la santé. Une question exceptionnellement simple et complexe à la fois, qui sème le doute jusque dans les certitudes (4).

⁴⁰⁴ À l'aide du moteur de recherche CanLII, Nous avons effectué une recherche combinée dans toutes les décisions de la Cour suprême qui citent la *Charte canadienne* et qui contiennent le mot « enfant- ». Cette première recherche a donné un total de 386 décisions.

⁴⁰⁵ Nous avons retiré les décisions dans lesquelles le mot « enfant » n'apparaissait que quelques fois, signifiant dès lors que la décision ne les concernait pas directement.

Parcourant ces décisions, notre objectif sera d'illustrer les tensions relatives au double JE de l'enfant dans le cadre du droit positif en les déclinant selon les champs juridiques d'application, et donc, au regard des autres principes soulevés dans chacun de ces contextes. Nous soulignerons dès lors le jeu d'ajustement auquel se prêtent les juges entre les principes conflictuels des droits de l'enfant entre eux (découlant de l'approche libérationniste ou de l'approche protectionniste), ainsi qu'entre les principes propres aux droits de l'enfant et ceux des droits des autres personnes impliquées.

1. *Égal ou inégal ? La question de la vulnérabilité dans les droits fondamentaux*

La question ici envisagée est directement liée au traitement de l'enfant selon la rhétorique de l'égalité tel que nous en avons discuté dans le chapitre précédent⁴⁰⁶. Il s'agissait alors, dans le contexte des fondements juridiques, de comprendre comment le droit pouvait envisager l'enfant : sous le couvert de la catégorie générale de personne humaine et donc sur un plan d'égalité avec l'adulte l'incluant dans la même législation, ou, comme un groupe particulier de personnes nécessitant une législation spécifique et donc présentant des aspects distincts vis-à-vis des adultes. Le droit positif semble, comme nous l'avons également historiquement posé, reconnaître l'enfant à la fois par des législations générales s'appliquant à tout être humain, et comme un groupe particulier pour lequel il convient de poser des normes juridiques spécifiques, telle que la *Loi sur la protection de la jeunesse* à l'échelle québécoise. Ce dernier point implique *de facto* que l'enfant soit reconnu par le biais de certains aspects différents de l'adulte. Tel que nous l'avons noté également, cette spécificité tient à sa vulnérabilité qui sert alors de justification au traitement différentiel qui lui est réservé.

Au fil du temps, la jurisprudence s'est progressivement positionnée dans ces questionnements. Nous nous appuierons plus particulièrement sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada amenée, à plusieurs reprises, à juger de la constitutionnalité de certaines normes relatives aux enfants au regard de la *Charte canadienne*. Cette dernière, reconnaissant notamment le principe de l'égalité de traitement pour toutes les personnes dans son article 15, exige des justifications particulières aux traitements législatifs distincts. Les décisions jurisprudentielles à son égard nous en apprennent par conséquent beaucoup sur la façon dont les enfants sont envisagés dans le droit canadien. Nous verrons ainsi que dans de nombreuses

⁴⁰⁶ Voir *supra* Partie I, chap. 2, B.

décisions, les juges ont mis l'accent sur la vulnérabilité des enfants (a), impliquant dès lors de reconnaître la constitutionnalité de certaines normes qui prévoient des traitements différentiels à l'égard des enfants (b). Néanmoins, celles-ci doivent répondre à plusieurs exigences, d'autant plus lorsqu'elles restreignent les droits d'autres personnes. Il appartiendra alors aux juges de décider où placer le curseur entre les différents principes en cause selon les contextes pour décider si les mesures prises au nom de la vulnérabilité des enfants sont ou non justifiées en fonction de l'ensemble des enjeux juridiques. La décision *Foundation Canadian for Children*⁴⁰⁷, sur laquelle nous nous arrêterons à la fin de cette section, est un bel exemple des difficultés pouvant émaner de la reconnaissance de la vulnérabilité de l'enfant et des conséquences juridiques qui en découlent tant au sujet des droits de l'enfant eux-mêmes, que par rapport aux droits des autres personnes, notamment ici des parents et instituteurs (c).

a. La reconnaissance de la vulnérabilité des enfants par la Cour suprême

Dans le chapitre précédent, nous avons longuement discuté du concept de vulnérabilité⁴⁰⁸. Ce dernier, rappelons-le, constitue une notion clef dans l'affirmation de l'égalité matérielle. La vulnérabilité d'un groupe implique un désavantage, une inégalité de fait que visera à compenser une inégalité de traitement juridique. C'est là le fondement de l'égalité en fait selon laquelle il faut parfois traiter les personnes différemment afin de pallier leurs faiblesses préexistantes. Dans le cadre des enfants, nous avons déjà mentionné de nombreuses lois particulières qui prévoient un traitement différentiel entre eux et les adultes. Une telle différence de traitement sera logiquement indiquée pour contrer les effets de la vulnérabilité de ceux qui seront avantagés par la disposition. C'est d'ailleurs ce que considère à de nombreuses reprises la Cour suprême du Canada, dès lors qu'elle doit décider au sujet d'une norme relative aux droits des enfants.

Pour nous faire une meilleure idée de la place de la vulnérabilité des enfants dans les décisions de la Cour suprême, nous avons effectué une recherche par mots clefs⁴⁰⁹ dans l'ensemble des 56 décisions faisant l'objet de notre analyse. La recherche fut fructueuse, et, si les expressions varient quelque peu, les juges ont très fréquemment recours au concept de

⁴⁰⁷ *Canadian Foundation for Children*, [2004] 1 RCS 76 (CSC).

⁴⁰⁸ Voir *supra* Partie I, chap. 2, B, 2, b.

⁴⁰⁹ Nous avons recherché la racine « vuln » afin d'englober tant le nom et l'adjectif français (« vulnérabilité » et « vulnérable ») que leurs traductions anglaises (« vulnerable » et « vulnerability »).

vulnérabilité des enfants lorsqu'il s'agit de décider de la constitutionnalité d'une norme ou décision les traitant spécifiquement. On retrouve ainsi le renvoi à la simple expression de la vulnérabilité des enfants⁴¹⁰ ou des adolescents⁴¹¹, désignés comme des êtres humains⁴¹², des individus, des personnes⁴¹³ ou des membres vulnérables⁴¹⁴, particulièrement vulnérables⁴¹⁵ ou très vulnérables⁴¹⁶; ou, de manière groupale, comme un segment⁴¹⁷ ou un groupe⁴¹⁸ vulnérable, particulièrement vulnérable⁴¹⁹, l'un des plus vulnérables⁴²⁰ ou même le plus vulnérable de la société⁴²¹.

Tel que nous l'avions également décliné dans le chapitre précédent, les causes de la vulnérabilité reconnue à un groupe de personnes peuvent être de deux origines : soit inhérentes aux personnes ciblées, c'est-à-dire que le désavantage est dû à la nature même de l'individu ; soit artificielles, dans les cas où le désavantage est issu d'une construction sociale, souvent assimilée à un préjugé historique que l'on considère aujourd'hui non fondé⁴²². Dans le cas des enfants, c'est bel et bien une inégalité de nature qui cause avant tout sa vulnérabilité, issue de son manque de forces, tant physiques que psychiques. Maintes fois citée dans la jurisprudence, la juge Abella ne laisse planer aucun doute à ce sujet en affirmant que : « [l]a reconnaissance du principe de la vulnérabilité *inhérente* des enfants demeure profondément enracinée en droit canadien. »⁴²³ Le qualificatif d'inhérent renvoie à un facteur intrinsèque, souscrivant dès lors à une vulnérabilité propre à la nature même de l'enfant plutôt qu'artificiellement produite.

Dès lors qu'elle est reconnue, cette vulnérabilité va nécessiter des adaptations juridiques. Toutefois, chaque disposition spécifique appliquée aux enfants doit systématiquement et individuellement se justifier par une faiblesse particulière jouant dans le

⁴¹⁰ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 RCS, par. 30 et 115 (CSC) ; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 RCS 519, par. 83 (CSC).

⁴¹¹ *R. c. D.B.*, [2008] 2 RCS 3, par. 41 (CSC).

⁴¹² *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, préc., note 410, par. 107.

⁴¹³ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410, par. 81 et 156.

⁴¹⁴ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 396, par. 58 ; *R. c. Jarvis*, [2019] 1 RCS 488, par. 52 (CSC).

⁴¹⁵ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 RCS 45, par. 172 (CSC).

⁴¹⁶ *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, préc., note 398, par. 94 ; *Canadian Foundation for Children*, préc., note 396, par. 56.

⁴¹⁷ *Young c. Young*, [1993] 4 RCS 3, 71 (CSC).

⁴¹⁸ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 398, par. 104 et 152 ; *Canadian Foundation for Children*, préc., note 396, par. 225, 231, 237 et 241.

⁴¹⁹ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 185.

⁴²⁰ *R. c. Morrison*, [2019] 2 RCS 3, par. 2 et 153 (CSC).

⁴²¹ *R. c. Sharpe*, préc., note 412, par. 194 ; *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9 (CanLII), par. 1.

⁴²² Voir *supra* Partie I, chap. 2, B, 2, b.

⁴²³ *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 RCS 567, par. 17 (CSC).

contexte de la disposition. Ainsi, si la vulnérabilité de l'enfant n'affecte nullement l'application d'une loi donnée, celle-ci devra s'appliquer uniformément à l'adulte et à l'enfant. Il s'agit donc pour les juges de vérifier, pour chaque cas d'espèce soumis, le lien entre la disposition et la vulnérabilité de l'enfant, impliquant dès lors de préciser en quoi les enfants sont plus vulnérables que les adultes.

Partant, plusieurs décisions de la Cour suprême ont détaillé la vulnérabilité des enfants. En ce sens, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont précisé en 2001, dans l'affaire *R. c. Sharpe*, que « [l]a vulnérabilité des enfants résulte de l'inégalité normale du rapport de force qui existe entre les adultes et les enfants. »⁴²⁴ Bien souvent, cette inégalité du rapport de force se déploie par le biais de l'immaturation qui est reconnue aux enfants et qui les rend plus facilement manipulables. La juge McLachlin met de l'avant les « préoccupations accrues à l'égard de la maturité des jeunes adolescents et de leur vulnérabilité à la coercition et à l'influence, que celles-ci soient explicites ou subtiles. »⁴²⁵ Ils sont alors des proies faciles à manipuler qui se trouvent d'autant plus fragilisées par leur état de dépendance vis-à-vis des adultes. Aussi, dans la mesure où leur bien-être est directement dépendant des adultes, les risques liés à la coercition et à la manipulation sont plus conséquents. La juge L'Heureux-Dubé a affirmé en ce sens que « les enfants sont vulnérables et qu'ils dépendent de leurs parents ou d'autres personnes responsables des soins pour les nécessités de la vie de même que pour leur développement et leur bien-être physique, affectif et intellectuel. »⁴²⁶ Plus loin, elle ajoute que « [l]es enfants étant vulnérables et ne pouvant exercer leurs droits de façon indépendante, surtout en bas âge [...], l'État a assumé l'obligation et le pouvoir d'intervenir pour protéger le bien-être des enfants. »⁴²⁷ De manière plus générale, il s'agit également de reconnaître le pouvoir des adultes sur les enfants qui résulte tant de leurs forces supérieures que de leur lien de dépendance. Ainsi, le juge en chef Lamer a pu souligner « la domination et le pouvoir que les adultes, à cause de leur âge, ont sur les enfants. »⁴²⁸

Le lien entre vulnérabilité et protection est ainsi maintes fois tissé dans la jurisprudence de la Cour Suprême : pour répondre à la vulnérabilité de l'enfant, il faut lui accorder une protection juridique accrue. Dans les termes des juges, on retiendra ceux de la juge McLachlin,

⁴²⁴ *R. c. Sharpe*, préc., note 415, par. 170.

⁴²⁵ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410, par. 143.

⁴²⁶ *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, préc., note 410, par. 73.

⁴²⁷ *Id.*, par. 75.

⁴²⁸ *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 RCS 419, 428 (CSC).

affirmant clairement que « [l]a situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve l'enfant renforce le besoin de protection »⁴²⁹. Dans le même sens et à nouveau dans l'arrêt *Sharpe* précité, les juges rappellent que « [l]es législateurs étrangers tout autant que la collectivité internationale reconnaissent la vulnérabilité des enfants et la nécessité qui s'ensuit de les protéger. »⁴³⁰. Plus largement, ils soulignent que « [l]a société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. »⁴³¹ Cette protection renforcée de l'État envers les enfants afin de pallier leur vulnérabilité peut prendre différentes formes : elle peut directement émaner d'une disposition qui renforce la protection de l'enfant, ou encore, plus indirectement, la norme peut interdire ou punir plus sévèrement un comportement ou un acte commis envers les enfants.

Quel que soit le mécanisme de protection adopté, la différenciation faite par la norme entre l'adulte et l'enfant devra systématiquement être justifiée par toute la rhétorique entourant l'égalité matérielle : le manque de telle force ou telle capacité de l'enfant entraîne une plus forte vulnérabilité face à tel comportement ou dans tel contexte, nécessitant dès lors que telle disposition traite l'enfant de telle manière particulière. Si une telle justification fait défaut, il n'y aura pas lieu de tenir compte des différences entre l'enfant et l'adulte et le traitement juridique de ces derniers devra donc être identique à celui des adultes. On retrouve dès lors notre dilemme théorique qui s'étend depuis le pendant protectionniste visant à adopter des dispositions plus protectrices pour l'enfant que pour l'adulte, à son pendant libérationniste selon lequel les enfants et les adultes doivent être juridiquement traités de la même manière. Pour mieux comprendre le lien entre la vulnérabilité de l'enfant et son traitement juridique spécial, nous proposons dans la section suivante de s'appuyer sur quelques exemples concrets qui furent soumis à la Cour Suprême.

b. La protection juridique spéciale en réponse à la vulnérabilité de l'enfant : quelques exemples

À plusieurs reprises, la Cour suprême a dû se prononcer sur la constitutionnalité de normes qui prévoyaient un traitement spécial en réponse à la vulnérabilité des enfants et qui

⁴²⁹ *Young c. Young*, préc., note 417, 122.

⁴³⁰ *R. c. Sharpe*, préc., note 415, par. 177.

⁴³¹ *Id.*, 170.

semblaient, ce faisant, attenter aux droits fondamentaux d'autres personnes. Les juges devaient alors se prêter à un exercice de pondération des différents intérêts en jeu dont le raisonnement suivait une logique récurrente. La Cour a en effet développé au cours de ses années d'exercice un déroulement intellectuel systématique pour traiter des questions qui lui sont soumises et qui concernent la constitutionnalité de dispositions données vis-à-vis de la *Charte canadienne*. Si ce déroulement évolue régulièrement, il rencontre néanmoins toujours les mêmes grandes étapes depuis plus de 20 ans, à savoir la reconnaissance d'une restriction à un droit ou une liberté fondamentale entraînée par la disposition en cause, puis, dans ce cas, l'analyse au titre de l'article 1 de la Charte par le biais des critères énoncés dans l'arrêt *Oakes*⁴³². L'arrêt *Oakes* a permis d'élaborer un test afin de vérifier si la restriction est justifiée par l'article premier. Pour synthétiser ce test, la Cour doit se poser les 4 questions suivantes :

1. L'objectif poursuivi par la disposition en cause est-il urgent et réel ?
2. Les moyens choisis pour atteindre l'objectif ont-ils un lien rationnel avec l'objectif ?
3. Ces moyens portent-ils le moins possible atteinte au droit en question ?
4. Les avantages de la restriction sont-ils proportionnels à ses effets préjudiciables ?

Si elle peut répondre à chacune de ces questions par l'affirmative, la disposition sera justifiée par l'article premier de la Charte. En revanche, dès lors que la disposition ne respecte pas l'un de ces quatre critères, celle-ci sera déclarée inconstitutionnelle. Nous insistons sur ce test de l'arrêt *Oakes* car c'est dans le cadre de cette analyse de l'article premier que se jouent les décisions finales que nous résumerons ci-dessous. Nous retrouvons en effet l'analyse des quatre critères au cœur des décisions relatives au traitement de la vulnérabilité des enfants par la mise en place de dispositions spéciales. Ce faisant, les juges se prêtent systématiquement à un exercice de pondération des intérêts en jeu, sinon de balancier entre les droits des uns et ceux des autres, afin de positionner au mieux leur curseur de constitutionnalité. Ce jeu d'équilibriste nécessite des évaluations détaillées et des raisonnements poussés de la part des juges qui concilient *in fine* systématiquement les droits et les libertés de tous en fonction des enjeux de chaque contexte. Afin de synthétiser chacun de ces raisonnements judiciaires, nous terminerons cette section à l'aide d'un tableau résumant les motifs principaux de chaque décision et la manière dont la vulnérabilité des enfants est traitée.

⁴³² *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103 (CSC).

La décision *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*⁴³³

Le domaine de la publicité a fait l'objet d'une décision majeure concernant les dispositions particulières applicables aux publicités ciblant les enfants dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*. Il s'agissait en l'espèce de décider de la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴³⁴ du Québec interdisant les publicités commerciales destinées aux enfants de moins de 13 ans. Indirectement, cette disposition réserve un traitement spécial aux enfants de moins de treize ans puisqu'ils ne connaîtront pas de publicités qui leur soient directement destinées. Face à ce traitement spécial, les juges de la Cour suprême devaient se prononcer au regard de la liberté d'expression reconnue par l'article 2. b) de la *Charte canadienne*. Nous n'entrons pas dans les détails de l'analyse relative à la liberté d'expression, étant entendu que notre intérêt pour l'affaire concerne plutôt les questions touchant à la protection des enfants qui se retrouvent ensuite dans le cadre de l'analyse de l'article premier⁴³⁵. Notons simplement que sans aucune difficulté, les juges ont tous reconnu qu'une telle disposition restreint la liberté d'expression. Ils devaient donc ensuite se pencher sur la justification de l'article 1 de la *Charte* en examinant les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes*⁴³⁶. Rappelons-les en 2 étapes : 1) l'objectif poursuivi par la disposition en cause doit être urgent et réel, et 2) les moyens choisis pour atteindre l'objectif doivent être proportionnels au fardeau imposé sur les droits du demandeur.

En l'espèce, l'objectif général de la loi est la protection du consommateur afin de pallier le déséquilibre existant entre producteur et consommateur : il est acquis que le consommateur se trouve en situation de vulnérabilité face au producteur et qu'il convient, pour cette raison, de lui accorder une protection supplémentaire. Les enfants étant déjà vulnérables par nature, ils constituent donc un groupe très vulnérable parmi le groupe vulnérable de consommateurs. L'objectif de la disposition relative à l'interdiction des publicités s'adressant aux enfants est, par conséquent, de protéger les plus vulnérables face aux techniques parfois manipulatoires des publicités. On retrouve cette idée dans les propos de la majorité rendus par le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson, selon qui :

⁴³³ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 (CSC).

⁴³⁴ *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.

⁴³⁵ Nous ne prétendons d'ailleurs aucunement à une analyse exhaustive de cette décision. Bien au contraire, nous passerons très rapidement sur celle-ci pour mieux nous arrêter plus tard sur d'autres, dont l'objet principal traitera directement du droit des enfants.

⁴³⁶ *R. c. Oakes*, préc., note 432.

La préoccupation est de protéger un groupe qui est particulièrement vulnérable aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. Selon les termes mêmes du procureur général du Québec, "Ce sont eux qui vivent le plus manifestement cette situation d'infériorité et de déséquilibre entre producteurs et consommateurs que le législateur a voulu corriger". [...] De façon générale, les préoccupations à l'origine de la loi et de la réglementation volontaire dans ce domaine concernent la vulnérabilité particulière des jeunes enfants face à la manipulation exercée par les médias, leur incapacité de distinguer la fiction de la réalité ou de saisir l'intention persuasive que comporte le message et les effets secondaires des influences extérieures sur la famille et l'autorité parentale. [...]⁴³⁷

À l'unanimité, cet objectif de protection des enfants, qui n'ont pas les mêmes capacités intellectuelles que les adultes et sont plus crédules face aux éventuelles manipulations médiatiques, est reconnu comme un objectif réel et urgent.

Le second critère, celui de la proportionnalité, est quant à lui plus discuté en l'espèce. Il fait d'ailleurs l'objet du désaccord entre la majorité et la dissidence. La vulnérabilité des enfants ne permet pas de justifier tout et n'importe quoi : il doit exister un lien rationnel entre cette vulnérabilité et la disposition spéciale qui est source de protection accrue. Ici, l'objectif est de protéger les enfants contre les méfaits de la publicité et le moyen adopté est l'interdiction de celle-ci lorsqu'elle cible les enfants de moins de 13 ans. Il n'y a pas de doute pour la majorité, le moyen vise à atteindre la fin, et le fait de manière proportionnelle, répondant dès lors aux exigences de l'article premier. Au contraire, les juges dissidents, dont la parole est rapportée par le juge McIntyre, ne sont pas du même avis. S'ils reconnaissent le fait que la protection du bien-être des enfants est effectivement un objectif urgent et réel, il n'y a pas, selon eux, de lien suffisant entre la publicité et la menace envers les enfants. En ce sens, les preuves n'ont pas déterminé que la publicité destinée aux enfants représente un danger pour leur bien-être. Par ailleurs, quand bien même ils accepteraient un tel lien, celui-ci ne répondrait pas aux conditions de proportionnalité étant donné l'interdiction totale de publicité fixée selon un critère que les juges dissidents qualifient d'arbitraire.

Finalement, le désaccord des juges prouve que même si la vulnérabilité des enfants est unanimement reconnue par la jurisprudence canadienne, les conséquences relatives aux traitements juridiques, qu'ils soient particuliers ou identiques à celui des adultes, diffèrent d'un contexte à l'autre, sinon, d'une interprétation à l'autre. L'équilibre doit être recherché entre protéger la vulnérabilité des enfants et respecter les droits et libertés fondamentales des autres personnes en cause : pour y parvenir, le traitement spécial accordé aux enfants par la loi doit être étroitement lié à leur vulnérabilité dans le contexte de la publicité et doit être proportionnel

⁴³⁷ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 433, 987.

à l'objection de protection. Ce dernier élément de proportionnalité n'est pas si évident à juger, en témoigne la dissidence de la décision ; il s'agit plus d'une question de pondération des éléments et de recherche du meilleur équilibre possible que d'une vérité intangible. D'autres décisions de la Cour suprême illustrent cette conclusion.

Un tout autre domaine est notamment très révélateur de ces tensions, d'autant plus qu'il est fréquemment mis à l'ordre du jour de la Cour suprême. Il s'agit des dispositions pénales qui prévoient des peines plus lourdes lorsque les infractions sont commises à l'égard des mineurs. Parfois même, certains actes ne sont répréhensibles que lorsqu'ils sont commis envers les mineurs. Pourquoi punir plus sévèrement des actes commis envers les enfants qu'envers les adultes ? La logique de la vulnérabilité accrue des enfants menant à une protection spéciale est encore ici de mise. Afin d'illustrer ce point, nous nous pencherons plus spécifiquement sur les infractions d'ordre sexuel. Pour plusieurs d'entre elles, le consentement de la personne peut servir de moyen de défense, alors qu'il est inadmissible lorsque la victime est un enfant de moins de seize ans⁴³⁸. L'article 150 C.cr. prévoit cette impossibilité malgré quelques atténuations pour les adolescents de plus de 12 ans. Par ailleurs, pour les infractions possédant une nature exploitante, tels que le proxénétisme et la prostitution juvénile, le consentement de tout adolescent âgé de moins de dix-huit ans n'aura aucune valeur⁴³⁹. Dans ce contexte, plusieurs affaires ont été traitées par la Cour suprême afin d'évaluer la constitutionnalité de ces dispositions.

Les décisions *R. c. Hess et R. c. Nguyen*⁴⁴⁰

Ces deux décisions de 1990 concernent les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions d'ordre sexuel commises à l'égard du mineur. Plus particulièrement, elles visent à déterminer si le fait que l'intimé croyait que sa partenaire sexuelle avait l'âge légal pour consentir à des relations sexuelles peut ou non constituer un moyen de défense. Le *Code*

⁴³⁸ Rachel GRONDIN, *L'enfant et le droit pénal*, coll. Bleue. Série monographie, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 164.

⁴³⁹ *Id.*, p. 165.

⁴⁴⁰ *R. c. Hess ; R. c. Nguyen*, [1990] 2 RCS 906 (CSC).

criminel l'interdisait expressément à l'alinéa 3 de l'article 146 (1)⁴⁴¹, ce qui pose la question de la constitutionnalité de cette disposition au regard de l'article 7 de la *Charte canadienne*⁴⁴². Les juges ont rapidement reconnu une atteinte au droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte* étant donné la peine d'emprisonnement prévue si l'infraction est commise⁴⁴³. De plus, cette atteinte est, selon eux, contraire aux principes de justice fondamentale que sont l'intention coupable (la *mens rea*) et les droits de la défense⁴⁴⁴ : l'accusé ne peut se prévaloir du fait qu'il pensait avoir des relations sexuelles avec une fille de plus de 14 ans, auquel cas, l'élément de la *mens rea* fait défaut.

Dès lors, seule une justification en vertu de l'article premier, en lieu de limite raisonnable, pourrait sauvegarder la constitutionnalité de cette disposition. Les juges se sont donc prêtés à l'examen de l'article 1 selon les critères de proportionnalité dégagés dans l'arrêt *Oakes* : l'objectif réel et urgent, le lien rationnel, l'atteinte minimale et les effets proportionnels.

L'objectif de la disposition est celui de protéger les jeunes filles contre les maux résultant des rapports sexuels précoces. La juge Wilson indique en ce sens que :

[b]ien qu'il m'apparaisse que la disposition vise surtout à traiter des troubles physiques et émotifs directs qu'une très jeune fille peut connaître par suite de rapports sexuels précoces, je suis certaine qu'elle vise également en partie à protéger des enfants un peu plus âgés qui ne sont pas en mesure de faire face à la grossesse.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Selon cet ancien article 146 (1) C.cr. : « Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne du sexe masculin qui a des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin

- a) qui n'est pas son épouse, et
- b) qui a moins de quatorze ans,

que cette personne du sexe masculin la croie ou non âgée de quatorze ans ou plus. »

⁴⁴² Une première affaire, *R. c. Stevens*, [1988] 1 RCS 1153 (CSC), jugée en 1988, mais qui portait sur des faits qui s'étaient déroulés entre le 31 décembre 1981 et le 24 février 1982, posait déjà la même question de fond. Toutefois, la *Charte canadienne* étant entrée en vigueur le 17 avril 1982, cette décision est principalement connue pour statuer sur l'application rétroactive de la *Charte*. La majorité avait alors conclu à l'inapplicabilité de la *Charte* et par conséquent, elle ne s'était pas prononcée sur la question de fond. L'objet n'étant pas ici de traiter de la question de l'applicabilité de la *Charte*, nous nous passerons des argumentations des juges sur ce point. Notons toutefois que les juges Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé furent dissidents sur cette question. Acceptant l'application rétroactive de la *Charte*, ils se prononcèrent alors sur le fond du litige et jugèrent l'article 146 (1) inconstitutionnel car contraire à l'article 7 et non justifié par l'article premier. Si leur conclusion n'eut point d'effet en raison du rejet du pourvoi par la majorité, elle fut néanmoins reprise quelques années plus tard, dans deux affaires portant sur les mêmes dispositions. Nous proposons ainsi d'examiner plus profondément l'argumentation des juges quant à la constitutionnalité de ces dispositions dans ces deux affaires ultérieures, *R. c. Hess et R. c. Nguyen*, dans lesquelles l'application de la *Charte* ne fut point mise en doute.

⁴⁴³ Dès lors qu'une *infraction* est passible d'emprisonnement, elle restreint automatiquement le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*.

⁴⁴⁴ L'analyse d'une disposition selon l'article 7 de la *Charte* se divise en deux étapes : (1) Existe-t-il une atteinte à l'un des droits reconnus par l'article 7 (droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne) ? et (2), cette atteinte est-elle conforme avec les principes de justice fondamentale ? En l'espèce, les juges reconnaissent une atteinte à l'article 7.

⁴⁴⁵ *R. c. Hess ; R. c. Nguyen*, préc., note 427, 920.

Dans cet objectif, on retrouve manifestement la vulnérabilité particulière des enfants vis-à-vis des adultes : les jeunes filles ne sont pas en mesure de supporter physiquement et émotionnellement des rapports sexuels ni de faire face à leurs possibles conséquences, notamment une grossesse, contrairement évidemment aux personnes adultes. Le lien rationnel entre cet objectif et la disposition semble évident pour les juges : la reconnaissance d'une infraction pénale et la sanction qui s'en suit en cas de rapports sexuels avec des filles de moins de quatorze ans permettent de lutter contre les maux résultant de tels actes. Néanmoins, c'est sur le critère de l'atteinte minimale que l'analyse de l'article premier achoppe : l'impossibilité de faire valoir un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable ne constitue pas la voie la moins attentatoire permettant d'atteindre l'objectif. La preuve la plus manifeste est contenue dans les nouvelles dispositions du *Code criminel* alors adoptées qui prévoient la même infraction, donc poursuivent le même objectif, tout en permettant à l'intimé un tel moyen de défense, à condition qu'il ait pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant⁴⁴⁶. Il s'agit évidemment d'un moyen moins attentatoire à l'article 7 qui permet de se prévaloir de l'absence d'intention coupable. Les bénéfices du maintien de la responsabilité absolue de l'intimé ne sont qu'hypothétiques par rapport à ceux d'une responsabilité encadrée. En ne respectant pas les critères de proportionnalité exigés pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, les juges de la majorité concluent en toute logique à l'inconstitutionnalité de l'article 146 (1).

A contrario, les juges Gonthier et McLachlin sont dissidents et considèrent les critères de proportionnalité de l'article premier satisfaits en l'espèce : l'impossibilité d'invoquer la croyance raisonnable que l'enfant était âgé de plus de 14 ans a un effet dissuasif supplémentaire qui permet une meilleure atteinte de l'objectif poursuivi. Aussi, l'interdiction du moyen de défense fondé sur la diligence ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire ; l'atteinte au droit à la liberté de la personne est par conséquent justifiée par l'article premier.

Cette décision nous permet à nouveau d'illustrer le fait que même lorsqu'il existe manifestement un lien rationnel entre la vulnérabilité des enfants et la disposition qui vise à les protéger de cette vulnérabilité, cette disposition devra de surcroît être proportionnelle à l'objectif poursuivi. Ce critère de proportionnalité met en balance les effets bénéfiques de la

⁴⁴⁶ *Code criminel*, préc., note 177, art. 150.1 (4) : « Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. ».

disposition sur l'objectif visé et les effets néfastes qui peuvent résulter de cette même disposition, afin de s'assurer que les premiers l'emportent sur les seconds. Cette évaluation minutieuse de la disposition, dès lors que les juges parviennent à l'examen de l'article premier, réaffirme nos propos précédents : la protection des enfants est certes un objectif urgent et réel au regard duquel l'État a une forte responsabilité, néanmoins, elle ne permet pas de tout justifier. Elle n'est pas au-dessus de tout autre objectif et doit, *in fine*, se concilier avec bon nombre d'autres principes, de fond et de forme, qui varieront fortement d'un contexte à l'autre. Là encore, c'est à un jeu d'équilibre que se prêtent les juges, non sans laisser apparaître quelques désaccords qui témoignent encore de la complexité de cet équilibre.

La décision *R. c Sharpe*⁴⁴⁷

Une autre affaire très intéressante en la matière est celle de la décision *R. c Sharpe* qui concerne l'interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue par l'ancien article 163. 1 (4) C.cr. Cette disposition était contestée en Cour suprême au regard de la liberté d'expression (article 2. b) de la *Charte* et du droit à la liberté (article 7 de la *Charte*), soulevé notamment en raison de la portée excessive de la disposition. Les juges examinent ensemble les deux motifs dans le cadre de l'analyse de l'article premier de la *Charte* après avoir facilement conclu à une atteinte aux libertés.

L'objectif de la disposition plus globalement identifié est celui de la protection des enfants contre l'exploitation. Les juges expliquent en quoi la protection des enfants, en tant que membre vulnérable de la société, revêt une importance primordiale dans le cadre d'une société démocratique :

« les deux considérations que sont la justice et l'égalité sociales justifient la protection active des membres vulnérables de la société. Les principes démocratiques et constitutionnels exigent que chaque membre de la société soit traité avec dignité et respect et admis à participer pleinement à la société. En ce sens, une mesure gouvernementale qui protège les citoyens vulnérables joue un rôle vital. »⁴⁴⁸

En suivant ce raisonnement, ils en viennent à affirmer une présomption selon laquelle, « [t]oute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel. »⁴⁴⁹ Les juges décrivent ensuite

⁴⁴⁷ *R. c. Sharpe*, préc., note 415.

⁴⁴⁸ *Id.*, par. 133.

⁴⁴⁹ *Id.*, par. 194.

avec précision les préjudices que peut causer la pornographie juvénile envers les enfants⁴⁵⁰ et dès lors, démontrent le lien rationnel existant entre l'interdiction de ce matériel et la protection des enfants contre l'exploitation. L'analyse de la proportionnalité qui s'en suit est extrêmement intéressante en ce sens que les juges vont jusqu'à reconnaître une présomption nouvelle. Le juge en chef va ainsi déclarer que « [l]a plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression »⁴⁵¹. De la sorte, on s'aperçoit de la force supérieure assimilée à la protection des enfants à l'égard de la protection d'autres droits fondamentaux telle que la liberté d'expression. Les juges décident finalement de valider la disposition tout en se prêtant à un exercice visant à guider l'interprétation de la disposition pour servir aux prochaines affaires touchant la pornographie juvénile.

Ainsi, là encore, c'est dans le cadre de la justification par l'article premier que les juges mettent en balance les différents intérêts en jeu. Ils affirment ici clairement que la vulnérabilité des enfants constitue un enjeu qui pèse très lourd et que, dès lors, les dispositions visant à les protéger devront être manifestement disproportionnées pour être jugées inconstitutionnelles.

Ces décisions en matière d'infraction d'ordre sexuel envers des mineurs⁴⁵² nous démontrent finalement que la vulnérabilité des enfants n'est pas un principe fourre-tout qui permettrait de justifier n'importe quelle disposition. La vulnérabilité doit entraîner des conséquences directes en matière d'objectif législatif. Les dispositions doivent être en lien avec cet objectif et porter le moins possible atteinte aux autres droits et libertés reconnus par la *Charte*. Ainsi, quand bien même une disposition vise à protéger les enfants d'une vulnérabilité précise et liée au contexte, elle ne sera pas automatiquement constitutionnelle. Il semble toutefois se dégager une certaine présomption, bien que réfragable, selon laquelle les préjudices

⁴⁵⁰ *Id.*, par. 86 à 92.

⁴⁵¹ *Id.*, par. 103.

⁴⁵² D'autres décisions de la Cour suprême ont également porté sur la constitutionnalité de certaines dispositions relatives aux agressions sexuelles envers les mineurs. Nous avons choisi de ne pas toutes les développer plus longuement ici, les considérant moins parlantes quant à la prise en compte de la vulnérabilité des enfants que les précédentes. Nous avons en effet jugé que les analyses des trois décisions présentées ci-dessus étaient suffisantes dans le cadre de notre objectif démonstratif. Citons toutefois au surplus l'affaire *R. c. L. (D.O.)* qui portait sur l'acceptabilité comme preuve sous certaines conditions de l'enregistrement magnétoscopique de l'entrevue des victimes mineures d'agression sexuelle, *R. c. L. (D.O.)*, préc., note 400 ; Notons également les trois affaires très récentes : *R. c. Morrison*, préc., note 393 ; et *R. c. Mills*, 2019 CSC 22 (CanLII), portant sur le leurre ; ainsi que *R. c. Friesen*, préc., note 394 concernant la détermination de la peine infligée pour contacts sexuels avec les enfants.

causés aux enfants seront généralement considérés plus graves que ceux incidents sur les droits et libertés reconnus aux adultes.

Parmi les autres décisions de la Cour suprême qui concernent de près ou de loin la vulnérabilité des enfants, l'une d'entre elles nous semble dénoter une approche différente de la réponse juridique à cette vulnérabilité. Elle est d'autant plus intéressante qu'elle examine une disposition relative aux enfants par rapport au droit à l'égalité. Aussi, après avoir évoqué plus haut les fondements des droits de l'enfant sous le prisme de l'égalité, nous proposons dans la section suivante de rapporter l'analyse qu'en a livrée la Cour suprême du Canada.

c. La décision *Canadian Foundation for Children*⁴⁵³ : la vulnérabilité de l'enfant et le principe d'égalité

La décision de la Cour suprême *Canadian Foundation for Children* de 2004 est l'une des plus célèbres en matière des droits de l'enfant. C'est notamment la décision qui aborde le plus précisément la question de l'égalité entre les enfants et les adultes à travers l'examen de l'article 15 de la *Charte*. En l'espèce, les juges devaient décider de la constitutionnalité de l'article 43 C.cr. autorisant les parents à user d'une force raisonnable pour corriger les enfants : « Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances. »

La constitutionnalité de l'article 43 C.cr. était mise en cause au regard des articles 7, 12 et 15 de la *Charte*. Mis à part l'article 12⁴⁵⁴, pour lequel aucun n'a reconnu de restriction, les juges furent très partagés quant aux autres questions. Nous proposons tout d'abord de nous arrêter rapidement sur l'argumentation relative à l'article 7, puis, plus longuement, sur celle relative au droit à l'égalité étant donné son caractère unique.

⁴⁵³ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 398 ; Pour une analyse intéressante de la question soulevée dans cette décision, on pourra lire le chapitre de Margarida GARCIA, « Les hésitations parlantes et la force paradoxale des droits de l'enfant face au droit criminel : la réaction sociétale aux châtements corporels et aux « corrections raisonnables », dans TARA M COLLINS (dir.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale / Ottawa 2007*, coll. Bleue (Montréal, Québec). Série Ouvrages collectifs, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 57.

⁴⁵⁴ *Charte canadienne des droits et libertés, Partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 252, art. 12 : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. ».

Commençons donc par l'article 7 de la *Charte* qui prévoit le droit de chacun à la sécurité de sa personne. S'il est relativement facile de reconnaître que l'article 43 restreint le droit à la sécurité de l'enfant, il doit le faire en violation d'un principe de justice fondamentale pour constituer une atteinte inconstitutionnelle à l'article 7. Ce sont alors les principes voulant que la législation ne soit pas imprécise ou n'ait pas une portée excessive qui sont particulièrement discutés en l'espèce⁴⁵⁵. Dans ce cadre, les juges passent en revue chacun des termes utilisés dans l'article 43 en s'arrêtant plus longuement sur la « mesure raisonnable dans les circonstances », ainsi que sur le but de l'emploi de la force, à savoir « pour corriger ». En s'appuyant sur l'unique décision de la Cour suprême ayant porté sur l'article 43⁴⁵⁶, les juges de la majorité encadrent l'objectif de l'emploi de la force « pour corriger » par le biais de deux conditions : (1) l'emploi de la force doit répondre à un comportement réel de l'enfant et viser à le contrôler ou à y mettre fin⁴⁵⁷, et (2) la correction doit pouvoir avoir un effet bénéfique sur l'enfant, ce qui implique qu'il ait la capacité de la comprendre⁴⁵⁸. Concernant la force « raisonnable dans les circonstances », les juges dégagent quatre constantes pour lesquelles la force sera jugée déraisonnable selon le consensus social : (1) lorsque la punition est infligée à un enfant de moins de 2 ans, (2) ou à un adolescent, (3) lorsque le châtiment est infligé à l'aide d'un objet, ou (4) qu'il consiste en des gifles ou des coups portés à la tête. En proposant ces 4 restrictions à l'interprétation de la notion de « mesure raisonnable », la majorité conclut à la conformité de l'article 43 avec le principe de justice fondamentale de précision et donc à sa constitutionnalité au regard de l'article 7.

A contrario, les juges Arbour et Deschamps, dissidentes sur cette question se livrent à une analyse extrêmement poussée de la jurisprudence relative à l'article 43 C.cr. leur permettant de trouver des exemples contraires à chaque constante identifiée par la majorité au titre de consensus social⁴⁵⁹. Dès lors, elles rejettent l'interprétation restrictive que donne la majorité étant donné qu'elle n'est, selon elles, ni l'objet d'une jurisprudence constante, ni déduite

⁴⁵⁵ L'argumentation relative à l'intérêt de l'enfant est extrêmement intéressante dans cette affaire, bien que celui-ci ne soit pas reconnu comme un principe de justice fondamentale. Toutefois, nous y reviendrons plus tard, à l'heure de l'examen de la notion de l'intérêt de l'enfant, voir *infra* Partie III, chap. 1.

⁴⁵⁶ Une décision qui concernait la possibilité pour un conseiller en déficience mentale qui avait employé la force à l'encontre d'un patient de se prévaloir de l'article 43 C.cr., *Ogg-Moss c. La Reine*, 1984 CanLII 77 (CSC).

⁴⁵⁷ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 24.

⁴⁵⁸ *Id.*, par. 25.

⁴⁵⁹ Ainsi, elles citent des exemples de décisions d'acquiescement après emploi de la force avec coups au visage et à la tête [157 à 161], emploi de la force sur adolescents [162 à 165], emploi de la force sur un enfant de moins de 2 ans [166], ainsi qu'après emploi de la force avec un objet [167 à 170].

directement de la volonté du législateur. Elles considèrent finalement que l'article 43 porte atteinte au droit de l'enfant à sa sécurité en n'étant pas conforme au principe de justice fondamentale de précision. Elles procèdent donc à l'examen de l'article 1, sur lequel nous reviendrons ensuite.

Voyons à présent le raisonnement des juges, là aussi partagé, au regard de l'examen de l'article 43 C.cr. par rapport au droit à l'égalité garanti à l'article 15 de la *Charte*. Pour conduire cette analyse, les juges utilisent le test en 3 étapes de l'arrêt *Law c. Canada*⁴⁶⁰, selon lequel, la loi qui contrevient à l'article 15 doit (1) imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité, (2) cette différence doit être fondée sur un ou des motifs énumérés ou analogues, et (3) la différence doit équivaloir à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. Le premier critère ne pose aucun problème à tel point que la plupart des juges se contentent d'affirmer qu'il est rempli. Seule la juge Deschamps en délivre une brève explication⁴⁶¹ : l'emploi non consensuel de la force est interdit de manière générale⁴⁶². L'article 43 C.cr. fait figure d'exception à cette interdiction retirant par conséquent la protection générale du droit criminel à un groupe de personnes déterminées, ici les enfants. Autrement dit, les enfants ne bénéficient pas de la même protection du droit criminel contre l'emploi non consensuel de la force, ce qui les désavantage incontestablement. Le deuxième critère de l'arrêt *Law* est encore plus évident : la différence de traitement est fondée sur l'âge, un motif cité en toutes lettres par l'article 15. En revanche, là où les raisonnements des juges s'allongent et les désaccords apparaissent, c'est au sujet du troisième critère de l'arrêt *Law*.

À l'image de l'exercice auquel se prêtent les juges en l'espèce, il nous faut préciser la portée de ce troisième critère avant d'entrer dans son interprétation contextuelle quant à l'article 43 C.cr. Unanimement, les juges s'appuient sur les 4 facteurs contextuels dégagés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*⁴⁶³ qui servent d'indicateurs de l'existence d'une distinction constituant une discrimination : (1) le désavantage préexistant, (2) la correspondance entre la distinction et les caractéristiques ou la situation personnelles du demandeur, (3) l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration, et (4) la nature du droit touché⁴⁶⁴. Le désavantage préexistant

⁴⁶⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 236 ; Voir aussi *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 RCS 1120 (CSC).

⁴⁶¹ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 221.

⁴⁶² *Code criminel*, préc., note 186, art. 265.

⁴⁶³ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 245.

⁴⁶⁴ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 55.

attire directement à la vulnérabilité des enfants en tant que groupe qui, selon la juge Deschamps, est accentuée par l'article 43 : en effet, ce dernier « aggrave leur condition d'infériorité en les privant de la protection du droit criminel »⁴⁶⁵. Le dernier facteur, la nature du droit touché est de la plus haute importance puisqu'il concerne l'intégrité physique. Nul doute non plus quant au troisième critère qui rendrait l'existence d'une discrimination plus ténue si la disposition avait pour effet d'améliorer la situation d'un autre groupe défavorisé : en l'espèce, ce facteur n'est pas pertinent. Les débats s'animent dès lors qu'il s'agit de juger du second critère : celui de la correspondance entre la distinction et la situation de la personne défavorisée. Tel qu'énoncé dans l'arrêt *Law* et rappelé en l'espèce, « [c]e facteur reconnaît qu'en général les règles de droit qui “répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur” ne contreviennent pas au par. 15(1) : *Law*, précité, par. 70. »⁴⁶⁶

L'opinion de la majorité, rapportée par la juge en chef McLachlin, rappelle que les enfants, membres vulnérables de la société, ont clairement besoin de protection contre les mauvais traitements. Cependant, il ne s'agit pas de leur seul besoin car ils « dépendent également de leurs parents et de leurs instituteurs pour les guider et les discipliner, pour empêcher qu'on leur fasse du mal et pour favoriser leur sain développement dans la société. Un milieu familial et scolaire stable et sûr est essentiel à cet égard. »⁴⁶⁷. Partant, l'article 43 vise, selon la majorité, à répondre à l'ensemble de ces besoins : d'une part, il protège l'intégrité de l'enfant en punissant les actes de violence déraisonnables ; et d'autre part, il protège le milieu de l'enfant, ce qui lui permet de vivre dans un environnement sûr, en décriminalisant l'emploi raisonnable de la force qui participe d'un effort véritable d'éduquer l'enfant. Appuyant ce second argument, les juges expliquent que dans les cas où l'emploi de la force ne dépasse pas le cadre de l'article 43, l'intervention du droit criminel causerait plus de tort que de bien en risquant d'entraîner la destruction du milieu familial⁴⁶⁸. Néanmoins ce dernier argument, s'il peut paraître sensé pour les parents, est difficilement soutenable pour les instituteurs : en quoi la condamnation pénale des instituteurs pourrait-elle détruire le milieu de vie de l'enfant ? Quoi qu'il en soit, la majorité conclut que le facteur de correspondance entre la distinction et les

⁴⁶⁵ *Id.*, par. 226.

⁴⁶⁶ *Id.*, par. 57.

⁴⁶⁷ *Id.*, par. 58.

⁴⁶⁸ Argument qui, selon le juge Binnie, devrait être examiné au titre de la justification par l'article premier de la *Charte*.

besoins du groupe défavorisé est bel et bien présent. De ce fait, les juges refusent de reconnaître une discrimination et donc une atteinte à l'article 15.

Le juge Binnie est d'opinion divergente quant au facteur de correspondance de l'arrêt *Law*. Après avoir rappelé à quel point l'indice de pertinence soulève des questions extrêmement complexes, il estime, contrairement à l'avis majoritaire, que l'article 43 protège les parents et les instituteurs plutôt que les enfants :

On ne saurait, selon moi, prétendre que le recours à la force contre un enfant — qui, en l'absence de l'art. 43, aboutirait à une condamnation pénale — « correspond » aux « besoins, capacités et situation » de l'enfant lorsqu'on adopte, comme le propose la Juge en chef, le point de vue privilégié d'une « personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant, qui examine et évalue sérieusement le point de vue de l'enfant et les besoins qui doivent être comblés pour assurer son sain développement » (par. 53 (je souligne)). J'ai du mal à admettre que l'enfant a « besoin » d'une correction impliquant une conduite qui, sans l'art. 43, équivaldrait à des voies de fait criminelles trop graves pour donner ouverture au moyen de défense de *minimis*.⁴⁶⁹

Il ajoute qu'identifier les besoins, capacités et situation des enfants afin de vérifier leur correspondance avec l'article 43 est un exercice très périlleux étant donné la diversité inhérente de ces éléments au sein de la catégorie très générale d'enfant. De ce fait, le juge Binnie refuse de reconnaître une quelconque correspondance entre les besoins des enfants et la disposition en cause. Au contraire, il poursuit sur ce terrain en affirmant que la disposition porte atteinte à la dignité des enfants : toutes les personnes ont droit d'être protégées contre l'emploi de la force, « refuser aux enfants cette protection contre leurs pères et mères, les personnes qui les remplacent et les instituteurs non seulement porte atteinte à la dignité de l'enfant, mais en fait un “citoyen de deuxième classe” pour l'application du Code criminel »⁴⁷⁰. Par conséquent, le juge Binnie conclut que l'article 43 est discriminatoire et qu'il appartient au gouvernement de le justifier au titre de l'article premier. Cette conclusion, il la partage avec la juge Deschamps pour des motifs quelque peu différents.

La juge Deschamps s'attache en effet plus précisément à réfuter l'argument de la majorité d'après lequel l'article 43 permettrait de répondre à d'autres besoins de l'enfant, en plus de celui d'être protégé contre les mauvais traitements. En ce sens, elle s'appuie sur l'avis de certains experts selon qui le seul bénéfice des punitions corporelles modérées serait l'obéissance à court terme. Elle ajoute encore que :

⁴⁶⁹ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 102.

⁴⁷⁰ *Id.*, par. 109.

[o]n ne peut soutenir sérieusement que les enfants ont besoin de châtiments corporels pour croître et apprendre. De fait, leurs capacités et leur situation tendraient en général à indiquer le contraire — c'est-à-dire qu'ils peuvent apprendre par la raison et par l'exemple, avec le sentiment que leur sécurité et leur intégrité physiques ne sont pas menacées.⁴⁷¹

Elle rejoint par ailleurs l'opinion du juge Binnie selon laquelle cette disposition nuit à la dignité des enfants en perpétuant l'idée que « les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains », qu'ils sont des « citoyens de deuxième classe », de « statut inférieur »⁴⁷². Cette considération moindre de l'enfant accentue le désavantage préexistant en raison de leur vulnérabilité et appuie la reconnaissance d'une discrimination au sens de l'article 15.

Les deux juges dissidents sur la question, le juge Binnie et la juge Deschamps, après avoir reconnu une atteinte au droit à l'égalité, procèdent en toute logique à l'analyse de l'article premier. Ils passent alors en revue les critères de l'arrêt *Oakes*, sur lesquels leurs opinions diffèrent. Tandis que pour le premier, l'objectif est celui de limiter l'ingérence du *Code criminel* dans la vie familiale, il s'agit, pour la seconde, de reconnaître aux parents et instituteurs une marge de manœuvre nécessaire à l'exercice de leurs responsabilités, notamment en termes d'éducation vis-à-vis des enfants. Ils reconnaissent en revanche tous deux un lien rationnel entre l'objectif respectivement identifié et les effets de la disposition.

Quant au critère de proportionnalité, le juge Binnie considère qu'il est respecté par les limitations contenues dans l'article, à savoir l'utilisation d'une force raisonnable dans le but de corriger. Qui plus est, il ne s'agit là que d'une atteinte minimale étant donné les nombreux autres recours dont l'enfant dispose pour assurer sa protection et son bien-être. Cependant, une telle justification ne tient pas envers les instituteurs. Dans ce dernier cas, l'objectif poursuivi, moins impérieux que dans le contexte des parents, est celui du maintien de l'ordre dans les classes. Il peut certainement être satisfait par des dispositions moins attentatoires au droit à l'égalité des enfants. Concluant à la disproportion de la réponse apportée par l'article 43 vis-à-vis de l'objectif visé lorsqu'il s'agit des instituteurs, le juge Binnie distingue les deux situations dans sa conclusion : l'article 43 est justifié au regard de l'article premier, et donc constitutionnel, lorsqu'il s'applique en faveur des parents, en revanche, il n'est pas justifié pour les instituteurs, circonstances pour lesquelles il doit être invalidé.

Pour la juge Deschamps, la disposition contrevient au critère de la proportionnalité qu'elle s'applique aux parents ou aux instituteurs. En ce sens, la disposition aurait pu être moins

⁴⁷¹ *Id.*, par. 230.

⁴⁷² *Id.*, par. 231.

attentatoire en étant mieux circonscrite par le législateur, notamment en précisant les personnes que l'article vise, celles qu'il protège et les conduites qu'il justifie⁴⁷³. Par ailleurs, la disposition touchant l'un des droits les plus fondamentaux, celui de la protection de l'intégrité physique de la personne, ses effets bénéfiques devraient être extrêmement convaincants. Bien que ces derniers soient réels, ils ne contrebalancent pas le message très négatif que transmet la disposition, à savoir « que les enfants, en tant que groupe, sont moins dignes que n'importe qui d'autre d'être protégés contre une atteinte physique »⁴⁷⁴. Dès lors, la juge Deschamps parvient à la conclusion que l'article 43 n'est pas justifiable par l'article premier et le déclare conséquemment inconstitutionnel au regard du droit à l'égalité de l'article 15.

Finalement, cette affaire *Canadian Foundation for Children* nous montre à quel point les questions entourant l'enfant sont éminemment complexes. Elles soulèvent des enjeux essentiels quant à la reconnaissance de leur vulnérabilité, de leurs besoins et bien sûr de leurs droits, si bien qu'une opinion divergente sur un seul de ces éléments peut mener à des conclusions totalement contradictoires. La vulnérabilité des enfants, en réponse à laquelle nous avons maintes fois souligné le rôle protecteur du droit, est ici la preuve qu'elle peut aussi être la source de justification de bien d'autres pouvoirs : en ce sens, l'opinion majoritaire autorise par exemple une atteinte indiscutable à l'intégrité physique de l'enfant car elle permettrait de répondre à ses besoins. Non seulement l'inégalité en droit est affirmée, mais l'inégalité de fait, que la disposition devrait pallier, est somme toute aggravée⁴⁷⁵. En effet, poussant le raisonnement un peu plus loin, on pourrait se demander quel est ce besoin que l'enfant a, et que l'adulte n'a pas, et qui peut être satisfait par l'emploi de la force.

Ainsi que l'ont également démontré l'ensemble des autres affaires évoquées ici, la question de l'égalité entre les enfants et les adultes est intrinsèquement liée au contexte de la norme. Celui-ci doit mettre en jeu des besoins ou des capacités qui diffèrent chez l'adulte et l'enfant, un aspect pour lequel sa vulnérabilité sera décisive. De plus, la norme doit viser à pallier cette différence de manière rationnelle et proportionnée. Dans le cadre de décisions soulevant la constitutionnalité de certaines normes, les principales questions seront ainsi discutées par le biais du critère de proportionnalité de l'article premier, ou encore du critère de

⁴⁷³ *Id.*, par. 238.

⁴⁷⁴ *Id.*, par. 241.

⁴⁷⁵ La CSDEPJ suggère d'ailleurs d'interdire toute correction physique au Québec, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 69.

correspondance de l'arrêt *Law* lorsqu'il s'agit d'une atteinte au droit à l'égalité. De manière expresse ou tacite, les juges mettront alors en balance les droits des jeunes interpellés dans la disposition et les autres droits fondamentaux soulevés par le contexte, rendant dès lors illusoire toute affirmation théorique qui serait abstraite d'une réalité contextuelle.

Pour synthétiser les décisions analysées ci-dessus et schématiser la géométrie variable construite par les juges pour évaluer le bien-fondé de la réponse juridique apportée à la vulnérabilité des enfants selon chaque contexte, nous proposons, à la page suivante, un tableau récapitulatif reprenant, pour chaque décision, les motifs invoqués tant pour justifier la disposition, que pour l'invalider⁴⁷⁶ :

⁴⁷⁶ Nous avons surligné les motifs finalement retenus par la majorité des juges pour chacune des affaires.

Tableau 1. Le traitement de la vulnérabilité de l'enfant par la Cour suprême du Canada

	Dispositions en cause	Objet de la disposition	Validité constitutionnelle	Motifs liés à la vulnérabilité des enfants	Motifs liés aux autres intérêts en jeu
<i>Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)</i>	<i>Loi sur la protection du consommateur</i> , art. 248 et 249	Interdiction des publicités ciblant les enfants de moins de 13 ans	Oui	Protection des enfants face aux manipulations médiatiques	Liberté d'expression des publicitaires
<i>R. c. Hess et R. c. Nguyen</i>	<i>Code criminel</i> , art. 146. (1)	Rejet du moyen de défense selon lequel l'accusé croyait sa partenaire sexuelle âgée de plus de 14 ans	Non	Protection des jeunes filles contre les maux résultant des rapports sexuels précoces	Droit à la liberté des personnes (face aux peines d'emprisonnement encourues) – Principes de justice fondamentale de l'intention coupable (<i>mens rea</i>) et droits de la défense (diligence raisonnable)
<i>R. c. Sharpe</i>	<i>Code criminel</i> , art. 163. 1 (4)	Interdiction de la possession de pornographie juvénile	Oui	<ul style="list-style-type: none"> • Prévention des préjudices commis envers les enfants • Protection des enfants contre l'exploitation 	<ul style="list-style-type: none"> • Liberté d'expression • Droit à la liberté
<i>Canadian Foundation for Children</i>	<i>Code criminel</i> , art. 43	Autorisation de l'emploi raisonnable de la force par les parents ou instituteur pour corriger un enfant	Oui	<ul style="list-style-type: none"> • Droit de l'enfant à la sécurité de sa personne (contre l'emploi de la force) -Principes de justice fondamentale de la précision et la portée non excessive • Droit de l'enfant à l'égalité (emploi de la force interdit contre les adultes) 	<ul style="list-style-type: none"> • Protection de l'environnement familial de l'enfant lorsqu'il s'agit de l'éduquer • Limite à l'ingérence du <i>Code criminel</i> dans la vie familiale • Reconnaissance aux parents et instituteurs d'une marge de manœuvre nécessaire à l'exercice de leurs responsabilités

Les affaires évoquées jusqu'ici, ciblant en majorité le domaine pénal, interpellaient des contextes dans lesquels l'enfant est la victime d'une infraction commise par un adulte. La prochaine section s'attache au contraire à la question, pénale également, de l'enfant en tant qu'auteur de l'acte. Sa vulnérabilité est-elle toujours pertinente lorsqu'il s'agit de décider de sa culpabilité morale ? L'objectif premier du droit pénal qui est de protéger la société fait-il bon ménage avec la responsabilité étatique de protéger l'enfant lorsque celui-ci pourrait constituer une menace à la sécurité publique ?

2. Protéger l'enfant ou protéger la société ? La question de la culpabilité morale en droit pénal

L'un des domaines au sein duquel la tension entre le double JE de l'enfant est la plus manifeste est certainement le domaine pénal. Et pour cause... Selon que l'on considère l'enfant comme mature ou immature, acteur de ses actes ou victime de son environnement, ou encore responsable ou irresponsable, ce sont des réponses aux antipodes les unes des autres que le régime pénal mettra en œuvre. Bien que ce dernier cherche au maximum à s'adapter à l'individualité de chacun, certaines tendances peuvent être observées à travers la succession des différents régimes dans le temps. C'est ce que nous proposons d'examiner dans les propos suivants. Contrairement aux autres sections de ce chapitre, nous pensons en effet que les déclinaisons de la tension opposant les objectifs de protection et d'émancipation de l'enfant sont manifestes dans la législation, et plus particulièrement dans l'évolution de celle-ci. Aussi, plutôt que d'analyser l'approche conflictuelle dans le cadre de la jurisprudence, nous choisissons ici de la révéler à travers les philosophies sous-jacentes aux différentes lois sur le système pénal pour les mineurs s'étant succédé au cours du siècle dernier.

Au préalable, il nous faut d'ores et déjà observer une distinction entre le régime pénal prévu pour les plus jeunes enfants et celui pour les adolescents (que nous détaillerons plus profondément tout au long de cette section). En effet, il existe depuis plusieurs siècles déjà un âge avant lequel aucune personne ne peut être reconnue responsable pénalement. On parle alors du régime de l'irresponsabilité pénale⁴⁷⁷. Avant le XIX^e siècle, cet âge était fixé à 7 ans en *common law*⁴⁷⁸, âge repris par la première loi canadienne, la *Loi sur les jeunes délinquants*⁴⁷⁹ de 1908. Cet âge est ensuite rehaussé à 12 ans en 1984 avec la *Loi sur les jeunes contrevenants*⁴⁸⁰. On retrouve aujourd'hui l'âge de 12 ans à l'article 13 C.cr. selon lequel, « [n]ul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans. » Tel que fixé par la majorité des législations européennes⁴⁸¹, la province de Québec favorise plutôt l'âge de 14 ans, qu'elle prescrivait dans

⁴⁷⁷ Sur l'âge de la responsabilité pénale, ses conséquences et sa détermination, on pourra lire l'article de Marie Choquette, « L'âge de la responsabilité pénale », (1984) 25-2 *Cah. Droit* 465.

⁴⁷⁸ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 4.

⁴⁷⁹ *Loi sur les jeunes délinquants*, préc., note 51.

⁴⁸⁰ *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R. 1985, c. Y-1, art. 2.1.

⁴⁸¹ S. HUMBERT et L. CONVAIN, préc., note 403 à la page 83.

la *Loi sur la protection de la jeunesse* avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale⁴⁸². D'ailleurs, le *Code de procédure pénale du Québec* prévoit toujours dans son article 5 que « [n]ul ne peut être poursuivi pour une infraction qu'il a commise alors qu'il était âgé de moins de quatorze ans. » Partant, selon que la loi violée sur le territoire du Québec est fédérale ou provinciale, la responsabilité pénale variera respectivement entre 12 et 14 ans puisque la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* ne vise que les infractions à des lois fédérales ou à leurs textes d'application. Au Québec, les infractions aux lois provinciales relèvent depuis 1988 du *Code de procédure pénale*.

Le régime d'irresponsabilité pénale signifie qu'un enfant de moins de douze ans ne pourra pas être tenu responsable de ses actes, il ne pourra donc être poursuivi pour une *infraction* criminelle. À travers ce régime, on considère qu'un jeune enfant n'a pas la capacité ni la maturité suffisante pour comprendre les conséquences de ses actes. Il est de ce fait indéniablement posé sur un pied d'inégalité avec l'adulte, tout comme l'est la personne atteinte de maladie mentale, pour qui, là aussi, un régime d'irresponsabilité peut parfois s'appliquer⁴⁸³.

Plus encore, l'objectif général du droit pénal est de protéger la société contre les personnes considérées comme dangereuses. L'enfant n'étant pas doté de la raison suffisante pour vouloir nuire délibérément, il ne représente pas un tel danger. Il doit en conséquence être protégé contre le système pénal qui perdrait tout son sens à l'inclure dans ses dispositions. Il en va néanmoins autrement dès lors que l'on considère que l'enfant a la maturité suffisante pour comprendre les conséquences de ses actes et la raison pour décider par lui-même de les commettre. Cette distinction n'est pourtant pas si aisée et tant qu'il est enfant, celui-ci n'est jamais totalement assimilé à l'adulte et à sa capacité correspondante. De ce fait, c'est un régime construit au croisement de la responsabilité et de l'irresponsabilité pénale, de l'égalité et de l'inégalité avec l'adulte, qui s'est érigé et a évolué en faveur des adolescents. Tel que nous proposons de le voir à présent, ce régime a oscillé entre plusieurs façons de considérer l'enfant et les autres enjeux en cause dans le cadre du régime pénal. Trois lois fédérales se sont succédé : la *Loi sur les jeunes délinquants*, en 1908, remplacée par la *Loi sur les jeunes contrevenants* en

⁴⁸² Sur la question, sinon la critique, de la responsabilité pénale à 14 ans au Québec, on pourra lire les travaux de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse publiés en novembre 1982, ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPECIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, La Commission, 1982, p. 94 à 112.

⁴⁸³ Sur l'évolution du régime d'irresponsabilité pénale envers les personnes atteintes de maladie mentale, on pourra lire Yves HEMERY, « Irresponsabilité pénale, évolutions du concept », (2009) 85-8 *Inf. Psychiatr.* 727.

1984, puis la loi actuelle, la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, entrée en vigueur en 2003. Nous examinerons successivement ces trois lois, non pour comprendre en détail les mécanismes qu'elles prévoient, mais plus brièvement, pour en dégager la conception qui s'en dégage de l'enfant et la philosophie du traitement juridique correspondant qu'elles mettent en place (a). Nous verrons ainsi que ces lois oscillent plus ou moins franchement entre différents modèles de justice pénale pour les adolescents qui sont en principe très distincts. Nous examinerons pour terminer ces différents modèles sur le plan théorique (b).

a. L'évolution du régime juridique pénal pour les adolescents au Canada

*La Loi sur les jeunes délinquants*⁴⁸⁴

Au Canada, la première loi à prévoir un régime pénal spécial au profit des adolescents est la *Loi sur les jeunes délinquants*, adoptée en 1908. La vision romantique de l'enfant innocent qui naissait à la fin du XVIII^e siècle se manifeste très fortement dans cette législation. Comme l'explique Patricia Hanigan, cette loi « conçoit le délinquant comme le produit de son environnement, un enfant engagé dans la mauvaise voie qui a besoin d'aide et de conseil beaucoup plus que de punitions »⁴⁸⁵. L'acte délinquant commis par un enfant ne témoigne donc pas d'une nature dangereuse, mais plutôt d'une influence néfaste de son environnement ou de son éducation. Il est victime et non bourreau. On retrouve la formulation la plus expressive de cette idée à l'article 31 de la loi qui exhorte à une interprétation libérale du texte afin que « chaque jeune délinquant soit traité, non comme un criminel, mais comme un enfant mal dirigé, ayant besoin d'aide, d'encouragement et de secours ».

L'énoncé est limpide : l'enfant qui commet une infraction n'est pas un criminel qu'il faut punir, au contraire, il est une victime de son environnement qu'il faut protéger. La vision idyllique de l'enfant est à son apogée : on ne peut envisager qu'il commette volontairement des actes criminels. Aussi, faut-il y répondre par l'éducation, la protection et le renforcement de son milieu, et non pas, classiquement, par la répression et la punition. Il faut le « protéger en agissant sur les facteurs à l'origine de sa criminalité, plutôt qu'à sanctionner l'infraction à

⁴⁸⁴ *Loi sur les jeunes délinquants*, préc., note 51.

⁴⁸⁵ Patricia HANIGAN, *La jeunesse en difficulté : Comprendre pour mieux intervenir*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1990, p. 240.

l'origine »⁴⁸⁶. Quand bien même ses comportements sont condamnables, il n'en est que victime lui-aussi. Le punir deviendrait alors contre-productif, il faut au contraire le diriger et le soutenir. La mesure choisie par le juge sera ainsi centrée sur le jeune lui-même et ses besoins plutôt que sur l'acte qu'il a commis : une illustration concrète du pendant protectionniste des droits de l'enfant.

Cette idée apparaît à nouveau au cœur de la loi, qui, non seulement prévoit le traitement des enfants délinquants, mais condamne également le comportement des adultes qui permettent, voire encouragent, cette délinquance. L'article 29 énonce ainsi que :

Quiconque sciemment ou volontairement, encourage, aide ou induit un enfant à commettre un délit, ou qui sciemment ou volontairement commet quelque acte ayant pour effet de faire de l'enfant un jeune délinquant ou qui peut le porter à le devenir, que cette personne soit ou non le père ou la mère ou le gardien de l'enfant, ou que, étant son père ou sa mère ou son gardien et étant dans la position de le faire, néglige volontairement de faire ce qui tendrait directement à empêcher l'enfant d'être ou de devenir un jeune délinquant, ou à faire disparaître les circonstances qui font de cet enfant un jeune délinquant, est passible, sur conviction sommaire, devant la cour, ou devant un juge de paix, d'une amende n'excédant pas un cinq cents dollars ou d'un emprisonnement pour une période n'excédant pas un an, ou de l'amende et de l'emprisonnement.

Une telle conception de l'enfant délinquant et une telle réponse du droit s'inscrivent intrinsèquement dans une approche juridique protectionniste, voire paternaliste, plutôt que répressive ou punitive⁴⁸⁷. C'est d'ailleurs la même approche protectionniste que l'on retrouve plus classiquement en matière de protection de la jeunesse et qui, finalement, embrasse dans une même ligne de prise en charge les enfants délinquants et les enfants victimes de mauvais traitements ou orphelins. Au niveau québécois, cette similarité des réponses apportées tant pour l'enfant victime que pour l'enfant délinquant se traduit dans le texte originel de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Initialement, celle-ci traitait en effet en son sein à la fois des jeunes victimes de mauvais traitements, abandonnés ou orphelins, et de ceux ayant commis des infractions. Très vite, ce système a toutefois montré ses failles et le Rapport de la Commission parlementaire spéciale examinant cette loi a recommandé la disjonction des deux types de

⁴⁸⁶ Lyne CASAVANT, Robin MACKAY et Dominique VALIQUET, *Justice pour les jeunes au Canada, le contexte législatif*, Service d'information et de recherche parlementaires, 2008, p. 2.

⁴⁸⁷ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 4.

situations⁴⁸⁸. Cette séparation se matérialisera dans les amendements de 1984⁴⁸⁹, le système devant de toute façon se conformer à la nouvelle législation fédérale : la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

*La Loi sur les jeunes contrevenants*⁴⁹⁰

Contrairement à sa prédécesseure, la *Loi sur les jeunes contrevenants* de 1984 met en relief l'opposition entre la protection des adolescents et la protection de la société⁴⁹¹, tout en soulignant que le but du système pénal est principalement la seconde⁴⁹². Cette philosophie apparaît dès la déclaration de principes qui commence de la manière suivante :

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés :

a) la prévention du crime est essentielle pour protéger la société à long terme et exige que l'on s'attaque aux causes sous-jacentes de la criminalité des adolescents et que l'on élabore un cadre d'action multidisciplinaire permettant à la fois de déterminer quels sont les adolescents et les enfants susceptibles de commettre des actes délictueux et d'agir en conséquence ;

a.1) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et aux conséquences de leurs actes ; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits ;

Si les adolescents demeurent traités différemment des adultes, ils doivent néanmoins assumer la responsabilité de leurs actes. On reconnaît ainsi qu'ils sont suffisamment matures pour en comprendre les conséquences.

Sur le plan procédural, cette loi vient également pallier les carences de la précédente : en traitant les enfants délinquants comme des victimes, ceux-ci ne disposaient que de très peu de garanties procédurales⁴⁹³. Avec un système qui visait à protéger l'enfant plutôt qu'à le punir, on considérait que ce dernier n'avait pas véritablement besoin de droits pour se protéger contre ce même système (tel que les droits de la défense ou la présomption d'innocence). Dès lors, une très grande discrétion était laissée aux juges qui pouvaient parfois se révéler préjudiciables aux

⁴⁸⁸ ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPECIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 482, p. 17 à 85.

⁴⁸⁹ *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c.4; Mario PROVOST, *Droit de la protection de la jeunesse*, Montréal, Québec, LexisNexis, 2017, p. 5.

⁴⁹⁰ *Loi sur les jeunes contrevenants*, préc., note 480.

⁴⁹¹ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 5 et 6.

⁴⁹² R. JOYAL, préc., note 27, p. 282.

⁴⁹³ Françoise Tulkens et Thierry Moreau observent le même phénomène dans leur analyse de la législation belge dans *Droit de la jeunesse : aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 250, 251.

jeunes, pour qui il était très difficile de contester leur condamnation. La Loi de 1984 réinstaura les garanties procédurales et affirme que les jeunes ont les mêmes droits fondamentaux que les adultes. La déclaration de principes met là aussi ce point en exergue :

e) les adolescents jouissent, à titre propre, de droits et libertés, au nombre desquels figurent ceux qui sont énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés ou dans la Déclaration canadienne des droits, et notamment le droit de se faire entendre au cours du processus conduisant à des décisions qui les touchent et de prendre part à ce processus, ces droits et libertés étant assortis de garanties spéciales

Quant aux mesures pouvant être prises contre les adolescents contrevenants, elles doivent viser la réhabilitation et la responsabilisation des jeunes plutôt que leur protection⁴⁹⁴. Toutefois, un traitement particulier leur est réservé par rapport aux adultes par le biais des mesures de rechange qui tiennent compte de leur degré de développement et de maturité⁴⁹⁵.

L'application de cette loi est confiée au tribunal pour adolescents⁴⁹⁶. De la sorte, on demeure sur un régime particulier, différent de celui des adultes, mais qui reconnaît néanmoins la dangerosité possible des jeunes et prévoit en ce sens des mesures plus punitives que la *Loi sur les jeunes délinquants*. Cette recherche d'équilibre entre la protection des enfants et celle du public se poursuit de plus belle dans la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* qui succéda à la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

*La Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*⁴⁹⁷

En 2003, la *Loi sur les jeunes contrevenants* est remplacée par la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*. Celle-ci s'appuie sur un modèle qui continue d'osciller entre la protection du public et la protection des adolescents, à la recherche de la meilleure compatibilité possible entre ces deux objectifs⁴⁹⁸. En ce sens, on conserve un système totalement distinct de celui des adultes tout en poursuivant les efforts classiques du système pénal de protection du public par la réduction de la criminalité. On retrouve cette double visée dès la déclaration de principes prévue par l'article 3. Les deux premiers paragraphes se divisent déjà en ces deux objectifs susmentionnés :

⁴⁹⁴ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 5 et 6.

⁴⁹⁵ R. JOYAL, préc., note 27, p. 283.

⁴⁹⁶ *Loi sur les jeunes contrevenants*, préc., note 476, art. 5 (1). Au Québec, il s'agit de la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, aussi compétente en matière de protection de la jeunesse.

⁴⁹⁷ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

⁴⁹⁸ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 6,7 et 8.

3 (1) Les principes suivants s'appliquent à la présente loi :

a) le système de justice pénale pour adolescents vise à protéger le public de la façon suivante : [...]

b) le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct de celui pour les adultes, être fondé sur le principe de culpabilité morale moins élevée et mettre l'accent sur : [...]

On identifie sans peine les deux objectifs principaux, d'une part la protection du public contre la criminalité, et d'autre part, la protection des jeunes par la reconnaissance d'une culpabilité morale moindre⁴⁹⁹ et la réaffirmation d'un système de prise en charge distinct de celui des adultes. Le premier principe inclut par exemple la « prévention du crime » (iii), tandis que le second insiste sur une « responsabilité juste et proportionnelle, compatible avec leur état de dépendance et leur degré de maturité » (ii). Cette organisation de la déclaration de principes est issue d'un changement législatif entré en vigueur en 2012⁵⁰⁰ qui, d'après certains de ses commentateurs, optait pour la primauté de la protection du public sur la réadaptation sociale des adolescents. En effet, avant ce changement, le premier alinéa se lisait comme suit :

a) le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents, à les réadapter et à les réinsérer dans la société et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives en vue de favoriser la protection durable du public ;

La formulation mettait au même niveau la protection du public et la réinsertion des adolescents. Au contraire, la nouvelle déclaration de principe relègue la réinsertion sociale des adolescents à un sous-alinéa de l'objectif principal de protection du public⁵⁰¹.

Néanmoins, le préambule de la loi demeure très sensible à l'approche protectionnelle. On y retrouve en ce sens l'idée que « la société se doit de répondre aux besoins des adolescents, de les aider dans leur développement et de leur offrir soutien et conseil jusqu'à l'âge adulte ». La première partie de la loi est ensuite consacrée aux mesures extrajudiciaires qui permettent, entre autres, de pallier l'un des principaux défauts de la loi précédente : celui de la surutilisation des tribunaux, notamment dans les cas les moins graves. Ces mesures, qui évitent la confrontation avec le processus judiciaire, permettent une réponse plus rapide et adaptée aux jeunes dans les cas d'infractions mineures. Elles peuvent consister en un avertissement ou une mise en garde de la police ou encore à un renvoi à un programme communautaire⁵⁰². Lorsque

⁴⁹⁹ Ce principe de culpabilité morale moins élevée a d'ailleurs été reconnu par la Cour suprême comme un principe de justice fondamentale dans *R. c. D.B.*, préc., note 411.

⁵⁰⁰ *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1.

⁵⁰¹ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 7.

⁵⁰² *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, préc., note 497, art. 6.1.

celles-ci sont insuffisantes, on peut recourir à des sanctions extrajudiciaires⁵⁰³ qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent mener à la prise en charge judiciaire du jeune.

Malgré ces nouvelles mesures, plusieurs auteurs assimilent les dernières évolutions du système judiciaire pénal pour les adolescents à un recul de la prise en compte de l'enfant. Ces derniers soulignent notamment que le système actuel permet d'imposer des peines d'adultes à des mineurs⁵⁰⁴ et qu'il ressemble de plus en plus à celui applicable aux adultes⁵⁰⁵. Ainsi que le souligne Rachel Grondin, le gouvernement choisit « la protection immédiate de la société aux dépens de sa protection à long terme »⁵⁰⁶. En outre, cette tendance ne s'observe pas seulement au Canada, mais semble être décriée dans la majorité des pays occidentaux⁵⁰⁷. On y observe en effet une volonté publique de punir plus sévèrement la délinquance juvénile en raison notamment de la prétendue augmentation des taux de criminalité chez les jeunes dont on a pourtant bien du mal à cerner la portée⁵⁰⁸.

Finalement, au Québec comme ailleurs, plusieurs modèles de justice pénale pour les enfants ont été successivement adoptés. Correspondant en grande partie à l'évolution de la vision juridique de l'enfant, d'un être innocent et vulnérable à protéger, vers la reconnaissance de son état progressif d'émancipation et de maturation vers l'âge adulte, le système pénal oscille entre un modèle protectionniste se basant sur l'irresponsabilité de l'enfant et un modèle plus punitif, reconnaissant une part de dangerosité chez les plus jeunes et visant d'abord et avant tout à protéger la société. Ce dernier se rapproche finalement de la thèse libérationniste puisque, dans sa déclinaison radicale, il mêlerait les enfants aux adultes en se concentrant uniquement

⁵⁰³ *Id.*, art. 10.1.

⁵⁰⁴ La Cour suprême a néanmoins invalidé une disposition de la LSJPA selon laquelle le juge appliquait une peine d'adulte à l'encontre du mineur ayant commis une infraction désignée, à moins que l'adolescent démontre qu'une peine spécifique était d'une durée suffisante pour le tenir responsable. Dans cette affaire, les juges ont relevé une violation au principe de justice fondamentale de la présomption de culpabilité moindre pour les adolescents, *R. c. D.B.*, préc., note 411. Notons que le système des infractions désignées a ensuite été abrogé par les modifications législatives de 2012.

⁵⁰⁵ J. TREPANIER, préc., note 59 aux pages 30 et 31.

⁵⁰⁶ R. GRONDIN, préc., note 438, p. 291.

⁵⁰⁷ J. TREPANIER, préc., note 53 ; Pour l'évolution en France, on pourra lire Franck LUDWICZAK (dir.), *Réformer le droit des mineurs délinquants : d'une évolution de la jeunesse à l'adaptation de la justice*, coll. Droit, société et risque, Paris, L'Harmattan, 2016.

⁵⁰⁸ Jean ZERMATTEN, « Intérêt supérieur de l'enfant ou intérêt sécuritaire ? », *Cah. Dyn.* 2009.1.25, 25 ; notons que ce retour au punitif est d'autant plus manifeste aux États-Unis, voir Jean TREPANIER, « Le développement historique de la justice des mineurs », dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, 5E SEMINAIRE, *100 ans de justice juvénile : bilan et perspectives*, coll. Institut universitaire Kurt Bösch, n°20, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2000, p. 21 à la page 38.

sur les actes commis et leur dangerosité pour punir les coupables, quel que soit leur âge. Ces différents modèles sont maintes fois rapportés sur le plan théorique et constituent, dans leur version idéal-type, les solutions envisageables pour prendre en charge les mineurs délinquants.

b. Les solutions théoriques envisageables en matière de justice pénale pour enfants

Dans les aspects que nous venons de développer par le biais de l'évolution législative canadienne de la justice pénale pour les mineurs, deux philosophies semblent se dégager que de nombreux auteurs reprennent. L'honorable Oscar D'Amours nous propose un résumé très accessible de ces deux modèles qu'il nomme le système de protection et le système de justice :

Le système de protection, inspiré de la doctrine "parens patriae", considère que l'enfant n'est pas responsable de ses actes, mais victime des circonstances : il faut donc non le punir, mais le protéger. L'intervention face au mineur est déterminée par ses besoins, non par sa faute ; d'où l'idée de soins, de mesures, de placement. Le rôle du juge est central, les règles de droit parfois défailtantes.

Le système de justice, inspiré de la nécessité d'offrir au mineur un "due process of law", recentre le débat sur l'acte délictueux et accorde une grande importance aux garanties procédurales. Retour vers la sentence et vers la reconnaissance de la responsabilité du mineur, tarification du comportement fautif et nouvelles mesures dites techniques.⁵⁰⁹

Dans une terminologie très proche, Jean Zermatten parle du « modèle protectionniste » d'une part, et du « modèle justicialiste » d'autre part⁵¹⁰. Aucun des deux systèmes, ici présentés dans leur idéal-type, ne permet d'apporter une réponse complète à la délinquance des mineurs étant donné qu'il occulte systématiquement toute une partie du phénomène : l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt sécuritaire⁵¹¹, la vulnérabilité de l'enfant ou sa responsabilisation, la répression systématique ou la clémence aveugle⁵¹². Alors que l'un prend en compte uniquement les besoins de l'enfant en tant que source de la délinquance, l'autre se concentre exclusivement sur l'acte⁵¹³ ; alors que la réponse de l'un se construit autour du soin et des besoins du jeune, la

⁵⁰⁹ Oscar D'AMOURS, « Les grands systèmes : Modèle de protection, Modèle de justice et les Perspectives d'Avenir », dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, 5E SEMINAIRE, *100 ans de justice juvénile : bilan et perspectives*, coll. Institut universitaire Kurt Bösch, n°20, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2000, p. 95.

⁵¹⁰ J. ZERMATTEN, préc., note 508, 26.

⁵¹¹ J. ZERMATTEN, préc., note 508.

⁵¹² Maryse VAILLANT, « Droit à l'adolescence, droit à la clémence, droit à la responsabilité », dans Paul MASOTTA (dir.), *Le non-droit des jeunes*, Paris, Syros, 1995, p. 117 à la page 124.

⁵¹³ D. ARCHARD, préc., note 13, p. 132.

réponse de l'autre mise sur la sanction et responsabilisation⁵¹⁴. C'est aussi la tension dont nous parlent Olivier Mongrin et Denis Sallas en termes de « tout éducatif » et « tout répressif »⁵¹⁵.

Tous ces auteurs qui soulignent, en des termes ou d'autres, cette alternative à laquelle fait face le système pénal pour mineurs, s'accordent quant à l'insuffisance du choix exclusif de l'un ou de l'autre modèle. Ils s'orientent plutôt vers un troisième modèle, défini en des termes nouveaux ou par des positions modérées inspirées de chacun des deux modèles précédents s'ouvrant sur une position intermédiaire, un équilibre entre deux pôles excessifs. Ce troisième modèle est pour la plupart incarné par le modèle de justice réparatrice ou restaurative⁵¹⁶.

Ce modèle de justice dépasse la seule prise en compte de l'acte délictuel ou de la personne délinquante pour s'intéresser au préjudice occasionné par l'acte, au tort causé aux victimes. En pratique, ce modèle de justice mise fortement sur la collaboration entre les parties et sur la participation volontaire aux procédés de réparation du ou des auteur-s de l'infraction et de la ou des victime-s. L'implication du délinquant vise à le responsabiliser en lui faisant prendre conscience des conséquences de ses actes — un résultat d'autant plus recherché lorsque le délinquant est jeune et immature. L'auteur de l'infraction doit adopter une position active afin de réparer son acte, contrairement à l'approche punitive dans laquelle il reçoit une sanction de manière passive. Les résultats envers les mineurs semblent prometteurs et l'équilibre total bien plus positif dans la mesure où, comme le soulignent très justement Walgrave et Zinsstag, « [a]lors que la justice punitive augmente la souffrance totale en ajoutant une peine au délinquant, la justice restaurative tend à diminuer cette souffrance par la voie de la réparation et de la restauration. »⁵¹⁷ Bien qu'il y ait beaucoup à dire sur le mécanisme de justice restaurative, nous n'irons pas plus loin dans sa description. Notre objectif étant plutôt celui de comprendre que, face à l'impossibilité d'intégrer la complexité de la problématique de la délinquance juvénile par le modèle protectionniste ou répressif, les spécialistes ont développé un nouveau modèle, basé sur des prémisses et des objectifs différents. Ce dernier modèle s'apparente pour certains à un modèle mixte, « libéré de la confusion entre mineurs en danger

⁵¹⁴ J. ZERMATTEN, préc., note 508, 26.

⁵¹⁵ Olivier MONGRIN et Denis SALLAS, « Entre le tout éducatif et le tout répressif, quelles alternatives ? À propos de la justice des mineurs », (1998) 248-12 *Esprit* 189, voir aussi Benoit BASTARD et Christian MOUHANNA, « Le juge des enfants dans son environnement : à la recherche des équilibres », *Quest. Pénales* 2008.1.

⁵¹⁶ Sur la justice restaurative, les insuffisances qu'elle peut présenter et les moyens de les dépasser, on pourra lire Lode WALGRAVE, « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », (1999) 32 *Criminologie* 7 ; et Lode WALGRAVE et Estelle ZINSSTAG, « Justice des mineurs et justice restaurative », (2014) n° 59-1 *Cah. Dyn.* 32.

⁵¹⁷ L. WALGRAVE et E. ZINSSTAG, préc., note 516, 59.

et mineurs délinquants »⁵¹⁸, qui permet dès lors de dépasser une polarisation sans issue entre protéger l'enfant ou protéger la société, ou encore, de se situer à bonne distance de ces deux antipodes⁵¹⁹.

Le tableau Lode Walgrave⁵²⁰, reproduit ci-dessous, nous permet de résumer les intentions et les principes propres à chacun des trois modèles et de comprendre en quoi le troisième, celui de la justice restaurative, ici rapporté au droit réparateur, dépasse les contradictions sans issue des deux autres :

Tableau 2. Les conceptions des différents modes de justice

Variables	Droit pénal	Droit réhabilitatif	Droit réparateur
Points de référence	Délit	Individu délinquant	Préjudices causés
Moyens	Infliction d'un mal	Traitement	Obligation de réparer
Objectifs	Équilibre moral	Adaptation	Annulation des torts
Position des victimes	Secondaire	Secondaire	Centrale
Critères d'évaluation	Juste peine	Individu adapté	Satisfaction des concernés
Contexte sociétal	État opprimant	État providence	État responsabilisant

Finalement, la tension récurrente des droits de l'enfant se décline nettement dans le domaine pénal, principalement sous l'axiome protection des enfants vs protection du public. Encore une fois ici, cette alternative relève d'une vision double de l'enfant : celle du jeune vulnérable, inégal de l'adulte, qu'il convient de traiter différemment en lui apportant une protection accrue, et celle de l'enfant, adulte de demain, que l'on doit responsabiliser et traiter comme un être en voie d'émancipation. Dans le cadre du droit pénal, de nouvelles variables viennent s'ajouter à l'équation : la protection du public que ce domaine juridique vise de manière générale à garantir en prévenant et en punissant la criminalité ; le droit des victimes à obtenir réparation des préjudices ; ou encore, les droits de la défense oh combien cruciaux en

⁵¹⁸ C. BLATIER, préc., note 361.

⁵¹⁹ M. VAILLANT, préc., note 512 à la page 124.

⁵²⁰ Tel que rapporté dans Valérie ROY, *Projet de loi C-68 : Loi concernant le système de justice pénale pour les adolescents et modifiant et abrogeant certaines lois en conséquence : une analyse systématique et fonctionnelle*, coll. Série État de la question, Québec, Laboratoire de recherche, École de service social, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 1999, p. 9.

matière pénale pour garantir un procès équitable et la présomption d'innocence. On comprend dès lors que l'appréhension juridique de l'enfant ne dépend pas seulement d'une prise de position quant à son double visage, mais qu'elle intègre aussi, dans l'opérationnalisation des droits de l'enfant dans les différents domaines juridiques, des principes et objectifs propres à chacun de ces domaines. C'est le cas pour le droit pénal, mais c'est aussi le cas dans le domaine du droit familial ou du droit à la santé qui seront successivement traités dans les sections suivantes.

3. *Le droit de garde : intérêt des parents, intérêt de la famille ou intérêt de l'enfant ?*

Tel que nous l'avons vu dans notre historique législatif, l'enfant a longtemps était considéré comme la propriété du *pater familias*⁵²¹. Ce dernier avait tous les droits sur lui, dont bien évidemment l'autorité parentale⁵²². Seule une faute grave pouvait aboutir à son retrait. Les droits de la mère ont ensuite progressivement pris de l'importance jusqu'à lui reconnaître des droits égaux à ceux du père. Ce basculement s'illustre par le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale⁵²³. En outre, en matière de garde, l'un des attributs de l'autorité parentale, les plus jeunes enfants étaient généralement confiés à leur mère. Cette jurisprudence, constitutive de la « doctrine de l'âge tendre », s'appuyait principalement sur l'idée qu'un jeune enfant nécessite plus fortement les soins de sa mère que ceux de son père. Suivant cette doctrine, les juges ont attribué la garde de l'enfant à la mère dans 75,6 % des affaires de divorce traitées au Québec entre 1969 et 1979, alors que seuls 13,4 % de ces affaires se concluaient par l'attribution de la garde au père (les 10 % restant concernent l'attribution de la garde à d'autres personnes que les parents)⁵²⁴. Aujourd'hui, l'évolution de la jurisprudence et des législations a consacré l'intérêt de l'enfant comme la considération primordiale⁵²⁵, sinon la seule considération, jouant dans la détermination de la garde. L'article 16 (1) de la *Loi sur le*

⁵²¹ Pour en savoir plus sur l'évolution du droit de garde et la puissance paternelle au tournant du XX^e siècle, on pourra lire Cynthia FISH, « La puissance paternelle et les cas de garde d'enfants au Québec, 1866-1928 », (2004) 57-4 *Rev. Hist. Am. Fr.* 509.

⁵²² Tel que le prévoyait l'article 243 du *Code civil* : « L'enfant est soumis à l'autorité de son père et de sa mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais le père exerce seul cette autorité au cours du mariage. »

⁵²³ Changement intervenu en 1977 avec la *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72.

⁵²⁴ Renée B.-Dandurand et Lise Saint-Jean « La nouvelle monoparentalité comme révélateur des contradictions familiales » (1990) INRS-urbanisation-culture-société 7, cité dans Valérie LABERGE, *Pour une présomption légale simple de garde alternée au Québec*, Mémoire de maîtrise en droit, Université du Québec à Montréal, 2013, p. 34.

⁵²⁵ *King c. Low*, [1985] 1 RCS 87, par. 12 (CSC).

*divorce*⁵²⁶ reconnaît ainsi que : « [l]e tribunal tient uniquement compte de l'intérêt de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact. »⁵²⁷ Dès lors, aucun des deux parents n'est plus privilégié par rapport à l'autre, seuls les besoins de l'enfant sont considérés pour déterminer quelle garde concourt le mieux à son intérêt.

Si les affaires de garde mettent souvent en opposition le père et la mère après un divorce ou une séparation, celles-ci peuvent également émaner d'un conflit entre le ou les parents et d'autres personnes ayant exercé *de facto* de telles responsabilités auprès des enfants. Nous verrons dans une première section que, dans ces cas, si la garde était auparavant attribuée aux parents à moins d'un abandon ou d'une faute grave, les décisions se sont progressivement faites de plus en plus disparates, jusqu'à ne considérer plus que les besoins et l'intérêt de l'enfant. Ce basculement de la jurisprudence est venu consacrer le droit de garde comme un droit de l'enfant et non plus comme un droit des parents (a). Un conflit entre deux intérêts parfois contradictoires a ainsi pris fin au bénéfice de l'enfant, consacrant la primauté des besoins de ce dernier en matière de garde.

Dans une seconde section, nous nous intéresserons au cas de retrait de la garde des parents, intervenant souvent dans un contexte de protection de la jeunesse. L'ingérence de l'État dans la vie familiale en vue de protéger les enfants est traitée par la Cour suprême comme une atteinte à leur droit à la liberté et à la sécurité garanti par l'article 7. Face à ces droits parentaux, le droit de l'enfant à la protection est là encore mis en conflit, notamment par le biais de la compétence *parens patriae* reconnue à l'État dans ce domaine (b).

a. Le droit de garde : droit des parents ou droit de l'enfant ?

Dans les cas où la garde d'un enfant est disputée entre un parent et une personne ayant dans les faits joué ce rôle depuis un certain temps, la jurisprudence a longtemps donné prévalence aux parents, considérant que seule une faute ou un comportement extrêmement grave pouvait permettre de leur retirer ce droit de garde. Ce dernier était ainsi assimilé à un certain « droit de propriété », accordé « naturellement » aux parents, sous couvert du présupposé

⁵²⁶ *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.).

⁵²⁷ Lorsque les parents ne sont pas mariés, la détermination de la garde après leur rupture est régie par le *Code civil du Québec*. L'article 33 consacre lui aussi l'intérêt de l'enfant comme un critère déterminant : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. » *Code civil du Québec*, préc., note 135.

voulant que le bien-être de l'enfant soit mieux assuré sous la garde de ses parents à moins de circonstances graves⁵²⁸. Le juge McIntyre, en dressant un historique du droit de garde dans l'affaire *King c. Low*⁵²⁹, revient sur ce principe de prévalence de la garde aux parents, notamment à la mère⁵³⁰. C'est la Cour d'appel de l'Ontario en 1973, dans l'affaire *Re Moores and Feldstein et al.*⁵³¹, qui opéra un tournant dans l'analyse et la résolution des conflits de garde⁵³².

À partir de cet arrêt, les décisions judiciaires furent plus disparates quant à la résolution de ce type de conflit. Pour s'écarter de la jurisprudence antérieure privilégiant le statut parental, certains se sont appuyés sur des modifications législatives, tandis que d'autres ont suivi les arguments présentés par le juge Dubin⁵³³. À ce titre, les juges ont pu considérer que les principes guidant l'attribution de la garde devraient être les mêmes lorsque la garde est disputée entre les parents ou entre les parents et ceux qui ont assumé le rôle de parents, à savoir la considération primordiale du bien-être de l'enfant⁵³⁴. Au critère du statut parental s'est ainsi peu à peu substitué celui de l'intérêt de l'enfant, tout en conservant la présomption simple et de fait selon laquelle les parents seront les plus à même de garantir cet intérêt⁵³⁵. Nous proposons de nous arrêter ici sur quelques décisions de la Cour suprême ayant scellé cette nouvelle interprétation du droit de garde dans les années 1980 au profit du droit des enfants. Ces décisions illustrent à nouveau le jeu d'équilibre auquel se prêtent les juges lorsque l'intérêt de l'enfant entre en conflit

⁵²⁸ Karen WEILER, « Re Moores and Feldstein: A Case Comment and Discussion of Custody Principles Comment », (1974) 12-1 *Osgoode Hall Law J.* 207, 207 et 208.

⁵²⁹ La juge L'Heureux-Dubé propose également un historique du traitement des questions de garde dans l'affaire *Young c. Young*, préc., note 413.

⁵³⁰ *King c. Low*, préc., note 517, par. 13, 15 et 16; Voir les arrêts de la trilogie mentionnés par le juge McIntyre : *Re Baby Duffell Martin v. Duffell*, [1950] S.C.R. 737 (CSC) ; *Hepton et al. v. Maat et al.*, [1957] S.C.R. 606 (CSC) ; et *In Re Agar / McNeilly et al v. Agar*, [1957] S.C.R. 52 (CSC).

⁵³¹ *Re Moores and Feldstein et al.*, [1973] 3 O.R. 921 (Court of Appeal for Ontario).

⁵³² Dans cette affaire opposant la mère biologique d'une fillette de 4 ans, abandonnée à la naissance, et les Feldstein, couple ayant alors récupéré l'enfant et s'en étant occupé depuis, la garde est réclamée par la mère. Si le juge de première instance ne s'écarte pas de la jurisprudence de la *common law* en accordant la garde à la mère, la cour d'appel, sous la plume du juge Dubin, décide au contraire d'accorder la garde aux parents adoptifs. Ces derniers ont effectivement pris soin de la fillette depuis 4 ans et ont incontestablement prouvé leur capacité à répondre à ses besoins. Qui plus est, la fillette a développé des liens d'attachement profonds avec les Feldstein. La retirer de ce foyer aimant pour la placer chez sa mère, qui demeure pour elle une quasi inconnue, risquerait d'occasionner de graves préjudices à son encontre. *Id.*; Sur cette décision, on pourra lire le commentaire d'arrêt très pertinent de K. WEILER, préc., note 519.

⁵³³ À ce sujet, voir les exemples jurisprudentiels cités par le juge McIntyre dans *King c. Low*, préc., note 525, par. 17 à 22.

⁵³⁴ Notons que nous envisageons ici le droit de garde, mais que l'évolution des droits du parent non-gardien, tel que les droits d'accès et de visite, s'est faite de façon similaire jusqu'à ce qu'ils soient considérés comme des droits de l'enfant et non plus des parents. C'est notamment ce qu'affirme le juge La Forest dans la décision *Frame c. Smith*, [1987] 2 RCS 99, par. 53 (CSC).

⁵³⁵ Cette présomption est d'ailleurs toujours applicable aujourd'hui, tel que le reconnaît la Cour suprême dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 RCS 244 (CSC).

avec les intérêts d'autres personnes, généralement les parents dans le contexte familial. En outre, ils doivent de surcroît concilier les multiples dimensions de l'intérêt de l'enfant lui-même, dont les différents aspects peuvent parfois sembler orienter la décision dans des voies contraires.

La décision *Racine c. Woods*⁵³⁶

La décision *Racine c. Woods* de 1983 est particulièrement révélatrice du basculement depuis le privilège accordé au droit du parent, vers celui des besoins et de l'intérêt de l'enfant. Dans cette affaire, Leticia vit dans le foyer de M. et Mme Racine depuis son plus jeune âge. La mère naturelle, Mme Woods, qui soigne son problème d'alcoolisme, réapparaît de temps à autre dans le portrait familial sans jamais exercer véritablement son rôle parental. La garde est contestée devant le juge : les Racine demandent une ordonnance d'adoption de fait alors que la mère biologique veut récupérer la garde de sa fille pour la confier à sa sœur. L'affaire est portée en Cour suprême en 1983, alors que l'enfant est âgée de 7 ans et qu'elle a, dans les faits, quasiment toujours vécu auprès des Racine.

La juge Wilson, qui rédige les motifs de la Cour suprême, annonce la couleur dès la première phrase de sa décision : « la loi ne considère plus que les enfants sont la propriété de ceux qui leur ont donné la vie, mais [...] elle recherche ce qui leur convient le mieux. »⁵³⁷ Une telle affirmation est déjà forte de sens : elle donne indéniablement la primauté au bien-être de l'enfant vis-à-vis des droits des parents sur celui-ci. Contrairement aux précédents juges ayant statué sur ce cas, la juge Wilson ne considère pas que la reconnaissance de l'abandon soit la clef pour décider de l'espèce, bien qu'elle en débattre longuement⁵³⁸. Elle se penche plutôt sur la signification du lien de l'enfant avec ses parents naturels, qui, selon elle, n'est pas pour autant dérisoire. Il doit être pris en compte dans la détermination de l'intérêt de l'enfant :

[...] la cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l'enfant, et non dans la vie du parent. Comme on l'a souvent souligné dans les affaires de garde d'enfant, un enfant n'est pas un bien sur lequel les parents ont un droit de propriété ; c'est un être humain envers lequel ils ont des obligations sérieuses. Lorsqu'il a donné à la cour le pouvoir de se passer de l'autorisation des parents dans le cas d'une adoption de fait, le législateur a reconnu un aspect de la condition humaine, savoir que notre propre intérêt

⁵³⁶ *Racine c. Woods*, [1983] 2 RCS 173 (CSC).

⁵³⁷ *Id.*, 174.

⁵³⁸ Sur ce sujet, la juge Wilson conclut de manière assez ambiguë que la preuve permettait au premier juge de conclure à l'abandon, même si elle en aurait fait différemment, *Id.*, 184.

obscurcit parfois notre perception de ce qui convient le mieux aux personnes dont nous sommes responsables. Un père ou une mère doit avoir un très haut degré d'altruisme et de maturité, à un degré que la plupart d'entre nous ne pouvons probablement pas atteindre, pour reconnaître qu'il vaut mieux pour son enfant qu'il soit élevé par un autre. Dans sa sagesse, le législateur a protégé l'enfant contre cette faiblesse humaine lorsque d'autres personnes ont comblé la brèche et ont fourni à l'enfant pendant une période minimale de trois années consécutives un foyer heureux et stable. De fait, ces personnes ont assumé les obligations des parents naturels et ont pris leur place. Dans les circonstances, il n'est plus nécessaire d'obtenir le consentement des parents naturels.⁵³⁹

Ainsi, le lien du sang ne doit compter qu'en faveur de l'enfant et dès lors qu'il ne joue plus dans son intérêt, à plus forte raison lorsqu'il n'est pas chargé d'une forte appartenance identitaire, il n'est plus déterminant dans l'octroi de la garde. La justification apportée par la juge Wilson rappelle, ici encore, la vulnérabilité des enfants et la nécessité correspondante de mettre en place des dispositions législatives protectionnistes, ici contre les parents. Les droits du parent sur l'enfant, notamment le droit de garde, sont par conséquent moins des droits de propriété que des obligations envers l'enfant. Si d'autres personnes assument ces obligations pendant un certain temps, ils peuvent, comme en l'espèce, devenir les parents de fait de l'enfant. L'attachement que ce dernier a pu développer envers eux durant ce certain temps devient alors un facteur essentiel dans le choix de la garde : les conséquences de la rupture de ce lien sur le bien-être de l'enfant doivent être soupesées, de même que les conséquences de sa séparation avec sa famille d'origine. En l'espèce, les expertises psychosociales soulignent le risque grave de traumatisme permanent si l'on venait à retirer l'enfant des Racine, le seul foyer stable qu'il n'ait jamais connu. À l'inverse, le fait que M. et Mme Racine ne soient pas de la même origine ethnique que l'enfant (autochtone), contrairement à sa mère, pourrait entraîner des crises identitaires à l'adolescence. Sur ce point, les parents de fait ont néanmoins démontré leur aptitude à guider Leticia si elle devait faire face à une telle crise⁵⁴⁰. Après avoir ainsi soupesé tous ces éléments déterminants de l'intérêt de l'enfant, les juges décident finalement que ce dernier joue en faveur de M. et Mme Racine et rétablissent l'ordonnance d'adoption délivrée par le juge de première instance.

Dans cette décision, la Cour suprême s'écarte de la jurisprudence précédente puisqu'elle retire la garde à la mère sans même se fonder sur l'abandon de l'enfant ou sur une faute grave. Dès lors, le bien-être puis l'intérêt de l'enfant deviennent les facteurs déterminants de l'octroi

⁵³⁹ *Id.*, 185.

⁵⁴⁰ *Id.*, 187.

de la garde, se substituant, *de facto*, à tout droit « naturel » de propriété des parents. S'ils se prêtent toujours à un exercice d'équilibriste entre les besoins des enfants en matière d'identité et en matière de stabilité, ici entre son appartenance culturelle et son attachement socioaffectif, les juges ont cependant tranché le débat opposant les intérêts des parents et ceux de l'enfant en faveur de ces derniers. En privilégiant ainsi les besoins de l'enfant sur toutes autres considérations, ce retournement de situation a définitivement transformé le droit de garde en un droit de l'enfant plutôt qu'en un droit des parents. C'est d'ailleurs ce que les décisions ultérieures de la Cour suprême ont pu réaffirmer à différentes reprises.

La décision *King c. Low*⁵⁴¹

Dans cette affaire, quelques jours après l'accouchement, la mère confie son enfant à l'adoption à un couple qu'elle a soigneusement choisi. Moins de trois mois plus tard, elle répudie son consentement en vue de récupérer son enfant. Le juge de première instance, ainsi que ceux de la Cour d'appel, se prononcent en faveur des parents adoptifs : ils considèrent que la mère a négligé ses devoirs de parents en décidant de confier l'enfant aux intimes. Par ailleurs, les juges ont estimé que les deux foyers étaient capables de subvenir adéquatement à l'éducation de l'enfant, mais que les liens affectifs que celui-ci avait déjà développés avec sa famille adoptive portaient à se prononcer en faveur de son maintien dans son foyer actuel. Pour les mêmes raisons que dans l'affaire *Racine c. Woods*, « le processus d'attachement est devenu un facteur de la décision à cause de la décision de la mère de renoncer à l'enfant »⁵⁴².

Le juge McIntyre, qui rédige les motifs de la Cour suprême, considère qu'étant donné les circonstances, la décision de la mère de confier l'enfant aux intimes n'équivaut pas à un manquement de ses devoirs parentaux. Nonobstant cette conclusion, la cour doit trancher cette affaire selon la considération générale du bien-être de l'enfant. C'est, selon le juge McIntyre, ce qui résulte de l'évolution de la jurisprudence en matière de garde : « la Cour lorsqu'il s'agit de litiges relativement à la garde d'enfant, et notamment de litiges entre un parent et des parents adoptifs, doit considérer que le bien-être de l'enfant est le facteur primordial et lui donner effet dans sa décision. »⁵⁴³ En l'espèce, chacun des deux foyers est capable de prendre soin de l'enfant, tant d'un point de vue affectif, que d'un point de vue matériel. Néanmoins, l'élément

⁵⁴¹ *King c. Low*, préc., note 525.

⁵⁴² *Id.*, par. 10.

⁵⁴³ *Id.*, par. 34.

qui permet à tous les juges ayant fait face à cette affaire de se prononcer en faveur des parents adoptifs est le lien d'attachement, déjà avancé selon les experts, que l'enfant a tissé avec eux. Partant, le retirer de ce foyer en faveur de la mère lui porterait préjudice. Dès lors, en accord avec les juges précédents, la Cour suprême rejette le pourvoi, ainsi que la demande de la mère de récupérer la garde de son enfant. Encore une fois ici, l'intérêt de l'enfant prime sur celui des autres personnes, à savoir celui de sa mère. En résulte une évaluation de l'intérêt de l'enfant par une balance des avantages et inconvénients conséquents à chacune des décisions envisageables.

La décision *C. (G.) c. V.-F. (T)*⁵⁴⁴

Deux ans après la décision *King c. Low*, l'affaire *C. (G.) c. V.-F. (T)* vient réaffirmer le principe de la considération primordiale du bien-être de l'enfant en matière de garde⁵⁴⁵. Cette fois-ci, ce n'est pas l'attachement créé entre l'enfant et ses gardiens qui est déterminant, mais plutôt l'incapacité du parent à créer de tels liens d'attachement. Cette affaire concerne la garde de deux enfants de 12 et 13 ans ayant jusqu'alors vécu auprès de leur mère. À la suite du décès de celle-ci, les enfants sont confiés à leurs oncle et tante suivant la volonté de leur mère. Quelques mois après, un juge décide au contraire d'accorder le droit de garde au père. Toutefois, les enfants s'enfuient à plusieurs reprises de chez leur père pour se rendre chez leurs oncle et tante, encourageant ces derniers à réclamer la garde. Le juge de première instance leur accorde, mais sa décision est cassée par la Cour d'appel qui estime qu'il n'y avait aucun motif grave permettant d'aboutir à la déchéance de l'autorité parentale.

À l'inverse, la Cour suprême est d'avis qu'il n'y a pas lieu de prononcer la déchéance de l'autorité parentale étant donné l'absence de motifs graves et les conséquences pénibles pouvant résulter d'une telle décision. En revanche, elle considère que, même en l'absence de déchéance, il est tout à fait possible de confier la garde des enfants à un tiers puisque la seule considération à prendre alors en compte doit être l'intérêt de l'enfant. Le juge Beetz s'appuie sur l'article 30 C.c.B.C, selon lequel : « [l']intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent

⁵⁴⁴ *C. (G.) c. V.-F. (T)*, préc., note 535.

⁵⁴⁵ Notons que la Cour d'appel du Québec a actualisé les principes reconnus dans cette décision de la Cour suprême tout en réitérant que le critère primordial en matière d'attribution de garde est l'intérêt de l'enfant. Voir notamment *Droit de la famille - 072232*, [2007] C.A. 1180 (CanLII) et *Droit de la famille — 09398*, [2009] C.A. 374 (CanLII).

être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet »⁵⁴⁶, pour établir que « [l']intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit »⁵⁴⁷. L'intérêt de l'enfant doit donc primer sur celui du titulaire de l'autorité parentale⁵⁴⁸. Le milieu familial d'origine de l'enfant fait partie des critères à prendre en compte pour évaluer l'intérêt de l'enfant, mais il n'est alors qu'un facteur parmi d'autres, dont le poids doit être contrebalancé par les autres éléments pertinents. Les juges peuvent donc décider de confier la garde à des tiers, même en l'absence de comportement fautif de la part des parents. Évidemment, il reviendra alors aux gardiens de démontrer que leur confier la garde de l'enfant respecte le mieux son intérêt, à l'encontre de la présomption selon laquelle un parent est plus en mesure d'assurer le bien-être de son enfant⁵⁴⁹. En l'espèce, la preuve est clairement établie que la relation entre le père et ses enfants est difficile, à tel point que les enfants ont régulièrement fugué pour se réfugier chez leurs oncle et tante. Les enfants, maintenant âgés de 15 et 16 ans, ne cessent de manifester leur opposition à demeurer chez leur père. Par ailleurs, les oncle et tante ont apporté la preuve de leur capacité à prendre soin d'eux. La Cour suprême décide donc de confier la garde des enfants aux oncle et tante tout en accordant au père un droit de visite et de sortie dans le but de créer entre eux des liens d'affection plus forts.

Ces quelques décisions de la Cour suprême sur lesquelles nous avons choisi de nous arrêter reflètent l'évolution du droit de garde lorsqu'il est contesté entre les parents et des tiers ayant assumé ce rôle un certain temps. Le basculement depuis le retrait du droit de garde aux parents uniquement pour motifs graves tels que l'abandon ou l'incapacité manifeste de prendre soin de l'enfant, vers la seule considération primordiale de l'intérêt de l'enfant, illustre le virage depuis la primauté des droits des parents vers la primauté de ceux des enfants. Autrement dit, l'intérêt de l'enfant, qui ne jouait dans les questions de garde qu'en cas de fautes graves des parents, devient le seul facteur à considérer, y compris en l'absence d'une quelconque errance de la part des parents. L'objectif de la garde doit être le bien-être et l'épanouissement de l'enfant. Pour décider en ce sens, les juges doivent peser les éléments jouant en faveur ou en défaveur de l'intérêt de l'enfant, et ainsi décider en dehors de toute autre considération. De la

⁵⁴⁶ Une formulation très similaire se retrouve dans l'article 33 de notre *Code civil du Québec* actuel : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. » Nous reviendrons sur cet article et son historique plus loin, voir *infra* Partie III, chap.1, A, 1, a.

⁵⁴⁷ *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 535, par. 42.

⁵⁴⁸ *Id.*, par. 44.

⁵⁴⁹ *Id.*, par. 65.

sorte, la tension première qui semblait partager les juges entre les droits des enfants et ceux des parents, aujourd'hui résolue en faveur des premiers, s'ouvre sur une autre tension opposant les intérêts des enfants eux-mêmes. Les juges doivent alors mettre en balance ces intérêts, bien souvent constitués de l'intérêt d'identité et de l'intérêt de stabilité, afin de décider de l'attribution de la garde. Un conflit dissimulé derrière un autre qui rend le droit familial d'autant plus illustrateur de l'approche conflictuelle moderne des droits de l'enfant.

En outre, une seconde tension se dévoile fréquemment dans les affaires de garde lorsque celle-ci est retirée aux parents en vue de protéger l'enfant. Cette tension oppose alors l'intérêt de l'État à s'ingérer dans la vie familiale afin de protéger l'enfant et le droit à la sécurité et à la vie privée au sein de la famille.

b. [Le retrait de la garde : l'intérêt de l'État à protéger l'enfant ou l'intérêt de la famille à vivre à l'abri de l'ingérence étatique](#)

Tel que nous l'avons vu dans notre premier chapitre, l'État s'est longtemps tenu à l'écart de la vie familiale. L'enfant étant la propriété du *pater familias*, il appartenait à cette sphère privée de la famille. Dès lors que la société a commencé à s'intéresser au sort des enfants, l'omerta qui se jouait au sein de la vie familiale s'est progressivement affaiblie. Le bien-être de l'enfant est devenu un enjeu public impliquant *de facto* des interventions étatiques au sein de la sphère familiale, pouvant notamment s'immiscer dans le lien jusqu'alors sacré entre les parents et leurs enfants. La liberté des parents d'élever les enfants comme bon leur semble connaît ainsi ses limites, confrontée au devoir de l'État de protéger l'enfant. Deux principes fondamentaux entrent alors fréquemment en conflit : d'un côté le droit des parents d'élever leurs enfants à l'abri de toute ingérence, et de l'autre, celui de l'enfant d'être protégé par l'État quand son bien-être est mis en péril. Les trois prochaines décisions que nous allons analyser mettent justement ce conflit en lumière. Tout comme en matière d'attribution de la garde, ces décisions permettent d'illustrer une tension opposant les intérêts des enfants à ceux des parents avec ici la question de l'intervention de l'État. Pour rendre leur décision, les juges devront à nouveau peser les éléments présents de chaque côté de la balance et rechercher ainsi le meilleur équilibre possible. Ces décisions illustrent dès lors, elles-aussi, l'ajustement nécessaire au cas par cas des principes interpellés tant dans le cadre des droits des enfants que dans le cadre de ceux des parents selon les enjeux propres à chaque contexte.

La décision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*⁵⁵⁰

Dans cette affaire, un bébé né prématurément est placé sous la tutelle de l'État afin d'autoriser une transfusion sanguine en passant outre le refus de ses parents, témoins de Jéhovah, qui s'y opposaient en raison de leur croyance religieuse. Une fois l'état de santé du bébé stabilisé, et après avoir procédé à la transfusion sanguine, la Cour provinciale met fin à la tutelle. Les parents interjettent alors appel contre les deux ordonnances de placement. La question se rend jusqu'en Cour suprême où elle prend la forme suivante : les procédures prévues dans la législation et ayant permis de priver les parents du choix du traitement médical pour leur enfant sont-elles contraires à l'article 7, ainsi qu'à la liberté de religion prévue à l'al. 2 a) de la *Charte canadienne* ?

Nous reviendrons dans la section suivante sur les questions du consentement aux soins pour les enfants et les défis qu'elles soulèvent⁵⁵¹. Ce qui nous intéresse plutôt ici est la mise en balance d'un certain droit des parents dans la vie de l'enfant (droit de l'éduquer librement et de partager ses croyances religieuses) face à la responsabilité de l'État d'intervenir lorsqu'il en va de la protection de l'enfant (droit de le placer sous sa tutelle pour décider de ses traitements médicaux). L'affront est direct entre les droits et libertés des parents et l'intérêt de l'État eu égard à l'enfant. En ce sens, comme l'affirme le juge La Forest, l'affaire en cause soulève la « question plus générale du droit des parents d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État »⁵⁵².

Confrontés à ce dilemme, les juges de la Cour suprême ont tout d'abord précisé les droits fondamentaux des parents protégés par la *Charte* qui pouvaient être mis en péril par une telle intervention. Mis à part le juge en chef Lamer⁵⁵³, les autres juges s'accordent pour reconnaître que la protection de l'article 7 mérite d'être interrogée en l'espèce. Pour les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, la liberté parentale fait partie intégrante du droit à la liberté protégé par l'article 7. Le juge La Forest l'explique de la façon suivante :

la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs

⁵⁵⁰ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 (CSC).

⁵⁵¹ Voir *infra* Partie I, chap. 3, B, 4.

⁵⁵² *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 550, par. 71.

⁵⁵³ Le juge en chef Lamer s'écarte franchement de l'avis de ses collègues en affirmant que le droit à la liberté protégé par l'article 7 n'a trait qu'à la liberté physique de l'individu principalement mise en péril dans le contexte du droit pénal. Dès lors, les libertés plus « abstraites ou intangibles », telles que celles des parents sur la manière d'élever leurs enfants, relèvent de l'article 2. Concernant la question de la liberté de religion, il se range du côté des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major que nous examinerons plus loin.

enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. [...] notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la Charte afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la Charte.⁵⁵⁴

Le juge La Forest estime en outre que le droit de décider du traitement médical pour leurs enfants est inclus dans cette liberté parentale protégée par l'article 7. Dès lors, il s'agit de décider si l'intervention de l'État qui restreint manifestement ce droit est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Soupesant les intérêts et les droits en jeu dans cette intervention, il est clair que celle-ci visait à protéger la vie et la santé de l'enfant. Cette protection est, selon le juge La Forest, « un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. »⁵⁵⁵ Ne détectant aucun manquement dans la procédure, les juges concluent que l'intervention de l'État, qui vise *in fine* à autoriser un traitement médical à un enfant dans son intérêt, mais contre l'avis des parents, est conforme aux principes de justice fondamentale.

Quant aux motifs liés à la liberté de religion, le juge La Forest affirme que celle-ci inclut le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses⁵⁵⁶. Principe reconnu depuis longtemps, la liberté de religion n'est cependant pas absolue. Aussi, la justification des restrictions qui lui sont apportées peut être envisagée dans le cadre de la liberté de religion elle-même, ou dans celui de l'examen de l'article premier. Le juge La Forest préfère intégrer son analyse dans ce dernier cadre. Affirmant simplement que la protection des enfants est un objectif urgent et réel, il n'entre pas véritablement dans les détails de l'analyse de la proportionnalité. Plus brièvement, il se contente de référer à son analyse de la conformité de

⁵⁵⁴ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 550, par. 85.

⁵⁵⁵ *Id.*, par. 88 Une affirmation qui sera régulièrement citée dans la jurisprudence ultérieure.

⁵⁵⁶ Il s'appuie entre autres sur les décisions précédentes de la Cour suprême *R. c. Jones*, [1986] 2 RCS 284 (CSC) et *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 RCS 141 (CSC).

l'intervention avec les principes de justice fondamentale pour confirmer que celle-ci est aussi justifiable au sens de l'article premier.

Si les juges Cory, Iacobucci et Major, dont l'avis est reporté conjointement par les deux derniers, sont d'accord avec les conclusions de la majorité selon lesquelles il n'y a aucune violation des droits constitutionnels des parents garantis tant par l'article 7 que par l'article 2 a), ils se fondent néanmoins sur des motifs bien différents. Pour eux, le droit à la liberté garanti à l'article 7 n'est pas un droit absolu, pas plus que ne l'est la liberté de religion de l'article 2 a). La vie de l'enfant est mise en péril par la décision de ses parents de lui refuser le traitement médical prescrit par les professionnels. Le droit à la sécurité et à la liberté de l'enfant lui-même est donc d'abord et avant tout restreint par cette décision. Dans cette mesure, le droit à la liberté des parents est relativisé par la privation des droits de l'enfant et ne permet pas d'y passer outre. Dès lors, la liberté parentale, lorsqu'elle compromet sérieusement la vie de l'enfant, n'est pas protégée par l'article 7⁵⁵⁷. En outre, les juges Iacobucci et Major souscrivent à l'inclusion dans la liberté de religion du droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi. Cependant, ici encore, ils soulignent que cette liberté est relative : si le comportement des parents engendre une menace sérieuse pour la sécurité et la santé de leurs enfants, ce comportement ne pourra jouir de la protection de l'article 2 a). Ainsi, les juges Iacobucci et Major situent « [l]e n{oe}ud de l'évaluation [...] entre le droit de Sheena [l'enfant] à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion »⁵⁵⁸ et le démêle en accordant un poids plus prépondérant au droit de Sheena.

Finalement, tous les juges s'accordent pour rejeter le pourvoi et valider la décision ayant autorisé la transfusion sanguine sur le bébé. Pour ce faire, ils se fondent néanmoins sur des motifs différents, bien que concernant les mêmes articles de la Charte. Quoi qu'il en soit, ils procèdent tous à la résolution d'un conflit évident entre les droits des parents et ceux de l'enfant en faveur des seconds en pesant, pour chaque côté de la balance, la gravité des restrictions et leurs conséquences sur les droits des autres.

⁵⁵⁷ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 550, par. 214 et 215.

⁵⁵⁸ *Id.*, par. 233.

La décision *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*⁵⁵⁹

Dans cette affaire, il est question du droit des parents à être représentés par un avocat rémunéré par l'État, lorsque ceux-ci sont sans ressources et visés par une demande d'ordonnance judiciaire pour leur retirer la garde de leurs enfants. Nous n'entrerons pas en détail dans l'argumentation relative à l'aide juridique et au régime législatif correspondant. Ce qui nous intéresse plutôt ici est le contexte constitutionnel dans lequel cet accès à un avocat rémunéré par l'État est questionné : celui du droit à la sécurité de l'article 7 de la *Charte* et plus précisément, celui du principe de justice fondamentale du droit à une audience équitable.

Dans cette perspective, le juge en chef Lamer, qui rédige les motifs pour la majorité, commence par poser une question essentielle, dont la réponse sera maintes fois reprise dans la jurisprudence ultérieure : le retrait de la garde d'un enfant à ses parents constitue-t-il une restriction au droit du parent à la sécurité de sa personne⁵⁶⁰ ? En ce sens, l'article 7 de la *Charte* protège tant l'intégrité physique de l'individu que son intégrité psychique. Lorsque l'on se situe dans ce dernier cas, l'acte contesté doit avoir des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne pour qu'une restriction soit reconnue. En l'espèce, la question revient donc à se demander si le retrait d'un enfant à ses parents entraîne ou non des répercussions graves et profondes sur l'intérêt psychologique des parents ? Difficile d'en douter ! Comme l'affirme le juge en chef :

Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant « inaptes » quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État.⁵⁶¹

Une fois la restriction au droit à la sécurité de sa personne reconnue, le juge en chef se penche sur la question de la conformité de cette atteinte avec les principes de justice fondamentale. S'appuyant sur la jurisprudence antérieure, il réduit le principe au suivant : l'État peut retirer la garde de l'enfant à son parent seulement s'il en va de la protection de son intérêt et à condition que cette décision soit prise selon une procédure équitable. Pour que l'audience

⁵⁵⁹ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 RCS 46 (CSC).

⁵⁶⁰ *Id.*, par. 57.

⁵⁶¹ *Id.*, par. 61.

qui décide du retrait de la garde soit équitable, nul doute que le parent doit avoir la possibilité de présenter efficacement sa cause, d'autant plus lorsque les intérêts en jeu sont de la plus haute importance. En ce sens, ce ne sont pas seulement les droits des parents qui sont en péril, mais aussi ceux de l'enfant :

Les droits en jeu à l'audience relative à la garde sont sans aucun doute de la plus haute importance. Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant. Il n'y a pas que le droit du parent à la sécurité de sa personne qui soit en jeu, il y a aussi celui de l'enfant. Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant.⁵⁶²

Ajoutant à cela la complexité de l'audience et les capacités limitées de la mère en l'espèce, il considère que dans le contexte de cette affaire, la mère aurait dû être représentée par un avocat, tout en précisant qu'il ne fait pas là un principe voulant que toute procédure visant le retrait de l'enfant nécessite systématiquement la représentation du parent par avocat. Par voie de conséquence, le refus de l'accès à un avocat payé par l'État dans cette affaire entraîne la non-conformité de la procédure avec les principes de justice fondamentale et *in fine*, une atteinte à l'article 7 de la *Charte* non conforme au principe de justice fondamentale de l'équité procédurale.

Sans surprise, l'analyse de l'article premier ne permet pas non plus de justifier les restrictions en cause : l'économie des dépenses affairant à l'octroi d'un avocat payé par le gouvernement ne fait indéniablement pas le poids face aux intérêts mis en jeu par le retrait de l'enfant à ses parents. La proportionnalité, notamment le poids des effets bénéfiques face à celui des effets néfastes, ne peut être raisonnablement soutenue. Dès lors, la majorité des juges estime que, lorsque la décision porte sur le retrait d'un enfant et que l'absence d'un avocat pour l'une des parties donnerait lieu à une audience inéquitable, le gouvernement doit fournir à la partie non représentée un avocat payé par l'État.

La juge L'heureux-Dubé, bien qu'elle soit en accord avec les conclusions de la majorité, rédige par ailleurs ses propres motifs. Il est intéressant de souligner son analyse de l'article 7. La juge reconnaît, comme le fait le juge en chef, que le retrait d'un enfant restreint le droit à la sécurité de la personne du parent. Elle ajoute néanmoins que cette décision restreint également le droit à la liberté protégé aussi par l'article 7. S'appuyant sur la décision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*⁵⁶³, la juge L'Heureux-Dubé relève que le droit des parents

⁵⁶² *Id.*, par. 76.

⁵⁶³ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 550.

« de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation » étant protégé par le droit à la liberté de l'article 7, l'immixtion de l'État dans cette liberté ne peut se faire que dans le respect des principes de justice fondamentale⁵⁶⁴. La suite de l'analyse rejoint pour finir celle de la majorité.

*La décision Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*⁵⁶⁵

Dans cette affaire, une femme connue des services sociaux pour son incapacité à prendre en charge ses premiers enfants, donne naissance à son troisième enfant à l'hôpital. Dès le lendemain, l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg appréhende l'enfant en vertu du par. 21(1) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille du Manitoba*. L'enfant est retiré de la mère et placé en foyer d'accueil en attendant qu'un juge se prononce. La mère conteste immédiatement le retrait et met en cause la constitutionnalité de la législation, estimant que l'appréhension de l'enfant sans mandat et en l'absence d'urgence porte atteinte à son droit à la sécurité en étant incompatible avec les principes de justice fondamentale. Ce type d'appréhension est possible selon l'article 21 (1), si le Directeur, un représentant d'un office ou un agent de la paix « a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection ». La question de la constitutionnalité de cette disposition est portée devant la Cour suprême.

La juge L'Heureux-Dubé, qui rédige les motifs au nom de la majorité, lie très rapidement la question posée à celle de la pondération entre les différents principes et valeurs suivants : « le droit des parents et des enfants de ne pas subir une ingérence injustifiée de l'État dans leur vie ; les exigences de l'équité procédurale ; la vie et la santé des enfants ainsi que l'obligation et le pouvoir de l'État de protéger les enfants contre tout préjudice grave ». Elle souligne par ailleurs que, contrairement à d'autres questions relatives aux enfants dans leur milieu familial, celle-ci est d'autant plus complexe que les droits de l'enfant « figurent des deux côtés de la balance »⁵⁶⁶.

Affinant ses propos, elle met expressément en tension deux types de droit : celui des parents d'élever leurs enfants sans ingérence de la part de l'État ; et celui de la protection de

⁵⁶⁴ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, préc., note 559, par. 118.

⁵⁶⁵ *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, préc., note 410, par. 76, 94 et 111.

⁵⁶⁶ *Id.*, par. 48.

l'enfant qui nécessite parfois l'intervention de l'État dans la cellule familiale. Dans un premier temps, la juge L'Heureux-Dubé insiste particulièrement sur le caractère sacré, mais surtout privé, des liens entre un parent et ses enfants, qui exige de limiter au maximum l'ingérence de l'État :

Le lien d'amour et de soutien mutuel entre les parents et leurs enfants est vital et mérite un grand respect. Une perturbation inutile de ce lien par l'État risque de causer de graves traumatismes tant aux parents qu'aux enfants. Les parents doivent jouir d'une large mesure de liberté sans interférence de l'État pour élever leurs enfants comme ils l'entendent.⁵⁶⁷

Cette sphère privée absorbant les liens parents-enfants ne doit néanmoins pas occulter le fait que ces derniers sont des êtres vulnérables et que leur protection est à ce titre un objectif universellement reconnu. Or, les menaces au bien-être de l'enfant proviennent le plus souvent de l'intérieur même de la sphère familiale. Aussi, l'État assume la responsabilité d'intervenir au sein de la famille dès lors que c'est nécessaire pour protéger l'enfant. Cette tension entre le droit de la famille d'être à l'abri de l'ingérence de l'État, et la responsabilité de l'État de protéger l'enfant fut exacerbée ces dernières décennies par les évolutions législatives. D'une part, les interventions en vue de protéger l'enfant se sont renforcées, et d'autre part, la protection des individus contre l'ingérence de l'État s'est accrue. Cela a mené paradoxalement, tel que l'affirme la juge L'Heureux-Dubé, « à une plus grande intervention de l'État dans la vie des familles en vue de la protection des enfants et à un accroissement des protections procédurales, appliquées par les tribunaux, contre cette intervention »⁵⁶⁸. S'appuyant sur l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*⁵⁶⁹, dont nous venons de parler, les juges estiment avérée l'atteinte au droit des parents à la sécurité de leur personne étant donné que l'appréhension de l'enfant « peut leur causer une grande détresse affective et psychologique et constitue une ingérence grave dans la vie de la famille »⁵⁷⁰.

À la suite de cette première conclusion, les juges se penchent en toute logique sur la question des principes de justice fondamentale. Pour orienter sa décision, la juge L'Heureux-Dubé soupèse les intérêts en question en accordant une certaine prévalence au droit de l'enfant à être protégé. Elle explique ainsi que :

Étant donné que les enfants sont des individus très vulnérables dans notre société et étant donné l'intérêt qu'a la société à les protéger contre tout préjudice, le processus équitable

⁵⁶⁷ *Id.*, par. 72.

⁵⁶⁸ *Id.*, par. 76.

⁵⁶⁹ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, préc., note 559.

⁵⁷⁰ *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, préc., note 410, par. 87.

dans le contexte de la protection des enfants doit tenir compte du fait qu'il faut parfois accorder *la priorité* à leur vie et à leur santé lorsque la protection de ces intérêts diverge de celle du droit des parents d'être à l'abri de l'intervention de l'État.⁵⁷¹

Le second facteur que la juge L'Heureux-Dubé examine en lien avec les principes de justice fondamentale est celui de la difficulté de distinguer les situations urgentes de celles non urgentes dans les contextes de protection de la jeunesse. Les décisions que doivent prendre les intervenants sont graves de conséquences sans compter que l'évolution des situations est extrêmement difficile, sinon impossible, à prévoir. Sur ce facteur de l'urgence, elle conclut donc que l'imposer risquerait de « créer un grave danger pour la vie et la santé des enfants »⁵⁷². Dès lors, la juge L'Heureux-Dubé conclut que l'appréhension de l'enfant sans autorisation judiciaire préalable dans les situations où il y a préjudice ou risque de préjudice grave ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale. Néanmoins, elle souligne que, compte tenu de l'importance des intérêts en jeu, notamment le besoin de l'enfant de continuité dans ses relations, la perturbation de la relation parents-enfants doit être réduite le plus possible, exigeant dès lors la tenue d'une audience équitable et rapide après l'appréhension⁵⁷³. En somme, pour tous les motifs énumérés ci-dessus, les dispositions législatives sont *in fine* déclarées constitutionnelles par la majorité.

A contrario, la juge Arbour et sa collègue la juge en chef McLachlin, sont dissidentes dans cette affaire. Toutes deux sont d'accord pour reconnaître l'atteinte au droit à la sécurité de la personne, ici la mère, en cas de retrait de son enfant. En revanche, c'est sur la question de la compatibilité de cette atteinte avec les principes de justice fondamentale que leurs avis divergent vis-à-vis de la majorité. En pondérant les intérêts en jeu, la juge Arbour, qui se prononce également au nom de sa collègue, retient du côté des droits de l'enfant, non seulement celui d'être protégé, mais aussi son droit d'être éduqué et élevé par ses parents, ou, plus largement, celui de demeurer avec eux⁵⁷⁴. L'ingérence de l'État dans ce lien parent-enfant nuit donc aussi, de cette façon, au bien-être de l'enfant. Elle doit par conséquent se faire dans le respect des garanties procédurales. Or, c'est bien là le point de discordance entre les juges : les deux juges dissidentes considèrent qu'en l'absence d'urgence, seul un mandat *ex parte* autorisant l'appréhension peut garantir le respect des garanties procédurales, principalement celle de l'équité. En effet, la décision d'appréhender l'enfant peut être très lourde de

⁵⁷¹ *Id.*, par. 94.

⁵⁷² *Id.*, par. 106.

⁵⁷³ *Id.*, par. 122.

⁵⁷⁴ *Id.*, par. 12 et 13.

conséquences et porter atteinte tant aux droits des parents, qu'à ceux de l'enfant, des intérêts primordiaux dans la vie familiale. Dès lors, cette décision doit être prise de manière impartiale par un décideur neutre⁵⁷⁵. Considérant ainsi les dispositions contraires aux principes de justice fondamentale et non justifiables par l'article premier, la juge Arbour conclut à l'inconstitutionnalité de la disposition en cause.

Il est intéressant de noter les différentes interprétations des droits en jeu de la part des juges dans cette décision. En ce sens, certains mettent l'accent sur les droits et libertés des parents tandis que d'autres se concentrent sur ceux des enfants. Ainsi, non seulement les tensions affirmées entre plusieurs principes peuvent être interprétées différemment selon les contextes, mais encore les principes eux-mêmes peuvent connaître plusieurs significations selon le droit auquel on les rattache. On comprend dès lors à quel point il est difficile de résoudre ces tensions juridiques en théorie, sans laisser la place aux décideurs d'affiner la balance selon chaque contexte.

Ces quelques décisions de la Cour suprême au sujet du droit de garde sont très révélatrices quant à la prévalence de l'intérêt de l'enfant sur toutes autres considérations, y compris celles relatives aux droits des parents. La jurisprudence est depuis quelques années très claire sur le fait que l'intérêt de l'enfant est le seul facteur pris en compte pour décider de sa garde. Tel que l'affirme par exemple la juge L'heureux-Dubé dans l'affaire *Young c. Young*⁵⁷⁶ : « [l]'accent doit en tout temps être mis sur l'enfant, non sur les besoins ou les intérêts des parents, et les droits parentaux ne jouent aucun rôle dans les décisions de cette nature, sauf dans la mesure où ils sont nécessaires pour assurer le meilleur intérêt de l'enfant. » Si le conflit entre les droits parentaux et les droits des enfants trouve ainsi réponse claire, les modalités n'en demeurent pas moins complexes à établir et de nombreuses tensions peuvent encore apparaître dans le spectre même de l'intérêt de l'enfant. En ce sens, il faudra par exemple évaluer l'importance du maintien des liens avec les deux parents⁵⁷⁷, les changements pouvant intervenir dans la vie de l'enfant à mesure qu'il grandit ou dans celles des parents⁵⁷⁸, l'opinion de l'enfant

⁵⁷⁵ Or, avec la législation actuelle, cette décision est prise par le Directeur qui joue « à la fois le rôle d'enquêteur pour déterminer si l'enfant a besoin de protection et celui d'arbitre pour décider si le besoin de protection de l'enfant est devenu tel qu'il convient de le retirer à ses parents. » *Id.*, par. 23.

⁵⁷⁶ *Young c. Young*, préc., note 417.

⁵⁷⁷ Et notamment l'importance de partager librement ses croyances religieuses telle qu'elle est longuement discutée dans les affaires *Id. et P. (D.) c. S. (C.)*, préc., note 549.

⁵⁷⁸ *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 RCS 108 (CSC); *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 RCS 27 (CSC).

(qui n'est pas toujours en accord avec ceux qu'un juge pourrait identifier comme son intérêt)⁵⁷⁹, ou encore l'intégrité physique et le bien-être psychologique de l'enfant. Cette dernière balance, entre l'intérêt psychique et l'intérêt physique de l'enfant, est aussi le questionnement central des affaires ayant trait au consentement aux soins des mineurs, tel que nous proposons de le voir dans notre dernière section.

4. La question du consentement aux soins en droit de la santé : intérêt physique ou intérêt psychique de l'enfant ?

Un mineur peut-il choisir librement son traitement médical ? Peut-il refuser un acte, et si oui, dans quelles conditions ? Quels poids est attribué à l'avis des parents sur le traitement médical de leur enfant ? Ces questions s'articulent autour d'une tension centrale déployée entre la volonté de protéger l'enfant contre une décision qui pourrait nuire à sa santé et le souci de ne pas le brimer dans l'exercice de son autonomie décisionnelle⁵⁸⁰. Ces deux pendants de la balance s'identifient au double visage de l'enfant que nous avons esquissé précédemment : l'enfant est un être immature et vulnérable qu'il faut protéger, y compris à l'égard de ses propres volontés, ou un être plus mature, capable de décider de manière autonome et indépendante dont il faut alors respecter les choix, notamment en matière de santé.

La plupart des provinces ont opté pour des normes différenciées selon l'âge de l'enfant et parfois selon le type de traitement médical envisagé. Prenons pour exemple le législateur québécois. Ce dernier a fait le choix de déterminer l'âge à partir duquel les enfants peuvent consentir seuls aux soins médicaux. Il a également choisi de différer la prise en charge de l'enfant selon que les soins sont requis ou non par son état de santé. Le principe général est posé à l'article 14 C.c.Q., selon lequel :

Le consentement aux soins requis par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur.

Le mineur de 14 ans et plus peut, néanmoins, consentir seul à ces soins. Si son état exige qu'il demeure dans un établissement de santé ou de services sociaux pendant plus de 12 heures, le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur doit être informé de ce fait.

⁵⁷⁹ *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 535.

⁵⁸⁰ Robert P. KOURI, « Le Mineur et Les Soins Médicaux, A.C.C. Manitoba : de L'autonomie au Meilleur Interet, une Limite Bien Floue », (2010) 4-1 *McGill J. Law Health* 65, 66 ; David ARCHARD, « Children, adults, best interests and rights », (2013) 13-1 *Med. Law Int.* 55, 64.

Le principe est clair : pour les soins requis par l'état de santé, le consentement de l'enfant de moins de 14 ans est donné par le parent, alors que le mineur âgé de plus de 14 ans peut y consentir seul. L'article 16 prévoit ensuite qu'en cas d'empêchement ou de refus injustifié du parent qui peut consentir pour son enfant, ou en cas de refus de l'enfant de plus de 14 ans, une ordonnance est nécessaire pour imposer le traitement.

Les soins non requis par l'état de santé sont régis par les articles 17 et 18 C.c.Q.. Selon le premier, le mineur de 14 ans et plus peut y consentir seul, mais devra obtenir le consentement du titulaire de l'autorité parentale si les soins présentent un risque sérieux pour sa santé et peuvent lui causer des effets graves et permanents ; selon le second article, les soins non requis par l'état de santé des mineurs de moins de 14 ans nécessitent le consentement du titulaire de l'autorité parentale, ainsi que l'autorisation du tribunal dans les cas où ces soins présentent un risque sérieux pour sa santé et peuvent lui causer des effets graves et permanents.

Cette différence de traitement entre les enfants de moins et de plus de 14 ans se base sur l'idée que se fait le législateur de la maturité de l'enfant. Décider de son traitement médical peut avoir des conséquences lourdes sur son futur et exige, en amont, de bien comprendre ces conséquences. Le législateur établit donc une présomption de capacité intellectuelle, de maturité et de sagesse pour le mineur de plus de 14 ans. Cette présomption n'est pas irréfragable étant donné la possibilité de passer outre le refus de l'enfant par une ordonnance de justice. Ce principe émane de ce que l'on appelle communément la doctrine du « mineur mature » ou encore la « compétence Gillick », référant à la célèbre décision anglaise, véritable pierre angulaire en matière de consentement aux soins des mineurs⁵⁸¹. Cette décision de la Chambre des Lords reconnaît le droit de décider de son traitement médical au mineur qui fait preuve d'une maturité et d'une intelligence suffisantes pour comprendre pleinement le traitement proposé⁵⁸². Cette affaire a constitué une étape décisive dans la marche vers la reconnaissance de l'autonomie des adolescents : il s'agissait alors de décider si une jeune fille de moins de 16 ans pouvait obtenir des conseils et un traitement contraceptif par un médecin sans le consentement de ses parents. La loi anglaise autorisait à l'époque seulement les enfants de plus de 16 ans à donner leur consentement à un traitement médical. À la majorité de trois contre deux, les juges ont accordé à la jeune fille le droit de consentir elle-même au traitement en

⁵⁸¹ *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Health Authority*, [1985] 3 All ER 188 (House of Lords).

⁵⁸² Dans le texte original, Lord Scarman reconnaît ce droit de décider de son traitement médical au mineur qui “achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him to understand fully what is proposed”.

reconnaissant qu'elle avait l'intelligence et la maturité suffisantes pour se faire sa propre opinion sur la décision à laquelle elle faisait face et les conséquences qui pouvaient en découler.

Depuis cette célèbre affaire, les décisions litigieuses en matière de consentement aux soins procédèrent à l'évaluation de la maturité et de l'intelligence du mineur en cause : plus la maturité de l'enfant sera développée, plus on respectera ses volontés. Néanmoins, très vite après la décision *Gillick*, des cas plus délicats se sont présentés devant les juges, dans lesquels la vie de l'enfant dépendait de son traitement médical. Reconnaître la liberté de décider d'un traitement médical à un mineur n'est pas franchement dérangeant lorsque cette décision n'a pas de conséquences immédiates graves sur sa santé (tel qu'un traitement contraceptif). Toutefois, la question est tout autre lorsque cette liberté bénéficie à une décision qui pourrait avoir de graves répercussions sur la vie du mineur. Cette liberté de décider de son traitement médical égale-t-elle la vie et la santé de l'enfant ? Il est évident que ces cas sont bien plus difficiles à trancher notamment lorsque le principe à suivre (la compétence *Gillick*) découle sur la décision que l'on se refuse à accepter (laisser l'enfant consentir au péril de sa vie). À partir de cet arrêt et de deux décisions ultérieures, *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)* de 1991 et *Re W (a minor) (medical treatment)* de l'année suivante, la jurisprudence de *common law* s'affirme finalement de la façon suivante : si le mineur a la maturité suffisante pour comprendre les données médicales et les conséquences du traitement, il faudra prendre en compte son opinion. Toutefois, au nom de sa compétence *parens patriae*, l'État pourra passer outre la volonté du mineur si sa vie en dépend⁵⁸³. Les décisions canadiennes ont largement suivi cette jurisprudence et, bien qu'elles respectent généralement l'opinion du mineur mature lorsque le traitement médical est mineur, jamais elles n'ont autorisé un mineur de moins de 16 ans à refuser un traitement qui pourrait lui sauver la vie sans aucun risque⁵⁸⁴. La décision de la Cour suprême du Canada *A.C. c. Manitoba* est particulièrement illustratrice de cette joute entre le « moral » et le « juridique » lorsque des considérations aussi importantes que la vie et la liberté de l'enfant sont en jeu.

⁵⁸³ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410, par. 56.

⁵⁸⁴ Voir les exemples jurisprudentiels donnés par la juge Abella dans *Id.*, par. 59 à 61.

Dans cette affaire⁵⁸⁶, une jeune fille de 14 ans et 10 mois est hospitalisée en raison de complications causées par la maladie de Crohn dont elle est atteinte. Fervente témoin de Jéhovah, la jeune fille refuse de recevoir une transfusion sanguine. Elle est évaluée par le département de psychiatrie de l'hôpital qui conclut que la patiente comprend les renseignements médicaux, notamment pourquoi la transfusion peut être nécessaire, ainsi que les conséquences de son refus. Le directeur des services à l'enfant et à la famille demande au tribunal d'autoriser les transfusions sanguines. Le juge fait droit à cette demande en s'appuyant sur la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba. Le paragraphe 25 (8) de cette loi permet au tribunal d'autoriser les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant. Le paragraphe suivant prévoit néanmoins que le juge ne pourra autoriser un traitement sans le consentement du mineur de plus de 16 ans à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements nécessaires pour prendre la décision ou les conséquences de celle-ci. Le juge fait droit à la demande et A.C. reçoit finalement une transfusion sanguine sous le couvert de l'article 25 (8). Son état s'améliore. Cependant, avec le soutien de ses parents, elle interjette appel de la décision en soutenant l'inconstitutionnalité de la loi. Après le jugement de la Cour d'appel, qui confirme la validité de la loi, les appelants se pourvoient en Cour suprême. Selon A.C., la loi crée une présomption irréfragable à l'égard des mineurs de moins de 16 ans auxquels elle ne permet pas de prouver qu'ils ont la maturité suffisante de décider de leur traitement médical. En plus d'être contraire à la tradition de *common law* du mineur mature, cette présomption violerait les articles 2 a), 7 et 15 de la *Charte canadienne*.

Les juges de la Cour suprême divisent leur opinion en trois avis différents : la juge Abella se prononce au nom de la majorité en faveur de la constitutionnalité de la loi, la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein usent d'une tout autre argumentation, mais parviennent à la même conclusion que la majorité, tandis que le juge Binnie est dissident sur le fond et la forme.

S'arrêtant sur le principe du mineur mature posé dans l'arrêt *Gillick*, la juge Abella procède à l'analyse de la jurisprudence canadienne de laquelle elle dégage le principe suivant : la volonté du mineur mature sera systématiquement suivie dès lors qu'elle sera jugée conforme

⁵⁸⁵ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410.

⁵⁸⁶ Pour une analyse très intéressante de cette décision s'articulant autour de la tension que nous avons soulignée en matière de consentement aux soins des mineurs, on pourra lire R. P. KOURI, préc., note 580.

à son intérêt supérieur. Dans le cadre de ce principe, les rares décisions dans lesquelles les tribunaux ont autorisé un mineur à refuser un traitement au péril de sa vie furent prises dans des contextes où le traitement n'avait que de faibles chances de réussir⁵⁸⁷. Aussi, les juges ont pu considérer qu'étant donné les effets secondaires de ces traitements, il n'était pas dans l'intérêt de l'enfant de les lui imposer contre sa volonté.

Une fois ces éléments posés, la juge Abella s'intéresse à « [l']opposition entre l'autonomie et la protection de l'enfant », qui « est réelle, souvent dramatique et toujours douloureuse »⁵⁸⁸ et qui devient manifeste dans les questions de consentement aux soins des mineurs. Elle rappelle l'importance des intérêts en jeu en soulignant « l'équilibre constitutionnel entre deux valeurs que la loi a constamment défendues : d'une part, le droit fondamental de la personne de prendre seule des décisions qui concernent son corps et, d'autre part, la protection des enfants vulnérables »⁵⁸⁹. On retrouve affirmés ici les deux courants théoriques présentés plus tôt découlant de l'approche protectionniste et libérationniste. La meilleure façon de réconcilier ces deux pôles entre l'intérêt de l'enfant et le respect de son autonomie est finalement de considérer que le respect de sa volonté concourt justement à son intérêt. S'il est facile de s'en tenir à cette complémentarité lorsque les soins de santé en question ne sont pas déterminants pour la vie de l'enfant, il en va différemment lorsque celle-ci est gravement menacée. Dans ces cas-là et lorsque les tribunaux sont convaincus de la maturité et de l'autonomie décisionnelle du mineur, ils doivent tout de même, selon la juge Abella, accorder un poids conséquent à son opinion :

Ce n'est pas seulement une option pour les tribunaux d'accorder à l'opinion de l'enfant un poids de plus en plus grand au fur et à mesure du développement de sa maturité, c'est par définition dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'ils respectent et favorisent son autonomie lorsque sa maturité le commande.⁵⁹⁰

Dès lors, la maturité de l'enfant sera nécessairement prise en compte dans l'évaluation de son intérêt, puisqu'elle en est partie intégrante. C'est ce qu'affirme encore clairement la juge Abella dans les propos suivants :

Grâce au développement de notre compréhension, nous reconnaissons maintenant que la prise en compte du point de vue de l'enfant améliore la qualité de la prise de décisions concernant cet enfant. La mesure dans laquelle ce point de vue aura une incidence sur l'évaluation de « l'intérêt supérieur » de l'enfant varie en fonction de la situation de l'enfant,

⁵⁸⁷ Voir les exemples cités par la juge Abella *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410, par. 62 et 63.

⁵⁸⁸ *Id.*, par. 83.

⁵⁸⁹ *Id.*, par. 30.

⁵⁹⁰ *Id.*, par. 88.

mais chose certaine, l'importance accordée à la volonté de l'enfant augmente à mesure qu'il acquiert de la maturité.⁵⁹¹

Par le biais de l'analyse de l'intérêt de l'enfant, tel que prévu au paragraphe 25 (8) de la loi en question, l'examen de sa maturité se fera compte tenu des circonstances de l'espèce, notamment de la nature de la décision et de la gravité de ses conséquences. Plus le risque sur la vie de l'enfant est élevé, plus l'examen de sa maturité et de son indépendance devra être minutieux.

Le fait d'empêcher une personne de décider librement de son traitement médical est sans nul doute une restriction à son droit à la sécurité et à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*. Cette restriction doit donc respecter les principes de justice fondamentale. L'objectif des dispositions en cause est clairement celui de la protection des enfants qui entre alors en conflit avec « l'intérêt des adolescents à exercer leur capacité de faire des choix autonomes »⁵⁹², correspondant en outre au respect de leur intégrité physique. Priver les adolescents de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer qu'ils ont la maturité suffisante pour décider de leur traitement médical serait alors arbitraire. Néanmoins, tel n'est pas le cas si l'on suit l'interprétation de la juge Abella selon laquelle l'examen de la maturité de l'enfant s'inscrit dans celui de son intérêt supérieur, qui est nécessairement évalué pour les enfants de moins de 16 ans. Établissant un équilibre entre la protection de l'enfant et le respect de son intégrité physique par le biais du critère de l'intérêt de l'enfant, les dispositions sont donc conformes aux principes de justice fondamentale.

L'argumentation que soutient la juge Abella pour confirmer la validité des dispositions en cause quant à l'article 7 de la *Charte* lui permet également de le faire sur le plan des articles 15 et 2 a) : avec le critère de l'intérêt de l'enfant, le poids accordé à son opinion dépendra en définitive de l'évaluation de sa maturité et non du critère strict de l'âge. Ainsi, « aucun préjudice ou stéréotype désavantageux fondé sur l'âge n'entre en jeu »⁵⁹³ : l'article 15 est dès lors respecté. Quant à la liberté de religion, la prise en compte de la volonté religieuse comme facteur d'évaluation de l'intérêt de l'enfant « apporte une réponse proportionnée à ses droits religieux et aux objectifs de protection du par. 25(8). »⁵⁹⁴ En définitive, avec l'interprétation du critère de l'intérêt de l'enfant que la juge Abella propose, les jeunes de moins de 16 ans peuvent

⁵⁹¹ *Id.*, par. 92.

⁵⁹² *Id.*, par. 105.

⁵⁹³ *Id.*, par. 111.

⁵⁹⁴ *Id.*, par. 113.

démontrer qu'ils ont une maturité suffisante pour décider, et ainsi se prévaloir de leur autonomie décisionnelle.

Si les juges McLachlin et Rothstein parviennent à la même conclusion de la constitutionnalité des dispositions en cause, leurs motifs diffèrent sur bien des points. Ils procèdent, comme les juges majoritaires, à l'examen des principes de justice fondamentale après avoir considéré sans nul doute une atteinte au droit à la sécurité et à la liberté de l'article 7 de la *Charte*. S'arrêtant particulièrement sur l'examen du caractère arbitraire de la disposition (motif soulevé par les appelants), les juges doivent vérifier s'il existe un lien entre celle-ci et l'objectif législatif. Ils identifient l'objectif de la manière suivante « mettre en balance l'intérêt de la société à s'assurer que les enfants reçoivent les soins médicaux nécessaires et la protection — dans la mesure du possible — du droit des mineurs à l'autonomie. »⁵⁹⁵. Reste donc à savoir si le point de contestation de la loi — la distinction entre les mineurs de moins de seize ans et ceux de plus de seize ans — a un lien avec cet objectif. Selon les juges, cette distinction reflète la réalité sociale, à savoir la place de l'expérience et de l'indépendance, aux côtés de la capacité intellectuelle, dans l'acquisition de la maturité suffisante pour refuser un traitement médical. Dès lors, le fait d'accorder un poids supplémentaire à la volonté du mineur de plus de 16 ans n'est pas arbitraire. Après avoir successivement examiné les trois moyens évoqués par les appelants, en passant plus rapidement et de manière similaire sur les articles 15 et 2 a)⁵⁹⁶, les juges McLachlin et Rothstein parviennent eux-aussi à la conclusion de la constitutionnalité des dispositions en cause.

Finalement, seul le juge Binnie est dissident quant aux conclusions de l'affaire. Pour commencer, celui-ci admet sans difficulté que la liberté de religion, ainsi que le droit à la sécurité et à la liberté de sa personne, sont mis en jeu par les dispositions contestées. Dès lors, il s'attelle à l'examen des principes de justice fondamentale qui échoue pour les raisons que nous avons évoquées plus haut : l'intérêt de l'État est de protéger les mineurs qui n'ont pas la capacité de décider d'un choix qui pourrait leur être préjudiciable. Néanmoins, en empêchant

⁵⁹⁵ *Id.*, par. 141.

⁵⁹⁶ La question de la violation de l'article 15 de la *Charte* ne retient que très peu l'attention des juges McLachlin et Rothstein qui se contentent de refuser le caractère discriminatoire de la disposition en indiquant brièvement que celle-ci « vise à protéger les intérêts des mineurs en tant que groupe vulnérable. Deuxièmement, elle protège les membres du groupe visé — les moins de 16 ans — tout en permettant à chaque enfant de participer dans une certaine mesure à l'ultime décision concernant le traitement. ». Pour finir, la question de l'atteinte à la liberté de religion est également très rapidement évacuée pour les mêmes raisons que la disposition n'a pas été jugée arbitraire lors de l'examen de l'article 7. Les juges suivent alors la même argumentation pour justifier l'atteinte éventuelle à la liberté de religion par l'article premier.

les moins de 16 ans de démontrer qu'ils ont la maturité suffisante pour décider, on nie leur droit à l'autonomie de manière arbitraire et sans lien avec l'objectif visé. Le cas d'espèce illustre parfaitement de telles circonstances : la capacité d'AC est démontrée par les rapports d'évaluation. Malgré cela, on lui impose quand même un traitement médical contraire à ses convictions, ce qui ne peut s'expliquer par l'intérêt de l'État de protéger les mineurs n'ayant pas la capacité de décider puisqu'elle la détient. La conclusion apparaît alors clairement :

la restriction (c.-à-d. la présomption irréfutable) appliquée aux jeunes personnes dotées d'une capacité décisionnelle n'a « aucun lien véritable » avec l'objectif législatif de protéger les enfants qui n'ont pas cette capacité. Dans le cas des mineurs matures (catégorie à laquelle A.C. appartient), la restriction est arbitraire et, par conséquent, viole l'art. 7.⁵⁹⁷

Pour terminer, le juge Binnie se penche sur l'examen de l'article premier de la Charte afin de décider si les atteintes aux articles 2 a) et 7 peuvent être justifiées. La protection des enfants est incontestablement un objectif réel et urgent. Cependant, la procédure prévue par la *LSEF* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits en question puisque la présomption d'incapacité des moins de 16 ans pourrait être réfutable, elle servirait alors tout autant l'objectif législatif⁵⁹⁸. En outre, la balance entre les effets négatifs et les effets bénéfiques de la loi échoue à son tour : l'irréfutabilité de la présomption selon laquelle un mineur de moins de 16 ans n'a pas la capacité de décider de son traitement médical entraîne des conséquences graves sur les mineurs matures de moins de 16 ans, tandis que l'objectif de l'État de protéger les enfants en empêchant les mineurs incapables de prendre des décisions contraires n'est aucunement renforcé par l'impossibilité pour eux de démontrer leur capacité. Dès lors, l'analyse de l'article premier ne permet pas de justifier les atteintes aux droits à la sécurité et à la liberté, ainsi qu'à la liberté de religion ; les dispositions sont donc jugées inconstitutionnelles par le juge Binnie.

Cette décision de la Cour suprême illustre la complexité des cas dans lesquels la responsabilité de l'État de protéger les enfants se confronte au respect de leur autonomie⁵⁹⁹. Dans notre société où la vie des enfants revêt une telle importance, renforcée par des décennies de combat en leur faveur, la balance semble pencher du côté de la protection aux dépens de celui de l'autonomie, et ainsi contrecarrer la montée en puissance du pouvoir décisionnel de l'enfant. Néanmoins, il s'agit là de cas extrêmes où la vie du jeune est directement menacée.

⁵⁹⁷ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410, par. 223.

⁵⁹⁸ Voir les exemples donnés par le juge Binnie *Id.*, par. 235 et 235.

⁵⁹⁹ Nicholas BALA et Robert LECKEY, « Family Law and the Charter's First 30 Years: An Impact Delayed, Deep, and Declining but Lasting », (2013) 32-1 *Can. Fam. Law Q.* 21-52, 44 et 45.

Dans les cas moins graves où le traitement médical n'est pas vital, les chances que le refus du jeune soit déterminant sont bien plus élevées, de même en va-t-il lorsque l'enfant consent aux traitements préconisés par les médecins, même à l'encontre de ses parents. On se retrouve dès lors face à une contradiction quelque peu déstabilisante qui met en place une différence complètement artificielle entre la capacité de consentir à des soins et celle de les refuser : on présupera en effet que le consentement du jeune aux soins jugés nécessaires par les médecins sera issu d'une grande maturité et capacité décisionnelle, tandis que le refus à des soins de même envergure mettra sensiblement en doute une telle capacité⁶⁰⁰. C'est d'ailleurs ce qu'admet le juge Lukasz Granosik de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Centre universitaire de santé McGill (CUSM--Hôpital général de Montréal) c. X* : « [l']autonomie en matière de consentement aux soins est relative. Il existe en effet une asymétrie importante ; l'autonomie du mineur n'est réelle que dans la situation où il consent aux soins proposés, mais en cas de refus de soins requis, c'est le Tribunal qui tranche. »⁶⁰¹ Plus loin, il ajoute que l'autonomie de l'enfant d'un mineur de 14 ans et plus (l'âge tournant dans la législation québécoise), lorsqu'il refuse les soins, est « presque illusoire »⁶⁰².

Par ailleurs, l'évaluation de la capacité à décider de l'enfant variera également diamétralement selon les conséquences de la décision à prendre⁶⁰³. Dès lors, la jurisprudence se fait riche de décisions *a priori* contradictoires dans leur conclusion quant à l'application des législations en matière de consentement aux soins des mineurs. Au Québec par exemple, certaines décisions imposent des traitements à des mineurs de moins de 14 ans malgré le refus

⁶⁰⁰ R. P. KOURI, préc., note 580, 80.

⁶⁰¹ *Centre universitaire de santé McGill (CUSM--Hôpital général de Montréal) c. X*, 2017 QCCS 3946 (C.S.), par. 32.

⁶⁰² *Id.*, par. 33. Pour d'autres exemples de décisions autorisant des traitements malgré le refus du mineur de plus de 14 ans, voir notamment *Hôpital de Montréal pour enfants c. J. (D.)*, [2001] REJB 2001-25172 (C.S.), *Hôpital Ste-Justine c. Giron*, [2002] CanLII 34269 et *Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine c. X*, 2011 Cour supérieure 3803.

⁶⁰³ Robert P. KOURI et Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins : le regard du législateur et des tribunaux civils*, coll. Monographies juridiques, Sherbrooke, Québec, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999, p. 215.

de leurs parents⁶⁰⁴, tandis que d'autres se rangent du côté de ces derniers⁶⁰⁵. Ces réalités, qui se retrouvent constamment dans la jurisprudence, sont par contre dissimulées dans les législations puisqu'aucune n'admet noir sur blanc une différence de traitement selon ses conséquences. Et pour cause, ce faisant, elles s'exposeraient directement à l'argument selon lequel l'enfant n'a pas de voix qui vaille dans les décisions qui le concernent le plus directement. Un principe pourtant clef dans les droits de l'enfant depuis quelques décennies qui supplante tout l'aspect autonomie et liberté de l'enfant et qui ne serait être laissé de côté au risque de mépriser les derniers avancements en la matière.

Ce domaine de la santé, tout comme les autres domaines abordés plus haut, se fait finalement révélateur du conflit théorique qui oppose les droits-protection aux droits-liberté par lequel nous commençons ce chapitre. Nous l'avons illustré à travers différentes législations et décisions de la Cour suprême en matière familiale, civile ou encore pénale⁶⁰⁶. Une tension entre deux termes est systématiquement au cœur du débat : parfois ces deux termes s'opposent entre les droits propres aux enfants et ceux des autres personnes (notamment les parents), tandis que d'autres fois, cette tension se décline au cœur même des droits des enfants, s'assimilant alors directement au conflit théorique entre le courant protectionniste et le courant libérationniste ; dans certains cas encore, le conflit entre les droits des enfants et ceux des autres personnes découle lui-même sur un conflit entre les droits des enfants directement. Dans tous les cas, les juges devront peser les intérêts de chacun et trouver le meilleur équilibre possible par un

⁶⁰⁴ La Cour supérieure autorise une opération chirurgicale qui seule peut sauver la vie d'une petite fille mongolienne de 26 mois malgré le refus de ses parents dans *Goyette (In Re): Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1982] SOQUIJ AZ-83021343 429 (C.S.). Dans une autre affaire, elle autorise une transfusion sanguine sur un bébé prématuré après que les médecins aient tenté vainement d'autres traitements, tandis que les parents s'y opposent par conviction religieuse, *Hôpital St-François d'Assise c. Lacasse*, [1993] R.D.F. 348 (C.S.).

⁶⁰⁵ La Cour d'appel a par exemple accordé aux parents l'arrêt d'une chimiothérapie procurée à une enfant puisque la chance de guérison de ce traitement ne s'élevait qu'à 10 à 20 % tandis que les effets secondaires étaient conséquents, dans *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, 1986 CanLII 4022 (C.A.). La Cour supérieure s'est également rangée du côté des parents qui refusaient d'imposer des traitements médicaux à leurs enfants lorsque les conditions de vie de ceux-ci seraient malgré tout très difficiles en raison d'atteintes ou de malformations très sévères, voir *Protection de la jeunesse - 332*, 1988 C.S. [Bébé « S »].

⁶⁰⁶ Notons néanmoins que ce conflit se retrouve sous d'autres déclinaisons dans bien d'autres domaines. Citons par exemple la question du témoignage des enfants dans laquelle la capacité de l'enfant à raconter la vérité est discutée, capacité qui rejoint une évaluation certaine de l'autonomie et de la maturité des enfants. Cette question a connu de grandes évolutions législatives ces dernières années et a fait l'objet de plusieurs décisions clefs de la Cour suprême, voir notamment *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 RCS 30, 0 (CSC), *R. c. J. (J.T.)*, [1990] 2 RCS 755 (CSC), *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 RCS 122 (CSC) ou encore *R. c. L. (D.O.)*, préc., note 428.

exercice de pondération. Les différentes argumentations des juges de la Cour suprême, et les nombreuses dissidences, témoignent de la complexité de cet exercice.

Le tableau suivant vise à synthétiser ces différentes tensions selon le champ juridique considéré en rappelant chaque fois les termes mis en opposition :

Tableau 3. Les déclinaisons des tensions des droits de l'enfant selon le champ juridique visé

Champs juridiques	Contexte plus précis	Recherche d'équilibre entre	
		Terme 1	Terme 2
Droit pénal	Enfant victime	Protection accrue de l'enfant en réponse à sa vulnérabilité par le biais d'une condamnation plus sévère des actes commis envers lui	Respect des droits fondamentaux des autres personnes en cause (ex. liberté d'expression du publicitaire, droit de la défense des personnes inculpées, liberté d'éduquer son enfant pour les parents)
	Enfant délinquant	Protection de l'enfant qui est victime de son environnement	Protection du public contre l'enfant délinquant
Droit familial	Attribution du droit de garde	Intérêt de l'enfant Intérêt de stabilité	Intérêt des parents
	Retrait du droit de garde	Protection de l'enfant par l'État	Droit de la famille de vivre à l'abri des ingérences étatiques
Droit de la santé	Consentement aux soins	Intérêt physique de l'enfant à le protéger contre ses décisions néfastes	Intérêt psychique de l'enfant à le laisser décider librement

Finalement, ce que nous permet de mettre en lumière ce dernier chapitre est l'omniprésence de tensions au cœur des droits de l'enfant. Autour de la tension primaire propre au sujet même — celle balançant l'enfant « petit de l'Homme », être vulnérable à protéger, et celle de l'enfant « petit Homme », être autonome à émanciper — se déclinent de nombreuses autres oppositions apparentes dans les différents champs juridiques concernés par les droits de l'enfant. Ces binômes, *a priori* opposés, sont par ailleurs propres à chacun des domaines visés : coupable/innocent, responsable/non responsable, consentant/non consentant, etc. Qui plus est, dès lors que plus d'une personne est impliquée dans un conflit juridique, les dichotomies

naitront entre leurs droits respectifs et de nouvelles oppositions seront concernées : liberté d'expression/dignité humaine, droit à l'égalité/liberté de religion, droit à la vie privée/sécurité publique, etc.⁶⁰⁷ Dans le domaine qui nous intéresse, on retrouve bien souvent également le droit de l'enfant placé en balance avec le droit d'une autre personne, fréquemment un parent ou toute autre personne qui se situe dans une certaine relation de puissance, sinon de pouvoir, à son égard.

⁶⁰⁷ Il ne s'agit là que de quelques exemples, le nombre de combinaisons possibles étant quasiment infini.

Conclusion Partie I - Les droits de l'enfant au cœur de l'altérité ou l'adolescence des droits de l'enfant

Tout au long de cette première partie, nous avons retrouvé une double origine à l'approche conflictuelle moderne du droit des enfants : propre à l'enfant lui-même, dont la personne est construite sur une tension continue entre un nouveau-né entièrement dépendant et vulnérable, et un adolescent suffisamment mature et indépendant ; et propre au droit lui-même qui a tendance à concevoir la réalité en dichotomies. Cette double présence de tensions rend d'autant plus étanche le fossé entre les deux catégories envisageables pour le droit, à savoir les adultes capables et responsables et les mineurs incapables et irresponsables⁶⁰⁸.

À travers le rappel de quelques célèbres décisions de la Cour suprême, nous avons tenté de mettre en lumière ces différentes tensions omniprésentes dans le domaine des droits de l'enfant qui se noie tant dans une nature juridique propice que dans un sujet déjà plein de contradictions. Un état de fait qui n'est pas sans lien avec la nouveauté du domaine : les droits de l'enfant tels qu'ils sont pensés aujourd'hui constituent en effet un champ juridique relativement nouveau. Longtemps resté dans l'ombre du domaine privé de la famille, l'enfant fut ensuite conçu comme un objet de droit à travers l'intérêt de l'État à le protéger, et ce n'est que récemment, tel que nous l'avons vu précédemment, qu'il a atteint le statut de véritable sujet de droit. Dès lors, il devient titulaire de droits et de libertés, parfois au même titre que l'adulte, qu'il convient, après les avoir formellement reconnus, de mettre en œuvre concrètement. Selon nous, cette mise en œuvre est encore quelque peu hésitante et difficile à arrimer aux autres domaines juridiques dont les principes clefs sont ancrés depuis bien plus longtemps dans nos sociétés. En ce sens, les droits de l'enfant ne peuvent se concevoir de manière totalement autonome vis-à-vis des autres champs juridiques. Nous envisageons plutôt le droit spécial de l'enfant dans le domaine pénal, dans le domaine civil, dans le domaine familial, etc. Ce qui implique indéniablement d'allier les propriétés propres à la relation du droit et de l'enfant à celles propres aux différents domaines concernés. C'est du moins comme cela que l'enfant fait peu à peu son entrée dans l'univers juridique : si en théorie on parle d'un droit de l'enfant, celui-ci ne fait véritablement de sens que lorsque l'on précise ensuite son domaine d'application. Nous pensons que de ce fait, le champ juridique des droits de l'enfant peine encore à trouver sa

⁶⁰⁸ M. D. A. FREEMAN, préc., note 87, p. 91 et 92.

véritable identité dans la mesure où il ne peut s'abstraire des contextes de mise en œuvre. C'est en ce sens que nous parlons de l'adolescence des droits de l'enfant, une analogie déjà relevée par la professeure Van Praagh selon qui :

Peut-être qu'en définitive, l'analyse du droit vis-à-vis des enfants et le rapport des enfants au droit n'en sont encore qu'à l'étape de *l'adolescence* dans leur formulation et dans leur construction. Il n'en reste pas moins que leur *Destination* demeure difficile à cerner. Mais n'est-ce pas le propre du jeune âge qui lutte pour atteindre sa maturité que d'essayer, de se tromper et d'essayer encore ?⁶⁰⁹

L'adolescence, cette période durant laquelle l'enfant, déjà bien ancré dans ses relations familiales et son éducation parentale, cherche à bâtir sa propre voie, ses propres références afin de construire sa propre personnalité. Une étape durant laquelle se déroule une sorte de combat silencieux entre ce que l'on connaît et ce que l'on ignore, entre les repères qui nous ont été donnés et ce que nous voulons trouver par nous-mêmes. C'est l'étape de l'émancipation, qui, par sa nature même, ne se construit pas depuis le néant. On s'émancipe de quelque chose ou de quelqu'un, tout comme le droit de l'enfant s'émancipe de ses domaines d'application pour partir en quête de sa propre identité.

L'état de maturation des droits de l'enfant laisse ce domaine enclavé dans une approche conflictuelle apparemment sans issue. Sur le plan théorique, il ne sera jamais plus possible ni souhaitable, de faire primer *in abstracto* un principe sur son contraire. Mais comment dès lors trouver l'équilibre ? Comment convenir de quelques vérités dans ce domaine ? Comment concilier des pôles apparemment antinomiques pour faire sens d'une identité scientifique ? Si, selon nous, la réponse ne semble pas se trouver à l'intérieur même de la théorie juridique des droits de l'enfant, nous pensons pouvoir élargir la réflexion au champ plus large de la régulation sociale afin d'y déceler d'éventuelles pistes d'ouverture. En effet, le phénomène régulateur, bien que nous ne l'ayons pas identifié tel quel jusqu'à présent, est au cœur des droits de l'enfant. C'est bien ce mouvement régulateur qui lie l'enfant à l'État à travers ses droits, l'enfant à ses parents ou sa famille à travers les normes familiales, l'enfant à l'école à travers les normes du système scolaire, ou encore l'enfant à ses pairs à travers leurs normes sociales. En outre, ce

⁶⁰⁹ Shauna VAN PRAAGH, « Magie, contes et sortilèges : le droit à l'écoute de l'enfant », dans Violaine LEMAY, Benoît MOORE et Cécile BIDEAU-CAYRE (dir.), *La représentation de l'enfant devant les tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 68 à la page 83.

mouvement régulateur fut lui aussi longtemps pensé en termes conflictuels, pouvant difficilement s'extirper de l'idée de pouvoir et de domination liant le régulateur et le régulé.

Dans cette perspective, nous proposons dans la prochaine partie de nous intéresser aux réflexions relatives à la régulation sociale, notamment en revenant sur le dépassement de l'approche duale propre à la modernité qui s'est illustrée avec le concours des penseurs dits post-modernes. À l'aune du régime post-moderne de la régulation, les réflexions semblent au contraire se jouer dans les dynamiques d'interactions et non plus dans l'étude isolée des éléments éventuellement conflictuels. Ce nouveau cadre de pensée nous paraît particulièrement prometteur pour surmonter les impasses auxquelles les réflexions modernes sur les droits de l'enfant nous ont menés. Des promesses et nouvelles avenues sur lesquelles nous reviendrons finalement dans notre troisième et dernière partie.

Partie 2. Détour théorique : la régulation

sociojuridique dans sa transition vers un régime

post-moderne

Nous l'avons illustré à maintes reprises déjà, l'appréhension de l'enfant par le droit est éminemment complexe. Si l'évolution du champ des droits de l'enfant répond de l'évolution des représentations sociales de l'enfant, elle est également fortement affectée par les mutations subies par le phénomène régulateur. La régulation est un concept polymorphe⁶¹⁰ qui connaît des déclinaisons dans quasiment toutes les disciplines (biologie, économie, politique, droit, mathématiques, etc.). Pour nos propos, nous userons de ce terme tel qu'il est entendu en sociologie, en accord avec la définition qu'en donne alors Jacques Chevallier : l'ensemble des processus « par lesquels la société parvient à harmoniser les comportements de ses membres, à régler les conflits qui les opposent, à dépasser les contradictions qui la déchirent pour parvenir à l'intégration »⁶¹¹. Dans cette perspective, il nous faut sortir de la sphère stricte du droit⁶¹² pour étudier ce dernier d'un point de vue sociologique comme un outil, sinon le premier outil, de régulation sociale. La régulation sociojuridique désignera donc les processus juridiques d'organisation de la société. Le droit se situe dès lors au cœur des changements subis par le phénomène régulateur : il les provoque tout autant qu'il s'y adapte.

La régulation est omniprésente lorsqu'il s'agit des droits de l'enfant : *a priori* et très classiquement entre le droit et les enfants ; mais encore entre l'enfant et les autres sources de normativités qui l'affectent, en premier lieu ses parents et ses éducateurs ; et enfin, entre ces derniers pôles non juridiques et le droit lui-même. Les rapports en termes d'autorité, de normativité, ou encore de finalité, témoignent de ces mouvements régulateurs entourant l'enfant, particulièrement dans sa famille ou à l'école. Le droit lui-même affermit ce système

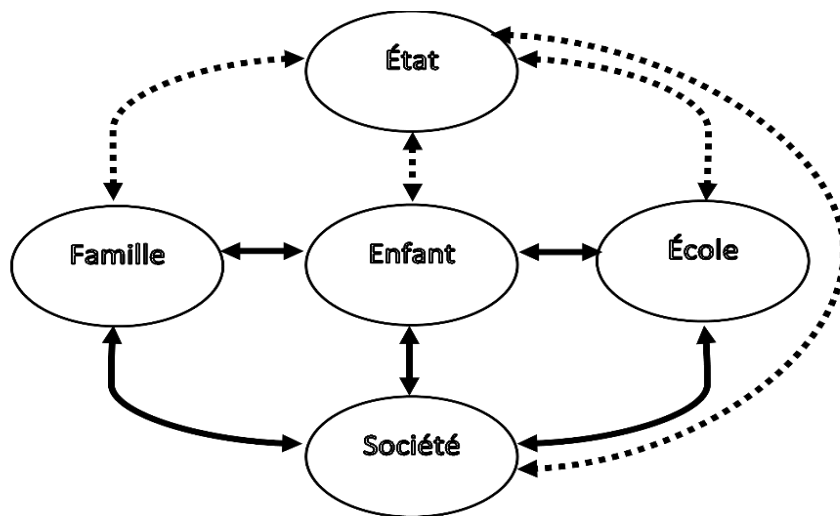
⁶¹⁰ Michel Maille a dirigé un ouvrage qui réunit des textes proposant différents usages du terme « régulation » dans les domaines des sciences politiques et du droit, voir Michel MIAILLE (dir.), *La Régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995.

⁶¹¹ Jacques CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », dans Michel MIAILLE (dir.), *La Régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71 à la page 79.

⁶¹² Jean-Louis AUTIN, « Réflexions sur l'usage de la régulation en droit public », dans Michel MIAILLE (dir.), *La Régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 43 à la page 52.

en règlementant les pôles scolaires et familiaux. Si l'on prend pour exemple la protection de la jeunesse qui, nous l'avons dit, a propulsé le glissement de l'enfant depuis une affaire privée de la famille à une affaire publique de société, l'État s'y accorde un droit de regard omnipotent, venant « réguler la régulation familiale » et s'y ingérer au besoin. Reprenant ces propos, le schéma ci-dessous révèle la présence multiple et complexe des phénomènes régulateurs entourant l'enfant :

Schéma 2. Les régulations entourant l'enfant



Dans ce schéma, chaque flèche illustre un mouvement de régulation. Les flèches en pointillé désignent les régulations juridiques, celles dans lesquelles le droit est un outil régulateur privilégié⁶¹³.

Nous n'entrons pour le moment pas plus loin dans l'explication et la détermination de ces rapports régulateurs. Il s'agit simplement ici de considérer la prééminence de ces rapports lorsqu'il s'agit de l'enfant et de justifier de la sorte la partie présente. Celle-ci portera sur l'évolution du paradigme de la régulation⁶¹⁴ qui, demeurant essentiel dans les rapports avec l'enfant, nous permettra ensuite d'éclairer nos réflexions sur les droits de l'enfant d'une lumière nouvelle.

⁶¹³ Nous verrons plus tard que cette distinction entre ce qui relève de la régulation juridique et ce qui relève d'autres types de régulation n'est plus si évidente dans le cadre du pluralisme juridique, voir *infra* Partie II, chap. 3, B, 3.

⁶¹⁴ Selon Jacques Chevallier, la régulation est devenue un paradigme majeur des sciences sociales au cours des dernières années préc., note 611 à la page 71.

Notre thèse ciblant l'univers juridique, nous focaliserons conséquemment notre intérêt sur les évolutions des régulations représentées en pointillé dans le schéma ci-dessus. Pour ce faire, nous déplacerons notre regard vers celui de la sociologie du droit, afin de réfléchir les liens, imbrications et liaisons du droit avec et au sein du système social. Nous souscrivons à la définition du Doyen Jean Carbonnier selon qui la sociologie juridique désigne la « branche de la sociologie générale qui a pour objet une variété de phénomènes sociaux : les phénomènes juridiques ou phénomènes de droit »⁶¹⁵. Ce que nous entendons comprendre dans le droit n'est pas posé en tant que tel, les rapports entre le droit et la société évoluent et se confondent dans cette mécanique ; cette vision interactive et dynamique ne peut être saisie que par une approche sociologique en accord avec les propos suivants du Doyen Jean Carbonnier : « [t]andis que le droit dogmatique s'attache à un objet arrêté, figé dans l'instant de la positivité, la sociologie juridique considère un objet *in transitu*, emporté dans le flux de l'évolution. »⁶¹⁶

Depuis cet angle sociologique, nous proposons donc de revenir sur les principaux éléments ayant marqué les mouvements de la régulation sociojuridique au cours des derniers siècles. Si l'on pense à l'État en tant que pôle régulateur majeur, certains clameront le passage de l'État libéral à l'État providence, puis à l'État propulsif ; que l'on s'intéresse au droit et l'on cheminera du droit formel au droit social, puis au droit réflexif. Somme toute, la plupart des auteurs qui observent cette mouvance régulatoire s'accordent à distinguer le régime de la régulation moderne et celui de la régulation post-moderne. Si le qualificatif fait encore question⁶¹⁷, l'écart avec les prémisses originelles du régime de type moderne semble unanimement reconnu. Nous étudierons donc successivement ces deux régimes (de type moderne et post-moderne), tentant d'en identifier les caractéristiques et les mutations subies à l'interne par la régulation. Il nous faut néanmoins préciser que la stricte séparation entre ces deux régimes obéit à une nécessité pédagogique et structurelle, bien plus qu'elle ne reflète une brutalité de changements dans la réalité. Ce sont plutôt des transitions fluides, s'appuyant sur des adaptations modérées, dans un mouvement lent, fluctuant et parfois rétrograde du régime

⁶¹⁵ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, coll. Thémis : Droit, Paris, Presses universitaires de France, 1978, p. 16 ; Pour un tour d'horizons très éclairant au sujet de ce que sous-tend l'approche sociologique du droit, on pourra lire la première partie de Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 3 à 81.

⁶¹⁶ J. CARBONNIER, préc., note 615, p. 229.

⁶¹⁷ Nous préciserons plus tard comment nous l'entendons dans le cadre de notre thèse, voir *infra* Partie 2, chap. 3, Introduction.

de régulation moderne qui ont ensemble mené, très progressivement, à infléchir sous l'angle de la post-modernité tant les représentations que l'économie générale de la régulation sociale.

En outre, cette étude de la régulation sociojuridique sera doublée d'un second niveau, celui de l'analyse des outils épistémologiques permettant d'appréhender la régulation. L'hypothèse alors sous-jacente est celle de l'interaction continuelle entre le phénomène observé et l'action de l'observateur. Partant, l'évolution de la régulation a tout autant obligé la science à développer de nouveaux outils de connaissance pour la comprendre, que l'application de nouvelles approches scientifiques par les chercheurs a joué dans la transformation du phénomène régulateur. La structure de cette seconde partie cherche ainsi à rendre compte de ces interactions discursives entre l'objet et le sujet de la connaissance du phénomène régulateur.

Dans un premier temps, nous esquisserons le portrait du régime moderne de la régulation sociojuridique à l'aide de la métaphore du duel (chapitre 1). Cette métaphore servira à mettre en évidence l'approche binaire de la méthode scientifique analytique hégémonique chez les penseurs affiliés à la modernité. Nous déclinerons justement cette approche scientifique par la suite, afin d'expliquer les changements qu'elle a subis en transitant vers une approche de type post-moderne (chapitre 2). Nous limiterons bien sûr l'étendue de ces propos plus épistémologiques au champ de la régulation. Autrement dit, il s'agira de comprendre comment le phénomène régulateur fut appréhendé par les modernes, puis par les auteurs qualifiés aujourd'hui de post-modernes. Ce chapitre nous permettra de souligner l'importance prise par l'étude des interactions et ses conséquences sur la compréhension de la régulation. Ces nouveaux outils en main, nous présenterons dans notre dernier chapitre le régime de la régulation sociojuridique post-moderne (chapitre 3). Celui-ci donnera lieu pour finir à la détermination des composantes de la nouvelle matrice des interactions régulatrices, entendues comme les caractéristiques qu'elle rencontre de nos jours et qui permettent de la définir. Si l'on revient à notre schéma initial, ces caractéristiques dégagées seront propres aux flèches qui y apparaissaient. À partir de cette compréhension nouvelle de la régulation, nous disposerons de paramètres inédits pour revenir à l'étude du champ propre aux droits de l'enfant ; des paramètres clefs étant donné l'omniprésence de ces interactions régulatrices (les flèches) dans le domaine. Voilà pourquoi nous nous éloignons temporairement de notre objet d'étude des droits de l'enfant : afin de dégager un cadre d'analyse nouveau qui nous permettra ensuite d'en proposer une lecture et des perspectives de réflexions revisitées.

Chapitre 1. Le régime de régulation sociojuridique moderne : la dualité des logiques libérales et sociales du droit

Nous envisageons la modernité comme un outil d'analyse pointant un contexte sociohistorique particulier. En accord avec Jacques Chevallier, elle rend compte « du mode de construction sociale qui s'est imposé en Occident, s'appuyant sur la référence à certaines valeurs et débouchant sur certains équilibres sociaux »⁶¹⁸. Si la datation précise de ce mouvement social demeure sujette à débats, nous choisirons de faire usage de celle majoritairement employée en sociologie et en droit, à savoir à partir de la fin du XVIII^e siècle jusqu'à la Deuxième Guerre mondiale⁶¹⁹. Néanmoins, cette nomination apparemment uniforme du régime moderne ne devra aucunement masquer son caractère évolutif ni les différentes acceptions que les auteurs lui prêtent⁶²⁰. La modernité est en effet traversée par de nombreux mouvements dynamiques affectant toutes ses dimensions sociales, normatives, structurelles ou encore politiques. Nous avons ici choisi de détailler ces mouvements à l'aide de la logique juridique que nous lierons, à plusieurs reprises, à la dimension politique ou encore sociale. Pour ce faire, nous nous appuierons sur les travaux de théorie et de sociologie du droit qui observent les évolutions juridiques du régime moderne afin d'en proposer notre propre analyse. L'objectif de ce chapitre est alors de mettre en lumière la façon dont le droit a été pensé et pratiqué dans l'approche moderne pour en dégager les conjectures plus larges de la régulation sociale. Une fois ce portrait du régime régulateur moderne dressé, nous l'utiliserons dans le chapitre suivant pour expliquer le changement paradigmatique intervenu dans la transition que nombreux assimilent à l'entrée dans un régime de type post-moderne.

À la lumière de cet objectif, la construction de ce premier chapitre revêt une importance cruciale pour la suite, probablement même plus éloquente que son contenu en tant que tel. Dans cette perspective, nous avons choisi d'utiliser la métaphore du duel pour accentuer l'approche dichotomique du droit qui s'est imposée dans le régime de régulation moderne. Notre duel opposera les deux logiques juridiques mises de l'avant par la doctrine, à savoir l'approche libérale et l'approche sociale du droit (A). D'un côté un droit neutre, garant des libertés

⁶¹⁸ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 22.

⁶¹⁹ G. ROCHER, préc., note 615, p. 189.

⁶²⁰ Sur les différentes acceptions de la modernité et ses caractéristiques principales, Guy Rocher propose un aperçu très bien construit de la notion dans une perspective principalement sociologique, ainsi qu'une riche littérature de référence dans son chapitre intitulé « Modernité, pouvoirs et droit », dans *Id.*, p. 185 à 212.

naturelles et des droits fondamentaux des individus, s'alimentant d'une logique propre et hors, voire au-dessus, du social, et de l'autre côté, un droit interventionniste dans les équilibres sociaux, cherchant à réaliser un idéal social et donc fortement connecté à la société. Nous verrons que ces deux logiques teintent tout l'arsenal juridique de colorations différentes, sinon contraires. Celles-ci se préciseront tout au long des sections à venir depuis la logique sous-jacente à chacune d'elle jusqu'à l'ensemble institutionnel les secondant dans la production et l'application normatives ou encore dans la concrétisation judiciaire. Une fois les déterminants du duel positionnés, nous les redisposerons dans le cadre plus large de la régulation sociale. Ce faisant, nous identifierons les mouvements qui ont secoué le cadre régulateur moderne et en détaillerons l'origine, le territoire et le sens dans lequel ils opèrent (B). Ici encore, nous verrons que, selon le type de régulation envisagée, correspondant symétriquement au type de droit décliné plus haut (libéral ou social), les mouvements s'inversent diamétralement. Achévant la lecture de ce premier chapitre, le lecteur devra donc avoir une idée non seulement des logiques et pratiques du droit s'étant déployées dans le régime de régulation moderne, mais aussi de la façon antinomique dont furent pensées ces logiques et des dynamiques régulatrices dans lesquelles elles s'inscrivent.

A. Le duel des logiques juridiques : Logique libérale c. Logique sociale du droit

Combien de gens s'alliaient battre en duel, en déplorant et en condamnant cette misérable coutume et se blâmant eux-mêmes de la suivre !

Pierre Nicole, « Essais de morale »

Tel qu'annoncé plus haut, nous voulons attirer l'œil du lecteur sur les deux logiques principales du droit, libérale et sociale, qui se sont déployées dans le régime de régulation moderne, mais encore et surtout, sur la façon dont elles ont été pensées ensemble, ou plus exactement l'une contre l'autre. Pour insister sur cette approche duale, nous déclinerons leurs caractéristiques par un ensemble de métaphores relatives au duel, cette pratique coutumière de longue date consistant à régler un différend par un combat entre les deux parties adverses. Nous les opposerons tout d'abord en les présentant succinctement, le droit libéral puis le droit social, tel que l'on introduirait les participants au duel avant de débiter le combat (1). Nous nous arrêterons ensuite sur les témoins qui les accompagnent respectivement. Dans les duels coutumiers, ceux-ci représentaient les intermédiaires entre les combattants ; ils témoignaient du

juste déroulement du combat et participaient généralement à la détermination des règles de conduite de celui-ci. Ils étaient choisis par chaque duelliste et ce faisant, soutenaient ouvertement celui qu'ils accompagnaient. Dans notre duel opposant le droit libéral au droit social, l'État jouera ce rôle de témoin, sous la forme de l'État garant pour le premier et de l'État providence pour le second (2). De même que la relation liant le duelliste à son témoin, le droit et l'État sont irrésistiblement liés dans le phénomène régulateur⁶²¹. Les rapports de codépendance et de consubstantialité⁶²² qui les unissent impliquent dès lors qu'à chaque logique juridique correspondent des traits spécifiques du côté de l'État, notamment de sa forme et de son rôle.

Toujours dans la phase préparatoire du duel, les parties adverses s'accordent ensuite sur le choix des armes qui seront utilisées durant le combat. Ce choix revêt une importance majeure dans le déroulement du duel, il est donc encadré par des règles d'arbitrage et de surveillance très précises. Pour notre duel imaginaire, les armes choisies seront incarnées par les libertés, négatives pour le droit libéral, et positives pour le droit social. Nous expliquerons la signification de ces armes et en déclinons les stratégies de combat correspondantes dans notre troisième section (3). Nous nous pencherons ensuite sur le lieu du duel. Souvent auréolées de nombreux rites et prières, les arènes dans lesquelles se tenaient les duels au cours de l'histoire étaient particulièrement révélatrices de la nature et de l'importance du duel. Nous abriterons notre duel fictif au sein d'une pyramide à la structure chancelante, dont nous expliquerons l'architecture initiale et le périlleux balancier qui menace, à tout moment, de la faire vaciller (4).

Après l'identification du lieu, nous nous concentrerons sur le type de duel auquel prennent part nos deux duellistes. Si les duels judiciaires constituaient une procédure de référence imposée par le juge en vue de statuer sur un différend qui lui était soumis, les duels du point d'honneur étaient engagés directement par les individus, l'employant comme une ressource pour se faire justice eux-mêmes. Dans notre duel imaginaire, notre premier duelliste pose le droit comme référence, s'inscrivant dès lors dans la logique d'un duel judiciaire, tandis que la logique sociale fera plutôt appel au droit comme une ressource, impliquant qu'il engage

⁶²¹ Jacques Chevallier expose certains de ces éléments de liaison entre le droit et l'État dans son ouvrage *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 7 et 8 ; Citons également Guy Rocher selon qui « [l]'histoire du droit, de ses institutions et de ses professionnels est donc étroitement associée à l'histoire de l'État, de ses instances, de la démocratisation des nations occidentales [...] », dans G. ROCHER, préc., note 604, p. 209.

⁶²² Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., coll. Droit et société, n°35, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 99.

le duel de son propre chef (5). Toujours dans la détermination des paramètres du duel, nous réfléchirons également sur la validité de celui-ci, déclinée dans nos réflexions par la question de la validation du droit. Nous verrons que si le droit libéral est en recherche de légitimité, le droit social s'apprécie plutôt en termes d'effectivité (6).

Nous illustrerons ensuite notre duel en opposant deux figures de la Justice incarnées par Thémis et Dické. Ces deux personnages tirés de la mythologie grecque nous permettront d'appréhender le rôle du juge, indissociable à la logique juridique dans laquelle sa pratique s'inscrit (7). Pour terminer, nous questionnerons notre propre image du duel afin de déterminer si l'on peut rapprocher l'approche dualiste du droit moderne à la pratique du duel de plaisance ou plutôt à celle du duel à outrance. Ce dernier prenant fin à la mort de l'un des duellistes, il signifie qu'une fois le duel engagé, la coexistence des deux combattants n'est plus envisageable et la survie de l'un se fera aux dépens de la mort de l'autre. Dans notre champ d'analyse, la question reviendra à savoir si les logiques sociales et libérales du droit sont exclusives l'une de l'autre — signifiant par exemple qu'en présence du droit libéral, aucun trait caractéristique du droit social ne peut subsister —, ou, au contraire, si elles peuvent coexister malgré le rapport conflictuel qui les oppose lorsque vient le temps du duel (8).

1. Les duellistes : Droit libéral c. Droit social

Dans la coutume, les duels constituaient en général des événements publics à l'occasion desquels une foule nombreuse affluait. Ils étaient agrémentés de discours, de rituels et d'une mise en scène sophistiquée afin de satisfaire l'avidité du public. C'est ainsi qu'avant le début d'un combat, il convenait de présenter rapidement les adversaires au public en exposant leurs titres et en révélant les raisons de leur différend. Nous proposons ici de rester fidèle à cette tradition par le biais de l'introduction de nos deux duellistes : le droit libéral tout d'abord (a), puis le droit social (b). Cette présentation sera sommaire dans la mesure où l'ensemble des sections qui suivront visera justement à en préciser les traits.

a. Le droit libéral sur fond de subjectivisation du droit

Atteignant son apogée au cours du XIX^e siècle, le droit libéral constitue la figure juridique première du régime de régulation moderne. Il signe le triomphe des humanistes sur l'absolutisme, celui de l'Homme sur le pouvoir et présage de l'entrée dans l'ère individualiste.

Contrairement aux sociétés traditionnelles de type holiste, la société moderne se construit en effet autour de l'individu. Ce dernier s'élève au rang de référence suprême de tout l'appareil politico-juridique⁶²³, portant certains à identifier l'individualisme comme la « religion de la modernité »⁶²⁴. C'est d'ailleurs le postulat partagé par tous les sociologues lorsqu'ils s'intéressent à l'individualisme, ce passage vers une société qui accorde une place centrale à l'individu. Balancé entre les deux types d'individualisme dont nous avons parlé dans la partie précédente (individualisme abstrait et individualisme concret)⁶²⁵, l'individu est devenu le maître mot de la discipline sociologique, qu'il y représente la grille d'analyse, la finalité ou l'objet même de l'étude⁶²⁶.

Ce triomphe de l'individualisme doit être replacé dans son contexte initial de révolte contre le despotisme et le pouvoir absolu de son détenteur. Le succès des humanistes à l'issue de ce combat signe également celui des Droits de l'Homme et de la vision libératrice du droit. Celle-ci émerge de la conception jusnaturaliste des droits subjectifs, historiquement et ontologiquement antérieurs à la vie sociale, cette dernière ne pouvant d'ailleurs impliquer leur renoncement⁶²⁷. Au demeurant, le pendant juridique de l'individualisme se déploie donc dans un mouvement de *subjectivisation du droit*, depuis lequel chaque individu dispose de droits par nature, du seul fait de son appartenance à l'humanité. L'ordre juridique positif, garant institutionnel de ces droits naturels⁶²⁸, doit alors viser à « définir les droits de l'individu, les droits subjectifs, grâce auxquels l'individu sera *libre*, et de les protéger »⁶²⁹. Ce faisant, la subjectivisation du droit est indissociable de la place centrale accordée à la liberté, celle-ci constituant la réponse juridique à la notion d'individu et le cœur du régime de régulation

⁶²³ *Id.*, p. 12.

⁶²⁴ D'après la formule de Durkheim, cité dans D. MARTUCELLI et F. de SINGLY, préc., note 258, p. 6.

⁶²⁵ Voir *supra* Partie 1, chap. 2, B, au sujet de l'individualisme abstrait et de l'individualisme concret.

⁶²⁶ Sur ce courant de sociologie de l'individu dans le régime moderne, on pourra lire D. MARTUCELLI et F. de SINGLY, préc., note 249 ; L. DUMONT, préc., note 25 4 ; Norbert ELIAS, *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991 ; C. LE BART, préc., note 251 ; ou encore, Philippe CORCUFF, Christian LE BART, François de SINGLY et Christian SCHNEIDER-ARNSPERGER (dir.), *L'individu aujourd'hui : débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, coll. Res publica, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

⁶²⁷ Jacques CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 55 à la page 64.

⁶²⁸ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 102.

⁶²⁹ Henri MAZEAUD, *Leçons de droit civil. Tome I. Introduction à l'étude du droit*, 5e éd. par Michel de Juglart, 1, Paris, Montchrestien, 1972, p. 23.

moderne⁶³⁰. L'acception libérale du droit vise ainsi la liberté des individus s'érigeant contre le potentiel arbitraire du politique⁶³¹.

Dès lors, l'autonomie des individus s'affirme à son maximum : ils jouissent d'une grande liberté dont la seule limite doit être le respect de celle des autres. Les valeurs fortes du capitalisme se trouvent sous-jacentes à cette forme libérale du droit, insistant entre autres sur les pendants économiques tels que la valorisation de la propriété privée, la libre entreprise ou encore la loi de l'offre et de la demande⁶³². Le droit s'insinue au minimum dans l'ordre naturel et dans la liberté des individus afin d'en assurer le déploiement maximum. Dans cet élan, l'égalité, autre valeur forte de la modernité, est promue dans son pendant formel : les hommes naissent égaux, ni l'institution juridique ni l'institution politique ne doit déranger cet état de fait ; aussi, elles se contentent d'en garantir la survivance. L'idéologie n'est pas sans rappeler nos propos au sujet du traitement juridique égal entre l'enfant et l'adulte⁶³³. C'est d'ailleurs depuis le même constat — l'égalité de traitement des personnes n'augure aucunement de leur égalité réelle — que les mécanismes d'égalisation, soutenus dans la vision sociale du droit, se sont développés.

b. Le droit social à la recherche de l'égalisation sociale

Depuis le libéralisme prônant un droit garant des libertés de chacun contre les limites potentielles issues tant de l'appareil gouvernemental que du déploiement des libertés d'autrui, la régulation s'est peu à peu animée d'ambitions socialistes nécessitant des activités publiques croissantes à la conquête d'une égalité réelle. De concert avec les mutations de la régulation politique que nous aborderons ensuite, de nombreux domaines qui relevaient jusqu'alors de la sphère privée des individus entrent progressivement dans le domaine public pour finalement devenir de nouveaux enjeux juridiques. Cette tendance est à la base du développement d'un droit, qualifié de social, que d'aucuns ont illustré par la montée en puissance des droits économiques et sociaux⁶³⁴. En raison de l'inégalité réelle des classes sociales, l'égalité juridique

⁶³⁰ Jean-Marie FECTEAU, « Du droit d'association au droit social : Essai sur la crise du droit libéral et l'émergence d'une alternative pluraliste à la norme étatique », (1997) 12-2 *Can. J. Law Soc.* 143, 144.

⁶³¹ G. ROCHER, préc., note 615, p. 101.

⁶³² Guy Rocher étudie la vision capitaliste de la société qui transparait dans le droit canadien dans *Id.*, p. 232 à 234.

⁶³³ Voir *supra* Partie I, chap. 2, B.

⁶³⁴ G. ROCHER, préc., note 615, p. 155.

formelle produit un droit matériellement inégal que le droit social vise à contrecarrer. L'usage du droit n'est plus axiologiquement neutre vis-à-vis de l'état de nature, mais s'inscrit dans des politiques aux finalités sociales précises⁶³⁵, et plus largement dans un idéal de justice⁶³⁶. De gardien des libertés civiles dans sa conception libérale, le droit se transforme en promoteur d'égalisation sociale. Il devient un instrument de redistribution des ressources en réaction aux inégalités perdurant sous couvert de la seule idéologie du premier terme.

Dans ce contexte, les normes s'inscrivent dans des *programmes* ou *plans d'action* et deviennent dès lors des instruments ou des moyens pour parvenir stratégiquement à des finalités publiques. « [La règle] ne vaut plus pour elle-même, mais comme le moyen, révisable, d'une politique »⁶³⁷, nous disent à ce propos Jean de Munck et Marie Verhoeven. Porteuse de véritables enjeux sociaux, l'administration cherche à répondre aux besoins particuliers de la société par une offre de services spécialisés visant par exemple les travailleurs, les personnes âgées, les personnes vivant dans la pauvreté ou dans la maladie, etc. Cet accroissement du rôle étatique dans l'univers socio-économique a entraîné *de facto* une multiplication rapide et dense des règles accompagnant la normativisation d'un ensemble de nouveaux domaines jusqu'alors ignorés par le droit : le droit à la santé, à l'éducation, à l'environnement, aux services sociaux, etc. Jacques Chevallier englobe cette inflation normative dans le processus de *juridicisation* des conduites sociales, dans lequel « la norme juridique [devient] le vecteur privilégié d'encadrement et d'orientation des activités individuelles et collectives »⁶³⁸.

Il est évident que derrière cette présentation succincte des différences entre le droit libéral et le droit social, c'est l'appareil normatif dans son ensemble qui se dessine différemment. Sa forme, sa nature, ses usages, sa structure ou encore ses moyens de validation seront intrinsèquement transformés. L'ensemble de cette section visera d'ailleurs à définir les écarts visibles dans chacun de ces aspects selon l'approche considérée. Néanmoins, avant d'aller plus loin dans la détermination de ces différentes dimensions du droit, un détour s'impose afin de comprendre la structure étatique au soutien de ces derniers.

⁶³⁵ Mauricio GARCIA VILLEGAS, *Les pouvoirs du droit : analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 94.

⁶³⁶ G. ROCHER, préc., note 615, p. 155 et 156.

⁶³⁷ Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN, « Conclusion. Les métamorphoses de la raison », dans Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 269 à la page 270.

⁶³⁸ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 108.

2. *Les témoins du duel : État garant c. État providence*

Le rôle des témoins lors d'un affrontement en duel était généralement bien plus étendu que ce que laisse supposer leur appellation. Si d'ordinaire, ils incarnaient le rôle d'arbitre, à l'objectivité d'ailleurs bien discutable, ils ne pouvaient résister, dans certains cas, à prendre part au combat et très vite, le nombre de combattants se multipliait. Quoiqu'il en soit, le choix des témoins était crucial. Il se basait sur des liens de confiance et d'alliance, étant entendu que les duellistes et leurs témoins resteraient solidaires dans la victoire comme dans la défaite. Dans notre duel imaginaire, nous avons choisi de lier le droit à l'État, car entre eux se tissent des liens à la fois très forts et très complexes. Des rapports de dépendance, d'influence et de confluence dont Mauricio Garcia-Villegas nous donne ici un aperçu : « les actions étatiques se justifient à travers les normes juridiques, et celles-ci sont efficaces quand elles ont le soutien du pouvoir de l'État. Le pouvoir légitimateur (force symbolique) du droit repose sur le pouvoir effectif (force matérielle) de l'État et vice-versa »⁶³⁹. Évidemment, nos deux duellistes ne seront pas accompagnés du même témoin, au risque de faire perdre au combat toute pertinence. Le droit libéral sera entouré de l'État garant, aussi appelé État libéral (a), tandis qu'aux côtés du droit social figurera l'État social ou État providence (b).

a. *L'État garant ou État libéral*

Si l'on revient à la liaison irréversible entre le duelliste et son témoin, ici entre l'État et le droit, elle prend la forme de l'État de droit, tel que théorisé à la fin du XIX^e siècle. Cette doctrine s'inscrit dans la volonté de renforcer l'ordre juridique afin d'encadrer et de limiter la puissance de l'État⁶⁴⁰. Le politique dispose du pouvoir de contrainte sur les individus, impliquant que, pour garantir les libertés individuelles fondamentales, ce pouvoir soit assujéti à un autre. « C'était Dieu ou le droit, les prêtres ou les juristes », et l'Occident moderne a choisi le droit nous dit Pierre Moor⁶⁴¹. On aperçoit sans mal poindre le détachement entre le politique et le juridique, ce dernier se faisant contre-pouvoir du premier en soumettant l'exercice du

⁶³⁹ M. GARCIA VILLEGAS, préc., note 635, p. 53.

⁶⁴⁰ J. CHEVALLIER, préc., note 621, p. 11.

⁶⁴¹ Pierre MOOR, « Introduction à la théorie de la légalité », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 11 à la page 13.

pouvoir de l'État — y compris son pouvoir de contrainte — à un fondement et un encadrement par le droit.

Valeur suprême chez le premier de nos duellistes, la liberté l'est tout autant pour son témoin, l'État. Par le contrat social, les individus ont librement consenti à la structure étatique et à se soumettre à sa force régulatrice. L'origine humaine et volontaire de cette abstraction politique est donc arrimée sur le postulat de la liberté, tout autant que l'est sa fonction première de gardien des droits fondamentaux et libertés des individus. Cette fonction, justifiant la qualification d'« État garant », implique de lui une intervention minimale dans la vie sociale : naissant égaux par nature, l'État se contente de garantir cet état naturel des individus sur le long terme et ne régule que ce qui pourrait y attenter, dans une prétention d'ordre social et de sécurité publique⁶⁴². Dans cette perspective, l'appareil étatique s'abstient d'intervenir dans les affaires des individus, il est confiné hors de la société civile⁶⁴³. Une frontière hermétique se dresse de la sorte autour de l'État et de son administration, l'isolant totalement des « normes diffuses et chaotiques de la société civile »⁶⁴⁴. Libérale, cette forme étatique l'est donc dans la mesure où elle assure un espace maximal de déploiement des libertés individuelles et ne s'y immisce que par la négative. Ainsi justifiés, l'État et les mécanismes de garanties juridiques qui l'escortent sont hissés par la croyance sociale au rang des bienfaiteurs, garants ultimes de la liberté et de l'égalité formelle des individus.

En outre, l'ambition de sécurité publique ne peut s'accomplir, selon les modernes, que par le biais d'une centralisation des pouvoirs aux mains de celui désigné pour la réaliser, l'État. L'ordre se fonde conséquemment sur la hiérarchisation et la concentration de l'autorité. Le monopole de la contrainte physique dont l'État dispose s'inscrit dans cette ambition sécuritaire⁶⁴⁵. Pour ce faire, le territoire revêt une importance cruciale en délimitant les contours de déploiement de la puissance publique et s'arrime à l'équation tripartite idéale de la construction moderne « droit = État = territoire »⁶⁴⁶. Dans cette arène, la souveraineté de l'État n'a aucun rival. Sa légitimité provient de sa construction conventionnelle populaire, il est l'incarnation de la volonté nationale, et s'identifie de la sorte au peuple-nation dont il est

⁶⁴² François OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. StradaLex, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 222.

⁶⁴³ Karim BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 32.

⁶⁴⁴ J. de MUNCK et M. VERHOEVEN, préc., note 637 à la page 270.

⁶⁴⁵ Sur la fonction de sécurité assurée par l'État et les enjeux qu'elle rencontre dans le contexte actuel, on pourra lire J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 55 à 58.

⁶⁴⁶ F. OST, préc., note 642, p. 216.

l'expression politique⁶⁴⁷. En ce sens, l'État est garant de l'identité territoriale et, plus tard, de la solidarité démocratique⁶⁴⁸. C'est un bloc monolithique⁶⁴⁹, un modèle unitaire, conçu comme un ordre de contrainte⁶⁵⁰. Ce modèle étatique se trouve ainsi entièrement pétri « dans le moule de la verticalité »⁶⁵¹ : créé par l'homme et pour l'homme par le biais du contrat social, son ordonnancement surplombe la société dans l'intérêt général ; sa puissance normative se déploie seule et partout.

Le phénomène de concentration étatique connaît son pendant juridique avec le triomphe du monisme juridique selon lequel, seul l'ordre juridique étatique est légitime et seules les normes émanant d'un organe de l'État constituent le droit⁶⁵². Cet étato-centrisme participe d'un mouvement d'uniformisation qui concentre les sources juridiques, multiples sous la féodalité, aux mains de l'État, à présent source exclusive de droit.

Traversant le régime moderne, l'État s'est progressivement transformé et ses finalités sociales et normatives n'y ont pas échappé. Si les valeurs intrinsèques propres à ce dernier demeuraient solidement enracinées, il a cependant connu de nombreuses évolutions fonctionnelles illustrées tant par les théoriciens soucieux d'arborer le modèle parfait de l'action publique, que dans la pratique aux prises d'adaptations indispensables face aux changements sociétaux. Dans ce contexte, l'avènement de l'État providence a profondément transformé le visage originel de l'État libéral, soulignant certains traits de caractère jusqu'alors latents et nuancant d'autres moins enclins à s'adapter à la nouvelle donne sociale.

b. L'État providence ou État social

Depuis la fin du XIX^e siècle et tout au long du XX^e, l'État a développé de nouvelles fonctions et finalités sociales, que nombreux ont rattaché à la figure de l'État providence. Celui-

⁶⁴⁷ François OST et Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n°94, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 125.

⁶⁴⁸ *Id.*

⁶⁴⁹ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 97.

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 142.

⁶⁵¹ Luc GONIN, *L'obsolescence de l'État moderne : analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'État français*, Genève, Université de Genève, Faculté de droit, 2011, p. 371.

⁶⁵² K. BENYKHELF, préc., note 643, p. 36 et 37; J. CHEVALLIER, préc., note 4, 4.

ci devient hyperactif en matière économique et sociale⁶⁵³, il sort de sa neutralité pour des fins de justice sociale. Dès lors, il va revêtir un rôle éminemment dynamique dans la distribution, ou redistribution des ressources et peser ainsi sur les équilibres socio-économiques⁶⁵⁴. Par le choix de politiques publiques, il poursuit volontairement certaines finalités sociales sous-tendant indéniablement un jugement de valeur sur les situations réelles, sur ce qui est et ce qui devrait être. Certains parlent en ce sens d'un État interventionniste ou propulsif⁶⁵⁵ en ce qu'il s'insinue directement dans la réalité sociale. Il passe alors de l'incarnation de la puissance publique, suggérée principalement par son pouvoir de commandement unilatéral, vers un acteur de service public, débiteur de prestations visant la croissance sociale⁶⁵⁶.

La frontière hermétique qui se dressait dans la conception classique de l'État moderne entre le politique et le social ne résiste point à cette transformation. L'État opère à présent de façon immanente, son rôle est directement ancré dans la société et non plus assimilé à celui d'arbitre ou de gérant extérieur. Il fait partie du jeu social dans lequel il s'investit à travers ses directions normatives et programmes finalisés. Pour outiller ses décisions en matière de politique sociale, l'État sort de son autarcie et s'appuie, échange et collabore avec les autres domaines. Nous assistons ainsi à la naissance de la technocratie⁶⁵⁷, qui s'illustre par l'utilisation croissante des avis d'experts, venant éclairer par la science les programmes employés par l'administration. En outre, l'État développe des procédés d'évaluation pour mesurer les effets des actions gouvernementales au sein de la société, tout en tenant compte du coût et des finalités visées par celles-ci. Ces évaluations permettent non seulement à l'administration d'adopter des outils plus adaptés à leurs finalités sociales, mais aussi d'estimer la mise en œuvre de ceux déjà opérationnels pour y apporter d'éventuels ajustements.

Dans le cadre de ces nouvelles fonctions, l'État doit employer des normes orientées socialement et impliquer la société dans leur élaboration afin d'assurer une meilleure effectivité de ses politiques publiques⁶⁵⁸. L'État police dont la suprématie normative se mesurait à son

⁶⁵³ G. ROCHER, préc., note 615, p. 87.

⁶⁵⁴ K. BENYKHLEF, préc., note 643, p. 22 et 23.

⁶⁵⁵ C. A. MORAND (dir.), *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991.

⁶⁵⁶ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 143.

⁶⁵⁷ Jean de MUNCK, « Normes et procédures : les coordonnées d'un débat », dans Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 25 à la page 35.

⁶⁵⁸ K. BENYKHLEF, préc., note 643, p. 23.

pouvoir de contrainte s'affaiblit et laisse place à des voies plus douces et des interventions moins directives⁶⁵⁹.

Finalement, l'État providence multiplie ses interventions et les déploie dans des domaines toujours plus étendus. Il est omniprésent et omnipotent, tout autant que le sont les outils qu'il emploie à des fins régulateurs, dont le droit qui figure en tête de liste. Il semblerait d'ailleurs que cet expansionnisme l'ait progressivement dépassé et, plutôt que de le renforcer, ait fini par lui nuire. Nous reviendrons plus tard sur ces considérations⁶⁶⁰ ; pour l'heure, demeurons dans notre duel opposant le droit libéral au droit social et voyons à présent quelles sont les armes privilégiées par chacun d'eux.

3. *Les armes du duel : Libertés négatives c. Libertés positives*

La distinction entre libertés positives et libertés négatives est l'apanage du philosophe britannique Isaiah Berlin. Dans leur forme les plus simplifiées, la liberté positive relève de la possibilité de faire, alors que la liberté négative se fonde sur l'absence d'entrave. Autrement dit, dans le pendant négatif, sera libre celui qui n'est pas empêché de faire, qui ne connaît point d'immixtions extérieures dans ses choix ; tandis que dans le pendant positif, sera libre celui qui est maître de ses propres choix et actions, celui qui « est l'instrument de [s]a propre volonté »⁶⁶¹. Derrière l'arme choisie, c'est aussi la stratégie du combattant qui se dessine : les libertés négatives augurent d'une stratégie de défense, prête à parer tous les coups, ou, dans notre contexte, prête à interdire les actions qui nuisent à la liberté ; les libertés positives sont plutôt portées en attaque, afin d'activer positivement les moyens propres à accroître la sphère des libertés. Nous allons évidemment approfondir ces stratégies à mesure que nous armerons nos duellistes de ces deux libertés.

Le droit libéral et la fonction de l'État qui s'y rattache useront, on s'en doute, de libertés négatives. Ciblants l'ordre et la sécurité publique, les normes se limiteront à interdire ce qui pourrait les mettre en péril. Le droit positif est garant des libertés de chacun, il doit chercher le meilleur équilibre afin de ne contraindre que celles qui attenteraient à la liberté des autres. En

⁶⁵⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 146.

⁶⁶⁰ Voir *infra* Partie II, chap. 3, A, 2, a.

⁶⁶¹ Isaiah BERLIN, *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 179.

réduisant ainsi son action au minimum, l'objectif est de garantir la plus grande sphère de liberté aux individus, car « [p]lus vaste est cette aire de non-ingérence, plus étendue est ma liberté »⁶⁶². L'outil préférentiel pour parvenir à cet objectif sera celui de la sanction, dont l'usage revient, tel que nous l'avons vu, au monopole de l'État. À l'image de la liberté qu'il promet, le droit se matérialise aussi dans la négative : tout ce qu'il n'interdit pas est légal.

Au contraire, dans la vision sociale du droit, l'appareil normatif se fait promotionnel et ambitieux, non plus par la forme négative de la sanction, mais par l'action positive de l'incitation à participer à des fins collectives. L'une des images les plus parlantes de cette positivité se manifeste dans l'arsenal performatif relatif à l'égalité : nous référons ici aux procédés de discrimination positive que nous avons déjà relevés dans notre première partie de thèse et qui accordent des privilèges ou des moyens supplémentaires à ceux qui sont naturellement désavantagés⁶⁶³.

Finalement, si nos duellistes sont tous deux armés de libertés, ils en usent de manière parfaitement distincte. Or, de cette utilisation différente découlent des résultats tout autant hétérogènes.

Tout d'abord, l'uniformité, valeur forte auréolant le droit dans sa visée libérale, se trouve fortement déstabilisée dans sa visée sociale. Dans la mesure où l'État libéral ne s'immisce point dans les équilibres sociaux réels, le droit qui l'accompagne se veut neutre et universel. Il s'applique à tous les individus de la même manière, quelle que soit la place qu'ils occupent au sein de la société. Chaque personne résidant sur le territoire de déploiement de la souveraineté étatique est soumise aux mêmes normes. En outre, le monisme juridique garantit, du moins dans l'idéal, l'uniformité normative : « le droit est un, le droit est un tout homogène, un bloc sans fissure », il est « dans son être d'être un dieu jaloux qui ne tolère pas de partage »⁶⁶⁴, affirmait le doyen Carbonnier.

La complexification et la multiplication des contextes que le droit social est progressivement amené à régler réduisent considérablement cette prétention d'uniformité : dans une volonté de s'ajuster plus fortement à la réalité sociale, le droit doit intégrer les différences existantes entre les situations et donc spécifier la normativité

⁶⁶² *Id.*, p. 171.

⁶⁶³ Voir *supra* Partie I, chap. 2, B, 1, b.

⁶⁶⁴ Jean CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2007, p. 18.

propre aux diverses matières ; on observe dès lors une conjecturation aiguë de la législation⁶⁶⁵. Les normes se révèlent toujours plus spécialisées, dans des domaines plus nombreux et plus complexes⁶⁶⁶, entraînant un droit étroitement circonscrit dans le temps et dans l'espace⁶⁶⁷. Ainsi, non seulement l'uniformité du droit est affectée, mais l'inflation normative, par son origine, vient aussi atteindre sa stabilité⁶⁶⁸. Visant des contextes plus détaillés et précis, il est *de facto* rapidement dépassé. Par ailleurs, participant pleinement à l'atteinte des finalités de politiques publiques, le droit est soumis au gré des conjonctures économiques et politiques continuellement changeantes. La prolifération normative, due à l'omnipotence étatique dans le cadre de l'État providence, entraîne par conséquent une forte malléabilité de la loi : « la légalité d'un jour peut devenir l'illégalité du lendemain »⁶⁶⁹, affirme Simone Goyard-Fabre. En d'autres termes, le phénomène de *panjuridisme*⁶⁷⁰ crée un système juridique dont l'imprévisibilité tranche vivement avec l'apport sécuritaire, fût-il purement symbolique, de la logique libérale du droit.

En fin de compte, en employant l'arme des libertés négatives, le droit libéral adopte une stratégie plus défensive. Il se contente de parer les coups, ou plus spécifiquement dans le cadre de notre duel, d'interdire les immixtions de l'État dans les libertés de chacun. Il s'agit pour le droit d'identifier les attaques à la liberté et de les proscrire. Au contraire, dans sa vision sociale, le droit permet, autorise ou incite positivement dans le but d'accroître la liberté. Se positionner en défense est plus sécuritaire, mais laisse à l'adversaire l'avantage de choisir l'attaque qu'il trouvera la plus favorable à sa victoire...

L'étude des armes du droit révèle donc que l'utilisation des libertés positives par le droit social est venue particulièrement déstabiliser l'adversaire. Les dynamiques juridiques nouvelles ont quelque peu ébranlé les fondements du droit libéral. Ils n'ont pas non plus laissé de marbre la structure sur laquelle il repose, c'est ce que nous proposons de voir à présent.

⁶⁶⁵ Jean-Pierre GAUDIN, « La régulation des sciences politiques », dans Michel MIAILLE (dir.), *La Régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 27 à la page 28.

⁶⁶⁶ Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 33 et 34.

⁶⁶⁷ J. CHEVALLIER, préc., note 627 à la page 74.

⁶⁶⁸ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 105.

⁶⁶⁹ Simone GOYARD-FABRE, « Les fondements de la légalité », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 29 à la page 39.

⁶⁷⁰ B. OPPETIT, préc., note 666, p. 108.

4. *L'arène du duel : la pyramide ébranlée*

Le droit libéral est entendu comme le gardien suprême de l'unité et de la souveraineté étatique tout autant qu'il la surplombe. Pour décrire cet ordre juridique puissant, monolithique et rationnel, on le pare traditionnellement d'une structure pyramidale radicalisée par la célèbre théorie pure du droit de Kelsen⁶⁷¹. Cette architecture permet d'intégrer les rapports hiérarchiques de tous les niveaux normatifs : chaque étage est soumis à celui du dessus et ultimement à la norme fondamentale⁶⁷². Partant, une norme n'est valide que si elle est conforme à celle du niveau supérieur, leurs relations s'effectuant conséquemment à sens unique. La forme arborescente propre à la pyramide dépeint l'engendrement des éléments par démultiplication depuis un foyer unique de création dans le respect du principe de non-contradiction⁶⁷³.

En théorie, cette structure confère au droit clarté, simplicité, unité, certitude et stabilité⁶⁷⁴. Au demeurant, la pyramide est alimentée d'une logique mécanique de déduction syllogistique dont le droit est l'unique modélisateur : les éléments extérieurs sont alors soit intégrés dans l'ordre juridique conformément à sa raison, soit lui demeurent indifférents. Il n'y a pas d'entre-deux, la logique est purement binaire et se fait l'archétype de la simplicité⁶⁷⁵. Elle permet au droit de figurer comme une totalité cohérente⁶⁷⁶ dans une systématique affublée du règne syllogistique, garant de la stabilité et de l'impartialité. Cet ensemble juridique s'inscrit dans le monde du devoir-être, qui ne connaît nul rapport à l'être. L'objectivité du droit se mesure au sein et à l'aune du système juridique lui-même, il est axiologiquement et éthiquement neutre⁶⁷⁷, il se justifie par son appartenance à un ordre légitime et non relativement à un idéal moral⁶⁷⁸.

Le sommet unique de cette pyramide, incarné dans la plupart des pays occidentaux par la norme constitutionnelle, fortifie de plus belle l'homogénéité de la structure ; le principe de non-contradiction à la norme supérieure remontant jusqu'à la norme suprême, la *Grundnorm* de Kelsen. La *superlégalité constitutionnelle*⁶⁷⁹ fait de celle-ci l'ultime référant, dont

⁶⁷¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Reine Rechtslehre, Paris, L.G.D.J., 1999.

⁶⁷² François Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès. Quel modèle pour un droit post-moderne ? », (1990) 179 *J. Procès* 14, 16.

⁶⁷³ F. Ost et M. van de Kerchove, préc., note 647, p. 44.

⁶⁷⁴ J. Chevallier, préc., note 622, p. 101.

⁶⁷⁵ L. Gonin, préc., note 651, p. 376.

⁶⁷⁶ J. Chevallier, préc., note 4, 5.

⁶⁷⁷ S. Goyard-Fabre, préc., note 669 à la page 36.

⁶⁷⁸ B. Oppetit, préc., note 666, p. 4.

⁶⁷⁹ S. Goyard-Fabre, préc., note 669 à la page 34.

l'ascendance et l'unicité ne laissent, en théorie, aucune place au doute, et encore moins à l'incohérence.

La modernité avançant, les cadres de la réalité se sont complexifiés et très vite, la pyramide ne résiste plus à la confrontation avec le réel. La globalisation du droit et la prolifération des normes internationales venaient mettre à mal l'ordonnement pyramidal, ne s'intégrant ni ne s'excluant parfaitement de l'ordre juridique interne⁶⁸⁰. Par ailleurs, l'omnipotence étatique issue des nouvelles fonctions associées à l'État providence multipliait avec la plus grande acuité les domaines devant être envisagés par le droit. Or, ces derniers s'intègrent souvent mal à la structure pyramidale et au formalisme juridique. Ils connaissent notamment des valeurs symboliques souvent plus fortes que leur force réelle. Ils dépassent les considérations exclusivement juridiques et impliquent des prises de position sociale auxquelles la logique formelle du droit se soustrayait jusqu'alors. Rapidement dépassée par ce panjuridisme, l'architecture moderne de l'ordre juridique s'est peu à peu désordonnée au profit de la montée en puissance des règlements ou encore des normativités juridictionnelles⁶⁸¹.

À ce propos, Luc Gonin soulève quatre angles d'attaque de la pyramide qui l'auraient gravement déstabilisée, voire détruite : dans certains cas, la hiérarchie propre à la pyramide s'inverse, il existe plus d'une pyramide, celles-ci ne sont point achevées, mais en perpétuelle construction, et enfin, les pyramides sont perforées par les flux sociétaux contemporains⁶⁸². Partant, la pyramide kelsenienne ne suffit plus à embrasser la complexité des mouvements normatifs dans une évolution sociétale continue et diverse. Ébranlée par ces maintes secousses, la pyramide aux contours bien définis qui imageait jusqu'alors la structure juridique moderne semble s'ébrécher, sinon se renverser, par le biais d'un éclatement de la régulation juridique⁶⁸³. Dans le cadre de notre duel imaginaire, nous dirions que les attaques du droit social atteignent, au-delà de son adversaire, les murs de l'arène dans laquelle se déroule le combat.

⁶⁸⁰ François Ost et Michel van de Kerchove expliquent ce phénomène au sujet de la construction normative européenne dans F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 634, p. 65 à 79 ; pour une étude plus détaillée sur l'impact de la mondialisation dans le droit, particulièrement dans l'articulation théorique de ce que l'auteur appelle le « droit global », on lira K. BENYEKHLEF, préc., note 630.

⁶⁸¹ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 105.

⁶⁸² L. GONIN, préc., note 651, p. 290.

⁶⁸³ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 123 à 137.

5. *Duel judiciaire ou duel du point d'honneur : Droit référence c. Droit ressource*

Le duel judiciaire est la forme de duel avec laquelle les juristes sont les plus familiers, étant généralement enseigné dans les cours d'histoire du droit. Dans le cadre d'une procédure judiciaire dans laquelle les preuves étaient insuffisantes, le juge pouvait décider d'opposer les deux parties lors d'un combat dont il décidait des règles. Il s'agissait donc d'une méthode judiciaire visant à régler les différends en faisant appel au jugement divin, car Dieu était ultimement celui qui décidait de l'issue du duel. Aux côtés de cette forme officielle du duel s'est développée une autre forme, appelée duel du point d'honneur ou duel sur l'honneur. Le duel n'est alors plus ordonné par le juge dans le cadre d'un procès, mais engagé directement par un citoyen qui considérait son honneur atteint par les faits ou dires d'un autre individu. Il signifiait alors la confrontation à son adversaire dans un cartel, une lettre dans laquelle il expliquait les raisons de cet appel et laissait le choix au récipiendaire d'accepter le duel ou de présenter ses excuses.

Ces deux pratiques du duel, si elles rejoignent la même finalité — résoudre un conflit —, diffèrent dans l'usage qui en est fait : le duel judiciaire est imposé par le juge qui s'y réfère afin de décider de l'issue d'un différend porté à son attention. Au contraire, le duel du point d'honneur est une ressource à la disposition des citoyens pour se faire justice eux-mêmes. Cette distinction entre la référence et la ressource, telle que transposée au droit par le sociologue Jacques Commaille, retiendra notre attention⁶⁸⁴. L'utilisation du droit comme une référence se rapportera à l'usage libéral du droit de notre premier duelliste, tandis que le droit ressource réfère à la logique sociale du droit, notre second duelliste.

Le droit référence s'arrime à la conception sociologique du droit comme forme primaire de contrainte sociale, et, plus largement de contrôle social⁶⁸⁵, dans la vision libérale du droit. Dominant par l'impérativité de ses normes et des sanctions qui y sont rattachées, le droit surplombe la société, mais ne s'y fonde point. Au contraire, la vision d'un droit ressource propre à notre second duelliste le droit social, refuse l'autarcie du droit et replace ce dernier au cœur de mouvements sociaux plus généraux et de contextes sociopolitiques et culturels déterminants.

L'intouchabilité, l'autosuffisance et la supériorité du droit associées à la figure libérale moderne furent peu à peu remises en question par différents mouvements critiques du droit.

⁶⁸⁴ Voir notamment le chapitre II intitulé « Du droit référence au droit ressource : la dualité de la légalité », dans son ouvrage *A quoi nous sert le droit ?*, coll. Folio Essais, n°609, Paris, Gallimard, 2015, p. 65 à 93.

⁶⁸⁵ G. ROCHER, préc., note 615, p. 21.

Dynamisé aux États-Unis à partir des années 1930, le courant du réalisme juridique vient entre autres rétablir l'utilité des sciences sociales pour adapter les réponses juridiques aux problèmes sociaux pratiques. De la sorte, l'univers juridique ne se suffit plus à lui-même pour comprendre et réguler la société, il doit embrasser des connaissances sociales plus larges. Toujours sur le continent américain, un deuxième courant appartenant à la même famille anti-formaliste que le réalisme émerge dans les années 1960 : le *Law and society*⁶⁸⁶. Le titre ne laisse planer aucun doute, ce courant de pensée vient à nouveau souligner les rapports entre le droit et la société partant de leur influence mutuelle. Il s'agit alors de se concentrer sur le *law-in-action* en opposition au *law-in-books*⁶⁸⁷. En ce sens, l'accent est porté sur ce que Pierre Moor nomme la compénétration ou l'interpénétration de l'État et de la société⁶⁸⁸, dont le cœur est constitué des effets sociaux du droit, des influences sociojuridiques et de l'action réelle des normes sur la société. Les protagonistes de ce courant poursuivent des visées critiques et réformistes. Repris dans les travaux sociojuridiques de tradition civiliste, les chercheurs remettent en question les deux postulats fondamentaux du positivisme juridique du régime moderne, à savoir l'autonomie et la neutralité du droit⁶⁸⁹.

À la lumière de ces mouvements de pensée relatifs au droit, le glissement s'opère vers un droit renvoyant « non plus à l'ordre qu'il est censé produire, mais aux attentes, aux aspirations, aux revendications issues de la société et des membres qui la composent »⁶⁹⁰. De référence de contrôle, il devient une ressource sociale⁶⁹¹, particulièrement visible dans les mesures incitatives qu'il promeut, aux côtés des plus classiques à visée dissuasive. Certains observent dans ce mouvement le glissement, sinon la superposition du Droit aux droits⁶⁹², devant dès lors, être traités comme des moyens plutôt que des fins en soi. Instruments ou ressources au service du politique, mais aussi au service du social : la transcendance sacrée du droit remise en question, il est replacé au sein de la dimension sociale, impliquant *de facto* qu'il puisse être mobilisé tant par les puissants que par les opprimés. Poussée à l'extrême, cette

⁶⁸⁶ En France, des nouveaux champs d'étude présentant des affinités évidentes avec ce mouvement se sont également développés à la fin des années 1960. Citons entre autres l'apport majeur d'André-Jean Arnaud et de Jacques Commaille qui ont ramené les études sociojuridiques sur le devant de la scène sociologique, notamment par la création de la revue *Droit et Société* en 1968, M. GARCIA VILLEGAS, préc., note 622, p. 252.

⁶⁸⁷ *Id.*, p. 181.

⁶⁸⁸ P. MOOR, préc., note 641 à la page 23.

⁶⁸⁹ M. GARCIA VILLEGAS, préc., note 635, p. 253.

⁶⁹⁰ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 75.

⁶⁹¹ F. OST, préc., note 642, p. 19.

⁶⁹² J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 221.

acceptation critique du droit en fait le simple « produit contingent d'un certain rapport de forces politique et social »⁶⁹³.

En ce sens, le renversement est brutal et depuis son piédestal initial, le droit tombe aux mains de qui le veut. Les mouvements de mobilisations sociales, soutenus notamment dans les *Critical legal studies*, trouvent ainsi dans le droit une arme prodigieuse à l'encontre de ceux supposés, dans le modèle de domination politique, en tenir les ficelles. La conception du droit social implique dès lors de transiger depuis l'idée d'un droit surplombant le social, vers un droit connecté au social, tant dans ses modes de production que dans ses finalités. Dans cette perspective, le droit « surgit de l'effervescence des sociétés »⁶⁹⁴, il est *activé* par les citoyens⁶⁹⁵, et se révèle une ressource hors pair pour les acteurs sociaux et les revendications collectives, dans des visées vertueuses ou non⁶⁹⁶. Ce fort rapprochement du droit au social implique pour lui une légitimation nouvelle : la rationalité qui était supposée le définir par nature doit à présent être prouvée au regard de ses effets.

6. *La validité du duel : Légitimité c. Effectivité*

Au cours de l'histoire, les tentatives d'interdictions des duels furent nombreuses, et bien souvent, infructueuses. Si le duel judiciaire fut aboli au milieu du XVI^e siècle, la pratique du duel se poursuivit néanmoins, voire s'intensifia, hors des procédures judiciaires par le biais du duel sur l'honneur. Un duel était engagé dès lors que l'honneur d'une personne était inquiété. Pour la plupart, il devait s'agir de faits graves, mais d'aucuns, au tempérament manifestement plus bagarreur, considéraient leur honneur atteint par tout et n'importe quoi. Face à l'hécatombe qui s'en suivait, les rois essayèrent à maintes reprises d'interdire les combats. Officiellement proscrite, la pratique des duels se maintenait toutefois face à l'indulgence des sanctions. En outre, même des sanctions fermes et jusqu'au-boutistes telle que la peine de mort ne parvenaient pas à mettre fin à la pratique, qui devenait alors un moyen de se révolter contre l'absolutisme du pouvoir royal. L'histoire du duel révèle ainsi des changements importants dans sa validation qui oscilla entre légalité et légitimité sociale, entre une pratique dictée par le droit

⁶⁹³ J. CHEVALLIER, préc., note 627 à la page 77.

⁶⁹⁴ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 346.

⁶⁹⁵ *Id.*, p. 359.

⁶⁹⁶ Sur ces différents usages de l'"arme" du droit, on lira avec intérêt la section 3 de l'ouvrage de François Ost, intitulée « Usages du droit », préc., note 642, p. 72 à 94.

(dans le cadre des duels judiciaires) et l'autre activée par la société, entre réalité de la pratique et effectivité, ou plutôt ineffectivité de l'interdiction juridique. Ce sont ces nuances qui nous intéressent ici et qui, rapportées à nos deux duellistes, le droit libéral et le droit social, font basculer la question entre le pôle de la légitimité et celui de l'effectivité de la norme.

Dans l'univers du droit libéral, cette question de la validité de la norme juridique, véritable pierre de touche de la pensée juridique⁶⁹⁷, trouve réponse à l'intérieur même du système juridique, sans nul détour hors de ses frontières supposément bien définies. Il s'agit d'une acception formelle de la validité ontologiquement basée sur l'existence même de la norme. La loi tire certes son origine dans la volonté du peuple, mais, une fois produite, elle acquiert une rationalité propre⁶⁹⁸. Sa validité obéit alors à l'argument purement formel de son inscription au sein de l'édifice juridique⁶⁹⁹. Dans les propos suivants, Simone Goyard-Fabre revient sur ces éléments de validation juridique soumis à l'impériosité constitutionnelle propre à la toute-puissance rationnelle des modernes :

Lors donc que la légalité n'a pas d'autre titre de légitimité que sa compatibilité formelle avec la *supralégalité* des dispositions constitutionnelles et, qu'en conséquence, la positivité de la loi en épuise le concept, il apparaît que le dogmatisme déductiviste de la doctrine constitutionnaliste correspond, par le modèle de certitude qu'établissent son épure systématique, ses exigences de rationalité et la positivité de son appareil normatif, aux canons de la raison des Modernes : l'ordre logique, la transparence épistémologique, la neutralité axiologique en sont les lignes de force.⁷⁰⁰

À cette première face de validation basée sur la légitimité s'oppose celle de l'effectivité qui s'inscrit au sein du phénomène de socialisation du droit dans lequel il connaît une connexion accrue à la société, tant dans son mode de production que dans ses finalités. Dans ce contexte, la loi bénéficie toujours d'une présomption de validité, mais, contrairement au modèle classique de la dogmatique juridique, l'irréfragabilité de celle-ci est fortement atteinte par le biais de sa confrontation incessante avec la réalité sociale⁷⁰¹. Aussi, s'il ne parvient pas à satisfaire la finalité qui lui est donnée, le droit peut être critiqué, modifié ou ajusté dans une recherche d'efficacité meilleure. Témoin de ce glissement vers un droit social, le critère de l'effectivité a d'ailleurs connu une montée en puissance fulgurante dans les écrits de sociologie du droit ces dernières décennies. L'effectivité de la loi s'entend de « tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir », elle va donc au-delà de l'efficacité qui, plus restreinte, ne désigne que l'atteinte de

⁶⁹⁷ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 307.

⁶⁹⁸ M. GARCIA VILLEGAS, préc., note 635, p. 291.

⁶⁹⁹ S. GOYARD-FABRE, préc., note 669 à la page 33.

⁷⁰⁰ *Id.* à la page 37.

⁷⁰¹ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 309.

l'effet désiré par l'auteur de la norme⁷⁰². De même, le critère de l'effectivité outrepassé celui de l'efficacité qui, inspiré du monde économique, évalue le rapport coût-bénéfice de son adoption⁷⁰³.

Les propos ci-dessous retranscrits de Pierre Lascoumes sont très éclairants quant à ce qu'implique ce critère d'effectivité en tant que voie nouvelle de validation du droit :

Les règles de droit qui jusqu'alors n'étaient évaluées quant à leur validité que par rapport à des normes internes se sont vues interpellées du point de vue de leurs effets sociaux. La recherche d'une meilleure adaptation entre droit, opinions et comportements a ainsi conduit à des changements importants dans les critères d'appréciation de la validité du droit. Celui-ci s'est vu de plus en plus évalué sur la base de son efficacité sociale, c'est-à-dire de sa capacité à produire, ou non, tel ou tel effet idéalement attendu. La norme juridique a ainsi été envisagée de façon croissante sous l'angle des techniques positivistes de *social engineering* et se voit formulée à travers des catégories fonctionnelles, souvent à fondement technique. Ainsi la validité du droit tend moins à se mesurer au vu de sa cohérence interne et en fonction de la seule légitimité légale de sa source qu'en fonction de sa productivité sociale.⁷⁰⁴

Dès lors que la validation du droit se trouve soumise à un test d'effectivité, elle suppose l'analyse empirique de ses effets dans la pratique⁷⁰⁵. On s'attarde alors, non plus sur la légalité formelle de la loi, mais plutôt sur sa performance, entendue comme son aptitude à atteindre la fin sociale que la force qui en use poursuit, dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité⁷⁰⁶. Pour ce faire, il est indispensable de replacer la norme dans son contexte social, ce qui s'illustre dans la profusion des travaux de sociologie législative⁷⁰⁷ propulsés par le doyen Carbonnier. À partir d'investigations de terrain, il s'agit ainsi de mettre la sociologie au service du droit⁷⁰⁸ afin de réformer la loi et d'améliorer les décisions politiques.

⁷⁰² G. ROCHER, préc., note 615, p. 304.

⁷⁰³ F. OST, préc., note 642, p. 60.

⁷⁰⁴ Pierre LASCOUMES, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », (1990) 40 *Année Sociol.* 43, 49.

⁷⁰⁵ Jean de Munck affirme en ce sens que : « [l]e calcul des conséquences devient le test primordial qui doit permettre de juger de la validité des normes, bien plus que la recherche de la cohérence avec d'autres normes ou des décisions antérieures », dans préc., note 657 aux pages 34 et 35 ; voir aussi, J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 174.

⁷⁰⁶ F. OST, préc., note 642, p. 60.

⁷⁰⁷ Selon Jacques Commaille, la sociologie législative vise ainsi à « fournir au "législateur", de façon plus maîtrisée que ne le ferait une connaissance des courants d'opinions tels que les construisent, par exemple, les médias, une mesure des risques d'inadéquation totale pour la norme juridique que comportent des changements sociaux de grande ampleur. » Jacques COMMAILLE, « La régulation juridique de la famille en France. Le droit saisi par la sociologie », dans François de SINGLY et Franz SCHULTHEIS (dir.), *Affaires de famille, affaires d'État : actes du colloque franco-allemand : sociologie de la famille*, coll. Voie d'accès, Jarville-La-Malgrange, Éditions de l'Est, 1991, p. 65 à la page 67.

⁷⁰⁸ M. GARCIA VILLEGAS, préc., note 635, p. 266.

En outre, cette recherche de légitimité par l'effectivité de la loi impose une obligation générale de réflexivité⁷⁰⁹ et entraîne sa soumission à des évaluations prospectives et rétrospectives constantes, causant inévitablement une réduction de sa durée de vie. La norme doit continuellement « faire la preuve de sa nécessité, de sa pertinence, de son caractère non discriminant, de son coût supportable, du caractère proportionnel ou raisonnable des dommages qu'elle entraînera »⁷¹⁰. Le processus de production de la loi est opéré dans le questionnement de l'effectivité attendue de la loi, puis, une fois adoptée, la loi passe à nouveau sous le crible de l'effectivité observée⁷¹¹. Ce faisant, la vie des normes est à présent marquée d'évaluations et de rétroactions coûtant parfois à la sécurité juridique le prix de leur effectivité permanente.

Cette question de la validité du droit est également au cœur de la distinction opérée par le célèbre sociologue Max Weber entre le droit formel et le droit matériel : deux idéaux-types qui recouvrent en tout ou partie la logique libérale et la logique sociale du droit. Julien Freund nous éclaire sur cette distinction, en expliquant que : « [l]e droit formel ne reconnaît comme légitime que ce qui est juridiquement correct par conformité au système juridique, considéré pour lui-même, tandis que le droit matériel reconnaît comme légitime ce qui est équitable dans les conditions des situations empiriques »⁷¹².

Selon l'idéal-type poursuivi, la place et le rôle du juge se révèlent sous un jour nouveau qui requiert de s'adapter à chacune des logiques. Ce sont ces changements observés dans l'ordre judiciaire que nous proposons d'envisager dans la section suivante dans le cadre du duel de Justice.

7. Le duel de Justice : Thémis c. Dické

Les deux parties à ce duel de Justice, toujours dérivées du droit libéral et du droit social, seront représentées respectivement par Thémis et Dické, dont nous dresserons tout d'abord le portrait général (a). Dans un second temps, nous illustrerons les deux types de juges que ces

⁷⁰⁹ F. OST, préc., note 642, p. 189.

⁷¹⁰ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 150.

⁷¹¹ Nous empruntons cette distinction entre « l'effectivité attendue » et « l'effectivité observée » à Guy Rocher dans son chapitre intitulé « L'effectivité du droit », dans G. ROCHER, préc., note 615, p. 303 à 320.

⁷¹² Julien FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », (1978) 23 *Arch. Philos. Droit* 69, 81.

personnages incarnent à l'aide des travaux de Jacques Commaille en droit familial, ce qui nous permettra d'affiner encore les deux portraits précédemment esquissés (b).

a. Portraits généraux de la justice de Thémis et de Dické

Nous empruntons ce parallèle entre le droit et les figures de la mythologie grecque de Thémis et Dické au sociologue Jacques Commaille. Ce dernier explique la métaphore de la manière suivante :

Face à la figure de *Thémis*, expression de la justice dans toute sa rigueur, vecteur pur de la Loi, détentrice du pouvoir de châtement en vertu de la défense du sacré, y compris dans ses transpositions républicaines et étatiques, s'oppose celle de *Dické*, figure d'une justice soucieuse de l'intérêt des justiciables, de la défense de la personne, pourfendeuse de l'injustice et, comme telle, tant revendiquée dans les Cahiers de Doléances, jusqu'à suggérer l'importance d'une implication citoyenne.⁷¹³

Ces personnages de Thémis et Dické, correspondant sensiblement à Jupiter et Hercule dans les réflexions de François Ost⁷¹⁴, représenteront ici les images de la Justice embrassant respectivement les logiques libérale et sociale du droit. Cette correspondance est indispensable à nos propos étant donné que les mutations de l'ordonnement juridique ont également marqué tant la relation entre le droit et l'instance judiciaire, que l'instance judiciaire elle-même. Aussi, s'appuyant sur un droit référence, la première acception du rôle du juge, celle de Thémis ou Jupiter, tend à renforcer la prestance du droit en entourant sa diction judiciaire d'une mise en scène royale. On parle alors de justice de majesté⁷¹⁵, s'exprimant presque hautainement du haut de ses rituels⁷¹⁶ et monuments solennels⁷¹⁷. Un droit sacré s'épanouit dans des lieux nobles, cultivant la symbolique tout au long de la vie de la norme et une représentation de la justice très proche de la dogmatique religieuse⁷¹⁸. Dans cette structure, le juge ne peut référer qu'à la loi, stricte et pure ; le processus judiciaire est neutre et objectif. La solution se révèle au juge de façon quasi tautologique⁷¹⁹, depuis une loi claire qui ne demande point d'interprétation, mais

⁷¹³ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 65 et 66.

⁷¹⁴ F. OST, préc., note 672.

⁷¹⁵ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 57 et 58.

⁷¹⁶ Sur le rituel judiciaire, on pourra notamment lire Antoine GARAPON, *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985.

⁷¹⁷ Certains auteurs insistent sur cette symbolique dissimulée derrière l'architecture des monuments de la justice, voir notamment J. COMMAILLE, préc., note 672, p. 58 à 61.

⁷¹⁸ *Id.*, p. 61.

⁷¹⁹ F. OST, préc., note 642, p. 476.

simple vocalisation. Au service exclusif de la norme, le travail du juge est donc de nature purement déductive procédant de la lecture fidèle de la volonté du législateur⁷²⁰.

Aux côtés de cette justice de distance, solennelle et garante de la Raison juridique, figure Dické ou Hercule, image de la justice de proximité par rapport au justiciable, qui laisse « supposer l'engagement [du juge] dans l'accomplissement même de l'œuvre de justice »⁷²¹. Dans cette seconde vision du juge, on attend de lui qu'il use de son bon sens et de son expérience au service d'un jugement visant l'équité plutôt que le formalisme⁷²². Le système judiciaire de jurés populaires reflète parfaitement l'exercice correspondant à cette justice de proximité, elle-même au soutien d'un droit connecté au social. En outre, le rôle du juge s'expand et devient même parfois la source du seul droit valide⁷²³, un droit désormais jurisprudentiel bien plus que légaliste.

Après ces quelques mots sur la justice de Thémis et celle de Dické, notons que la distinction n'est pas sans rappeler celle opérée entre les juges de tradition civiliste et les juges de *common law*. Les premiers, fortement imprégnés de la logique dogmatique posant le Droit comme Raison, s'emploient à l'origine à révéler le droit en application pure de la logique déductive dont nous avons déjà parlé et qui se déploie du haut vers le bas. La pratique des juges de *common law*, semble au contraire avoir recours à la logique de l'expérience qui s'illustre par l'accent porté sur la source jurisprudentielle. Le droit, qui apparaît posé formellement dans un système préétabli pour les juges civilistes, vit ici à l'allure des pratiques jurisprudentielles qui en sont données. Ces deux types de justice sont fréquemment mis de l'avant par la doctrine qui les expose dans des distinctions fortes, souvent idéalisées, au sein des logiques juridiques qui leur correspondent. On retrouve ainsi l'idée d'un droit de la loi opposé à un droit des juges, ou encore du droit écrit (*law in books*) contrastant avec le droit vivant (*law in action*)⁷²⁴ ; le rôle des juges étant bien plus limité dans la tradition civiliste que dans celle de *common law*, où l'on dote la justice d'une force créatrice de droit. En parallèle, la validité du droit jupitérien fondée sur la légalité s'oppose à l'effectivité du droit herculéen, condition suffisante de la validité de la règle⁷²⁵.

⁷²⁰ J. CHEVALLIER, préc., note 627 à la page 71.

⁷²¹ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 79.

⁷²² *Id.*, p. 123.

⁷²³ F. OST, préc., note 672, 14.

⁷²⁴ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 106 à 119.

⁷²⁵ F. OST, préc., note 672, 18.

Néanmoins, l'extension du rôle du juge, allant de pair avec une plus forte connectivité sociale du droit dans l'univers civiliste, semble conjecturer un effacement progressif de la distinction au profit d'un glissement vers l'universalisation d'un juge plus actif dans la décision. Certains auteurs ont d'ailleurs pris appui sur ce rôle accru du juge pour élaborer des théories du droit dans lesquelles la juridicité des normes repose sur leur consécration judiciaire ; autrement dit, la normativité du droit dépend de sa judiciarisation⁷²⁶. D'autres en font un élément clef dans la détermination de la norme. On citera ici l'exemple de l'analyse systémale proposée par Gérard Timsit qui dévoile un processus d'engendrement de la norme rythmé par sa prédétermination (la parole du législateur), sa codétermination (la lecture/écriture du juge) et sa surdétermination (le silence des valeurs et des codes)⁷²⁷. Une telle interprétation ne laisse aucun doute sur le dépassement de l'opération purement mécanique de la loi par le judiciaire. Au contraire, dans un mouvement continu et réciproque de ce que l'auteur nomme la *transdiction*⁷²⁸, les décisions judiciaires participent à la définition de la norme aux côtés du législateur et des citoyens. Partant, le juge devient un acteur clef du phénomène régulateur⁷²⁹.

b. Thémis et Dické à l'épreuve du droit familial

Illustrons à présent les justices de Thémis et Dické à l'aide des études de sociologie de la régulation appliquée à la sphère familiale, avec un regard particulier sur le divorce, que mène le professeur Jacques Commaille dans son article intitulé « D'une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales »⁷³⁰. L'auteur se base sur l'observation des législations européennes pour constater le passage depuis un divorce fondé sur le principe de faute vers celui fondé sur la faillite du couple⁷³¹. Avec cette transition, le juge intervient au-delà de la décision de divorcer (en reconnaissant ou non la faute), en régulant aussi les effets du divorce. Dans la pratique judiciaire, ce changement

⁷²⁶ En ce sens, la théorie juridique de Friedrich Müller est une bonne illustration, dans *Discours de la méthode juridique*, coll. Léviathan, Paris, Presses universitaires de France, 1996.

⁷²⁷ Gérard TIMSIT, *Archipel de la norme*, 1^{re} éd., coll. Voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

⁷²⁸ *Id.*, p. 34.

⁷²⁹ François Ost analyse le processus judiciaire comme le lieu privilégié de la remise en cause du droit et partant, comme participant activement à la troisième finalité intrinsèque du droit qui est de « produire un équilibre susceptible d'être remis en cause dans le cadre de procédures déterminées », dans préc., note 642, p. 454 à 485.

⁷³⁰ Jacques COMMAILLE, « D'une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D'une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales », (1986) 18-1 *Sociol. Sociétés* 113.

⁷³¹ Ce passage avait fait l'objet d'une étude précédente, rapportée dans l'ouvrage de Jacques COMMAILLE, *Le divorce en Europe occidentale : la loi et le nombre*, Paris, Éditions de l'INED, 1983.

s'accompagne d'une recherche qui ne s'opère plus dans le passé en quête d'une faute et d'une responsabilité, mais sur les effets à venir, en rapport aux besoins et intérêts des personnes concernées. La régulation étatique ambitionne ainsi de gérer les situations réelles des personnes « liées aux conséquences financières et sociales de la rupture conjugale »⁷³², impliquant dès lors de convenir de la garde des enfants, ou encore de la prestation alimentaire selon les besoins de chaque individu impliqué dans la situation familiale. Cet intérêt porté à la situation réelle des membres de la famille s'accompagne tout logiquement du développement des procédés d'évaluation contextuelle dans le cadre judiciaire, objectivés par des *notions-cadres* tel que l'intérêt de l'enfant⁷³³. Partant, la norme référentielle perd de sa précision et les réponses judiciaires de leur uniformité. Le jugement en divorce ne se base plus sur l'existence ou non d'une faute (impliquant une réponse simple et exclusive), mais sur les conséquences concrètes de la séparation sur les situations individuelles. Cette tendance s'illustre notamment en matière de pension alimentaire : alors qu'auparavant, dans la logique de divorce sanction, l'attribution de la pension alimentaire visait à punir le fautif ou à compenser l'innocent (modèle normatif), il s'agit à présent de procéder à une redistribution équitable des ressources, dans un modèle social visant à répondre aux besoins conséquents du divorce⁷³⁴.

À partir de ce constat, le professeur Commaille approfondit son étude relative au traitement du divorce en s'attachant plus assidûment à l'instance judiciaire, alors abordée comme entité de régulation sociale. De cette recherche, l'auteur identifie deux types de juges : le juge *civiliste* qui procède d'une logique normative en référence pure à la loi ; et le juge *familialiste*, qui s'oriente selon une logique sociale, évaluant de près les effets socio-économiques du divorce⁷³⁵. Le premier serait le juge moderne par excellence, congruent à l'aura de la Raison juridique qui se suffit à elle-même. En ce sens, son rôle s'apparente à la célèbre formule de Montesquieu : « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». À l'inverse, le juge familialiste s'attribue un pouvoir plus large contribuant à l'atteinte d'une finalité sociale précise. Nous l'aurons compris, on retrouve ici nos deux figures de Justice : Thémis, procédant de la logique libérale du droit face à Dické, incarnant la forme sociale du droit.

⁷³² J. COMMAILLE, préc., note 730, 114.

⁷³³ Nous reviendrons plus en détails sur la notion d'intérêt de l'enfant, voir *infra* Partie III, chap.1.

⁷³⁴ J. COMMAILLE, préc., note 730, 117.

⁷³⁵ *Id.*, 118 et 119.

Si, sur papier, la distinction est claire et le choix de l'un ou l'autre des modèles paraît exclusif, la pratique se veut bien plus complexe et semble dévoiler, non pas la substitution d'un modèle à l'autre, mais plutôt leur coexistence souvent conflictuelle⁷³⁶. Aussi, la tension dialectique nous avons révélée entre les deux types de juges, s'alignant sur la logique normative ou la logique sociale, mérite que nous y réfléchissions plus assidûment dans la section suivante.

8. *Duel à outrance ou duel de plaisance ?*

Finalisons notre analogie entre les logiques juridiques et la pratique du duel en nous demandant si nous avons plutôt à faire à un duel de plaisance ou à un duel à outrance. Le premier était pratiqué comme un spectacle, visant à amuser la galerie plutôt qu'à véritablement régler un différend. Bien que généralement dynamisé par une certaine animosité entre les deux combattants, celui-ci s'arrêtait très vite avant, ou au plus tard, dès la première blessure. Au contraire, le duel à outrance désigne le combat duquel ne peut survivre qu'un seul des duellistes. Une fois le duel engagé, seule la mort de l'un des combattants en signait la fin. Pour nos deux duellistes, le droit social et le droit libéral, il s'agira donc de savoir si leur pratique est exclusive l'une de l'autre. Autrement dit, le droit libéral, historiquement premier, a-t-il complètement disparu du fait de l'extension du droit social ? Les deux logiques du droit peuvent-elles cohabiter, quand bien même elles connaîtraient quelques affrontements épisodiques, ou bien la reconnaissance de l'une entraîne-t-elle *sine qua non* la mort de l'autre ?

Il semble que la coexistence des deux logiques soit l'hypothèse retenue par l'ensemble de la littérature scientifique. Dans notre image, nous opterons donc pour un duel à outrance. Nous avons décliné les deux modèles étatiques, juridiques et judiciaires de manière particulièrement sectionnée, les qualifiant systématiquement par contradiction à l'autre modèle. Au demeurant, cette proposition se rapproche certainement plus d'une vision par idéaltype⁷³⁷ que d'une vision réaliste, volontairement adoptée dans notre intérêt pédagogique. Ce faisant, nous voulions attirer l'œil sur la dualité qui, à première vue, a marqué l'évolution du droit, principalement par le phénomène de socialisation du droit. En réalité, la transition fut graduelle

⁷³⁶ En ce sens, l'auteur affirme qu'"[i]l n'y a pas un système de régulation qui se substituerait à un autre ou une complémentarité qui s'établirait entre tous les systèmes mais, le plus souvent, coexistence dans le conflit ou la contradiction." *Id.*, 119.

⁷³⁷ De la même façon que François Ost présentait les modèles de Jupiter et Hercule par idéaux types « passablement éloignés de la réalité juridique », dans préc., note 637, 19.

dans le temps et l'apparition d'un nouveau caractère, fonction ou finalité, n'entraînait que très rarement la disparition des précédents ; elle venait plutôt participer du jeu complexe reconfiguré de la régulation. L'objectif visant à les présenter de la manière la plus claire qu'il soit ne doit donc aucunement masquer une réalité bien plus complexe où ces deux idéaux-types se superposent et se combinent, en proportion variable dans un mouvement de balancier dont l'amplitude ne cesse de se réduire jusqu'à ne plus pouvoir exactement en déterminer le sens.

Nous reviendrons plus tard sur la façon dont s'articulent ces deux logiques aujourd'hui, ou plutôt sur la façon dont cette articulation est théoriquement structurée dans une approche post-moderne. Pour l'heure et à présent que les portraits des logiques juridiques libérales et sociales apparaissent plus nettement, nous proposons de les replacer dans leur cadre plus global de la régulation sociojuridique.

B. La régulation sociojuridique en mouvement : de la transcendance à l'immanence

Nos deux duellistes, le droit libéral et le droit social, que nous avons longuement détaillés dans la partie précédente s'inscrivent chacun dans une dynamique plus globale. Le droit étant lui-même l'un des pôles de la régulation sociale, sinon le pôle majeur, les caractéristiques propres à chacun des duellistes participent d'un mouvement régulateur plus large⁷³⁸. Précisons ce que nous entendons ici à l'aide d'un exemple toujours tiré de la pratique du duel. Dans l'histoire, nombreux furent les duels qui prirent des teintes politiques ou idéologiques. Au cours de ces derniers, les combats opposaient bien deux hommes, mais ceux-ci incarnaient des causes qui les dépassaient largement. Ils représentaient tel ou tel mouvement et constituaient dès lors les visages publics de partis politiques ou idéologiques, soutenus par l'ensemble des partisans. Une telle association se dissimule également derrière nos deux duellistes : ils s'inscrivent chacun au sein d'un ensemble sociopolitique qui incarne une vision type de la régulation sociale. Après en avoir étudié les traits principaux, il est maintenant temps de prendre du recul dans notre analyse afin d'adopter une perspective plus large nous permettant d'embrasser l'ensemble de ces dynamiques régulateurs soutenant chacun des duellistes.

⁷³⁸ Antoine JEAMMAUD, « Normes juridiques et action. Notes sur le rôle du droit dans la régulation sociale », dans Michel MIAILLE (dir.), *La Régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 95 à la page 97.

Afin de mettre en lumière ces dynamiques, nous allons ici présenter le mouvement qui a traversé la régulation moderne. Ce faisant, nul doute que les propos recroiseront à plusieurs reprises ce qui a déjà été dit. Nous trouvons néanmoins cette généralisation essentielle dans la mesure où elle souligne des mouvements plus globaux et nous permettra dès lors de révéler les transformations non plus propres à l'État, au droit ou à la justice, mais associées à l'ensemble du système moderne de la régulation sociale. Celui-ci nous semble traversé par trois dimensions que nous identifierons comme l'origine du mouvement, son sens et son territoire de déploiement. Nous les avons toutes déclinées de manière binaire, en partant de l'affirmation d'un terme au glissement vers l'autre, se trouvant bien souvent aux parfaits antipodes du premier. De retour dans l'univers fictif de notre duel, il s'agirait du passage des méthodes, stratégies et caractéristiques du premier duelliste vers celles du second, et plus généralement, de la métamorphose de la logique régulatoire de laquelle participe le droit libéral, vers celle propre au droit social. Tel que nous le verrons, cette substitution semble plutôt répondre d'une articulation entre ces deux logiques, la seconde venant s'arrimer, plus ou moins facilement à la première.

Pour ce faire, nous commencerons par signaler le passage d'une perspective dogmatique à une perspective pragmatique (1), entraînant un changement que nous qualifierons de territorial, s'orientant du central au proximal (2). Nous poursuivrons et terminerons en identifiant un changement de sens de la régulation s'illustrant du haut vers le bas, puis du bas vers le haut (3). Ce faisant, nous apercevrons déjà l'effacement progressif de l'approche duale vers une logique plus modérée, cherchant l'équilibre de la balance plutôt que le côté gagnant. Une articulation des dynamiques propres à chaque duelliste se construit ainsi dans les mouvements de la régulation sociale relayant leur adversité au derrière de la scène. Un élan réconciliateur déjà inspirant pour notre champ d'étude des droits de l'enfant, lui aussi taxé de conflictuel dans sa construction moderne, dont la pertinence ne fera que se raffermir au fil des chapitres suivants.

1. L'origine : du dogmatisme ou pragmatisme

Le dogmatisme se rapporte à un système de pensée dans lequel la vérité est unique et intangible. Le dogme est alors la référence à partir de laquelle toute connaissance est éprouvée, puis logée parmi les vérités ou les erreurs. Aucune place n'est laissée au doute, tout peut devenir certitude du moment qu'il répond du dogme. Dans les sociétés prémodernes, la vérité était

dictée par la religion et révélée par la foi. L'émergence de la pensée moderne s'est construite à la faveur d'un mouvement général de laïcisation qui substitua le dogme rationnel au dogme religieux. Nous retracerons dans notre première section les caractéristiques propres à cette Raison nouvelle, tout en approfondissant plus particulièrement ses retombées dans l'univers juridique (a). Pour beaucoup, la Raison juridique, déclinaison parfaite du dogme rationnel dans l'univers du droit, aurait néanmoins montré ses limites. À la faveur de l'idéologie sociale du droit, il semble en effet que la logique dogmatique laisse progressivement place à une logique plus pragmatique, posant comme condition de validité les conséquences pratiques des actes ou des normes. C'est ce passage depuis une raison dogmatique à une raison pragmatique que nous étudierons dans notre seconde section (b).

a. Le culte de la raison au cœur de la modernité : de la sacralisation à la rationalisation

Quel que soit le point de vue adopté, sociologique, politique, juridique, philosophique ou historique, tous s'accordent à rattacher le régime moderne à l'ère de la Raison⁷³⁹. Depuis des sociétés répondant à des ordres transcendants, soumis à l'obéissance des Dieux et aux lois de la nature⁷⁴⁰, l'empire de la Raison a progressivement pris le dessus. Tel que formulé par le professeur Benyekhlef, il s'agit, par la Raison, de « libérer le monde de la magie et de la superstition, ne plus définir l'homme comme la créature de Dieu, marquer la conduite des hommes par le gouvernement plutôt que par le Salut »⁷⁴¹. S'illustrant au niveau individuel en gouvernant les actions de chacun des hommes, au niveau institutionnel à travers la rationalisation des organisations politiques, ou encore au niveau savant dans la glorification de la science positiviste, l'hégémonie de la raison se traduit par le passage d'une compréhension transcendantale à une appréhension immanente, rétablissant le pouvoir de l'homme sur le monde. D'aucuns parleront à ce propos du *Culte de la Raison*, soulignant ainsi la pesanteur qui lui fut alors prêtée : seuls les hommes disposent de la raison et seule la raison guide les hommes dans l'organisation de leur vie personnelle et collective⁷⁴².

De concert, sinon de conséquence, avec cette rationalisation, la scientification des univers s'épanouit progressivement au sein du paradigme positiviste. Les explications divines

⁷³⁹ B. OPPETIT, préc., note 666, p. 3.

⁷⁴⁰ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 11.

⁷⁴¹ K. BENYEKHLEF, préc., note 643, p. 14.

⁷⁴² B. OPPETIT, préc., note 666, p. 3.

sont écartées au profit des observations réelles, de même que la recherche des finalités laisse place à celle des mécanismes. Les définitions théologiques ou philosophiques jusqu'alors dominantes sont submergées par l'hégémonie de la technoscience et de ses découvertes continues⁷⁴³. Les disciplines scientifiques se détachent de leurs prédécesseurs par des méthodes précises, expérimentales ou analytiques, qui cherchent à conceptualiser tout ce qui s'y prête⁷⁴⁴. Le monde est passé au crible de la raison qui s'arrime à un dessein progressiste auquel elle ne peut que porter.

La montée en puissance des sciences répondant à ce mouvement de rationalisation du monde s'est éprise du droit. L'approche juridique qui est encore, de nos jours, la plus communément enseignée dans les facultés de droit se construit dans ces carcans de la modernité et de l'hégémonie du positivisme. Le positivisme juridique s'abstient de poser tout jugement de valeur sur la norme⁷⁴⁵ et instaure de la sorte une frontière entre le droit et les sciences sociales⁷⁴⁶. La science du droit s'étudie, s'enseigne et se comprend uniquement selon sa dynamique interne qui se déploie au sein d'une véritable culture autonome⁷⁴⁷. La scientification du domaine juridique entraîne ainsi la libération du droit de toutes externalités, ou, autrement dit, son isolement. C'est l'apogée de la science du droit, un système fermé⁷⁴⁸ (notamment aux autres systèmes normatifs), autosuffisant et raisonnable. Le droit est fondé, dans sa nature et dans son fonctionnement, par la rationalité qui lui est propre. Tel que l'affirme le professeur Chevallier, « [l]a normativité juridique devient ainsi le vecteur de la rationalité sociale : est rationnel tout ce qui est conforme aux normes juridiques, en vertu du postulat selon lequel ces normes sont elles-mêmes rationnelles »⁷⁴⁹.

⁷⁴³ Sur l'hégémonie de la technoscience à l'ère moderne, on pourra lire G. ROCHER, préc., note 615, p. 372 et 373.

⁷⁴⁴ Chaïm PERELMAN, *Justice et raison*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 11.

⁷⁴⁵ K. BENYEKHLEF, préc., note 643, p. 17.

⁷⁴⁶ Sur le mouvement de séparation de la science juridique et des sciences sociales, notamment au niveau des institutions d'enseignements dans la seconde moitié du XX^e siècle, on pourra lire M. GARCIA VILLEGAS, préc., note 623, p. 101 à 110.

⁷⁴⁷ Jacques Commaille nous dit en ce sens que « [l]'univers juridique est fondé effectivement sur une culture qui n'est pas qu'une culture professionnelle dans la mesure où le matériau juridique est imprégné de valeurs au fondement de ce que doit être ou devrait être aux yeux de ceux qui le composent le monde social », dans préc., note 672, p. 42 ; Une telle acception n'est pas sans lien avec la définition de la culture juridique que propose Guy Rocher et qui rassemble « outre certaines notions de droit au moins élémentaires - un ensemble d'attitudes à l'endroit, des modes établis de rapports au droit, répandus dans toutes les couches de la population d'un pays », dans préc., note 604, p. 211.

⁷⁴⁸ K. BENYEKHLEF, préc., note 643, p. 33.

⁷⁴⁹ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 103.

Partant, le droit fut longtemps marqué d'une symbolique puissante, dans laquelle son élaboration laïque n'ôta en rien la transcendance quasi religieuse avec laquelle la Loi s'impose. Ornée de sa majuscule⁷⁵⁰, celle-ci est investie d'un capital sacré très fort, transformant sa parole en vérité indiscutable, sinon divine : « incarnation de la Vérité, de la Raison, de la Justice, la Loi est perçue comme un acte incontestable et dont le bien-fondé ne saurait être mis en doute »⁷⁵¹, affirme ainsi le professeur Chevallier. En ce sens, le culte de la Raison n'a pas épargné l'univers juridique. Bien au contraire, le droit devient l'incarnation même de cette Raison⁷⁵² dans un élan de mythification des perceptions⁷⁵³.

Rivée dans une sorte de cercle vicieux, il semble finalement qu'au dogme religieux, la société ait substitué le dogme de la Raison, qui, poussé à son extrême, se rapproche étrangement, lui aussi, de l'ordre des croyances⁷⁵⁴. Avec cette vérité proclamée d'un droit comme Raison par nature, on assiste finalement à une sorte de transfert de la transcendance religieuse vers la transcendance juridique, impliquant une spiritualisation du droit lui-même⁷⁵⁵, une loi « auréolée du privilège du sacré et mise à l'abri de toute contestation »⁷⁵⁶. Depuis la rationalité qu'il incarne à l'obéissance et la soumission qu'il impose, le droit se meut en chose donnée, vérité naturelle qu'il s'agit simplement de révéler.

b. De la raison dogmatique à la raison pratique

L'ensemble des transformations de l'ordre juridique, dont le processus de socialisation du droit déjà discuté, n'est pas sans pénétrer l'aura qui entourait le droit dans sa vision libérale. Les aspects qui le caractérisaient alors, particulièrement sa systématisme, généralité et stabilité, sont fortement atteints au grand dam de la *Raison juridique* qui en garantissait la dogmatique.

La recherche pragmatique de performance de la norme gagne le terrain de l'expérimentation⁷⁵⁷ par un procédé réticulaire d'évaluation/exécution continue⁷⁵⁸. Simone

⁷⁵⁰ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 47.

⁷⁵¹ J. CHEVALLIER, préc., note 627 à la page 67.

⁷⁵² J. CHEVALLIER, préc., note 610, p. 100 ; J. CHEVALLIER, préc., note 606, 5.

⁷⁵³ Sur la mythification du droit, on lira G. ROCHER, préc., note 615, p. 227 à 230; ou encore, J. CHEVALLIER, préc., note 627.

⁷⁵⁴ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 103.

⁷⁵⁵ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 49.

⁷⁵⁶ J. CHEVALLIER, préc., note 627 à la page 56.

⁷⁵⁷ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 16.

⁷⁵⁸ F. OST, préc., note 642, p. 188.

Goyard-Fabre décèle dans ce phénomène un « processus d'invasion du droit par le fait et, à tout le moins, l'assouplissement des cadres de la raison législatrice par le contact de l'empirie », phénomène révélateur du glissement depuis la *logique rationnelle* du constitutionnalisme vers la *logique empirique* du pragmatisme⁷⁵⁹. L'auteure précise cette dernière en relevant que « [l]e droit perd en rigueur ce qu'il veut gagner en fonctionnalité. Épouser l'empiricité, la pluralité et la contingence des faits relève d'une hésitation statutaire qui équivaut à l'éloignement de l'idéalité juridique »⁷⁶⁰.

D'autres chercheurs se prêtent à une analyse plus orientée en valeurs et proclament la crise de la Raison juridique ou la faillite du formalisme juridique⁷⁶¹. Il n'est plus marqué du sceau de la raison par essence, mais se trouve dorénavant soumis à l'épreuve du jugement et de la critique⁷⁶², bien que toujours dérivés de fondements rationnels. À ce propos, il est intéressant de replacer, aux côtés du déclin de la Raison juridique, l'affaiblissement du caractère sacré, mystique du droit⁷⁶³, plaçant alors sa perfectibilité, son effectivité, voir son efficience, au-devant de son auguste symbolisme. Comme l'affirme si bien le professeur Chevallier, « tout se passe comme si le système de croyances sur lequel il s'appuyait était en voie d'épuisement »⁷⁶⁴. Le droit glisse du dogmatisme au pragmatisme⁷⁶⁵, sa place est relativisée et son absolutisme vivement atteint⁷⁶⁶. Au contraire, on lui reconnaît à présent de fortes teintes sociales et politiques, et de fait, son trône s'affaisse peu à peu pour n'en subsister aucune supériorité par rapport au social, étant dorénavant conçu comme lui-même constitutif de la réalité sociale⁷⁶⁷. Relégué au rang d'instrument politique de l'État providence, le droit se retrouve « partout, mais aussi plus vulnérable », sonnante le glas des « illusions qu'il véhiculait (dans le Progrès, la Simplicité, la Raison, l'Universalité) »⁷⁶⁸.

⁷⁵⁹ S. GOYARD-FABRE, préc., note 669 à la page 40.

⁷⁶⁰ Simone GOYARD-FABRE, « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », (2014) N° 83-3 Rev. *Métaphys. Morale* 311, 326.

⁷⁶¹ Sur cette crise du droit, voir le chapitre 9 intitulé « Droit et régulation politique » de l'ouvrage de Colette BEC, *De l'État social à l'État des droits de l'homme ?*, coll. Res publica, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 203 à 212.

⁷⁶² J. CHEVALLIER, préc., note 4, 7.

⁷⁶³ K. BENYEKHLEF, préc., note 643, p. XXX.

⁷⁶⁴ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 7.

⁷⁶⁵ J. COMMAILLE, préc., note 730, 116.

⁷⁶⁶ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 69.

⁷⁶⁷ C'est le présupposé partagé par le courant américain du *legal consciousness* (conscience juridique), *Id.*, p. 70.

⁷⁶⁸ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 9.

Malgré ces relativisations, nous pensons néanmoins que l'ordre juridique demeure soumis à l'empire de la raison, non plus à la Raison juridique s'appuyant sur le postulat de rationalité du droit, mais à la raison pratique, qui repose sur le processus de rationalisation du droit dans son ensemble⁷⁶⁹. On soulignera particulièrement les dispositifs prolifères permettant d'évaluer *ex ante* et *ex post* les effets d'une norme et les résultats dans l'univers sociétal visé. La question de la validation de droit, passant de la légitimité interne vers l'effectivité sociale, s'inscrit clairement dans cette transition vers l'empirisme. Le fondement de la légalité se déplace, ainsi que le constate Simone Goyard-Fabre, depuis la *raison* vers l'*expérience*⁷⁷⁰. La dogmatique juridique se fragilise dès lors que le droit se conçoit comme un outil, choisi parmi d'autres et révisable, pour atteindre une finalité sociale. La vérité n'émane plus de la nature du droit, mais bien de ses effets sociaux.

Si ces propos s'inscrivent parfaitement dans nos réflexions quant au mode de validation du droit, ils ne sont pas non plus sans rappeler les distinctions établies plus haut en termes de finalité : le droit matériel étant à la recherche d'équité sociale, tandis que le droit formel serait au service de sa logique propre et de sa cohérence interne. Aussi, dans l'acception matérielle du droit, tant le mode de production que celui de la légitimation de la norme se fondent sur une base sociale et réelle.

Ce mouvement traduisant le passage de la logique dogmatique vers la logique pragmatique s'illustre également au niveau du pôle étatique. Le portrait premier de l'État moderne, envisagé comme appareil contraignant de la bureaucratie, suit le modèle de rationalité que Jean de Munck et Marie Verhoeven qualifient de « formel-légal »⁷⁷¹. Dans cette perspective, l'État est un arbitre neutre, impartial et hiérarchiquement supérieur. *A contrario*, l'État providence, participant à l'équilibration sociale, sera synthétisé par une rationalité « holistique et téléologique »⁷⁷². Nous serions ainsi passés d'une légitimité théorique de l'État posée en tant que telle, l'État agissant par principe dans l'intérêt général, à une légitimité pratique, dépendante de l'efficacité de ses actions. Jacques Commaille observe en ce sens une baisse de la légitimité politique de l'État causant une certaine « remise en question d'une

⁷⁶⁹ *Id.*, 17.

⁷⁷⁰ S. GOYARD-FABRE, préc., note 669 à la page 38.

⁷⁷¹ Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN, « Conclusion. Les métamorphoses de la raison », dans Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?* coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 269 à la page 270.

⁷⁷² *Id.*

régulation univoque comme volonté»⁷⁷³, qui participait jusqu'alors à la mécanique transcendante de la régulation depuis une méta-raison juridique. Dans le même élan, le professeur Chevallier souligne le passage «du dogme de l'intérêt général à l'impératif d'efficacité»⁷⁷⁴, nécessitant dès lors que la centralisation des normes s'ouvre vers une plus grande proximité avec la société.

2. *Le territoire : du central au proximal*

La centralisation du fonctionnement sociojuridique de la société dans la logique formelle du droit est parfaitement illustrée par la pointe de la structure pyramidale : unique et supérieure à tout le système, le haut de la pyramide représente le centre duquel déferle la production normative, s'étendant ensuite sur tout le territoire que recouvre la base de la structure. Cette centralisation s'alimente d'un phénomène de concentration des pouvoirs, qu'ils soient juridiques ou politiques, s'arrimant à une logique moniste. En ce sens, on évoque le monopole de l'État ou de la puissance publique quant au pouvoir de sanction, quant à la création normative, quant à la défense nationale et bien d'autres sujets encore. En outre, le monisme juridique qui fait du droit de l'État le seul légitime, implique que « [l]es *territoires* du droit et de la justice sont bien d'abord des territoires de la puissance publique, c'est-à-dire participant du territoire de l'État et de l'exercice de ses pouvoirs régaliens »⁷⁷⁵. Ce centralisme, opéré au sommet de la pyramide dans l'idéal de sa construction théorique dogmatique, nécessite qu'une distance nette sépare le régulant du régulé. Dans la logique extrême de la conception pyramidale, cette distance, prend la forme d'un fossé hermétique et infranchissable. Le droit s'impose au monde social, il participe à son ordonnancement, mais la relation est univoque : le droit est une construction parfaite *hors* de la société.

Au contraire de cette conception de distanciation entre les pôles juridiques de régulation et la société, les modèles d'inspiration plus sociale promeuvent une logique basée sur l'idée de proximité. Celle-ci contrevient fortement à l'idéal pyramidal tel que Jacques Commaille nous donne à voir : « [à] l'exercice du droit dans la *distance*, supposé garant de sa force symbolique et de son pouvoir réel de réguler et de contraindre, s'oppose un exercice du droit dans la

⁷⁷³ Jacques COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois : essai de sociologie politique du droit*, 1^{re} éd., coll. Droit, éthique, société, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 254.

⁷⁷⁴ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 71.

⁷⁷⁵ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 161.

proximité supposé garant de son efficacité sociale et de l'adhésion des citoyens»⁷⁷⁶. Les processus propres à l'acceptation du droit, visant entre autres à associer la société à sa production et à sa mise en œuvre, participent de cette idée de proximité. Les interactions qui y sont nécessaires entre l'ordre politique, l'ordre juridique et l'ordre social, ainsi que la réciprocité des échanges dans une forme de co-construction de la régulation, exigent assurément une plus grande proximité entre eux⁷⁷⁷.

En somme, la transition du central au proximal estompe la distance initialement posée entre le régulant et le régulé. En ce sens, le sociologue Guy Rocher identifie une horizontalisation des rapports, qu'il illustre à l'aide de la justice de la culture populaire ou culture juridique profane⁷⁷⁸. Selon lui, la modernité avançant et l'État providence s'hypertrophiant, la justice est de moins en moins perçue comme venant d'en haut, tel un ordre dogmatique cherchant à s'abattre sur la société qu'il surplombe. Au contraire, la justice devient une aspiration sociale à laquelle chacun peut et doit contribuer, dans la vie quotidienne⁷⁷⁹.

Cette horizontalité caractérise entre autres les nouveaux modes de résolution des conflits (médiation, conférence de règlement à l'amiable, etc.), dont chacun participe, au contraire du procès classique dans lequel la justice « descend » du tribunal. C'est aussi un idéal que les individus participent à définir à travers des processus d'en bas, qui se répandent vers le haut et se construisent par des consensus et des compromis.

3. *Le sens : du haut vers le bas au bas vers le haut*

Abordant la famille sur le pan de la sociologie politique du droit, Jacques Commaille se penche sur l'évolution des conditions de production des lois de la famille comme terrain d'application privilégié de l'économie des relations privé/public. Partant, il conforte son travail d'une analyse généralisée des rapports entre régulation juridique et régulation politique de la société⁷⁸⁰. Nous avons déjà noté quelques-unes de ses conclusions quant à la mutation du rôle

⁷⁷⁶ *Id.*, p. 166.

⁷⁷⁷ *Id.*, p. 362.

⁷⁷⁸ L'auteur définit la culture juridique profane comme « celle que porte tout citoyen qui n'est pas un professionnel du droit », dans G. ROCHER, préc., note 615, p. 211.

⁷⁷⁹ En outre, cette transformation s'inscrit dans ce passage relevé par Jacques Faget d'une conception géocentrique à une conception égocentrique du droit qui particularise fortement les normes, dans « Les représentations sociales du non-droit », dans Paul MASOTTA (dir.), *Le non-droit des jeunes*, Paris, Syros, 1995, p. 93 aux pages 95 et 96.

⁷⁸⁰ J. COMMAILLE, préc., note 773, p. 5.

du juge, qui rappelons-le, distinguait les logiques sociales et normatives dans le monde judiciaire, respectivement incarnées par les juges civilistes et familialistes⁷⁸¹. Ce qui nous intéresse ici, c'est la généralisation que propose l'auteur à un niveau plus global de la régulation. Ce faisant, il en vient à exposer deux modèles réglementaires successifs : le modèle dogmatico-finaliste (régulation du haut vers le bas) et le modèle pragmatique-gestionnaire (régulation du bas vers le haut), qu'il décline dans le schéma ci-dessous :

Tableau 4. « Les deux modèles de régulation »⁷⁸²

Économie de la relation pouvoir-ensemble social	Régulation « par le haut »	Régulation « par le bas »
Sens de la relation	↓	↑
Forme de la relation	Dichotomisée	Par osmose
Nature de la relation	Obéissance comme adhésion	Participation comme adhésion
Type de formalisation de la relation	Droit étatique Unicité Conventions impersonnelles Ordre conventionnel	« droit social » Pluralisme Conventions interpersonnelles « règles de civilité »
Principe général au fondement de la relation	« transcendance » (ordre externe)	« autoréférence sociale » (immanence)

On observe dans ce schéma une première régulation se déployant du haut vers le bas — *top down* — congruent à la structure pyramidale dans laquelle « le “sommets” (le pouvoir politique, l'État...) ordonne et la “base” (la société) se soumet en même temps qu'est sollicitée son adhésion »⁷⁸³ : l'image idéale du droit libéral, qui nous l'avons vu, a connu de nombreuses atténuations au fil des ans. Face à ce modèle de régulation univoque par le haut, on retrouve le modèle *bottom up*, dans lequel « les aspirations et les comportements des individus peuvent conduire à des mobilisations interpellant le politique et exigeant une réforme des dispositifs juridiques [...] »⁷⁸⁴. La normativité connaît dans cette structure une forte connexion sociale,

⁷⁸¹ Voir *infra* Partie II, chap. 1, A, 7, b.

⁷⁸² J. COMMAILLE, préc., note 773, p. 209.

⁷⁸³ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 52.

⁷⁸⁴ *Id.*, p. 340.

sinon une base sociale, au sein de laquelle le droit devient un outil de revendication collective, en même temps qu'il poursuit des finalités sociales⁷⁸⁵.

Par ailleurs, les éléments identifiés dans le tableau que l'auteur nous propose rappellent de nombreux schémas que l'on observait plus tôt dans ce chapitre : le modèle du monisme juridique, fondé sur la légitimité du droit par essence et s'imposant du haut vers le bas par obéissance dogmatique ; ou encore le modèle social du droit dont l'effectivité rend compte de sa validité et dans lequel la participation du pôle social à la production normative embrasse une logique immanente. De même en va-t-il de la vision du juge dans l'acceptation d'une justice de distance ou d'une justice de proximité. Ce tableau semble ainsi intégrer la majorité des transformations modernes de la normativité en les positionnant dans deux formules matricielles que l'auteur identifie comme le modèle *dogmatico-finaliste* et le modèle *pragmatico-gestionnaire*.

Finalement, ces deux logiques mises à mal en tant qu'exclusives, le régime de régulation moderne « se caractérise par de nombreuses promesses non tenues »⁷⁸⁶ à propos desquelles les critiques se multiplient et les théories contestataires affluent. Ces mouvements ne touchent pas seulement le domaine juridique, mais semblent traverser les sciences sociales dans leur ensemble, entraînant les théoriciens, les philosophes et les épistémologistes à se tourner vers un changement de paradigme. Depuis le régime moderne qui paraît atteindre ses limites, ces derniers se lancent dans une quête de la post-modernité, un mouvement des idées qui serait capable d'intégrer et de faire sens à l'ensemble des glissements observés dans les différentes disciplines. Le phénomène de la régulation, qu'il soit étudié par les sociologues, les juristes ou les politologues, ne fait pas exception à ce tournant paradigmatique et semble également entrer dans un régime de type post-moderne. Nous proposons dans le chapitre suivant de nous intéresser à ce bouleversement paradigmatique qui, touchant particulièrement la façon de penser les choses et d'organiser les idées, ne manque pas de renouveler l'appréhension de la régulation sociojuridique. En parallèle, gardons en tête la similarité de l'échec tant du régime de régulation moderne que de la construction moderne des droits de l'enfant face à l'impasse de l'approche conflictuelle qui les caractérise tous les deux. Le changement paradigmatique que nous

⁷⁸⁵ *Id.*, p. 343.

⁷⁸⁶ M. GARCÍA VILLEGAS, préc., note 635, p. 228.

abordons ici se faisant dès lors à propos dans le contexte plus large de nos réflexions relatives aux droits des enfants.

Chapitre 2. Du duel moderne au ballet post-moderne : la régulation sociojuridique en termes d'interactions

PHÈDRE : Mais moi, Socrate, la contemplation de la danseuse me fait concevoir bien des choses, et bien des rapports de choses, qui, sur-le-champ, se font ma propre pensée, et pensent, en quelque sorte, à la place de Phèdre. Je me trouve des clartés que je n'eusse jamais obtenues de la présence toute seule de mon âme...

Paul Valéry, « L'Âme et la Danse » (1923)

La métaphore du duel, employée pour décrire le régime de régulation sociojuridique moderne, reflétait tant la présence duale des logiques libérales et sociales du droit, que l'approche qui en été livrée par les sociologues et autres chercheurs s'y intéressant. Si nous reviendrons dans notre dernier chapitre sur le régime de la régulation post-moderne en tant que tel, il nous est nécessaire dans un premier temps de s'arrêter sur les outils qu'utilisent ceux qui l'étudient. Comprendre ces outils intellectuels nous semble indispensable pour appréhender correctement la connaissance de la réalité régulatoire. Dans une logique d'interaction et de coconstruction que ce chapitre cherchera à approfondir, l'objectivation de la réalité passe par un processus dynamique d'interactions entre l'objet de la connaissance et le sujet connaissant. Dès lors, la réalité qui s'en dégagera sera en tout ou partie dépendante de la façon de l'appréhender et des méthodes d'étude qui en découlent.

L'interaction c'est aussi ce qui crée le sublime du ballet : entre les danseurs eux-mêmes, entre la danse et la musique, entre le spectateur et le spectacle... Pris isolément, ces éléments ne suffisent pas à composer un ballet. Tout se joue dans les interactions réciproques, invisibles à l'œil nu, mais dont la dynamique se perçoit dans l'ensemble. Cette métaphore du ballet nous servira ainsi à illustrer le fonctionnement interactionniste du phénomène régulatoire. Ce dernier est en effet lui-aussi constitué des interactions réciproques des éléments qui le composent. Tel que nous le verrons, il n'est pas compréhensible par l'étude isolée des pratiques sociales ou des normativités juridiques, mais plutôt par les dynamiques qui les lient. De même en va-t-il des logiques sociales et normatives qui, dans l'approche dualiste ne pouvaient que s'exclure l'une l'autre. Au contraire, la connaissance contemporaine dévoile une articulation complexe des éléments composant l'une et l'autre. Les études du phénomène régulatoire ciblent alors ces interactions plutôt que la nature propre à chacune des logiques.

Au-delà même de l'univers régulateur ou de celui du ballet, l'ensemble des disciplines concentrent aujourd'hui leurs efforts sur les mouvements, les dynamiques et les interactions traversant leur objet d'étude. En cela, nous détournerons quelque peu notre attention de la régulation sociojuridique pour comprendre ce tournant opéré plus largement dans l'épistémologie de la connaissance. Nous estimons en effet que ce changement de perspective dans l'étude de la régulation s'inscrit dans la montée en puissance d'une nouvelle façon de savoir et d'étudier. Finalement, ce second chapitre oscillera donc entre des propos relatifs à l'évolution de la posture épistémologique des chercheurs et ceux concernant l'imbrication de ce mouvement dans la réalité régulateur.

Pour ce faire, nous commencerons par revenir sur l'approche duelliste que nous avons proposée dans notre chapitre précédent afin de mettre en lumière la logique épistémologique de laquelle elle relève et les défauts que les chercheurs lui attribuent. Plus exactement, il s'agira d'expliquer le passage de la pensée binaire à la pensée dialectique et ce qu'il implique dans le domaine juridique (A). Dans un second temps, nous réfléchirons à la relation la plus évidente qui se joue dans le cadre de la régulation sociojuridique, à savoir le rapport entre le droit et la société. De même que la relation qui lie la musique et la danse dans le cadre d'un ballet, celle unissant le droit et la société se matérialise non pas en termes de causalité, mais plutôt en termes de circularité ; le droit étant à la fois source et miroir du changement social (B). Cette nature réciproque des rapports est la clef de la compréhension du phénomène régulateur. Elle implique qu'il soit autre chose que la simple addition des évolutions juridiques et des évolutions sociales, ou encore de la logique libérale et de la logique sociale. La régulation se joue dans les interactions, de même que c'est par les interactions entre les danseurs, les musiciens et les spectateurs que le ballet atteint l'harmonie (C).

Plus le chapitre avancera, plus l'importance de l'étude de la régulation comme processus composé de multiples interactions circulaires apparaîtra. *In fine*, nous disposerons alors des outils nécessaires pour chercher à comprendre comment le régime de la régulation sociojuridique post-moderne se décline de nos jours.

A. De la binarité à la dialectique régulateur : Du duel à la danse

Le positivisme juridique propre à la modernité se fonde sur une logique de pensée totalement binaire, basée sur les principes d'identité et de différence qui génèrent un système

exclusif d'appartenance et de non-appartenance⁷⁸⁷. C'est le schéma classique formaliste posé par la règle de partage des « comportements individuels entre le permis et l'interdit, entre le “oui” et le “non” »⁷⁸⁸; le code binaire qui, selon Niklas Luhmann, se déploie dans chaque système social et le diffère des autres⁷⁸⁹. On suppose alors que la règle est capable de considérer n'importe quelle conjecture et que tout comportement trouvera une réponse exacte dans l'alternative oui ou non. Aucune situation ne surviendra entre les deux termes ni même hors de ces deux termes : coupable ou innocent, mineur ou majeur, consentant ou non consentant, capable ou incapable, etc. Blanc ou noir, le gris n'existe pas. L'univers juridique est tout entier truffé de ces oppositions que l'on retrouve dans tous les champs et dont le couple géniteur se dévoile dans le légal/illégal⁷⁹⁰.

En outre, de tels énoncés présupposent certaines conditions de réalisation : les règles doivent être suffisamment claires pour définir avec certitude quel terme du couple s'applique à quelles situations ; celles-ci ne doivent pas empiéter l'une sur l'autre et doivent considérer chaque fois une seule alternative. Les situations elles-mêmes ne peuvent se rattacher qu'à l'un ou l'autre terme, ces derniers connaissant une séparation stricte et statique, afin que l'espace qui les sépare demeure hermétique et vacant. Cette même logique d'identité ou de différence, nous dirons ici d'indifférence, est au fondement du monisme juridique propre à la conception classique de la modernité : soit les règles s'intègrent dans l'ordre juridique et deviennent du droit, respectant ainsi l'uniformité du système, ou bien elles sont ignorées par le système juridique et ne peuvent dès lors être qualifiées de droit⁷⁹¹.

À cette binarité du fonctionnement juridique correspond la binarité dans la façon de penser le droit ; et c'est ce que notre premier chapitre a tenté de mettre en lumière. Nous l'avons tout entier décliné sous la forme d'oppositions intégrant notre duel imaginaire entre les logiques

⁷⁸⁷ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 11.

⁷⁸⁸ André BERTEN, « Préface », dans Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 5 à la page 5.

⁷⁸⁹ En ce sens, Niklas Luhmann affirme que « l'existence d'un code binaire s'avère nécessaire, qui comprenne une valeur positive (légal) et une valeur négative (illégal), et exclut par un procédé aussi bien les contradictions (le légal est illégal, l'illégal est légal) qu'une troisième valeur (comme l'utilité ou l'opportunité politique). Le codage possède une signification décisive pour la différenciation du système juridique car il lui fournit une contingence propre et intrinsèquement constitutive. » dans « Le droit comme système social », (1989) 11-1 *Droit Société* 53, 56.

⁷⁹⁰ Directement relié à la fermeture du système juridique sur lui-même, « [l]e codage légal/illégal constitue, du fait de son utilisation, la limite entre le juridique et le non-juridique et, par voie de conséquence, est responsable de la première clôture opérationnelle », affirme Gunther Teubner dans son article « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », (2001) 47-1 *Droit Société* 75, 79.

⁷⁹¹ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 184.

sociales et libérales du droit. Droit social ou droit libéral, État garant ou État providence, libertés positives ou libertés négatives, droit référence ou droit ressource, légitimité ou effectivité, etc. La systématique de la bi-catégorisation fait écho à une pensée binaire, d'autant plus lorsque les caractéristiques du second modèle sont posées en opposition à celles du premier. La trame historique pourrait simplement soutenir la substitution des modèles selon la présence exclusive de l'un ou de l'autre terme, notamment en raison des contradictions s'élevant entre les deux : c'est l'un ou l'autre, l'un contre l'autre, mais jamais l'un avec l'autre, ou l'un dans l'autre ; il faut choisir son camp et il n'en existe que deux. Le duel est engagé et il ne peut qu'aboutir à la victoire d'un combattant sur l'autre, contrairement à la danse qui accepte volontiers la présence de deux ou plusieurs danseurs. Ces derniers occupent la scène ensemble et s'animent les uns avec les autres.

Usant de ces images du duel et du ballet, les propos qui suivent visent tout d'abord à relativiser l'approche binaire dans la compréhension du phénomène régulateur. La réalité contemporaine semble en effet s'éloigner de l'affirmation exclusive du droit libéral ou du droit social dans le modèle régulateur pour plutôt y reconnaître la présence concomitante et interreliée des deux logiques (1). Dès lors, la régulation sociojuridique n'est plus pensée en termes binaires (droit ou société, logique sociale ou normative par exemple), mais en termes dialectiques supposant des interactions circulaires et continues entre les différents ensembles (2).

1. Relativisation de la dualité des logiques juridiques

Les chercheurs qui s'intéressent au phénomène régulateur s'accordent pour reconnaître une certaine coexistence des modèles séparément exposés. Si la force et la place de chacun demeurent incertaines, la scène contemporaine de la régulation sociojuridique reflète indéniablement la co-présence ou l'hybridation d'une logique normative aux côtés d'une logique sociale. Les termes propres à la première, le droit comme Raison transcendante, l'État détenteur unique et impérial de la puissance publique, le juge noble oracle de la loi subsistent plus ou moins fortement dans le système régulateur actuel. Ils n'ont pas disparu, mais ont évolué et se sont parfois transformés jusqu'à paraître sous certains aspects aux antipodes de leurs formes originelles. Par ailleurs, d'autres configurations régulatrices se sont développées à leurs côtés, non sans produire des effets sur l'action publique et juridique. Le phénomène de

socialisation du droit dont nous avons déjà beaucoup parlé répond directement de ces glissements dans la régulation.

L'analyse que nous livre Jacques Commaille des deux types de régulation, basée sur l'observation de la normativité familiale, se ponctue d'une conclusion similaire. Un droit référence *ou* un droit ressource, un droit référence *et* un droit ressource, les deux acceptions convergent vers la reconnaissance d'une dualité de la légalité⁷⁹², dans laquelle oscille constamment la balance entre la vision légaliste et la vision sociale du droit, le droit transcendant et sacré et le droit immanent et pragmatique. Au contraire du triomphe de l'un ou de l'autre modèle, nous serions face à « [u]ne pluralité *structurelle* des logiques sociales, des régulations sociales à l'œuvre au sein de la société globale [...] accentuée par l'ampleur des changements sociaux concernés »⁷⁹³. Abordant ensuite la famille sur le pan de la sociologie politique du droit, l'auteur expose les deux modèles de régulation que nous avons déjà abordés : le modèle dogmatico-finaliste (régulation du haut vers le bas) et le modèle pragmatico-gestionnaire (régulation du bas vers le haut). Insatisfait tant par l'un que par l'autre, Jacques Commaille aboutit à la recherche d'un nouveau modèle s'apparentant à une régulation pluri-systémique maîtrisée. L'auteur cherche ainsi à y intégrer l'ensemble des logiques (juridiques, économiques, institutionnelles, sociales, politiques, idéologiques, etc.) qui balisent la régulation de la famille.

Dans la même perspective, les logiques sociales et libérales subsistent dans la réalité : l'une n'a pas remplacé l'autre, mais elle l'a influencée, de même qu'en retour, l'autre a influencé l'une, si bien que les deux demeurent présentent dans des formes transformées ou encore, qu'elles se fondent pour créer une nouvelle forme. Dès lors, l'état binaire et ses conditions d'exclusivité que nous avons particulièrement mis de l'avant par la métaphore du duel ne sont plus — si tant est qu'ils l'aient déjà été — satisfaits. Tel que le souligne André Bertin, on assiste de nos jours à une déformalisation des phénomènes tant sociaux que juridiques⁷⁹⁴, et nous ajoutons paradigmatiques. Les termes et les relations qui les lient ne répondent pas à des schémas binaires, ils sont irréductibles aux catégories usuelles et partant, dépassent tout formalisme classique. Ils entraînent une relativisation des formes et forcent

⁷⁹² J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 83 à 93.

⁷⁹³ Jacques COMMAILLE, « Ordre familial, ordre social, ordre légal. Eléments d'une sociologie politique de la famille », (1987) 37 *Année Sociol.* 265, 280.

⁷⁹⁴ A. BERTIN, préc., note 788.

chacun à remettre en question, non seulement les termes traditionnels, mais encore et surtout, la façon de penser ceux-ci.

2. *Dialectique, métissage et milieu : repenser la régulation*

Dès lors que les termes de la régulation ne se substituent pas l'un à l'autre, mais demeurent tous deux présents, c'est une nouvelle forme régulatoire qui est ainsi créée. Selon Jacques Commaille, qui proposait le modèle de légalité duale, la nouvelle logique de régulation proviendrait du résultat « d'un *métissage* entre des pratiques de droit surgies de la société elle-même dans sa diversité et un droit référence (étatique ou *supra*-national) »⁷⁹⁵. Il s'agirait alors de penser la complémentarité entre les deux logiques régulatrices, telles qu'elles furent redéfinies dans le temps⁷⁹⁶. Plutôt que l'un ou l'autre des termes binaires, c'est l'entre deux, le lieu de rencontre et de connexion des termes qu'exploitent de plus en plus les chercheurs, « ce thème du milieu, du "entre" qui », selon, Mathieu Doat, « doit être favorisé pour comprendre la structure brouillée du système juridique »⁷⁹⁷.

Afin d'envisager ce « gris », certains se penchent alors vers la *dialectique*⁷⁹⁸ qui conduit à penser « l'interaction des termes habituellement distingués »⁷⁹⁹ dans un processus d'engendrement réciproque. La dialectique permet ainsi de dépasser les tensions constamment mises de l'avant dans le phénomène juridique moderne. À un niveau plus global de la pensée, François Ost et Michel van de Kerchove soulignent la capacité de la dialectique à surmonter « la loi de la bipolarité des erreurs »⁸⁰⁰ révélée par Gaston Bachelard⁸⁰¹. Ce phénomène porte la pensée scientifique à succomber à « un mouvement dogmatique de balancier », l'esprit errant d'une erreur à l'extrême de l'autre, d'un travers à son antipode. La dialectique exploite au contraire leur articulation et leur solidarité. Il ne s'agit pas de les gommer, mais plutôt de les

⁷⁹⁵ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 371.

⁷⁹⁶ *Id.*, p. 402.

⁷⁹⁷ Mathieu DOAT, « Remarques sur les rapports entre concepts juridiques et complexité », dans Mathieu DOAT, Jacques LE GOFF et Philippe PÉDROT (dir.), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant (actes du colloque de Brest du 24 mars 2006)*, coll. L'univers des normes, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 181 à la page 191.

⁷⁹⁸ C'est le cas de François Ost et Michel van de Kerchove dans plusieurs de leurs études, notamment dans préc., note 639.

⁷⁹⁹ *Id.*, p. 37.

⁸⁰⁰ La « loi de la bipolarité des erreurs » de Bachelard est expliquée par François Ost et Michel van de Kerchove dans *Id.*

⁸⁰¹ Gaston BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 10^e éd., coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, J.Vrin, 1977.

intégrer ensemble, que l'on pense à l'équation généralement usée pour expliquer la dialectique : thèse — antithèse - synthèse. C'est entre autres l'ordonnement que souligne François Ost dans sa déclinaison des modèles de Jupiter, Hercule ou Hermès⁸⁰². Par cette célèbre métaphore, l'auteur évoque différents modèles théoriques qui, par de nombreux aspects, rejoignent les conclusions de Jacques Commaille : de la pyramide avec l'État libéral ou l'État de droit, de l'entonnoir avec l'État social ou l'État providence et du réseau avec l'État post-moderne, soulignant dans ce dernier modèle, l'extrême complexité des éléments et la force de leurs liens. Thèse, antithèse, synthèse...Intégrée à nos réflexions sur la régulation, l'équation devient : Régulation selon une logique libérale du droit — Régulation selon une logique sociale du droit — Régulation par interactions des logiques libérales et sociales du droit. L'analyse porte alors sur les rapports d'influence mutuelle qu'elles connaissent.

Ce modèle est animé par de multiples interactions de plusieurs formes, sources et méthodes, à tel point que le système régulateur se perd dans une complexité sans précédent où tout élément se répercute sur l'ensemble et où l'ensemble se tisse à l'allure des croisements réciproques et flux continus. Le principe d'organisation ne se conçoit plus en termes d'identité/différence, mais plutôt en termes d'interdépendance et d'interpénétration.

Ces rapports de réciprocité ont fait l'objet d'analyses sociologiques, notamment celle de Norbert Elias dans sa théorie sociologique de l'interdépendance. Pour imaginer ces relations complexes et dynamiques, l'auteur utilise l'image du filet, dont il explique la relevance dans les propos suivants :

Un filet est fait de multiples fils reliés entre eux. Toutefois ni l'ensemble de ce réseau ni la forme qu'y prend chacun de ces différents fils ne s'expliquent à partir d'un seul de ces fils ni de tous les différents fils en eux-mêmes ; ils s'expliquent uniquement par leur association, leur relation entre eux. Cette relation crée un champ de forces dont l'ordre se communique à chacun des fils, et se communique de façon plus ou moins différente selon la position et la fonction de chaque fil dans l'ensemble du filet. La forme de chaque fil se modifie lorsque se modifie la tension et la structure de l'ensemble du réseau. Et pourtant ce filet n'est rien d'autre que la réunion de différents fils ; et en même temps chaque fil forme à l'intérieur de ce tout une unité en soi ; il y occupe une place particulière et prend une forme spécifique. »⁸⁰³

⁸⁰² F. OST, préc., note 672; François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La Force du droit : panorama des débats contemporains*, coll. Série Philosophie, Paris, Éditions Esprit, 1991, p. 241.

⁸⁰³ N. ELIAS, préc., note 626, p. 70, 71.

L'image qu'envisage à son tour Roger Chartier, alors même qu'il introduit l'ouvrage de Norbert Elias nous inspirera pour approfondir la nôtre. Celui-ci prend appui sur la danse et propose, par cette nouvelle métaphore, un aperçu de la réflexion d'Elias :

Que l'on se représente pour symboliser la société un groupe de danseurs, en songeant aux danses de cour, la pavane ou le quadrille, ou bien encore à une ronde paysanne. Les pas et les révérences, tous les gestes et tous les mouvements qu'effectue chaque danseur se règlent entièrement sur ceux des autres danseurs et danseuses. Si l'on considérait séparément chacun des individus qui participent à cette danse, on ne comprendrait pas la fonction des mouvements.⁸⁰⁴

Ces images du filet ou encore de la danse bien en tête, revenons à nos propos sur la régulation sociale. Nous l'avons dit, celle-ci est traversée d'une logique libérale et d'une logique sociale, intégrant des formes et fonctions juridiques diverses. En l'imageant par un duel, aucune place n'était laissée au milieu, à l'entre deux ou à la nuance qui semble pourtant se déployer dans la régulation contemporaine. Face à ce défi, il nous faut à présent dépasser l'approche binaire consistant à séparer drastiquement les deux logiques en les définissant par opposition à l'autre (la thèse et l'antithèse). C'est pourquoi, plutôt que de les faire combattre en duel, nous proposons de les faire danser ensemble dans le cadre d'un ballet. Tel que l'explique Roger Chartier, on ne peut comprendre la fonction des mouvements de chacun qu'en considérant les danseurs ensemble et en regardant leurs interactions. Dès lors qu'une représentation implique plus d'un danseur, la chorégraphie est réfléchie pour que les mouvements de chacun créent une dynamique globale qui se perdrait si l'on n'envisageait qu'un seul des danseurs. Elle n'est pas non plus équivalente à la somme des mouvements effectués individuellement puisque le mouvement d'un des danseurs influencera la perception du mouvement de l'autre, et vice versa, de même que les fils du filet de Norbert Elias fluctuent avec l'ensemble.

L'image du ballet nous permet donc d'imager la présence concomitante des deux logiques juridiques et leurs interactions par la chorégraphie qui rallie l'ensemble des danseurs. Nous dirions qu'il s'agit ici d'un premier niveau de mise en œuvre de la dialectique dans l'univers juridique. Aux côtés de celui-ci, ou plutôt embrassant ce dernier, nous déclinerons à présent un second niveau inspiré lui aussi des promesses de la dialectique : celui des rapports entre le droit et la société. Ces derniers constituent la relation la plus évidente qui se joue dans

⁸⁰⁴ Roger CHARTIER, « Avant-propos. Conscience de soi et lien social », dans *Id.*, p. 7 à la page 13.

la régulation sociojuridique. Loin d'être étrangers aux logiques juridiques libérales et sociales, ces rapports se déclinent dans chacune de ces logiques en même temps qu'ils les dépassent. Dans le cadre du ballet, nous les mettrons en parallèle aux rapports qui lient la musique et la danse.

B. De la causalité à la circularité des rapports : Musique et danse, Droit et société

Le rapport droit et société ne cesse de faire couler l'encre des chercheurs de théorie et sociologie juridiques. Dans nos réflexions précédentes au sujet de la régulation moderne, il colorait l'ensemble de nos propos, tantôt de manière apparente, tantôt de façon plus dormante. Le glissement progressif du dogmatisme au pragmatisme dans l'univers juridique, menant de la conception d'un droit valide par essence auquel est due une obéissance verticale par soumission, vers celle d'un droit sujet au jugement de ses effets réels sur la société, constitue l'évolution la plus marquée, et probablement la plus commentée, des réflexions liant le droit à la société. En nous appuyant sur ces rapports entre le droit et la société, nous chercherons à comprendre comment les théoriciens ont intellectuellement ordonné les évolutions sociojuridiques. Ce faisant, nous reviendrons sur la pensée positiviste selon laquelle toute évolution répondrait d'une logique causale, ainsi que, plus fortement encore, sur les limites de cette conception à satisfaire la complexité de la réalité (a). Dans un second temps, nous nous pencherons sur l'idée de l'endogénéisation du droit et de la société depuis laquelle sont intégrés des rapports de réciprocité mutuelle et de coconstruction sociale (b).

Pour illustrer nos propos, nous demeurerons le spectateur imaginaire d'un ballet se jouant en présence d'un orchestre. La question reviendra alors à se demander quelles relations lient les danseurs aux musiciens : est-ce une relation causale dans laquelle le danseur accomplit un geste en réponse à une note de musique, ou vice versa ? Difficile à dire de nos jours où les directeurs artistiques ne créent pas une musique pour satisfaire une danse ou une danse pour animer la musique, mais bien un spectacle intégral destiné à combler simultanément les sens oculaires et auditifs : la musique fait partie de la danse tout autant que la danse fait partie de la musique. Les deux se coconstruisent et s'autoalimentent pour le plus grand plaisir des spectateurs. De même en va-t-il du droit et des pratiques sociales qui, ensemble, participent d'un système régulateur dynamique et adapté à la complexité de la réalité.

1. *Le refus de la linéarité causale entre droit et société*

Les transformations juridiques que nous avons évoquées, depuis la pensée libérale à l'avancement social du droit, supposent une conception particulière du rapport générique liant l'évolution du droit et l'évolution sociale. Deux hypothèses émergent de cette perspective : un changement juridique cause un changement social ou, inversement, un changement dans les pratiques sociales cause une évolution du droit. Ces deux hypothèses mènent à la question que soumet Guy Rocher dans les termes suivants : « [l]e droit est-il un miroir de la société ou le droit contribue-t-il à mouler la société ? »⁸⁰⁵. L'une et l'autre de ces deux propositions suggèrent un ajustement linéaire et unidirectionnel entre le droit et la société. Qu'il joue dans un sens ou dans l'autre, le rapport temporel s'inscrit sous le prisme de la causalité.

Or, aborder une relation causale quelle qu'elle soit oblige à en distinguer les termes. Le sujet devra choisir son point de départ et son point d'arrivée, et donc séparer drastiquement les deux : soit il partira de l'observation de la pratique sociale pour en dégager les effets sur le droit, soit, au contraire, il partira de l'observation des changements juridiques pour en regarder les effets sociaux. Il observera les pas de danse pour en dégager les notes de musique correspondante, ou au contraire, il écoutera la musique pour en déduire la danse correspondante. Quoi qu'il fasse, il est *de facto* emprisonné dans une pensée causale et séparatiste au sujet des termes, suivant une logique d'adaptation linéaire de l'un à l'autre⁸⁰⁶.

Au contraire, nous proposons ici de repositionner ce questionnement dans une perspective dialectique. Nous l'avons expliqué, penser sous l'aura de la dialectique encourage à réfléchir ensemble les termes habituellement envisagés distinctement. Cette approche permet ainsi d'éviter l'écueil formaliste et de s'adapter au passage des « relations simples de type linéaire (de déduction, de causalité...) » vers « des échanges récursifs (les boucles de rétroaction) »⁸⁰⁷. Il s'agit alors de penser non pas un pôle par rapport à l'autre, mais bien les deux ensemble et les avenues permettant de les relier, par les phénomènes de flux et reflux qui

⁸⁰⁵ G. ROCHER, préc., note 615, p. 254.

⁸⁰⁶ Julie RINGELHEIM, « Droit, contexte et changement social », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Détudes Jurid.* 157, 158.

⁸⁰⁷ Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France Paris, 1988, p. 10.

les unissent⁸⁰⁸. C'est la logique qui semble s'imposer à la réalité des rapports droit et société engagés dans une relation de définition mutuelle⁸⁰⁹.

Dès lors, les réflexions procèdent à un dépassement de liens bilatéraux vers des structures complexes et des liens multipolaires, intégrant le droit, les représentations sociales, les logiques de régulations et la politique. Les thèses ciblant un simple lien de causalité entre pratiques sociales et législations (que la causalité joue dans un sens ou dans l'autre) ne correspondent pas à la réalité. D'une part les relations se sont clairement compliquées, d'autre part, elles ont toujours été bien plus complexes que ce que laisse supposer une simple relation causale entre le social et le juridique. Se concentrer sur les comportements sociaux pour en tirer des conclusions sur les normes (ou inversement) est donc cause perdue, ou du moins restreinte. Ces recherches semblent toutes limitées, car les multiples rapports se conjuguent, s'alimentent les uns des autres pour s'articuler au sein d'une structure dont les éléments et le fonctionnement sont extrêmement complexes :

car toutes les corrélations ne sont pas des causalités, la maxime est essentielle. Du moins pas des causalités établies. Il peut bien y avoir une relation de causalité sous la corrélation constatée. Mais on est incapable de discerner où est la cause et où est l'effet : l'enchevêtrement des événements empêche d'utiliser le critère chronologique théoriquement décisif.⁸¹⁰

La plupart des auteurs contemporains qui réfléchissent à la relation entre droit et société s'accordent pour y déceler des rapports continus d'interactions et de rétroactions mutuelles nécessitant dès lors de les replacer dans une perspective dialectique. Ainsi, Guy Rocher répondra à la question que nous retranscrivons plus tôt de la manière suivante : « si le droit est sans doute passif et un miroir de la société et de sa culture, il est aussi un agent actif, un intervenant, un moteur dans l'organisation et l'évolution d'une société [...] »⁸¹¹. Nombreux

⁸⁰⁸ Pascal PICHONNAZ, « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Études Jurid.* 130, 135.

⁸⁰⁹ Susan S. SILBEY et Patricia EWICK, « Devant la loi : la construction sociale du juridique », dans Chantal KOURILSKY-AUGEVEN (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit : attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, coll. Droit et société, n°2, Paris, L.G.D.J, 1997, p. 33 à la page 37.

⁸¹⁰ J. CARBONNIER, préc., note 615, p. 358 et 359.

⁸¹¹ G. ROCHER, préc., note 615, p. 255.

chercheurs abondent dans ce même sens et reconnaissent que le droit résulte tout autant qu'il participe aux changements sociaux, dans une relation complexe et réciproque avec la société⁸¹².

De son côté, Jacques Commaille note également que le droit n'est « ni la source ni le miroir parfait du changement social. Il en participe »⁸¹³. L'auteur prône la recherche d'un système relationnel qui permette d'embrasser toutes les contingences, les discordances, les *inputs* et les *outputs*, et ce, dans toutes les directions envisageables. Ces conclusions ne sont pas sans rappeler celles du doyen Jean Carbonnier, qui portait également un intérêt à l'évolution de la famille, en proposant une histoire législative de celle-ci, elle-même inscrite dans une histoire politique et sociale. Cette histoire législative lui permet de faire ressortir une stratégie législative, à laquelle il se refuse également d'apposer une analyse causale⁸¹⁴. Il appréhende plutôt les réformes du droit de la famille comme les conséquences de « la force de déterminismes sociaux et d'aspirations idéologiques »⁸¹⁵. Partant du changement législatif en matière familiale, il aboutit donc à une transformation jouant dans l'ensemble de l'univers juridique : « [e]n somme, s'il y avait quelque chose de neuf dans les réformes du droit de la famille, ce ne serait pas leur conception de la famille, ce serait leur conception du droit »⁸¹⁶.

Réaliser que la causalité n'est pas à même de rendre compte des évolutions sociojuridiques ne suffit pas... Encore faut-il trouver un moyen de les penser différemment. En effet, les chercheurs ne sauraient se contenter d'écarter une hypothèse. Au demeurant, ils vont partir en quête d'un principe organisationnel capable d'expliquer la réalité. Dans notre contexte, l'échec de la causalité entre normes et pratiques sociales a laissé place à l'idée de leur

⁸¹² Cette idée de relation dialectique entre le droit et la société se retrouve tout au long de la lecture du volume 70 de l'année 2013 de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* intitulé « Droit et contexte », voir notamment les articles de Pierre BRUNET, « Quand le droit compte comme texte », page 54 ; Jacques CHEVALLIER, « Le regard de Jacques Chevallier », page 60 ; Jean-Louis HALPERIN, « Droit et contexte du point de vue de l'histoire du droit », page 117 ; Julien PIERET, « Droit, contexte et changement social dans la théorie des systèmes sociaux », page 139 ; J. RINGELHEIM, préc., note 187 ; C'est entre autres la conclusion à laquelle parviennent Antoine Bailleux et François Ost quant à la relation dialectique unissant le droit et son contexte dans leur contribution à ce même volume : « [l]e droit ne peut se définir qu'en opposition et en lien avec son environnement, qui est à la fois son contraire et sa condition d'existence », dans « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », page 25, à la page 34.

⁸¹³ Jacques COMMAILLE, *Familles sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, coll. Justice humaine, Paris, Centurio, 1982, p. 10.

⁸¹⁴ Selon lui, « On parle volontiers d'analyse causale pour désigner ce qui n'est ainsi, à proprement parler, qu'une recherche de corrélations, non pas de causalités », dans J. CARBONNIER, préc., note 615, p. 358 et 359.

⁸¹⁵ Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., coll. Anthologie du droit, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 91.

⁸¹⁶ *Id.*, p. 94 et 95.

coconstruction ou de leur endogénéité. C'est entre autres le parcours intellectuel emprunté par Susan S. Silbey et Patricia Ewick qui suggèrent de s'éloigner « de la recherche des relations causales et instrumentales entre droit et société pour partir sur les traces du droit *dans la société* »⁸¹⁷.

2. *La coconstruction complexe des normes et des pratiques sociales*

Pour comprendre comment les auteurs en sont venus à dépasser cet écueil de simplicité de l'évolution sociojuridique, il nous faut tout d'abord opérer un bref détour dans l'univers de l'épistémologie appliqué à la connaissance institutionnelle. Quelle que soit la perspective scientifique envisagée, la science moderne repose sur l'idée de disjonction entre l'objet et son environnement⁸¹⁸. Pour connaître, il faut séparer drastiquement le connaissant de l'objet qu'il connaît. Partant, l'objet de la connaissance existerait hors du sujet connaissant.

À cette vision traditionnelle et simpliste, la grande majorité des penseurs contemporains substituent une relativisation complexe du processus de connaissance. Dans cette optique, le connaissant et son objet sont, au contraire, indissociables l'un de l'autre. La connaissance se joue alors dans cette relation réciproque, elle se révèle tant un produit social qu'un facteur de changement social⁸¹⁹. Qui plus est, le sujet connaissant est lui-même placé dans un contexte directement influant sur sa connaissabilité. La dialectique récursive en place dans cette structure entourant la connaissance est donc empreinte de complexité et de pluralité et se reflète jusqu'à la dimension propre au rapport entre théorie et réalité.

Peter L. Berger et Thomas Luckmann intègrent cette dynamique dialectique dans le cadre de leurs réflexions relatives à la production sociale :

la relation entre l'homme, le producteur et le monde social, son produit, est et reste une relation dialectique. C'est-à-dire que l'homme (non pas, bien sûr, l'homme isolé, mais l'homme intégré dans une collectivité) et son monde social interagissent entre eux. Le produit agit en retour sur le producteur.⁸²⁰

⁸¹⁷ Patricia EWICK et Susan SILBEY, « La construction sociale de la légalité », (2004) 6-1 *Terrains Trav.* 112, 115.

⁸¹⁸ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 474.

⁸¹⁹ Peter L. BERGER et Thomas LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, traduit par Pierre TAMINIAUX, coll. Bibliothèque des classiques, Paris, Armand Colin, 2014, p. 121.

⁸²⁰ *Id.*, p. 87.

Depuis cette interaction entre l'homme et le monde social, les auteurs en déduisent toute une série de réflexions sur la production du monde institutionnel et son objectivité :

[i]l est important de garder à l'esprit que l'objectivité du monde institutionnel même si elle apparaît massivement à l'individu, est une objectivité produite et construite par l'être humain. Le processus par lequel les produits externes de l'activité humaine atteignent à l'objectivité est l'objectivation. Le monde institutionnel est une activité humaine objectivée.⁸²¹

On l'aura compris, les institutions, quelles qu'elles soient et quel que soit leur niveau d'objectivation, demeurent une production sociale. Aussi, il est primordial d'étudier l'institution et la société de manière endogène, toujours conscient de l'imbrication de l'une dans l'autre. En outre, la notion d'objectivité suppose l'atteinte par les institutions d'un certain niveau d'externalité. C'est ce dernier qui permet ensuite de considérer que, bien qu'elles soient des produits sociaux, les institutions sont à leurs tours productrices du social⁸²².

Cette idée, nous la retrouvons tout au long des réflexions d'Anthony Giddens dans sa théorie de la structuration des systèmes sociaux. Refusant de s'allier aux extrêmes de la sociologie structurelle et de l'individualisme méthodologique, il opte pour une conception de la dualité du structurel, selon laquelle, « [t]outes les propriétés structurelles des systèmes sociaux, et c'est là un thème central de la théorie de la structuration, sont à la fois le médium et le résultat d'activités que des acteurs situés dans le temps et dans l'espace accomplissent de façon contingente. »⁸²³. Cette réciprocité donnée, Giddens insiste sur l'importance de réintroduire les institutions dans leur histoire diachronique en abandonnant « l'espace-temps virtuel » par lequel elles sont trop fréquemment appréhendées⁸²⁴.

Ce détour vers la compréhension du phénomène d'institutionnalisation de la société nous est particulièrement utile dans nos réflexions sur les rapports dialectiques jouant entre le droit et la société. En tant qu'institution objectivée, le système juridique s'appréhende telle une construction sociale, de concert avec la conception de la légalité proposée par Patricia Ewick et Susan Silbey, d'« un phénomène socialement construit, à la fois condition et produit de l'action

⁸²¹ *Id.*, p. 86 et 87.

⁸²² Pierre NOREAU, « Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social », (2001) 47-1 *Rev. Droit McGill* 195.

⁸²³ Anthony GIDDENS, *La constitution de la société : éléments de la théorie de la structuration*, traduit par Michel AUDET, coll. Sociologies, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 250.

⁸²⁴ En ce sens, Anthony Giddens nous met en garde sur les dérives de certaines sociologies : « le sociologue a pour domaine d'étude des phénomènes qui sont déjà chargés de signification et qui existent en tant que tels. Celui ou celle qui veut "pénétrer" dans ce champ doit parvenir à connaître ce que les acteurs savent déjà et ce qu'ils doivent savoir pour "poursuivre" leurs activités quotidiennes dans le tissu social. » *Id.*, p. 346.

sociale »⁸²⁵. Une telle approche permet non seulement de penser les rapports réciproques qui lient le droit, la société et les autres institutions, mais encore de les penser en termes dynamiques. En ce sens, le phénomène juridique est entendu dans sa mobilité vivante, prenant acte du fait que « [l]a mouvance du droit interfère avec ses constantes »⁸²⁶. La construction sociale du droit s'inscrit ainsi dans l'histoire diachronique que promeut Giddens. À la lumière de cette temporalité, « la vie du droit obéit à une dialectique du pouvoir instituant et des forces instituées de la pensée »⁸²⁷, explique Simone Goyard-Fabre. La forme instituant-institué alors dévolue au droit satisfait à une adaptation constante de celui-ci, non sans nuire à la rigidité qui marquait l'innovation normative dans la modernité juridique.

Par ailleurs, si nous revenons au modèle de régulation sociojuridique, articulé entre une perception transcendante du droit et une immanence sociale reconnue à ce dernier, nous y retrouvons cette même idée d'interactions dans la production. Jacques Commaille parle en ce sens d'une légalité coconstruite, dans laquelle se donne à voir « "l'idée d'une osmose, d'interrelations multiples" entre une base sociale qui "joue" avec le droit et crée du droit et un pouvoir qui a pour fonction de l'instituer »⁸²⁸. Ainsi, à la lumière des tensions qu'il a révélées tant au niveau juridique, que politique ou encore judiciaire dans l'étude de la régulation moderne, il affirme que :

c'est certainement l'économie même des rapports entre droit et société, droit et politique, droit et économie qui doit être reformulée non plus en termes de relation causale où le droit est en surplomb ou dans une position externe, mais en considérant que le droit est *constitutif* du fonctionnement de la société, du politique, de l'économie. La question n'est plus de se demander comment le droit agit *sur* ou comment sa réalisation est contrainte *par* mais sous quelles formes et dans quelles conditions, en étant *endogène*, il participe pleinement du fonctionnement politique, social et économique des sociétés⁸²⁹.

Le phénomène juridique connaît donc une objectivation sociale, lui permettant à son tour d'intégrer la dialectique socio-institutionnelle. Ce passage, depuis une forme primaire à une forme institutionnelle seconde, regorge d'intérêts dans une perspective de compréhension du droit et de l'évolution sociojuridique de la régulation⁸³⁰. Le droit se place ainsi sur la scène tierce du jeu, et c'est, selon François Ost, ce qui en fait toute sa sublime et lui permet d'être et

⁸²⁵ P. EWICK et S. SILBEY, préc., note 817, 113.

⁸²⁶ S. GOYARD-FABRE, préc., note 760, 321.

⁸²⁷ *Id.*, 317.

⁸²⁸ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 374.

⁸²⁹ *Id.*, p. 394.

⁸³⁰ À ce sujet, on pourra lire Pierre NOREAU, « L'innovation sociale et le droit : Est-ce bien compatible ? », dans *Le développement social au rythme de l'innovation, Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC)*, 2004, p. 73.

de devoir-être⁸³¹. Une fois objectivé, le droit se détache de son producteur et de son récepteur, il devient un lieu en soi dans lequel se tissent des interactions continues avec son environnement, à la fois source et produit de lui-même. Cette réflexion oblige à déplacer le champ d'analyse depuis les objets (la norme juridique ou la pratique sociale par exemple), vers les interactions qui les définissent. Dans le monde du ballet, nous pourrions dire que ce n'est ni la danse, ni la musique qui définit le ballet, mais plutôt l'harmonie du rythme à laquelle l'ensemble participe.

C. À la recherche de l'harmonie : des propriétés aux interactions de la régulation sociojuridique

Mettre tout en équilibre, c'est bien ; mettre tout en harmonie, c'est mieux.

Victor Hugo, « Quatre-vingt-treize » (1874)

Les réflexions menées jusqu'ici dans notre second chapitre ont principalement mis l'accent sur l'intérêt de la dialectique pour appréhender le phénomène régulateur. D'une part, celle-ci permet de dépasser l'écueil de la logique binaire et ouvre ainsi l'accès à l'entre deux, au milieu liant notamment la logique libérale et la logique sociale du droit, ou encore les différents danseurs entre eux. D'autre part, la dialectique souscrit à un niveau plus complexe des relations entre le droit et la société, entre la danse et la musique, en termes de récursivité et de coconstruction, plutôt que de simple causalité. Si les présages sont donc encourageants, ils n'en demeurent pas moins théoriques, sinon idéologiques, et exigent dès lors d'approfondir leur mise en œuvre. Voilà pourquoi, dans cette dernière section, nous nous efforcerons d'éclaircir les postulats épistémologiques sous-tendant la dialectique. Nous déclinons dans un premier temps les méthodes scientifiques analytiques et systémiques afin de comprendre comment un phénomène peut être étudié par la réduction de ses termes ou par l'interaction de ceux-ci, et ce qui découle de ce choix sur le phénomène lui-même (1). Pour finir, nous présenterons la posture épistémologique constructiviste afin de souligner sa pertinence lorsqu'il s'agit d'appréhender la régulation sociojuridique non plus par les propriétés de ses termes, mais par les interactions dynamiques qui les lient (2). Ce faisant, nous disposerons à la fin de ce chapitre des outils

⁸³¹ F. OST, préc., note 642.

intellectuels et théoriques afin de nous lancer ensuite dans l'étude de la régulation sociojuridique sous l'angle nouveau de la post-modernité.

1. De l'étude isolée des éléments à celle des interactions des phénomènes

La méthode scientifique tant éprouvée à l'ère moderne procède par réductionnisme. Afin de comprendre les phénomènes, il faut isoler au maximum les éléments qui les composent, jusqu'à ceux qui présentent les formes les plus simples. Une fois ces éléments appréciés pour eux-mêmes, on pourra alors appréhender ceux qui les intègrent, jusqu'au phénomène le plus complexe qui puisse les embrasser. Cette méthode scientifique, qualifiée d'analytique⁸³², a traversé l'étude de toutes les disciplines durant la modernité, au point de jouer dans leur ordonnancement même : étant essentiel de comprendre isolément chacun des éléments d'un tout, la science se fragmente en autant de disciplines qu'il y a de phénomènes à étudier. Cette conception du savoir eut de nombreuses conséquences qui se déclinèrent notamment dans le domaine juridique, tel que nous l'avons étudié. Celui-ci s'arrimait tout entier au sein du paradigme positiviste répondant directement de cette méthode scientifique. Ce faisant, l'univers juridique s'est progressivement isolé des autres sciences, devenant un système clos sur lui-même et perçu comme procédant hors de la réalité sociale.

En outre, cette méthode réductionniste se satisfait parfaitement des relations causales : il suffit dès lors d'isoler la cause et la conséquence et de les étudier isolément. Néanmoins, tel que nous venons de le souligner, de nombreux phénomènes connaissent des interactions bien plus complexes de réciprocité et de coconstruction qui ne se laissent pas comprendre par l'isolement des éléments qui les composent. Cette limite traverse la grande majorité des sciences sociales poussant ainsi les épistémologues à remettre en question cette méthode de connaissance dans son ensemble : l'approche analytique ne peut satisfaire les systèmes complexes dans lesquels l'ordonnancement dépasse la simple causalité et l'objet ne peut s'appréhender hors de son environnement. C'est, comme nous l'avons vu, le cas du droit : en tant que construction sociale objectivée, il ne peut se comprendre en dehors de son lieu de création et de rétroaction, ou dirions-nous, de circulation. De même, la régulation sociojuridique ne peut être réduite aux éléments qui la composent, pensons au droit et à la société par exemple.

⁸³² Jacques LAPOINTE, *L'approche systémique et la technologie de l'éducation*, Canada, Université Laval, 1998.

Elle se joue plutôt dans leurs interactions réciproques. L'étude isolée des normes juridiques et des pratiques sociales ne permet donc pas de comprendre l'ensemble régulateur et requiert, dès lors, de dépasser la méthode réductionniste propre à la science moderne. C'est aussi le cas du ballet qui ne s'entend pas de l'addition de la danse et de la musique, mais dont l'interaction récursive crée le spectacle, l'harmonie.

Ce qui rend ces phénomènes plus complexes n'est pas le nombre d'éléments qui les composent, mais plutôt la complexification des interactions qui les lient. Face à ce constat, il apparaît évident qu'il faille déplacer son attention depuis les éléments en tant que tels vers les interactions qui se jouent dans ces phénomènes. C'est ce que notait déjà Norbert Elias en affirmant que « les relations elles-mêmes peuvent posséder des structures et des lois d'un type particulier », et partant, elles exigent de « rompre avec la pensée sous forme de substances isolées et passer à une réflexion sur des rapports et des fonctions »⁸³³. C'est aussi ce que beaucoup de chercheurs contemporains tentent de faire au regard du phénomène régulateur : se concentrer sur les interactions qui lient le droit et la société, le droit et son contexte de production et de circulation, le droit et son environnement.

À un niveau plus macrosociologique encore, cette approche permet également d'envisager les interactions des interactions. Replacer dans nos propos relatifs à la dualité des logiques juridiques, il s'agit d'étudier les interactions qui se jouent entre le régulé et le régulateur au sein de chacune des logiques (normatives et sociales), mais encore les interactions entre ces deux types d'interactions (entre la logique juridique et la logique sociale). Tel que nous l'avons expliqué plus haut, le système complexe de régulation contemporaine se compose d'éléments issus des deux logiques juridiques. L'approche interactionniste nous permet justement d'envisager cette coprésence, ainsi que l'ensemble régulateur qui répond de leurs interactions et dépasse leur simple coexistence parallèle. Par ailleurs, se concentrer sur les interactions plutôt que sur les éléments rend compte du dynamisme qui anime les phénomènes, étant entendu que l'interaction est un mouvement en soi. L'étude ne se concentre plus sur l'objet, mais sur le projet qu'il embrasse, regardant dès lors sa pertinence et son effectivité plutôt que sa composition et sa nature. Cette façon de faire et de penser dissimule une posture épistémologique sur laquelle nous proposons de revenir à présent et qui nous paraît, du moins dans le domaine juridique, que trop peu mise de l'avant : le paradigme constructivisme.

⁸³³ N. ELIAS, préc., note 626, p. 53 à 55.

2. *Le paradigme constructiviste pour envisager les interactions sociojuridiques*

Avant d'explicitier plus assidûment ce que nous entendons par l'approche constructiviste, une précision s'impose : le courant constructiviste n'est pas propre au droit ou à la sociologie ; au même titre que le positivisme, il s'agit d'un paradigme épistémologique. Il connaît différentes inflexions intellectuelles à travers lesquelles les disciplines tentent de construire des compréhensions, théories et méthodologies de leur objet d'étude. On y souligne systématiquement l'influence primordiale des travaux de Jean Piaget, qui d'emblée en établit la pertinence quant à l'approche dialectique dont nous venons de discuter :

[I]l'importance de l'interaction du sujet connaissant et de l'objet observé dans la construction de la connaissance. Il révélait ainsi le caractère constructif, récursif et relatif du savoir, et ouvrait la voie au développement du constructivisme, paradigme qui de plus en plus trouve des adeptes dans la communauté scientifique actuelle.⁸³⁴

Dans l'univers juridique, le positivisme d'Auguste Comte, contemporain à la modernité, demeure largement hégémonique par son imprimé kelsénien. Il nous permettra d'expliquer le constructivisme par le biais de ses principales oppositions⁸³⁵. Pour ce faire, nous nous inspirerons du tableau suivant de Lincoln et Guba, traduit par Kim Lien Do :

⁸³⁴ Kim Lien DO, *L'exploration du dialogue de Bohm comme approche d'apprentissage : une recherche collaborative*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures de l'Université Laval, 2003, p. 59.

⁸³⁵ Pour une étude plus détaillée de ces oppositions, on pourra lire Jean Louis LE MOIGNE, *Le constructivisme tome I. Les enracinements*, coll. Ingénium, Paris, L'Harmattan, 2001.

Tableau 5. Les postulats du positivisme et du constructivisme empruntés à Lincoln & Guba⁸³⁶

Axiome sur	Paradigme positiviste	Paradigme constructiviste (naturaliste)
La nature de la réalité.	La réalité est unique, tangible et fragmentable.	Les réalités sont multiples, construites et holistiques.
La relation entre le connaissant et le connu.	Le connaissant et le connu sont indépendants ; dualité.	Le connaissant et le connu sont interactifs, inséparables.
La possibilité de généralisation.	Les généralisations au-delà du temps et du contexte sont possibles.	Seules les hypothèses circonscrites dans le temps et le contexte sont possibles.
La possibilité de faire les liens causals.	Il y a des causes réelles, précédant temporellement les effets ou se présentant simultanément.	Toutes les entités sont dans un état de formation simultanée mutuelle. Ainsi, il est impossible de distinguer causes et effets.
Le rôle des valeurs.	L'investigation est neutre (<i>value-free</i>).	L'investigation est liée aux valeurs (<i>value-bound</i>).

Le choix de ce paradigme au regard de notre projet semble parfaitement justifié par le contenu de ce tableau. Dans un premier temps, le constructivisme nous permet de sortir du dualisme objet-sujet et d'envisager différemment leurs interactions réciproques. Nous pourrions ainsi considérer le droit et les pratiques sociales comme intégrés et interdépendants, et non plus seulement comme externalités d'une composante principale, sortante (cause) ou entrante (effet), selon un rapport de causalité univoque. Jean-François Perrin nous donne à voir ce dépassement dans ses réflexions sur l'épistémologie juridique : « [l]a connaissance n'est alors plus celle d'un objet et de son objectivité, comme elle l'était pour les épistémologues positivistes. Elle devient, dans une perspective d'interaction entre l'objet et le sujet, connaissance d'un projet, ce qu'on nomme principe de projectivité »⁸³⁷. Contrairement à l'objet, le projet intègre la dynamique du mouvement.

⁸³⁶ Tableau original de Lincoln, Y.S. & Guba E.G., (1985), *Naturalistic Inquiry*, London, Sage publications, p. 37 traduit par Kim Lien DO dans sa thèse : préc., note 828, p. 68. Précisons que ce tableau illustre une vision radicale du constructivisme et du positivisme permettant de s'en faire une idée claire. Notons néanmoins que de nombreux auteurs en déclinent des visions plus modérées, par exemple quant à la neutralité de l'investigation du chercheur qui, bien que rendue plus difficile, demeure néanmoins possible sous réserve du respect de certaines règles procédurales.

⁸³⁷ Jean-François PERRIN, « Épistémologie juridique », dans A.-J. ARNAUD et J.-G. BELLEY (dir.), préc., note 250, p. 232.

De plus, l'approche dichotomique souvent associée à l'univers juridique tend, nous l'avons vu, à enfermer les réflexions dans une impasse cognitive. Le constructivisme ouvre une porte nouvelle qui pourrait permettre de dépasser cet écueil, et répondrait à l'appel dialectique tel que le souligne Philippe Corcuff :

*La galaxie constructiviste, [...] s'efforce justement de dépasser ces oppositions et de penser ensemble des aspects de la réalité classiquement appréhendés comme antagonistes. Ce faisant, elle offre des pistes pour écarter des débats scientifiques tout un ensemble de faux problèmes.*⁸³⁸

Rapporté à l'univers régulateur, ce paradigme permet d'envisager le droit non plus tel un objet ontologique transcendantal, mais comme une réalité à la fois construite par le social et constructrice du social. L'analogie avec les réflexions de Jacques Commaille quant aux rapports réciproques et réticulaires liant l'évolution du droit et celle des pratiques sociales est manifeste. Dans les mots de Liora Israël, on affirmera que, par cette approche constructiviste du droit, celui-ci « est articulé aux pratiques sociales : il en est un constituant important, sans en être un déterminant univoque »⁸³⁹.

Notre réflexion sur l'évolution de la régulation sociojuridique nous a porté dans ces dernières pages à souligner l'importance de l'étudier tel un phénomène dynamique d'interactions complexes et multiples. La posture constructiviste, qui permet d'analyser les interactions pour elles-mêmes et d'ainsi prendre le phénomène dans son environnement dynamique, semble parfaitement correspondre à nos attentes.

Guy Rocher, auquel nous avons souvent référé, supporte ouvertement le lien entre le domaine juridique et le constructivisme, considérant ce dernier parmi les sources de théorisation particulièrement utiles et opportunes en droit⁸⁴⁰. Le constructivisme reste néanmoins un parent pauvre de l'univers juridique bien que la théorie constitutive du droit présente des affinités indéniables avec ce courant épistémologique⁸⁴¹. Et pour cause... Le droit, tel que décliné à l'ère

⁸³⁸ Philippe CORCUFF, *Les nouvelles sociologies : constructions de la réalité sociale*, coll. 128, Paris, Nathan, 1995, p. 8.

⁸³⁹ Liora ISRAËL, « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologue », (2008) 69-70-2 *Droit Soc.* 381, 390.

⁸⁴⁰ En ce sens, il affirme qu'ainsi « détaché du droit naturel et de tout droit révélé, le droit positif apparaît essentiellement comme une construction humaine et sociale. Les acteurs individuels et collectifs en sont les architectes et les bâtisseurs, en même temps qu'ils habitent les ordres juridiques édifiés et entretenus par eux », GUY ROCHER, « Le « regard oblique » du sociologue sur le droit », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre = In the eye of the beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 57 à la page 68.

⁸⁴¹ Alan HUNT, *Explorations in law and society: towards a constitutive theory of law*, coll. After the law, New York, Routledge, 1993 ; Voir aussi les tentatives théoriques de Cyril SINTEZ, *Le constructivisme juridique : Essai sur l'épistémologie des juristes*, coll. Libre Droit, Paris, Mare & Martin, 2014 et Gunther TEUBNER et Nathalie BOUCQUEY, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », (1992) 47-6 *Ann. Hist. Sci. Soc.* 1149;

moderne, est la discipline positiviste par excellence, il est tout entier marqué de ce postulat. Si peu de juristes osent donc se référer directement au constructivisme, les théoriciens contemporains ne s'en inspirent pas moins. Intégrant cette posture constructiviste, parfois malgré eux, les tenants de la théorie post-moderne du droit et de la régulation semblent en effet décliner certains aspects de leurs réflexions sous l'angle constructiviste. Nous proposons de nous arrêter sur ces réflexions dans le chapitre suivant relatif au régime de régulation post-moderne.

Avant cela, finissons ce présent chapitre au moyen de notre métaphore du ballet. Nous l'avons dit, c'est l'interaction entre la danse et la musique qui constitue le cœur du spectacle. L'un et l'autre isolés sont déjà extrêmement captivants, l'addition des deux l'est encore plus, mais dès lors que le concepteur du spectacle a réfléchi selon les interactions qui se jouent entre eux, le spectacle atteint une autre dimension. L'harmonie ainsi créée est ce qui lui donne toute sa splendeur. Celle-ci ne provient pas de la somme des éléments, mais de leurs accords et surtout de leur inscription dans une fin commune qui colore leurs interactions. Gardons en tête ce principe de l'harmonie, car, à l'aide de nos nouveaux outils intellectuels, c'est bien elle que l'on s'en va à présent chercher dans le système régulateur de type post-moderne.

Notons également l'application pratique de la perspective constructiviste que propose Christine Morin en droit québécois dans *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, coll. Collection Minerve, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2009.

Chapitre 3. Le régime de régulation sociojuridique post-moderne : le droit en réseau et les interactions régulateurs

Le détour épistémologique opéré dans le chapitre précédent nous paraissait nécessaire afin de hisser notre étude de la régulation au niveau plus complexe que lui impose l'approche post-moderne. Notons d'ores et déjà que l'utilisation du terme post-moderne ne fait pas consensus dans les écrits. Ceux-ci s'accordent néanmoins sur l'idée d'une vision nouvelle dans laquelle se meuvent les sociétés occidentales, voire même sur ses caractéristiques. Ce qui manque à leur accord est l'agencement qui se joue entre la modernité et la post-modernité. Si certains y voient une rupture nette exigeant de se dégager intégralement des carcans de la modernité, d'autres y descendent une évolution ou adaptation, dans une dimension temporelle continue. Pour notre part, nous choisissons d'utiliser le terme de « post-modernité » en accord avec les précautions et précisions que nous apporte ici Jacques Chevallier :

on assiste en même temps à l'exacerbation de dimensions déjà présentes au cœur de la modernité et à l'émergence de potentialités différentes : comportant des aspects complexes, voire des facettes contradictoires, la post-modernité se présente à la fois comme une "*hyper-modernité*", dans la mesure où elle pousse à l'extrême certaines dimensions présentes au cœur de la modernité, tels l'individualisme, et une "*anti-modernité*", dans la mesure où elle s'affranchit de certains schèmes de la modernité⁸⁴²

Précisions faites, le choix linguistique de l'adjectif post-moderne procède pour notre part d'un argument purement pédagogique, plutôt que d'une croyance en une idéologie précise, étant entendu que « les modernistes saisissent comme achèvement de la modernité les symptômes mêmes dont se réclament les post-modernistes pour prendre congé du passé »⁸⁴³. À l'aune de cette post-modernité, il s'agira non pas de définir axiologiquement de nouvelles valeurs propres à cette « ère scientifique », mais plutôt de l'utiliser comme une grille de lecture des transformations que connaît aujourd'hui la régulation. Ce faisant, nous déclinerons le phénomène de la régulation sociojuridique au travers de cette grille.

Nous reviendrons tout d'abord sur le droit tel qu'il est théorisé dans ce régime de régulation post-moderne (A). Le réseau dans lequel il s'inscrit sera décliné dans sa structure

⁸⁴² J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 16.

⁸⁴³ Gilles GAGNE, « Les transformations du droit dans la problématique de la transition à la postmodernité », dans Jean-Guy BELLEY et Pierre ISSALYS (dir.), *Aux frontières du juridique : études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, coll. Collection travaux, n°1, Québec, Groupe d'étude sur les processus de transformation du droit, Faculté de droit, Université Laval, 1993, p. 221 à la page 225.

générale de fonctionnement, puis dans les quatre pôles qui en constituent les nœuds : le droit, l'État, le juge et le justiciable. De cette étude, nous dégagerons, pour finir, les caractéristiques propres aux interactions sociojuridiques post-modernes. Ce faisant, nous identifierons une matrice des interactions régulatrices composée de cinq composantes qui nous serviront de points de référence dans notre retour à l'étude des droits des enfants outillé de notre grille d'analyse du régime de régulation post-moderne (B).

A. Le droit en réseau

La théorie du droit en réseau, ou plus exactement du passage du modèle pyramidal au modèle en réseau, est l'apanage de François Ost et Michel van de Kerchove. Dans un ouvrage de près de 600 pages devenu célèbre en la matière, ces deux auteurs analysent les transformations de l'État et du droit modernes à l'aune d'un changement paradigmatique. Le modèle hiérarchique propre à la modernité et caractérisé par l'étatisme, le positivisme et le monologisme⁸⁴⁴ laisserait progressivement sa place au profit d'un modèle plus horizontal, dialectique et plurilétique. À des « valeurs de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance », se substitueraient celles de « créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent »⁸⁴⁵. Dans cette section, nous retracerons les grandes lignes de cette théorie en déclinant tout d'abord sa structure réseautique (1), puis en examinant les différents nœuds qui la composent (2). Celle-ci met l'accent sur bon nombre de points que nous avons étudiés dans les deux chapitres précédents. Et pour cause, les auteurs cherchent à intellectualiser la majorité des changements que nous avons évoqués sporadiquement quant à la régulation moderne, au sein d'une théorie juridique en réseau qui épouse une approche dialectique. De la sorte, cette section nous permettra de dresser le bilan des évolutions évoquées jusqu'alors et d'annoncer les nouveaux termes propres à l'équation post-moderne que nous envisagerons dans la dernière section. Elle doit être lue à la lumière des nouvelles données épistémologiques, notamment du constructivisme et de l'importance des interactions, que nous avons développées dans le chapitre précédent. Nous dirions en ce sens, et en accord avec ses précepteurs, que la structure du droit en réseau est l'application au domaine juridique de l'approche dialectique.

⁸⁴⁴ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 14.

⁸⁴⁵ *Id.*, p. 18.

1. La structure réseautique

Avec la dynamique post-moderne, le droit semble émerger sous un jour nouveau, connaissant des qualités inédites aux côtés de la subsistance d'anciennes, dont les aspects ne manquent pas de raisonner plus largement dans l'espace social. C'est ce droit nouveau qui attirera à présent notre attention, celui qui, tout logiquement, est qualifié de « post-moderne » par de nombreux théoriciens. Certains vont même jusqu'à affirmer qu'il ne s'agirait pas simplement d'une transformation partielle de quelques éléments de l'univers juridique, mais bien d'un véritable « changement de paradigme »⁸⁴⁶.

Tel que nous l'avons souligné, le modèle hiérarchique du droit est en proie à de fortes relativisations. Si quelques-uns y ont vu de simples ajustements indispensables lorsqu'une théorie abstraitement conçue se confronte à la réalité, il semble qu'aujourd'hui, la pyramide ne tienne plus même au niveau théorique. Luc Gonin appelle en conséquence à une relativisation des thèses de Kelsen, tandis que d'autres, plus théoriciens dans l'âme, se lancent à la quête d'une construction intellectuelle capable de rendre compte de la nouvelle donne de la structure normative. Le cas le plus célèbre en la matière est certainement la théorie du réseau de François Ost et Michel van de Kerchove. Au fondement de leur théorie, les auteurs définissent le réseau de la manière suivante :

une "trame" ou une "structure", composée d'"éléments" ou de "points", souvent qualifiés de "nœuds" ou de "sommets", reliés entre eux par des "liens" ou "liaisons", assurant leur "interconnexion" ou leur "interaction" et dont les variations obéissent à certaines "règles de fonctionnement".⁸⁴⁷

Ils précisent également qu'aucun point n'est privilégié par rapport à un autre. La structure est ouverte (n'impliquant aucune clôture), le réseau tendant en quelques sortes vers l'infini.

Selon ces auteurs, ce passage de la pyramide au réseau signe aussi celui de la transformation de l'univers juridico-politique depuis la réglementation vers la régulation. Signalons ici que la notion de régulation est envisagée comme une vision particulière de ce que nous avons nous-mêmes englobé dans le phénomène régulateur. Autrement dit, nous avons choisi d'utiliser le terme de régulation comme le phénomène plus large qui lie la société, l'État et le droit dans l'ordonnement du social. François Ost et Michel van de Kerchove y voient

⁸⁴⁶ François Ost et Michel van de Kerchove analysent ces transformations de l'État et du droit modernes comme un changement de paradigmes, à l'aide de la théorie de Thomas Kuhn dans *Id.*, p. 13.

⁸⁴⁷ *Id.*, p. 24.

un mode particulier de fonctionnement sociojuridique qui s'inscrit dans la nouvelle structure réseautique. Le terme étant hautement polysémique⁸⁴⁸, les différences d'emplois ne résultent point d'une quelconque erreur, mais plutôt de choix délibérés divergents. Précisions faites, revenons à cette forme régulatoire que les auteurs identifient dans le nouveau paradigme. Celle-ci viendrait remplacer la production juridique par règlement qui, dans la modernité, s'accompagnait d'une forme de « commandement unilatéral, autoritaire, centralisé » ; la régulation correspondrait au contraire à un « ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié »⁸⁴⁹. Luc Gonin met particulièrement en lumière quatre aspects saillants de cette régulation : elle obéit au principe de négociation, elle favorise un système juridique capable d'adaptations rapides, elle soutient la décentralisation du pouvoir normatif, et enfin, elle génère l'auto-régulation⁸⁵⁰. Ainsi, au « royaume de la verticalité », cette structure réseautique déploie celui de l'horizontalité, remplaçant la force de la gravité par la force de l'interaction⁸⁵¹.

De la réglementation à la régulation, François Ost et Michel van de Kerchove soulignent par ailleurs la confluence de cette transition avec celle du gouvernement vers la gouvernance, signant la remise en cause d'un « gouvernement fondé sur l'autorité, la hiérarchie et une bureaucratie puissante », au profit d'un « processus polycentrique et négocié, une multitude d'ajustements partiels, un réseau de relations à la recherche de principes de coordination »⁸⁵². En ce sens, l'État est contraint de revoir ses modes d'intervention classiques et d'élaborer de nouveaux instruments d'action publique, non plus en termes d'imposition pure et simple de conduites déterminées par le sceau de la domination, mais plutôt par des processus de collaboration et de coordination joignant les organes polycentriques de la régulation⁸⁵³. De la sorte, et quand bien même le paradigme de la domination perdure sous certains aspects, il est plus diffus et décentralisé⁸⁵⁴. Dès lors, la dimension contraignante de la norme et la forme purement prescriptive qui l'accompagnait tendent à s'effacer peu à peu au profit de procédés moins unilatéraux dans leur construction (tel que la négociation ou la concertation), et moins

⁸⁴⁸ Pour avoir un aperçu de l'apparition du thème de la régulation dans les sciences politiques et juridiques, ainsi que des différents usages qui en sont faits, on lira M. MIAILLE (dir.), préc., note 610.

⁸⁴⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 26.

⁸⁵⁰ L. GONIN, préc., note 651, p. 306.

⁸⁵¹ *Id.*, p. 392.

⁸⁵² F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 29.

⁸⁵³ Pour un bref aperçu de ce que l'on entend par « gouvernance » dans ce contexte, on pourra lire L. GONIN, préc., note 643, p. 300 à 304.

⁸⁵⁴ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 399.

directifs dans leur énonciation, visant « à *convaincre* plutôt qu'à contraindre », par le biais de « mécanismes plus souples d'incitation-orientation »⁸⁵⁵.

Finalement à travers cette conception du droit en réseau, il apparaît clairement que la place et le rôle du droit dans la régulation sociale se sont transformés à l'image du contexte socio-politique dans lequel il se déploie. Le passage retranscrit ici de l'ouvrage de Jacques Commaille, s'intéressant justement aux fonctions du droit dans la société contemporaine, vient parfaitement résumer ces évolutions :

Il y a bien “un affaiblissement de la régulation juridique”, cela dans le cadre d'une évolution où nous sommes passés d'un régime de légitimité légal-rationnel inspiré de l'idée d'un “ordre juridique axiologique”, associé à la conception d'un pouvoir politique transcendant et à une mythification de l'État, à l'établissement d'une nouvelle légalité “fonctionnelle” en référence à un régime de construction d'une légitimité, “au caractère aléatoire et contingent”, fondé sur une combinaison entre efficacité et légitimité.⁸⁵⁶

À son tour, François Ost partage ce constat et caractérise les variantes qui y répondent dans le processus législatif en soutenant que « la loi n'est plus un évènement, mais un processus ; elle n'est plus un acte, mais un programme, elle ne travaille plus par dispositions, mais par prévisions, elle n'établit plus d'institutions, elle élabore des scénarios, elle n'impose plus de normes, elle ouvre des options »⁸⁵⁷. Ces affirmations révèlent de manière éclatante le passage opéré au niveau épistémologique à la faveur de la posture constructiviste. L'accent est alors mis sur la dynamique régulateur, substituant l'étude du projet à celle de l'objet, les liens d'interactions circulaires et réciproques aux liens de causalité et impliquant dès lors le passage d'une structure verticale vers une structure horizontale de régulation. Les contours de la structure réseautique étant ainsi dressés, la place et les fonctions des nœuds qui s'y déploient viendront constamment l'alimenter.

2. Les nœuds du réseau : le droit, l'État, le juge et le justiciable

La définition du réseau implique l'interaction des éléments ou nœuds, qui participent ainsi au fonctionnement du système global. Dans l'approche réseautique de la régulation, nous en avons identifié quatre que nous déclinons successivement dans cette section. Nous commencerons par le droit, qualifié de réflexif par les auteurs post-modernes. Celui-ci connaît

⁸⁵⁵ J. CHEVALLIER, préc., note 627 aux pages 74 et 75.

⁸⁵⁶ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 211.

⁸⁵⁷ F. OST, préc., note 642, p. 535.

des caractéristiques nouvelles, dont, à premier titre, un système de validation complexe qui ne se laisse plus exclusivement penser en termes de légitimité ou d'effectivité (a). Le second nœud du régime de la régulation post-moderne sera incarné par l'État, dont les rôles nouveaux puisent leur inspiration dans l'interaction de ceux que nous avons respectivement attribués à l'État garant et à l'État providence. Ce dernier étant récemment entré en crise, c'est aussi par le biais d'un fonctionnement revisité procédant de rapports plus horizontaux avec la société que l'appareil étatique se déploie (b). Très classiquement, le troisième élément de cette structure régulatoire en réseau sera le juge. Nous verrons que son rôle a lui aussi été reconfiguré dans le contexte post-moderne. Incarnant l'arbitre du jeu sociojuridique, il se pose dorénavant en véritable acteur des équilibres sociétaux et politiques (c). Enfin, nous terminerons en découvrant un acteur à qui peu de place était laissée dans le régime moderne et qui connaît, dès lors, un rôle nouveau dans le cadre du réseau : le justiciable (d).

a. Le droit réflexif

Le passage de la pyramide au réseau n'est pas sans affecter la question de la validité du droit, sur laquelle nous avons beaucoup insisté, tant dans la logique libérale que dans la logique sociale du droit⁸⁵⁸. La validité s'appuyait en premier lieu sur une légitimité formelle respectant la dogmatique positiviste, puis progressivement, avec l'acceptation d'un droit social, sur l'effectivité pratique du point de vue des réalistes. Qu'en est-il dans la structure réseautique ? Les tenants de cette théorie, François Ost et Michel van de Kerchove, s'accordent non pas pour choisir exclusivement tel ou tel critère de validité, mais plutôt pour reconnaître simultanément trois dimensions à la validité : formelle, axiologique (correspondant à la logique jusnaturaliste) et empirique⁸⁵⁹. Les auteurs soulignent par ailleurs que cette triple dimension de la validité de la norme, qu'ils nomment légalité, légitimité et effectivité, suppose la mobilisation tant d'éléments purement juridiques (procéduraux, critères intrasystémiques de validité), que de valeurs morales ou éthiques et de données psychosociologiques de terrain. Dès lors, les auteurs appellent à un dialogue interdisciplinaire des savoirs, par ailleurs méthode clef de la posture constructiviste⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Voir *supra* Partie II, chap. 1, A, 6.

⁸⁵⁹ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 316 et 324.

⁸⁶⁰ *Id.*, p. 316.

À la lumière du pluralisme normatif que nous déclinons plus tard⁸⁶¹, les différents systèmes connaissent des rapports de validation réciproques empruntant ou concurrençant les critères de validité des autres systèmes quant à leurs propres normes. En conséquence, la validité juridique ne repose pas sur la juxtaposition des trois critères énoncés plus haut, mais bien sur leur interaction réelle, dépassant leur mise en œuvre isolée⁸⁶². Le processus de validation intègre ainsi un « jeu croisé » entre une multiplicité d'acteurs et de prétentions dans une forme récursive, réfutant *ipso facto* toute présentation unidirectionnelle du processus⁸⁶³.

L'approche dialectique prônée par les auteurs illustre toute sa magnificence dans cette question de la validité juridique : un validant (norme ou acteur) pourra dépendre de la validation du validé (norme ou acteur). Chaque élément du réseau juridique peut influencer sur la validité d'un autre, de même que tous peuvent jouer sur la validation du premier. Si l'on reprenait l'image pyramidale, sensiblement mise à mal ici, une norme hiérarchiquement inférieure à une autre pourrait pourtant en décider la validation. Cette récursivité du fonctionnement du droit en réseau est d'ailleurs ce qui lui vaut la dénomination de « droit réflexif »⁸⁶⁴.

De plus, le mouvement constant de réciprocité et de coconstruction entre les normes juridiques s'accompagne inévitablement d'une autre caractéristique propre à la conception du droit au réseau : celle du dynamisme. « Les normes et les systèmes juridiques sont des réalités vivantes, animées de mouvements spécifiques, de telle sorte qu'on enregistre des glissements permanents d'une position à l'autre »⁸⁶⁵, affirment en ce sens François Ost et Michel van de Kerchove. Reprenant le critère de la validité, ils plaident en faveur d'une typologie dynamique des critères, l'un pouvant entraîner l'autre dans la reconnaissance ou la perte de validité. Partant, le facteur temporel est éminemment important dans la perspective réseautique du droit. On envisage ainsi la vie d'une norme, traversée de mouvements incessants dans sa validité, qu'elle soit formelle, effective ou axiologique. Pour aller plus loin dans la métaphore, on pourrait ajouter que cette vie de la norme est parsemée de rencontres, conflictuelles ou amicales, avec d'autres normes ; d'appartenance, ouverte ou fermée, avec un ou plusieurs ordres juridiques, de filiation en amont ou en aval, voire de réincarnations ou de ressuscitations pour certaines. En termes de validité, la perspective dynamique de la norme permet aussi à chacun des critères,

⁸⁶¹ Voir *infra* Partie II, chap. 3, B, 3.

⁸⁶² Les auteurs livrent de multiples illustrations des interactions dans les critères de validité de la norme dans F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 641, p. 341 à 371.

⁸⁶³ *Id.*, p. 321.

⁸⁶⁴ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 16.

⁸⁶⁵ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 354.

légalité, effectivité et légitimité, de grandir ou de s'affaiblir tout au long de l'application de la norme. La récursivité de ces critères implique en outre que le mouvement d'un critère puisse influencer sur l'autre. Autrement dit, si, par exemple, la légitimité de la norme augmente dans l'échelle des valeurs morales, il est fort probable que son effectivité s'en trouve également renforcée.

Enfin, la question de la validité de la norme telle qu'elle est déclinée par les professeurs Ost et van de Kerchove dans leur théorie du droit en réseau nous permet d'élargir les réflexions à plusieurs éléments que notre rapide survol du régime de la régulation moderne nous avait permis de relever. En effet, à chacune des trois dimensions de la validité : la légalité, l'effectivité et la légitimité, les théoriciens associent une caractéristique spécifique aux auteurs de la norme et un comportement propre à ses récepteurs. Ainsi, dans la sphère de la légalité, c'est la compétence des auteurs qui est évaluée, alors que les destinataires doivent obéir à la norme. L'effectivité fait plutôt appel à la force des auteurs et à la conformation des destinataires. Enfin, la légitimité découle de l'autorité détenue par les auteurs de la norme et la réception chez les individus procède par adhésion⁸⁶⁶. Il est intéressant de souligner que l'on retrouve parmi ces termes, ceux qui ont marqué tant la conception libérale que sociale du droit moderne. Partant, la théorie du droit en réseau ne proclame nullement la fin de ces conceptions antérieures, mais plutôt leur interaction, toujours dans une dynamique dialectique. L'obéissance qui, par le biais de l'État et de la force obligatoire de sa sanction, constituait tant la réponse que l'essence même du droit, n'a pas perdu toute sa vigueur aujourd'hui. De même, la conformation des pratiques sociales et des normes qui caractérisait la force de l'État providence est toujours recherchée par les normes actuelles. C'est plutôt la combinaison de ces caractéristiques dans une interaction toujours en mouvement et accolée à d'autres composants (la temporalité notamment) qui vient au mieux rendre compte de l'univers juridique pour les théoriciens du réseau. Le professeur Chevallier abonde dans le même sens en affirmant que les rapports entre la modernité et la post-modernité doivent être pensés en termes de *coexistence* ou d'*imbrications*, « la post-modernité est tout autant phagocytée par la modernité qu'elle ne la dénature »⁸⁶⁷.

C'est aussi en accord avec la vision non binaire propre à la post-modernité, qui, rappelons-le, dépasse le travers de la loi de la bipolarité des erreurs, que se déploie l'interaction des dimensions de la validité : de la légalité comme unique source de validité de la norme, à

⁸⁶⁶ *Id.*, p. 361.

⁸⁶⁷ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 17.

celle de la légitimité, pour finalement découvrir une validité multipolaire, pluridimensionnelle et récursive. Du courant positiviste tenant de la légalité, au courant réaliste analysant l'effectivité jusqu'au courant jusnaturaliste valorisant la légitimité, la place semblerait aujourd'hui être occupée par des courants intermédiaires, modérés ou conciliateurs⁸⁶⁸ ; des thèses et antithèses vers les synthèses...

b. L'État manager

Selon de nombreux chercheurs, l'État providence, dont nous avons esquissé le portrait dans notre premier chapitre⁸⁶⁹, serait entré en crise depuis le milieu des années 1970. Le professeur Chevallier met en exergue deux temps dans le développement de cette crise : l'érosion du système des représentations d'une part, avec notamment la mise au-devant du thème de l'efficacité (soulignant les effets potentiellement pervers des politiques sociales), et d'autre part, une crise des politiques très critique à l'égard de l'omnipotence étatique⁸⁷⁰. En lien avec la crise des représentations, l'État providence, qui constituait l'espoir du progrès et du sauvetage économique, entraîne dans son déclin un certain désenchantement du monde⁸⁷¹. Le siège sacré sur lequel trônaient sa puissance et son pouvoir est largement relativisé par les potentialités de critiques de ses actions, s'épanouissant dans les processus constants d'évaluation sociale des politiques. Dès lors, l'action publique perd progressivement son caractère contraignant et l'État devient, dans certains domaines, le simple incitateur de services ou de normativités qu'il recommande à d'autres de poursuivre. François Ost et Michel van de Kerchove parlent en ce sens, à la suite du passage de la puissance au service public, au passage à celui de l'entremise, dans lequel l'État joue le rôle de l'animateur des normativités et des actions⁸⁷², au sein d'une logique gestionnaire prenant place aux côtés de celle de la rationalisation⁸⁷³.

Cherchant à figurer dans tous les secteurs sociaux, l'État se serait peu à peu perdu dans un engrenage qui le dépasse : sa fonction nouvelle se marie fort mal avec le formalisme dans

⁸⁶⁸ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 372.

⁸⁶⁹ Voir *supra* Partie II, chap. 1, A, 2, b.

⁸⁷⁰ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 24 et 25.

⁸⁷¹ Sur le désenchantement du monde depuis un regard sociologique, on lira G. ROCHER, préc., note 615, p. 406 à 409.

⁸⁷² F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 145.

⁸⁷³ J. COMMAILLE, préc., note 678, p. 221 ; J. COMMAILLE, préc., note 767, p. 174.

lequel il fût construit et d'un point de vue politique, l'illusion d'une volonté unifiée ne cadre aucunement avec les acteurs, tant divers que nombreux, et leurs intrications constantes. L'omnipotence étatique est progressivement revue à la baisse en même temps que l'autonomie des autres systèmes sociaux grandit. Les valeurs fondamentales sur lesquelles reposait la structure étatique moderne dans son ensemble se sont progressivement effacées au profit d'une relativisation accrue des certitudes propres à la modernité. Le modèle hiérarchique d'une puissance publique omnipotente et omniprésente ne résistait ni aux nouvelles attentes sociales, ni aux volontés politiques, et encore moins à la mondialisation de l'univers socio-économique. Tel que le soutient Luc Gonin, on assiste depuis quelques décennies à l'obsolescence de l'État moderne, dès lors que « la puissance publique, en sa forme moderne, n'est plus en mesure de relever tous les défis auxquels elle se doit de faire face », elle serait « dépassée par son contexte contemporain »⁸⁷⁴. Pour cet auteur et dans le cadre territorial français qu'il étudie, il se succèderait en notre temps la forme d'un État acteur, qui certes, participe toujours fortement à la régulation sociale, mais qui partage cette scène aux côtés d'autres acteurs, tout autant influant sur lui qu'il peut l'être sur eux, y compris des structures proprement sociales⁸⁷⁵. Au cœur du fonctionnement et de la réussite de cet État acteur se trouvent le dialogue⁸⁷⁶ et la collaboration⁸⁷⁷.

Dans ce même élan, de nombreux auteurs soulignent cette transition étatique par d'autres expressions. Le professeur Chevallier décrit par exemple le passage de l'*État opérateur* à l'*État régulateur*⁸⁷⁸ ou encore, dans les matières économiques, de l'*État dirigiste* à l'*État stratège*⁸⁷⁹, ou *entremetteur* selon François Ost et Michel Van de Kerchove⁸⁸⁰. En ce sens, il vise à favoriser les relations et les négociations entre les partenaires sociaux, leur indiquant certaines finalités souhaitables. Les objectifs déjà assouplis dans le cadre de l'État providence se trouvent encore plus malléables et cherchent le compromis entre les divers intérêts dans une quête de la meilleure cohésion possible. L'État devient un partenaire social. Il incite, négocie, manage⁸⁸¹, « il fournit des ressources en tous genres aux acteurs, mais n'en planifie pas l'usage

⁸⁷⁴ L. GONIN, préc., note 651, p. 1.

⁸⁷⁵ *Id.*, p. 381 à 410.

⁸⁷⁶ Sur l'État dialogue, voir *Id.*, p. 399 à 402.

⁸⁷⁷ Sur l'impératif de collaboration dans le contexte post-moderne, voir *Id.*, p. 345 à 353.

⁸⁷⁸ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 59.

⁸⁷⁹ *Id.*, p. 63.

⁸⁸⁰ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 152.

⁸⁸¹ François OST, « Jupiter, Hercule, Hermès. Quel modèle pour un droit post-moderne ? », (1990) 180 *J. Procès* 19, 20 ; Sur la question du management public, on pourra lire J. CHEVALLIER, préc., note 616, p. 72 à 74.

social »⁸⁸². Jean de Munck et Marie Verhoeven qualifient le modèle de cet État post-moderne de « rationnel-négocié »⁸⁸³, qui succède aux modèles de rationalité « légale-formelle » de l'État libéral, et « holistique et téléologique » de l'État social.

En outre, la régulation étato-centré dans le cadre de la modernité se déplacerait vers « une régulation multipolaire par la démultiplication et la polycentricité des niveaux d'action, une polyarchie institutionnelle, avec de fortes interdépendances entre des acteurs nombreux et différenciées, aux intérêts divergents sinon antagonistes »⁸⁸⁴. Les mécanismes déployés par l'État participent d'une nouvelle forme de gestion publique justifiant le qualificatif d'*État manager*. On parle alors d'un nouveau management public, « c'est-à-dire le processus d'importation dans la sphère publique des modes d'organisation, de gestion, de rationalisation importés du secteur privé »⁸⁸⁵. Cette inspiration suivie par le fonctionnement des services publics entraîne la multiplication des formes contractuelles (se substituant aux relations hiérarchiques), ainsi que des méthodes performatives, axées sur des résultats en termes d'efficacité et d'efficience, ou plus largement, sur une logique de résultats. Observant ces procédés, le professeur Commaille en conclut que, de « l'État-juriste à un État-manager », la primauté est, dans cette seconde logique, « accordée à l'efficacité en référence aux objectifs fixés par le pouvoir exécutif, à la performance plutôt qu'à la régularité et à la légalité des interventions de l'État »⁸⁸⁶.

L'ensemble de ces éléments sonne le glas des visions simplistes de l'organisation étatique et de ses institutions, de même que de son mode de fonctionnement. L'État n'est plus seul sur un trône, mais sur la scène régulatoire, qu'il partage aux côtés d'autres acteurs ; les rôles de chacun s'échangent selon les représentations (les contextes) par le biais de schémas décisionnels transversaux et négociés. Le système régulatoire n'a plus un centre (l'État), mais plusieurs centres qui s'enchevêtrent dans un processus complexe et horizontal d'interactions continues⁸⁸⁷. Aussi, la verticalité et l'impérativité originelles de la puissance publique, via l'usage d'un droit et d'une justice dogmatiques et rationnels par nature, ne semblent plus véritablement en adéquation avec le contexte socio-politique actuel. Les termes sont donc repensés, de même que les actions qui s'y rattachent, tel que le fait Jacques Commaille en

⁸⁸² J. de MUNCK et M. VERHOEVEN, préc., note 637 à la page 272.

⁸⁸³ *Id.* à la page 271 à 273.

⁸⁸⁴ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 206 et 207.

⁸⁸⁵ *Id.*, p. 227.

⁸⁸⁶ *Id.*, p. 223.

⁸⁸⁷ *Id.*, p. 207.

affirmant qu'« [a]u binôme énonciation de la règle-soumission à la règle doit alors se substituer cette idée [...] d'*enjeu*, de *stratégie* ou encore d'*interactions* »⁸⁸⁸. C'est d'ailleurs la conception même de la démocratie qui est traversée par ce glissement : la démocratie représentative impliquant les citoyens à travers le mode d'élection de leurs représentants et *in fine*, de délégation politique, semble à présent cheminer vers leur participation directe à la production même des politiques publiques⁸⁸⁹. Les procédures de concertation, de consultation et de négociation deviennent la marque ultime de validation et obéissent à une mobilisation politique de la société civile sans précédent : on parle d'une nouvelle conception *active* de la citoyenneté, au sein d'un processus de démocratie participative⁸⁹⁰.

Le glissement d'une régulation verticale, dogmatique et autoritaire à une régulation plus horizontale, pragmatique et négociée n'augure toutefois pas de la disparition des caractéristiques du premier terme au profit de la résonance unique des seconds, mais plutôt de l'émergence des seconds aux côtés des premiers. En ce sens, si l'autorité juridique de l'État doit à présent jouer au sein de tout un ensemble d'autres pôles normatifs, elle demeure présente sur la scène normative, dans bien des cas comme l'actrice principale de la pièce. De plus en plus fréquemment, il arrive néanmoins que le juge lui vole la vedette...

c. Le juge équilibriste

Dans leur modèle théorique du droit en réseau, François Ost et Michel van de Kerchove délivrent une longue réflexion au sujet du raisonnement judiciaire. Dans son ensemble, si la rationalisation du travail du juge dans le droit en réseau connaît encore bon nombre d'interrogations⁸⁹¹, une chose est certaine : le rôle du juge y est bien plus prédominant qu'il ne l'était dans l'approche libérale du droit moderne. Il jouera tant dans la détermination du sens de la norme que dans celle du comportement, pour finalement décider du poids des intérêts en jeu dans le contexte factuel et normatif considéré dans une recherche de proportionnalité. La légalité des actes et des comportements est relative, elle dépend des circonstances de l'espèce, privilégiant dans le travail du juge les exercices de balance des intérêts et les règles de proportionnalité.

⁸⁸⁸ *Id.*, p. 211.

⁸⁸⁹ *Id.*, p. 301 à 303.

⁸⁹⁰ *Id.*, p. 305.

⁸⁹¹ À ce sujet, voir F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 438 à 443.

En ce sens, les professeurs Ost et van de Kerchove assimilent la pratique interprétative à la dialectique du jeu dans laquelle le juge « est à la fois libre et contraint : libre en raison de la polysémie virtuelle et de la texture ouverte des termes du langage ordinaire, contraint par la structure, discursive et juridique, du champ considéré »⁸⁹². Ce nouveau rôle du « juge-entraîneur »⁸⁹³ est indissociable des apports des théories sociologiques du droit et du courant réaliste, pour lesquels le centre de gravité du droit se déplace en direction du social : « [l]a solution ne procède plus d'une déduction *a priori*, mais d'un équilibrage progressif, d'un ajustement continu d'intérêts sans cesse redéfinis »⁸⁹⁴.

Par ailleurs, dans cette logique plus sociale, les juges ne sont pas exemptes des effets de leur décision. Il ne s'agit plus seulement d'imposer un jugement et d'éventuelles sanctions, mais également d'assurer un contrôle continu des effets de l'action judiciaire. Or, comme le souligne Jacques Commaille, « l'activité judiciaire ne se limite pas au jugement, à l'adjudication, mais elle est susceptible de produire des résultats qui sont socialement indésirables »⁸⁹⁵. Partant, le rôle des juges dépasse fortement celui du simple orateur de la loi et les transforme en véritables acteurs de l'action publique⁸⁹⁶. Ils disposent d'une influence considérable, voire d'une force créatrice de normativité sociale, ainsi que d'un pouvoir, sinon un devoir, de supervision de la mise en œuvre de l'action. Pour ce faire, le recours aux experts se fait de plus en plus routinier dans la pratique judiciaire. Accompagnant un certain effacement des cloisons entourant le droit et l'échec de l'omnipotence juridique, le savoir du juge ne suffit plus à satisfaire ses fonctions. Le recours aux ressources externes, principalement à travers les expertises psychosociales, lui permet alors de combler ses lacunes : l'accomplissement de sa fonction nouvelle quant aux finalités qu'il poursuit à travers ses décisions trouve dans ces experts du social tant un appui qu'une légitimation à leurs jugements. Les effets concrets sur l'individu et la société que les juges produisent, ou du moins cherchent à produire par leur décision, sont d'une nature telle que la seule référence au droit classique n'est plus suffisante⁸⁹⁷. La quête vers un fondement plus scientifique les mène en toute logique vers les expertises jouant *hors* du droit, car il ne s'agit pas pour les juges « d'appliquer des règles de droit, mais de mettre le droit au service de la poursuite d'objectifs de politique publique »⁸⁹⁸. Certains

⁸⁹² *Id.*, p. 445.

⁸⁹³ F. OST, préc., note 642, p. 475 et 476.

⁸⁹⁴ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 433.

⁸⁹⁵ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 213.

⁸⁹⁶ *Id.*, p. 214.

⁸⁹⁷ *Id.*, p. 224.

⁸⁹⁸ *Id.*, p. 227.

affirment dans cette lignée que la justice d'aujourd'hui constituerait un véritable « service public »⁸⁹⁹.

L'accroissement du rôle du juge dans les questions sociétales sur le plan individuel par l'entremise des jugements d'espèce se déploie également sur le plan social. Certains parlent alors de la justice comme d'une « arène », « où le but peut être moins d'obtenir un jugement favorable que de contribuer à promouvoir une cause ou à imposer un problème comme problème public en le projetant dans l'espace public »⁹⁰⁰. L'histoire de certaines grandes questions de société ayant traversé le Québec illustre parfaitement ce mécanisme : que l'on prenne la question de l'avortement⁹⁰¹, ou encore plus récemment, celle de l'aide médicale à mourir⁹⁰², c'est sur la base de leur judiciarisation que les débats de société furent dynamisés et que les choix législatifs, devenus indispensables, suivirent rapidement. Guy Rocher perçoit dans cette judiciarisation des dilemmes moraux un dérapage effréné de l'éthique vers le droit⁹⁰³.

En outre, beaucoup d'auteurs englobent cet accroissement du rôle des juges dans un phénomène de judiciarisation plus large, qui atteindrait particulièrement la vie politique et sociale. François Ost décrit ce phénomène par la « dominance du mode judiciaire sur tous les autres modes de règlement des conflits, et même, plus largement, recomposition des rapports entre les pouvoirs législatifs, exécutif et judiciaire »⁹⁰⁴, au bénéfice de ces derniers faut-il comprendre. Cette judiciarisation se manifeste notoirement dans les instances constitutionnelles, garantes suprêmes de l'équité procédurale. L'illustration de ce pouvoir de changement social détenu par les juges prend forme à travers les « cas dans lesquels les acteurs judiciaires cherchent à faire d'une vérité judiciaire singulière le symbole d'une vérité plus générale tendant à trancher des controverses politiques »⁹⁰⁵.

Un tel phénomène peut être rapproché de la première vision de la légalité rapportée au droit comme Raison, en ce sens que c'est à l'instance judiciaire, l'arbitre axiologiquement neutre, l'oracle de la Raison, qu'il revient de trancher les aspirations sociales ; mais aussi de la

⁸⁹⁹ *Id.*, p. 229.

⁹⁰⁰ *Id.*, p. 336.

⁹⁰¹ *Daigle c. Tremblay*, [1989] 2 R.C.S. 530 1748 (CSC).

⁹⁰² *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331.

⁹⁰³ G. ROCHER, préc., note 610, p. 408 ; voir aussi Daniel WEINSTOCK, « Le droit n'est pas l'éthique, et l'éthique n'est pas le droit : contre la confusion des genres », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit = All purpose law : exploring contemporary functions of law*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 185.

⁹⁰⁴ F. OST, préc., note 642, p. 543.

⁹⁰⁵ Julie ALLARD *et al.*, *La vérité en procès. Les juges et la vérité politique*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, coll. Droit et Société, série Recherches et Travaux, 2014, p. 69, cité dans *Id.*, p. 342.

deuxième face de la légalité dans laquelle la justice est connectée au social et doit, en ce sens, décider des enjeux cuisants au sein de la société.

d. Le justiciable : nouvel acteur du droit et de la justice

Déjà à la lecture de tout ce qui précède dans cette seconde partie de thèse, en particulier de la description des trois nœuds du réseau dans le régime post-moderne, le justiciable apparaît à plusieurs reprises, il semble prendre une place croissante. Il est en effet à la base de la justice pragmatique et proximale procédant du bas vers le haut ; à la base de ce droit associant la société tant à sa production qu'à sa mise en œuvre, ou encore à sa légitimité. Cette transition vers l'acceptation d'une justice participative⁹⁰⁶ répond à un désir accru des citoyens de participer plus activement à la justice⁹⁰⁷, ainsi qu'à l'enjeu général d'amélioration de l'accès à la justice.

Bon nombre de défis demeurent toutefois en lisse afin de réconcilier, ou du moins de faire collaborer, la culture juridique professionnelle, propre aux praticiens du droit, et la culture profane, celle des citoyens, afin que ces derniers puissent s'y impliquer réellement⁹⁰⁸. Cela suppose évidemment une certaine mise à disposition du droit et de la justice au bénéfice des justiciables en passant notamment par une vulgarisation du savoir juridique issue des professionnels⁹⁰⁹.

La participation des usagers au droit et à la justice est de plus en plus répandue et politiquement saluée : elle s'illustre tant au niveau de la production du droit qu'à celui de sa mise en œuvre. De nos jours, « [l]a délibération doit être collective et la décision négociée », nous dit Jacques Commaille⁹¹⁰. De nombreux procédés existent depuis déjà bien longtemps en termes d'association des citoyens à la fabrique du droit⁹¹¹. Notons par exemple les consultations ou audiences publiques préalables à l'adoption d'une nouvelle loi : dans ce cas, un Ministre ou un représentant décide d'entendre des particuliers, groupes de particuliers ou professionnels au sujet d'un projet de loi en cours. Le gouvernement peut aussi décider de soumettre une loi à une

⁹⁰⁶ G. ROCHER, préc., note 610, voir le chapitre 3 : « Les cultures juridiques professionnelles et profanes ».

⁹⁰⁷ Un récent sondage de l'Institut québécois de réforme du droit et de la justice, présidé par Pierre Noreau, a révélé un très fort appui à l'idée que les citoyens peuvent contribuer à définir les lois (95 %), à les proposer (84 %), à les adopter (77 %) et à les évaluer (75 %), sondage disponible sur le site de l'IQRDJ : <https://www.iqrdj.ca/>

⁹⁰⁸ préc., note 615, ch. 3.

⁹⁰⁹ *Id.*, p. 43 à 45.

⁹¹⁰ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 364 et 365.

⁹¹¹ G. ROCHER, préc., note 615, p. 267.

consultation publique afin que toutes personnes ayant à dire au sujet de cette loi puissent s'exprimer par sondage ou déposer un mémoire. On peut également penser aux enquêtes publiques ou encore aux référendums, qui associent directement la population à la réflexion et production normatives⁹¹². Si ces processus permettent aux citoyens de faire entendre leurs opinions au sujet des lois, aucune obligation formelle ne s'y rattache à l'égard du gouvernement, qui demeure libre de suivre ou non les recommandations publiques. Néanmoins, plus l'opinion de la population est forte et unie, plus il sera difficile à l'État de l'ignorer, au risque de perdre de sa légitimité. Notons également qu'avec le développement des outils technologiques, les moyens de tenir de telles consultations ou encore ceux permettant aux citoyens de se faire entendre de leur propre initiative ne font que se multiplier. Par ailleurs, tel que nous le disions plus haut, l'effectivité sociale des lois est gage de légitimité de l'État. Ce dernier a donc tout avantage à entendre ce qu'ont à dire les citoyens, de qui dépendra directement l'effectivité des lois. *A priori*, plus ceux-ci auront été écoutés, plus les lois seront observées⁹¹³. Une méthode d'autant mieux accueillie qu'elle gagne l'adhésion générale étant perçue comme plus démocratique et transparente tel que le souligne Guy Rocher :

En même temps, contrairement à ce que l'on croit parfois, l'État ne perd pas le pouvoir ; ma conclusion, c'est que l'État a gagné en pouvoir ce qu'il a accepté de laisser tomber en autorité parce que, par la négociation et, surtout, par la consultation, il s'assure que sa loi a des chances d'être mieux observée et qu'à travers cela son contrôle sera mieux assis⁹¹⁴.

Aux côtés de la pratique très ancienne des jurys populaires⁹¹⁵, l'un des pans les plus visibles de la place grandissante accordée au justiciable en matière de droit et de justice est probablement l'essor récent des modes de prévention et de règlement des différends (PRD)⁹¹⁶, dont la réussite dépend presque exhaustivement des justiciables eux-mêmes. Ces procédés visent justement à éviter, ou du moins limiter au strict nécessaire, la voie judiciaire en recourant à un réseau toujours plus dense de médiateurs et de conciliateurs. L'évolution en faveur de cette

⁹¹² F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 109.

⁹¹³ Valérie Demers souligne en ce sens la relation étroite qui lie l'adhésion idéologique à la norme et le comportement des destinataires : plus on approuve la norme, plus on s'y conforme, dans *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 32 à 34.

⁹¹⁴ G. ROCHER, préc., note 615, p. 268.

⁹¹⁵ Sur la signification des jurys populaires en termes de conception de la justice immanente, on pourra lire J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 79.

⁹¹⁶ Jacques Chevallier fait le même constat de la multiplication récente des modes alternatifs de résolution des conflits en France, dans « La participation des citoyens au fonctionnement de la justice », dans Michel WIEVIORKA (dir.), *Rendre (la) Justice*, Éditions Sciences Humaines, Auxerre, France, 2013, p. 219. Pour une brève présentation de ces différents modes de PRD, on pourra consulter le site du Ministère de la justice du Québec : <https://www.justice.gouv.qc.ca/vos-differends/modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends-prd/>, ou celui de la Cour du Québec, <https://courduquebec.ca/modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends> .

nouvelle approche de règlements des différents fut concrétisée au Québec en novembre 2014 par la signature de la *Déclaration de principe sur la justice participative* par la ministre de la Justice du Québec et d'une soixantaine d'autres acteurs, notamment juridiques⁹¹⁷. La Déclaration se prononce en faveur de la « Justice participative » qui « mise sur la participation active et responsable du citoyen qui pourra choisir, selon le degré d'implication qu'il souhaite, le ou les moyens à utiliser pour résoudre complètement ou partiellement le conflit ». La promotion de ces nouveaux procédés de résolution des conflits fut également ancrée textuellement par l'adoption en 2014 du nouveau *Code de procédure civile* qui laisse la place du roi aux modes privés de règlement à l'amiable, puisque consacrés dès le premier article. Ce dernier oblige les parties à « considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux »⁹¹⁸.

Parmi ces nouveaux modes alternatifs, on retrouve principalement la négociation, la médiation, ainsi que l'arbitrage, faisant systématiquement intervenir un tiers dans la résolution ou la prévention des conflits. Plusieurs autres dispositions du *Code de procédure civile* viennent favoriser l'utilisation de ces PRD. Soulignons, par exemple, la possibilité pour le juge de suspendre l'instance si l'affaire est susceptible d'être réglée à l'amiable⁹¹⁹, ou encore l'approche plus contraignante en matière familiale⁹²⁰, par le biais de l'article 417, qui oblige systématiquement les parties à participer à une séance d'information portant sur la parentalité et la médiation, ainsi que de l'article 420, qui permet au juge de suspendre l'audience ou d'ajourner l'instruction en tout temps pour permettre aux parties d'entreprendre une médiation.

Ces modes de règlement des conflits permettent d'éviter le passage au tribunal, expliquant dès lors que l'on parle parfois de justice parallèle⁹²¹. Le juge n'usera pas d'un pouvoir adjudicateur, mais prendra plutôt le rôle d'un arbitre ou d'un conseiller neutre. Ces procédés peuvent faire intervenir une tierce personne (parfois le juge, souvent un médiateur), dont le but est d'aider les parties à trouver un commun accord, ou se limiter à une discussion entre les parties elles-mêmes, dans le cas de la négociation. Les personnes impliquées jouent

⁹¹⁷ Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHOTEGBE et Elvis GRAHOVIC, « L'article 1er du Nouveau Code de procédure civile du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », (2016) 49-2 *Rev. Jurid. Thémis* 487, 497.

⁹¹⁸ Sur la signification, la portée et l'importance de cet article premier, on pourra lire J.-F. ROBERGE, S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE et E. GRAHOVIC, préc., note 917.

⁹¹⁹ *Code de procédure civile*, c. C-25.01, art. 156.

⁹²⁰ Nous reviendrons plus longuement sur la médiation en matière familiale puisqu'elle peut concerner l'enfant, voir *infra* Partie III, chapitre 2, B, 3, b.

⁹²¹ J.-F. ROBERGE, S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE et E. GRAHOVIC, préc., note 917, 224.

un rôle bien plus actif que dans le cadre d'un procès classique puisque c'est à elles de trouver une solution. Elles communiquent librement, discutent et collaborent pour s'entendre sur une décision finale qu'elles sont seules à élaborer, contrairement aux procédures judiciaires plus classiques dans lesquelles c'est le juge qui ordonne sa décision finale. De très nombreux avantages sont soulignés et répertoriés⁹²², notamment une réduction significative des coûts et des délais, une meilleure administration et une meilleure accessibilité à la justice, ainsi qu'une plus grande efficacité, acceptation, appropriation, durabilité et satisfaction à l'égard de la décision finale dans la mesure où les personnes concernées l'ont-elles-mêmes directement choisie.

Par ces procédés, on rejoint directement l'alternative au droit comme référence : celle du droit comme ressource ; une ressource mise à la disposition des justiciables afin de résoudre personnellement les conflits qu'ils rencontrent⁹²³. Une réappropriation sociale de la justice déjà amorcée par l'émergence puis la prolifération du mode contractuel⁹²⁴. On rejoint également l'idée d'une justice de proximité⁹²⁵ qui serait immanente et connectée au social, marche supplémentaire dans l'horizontalisation des rapports sociojuridiques⁹²⁶.

Dans l'ensemble de ces procédés dans lesquels la population est associée, voire initiatrice, de la production et de l'application normative, le droit n'est pas pour autant absent. Il joue, tel que nous venons de le voir, un rôle plus procédural en encadrant ces pratiques⁹²⁷. Il se contente d'énoncer des directives générales, tel que favoriser les modes alternatifs de résolution des conflits, sans pour autant prescrire chaque détail de la mise en œuvre ; il se limite à une régulation indirecte, embrassant elle-même une multitude de phénomènes d'autorégulation. La participation du justiciable se joint finalement parfaitement aux caractéristiques des trois autres nœuds du réseau que nous avons relevées précédemment.

⁹²² Voir à ce sujet les résultats de l'enquête empirique menée en 2014, Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport préliminaire de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, 2014.

⁹²³ Voir *infra*, Partie II, chapitre 1, A, 5.

⁹²⁴ J. COMMAILLE, *préc.*, note 684, p. 345.

⁹²⁵ J. CHEVALLIER, *préc.*, note 916 aux pages 224 et 230.

⁹²⁶ Voir *infra*, Partie II, chapitre 1, B, 2.

⁹²⁷ F. OST et M. van de KERCHOVE, *préc.*, note 647, p. 110. Par ailleurs, le droit demeure le cadre de référence puisqu'il reprendra sa finalité classique dès lors que le processus alternatif échoue.

De l'étude ces quatre acteurs principaux du régime de régulation sociojuridique post-moderne, le droit réflexif, l'État manager, le juge équilibriste et le justiciable actif, se dégagent certaines caractéristiques constantes. Replacés au sein de la structure réseautique, ces nœuds connaissent en effet des dynamiques confluentes. De même que nous avons mis de l'avant les mouvements régulatoires des logiques juridiques modernes dans notre premier chapitre, nous proposons, dans cette dernière section, de nous servir de ces dynamiques croisées du droit, de l'État, du juge et du justiciable dans le régime de régulation post-moderne pour qualifier les interactions qui le définissent.

B. Les composantes de la nouvelle matrice des interactions régulatoires : négociation, flexibilité, pluralisme, complexité et incertitude

Suite au passage d'un modèle de rationalité fondé sur la formalisation à un modèle de légitimation sociale, qu'en est-il de l'équation régulatoire de nos jours ? La détermination d'un modèle étant bien plus performante une fois celui-ci observé jusqu'à sa fin, nous nous limiterons ici à énoncer quelques-unes des caractéristiques retrouvées dans la plupart des écrits associés à la post-modernité. Le choix de ces termes demeure un possible parmi d'autres dont nous ne prétendons aucunement l'exclusivité, ni même la complétude. Nous tentons simplement ici de soulever quelques aspects prégnants du régime de régulation post-moderne et non pas de le définir avec exactitude, ce qui d'ailleurs, s'avèrerait totalement contrintuitif, étant donné l'incertitude qui le caractérise.

Nous avons choisi cinq paramètres pour caractériser les interactions dans le régime de régulation sociojuridique post-moderne : négociation (1), flexibilité (2), pluralisme (3), complexité (4) et incertitude (5). Notons que s'ils diffèrent dans l'intitulé, nous recroisons néanmoins les termes choisis par d'autres. Jean de Munck et Marie Verhoeven illustrent, par exemple, les mutations du rapport à la norme à l'aide des notions suivantes : « hybridation, interaction, contextualisation et horizontalisation des contrôles »⁹²⁸. Pauline Maisani et Florence Wiener s'accordent quant à elles pour qualifier le droit post-moderne de « fluctuant, banalisé et étendu, pluriel et souple »⁹²⁹. Notons également la perspective de Jacques Chevallier, qui identifie le droit post-moderne en opposant ses termes à ceux du droit moderne ; ainsi, nous

⁹²⁸ J. de MUNCK et M. VERHOEVEN, préc., note 637 à la page 271.

⁹²⁹ Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », (1994) 27-1 *Droit Société* 443, 448.

dit-il, « à l'unité, il oppose [...] le pluralisme ; à la hiérarchie, la diversité ; à la contrainte, la régulation ; à la stabilité, l'adaptabilité. »⁹³⁰

Quels que soient les termes choisis pour les qualifier, ces caractéristiques participent d'un même élan régulateur. Tels que nous le verrons, elles se répondent toutes, et si certaines prennent appui sur d'autres, ce n'est que pour mieux les alimenter dans une logique d'endogénéité et de réciprocité sur laquelle nous ne saurions trop insister.

1. *Négociation*

Le glissement social du dogmatisme au pragmatisme, dont nous avons déjà parlé⁹³¹, favorise la montée en puissance des processus de négociation dans l'ensemble du système politico-juridique. Il ne s'agit plus de se soumettre à une autorité unique dont le pouvoir régalien, légitime par principe, suppose une régulation purement verticale, mais plutôt d'envisager l'horizontalité des rapports, du moins dans leur légitimation, impliquant par voie de conséquence un pouvoir réciproque des régulés/régulants. Le principal changement par rapport à la structure moderne figure ainsi dans l'implication réelle des acteurs sociaux, et pour ce faire, rien de tel que la contractualisation. En ce sens, de nombreux auteurs soulignent l'expansion de ce phénomène que l'on peut décliner, comme le propose François Ost, sur trois niveaux : l'édiction de la norme, sa mise en œuvre sous la forme négociée et particularisante, et son application contentieuse par le biais de règlements négociés⁹³².

Mécanisme de mise en œuvre de la négociation, l'élaboration des normes est tout d'abord soumise à un processus de concertation. Tel que le souligne le professeur Benyekhlef, le pouvoir régalien de l'État s'affaiblit pour laisser place aux acteurs privés, encouragés à définir eux-mêmes les normes relatives à leurs activités. Ces dernières doivent s'insérer dans les lignes directrices et les objectifs ciblés par l'État⁹³³, et résultent ainsi d'un compris indirect entre les pôles publics et privés. Ces processus de concertation permettent de s'assurer de la légitimité de ces normes qui, rappelons-le, repose à présent bien plus sur leur effectivité que sur

⁹³⁰ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 30.

⁹³¹ Voir *supra* Partie II, chap. 1, B, 1.

⁹³² L'auteur fait ici référence à l'ouvrage dirigé par Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, dans F. OST, préc., note 642, p. 210.

⁹³³ K. BENYEKHLEF, préc., note 643, p. 777.

leur consécration symbolique : « une norme ne peut s'appliquer avec efficacité que si ses destinataires ont participé peu ou prou à son élaboration »⁹³⁴.

Une fois édictée, les destinataires doivent s'approprier activement la norme⁹³⁵, tant pour la légitimer, que pour la rendre socialement effective. Le passage s'amorce alors depuis un droit *imposé* vers un droit *approprié*⁹³⁶. Au niveau des politiques publiques, cette transition se traduit fréquemment par le *partenariat* associant, par exemple, les structures privées aux services publics par le biais d'une gestion déléguée⁹³⁷. Il ne s'agit plus seulement d'imposer, mais aussi de convaincre, d'associer, de négocier, voire de justifier. La matrice d'obéissance est dorénavant tributaire de l'acceptation sociale⁹³⁸, qui repose directement sur les processus de participation ou de coparticipation à la norme obligatoire.

Par ailleurs, la multiplication des mécanismes de négociation conquiert un autre aspect de l'appareil juridique : celui du règlement des conflits. Depuis le schéma classique d'un procès en bonne et due forme dans lequel le juge dispose, des méthodes moins traditionnelles émergent progressivement, proposant des alternatives à la résolution judiciaire. Dans l'objectif de désengorger les tribunaux, ou encore d'accentuer la participation du justiciable afin de garantir une justice de proximité, ces nouveaux moyens se caractérisent par la tenue de négociation entre les parties. Celles-ci sont libres de proposer, discuter et même de décider de l'issue de la procédure. De nombreux champs juridiques proposent ces alternatives, que l'on pense, par exemple, au domaine familial dans lequel le recours à la médiation ou au règlement de conflits à l'amiable (notamment dans les procédures de divorce) ne cesse de se multiplier⁹³⁹. Ces procédés permettent de redéfinir la justice sur le plan social, concret et individuel. Celle-ci n'est plus un idéal moral transcendantal, mais un outil à la disposition de chaque individu et capable de s'adapter personnellement. En ce sens, ces pratiques de négociation s'alignent vers un « modèle de régulation des rapports sociaux, au sens large, moins "institutionnel / autoritaire" ou moins "contradictoire" (*adversarial*) »⁹⁴⁰.

⁹³⁴ *Id.*

⁹³⁵ J. de MUNCK et M. VERHOEVEN, préc., note 637 à la page 272.

⁹³⁶ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 380.

⁹³⁷ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 27.

⁹³⁸ V. DEMERS, préc., note 913, p. 32 à 34.

⁹³⁹ Au Québec, le nouveau code de procédure civile entré en vigueur au 1er janvier 2016 a fortement mis de l'avant le recours à la médiation et plus largement aux modes privés de règlement d'un différend, en obligeant notamment les parties à les considérer avant de s'adresser aux tribunaux, ou encore en y consacrant son Livre VII, divisé en deux parties : Titre I. La médiation et Titre II. L'arbitrage. À ce sujet, on pourra notamment lire J.-F. ROBERGE, S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE et E. GRAHOVIC, préc., note 917.

⁹⁴⁰ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 122.

Preuve ultime de ce déplacement depuis une justice supérieure et dogmatique vers une justice quotidienne et pragmatique, la fonction du médiateur qui n'est point scellée d'une autorité particulière vis-à-vis des parties. Il joue le rôle d'un arbitre. La légitimité de la décision prise dans ces circonstances se fonde sur l'acceptation mutuelle des parties et aucunement sur une Raison supérieure ou une norme purement formelle. Notons toutefois à nouveau que le droit n'est pas absent de ces mécanismes, il en prévoit la forme et le déroulement et ce faisant, demeure indispensable à la réussite de la médiation⁹⁴¹. Le droit entre en jeu de manière procédurale, nous dirons même instrumentale, afin de garantir au mieux l'équilibre des forces en présence⁹⁴². Néanmoins, l'encadrement de ces procédures demeure volontairement flexible, afin de garantir une plus grande souplesse dans son application : l'objectif est plus important que le moyen d'y parvenir, impliquant dès lors une diversité des modèles de pratique⁹⁴³.

Du reste, de nombreux auteurs mettent en lumière cette tendance à la procéduralisation du droit, qui répond entre autres, au souci de participation des destinataires des décisions⁹⁴⁴. Le domaine dans lequel le glissement est le plus éclatant est probablement le domaine pénal : gardien de l'ordre public, ce dernier était une, sinon la valeur forte de l'État de droit moderne⁹⁴⁵. L'apparition dans ce domaine spécifique d'une justice procédurale empreinte de mécanismes de médiation et inscrite dans un idéal de restauration sociale, semble plus que jamais creuser le fossé avec la normativité traditionnelle⁹⁴⁶.

Ces processus de négociation dans l'élaboration et l'application de la norme donnent forme à une démarche nouvelle, que le professeur Chevallier qualifie d'incrémentale et qui vise à entourer le droit d'un consensus populaire émanant d'une délibération collective⁹⁴⁷. Or, le

⁹⁴¹ En outre, c'est au juge que reviendra la décision finale si la médiation échoue.

⁹⁴² Denis SALAS, « Le droit familial à la recherche de références », dans Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 199 à la page 205.

⁹⁴³ Pierre NOREAU et Samia AMOR, « Médiation familiale : de l'expérience sociale à la pratique judiciaire », dans Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU et Richard CLOUTIER, *Familles en transformation. La vie après la séparation des parents : Bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Presses Universitaires de Laval, 2004, p. 269 à la page 276 à 278.

⁹⁴⁴ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 362 et 363.

⁹⁴⁵ Yves CARTUYVELS, Françoise DIGNEFFE et Dan KAMINSKI, « Droit pénal et déformalisation », dans Jean de MUNCK et Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 219 à la page 219.

⁹⁴⁶ Sur les changements du rapport à la norme dans le domaine pénal, on pourra lire Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE et D. KAMINSKI, préc., note 945.

⁹⁴⁷ J. CHEVALLIER, préc., note 4, 20.

consensus, contrairement au pouvoir autoritaire unilatéral, impose aux acteurs d'accepter les compromis et la relativisation de leurs ambitions. Dès lors, l'issue décisionnelle se fait généralement plus ouverte. La norme perd en précision ce qu'elle gagne en légitimité, et laisse ainsi place à une plus grande flexibilité.

2. Flexibilité

La flexibilité normative se déploie sur plusieurs niveaux que nous examinerons brièvement ici. La norme est tout d'abord affectée dans sa texture. On parle ainsi de *droit souple*, *droit mou*, *droit flexible*, *soft law*, soulignant l'atténuation, ou parfois la disparition, de sa dimension contraignante⁹⁴⁸. Ce droit s'illustre à travers des alternatives à la régulation législative classique tels que les codes de conduites, les directives et les plans stratégiques⁹⁴⁹, qui se limitent à identifier des objectifs ou des principes cadres. Ces normativités permettent non seulement de gagner la satisfaction d'un plus grand nombre en offrant une marge d'interprétation ouverte, mais aussi d'atteindre une efficacité plus grande, en laissant le soin à chaque pôle normatif plus restreint de choisir le moyen le plus opportun pour satisfaire ces finalités. Le droit se montre alors moins prescriptif, « les normes perdent de leur impérativité pour être simplement directrices »⁹⁵⁰. Elles énoncent les principes cadres pour des actions qui seront déterminées par d'autres, les objectifs à atteindre ou encore les recommandations n'ayant pas de force strictement obligatoire⁹⁵¹. On transigerait de la sorte vers un régime de régulation juridique, dans lequel, nous dit Jacques Commaille, « à la coercition, à l'imposition et à la menace de sanction se substituent le conseil, l'incitation, la persuasion, la recherche de réciprocité, au point même que le terme "droit" puisse être proscrit dans la mesure où il est connoté »⁹⁵².

Conséquence directe de cette souplesse accrue, le droit perd en précision au profit de termes généraux et indéterminés qui lui permettent d'embrasser chacun des foyers normatifs, en plus d'accroître sa légitimité sociale : plus la norme est floue, plus elle englobe la détermination que chacun souhaitera y trouver. Et plus largement, ainsi que l'affirme le doyen

⁹⁴⁸ *Id.*, 14.

⁹⁴⁹ K. BENYEKHLEF, préc., note 643, p. 774.

⁹⁵⁰ P. MOOR, préc., note 641 à la page 24.

⁹⁵¹ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 143.

⁹⁵² J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 180.

Carbonnier, « tout argument théorique s’effaçant, c’est en utilité pratique, si c’est une plus grande utilité, pour le droit, que d’être moins rigide, de pouvoir mieux s’adapter aux choses et aux personnes »⁹⁵³. En contrepartie, la rigueur et la clarté, qui caractérisaient le droit dans le régime moderne, sont prises au dépourvu par cette flexibilité nouvelle associée à la post-modernité. De même, sa force obligatoire se perd dans une dimension normative plus souple qui ne saurait être réduite à la seule contrainte⁹⁵⁴. « Ce que [la loi] perd en sécurité et en normativité, elle cherche à le compenser en adaptabilité et en rapidité »⁹⁵⁵, souligne en ce sens François Ost.

Finalement, cette flexibilisation de la norme et du fonctionnement régulateur participe d’un mouvement plus général de relativisation qui touche l’ensemble de la mécanique régulateur. On désacralise en effet les termes qui semblaient auparavant constituer les socles de la modernité et des conceptions socio-politico-juridiques correspondantes. Notons, par exemple, la relativisation des frontières, éléments clefs dans la constitution de l’État-Nation, à la lumière du mouvement de globalisation qui ne répond aucunement d’un mode de régulation traditionnel et pyramidal. L’approche « droit et société », qui exclut l’alternative proposée par l’expression « droit ou société », vient également altérer la frontière hermétique bâtie par le positivisme juridique autour du droit. On pourrait ici parler d’une forme de relativisation des frontières isolant le droit du social, mais aussi du politique, avec les mouvements sociaux ou politiques du droit qui le mêlent à des luttes desquelles il s’évertuait à s’extraire dans la vision civiliste. Le droit conçu comme un outil, une arme ou une ressource, particulièrement aux mains des groupes sociaux, des individus ou encore des politiciens, participe de ce décloisonnement de l’univers juridique. Les clôtures entourant solennellement le droit et ses acteurs dans la conception moderne se liquéfieraient progressivement dans un monde plus incertain, où règnent la récursivité et l’interaction complexes des mécanismes de tout ordre. Participant de cette flexibilisation ubiquiste, le pluralisme trouvait terrain fertile à son déploiement.

⁹⁵³ J. CARBONNIER, préc., note 664, p. 79.

⁹⁵⁴ J. CHEVALLIER, préc., note 622, p. 145.

⁹⁵⁵ F. OST, préc., note 642, p. 535.

3. *Pluralisme*

Les juristes sont de plus en plus nombreux à s'intéresser au pluralisme juridique, identifié comme un, sinon LE concept-clef de la vision post-moderne du droit⁹⁵⁶ ; une diversité de normes dépassant la seule source étatique qui se faisait jusque récemment garante du modèle pyramidal moderne. Néanmoins, et en accord avec le professeur Benyekhlef, le pluralisme juridique est loin d'être nouveau et, s'il contraste avec l'époque moderne, il semble que, à l'échelle des sociétés humaines, ce soit plutôt celle-ci qui se distingue par le monopole accordé à l'État⁹⁵⁷. En ce sens, l'idéologie moniste propre à la modernité juridique scande la « prédominance et l'omniprésence du droit de l'État », et partant, « cache[nt] l'existence d'autres formes de régulation »⁹⁵⁸.

Deux acceptions dérivent de l'idée de pluralisme juridique. À un premier niveau, le pluralisme joue dans le cadre infra-étatique⁹⁵⁹ : autrement dit, au sein même de l'ordre juridique étatique, l'unicité des normes que poursuivait l'idéal moderne du monisme est remise en cause par son incapacité à embrasser la complexité des situations sociales. Il doit exister des solutions juridiques différentes pour traiter des situations faussement identiques⁹⁶⁰. L'essence même de notre domaine d'analyse, le droit de l'enfant, vient appuyer cette première pluralité juridique : le droit prévoit des solutions normatives différentes pour traiter d'une même situation selon qu'elle concerne un mineur ou un majeur. On pourrait en outre référer aux politiques publiques mises en place par l'État providence dont les traitements différentiels sont l'illustration idéale de la non-uniformité du droit de l'État, se reflétant en matière de droits fondamentaux dans la recherche d'égalisation sociale.

La seconde acception du pluralisme, celle qui est la plus commentée dans la doctrine contemporaine, est celle du pluralisme extra-étatique. La conception moniste opérait selon un modèle d'intégration et d'indifférence : soit les phénomènes sont intégrés dans l'ordre juridique et deviennent ainsi du droit positif⁹⁶¹, soit ils sont ignorés par le système, auquel cas, ils ne

⁹⁵⁶ Boaventura de SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10-1 *Droit Société* 363, 382.

⁹⁵⁷ K. BENYekhLEF, préc., note 643, p. XXIX.

⁹⁵⁸ G. ROCHER, préc., note 615, p. 52.

⁹⁵⁹ Ces niveaux sont décrits par le professeur Benyekhlef dans préc., note 643, p. 37 à 39.

⁹⁶⁰ *Id.*, p. 38.

⁹⁶¹ Tel que l'énonce Guy Rocher, le droit positif se compose « 1° de l'ensemble des règles, normes et principes; 2° que l'on trouve dans les textes qui émanent ; 3° soit d'organismes publics ou étatiques habilités à dire le droit ; 4° soit de personnes, de groupes de personnes, d'organismes privés qui agissent ou passent des ententes en vertu de pouvoirs reconnus par l'État ou le droit de l'État », dans préc., note 610, p. 48.

peuvent être reconnus comme du droit. Dans le modèle pluraliste, on reconnaît au contraire qu'aux côtés de l'ordre juridique étatique, il existe d'autres ordres juridiques et que, dès lors, la régulation de la société ne passe pas uniquement par les normes étatiques.

Avant d'aller plus loin dans cette étude, une distinction s'impose entre le pluralisme normatif et le pluralisme juridique, le second constituant une sous-catégorie du premier. Le pluralisme normatif, qui s'entend de l'existence de plusieurs normes, ou de plusieurs ordres normatifs, a de tout temps été reconnu. Ainsi, dans la conception moniste dans laquelle seul l'ordre juridique est source de droit, il existe néanmoins d'autres ordres normatifs aussi sources de règles et de formes alternatives de régulation. Toutefois, ces autres ordres et les règles qui en émanent ne constituent point du droit. La situation correspond alors à celle d'un pluralisme normatif, mais d'un monisme juridique : il n'existe qu'un seul système juridique capable de produire du droit, ce qui vise notamment à garantir l'unicité et l'uniformité des règles. Le droit est *de facto* intimement lié à l'État⁹⁶², quand bien même il partage le pouvoir normatif avec d'autres. *A contrario*, les tenants de la conception pluraliste reconnaissent l'existence de plusieurs ordres juridiques. Selon eux, et nous adhérons à cette idée, la situation régulatoire est « infiniment plus complexe que ce que la dichotomie opposant le droit officiel au droit non officiel laisse croire »⁹⁶³.

L'interrogation au cœur des discussions entre pluralisme juridique et pluralisme normatif est celle de la juridicité des normes et de leurs ordres structurants⁹⁶⁴ : tous s'accordent à reconnaître l'existence d'un pluralisme normatif, mais beaucoup se divisent quant à la juridicité de ces ordres. Le questionnement n'est pas simple et intègre un ensemble d'acceptions relatives à ce qui fait qu'une norme est du droit⁹⁶⁵. Selon les perspectives adoptées, ce caractère juridique de la norme découle tantôt de la présence de sanction, tantôt de la légitimité de la

⁹⁶² *Id.*, p. 49.

⁹⁶³ Roderick A. MACDONALD, « Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J, 1996, p. 233 à la page 243.

⁹⁶⁴ C'est entre autres l'idée au cœur de la théorie juridique défendue par Gérard Timsit, selon laquelle : « [c]e qui fait l'objet de la science juridique, ce n'est donc pas la loi, ni le droit ainsi défini, mais la juridicité. On peut analyser la juridicité comme la propriété d'une norme qui fait que cette norme a la qualité de norme juridique. », dans préc., note 721, p. 4 et 5.

⁹⁶⁵ Le professeur Benyekhlef en fait un résumé très pertinent dans préc., note 637, p. 40 à 42 ; François Ost et Michel van de Kerchove analysent également les critères d'identité du système juridique dans ce contexte pluraliste dans préc., note 641, p. 188 à 197.

source productrice⁹⁶⁶, de l'action de la norme sur les justiciables, de son appartenance à un ordre juridique, ou encore de sa justiciabilité⁹⁶⁷. Nous pourrions presque affirmer qu'il y a autant de facteurs de juridicité de la norme qu'il y a d'auteurs qui cherchent à l'identifier. Néanmoins, notre utilisation du pluralisme dans le cadre de cette thèse ne nécessite pas de s'aventurer plus loin dans la juridicité des normes. Ce qui nous intéresse plutôt, au-delà de la reconnaissance du pluralisme, est la considération des rapports et les interférences entre les multiples normativités.

En effet, la présence concomitante de plusieurs références normatives requiert *de facto* la coordination de l'action d'individus ou groupes sociétaux multiples qui se réfèrent à une pluralité de modèles culturels⁹⁶⁸. On parle alors d'*interlégalité*, ou encore d'*internormativité* qui sont la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique⁹⁶⁹. C'est d'ailleurs ici, selon Guy Rocher, que réside la véritable plus-value du pluralisme juridique : « permettre d'explorer la dynamique des rapports d'influence entre les ordres juridiques, notamment entre l'ordre juridique étatique et les autres »⁹⁷⁰. Plusieurs ordres normatifs sont ainsi étudiés par les juristes et les sociologues pour en comprendre la connexion et le jeu d'interférences qu'ils établissent entre eux, ainsi qu'avec le pôle étatique. Gardant toujours un regard particulier relativement aux droits des enfants, nous citerons pour exemple l'ordre familial et l'ordre scolaire, élaborant chacun un ensemble de normes visant à réguler le comportement de l'enfant, et généralement assorti de sanctions.

Notons par ailleurs que la reconnaissance du pluralisme ne signifie pas la perte de toute particularité de la norme étatique — celle-ci ne se confond pas avec les normativités alternatives et demeure unique quant à sa légitimation démocratique. Il ne s'agit pas de mélanger l'ensemble des normes de manière égale sans égard à leur mode d'élaboration, ni même à leur juridicité, mais plutôt de reconnaître ces ordres concurrents et les phénomènes d'internormativité qui les lient.

⁹⁶⁶ C'est la vision moderne classique du droit reposant sur la légitimité du droit : une règle est droit si elle émane d'une source légitime, sous-entendue légitimée par l'appareil étatique.

⁹⁶⁷ François Ost définit la justiciabilité de la règle de droit par « le fait qu'elle est toujours susceptible d'être discutée devant un tribunal, soit pour elle-même, soit relativement à son application à telle ou telle situation », dans préc., note 642, p. 240.

⁹⁶⁸ A. BERTEN, préc., note 788 à la page 7.

⁹⁶⁹ B. de SOUSA SANTOS, préc., note 956, 382.

⁹⁷⁰ G. ROCHER, préc., note 615, p. 75.

Nous entendons l'internormativité selon le second sens qu'en dégage Guy Rocher, à savoir la référence « à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoir et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs »⁹⁷¹. L'interaction la plus simple et la moins perturbante pour le système moderne est celle de l'intégration d'une norme extérieure par l'ordre juridique étatique. Néanmoins, le phénomène d'internormativité se déploie dans tous les autres ordres normatifs, sans systématiquement passer par l'ordre juridique positiviste, ou parfois se faisant en sens inverse, c'est-à-dire qu'un système normatif intègre ou incorpore une norme de droit positif à l'intérieur même de son propre système. Le doyen Macdonald va même plus loin dans le contenu englobant de l'internormativité en constatant la présence de « fluctuations normatives », depuis l'existence de « différentes dynamiques de pouvoir et de contrepouvoir à l'intérieur même des ordres normatifs, ces dynamiques étant essentielles à la détermination des trajectoires des normes, des institutions normatives et des procédés normatifs »⁹⁷². On se retrouve face à un ordre juridique qui est « à la fois un champ social à l'intérieur duquel d'autres ordres juridiques (et normatifs) sont entremêlés, et aussi une simple composante d'un champ social plus grand dans lequel il s'entremêle avec d'autres ordres juridiques (et normatifs) »⁹⁷³.

À un niveau qui dépasse le domaine juridique en tant que tel et se situerait plutôt sur le plan épistémologique, le pluralisme est également mis de l'avant dans le partage ou la collaboration des savoirs disciplinaires. Partant d'une perception moniste et positiviste de la science, l'objet droit est l'apanage monolithique de la science du droit. À l'encontre de ce constat, les penseurs de la post-modernité prônent un « décloisonnement des disciplines », une collaboration qui, déjà admise dans la pratique, doit se déployer au niveau des savoirs théoriques⁹⁷⁴. Le volet opérationnel de ce pluralisme disciplinaire que la plupart s'accordent à soutenir est celui de l'interdisciplinarité, un véritable dialogue des savoirs autour d'une seule et

⁹⁷¹ Guy ROCHER, « Les “phénomènes d'internormativité” : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J, 1996, p. 25 à la page 28.

⁹⁷² R. A. MACDONALD, préc., note 963 à la page 258.

⁹⁷³ *Id.* à la page 260.

⁹⁷⁴ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 466.

même problématique — le phénomène juridique par exemple⁹⁷⁵. Cet échange consenti entre les disciplines se fonde à merveille dans la perspective dialectique que défendent les professeurs Ost et van de Kerchove dans leur théorie du droit en réseau. Aussi, ces derniers plaident-ils en faveur d'une :

conception interdisciplinaire de la science du droit, faisant de celle-ci une instance de médiation où se "nouent" des liens [...] entre la dogmatique juridique, d'une part, et les différentes sciences humaines, d'autre part, dont les différentes disciplines sont susceptibles d'être mobilisées selon la dimension (sociologique, politique, psychologique, historique, linguistique, etc.) sous laquelle le phénomène juridique se trouve tour à tour étudié.⁹⁷⁶

Décuplant les situations et les modèles à de nombreux niveaux, le phénomène du pluralisme normatif est par ailleurs indissociable de celui de la complexification. En ce sens, rappelons à nouveau que les théories pluralistes ne se confinent pas à la reconnaissance d'une multitude de normes ou d'ordres normatifs, mais souscrivent à des phénomènes dynamiques se déployant tant dans leur interaction que dans leur structuration. L'ensemble s'apparente alors à un « désordre juridique »⁹⁷⁷ ou une « mêlée normative aux attributs interdépendants et entrelacés »⁹⁷⁸, expressions marquant un flou évident face à une complexité inégalée.

4. Complexité

La pensée complexe, telle que formulée par Edgard Morin, est l'un des pans les plus visibles et connus du paradigme constructiviste, dont il se fait disciple. Dans cette perspective, nous adhérons à la définition qu'il en donne :

Ce n'est pas tant la multiplicité des composants, ni même la diversité de leurs interrelations, qui caractérisent la complexité d'un système : tant qu'ils sont pratiquement et exhaustivement dénombrables, on sera en présence d'un système compliqué (ou hypercompliqué), dont un dénombrement combinatoire pourrait permettre de décrire tous les comportements possibles (et par là de prédire son comportement effectif à chaque instant dès que la règle ou le programme qui les régit est connue) [...]

⁹⁷⁵ Voir notamment Pierre NOREAU, « Interdisciplinarité, regard de l'autre et compréhension du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre = In the eye of the beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 1 ; Pierre NOREAU, « Voyage épistémologique et conceptuel dans l'étude interdisciplinaire du Droit », dans Pierre NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre = In the eye of the beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 165.

⁹⁷⁶ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 472.

⁹⁷⁷ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, préc., note 807.

⁹⁷⁸ R. A. MACDONALD, préc., note 963 à la page 259.

C'est l'imprévisibilité potentielle (non calculable *a priori*) des comportements de ce système, liée en particulier à la récursivité qui affecte le fonctionnement de ses composants ("en fonctionnant ils se transforment"), suscitant des phénomènes d'émergence certes intelligibles, mais non toujours prévisibles.⁹⁷⁹

Dans l'univers juridique, la simplicité affiliée parfois candidement au droit moderne n'est pas soutenable dans le contexte post-moderne. Nous ne sommes plus face à un système juridique auto-suffisant dont la mécanique logico-déductive suffit à englober la réalité sociale par des catégorisations binaires. Au contraire, tel que l'affirme Luc Gonin, « cette trivialité propre à la Modernité, cette conviction que le flou n'est pas de ce monde, encore moins du domaine juridique, est battue en brèche par les flots de la post-modernité qui en font une règle obsolescente »⁹⁸⁰. Non seulement le fonctionnement du droit et les situations de régulation sont plus complexes, mais l'articulation même de la régulation, dans ses effets et dans ses représentations, se complexifie également. La légitimité normative s'en voit perturbée et soumise à un processus incertain et variable. Denis Salas illustre cette complexité en décrivant un paysage normatif, qui « ressemble moins à un défilé d'images qu'à un kaléidoscope toujours en mouvement pour chercher la bonne représentation, dans un mouvement foisonnant et indéterminé »⁹⁸¹. Dès lors, la complexité marque non seulement les processus de production et de réception normative, mais encore la nature même de la norme.

Dans le même élan, Roderick A. Macdonald illustre les caractéristiques fondamentales de la normativité juridique par des concepts éminemment plus complexes que ceux qui outillent traditionnellement les juristes. Ainsi mobilise-t-il « l'hétérogénéité plus que l'homogénéité : les fluctuations (mouvement et mélange) plutôt que la stabilité et la pureté ; et la dissonance plutôt que la consonance »⁹⁸². Le pluralisme des sources juridiques alimente cette complexité. Plus globalement, c'est la multiplication tant des foyers de droit, que des hypothèses légitimantes, des formes juridiques ou encore des effets du droit qui aspirent à cette complexité. En ce sens, cette dernière « serait plutôt le contraire de l'unidimensionnalité, de l'unilatéralité, du monisme comme dénégation du foisonnement créateur de la réalité ».

⁹⁷⁹ Définition tirée du lexique du site du Réseau Intelligence de la Complexité : <http://www.intelligence-complexite.org/fr/documents/lexique-de-termes-de-la-complexite.html>, consulté le 25 octobre 2016.

⁹⁸⁰ L. GONIN, préc., note 651, p. 376.

⁹⁸¹ Jacques LE GOFF, « Introduction », dans Mathieu DOAT, Jacques LE GOFF et Philippe PEDROT (dir.), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant (actes du colloque de Brest du 24 mars 2006)*, coll. L'univers des normes, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 13 à la page 14.

⁹⁸² R. A. MACDONALD, préc., note 963 à la page 271.

Tel que le souligne Edgard Morin dans sa définition, la complexité est intrinsèquement liée à l'imprévisibilité des comportements et des phénomènes. Dès lors, elle plonge les théoriciens dans le monde de l'incertitude... Une immersion oh combien déroutante pour ceux dont l'ambition est justement de faire sens de la réalité qui les entoure.

5. *Incertain*

S'il y a bien une chose qui converge à la lumière de tous les termes que nous avons choisis pour qualifier le régime post-moderne : négociation, flexibilité, pluralisme et complexité, c'est bien qu'ils nous mènent au constat fondamental de la fin des certitudes⁹⁸³. Le relativisme, le constructivisme et le pluralisme, tant soulignés par les penseurs post-modernes, nous engagent sur la voie de la pluralité des vérités, voire de la pluralité des conjectures. Cette idée fondamentale n'a d'ailleurs de vérité que son incertitude, puisque dans la post-modernité, tel que l'affirme Luc Gonin, « l'incertain se trouve à chaque coin de rue, comme s'il avait colonisé les artères même du monde postmoderne »⁹⁸⁴.

La multiplication des règles, tant dans le contenu normatif que dans les matières envisagées, leur complexification et leur plus grande flexibilité laissent en effet grande place à l'incertitude. Comme le souligne Bruno Oppetit, « la prolifération et la mobilité des règles se prêtent mal à la sécurité et à la prévisibilité dont on crédite habituellement la régulation par le droit »⁹⁸⁵. La fixité de la norme ne peut résister à cette inflation⁹⁸⁶. La contingence et la muabilité⁹⁸⁷ du droit ne peuvent plus être ignorées. Son rapport au temps se décline depuis la perpétuité (du moins dans l'idéal) vers l'immédiateté et l'urgence, de nature bien plus aléatoire⁹⁸⁸. Soulignons encore les propos de Simone Goyard Fabre selon qui « [l]e droit perd en rigueur ce qu'il veut gagner en fonctionnalité. Épouser l'empiricité, la pluralité et la contingence des faits relève d'une hésitation statutaire qui équivaut à l'éloignement de l'idéalité juridique »⁹⁸⁹.

⁹⁸³ Les professeurs Ost et van de Kerchove parviennent à cette même idée fondamentale à partir de leurs études sur le pluralisme épistémologique et méthodologique, l'interdisciplinarité et l'interaction entre la connaissance et son objet, F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 486.

⁹⁸⁴ L. GONIN, préc., note 651, p. 441.

⁹⁸⁵ B. OPPETIT, préc., note 666, p. 93.

⁹⁸⁶ P. MOOR, préc., note 641 à la page 25.

⁹⁸⁷ A. BERTEN, préc., note 788 à la page 8.

⁹⁸⁸ F. OST, préc., note 642, p. 538.

⁹⁸⁹ S. GOYARD-FABRE, préc., note 760, 326.

Les mouvements continuels de va-et-vient de la norme juridique à travers des processus d'évaluations et d'ajustements pré- et post-adoption ne cessent d'atteindre la stabilité de celle-ci. De même, les mécanismes de production du droit, marqués de négociations continues entre une pluralité d'acteurs, ne laissent que peu de place à la prévisibilité et tendent indéniablement vers l'incertitude. Le professeur Commaille résume parfaitement ce virage emprunté par le droit du fait des changements dans son mode de production et d'opérationnalisation, en expliquant que « [l]a porte est ainsi ouverte pour penser que le droit, au lieu de s'imposer de façon incontestable, s'inscrit en fait dans un espace d'incertitudes laissant place au "jeu" des acteurs sociaux, des opérateurs économiques ou des acteurs politiques »⁹⁹⁰. Au demeurant, l'incertitude, qui paraissait comme l'une des principales tares à combattre à l'apogée de la modernité, se trouve élevée au rang de valeur positive et nécessaire à la réussite du régime de régulation sociojuridique post-moderne. C'est bien ce qu'entend également François Ost lorsqu'il affirme que « la précarité de la règle, loin d'être un mal nécessaire en situation d'incertitude, est érigée en condition de légitimité de la norme. Le bon droit n'est plus le droit durable, mais le droit révisable — parfois même jetable [...] »⁹⁹¹.

À un niveau plus abstrait encore de l'analyse, c'est l'ensemble du régime post-moderne qui est coloré de ce ton de l'incertitude. Si beaucoup s'attardent à y desceller certaines caractéristiques à l'image de ce que nous venons de proposer, tous s'accordent à ne point définir avec précision les termes exacts de l'équation post-moderne. Vers où nous pousse ce paradigme nouveau ? comment évoluera-t-il ? Quelle en est la logique systémique ? Bien évidemment, ces questionnements n'échappent pas à l'univers juridique. Finalement, rien n'est moins sûr que l'incertitude dans laquelle vogue le droit de la post-modernité. L'indétermination du sens et de l'évolution du système⁹⁹² est d'ailleurs telle qu'elle paraît donnée dogmatiquement, non sans rappeler de manière assez ironique l'émergence de la modernité et de son culte de la Raison, ou encore son déclin dans l'épuisement du progrès rationnel.

⁹⁹⁰ J. COMMAILLE, préc., note 684, p. 335.

⁹⁹¹ F. OST, préc., note 642, p. 536.

⁹⁹² B. OPPETIT, préc., note 666, p. 95 à 98.

Conclusion Partie II — Construction d'une grille d'analyse issue du régime de la régulation sociojuridique post-moderne

Notre première partie, qui proposait un portrait moderne des droits de l'enfant, se concluait sur l'identification d'une polarisation de ces droits. Nous soulignions alors l'approche conflictuelle persistante entre la vision protectionniste et la vision libérationniste des droits de l'enfant, de laquelle naissait une série de couples d'opposition en termes juridiques qui entravait selon nous l'avancement identitaire de ces droits. Dans notre seconde partie, nous avons proposé un détour vers des considérations plus théoriques, et plus précisément vers des éléments de sociologie de la régulation, de sociologie du droit et de théorie du droit. Ce faisant, nous retrouvions pour commencer une polarisation des éléments appréhendés de manière conflictuelle dans un constat moderne similaire aux droits de l'enfant. D'un côté, il s'agissait d'opposer la protection à la liberté, l'égal à l'inégal, l'individualisation à la singularisation, la vulnérabilité à l'autonomie ; de l'autre, nous étions face à un duel régulateur opposant le droit libéral au droit social dans une multitude de déclinaisons dont des mouvements de transcendance et d'immanence, de soumission et d'adhésion, de rigidité et de flexibilité, d'unicité et de pluralisme. Nous repérions par ailleurs un glissement récent dans l'approche des phénomènes, passant d'une vision réductionniste par l'isolement des éléments à une vision plus dynamique considérant les phénomènes par leurs interactions. Avec cette réorientation dans la posture épistémologique et le régime de la régulation post-moderne que nous décrivions ensuite, nous nous orientions vers une approche des éléments en termes de combinaisons ou d'harmonie plutôt que de polarité ou de conflits. Ce n'est pas l'un ou l'autre, l'un contre l'autre, mais plutôt l'un et l'autre, l'un avec l'autre, voire l'un pour l'autre. Et les interactions liant l'un et l'autre se définissaient alors selon une nouvelle matrice composée de négociation, de flexibilité, de pluralisme, de complexité et d'incertitude.

Cette perspective nous semble prometteuse dans le cadre des droits de l'enfant qui, nous l'avons vu, s'enlisaient dans des oppositions toujours plus fortes. Appréhendé sous l'angle de la régulation sociojuridique, dont il constitue un important segment, ce champ connaît-il un mouvement similaire vers un régime de type post-moderne ? Y rencontre-t-on les caractéristiques propres aux interactions que nous déclinions en termes de négociation, de flexibilité, de pluralisme, de complexité et d'incertitude ? Plus intéressant encore, cette vision interactionniste des phénomènes nous permet-elle de penser les droits de l'enfant sous un jour

nouveau ? Fait-elle avancer la réflexion sur les principes fondamentaux de ce champ juridique qui se cherchaient encore à la fin de notre première partie ? Ce sont ces questions qui guideront notre réflexion dans notre dernière partie de thèse.

Partie III. Retour sur le portrait des droits de l'enfant dans un tracé post-moderne : analyse et exploration

Voilà donc notre crochet du côté de l'étude de la régulation sociojuridique terminé. Celui-ci nous aura permis d'établir un certain nombre de constats qui, s'ils paraissent relativement éloignés du champ des droits de l'enfant, nous seront extrêmement utiles pour y revenir ici avec un regard nouveau. En outre, comme nous l'avions démontré par un schéma⁹⁹³, le phénomène régulateur entoure l'enfant de tous les côtés : par la normativité juridique, sur laquelle nous avons concentré notre analyse, mais aussi par la normativité parentale, familiale, scolaire ou, plus largement, sociale. Aussi, en examinant son évolution vers un régime post-moderne, ce sont toutes ces normativités qui sont concernées. Finalement, plutôt que d'affirmer que nous nous sommes détournées de notre champ d'études, il conviendrait plus précisément de parler d'un élargissement de perspective : les droits de l'enfant désignant la normativité juridique jouant entre le droit et l'enfant, tandis que la régulation touchant l'enfant via tous les pôles normatifs qui l'entourent.

Par ailleurs, nos conclusions émanant du portrait moderne des droits de l'enfant dressé dans notre première partie trouvaient directement correspondance auprès de la vision du droit dans le cadre du régime de régulation moderne. En effet, l'approche duale venait caractériser tant l'un que l'autre. L'ensemble de notre historique des droits de l'enfant soulignait ces polarités entre l'enfant à protéger ou à libérer, égal ou inégal, responsable ou irresponsable, capable ou incapable, etc. De la même manière, l'approche du droit moderne se voulait éminemment conflictuelle, fluctuant entre le droit libéral et le droit social, l'État garant et l'État providence, les libertés négatives et les libertés positives, la légitimité et l'effectivité, la transcendance et l'immanence, la distance et la proximité, etc. Une approche que notre second chapitre nous a permis de généraliser à la pensée scientifique moderne en général. Constat qui dès lors, ramené aux droits des enfants, inscrit leur naissance au cœur de la pensée scientifique moderne.

⁹⁹³ Voir *supra* Partie II, Introduction.

Disposant à présent de nouveaux outils d'analyse, nous transigerons depuis l'approche moderne des droits de l'enfant vers une tentative d'approche post-moderne, de la même manière que nous relations le passage du régime de régulation moderne vers un régime de régulation post-moderne, la description de ce dernier ayant abouti à l'identification d'une nouvelle matrice des interactions régulatrices que nous confronterons dans le cadre des droits de l'enfant.

Dans cette troisième et dernière partie, nous proposons donc d'utiliser ce cadre théorique du régime de régulation post-moderne défini plus tôt tel une grille d'analyse pour appréhender les droits de l'enfant. Depuis cet angle, nous entendons approfondir les traits fondamentaux des droits de l'enfant, peut-être en découvrir d'autres ; mais encore, user de nos nouveaux outils intellectuels et théoriques pour apporter un regard différent sur ce champ juridique et explorer des pistes d'ouverture qui se dessineront grâce à eux.

Pour ce faire, nous nous appuyerons sur ce qui fait l'identité des droits des enfants, en commençant par l'évidence, l'intérêt de l'enfant. Cette notion, omniprésente dans ce champ juridique, circonscrit l'ensemble de ses éléments. Pourtant, elle demeure caractérisée par une certaine indétermination, ou, sous un regard plus positif, par une grande flexibilité — non sans rappeler l'une de nos cinq composantes de la nouvelle matrice des interactions régulatrices (chapitre 1). Nous nous pencherons ensuite sur le principe de la participation de l'enfant, qui est, selon nous, en train de s'affirmer comme le second trait fondamental des droits de l'enfant. Bien qu'il rencontre encore quelques difficultés de mise en œuvre, ce principe s'est érigé en fondement incontournable ces dernières décennies. Plaçant l'enfant dans le rôle d'un véritable acteur de la régulation, sa participation aux décisions qui le concernent répond indéniablement à un appel à la négociation, aussi caractéristique préalablement identifiée dans les interactions régulatrices (chapitre 2).

Nos deux premiers chapitres s'appuieront ainsi sur deux principes déjà au cœur du champ des droits de l'enfant, qui seront interprétés et revisités à la lumière du régime de régulation post-moderne. En revanche, le troisième chapitre se veut plus exploratoire, puisqu'il propose de partir du cadre théorique dégagé dans la seconde partie, notamment de l'approche par les interactions régulatrices, afin de porter un regard nouveau sur les droits de l'enfant. Dans cette perspective, nous nous arrêterons sur un champ plus spécifique des droits de l'enfant, la protection de la jeunesse, et userons du glissement épistémologique depuis l'étude des éléments isolés vers leurs interactions réseautiques, depuis la dichotomie vers la dialectique, pour en dégager des pistes d'amélioration (chapitre 3).

Chapitre 1. Un pas franchi vers la flexibilité. L'intérêt de l'enfant ou le déterminant des interactions des droits de l'enfant

Une thèse qui comprend ne serait-ce qu'un soupçon d'analyse relative aux droits de l'enfant ne peut faire l'économie de quelques propos au sujet de l'intérêt de l'enfant. Cette notion est indissociable de cette branche juridique tout autant qu'elle lui échappe sans cesse. Le nombre d'écrits la concernant tient de loin la tête de l'ensemble des sujets envisageables dans le cadre du droit des enfants. Surnommé « notion magique »⁹⁹⁴, « magma visqueux »⁹⁹⁵ ou encore « bonne à tout faire »⁹⁹⁶, l'intérêt de l'enfant figure parmi les concepts juridiques les plus commentés, comme en témoignent les multiples expressions imaginées pour le qualifier. Puisque cette notion représente l'acquis fondamental et unanime du droit des enfants, notre tour est venu de s'arrêter un temps à son étude.

Notre objectif ici n'est pas de l'examiner dans son exhaustivité, mais plutôt d'en retenir certains traits principaux qui sont pertinents pour notre réflexion plus large. Nous souhaitons en particulier souligner deux aspects de cette notion qui s'inscrivent dans notre problématique. D'une part, nous avons maintes fois souligné que le domaine des droits de l'enfant est relativement nouveau, toujours en quête d'une identité propre dépassant les autres champs juridiques qu'il rencontre. À ce propos, nous pensons que la notion d'intérêt de l'enfant constitue le premier bastion de cette identité. En ce sens, il se retrouve dans tous les textes relatifs aux droits de l'enfant⁹⁹⁷ et, comme nous le verrons par la suite, bien souvent en tant que critère dominant et interprétatif de l'ensemble des autres normes du texte concerné. D'autre part, l'intérêt de l'enfant est un concept éminemment flexible, qualité qui définissait l'une de nos cinq composantes régulatrices identifiées dans le cadre du régime post-moderne. Nous tenterons ici d'en démontrer toute l'étendue à travers l'évolution de la notion et de ses interprétations jurisprudentielles.

Intégrant ces deux considérations tout au long de ce chapitre, nous commencerons par partir à la recherche de l'intérêt de l'enfant, en nous demandant ce qu'il est, ou encore pourquoi

⁹⁹⁴ Cité par J. COMMAILLE, préc., note 104 à la page 21.

⁹⁹⁵ Alain ROY, « L'intérêt de l'enfant », dans Benoît MOORE, *Les grandes notions*, coll. Les grands classiques du droit civil, Montréal, Les Éditions Thémis, 2015, p. 246 à la page 256.

⁹⁹⁶ J. ZERMATTEN, préc., note 345, p. 13.

⁹⁹⁷ Tel que le rappelle et l'illustre la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 9.

et comment s'est-il érigé en maître mot du domaine, de telle sorte qu'il apparaît aujourd'hui comme le premier véritable socle fondamental des droits de l'enfant (A). Pourtant, si cette quête de l'intérêt de l'enfant croise de nombreux indices, elle demeure vaine à définir avec exactitude la notion, celle-ci étant avant tout marquée de son manque de précision. Cette caractéristique *a priori* péjorative est aussi celle qui en fait toute la réussite, car elle permet à cette notion de se déployer dans une flexibilité décisive (B). Nous retrouverons ainsi, dans notre seconde section, l'une des composantes de la nouvelle matrice dégagées de l'étude post-moderne de la régulation sociale. Celle-ci nous portant à reconnaître que les droits de l'enfant ne sont pas restés hermétiques aux changements et ont eux-aussi suivi l'évolution plus large de l'univers régulateur vers la flexibilité. Pour finir, nous découvrirons que cette flexibilité permet à la notion d'intérêt de l'enfant de s'épanouir dans un rôle de conciliateur essentiel à l'application des droits de l'enfant. L'intérêt de l'enfant constitue en ce sens un outil déterminant pour dépasser l'approche conflictuelle moderne du domaine, et s'inscrit par la même directement au cœur de la dialectique du droit réflexif (C).

A. À propos de l'intérêt de l'enfant : premier principe phare des droits de l'enfant

Afin de le percevoir ensuite depuis la grille d'analyse de notre cadre théorique du régime régulateur post-moderne, nous devons d'abord et avant tout en apprendre davantage sur ce concept si insaisissable de l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, nous proposons de décliner ce concept en trois phases. Dans un premier temps, nous partirons à la recherche de l'intérêt de l'enfant dans les textes juridiques québécois et internationaux et tenterons ainsi de retracer son évolution normative (1). Par la suite, nous nous intéressons à la façon dont ce principe a été intégré au fil du temps pour y tenir aujourd'hui une place de maître (2). Enfin, pour terminer, nous nous pencherons sur le contenu de l'intérêt de l'enfant en déclinant les éléments qui le constituent (3).

1. La présence de l'intérêt de l'enfant dans le droit : de son apparition à son ascension

Au cœur de nos questionnements sur l'intérêt de l'enfant, cette section visera à comprendre où, dans l'univers juridique, nous le retrouvons, depuis quand, et à quelle fréquence. Nous commencerons tout d'abord par étudier l'apparition et l'évolution de ce

principe de l'intérêt de l'enfant dans les normes québécoises (i), pour ensuite voir ce qu'il en est dans les textes internationaux (ii)⁹⁹⁸.

a. L'intérêt de l'enfant dans les textes québécois

Au niveau législatif, la première apparition de la notion de l'intérêt de l'enfant s'est opérée dans le domaine de la délinquance juvénile. Tel que nous l'avons précisé plus tôt⁹⁹⁹, c'est en 1908 qu'est adoptée la *Loi sur les jeunes délinquants*¹⁰⁰⁰. La première référence à l'intérêt de l'enfant qu'elle contient n'est pas directement inscrite dans le contenu même, mais plutôt dans la marge explicative relative à son article 16.5, intitulée « [m]esures prises dans l'intérêt de l'enfant ». Pourtant, le contenu de cet article ne semble pas tout à fait répondre à cette explication ; il énonce en effet que : « [l]a décision prise dans chaque cas doit être celle que la cour juge être pour le plus grand bien de l'enfant et dans l'intérêt de la société ». La disposition exhorte donc le juge de décider pour « le plus grand bien de l'enfant » et dans « l'intérêt de la société ». C'est ainsi, avec un raccourci linguistique qui nous semble quelque peu alambiqué, que se dissimule pour la première fois cette notion tant maniée par la suite, un constat qui dès lors semble indiquer que l'intérêt de l'enfant s'assimilait, dans un premier temps du moins, à son bien-être. Notons néanmoins que si cette première mention peut paraître hasardeuse, on la retrouve plus affirmée dans la suite de la *Loi sur les jeunes délinquants*, et deux fois plutôt qu'une. Tout d'abord, l'article 27 de cette loi précise que l'agent de surveillance est tenu « d'être présent en cour afin de représenter les intérêts de l'enfant lorsque la cause est entendue ». Ensuite, l'article 32, qui prévoit la situation d'un jeune délinquant qui tombe sous les dispositions d'un statut provincial, indique que ce dernier pourra être jugé en vertu de la loi fédérale ou de la loi provinciale « selon qu'il est jugé être du meilleur intérêt de cet enfant ». En l'espèce, les références à cette notion se montrent donc relativement succinctes et contextuelles ; il n'en est encore rien d'un principe fondamental consacrant un critère interprétatif à toutes décisions relatives à l'enfant. Il demeure de même avec l'amendement de 1929¹⁰⁰¹ qui ajoute une référence à l'intérêt de l'enfant dans l'article 17(2). Selon ce dernier, un jugement rendu par

⁹⁹⁸ Soulignons ici que nous retraçons l'évolution de la notion dans les textes et non dans la jurisprudence. Bien que la notion se retrouve tout d'abord sous la plume des juges, l'analyse de la législation se fait, selon nous, tout autant parlante quant à la place et l'évolution de ce concept dans les droits de l'enfant. Par ailleurs, nous reviendrons ultérieurement et à plusieurs reprises sur la jurisprudence en tentant de circonscrire ce critère.

⁹⁹⁹ Voir *infra* Partie I, chap.1, B, 1, a.

¹⁰⁰⁰ *Loi sur les jeunes délinquants*, préc., note 51.

¹⁰⁰¹ *Loi modifiant la loi des jeunes délinquants*, préc., note 53.

une cour pour jeunes délinquants ne peut être cassé pour vice de forme ou irrégularité si « l'issue de la cause était dans le meilleur intérêt de l'enfant ».

C'est dans cette même matière de délinquance juvénile que la législation, cette fois-ci provinciale, va aller plus loin dans l'utilisation de la notion. Quatre ans après la loi fédérale, une loi amendant certaines dispositions relatives aux jeunes délinquants¹⁰⁰² va en effet reprendre la notion d'intérêt de l'enfant. Cette loi insère l'article 4036 b dans les Statuts refondus de 1909, selon lequel, si le juge considère que l'enfant est négligé et a besoin d'être protégé, « il peut rendre toute ordonnance qu'il croit être dans l'intérêt de l'enfant ». Pas plus qu'en 1908 cet intérêt n'est défini comme supérieur ou meilleur. Néanmoins, le pouvoir interprétatif qui l'accompagne s'élargit considérablement : il ne s'agit plus pour le juge de choisir parmi les alternatives celle qu'il considère être dans l'intérêt de l'enfant, mais bien de prendre « toute ordonnance », sans restriction aucune, dès lors qu'elle lui semble correspondre à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, on décèle indéniablement, dans les premières lois relatives à la délinquance juvénile, un renforcement du poids relatif à l'intérêt de l'enfant et un élargissement de son pouvoir. Ce mouvement s'est poursuivi au milieu du siècle dernier dans le domaine de protection de la jeunesse.

Bien qu'elle n'ait jamais été appliquée, il nous faut revenir à la *Loi de la protection de l'enfance*¹⁰⁰³ de 1944 qui, tel que nous l'avons mentionné plus tôt¹⁰⁰⁴, constitue l'ancêtre de notre actuelle loi en la matière. Si la discrétion de son apparition a régulièrement échappé à la doctrine, c'est pourtant bien dans cette loi qu'apparaît pour la première fois en matière de protection de la jeunesse le fameux concept d'intérêt de l'enfant. Dans le même élan qu'en matière de délinquance juvénile, l'intérêt de l'enfant ne fut pas, dans un premier temps, érigé en principe fondamental de la loi. Il se dissimulait néanmoins par deux fois dans le texte législatif. On le retrouvait ainsi à l'article 53, selon lequel le juge peut, sur demande, rescinder son ordonnance ou la modifier « s'il est établi que l'intérêt de l'enfant l'exige », ainsi qu'à l'article 79 qui interdit au juge de la Cour supérieure auquel il est demandé un bref d'*habeas corpus*, d'ordonner que l'enfant soit remis à son parent, « à moins qu'il n'en vienne à la conclusion que cela est dans l'intérêt de cet enfant ». À partir de cette première apparition, la notion de l'intérêt de l'enfant va se retrouver, de manière exponentielle, dans chacune des lois ultérieures attrayant à la protection de l'enfance. On la découvre par exemple à trois reprises dans la *Loi relative aux écoles de protection de la*

¹⁰⁰² *Loi amendant les Statuts refondus, 1909, concernant les jeunes délinquants*, préc., note 40.

¹⁰⁰³ *Loi concernant la protection de l'enfance*, S.Q. 1944, c. 33.

¹⁰⁰⁴ Voir *supra* Partie I, chap. 1, B, 1, b.

*jeunesse*¹⁰⁰⁵ de 1950. Un an après, une modification apportée à cette loi vient autoriser le juge à « prendre toute autre décision dans le meilleur intérêt de l'enfant »¹⁰⁰⁶. De la même manière qu'en matière de délinquance juvénile, il s'agit de la première formulation générale : le critère de l'intérêt de l'enfant ne se mêle plus parmi tant d'autres, mais devient l'unique critère permettant au juge de prendre n'importe quelle décision.

Un nouvel amendement est apporté à la loi en 1960¹⁰⁰⁷. Celui-ci vient renommer la loi *Loi sur la protection de la jeunesse*, ainsi que modifier les articles 38 et 39 qui prévoient respectivement les cas d'évasion d'un enfant de l'institution dans laquelle il est placé, et l'infraction d'une personne qui expose sciemment un enfant à un danger moral ou physique. Dans ces deux situations, le juge devra à nouveau décider d'« imposer tout ordre et toutes conditions qu'il estime dans l'intérêt de l'enfant ».

Dans l'actuelle *Loi sur la protection de la jeunesse*, adoptée en 1977, l'intérêt de l'enfant est l'objet central de l'article 3, selon lequel « [l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. ». S'inscrivant au sein du chapitre 2 relatif aux « principes généraux et droits des enfants », l'article 3 fait de l'intérêt de l'enfant un principe clef pour la lecture de l'ensemble de la loi. Nous reviendrons sur cette place d'honneur qui lui est accordée dans la prochaine section. Notons, pour le moment, que le texte poursuit en livrant quelques éléments d'interprétation de ce concept : « [s]ont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. Dans le cas d'un enfant autochtone, est également prise en considération la préservation de son identité culturelle ». Finalement, dans l'ensemble de la loi, l'intérêt de l'enfant n'apparaît pas moins de 27 fois, sans compter le fait qu'énoncé parmi les principes généraux, il fait figure de sous-tendu interprétatif pour l'ensemble de celle-ci.

Dans le domaine civil, la notion de l'intérêt de l'enfant n'apparaissait pas dans la première version du *Code civil du Bas Canada*¹⁰⁰⁸ de 1866. Il y figurait toutefois quelques dispositions relativement proches, desquelles on pourrait déceler les prémises de la consécration future de cette notion de l'intérêt de l'enfant. L'article 200, qui s'insère dans les mesures provisoires envisageables en cas de demande de séparation de corps, prévoyait en ce

¹⁰⁰⁵ *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse*, préc., note 74, art. 22, 23 et 40.

¹⁰⁰⁶ *Loi modifiant la Loi des écoles de protection de la jeunesse*, préc., note 72, art. 15.

¹⁰⁰⁷ *Loi concernant la protection de la jeunesse*, préc., note 77.

¹⁰⁰⁸ *Code civil du Bas-Canada*, S prov C 1865 (29 Vict), c. 41.

sens que : « [l']administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal ou le juge pour le plus grand avantage des enfants » (nos soulignements). Le passage souligné laisse entendre qu'une décision judiciaire pourrait se dresser contre le privilège de l'administration des enfants en principe accordé au père, si cela en va de leur avantage. C'est une formulation extrêmement engageante, qui, si elle ne se confond pas totalement avec l'actuelle, permet de la même manière de déroger à un autre principe au privilège de l'enfant. De son avantage à son intérêt, la marge est mince et c'est ainsi, qu'à notre avis, cette disposition dissimulait déjà l'empreinte du futur, quand bien même ce code se faisait extrêmement lointain au sujet d'autres considérations relatives à l'enfant¹⁰⁰⁹. De plus, on retrouve cette même formule du « plus grand avantage des enfants » à l'article 214, qui prévoyait la garde des enfants après séparation.

Il faut attendre plus d'un siècle pour voir un avancement significatif avec la *Loi modifiant le Code civil*¹⁰¹⁰ de 1977, que l'on connaît principalement pour avoir substitué à la notion de puissance paternelle celle d'autorité parentale¹⁰¹¹. C'est au détour de deux dispositions que l'on retrouve dissimulée pour la première fois la notion de l'intérêt de l'enfant. Les nouveaux articles 245 d) et e), insérés dans le titre huitième du livre premier nouvellement nommé « De l'autorité parentale », prévoient que :

245 d. Le père ou la mère peut, sur requête, saisir le tribunal de tout différend relatif à l'exercice de l'autorité parentale.

Le tribunal ordonne alors les mesures appropriées dans l'intérêt de l'enfant.

245 e. Le tribunal peut, sur requête, pour motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer la déchéance totale ou partielle de l'autorité à l'égard du père ou de la mère ou des deux. (nos soulignements)

Aucun de ces deux articles ne place l'intérêt de l'enfant au-devant de son contenu. Néanmoins, le législateur reconnaît pour la première fois dans le code l'exigence pour le tribunal de décider dans l'intérêt de l'enfant. De la même manière que l'évolution avait pris forme en matière de protection de la jeunesse, à partir de cette première référence à l'intérêt de l'enfant, le recours à la notion s'est ensuite multiplié au fil des modifications législatives. En

¹⁰⁰⁹ En ce sens, la première version de ce code prévoyait, entre autres, la possibilité de désavouer l'enfant. Elle s'appuyait en outre sur une inégalité très forte entre les enfants « naturels » et les enfants « légitimes ».

¹⁰¹⁰ *Loi modifiant le Code civil*, préc., note 523.

¹⁰¹¹ En abrogeant l'article 243 *C.c.B.-C.* pour lui substituer le nouvel article 244 *C.c.B.-C.*, selon lequel : « Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale, sauf disposition contraire du présent code. Si l'un d'eux décède ou est incapable de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre. »

1980, une nouvelle loi¹⁰¹² vient ajouter *au Code civil du Bas-Canada* un titre Premier A intitulé « Dispositions relatives à l'enfant ». Placé en tête de cette section, le nouvel article 30 constitue la consécration première du caractère matriciel de la notion :

L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

En outre, cette même loi de 1980 institue un nouveau *Code civil du Québec*, qui vient réformer le droit de la famille par l'adoption de son livre deuxième. On retrouve dans ce code de nombreuses références à l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le juge doit veiller aux intérêts de l'enfant durant les procédures de séparation (article 528) ou de divorce (article 543). D'ailleurs, il ne se prononcera que s'il considère que l'accord protège suffisamment l'intérêt des enfants (article 527 pour la séparation et article 539 pour le divorce). Il statuera ensuite sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants dans l'intérêt de ceux-ci (article 569). En matière d'adoption, l'intérêt de l'enfant est placé en tête des dispositions : selon l'article 595, celle-ci ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de la loi. Toujours en matière d'adoption, le juge peut requérir toute autre preuve qu'il estime nécessaire avant de prononcer l'adoption si l'intérêt de l'enfant le commande (article 622). Citons également l'article 653 selon lequel le tribunal, lorsqu'il se prononce au sujet de l'exercice de l'autorité parentale, doit statuer dans l'intérêt de l'enfant et c'est finalement ce même intérêt qui peut l'amener à prononcer la déchéance de l'autorité parentale (article 654) ou la nomination d'un tuteur (article 655). Depuis 1980, la présence et le caractère essentiel de l'intérêt de l'enfant n'ont jamais été remis en question.

En 1991, lors de l'adoption de notre actuel *Code civil du Québec*, c'est à l'article 33 que l'on a placé ce principe. Les termes sont très similaires à ceux de 1980 et identiques à l'article 3 L.P.J. Ils n'ont depuis jamais été changés :

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

Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.

¹⁰¹² *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

L'expression est ensuite utilisée expressément à 14 reprises dans ce même code, notamment quant aux questions de tutelle¹⁰¹³, d'adoption¹⁰¹⁴ et d'autorité parentale¹⁰¹⁵.

Finalement, après avoir observé la place de la notion d'intérêt de l'enfant dans le *Code civil* et dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*, on comprend mieux pourquoi, dans le milieu québécois, celle-ci est surnommée la « notion 3 », en référence à sa place dans les textes précédemment cités : article 33 C.c.Q. et article 3 L.P.J.. Par ailleurs, d'autres législations, notamment fédérales, qui touchent à l'enfant de manière plus accessoire, renvoient également à l'intérêt de l'enfant¹⁰¹⁶. On peut, par exemple, penser à la *Loi sur le divorce*, qui fait de l'intérêt de l'enfant le seul facteur à prendre en compte par le tribunal en rendant une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact¹⁰¹⁷. C'est d'ailleurs la consécration du meilleur intérêt de l'enfant dans cette loi qui marque, selon la juge L'Heureux-Dubé, « le point culminant d'une longue évolution quant à l'orientation des décisions en matière de garde et d'accès »¹⁰¹⁸. Relevons également la présence de cette notion dans le domaine de l'adoption, qui, dès 1969, a fait de l'intérêt de l'enfant une condition *sine qua non* de la conformité de l'adoption¹⁰¹⁹.

Si, au Québec, l'intérêt de l'enfant embrasse le chiffre 3, cette correspondance n'en est que renforcée à l'international où, comme nous proposons de le voir à présent, il se situe à l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*.

b. L'intérêt de l'enfant dans les textes internationaux

Le premier texte international relatif aux droits de l'enfant, la *Déclaration de Genève* de 1924, n'usait point de l'intérêt de l'enfant. En revanche, la *Déclaration des droits de l'enfant*

¹⁰¹³ *Code civil du Québec*, préc., note 135, art. 199.3 et 199.10.

¹⁰¹⁴ *Id.*, art. 543, 568, 573, 574 et 579. L'article 543 prévoit ainsi que : « [l']adoption ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi. ».

¹⁰¹⁵ *Id.*, art. 604, 606 et 607.

¹⁰¹⁶ Notons entre autres la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, notamment aux articles 25 (8), 27 (1), 30 (3), 110 (6) et 111 (3), ou encore la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, notamment aux articles 25 (1), 25 (1.21), 25. 1 (1), 28 (2) c), 60, 67 (1) c), 68 (1) et 69 (2).

¹⁰¹⁷ *Loi sur le divorce*, préc., note 524, art. 16 (1) : « Le tribunal tient uniquement compte de l'intérêt de l'enfant à charge lorsqu'il rend une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact. ».

¹⁰¹⁸ *Young c. Young*, préc., note 417, 63.

¹⁰¹⁹ L'article 2 prévoit en ce sens que « [l']adoption ne peut intervenir qu'aux conditions prévues par la présente loi ; elle ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant. », *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64.

de 1959¹⁰²⁰ plaçait directement ce critère comme décisif dans deux des dix principes qu'elle énonçait. Tout d'abord, l'article 2 qui, de manière très générale, encourage l'adoption de moyens permettant à l'enfant « d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante » (nous soulignons). Cette première référence à l'intérêt de l'enfant est déjà très forte : il ne s'agit pas d'un critère parmi tant d'autres, mais bien de la considération primordiale à prendre en compte ; en outre, lui adjoindre l'adjectif de supérieur est la marque incontestable de sa suprématie. C'est aussi un statut prééminent que lui accorde le 7^{ième} principe de la déclaration relatif au droit à l'éducation, selon lequel, « [l]'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation » (nous soulignons). Ce faisant, le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant doit orienter tant le législateur lorsqu'il adopte des lois relatives aux enfants, que les parents dont la responsabilité de l'éducation incombe en premier lieu¹⁰²¹.

Trente ans plus tard, la célèbre *Convention relative aux droits de l'enfant* proclame le triomphe du critère de l'intérêt de l'enfant dans son troisième article¹⁰²². Selon ce dernier,

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

Si le texte ne laisse aucun doute quant à l'importance de cette notion, il en mène en revanche peu large quant à son contenu. Après de longues années sans explications supplémentaires, c'est en 2013 que le Comité des droits de l'enfant y apporta quelques précisions, via la publication de *l'Observation générale n° 14, sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale*¹⁰²³. Comme son nom l'indique, ce document, en décortiquant successivement chacun des termes de l'article 3¹⁰²⁴, a tenté d'éclaircir certaines interrogations qui demeuraient dissimulées derrière cette notion. Nous y

¹⁰²⁰ *Déclaration des droits de l'enfant*, préc., note 91.

¹⁰²¹ L'article 7 se poursuit en effet de la façon suivante : « cette responsabilité incombe en priorité à ses parents. » *Id.*

¹⁰²² Un triomphe qu'il faut néanmoins nuancer dans la mesure où l'intérêt de l'enfant n'est qu'« une » considération primordiale et non pas « la » considération primordiale.

¹⁰²³ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, (2013) CRC/C/GC/14.

¹⁰²⁴ *Id.*, par. 17 à 45.

reviendrons plus tard, lorsque nous examinerons le contenu de l'intérêt de l'enfant¹⁰²⁵. Nous ne ferons pas ici un travail comparatiste ou exhaustif de recherche de la notion d'intérêt de l'enfant dans les autres législations nationales. Contentons-nous de mentionner que celle-ci apparaît dans la grande majorité des textes de loi que nous avons pu consulter¹⁰²⁶.

Après avoir ainsi rendu compte de la présence de la notion d'intérêt de l'enfant dans le droit, force est de conclure que la quantité ne manque pas ! Mais parlons à présent de la qualité, qui, comme nous le verrons, n'est pas en reste : c'est en effet à titre de principe directeur que l'intérêt de l'enfant se déploie systématiquement dans les textes en vigueur.

2. *La consécration de la primordialité du critère de l'intérêt de l'enfant : pierre angulaire de tout un domaine*

Comme nous venons de le voir, la notion d'intérêt de l'enfant s'est progressivement imposée dans tous les textes qui touchent aux droits de l'enfant. Non seulement elle s'est immiscée dans tous les textes nationaux et internationaux, mais elle l'a fait avec manière, par la voie royale, dirions-nous !

En ce sens, les textes référant à l'intérêt de l'enfant ont pour point commun de qualifier ce critère de primordial. Souvent, il servira de principe matriciel au texte dans son intégralité, signifiant que chacun des autres articles devra poursuivre l'intérêt de l'enfant, tout autant qu'il devra être interprété en son sens. Cette idée est explicitement défendue dans l'*Observation générale du Comité des droits de l'enfant*. Analysant l'intérêt de l'enfant, le Comité le considère comme « un des principes généraux de la Convention pour l'interprétation et la mise en œuvre de tous les droits de l'enfant »¹⁰²⁷. Bien qu'il soit primordial, notons néanmoins qu'il n'est pas consacré comme l'unique principe directeur, ou même comme le principe suprême, tel que le reflète la formulation de l'article 3 de la Convention.

¹⁰²⁵ Voir *infra* Partie III, chap.1. A, 3, a.

¹⁰²⁶ On retrouve entre autres le critère de l'intérêt de l'enfant en Grande Bretagne à l'article 11 du *Children Act* de 2004, dans le *Code civil français* (notamment aux articles 371-1, 371-4, 371-5 et 388-1, 388-2) ou encore à la section 402 du *Uniform Marriage and Divorce Act* des États-Unis.

¹⁰²⁷ *Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, préc., note 1023, par. 1.

Dans notre cadre national, la jurisprudence a particulièrement souligné, à de multiples reprises, l'importance de ce principe. Revenons en 1987, dans la célèbre affaire *C. (G.) c. V.-F. (T.)*¹⁰²⁸, à l'occasion de laquelle la Cour Suprême du Canada fut amenée à interpréter la notion d'intérêt de l'enfant telle qu'inscrite dans le *Code civil*. Dans une question relative à la garde de deux enfants, les juges devaient décider de la possibilité de l'attribuer à un tiers sur le seul motif de l'intérêt de l'enfant, et ce, en l'absence de faute de la part du père qui revendiquait la garde après la mort de la mère des enfants. Comme le rappelle le juge Beetz, rédacteur des motifs de la majorité, la jurisprudence présumait que « l'intérêt de l'enfant veut qu'il soit confié de préférence à son père ou à sa mère à moins "que l'on établisse contre eux des reproches graves pouvant entraîner déchéance" »¹⁰²⁹. En toute logique, il s'en suivait que la seule limitation apportée à l'autorité parentale découlait d'une faute grave en vertu de laquelle le processus de déchéance pouvait jouer¹⁰³⁰. Dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, le juge Beetz opère un véritable revirement de jurisprudence, adaptant de la sorte la pratique judiciaire aux nouvelles dispositions législatives, et plus particulièrement au nouvel article 30 du *C.c.B.-C.*¹⁰³¹. En ce sens, il considère que « l'art. 30 *C.c.B.C.* qui fait de l'intérêt de l'enfant le motif déterminant des décisions prises à son sujet permet d'attribuer la garde d'un enfant à un tiers lorsqu'il y va de son bien-être, en l'absence même de tout comportement fautif du titulaire de l'autorité parentale. »¹⁰³² Il affermit sa décision en ajoutant que l'intérêt de l'enfant est devenu, en droit civil québécois, « la pierre angulaire des décisions prises à son endroit »¹⁰³³. La Cour consacre ainsi la primauté de l'intérêt de l'enfant et ancre de la sorte le changement de l'approche juridique de l'enfant sur du long terme : l'enfant n'est plus l'affaire privée de la famille, voire son objet, mais bel et bien le sujet dont les intérêts doivent être privilégiés en matière familiale. Notons que la décision de la Cour suprême s'alignait sur des précédents qui, bien qu'à caractère moins solennel, avaient amorcé le passage de l'intérêt de l'enfant vers un sacro-saint principe¹⁰³⁴. Référons, par exemple, aux propos du juge Gagnon, qui, déjà en 1974, affirmait que dans les affaires de garde, « c'est l'intérêt des enfants qui doit

¹⁰²⁸ *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 540, voir *supra* Partie I, chap. 3, B, 3, a, pour une analysée plus détaillée de cette décision.

¹⁰²⁹ *Droit de la famille-52*, [1983] C.A. 388, aux pp. 390 à 392, cité dans *Id.*, par. 40.

¹⁰³⁰ Telle qu'elle était prévue à l'article 654 de l'ancien Code civil.

¹⁰³¹ Rappelons que l'article 30 du *C.c.B.-C.* correspond à l'article 33 de notre *Code civil* actuel.

¹⁰³² *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 529, par. 41; en l'espèce, l'intérêt des enfants était déterminé par les liens d'attachement qu'ils avaient créés avec leur oncle et tante et qu'ils ne parvenaient pas à tisser avec leur père.

¹⁰³³ *Id.*, par. 42.

¹⁰³⁴ Le juge Beetz cite en ce sens les affaires *Ménard c. Ménard*, [1981] J.E. 81-882 (C.A.); *Gohier-Desfossés c. Gohier*, [1978] J.E. 79-23 (C.S.); *Droit de la famille — 86*, [1983] J.E. 83-1027 (C.S.); *Droit de la famille — 110*, [1984] J.E. 84-178 (C.S.); *Droit de la famille — 228*, [1985] J.E. 85-795 (C.S.) dans lesquelles la garde de l'enfant a été confiée à des tiers malgré l'absence de motif grave susceptible d'entraîner la déchéance totale ou partielle.

être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide. »¹⁰³⁵ Aucun doute ne subsiste, l'intérêt de l'enfant est d'une part, primordial, et d'autre part, irréductible au comportement fautif des parents.

Quelques années plus tard, en 1993, la Cour suprême s'est à nouveau prononcée sur l'intérêt de l'enfant dans deux affaires similaires, pour lesquelles elle rendra des pourvois connexes : les décisions *Young c. Young*¹⁰³⁶ et *P. (D.) c. S. (C.)*¹⁰³⁷. Ces deux affaires portaient sur des questions de droit de garde et d'accès disputés par des parents discordants quant à l'éducation religieuse de leurs enfants. L'une des questions en suspens visait la constitutionnalité de l'intérêt de l'enfant, principalement soulevée en raison de son imprécision¹⁰³⁸. On référerait alors à cette notion telle qu'elle était énoncée dans les articles 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* pour l'affaire *Young c. Young* et dans l'article 30 du *C.c.B. -C* pour l'affaire *P. (D.) c. S. (C.)*. Les issues *a priori* divergentes sur le fond d'une affaire à l'autre ont fait couler beaucoup d'encre chez les spécialistes, notamment quant à la place et l'interprétation de l'intérêt de l'enfant que les juges ont longuement débattues. L'expression « intérêt de l'enfant » y est ainsi citée plus de 250 fois dans la première affaire et de 150 fois dans la seconde. On retrouve, dans ces affaires, l'affirmation de la suprématie de l'intérêt de l'enfant, considération exhaustive dans les questions de garde, nonobstant les autres intérêts en jeu (y compris ceux des parents). Les décisions insistent sur la justification de la primordialité de ce critère en recentrant le droit de garde et d'accès sur l'enfant lui-même. Dans la décision *P. (D.) c. S. (C.)*, la juge L'Heureux Dubé souligne par exemple que : « [c]'est l'enfant, je le répète, qui doit toujours être le point de mire, et non pas les intérêts ou les besoins des parents. Le droit de visite et de sortie est un droit édicté principalement en faveur de l'enfant, et non des parents »¹⁰³⁹. Son raisonnement s'aventure alors plus loin dans la même perspective et ne se contente plus de « sécuriser » la situation de l'enfant en interdisant les préjudices contre lui, mais avance une véritable positivité à cette notion : « [l]'intérêt de l'enfant n'est pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste. C'est le droit positif de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties »¹⁰⁴⁰. L'intérêt de l'enfant ne se suffit donc plus d'une interdiction des préjudices à son encontre, mais devient

¹⁰³⁵ *Bockler c. Bockler*, [1974] SOQUIJ AZ-74011010, [1974] C.A. 41 (C.A.).

¹⁰³⁶ *Young c. Young*, préc., note 417.

¹⁰³⁷ *P. (D.) c. S. (C.)*, préc., note 556.

¹⁰³⁸ Nous reviendrons sur le fond de ces deux affaires et l'argumentation des juges quant au sens de l'intérêt de l'enfant, voir *supra* Partie III, chap. 1, A, 3, b.

¹⁰³⁹ *P. (D.) c. S. (C.)*, préc., note 556, 178.

¹⁰⁴⁰ *Young c. Young*, préc., note 417, 10.

une véritable norme positive, comprenant la possibilité de s'en réclamer, y compris en l'absence de manquement ou de faute graves. Partant, le passage de l'interdiction du pire à la recherche du meilleur est alors franchi.

Cette transition s'intègre au changement du regard que la société pose sur l'enfant et de ses conséquences sur le droit : le passage de l'enfant comme *objet* à l'enfant comme *sujet* de droit¹⁰⁴¹, poussant seul sur le devant son intérêt supérieur. Elle s'inscrit aussi en parallèle dans l'évolution de la logique du mariage, ou plutôt, des normes relatives au divorce : depuis une logique de séparation pour faute, au bénéfice de l'époux *innocent* et aux dépens de l'époux *coupable*¹⁰⁴², vers une logique recentrée sur la volonté des époux, peu importe la présence ou l'absence de faute. D'ailleurs, la garde de l'enfant était en grande partie tributaire de ce même raisonnement accusatoire, puisqu'elle était accordée à l'époux non fautif, considéré comme plus à même d'assurer l'éducation des enfants. Tel que l'explique la juge L'Heureux-Dubé : « [c]ette règle reposait sur la présomption que le conjoint qui avait manqué à ses obligations en tant qu'époux manquerait à ses devoirs de parent »¹⁰⁴³.

Néanmoins, si l'intérêt de l'enfant est admis comme primordial dans les lois et décisions qui le concernent, notons qu'il n'est pas supérieur ou primordial dans tous les contextes. C'est ce que rappelle la juge en chef McLachlin lorsqu'elle examine si l'intérêt de l'enfant peut ou non constituer un principe de justice fondamentale. Pour ce faire, elle prend l'exemple d'une personne reconnue coupable et condamnée à une peine d'emprisonnement quand bien même cette peine serait contraire à l'intérêt de son enfant. Dès lors, le critère de l'intérêt de l'enfant n'a pas toujours préséance sur tous les autres intérêts en cause et ne peut donc intégrer la liste très restreinte des principes de justice fondamentale¹⁰⁴⁴.

En définitive, les juges s'en sont fait les porte-parole : l'intérêt de l'enfant est la clef de voûte de toutes les décisions le concernant. Il s'agit d'une considération primordiale qui oriente les autres considérations vers sa propre recherche. Après avoir ainsi affirmé cette primordialité tant en nombres qu'en valeurs, il convient enfin de s'arrêter sur ce que constitue cet intérêt.

¹⁰⁴¹ Voir *supra* Partie I, chap. 2, C.

¹⁰⁴² Jacques Commaille explique cette logique du « divorce-sanction » qui prévalut un temps aussi dans la loi française, dans J. COMMAILLE, préc., note 807, p. 128 ; voir nos propos précédents à ce sujet *supra* Partie II, chap. 1, A, 7, b.

¹⁰⁴³ *P. (D.) c. S. (C.)*, préc., note 556, 157.

¹⁰⁴⁴ *Canadian Foundation for Children*, préc., note 407, par. 10.

3. *Qui ? Les éléments constitutifs de l'intérêt de l'enfant*

Les contours du critère maintenant précisés, nous devons à présent en comprendre le contenu : que compose ce critère, qui est-il ? Labeur ô combien périlleux... Aucune définition précise ne semble en effet gagner l'unanimité et d'ailleurs, très peu sont proposées. En revanche, certains éléments paraissent faire consensus pour intégrer la liste non exhaustive de ses critères de détermination. On en retrouve ici et là, à la lecture des textes législatifs, dont la doctrine complète souvent la portée et la signification (a). Dans le cadre de contexte d'application plus précis, l'analyse de la jurisprudence nous permet par ailleurs de dégager certaines présomptions relatives à l'intérêt de l'enfant qui, si elles ne suffisent à le définir, viennent au moins privilégier quelques pistes d'interprétation (b).

a. *Dans les textes et la doctrine*

Si une pléiade de critiques au sujet de l'intérêt de l'enfant s'amasse dans la doctrine, rares sont les auteurs qui en proposent une définition. Parmi eux, la tentative de Jean Zermatten est régulièrement citée. Bien qu'à notre sens et à l'image de la jurisprudence, elle ne définisse que les contours et alentours de l'intérêt de l'enfant, se reposant sur d'autres termes indéfinis pour qualifier son contenu, elle a au moins le mérite de s'y essayer et nous offre ainsi un excellent point de départ :

« L'intérêt supérieur de l'enfant est un instrument juridique qui vise à assurer le bien-être de l'enfant sur le plan physique, psychique et social. Il fonde une obligation des instances et organisations publiques ou privées d'examiner si ce critère est rempli au moment où une décision doit être prise à l'égard d'un enfant et il représente une garantie pour l'enfant que son intérêt à long terme sera pris en compte. Il doit servir d'unité de mesure lorsque plusieurs intérêts entrent en concurrence. »¹⁰⁴⁵

Cette définition rassemble beaucoup d'éléments tant divers qu'à interprétations variables. Qu'est-ce que le bien-être de l'enfant, que l'on pense au physique, au psychique, ou au social ? Comment sait-on si ce critère est rempli ? Comment use-t-on de cette unité de mesure ? En définitive, la définition proposée sectionne le critère en plusieurs morceaux sans pour autant en préciser la substance. Et pour cause, ce que nous propose Jean Zermatten s'apparente plus à une compilation des indices trouvés dans les différentes législations ou jurisprudences appliquant ce critère, qu'à une quête originelle de son sens propre. C'est aussi

¹⁰⁴⁵ J. ZERMATTEN, préc., note 345, p. 15.

en quelques sortes le travail qu'a effectué le Comité des droits de l'enfant et à partir duquel il a publié son Observation générale à ce sujet¹⁰⁴⁶.

En identifiant les étapes constituant l'application de ce principe, le Comité nous propose une direction qui, si elle échappe à définir exactement l'intérêt de l'enfant, identifie toutefois les éléments essentiels à prendre en compte et la marche à suivre pour les évaluer. Soulignant le poids et la relativité de cette notion, le Comité tente ainsi d'« apporte[r] un cadre pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁴⁷. Il réitère tout d'abord l'unicité de l'évaluation de l'intérêt qui doit procéder au regard des circonstances propres à chaque enfant. Il nous offre ensuite une liste des facteurs à prendre en compte, énumérés de la façon suivante :

Ces circonstances sont liées aux caractéristiques de l'enfant ou des enfants concernés, dont l'âge, le sexe, le degré de maturité, l'expérience, l'appartenance à un groupe minoritaire et le fait de présenter un handicap physique, sensoriel ou intellectuel, ainsi qu'au milieu social et culturel auquel appartient l'enfant, notamment la présence ou l'absence de ses parents, le fait que l'enfant vit ou non avec eux, la qualité de la relation entre l'enfant et sa famille ou ses pourvoyeurs de soins, la sécurité de son environnement et l'existence de solutions de remplacement de qualité à la disposition de la famille, de la famille élargie ou des pourvoyeurs de soins.¹⁰⁴⁸

Ce faisant, le Comité estime qu'il serait judicieux de dresser une liste non exhaustive des éléments à évaluer par l'autorité décisionnelle, parmi lesquels il cite l'opinion et l'identité de l'enfant, la préservation du milieu familial et le maintien des relations, la prise en charge, la protection et la sécurité de l'enfant, les situations de vulnérabilité, le droit de l'enfant à la santé et son droit à l'éducation. Le poids de chacun de ces éléments devra être considéré selon les cas et possiblement mis en balance pour dégager la meilleure solution.

Par ailleurs, le Comité envisage également des sauvegardes procédurales qui permettraient de garantir la mise en œuvre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Au nombre de celles-ci, on compte le droit de l'enfant d'exprimer son opinion, l'établissement des faits (données recueillies par des professionnels), la perception du temps (différente chez l'adulte et l'enfant, elle impose de décider vite et en priorité lorsqu'il s'agit d'enfants), des professionnels qualifiés, la représentation juridique, le raisonnement juridique (des motifs détaillés), la possibilité de réexamen ou de révision des décisions et une étude des impacts sur les droits de l'enfant (pour prévoir les répercussions de toute décision administrative ou politique sur les

¹⁰⁴⁶ *Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, préc., note 1023.

¹⁰⁴⁷ *Id.*, par. 11.

¹⁰⁴⁸ *Id.*, par. 48.

jeunes). À défaut d'en dresser une liste exhaustive, le Comité encourage donc fortement les législateurs à faire état des éléments qui devront être pris en compte lorsqu'il s'agira de déterminer l'intérêt d'un enfant dans une situation particulière.

Conformément à cette suggestion, le législateur québécois a opté pour une énumération de facteurs à prendre en considération : « [s]ont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. »¹⁰⁴⁹ On peut d'emblée noter qu'en ajoutant « les autres aspects de sa situation », la loi retire *de facto* toute prétention d'exhaustivité à sa liste. Par ailleurs, l'article 3 L.P.J. poursuit en spécifiant que « [d]ans le cas d'un enfant autochtone, est également prise en considération la préservation de son identité culturelle. »

Récemment, la réforme de la *Loi sur le divorce*¹⁰⁵⁰ de 2019 a également permis au législateur de préciser les caractéristiques visant à déterminer l'intérêt de l'enfant. Sa nouvelle formulation dresse probablement la liste la plus riche des facteurs à considérer se trouvant dans la législation canadienne :

16 (3) Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, le tribunal tient compte de tout facteur lié à la situation de ce dernier, notamment :

- a) les besoins de l'enfant, dont son besoin de stabilité, compte tenu de son âge et du stade de son développement ;
- b) la nature et la solidité de ses rapports avec chaque époux, ses frères et sœurs, ses grands-parents et toute personne ayant un rôle important dans sa vie ;
- c) la volonté de chaque époux de favoriser le développement et le maintien de relations entre l'enfant et l'autre époux ;
- d) l'historique des soins qui lui sont apportés ;
- e) son point de vue et ses préférences, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis ;
- f) son patrimoine et son éducation culturels, linguistiques, religieux et spirituels, notamment s'ils sont autochtones ;
- g) tout plan concernant ses soins ;
- h) la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins ;

¹⁰⁴⁹ *Code civil du Québec*, préc., note 135, art. 33, al.3 ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 3, al. 2.

¹⁰⁵⁰ *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, S.C. 2019, c. 16.

i) la capacité et la volonté de chaque personne qui serait visée par l'ordonnance de communiquer et de collaborer, en particulier entre eux, à l'égard de questions le concernant ;

j) la présence de violence familiale et ses effets sur, notamment :

(i) la capacité et la volonté de toute personne ayant recours à la violence familiale de prendre soin de lui et de répondre à ses besoins,

(ii) l'opportunité d'une ordonnance qui nécessite la collaboration des personnes qui seraient visées par l'ordonnance à l'égard de questions le concernant ;

k) toute instance, ordonnance, condition ou mesure, de nature civile ou pénale, intéressant sa sécurité ou son bien-être.¹⁰⁵¹

Tout comme dans la L.P.J., la présence de l'adverbe « notamment » permet aux décideurs d'inclure d'autres facteurs que ceux énumérés. Outre cela, notons la présence de choix du facteur de stabilité de l'enfant, d'autant plus primordial dans les situations de divorce visées par la loi qui sont bien souvent facteurs de déstabilisation dans la vie de l'enfant. Soulignons également la prise en compte du point de vue et des préférences de l'enfant, des éléments que l'on ne retrouve pas dans l'énumération proposée par la L.P.J. et qui, pourtant, semblent de plus en plus retenir l'attention des chercheurs¹⁰⁵². Finalement, certains facteurs, tel que l'appartenance communautaire ou ethnique tant importante dans le contexte canadien se retrouvent tout logiquement dans cette liste. Ce qui est aussi appréciable dans cette disposition est la formulation des critères relatifs aux liens de l'enfant avec sa famille : les désirs des parents ne sont pas pris en compte en tant que tel, ils sont recentrés sur les besoins de l'enfant. On parle ainsi de la capacité des personnes à prendre soin de l'enfant et à répondre à ses besoins, ou à communiquer entre elles pour le bénéfice de l'enfant. Ce faisant, l'article 16 (3) de la *Loi sur le divorce* vient une nouvelle fois sonner le glas de l'enfant appréhendé comme la propriété des parents et souligner la réorientation des dispositions qui le concernent vers l'enfant lui-même¹⁰⁵³. C'est lui seul qui compte. Lorsque d'autres personnes sont prises en considération dans le processus décisionnel, c'est seulement en raison de qu'elles peuvent apporter à l'enfant.

Si, comme nous venons de le voir, certains éléments de réponse apparaissent dans les lois québécoises et canadiennes, c'est au travail jurisprudentiel que revient le plus grand mérite

¹⁰⁵¹ Notons également le deuxième paragraphe de l'article, plus classique, selon lequel : « [l]orsqu'il tient compte des facteurs prévus au paragraphe (3), le tribunal accorde une attention particulière au bien-être et à la sécurité physiques, psychologiques et affectifs de l'enfant. »

¹⁰⁵² Tel que nous le verrons plus tard, voir *supra*, Partie III, chap. 2, A, 3.

¹⁰⁵³ Sur l'idée de replacer l'enfant au cœur du système de protection de la jeunesse, voir *supra* Partie III, chapitre 3, B, 2, b.

en termes de description du contenu de la notion de l'intérêt de l'enfant. C'est d'ailleurs ce travail qui a largement influencé les lois et leurs principales réformes. La complémentarité entre les textes de loi et la jurisprudence semble en outre être de mise pour respecter l'essence *in concreto* de la notion¹⁰⁵⁴.

b. Le travail jurisprudentiel : l'intérêt de l'enfant et le maintien dans son milieu familial

En premier lieu, le travail du juge a permis d'affirmer certaines présomptions quant à l'intérêt de l'enfant. Revenons sur l'affaire *Young c. Young*, que nous avons déjà présentée plus haut¹⁰⁵⁵, et qui reprend la présomption selon laquelle les parents agissent dans le meilleur intérêt de l'enfant¹⁰⁵⁶. Le tribunal ne pouvant intervenir dans le quotidien de tous, c'est aux parents qu'il revient en principe de sauvegarder l'intérêt de leur enfant : « [u]ne fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit et, en réalité, il ne peut rien faire de plus, présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant »¹⁰⁵⁷.

L'autre versant de cette présomption revient à reconnaître que, toujours en principe, le maintien des relations de l'enfant avec ses parents répond à son meilleur intérêt : « [l]es droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. »¹⁰⁵⁸. De ce fait, comme le rappelle avec fermeté la juge L'Heureux-Dubé dans la même affaire, « [i]l est désormais acquis, au point d'être l'évidence même, qu'il y va du meilleur intérêt de l'enfant que le parent qui n'a pas la garde s'implique dans sa vie »¹⁰⁵⁹. Cette présomption se retrouve également dans la L.P.J., un texte qui pose en effet comme principe général, outre le respect de l'intérêt de l'enfant, celui de son maintien dans son milieu familial. L'article 4 de la L.P.J. affirme en effet que « [t]oute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial. »¹⁰⁶⁰. Composant les deux principes primordiaux de cette loi, l'intérêt de l'enfant et son maintien en milieu familial ne devraient point

¹⁰⁵⁴ Nous reviendrons sur les interprétations *in concreto* et *in abstracto* de l'intérêt de l'enfant, voir *infra* Partie III, chap. 1, B, 2.

¹⁰⁵⁵ Voir *supra*, Partie III, chap. 1, A, 2.

¹⁰⁵⁶ Cette présomption avait déjà été affirmée par la Cour suprême, notamment dans l'affaire *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 529.

¹⁰⁵⁷ *Young c. Young*, préc., note 417, 42.

¹⁰⁵⁸ *Id.*, 60.

¹⁰⁵⁹ *Id.*, 44.

¹⁰⁶⁰ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 4.

aller l'un contre l'autre. Ils sont au contraire complémentaires dans la mesure où le maintien dans sa famille est présumé servir l'intérêt de l'enfant. Plus précisément, ce sont les liens d'attachement que l'enfant a pu créer qui sont au cœur du privilège du maintien dans le milieu familial. Ce faisant, ces liens affectifs figurent parmi les éléments à considérer dans la recherche de son intérêt¹⁰⁶¹, et les besoins de stabilité et de continuité de l'enfant sont à la base de cette évaluation¹⁰⁶². Toujours dans *Young c. Young*, la juge McLachlin éclaire cette logique de la manière suivante :

dans tous les cas, le critère ultime est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs. L'un de ces facteurs, que le juge qui cherche à déterminer l'intérêt de l'enfant doit prendre en considération, est l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents.¹⁰⁶³

Bien entendu, il s'agit d'une simple présomption et l'image du serpent qui se mord la queue paraît fidèle au comble de cette logique, car à défaut, c'est bel et bien l'intérêt de l'enfant qui viendra démentir la présomption¹⁰⁶⁴ ! C'est ainsi que l'intérêt de l'enfant peut parfois amener les juges à décider du non-retour de l'enfant dans son milieu familial, quand bien même celui-ci aurait résolu les problèmes qui avaient initialement mené au retrait de l'enfant¹⁰⁶⁵. L'affaire *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*¹⁰⁶⁶, qui fut portée en Cour Suprême, illustre ce type de décision. Une jeune fille est prise en charge par le système de protection de la jeunesse dès son plus jeune âge. La mère, malgré l'aide et le soutien du service de protection de l'enfance ontarien, ne parvient pas à se reprendre en main pour être en mesure de s'occuper de sa fille. Après quelques tentatives de retour infructueuses, la société de protection de l'enfance requiert une ordonnance de pupille de la Couronne, sans droit de visite, pour fins d'adoption. La Cour Suprême décide de faire droit à cette requête, non pas en raison de l'inaptitude de sa mère à élever sa fille, qui semblerait-il, n'est plus d'actualité, mais plutôt parce que l'enfant, aujourd'hui âgée de plus de 7 ans, a démontré un attachement réel et sincère envers sa famille d'accueil. Outre son désir de demeurer auprès de cette famille d'accueil, la rupture du lien affectif créé avec sa famille d'accueil risquerait fortement de l'exposer à d'importants problèmes psychologiques. De nombreuses décisions ont similairement décidé,

¹⁰⁶¹ M. PROVOST, préc., note 489, p. 19.

¹⁰⁶² Voir *infra*, Partie III, chap. 3, A, 3.

¹⁰⁶³ *Young c. Young*, préc., note 417, 118.

¹⁰⁶⁴ L'affaire *Beson c. Director of Child Welfare* est très illustratrice de toute la complexité de la décision lorsqu'il s'agit de décider du placement de l'enfant selon son intérêt supérieur alors que celui-ci a été déplacé pour de mauvaises raisons et que tous les gardiens en cause ont la capacité d'en prendre soin. Une sorte de balance de l'attachement est alors effectuée, non sans découler inévitablement sur certaines ruptures, *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 RCS 716 (CSC).

¹⁰⁶⁵ Notons, par exemple, les affaires *Racine c. Woods*, préc., note 530 et *King c. Low*, préc., note 520, que nous avons précédemment étudiées, voir *supra* Partie 1, chap. 3, B, 3, a.

¹⁰⁶⁶ *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 RCS 165 (CSC).

contre l'avis des parents, du placement de l'enfant chez des tiers¹⁰⁶⁷, sanctionnant ainsi le principe selon lequel le droit de garde doit céder devant l'intérêt de l'enfant et ce, même si le placement de l'enfant n'est en rien dû à une faute quelconque du parent¹⁰⁶⁸. Pour d'autres provinces, c'est même l'autorité parentale qui cède le pas lorsque le droit de garde est condition *sine qua non* de l'autorité parentale¹⁰⁶⁹. Au Québec toutefois, un enfant peut être confié à un tiers sans pour autant déchoir le parent de l'autorité parentale¹⁰⁷⁰ : ce dernier se verra simplement retirer le droit de garde.

Autrement dit, bien que le maintien de l'enfant dans sa famille soit considéré en principe comme une composante de l'intérêt de l'enfant, il peut tout aussi bien se révéler un obstacle à son atteinte. C'est d'ailleurs ce que prévoit la L.P.J. dans la suite de son article 4 :

Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer, dans la mesure du possible auprès des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie, la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu familial. De plus, l'implication des parents doit toujours être favorisée dans la perspective de les amener et de les aider à exercer leurs responsabilités parentales.

Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, le retour dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge de façon permanente¹⁰⁷¹

Nous reviendrons sur l'ordonnancement de cet article 4 L.P.J. pour nous inscrire parmi les critiques de ce dernier lorsque nous examinerons plus précisément le système de la protection de la jeunesse au Québec et les perspectives d'ouvertures émanant d'une lecture post-moderne¹⁰⁷².

Plusieurs décisions judiciaires ont proposé des directions à suivre dans l'évaluation de l'intérêt de l'enfant et de son maintien dans son milieu familial. En 1985, le juge McIntyre

¹⁰⁶⁷ Au Québec, citons par exemple les décisions *Protection de la jeunesse — 165588*, 2016 QCCQ 12687 ; *Protection de la jeunesse — 985*, [1999] R.J.Q. 1295 (C.Q.) ; *Protection de la jeunesse — 986*, [1999] R.D.F. 405 (C.Q.).

¹⁰⁶⁸ *Ménard c. Ménard*, [1981] J.E. 81-882 (C.A.) dans cette affaire, la mère avait confié son enfant à ses oncle et tante, car elle devait subir de nombreuses interventions étant atteinte d'un cancer. Les tribunaux décident que l'enfant, maintenant âgé de cinq ans et demi, doit rester chez ses oncle et tante avec qui il a développé de forts liens d'attachement et dont la séparation comporterait un risque important pour sa santé mentale.

¹⁰⁶⁹ *Gohier-Desfossés c. Gohier*, [1978] J.E. 79-23 (C.S.) cité dans *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 529, par. 58.

¹⁰⁷⁰ *Droit de la famille — 86*, [1983] J.E. 83-1027 (C.S.) ; *Droit de la famille — 110*, [1984] J.E. 84-178 (C.S.) ; *Droit de la famille — 228*, [1985] J.E. 85-795 (C.S.).

¹⁰⁷¹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 4, al. 2 et 3.

¹⁰⁷² Nous pensons notamment que la façon dont le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et celui de son maintien dans son milieu familial sont agencés implique une contradiction fondamentale dans les objectifs de la loi et dans les moyens privilégiés pour les atteindre, voir *infra* Partie III, chap. 3, B, 1.

estimait que, dans sa décision relative à l'enfant, le juge doit « choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte »¹⁰⁷³.

Finalement, ce que nous amènent à conclure ces discussions quant à la place du maintien familial dans l'intérêt de l'enfant, c'est qu'il s'agit bel et bien d'un des éléments essentiels à considérer lorsque l'on prend une décision à son sujet, mais qu'il n'est pas le seul, et qu'il peut tout aussi bien participer à son meilleur intérêt qu'il peut le desservir. Il en va d'ailleurs de même de tous les autres éléments pouvant être pris en compte. Parmi ces derniers, la participation de l'enfant à la détermination de son propre intérêt a également fait l'objet d'un consensus jurisprudentiel, bien que le poids de cette participation soit, ici encore, relatif au contexte et aux autres éléments¹⁰⁷⁴. C'est somme toute le paradoxe qui touche chacun des éléments inclus dans l'intérêt de l'enfant : ses besoins physiques ou psychiques, ses liens affectifs, son opinion ou encore sa croyance religieuse, sont en ce sens des dimensions au sein desquelles il est possible d'apprécier l'intérêt de l'enfant, mais seule une évaluation *in concreto* permettra de conclure dans quel sens elles jouent. En d'autres termes, si ces éléments peuvent être considérés dans l'évaluation du critère, rien ne laisse supposer fermement lequel il conviendra de faire primer s'ils s'avéraient contradictoires.

En fin de compte, bien que nous ayons décelé ici et là quelques indices dans la composition de l'intérêt de l'enfant, celle-ci demeure extrêmement imprécise et aucun consensus ne semble émerger quant à une définition exacte de cette notion¹⁰⁷⁵. Partant, c'est donc l'imprécision de cette notion qui lui est unanimement reconnue.

B. L'intérêt de l'enfant : de l'imprécision à la flexibilité

Le critère de l'intérêt de l'enfant ne trouve donc de consensus que dans la reconnaissance de son imprécision. Les auteurs soulignent tour à tour les dangers et les bénéfices de ce caractère, qualifiant le critère de « notion polymorphe ou concept à géométrie

¹⁰⁷³ *King c. Low*, préc., note 525, par. 27.

¹⁰⁷⁴ Bien que nous aurions pu exposer ici l'argumentation relative à la prise en compte de l'opinion de l'enfant dans la détermination de son intérêt, nous avons plutôt choisi d'y revenir dans le chapitre suivant, lorsque nous traiterons directement de la participation de l'enfant, voir *infra*, Partie III, chap. 2, A, 3.

¹⁰⁷⁵ G. A. de ALMEIDA, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, préc., note 286, 230.

variable, [...] coquille vide, serpent de mer à trois têtes ou tarte à la crème », comme le relève le professeur Alain Roy, qui opte lui-même pour l'image du « magma visqueux »¹⁰⁷⁶, dont la texture peut se solidifier sous l'impulsion des tribunaux, mais jamais ne se stratifie-t-elle complètement. Si, tel que nous le verrons tout d'abord, ce caractère imprécis le rend propice à de multiples critiques (a), force est de constater qu'il ne lui ôte pas pour autant toute pertinence, en témoigne le nombre de fois que la loi en use. Au contraire, nous pensons que c'est justement cette imprécision qui le rend si fonctionnel. Car dans des termes plus positifs, celle-ci rime aussi avec souplesse, ouverture et adaptabilité. C'est sous l'angle de ces qualités que nous apprécierons ce critère dans un second temps (b).

1. Critiquons l'imprécis !

Depuis qu'il est présent sur la scène des droits de l'enfant, et plus encore depuis qu'il la surplombe, l'intérêt de l'enfant ne cesse de faire couler de l'encre. La doctrine s'y penche sans relâche, critiquant, accablant ou admirant tour à tour cette expression. Parmi ces textes, on retrouve bien souvent une même référence à la rhétorique du doyen Jean Carbonnier qui qualifiait l'intérêt de l'enfant de « "notion magique", qui, à la limite, finirait par "rendre superflues toutes les institutions de droit familial". Et pourtant, écrivait-il, "rien de plus fuyant, rien de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire" »¹⁰⁷⁷. À l'image du doyen Carbonnier, beaucoup d'autres auteurs mettent de l'avant le caractère indéterminé ou « fuyant » de l'expression. L'instabilité de ce concept est ainsi maintes fois décriée, soulignant cette proie propice à l'arbitraire¹⁰⁷⁸. Ainsi, le critère de l'intérêt de l'enfant pourrait même s'avérer dangereux, puisque susceptible « d'instrumentalisation, voire de détournement par celui qui l'invoque »¹⁰⁷⁹. Nous l'avons évoqué au sujet du principe de la continuité des liens d'attachement de l'enfant : l'intérêt de l'enfant peut tout aussi bien encourager le maintien de l'enfant dans son milieu familial que son placement dans un milieu substitut. En résumé, tel que le mentionne Shauna Van Praagh, « l'intérêt de l'enfant peut mener à bien des conclusions

¹⁰⁷⁶ A. ROY, préc., note 995 à la page 256.

¹⁰⁷⁷ Cité dans J. COMMAILLE, préc., note 104 à la page 21.

¹⁰⁷⁸ Sur les critiques de ce critère dans l'univers juridique français, on pourra lire Bruno ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », (2014) 62 *Petites Affiches* 6; et dans le contexte américain, Jon ELSTER, « Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child », (1987) 54-1 *Univ. Chic. Law Rev.* 1.

¹⁰⁷⁹ A. ROY, préc., note 995 à la page 256.

différentes »¹⁰⁸⁰. Et il en va ainsi de chacun des éléments listés à l'article 3 L.P.J. : pas un seul de ceux-ci ne permet d'atteindre un résultat algorithmique selon lequel le meilleur intérêt de l'enfant se trouvant dans un contexte X serait systématiquement de décider dans un sens X¹. Qui plus est, les éléments aidant à l'évaluation étant eux-mêmes relativement subjectifs, on comprend aisément que beaucoup s'inquiètent d'une telle largesse accordée au décideur. Une appréhension d'autant plus forte dans un milieu tel que celui du droit dans lequel la prévisibilité revêt une importance cruciale. La marge d'interprétation laissée au juge est donc bien souvent l'objet des critiques relatives à l'intérêt de l'enfant. Certains soulèvent en ce sens qu'il laisse une trop grande place aux éventuels biais personnels des juges dont les décisions pourront être teintées par leur personnalité, leurs valeurs et leurs préjugés¹⁰⁸¹.

Pour surenchérir sur la dépréciation des juristes, le critère de l'intérêt de l'enfant pose en outre le problème de son contenu au caractère interdisciplinaire. L'un des enjeux que de nombreux auteurs soulèvent est en effet celui de la nature non juridique du concept, ou encore de sa substance « polymorphe, aux mille facettes juridiques, psychologiques et sociales »¹⁰⁸². En ce sens, le critère fait fréquemment appel à des données qui dépassent le champ proprement juridique pour se référer plus largement à celui des sciences sociales¹⁰⁸³. De la sorte, décider de l'intérêt de l'enfant peut astreindre à une connaissance clinique qui échappe à la formation du juriste¹⁰⁸⁴. Il arrive en effet bien souvent que le juge se trouve face à des éléments de preuves tels que des comptes rendus d'intervenants sociaux, des expertises psychiatriques ou encore des bilans médicaux. Certains estiment alors que l'évaluation de l'intérêt de l'enfant se joue de la force des experts présents et que, par conséquent, les garanties juridiques risquent de s'effacer derrière une joute de spécialistes en tout genre. Ce faisant, les données sociales, environnementales, psychologiques ou autres, dont dispose le juge afin de prendre la décision dans le meilleur intérêt de l'enfant, menacent de remplacer le critère plutôt que de

¹⁰⁸⁰ Shauna VAN PRAAGH, « Religion et autorité parentale : le casse-tête de l'intérêt de l'enfant », dans David KOUSSENS, Benjamin PRUD'HOMME, et SAFA BEN SAAD (dir.), *La religion en droit de la famille : Le religieux comme variable de prise de décision dans un droit familial laïcisé*, Thémis, Montréal, à paraître.

¹⁰⁸¹ Janet L. DOLGIN, « Why Has the Best-Interest Standard Survived: The Historic and Social Context Special Report », (1996) 16-1 *Child. Leg. Rights J.* 2, 2 et 3; voir également l'excellent ouvrage de Johanne Clouet dans lequel l'auteure met en parallèle les marqueurs identitaires des juges et les différentes interprétations de l'intérêt de l'enfant qu'ils donnent dans les décisions relatives à la garde des enfants dans un contexte post-rupture, *Décisions judiciaires en matière de garde d'enfants : contribution à l'étude de l'influence des marqueurs identitaires du juge*, Montréal, Québec, Les Éditions Thémis, 2017.

¹⁰⁸² B. ANCEL, préc., note 1078, 7.

¹⁰⁸³ É. DELEURY et A. CLOUTIER (dir.), préc., note 43, p. 37 à 39.

¹⁰⁸⁴ V. LEMAY, préc., note 312 à la page 39.

l'informer¹⁰⁸⁵. Cette critique s'arrime à une appréciation plus large du système judiciaire qui n'affecte pas seulement le milieu des droits de la jeunesse, mais la justice dans son ensemble. Nous l'avons d'ailleurs soulevé dans le cadre de l'étude du rôle du juge dans le régime post-moderne¹⁰⁸⁶, un juge équilibriste dont les décisions ne sont plus exemptes de leurs effets sociaux et qui doit, au contraire, mettre le droit au service de finalités sociales et humaines pour lesquelles il requiert l'aide d'experts. Face à cette « expertisation » de la justice¹⁰⁸⁷, le système judiciaire a toutefois tenté de s'adapter en développant ses propres services pour considérer les éléments non juridiques adéquatement. La Cour supérieure s'est par exemple dotée d'un service d'expertise psychosociale¹⁰⁸⁸ qu'elle peut interpeller pour toute demande mettant en jeu l'intérêt de l'enfant en vertu de l'article 425 C.p.c.¹⁰⁸⁹. Plutôt que d'écarter l'intérêt de l'enfant en raison de son aspect clinique impropre à la connaissance des juristes, il s'agit alors « d'apprendre à unir les différents points de vue savants »¹⁰⁹⁰ dans un cadre interdisciplinaire.

Finalement, l'imprécision du critère de l'intérêt de l'enfant en fait une proie facile à diverses critiques. Pourtant, c'est aussi ce caractère que tant d'autres applaudissent et considèrent comme la véritable valeur salutaire de ce critère.

2. *Appréciations la souplesse !*

Bien que conflictuelle sur de nombreux points, l'existence même du principe de l'intérêt de l'enfant n'est pour autant que très rarement remise en cause¹⁰⁹¹. Se positionnant quant à la constitutionnalité du critère au regard de son imprécision, la juge L'Heureux-Dubé reconnaît ainsi le large pouvoir discrétionnaire qu'il confère aux juges, tout en soutenant que ce pouvoir est indispensable à l'objectif poursuivi, celui de « la protection d'un segment vulnérable de la

¹⁰⁸⁵ J. L. DOLGIN, préc., note 1081, 3.

¹⁰⁸⁶ Voir *supra* Partie II, chap. 3, A, 2, c.

¹⁰⁸⁷ À ce sujet, on pourra notamment lire Gary B. MELTON, John PETRILA, Norman POYTHRESS et Christopher SLOBOGIN, *Psychological evaluations for the courts: a Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*, coll. Guilford law and behavior series, New York, Guilford Press, 1987.

¹⁰⁸⁸ Pour en savoir plus sur le service d'expertise psychosociale du Québec, sa mission et son histoire, on pourra lire É. DELEURY et A. CLOUTIER (dir.), préc., note 43, p. 40 à 50.

¹⁰⁸⁹ *Code de procédure civile*, préc., note 919, art. 425 : « Dans toute affaire en matière familiale qui met en jeu l'intérêt d'un enfant mineur, le tribunal peut, d'office ou sur demande, ordonner au service d'expertise psychosociale de la Cour supérieure de désigner un expert pour l'éclairer sur toute question liée à la garde de l'enfant ou aux autres aspects qui concernent cet enfant. ».

¹⁰⁹⁰ V. LEMAY, préc., note 312 à la page 39.

¹⁰⁹¹ É. DELEURY et A. CLOUTIER (dir.), préc., note 43, p. 37.

société »¹⁰⁹². Dans l'affaire *P. (D.) c. S. (C.)*, elle estime « que la présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. » et « permet de mieux cerner les circonstances de chaque cas, circonstances qui peuvent varier à l'infini »¹⁰⁹³.

En outre, son imprécision s'avère aussi servir sa cause, ne serait-ce que parce qu'elle favorise une plus grande adaptabilité et individualisation des situations : Alain Roy souligne ainsi que « ses paramètres doivent rester souples et ouverts ; on doit pouvoir manier le principe en fonction des besoins et des faits en cause, selon la situation particulière dans laquelle se trouve l'enfant. »¹⁰⁹⁴. C'est donc une application dynamique¹⁰⁹⁵ que permet la flexibilité du critère. Ainsi, si l'indétermination de l'intérêt de l'enfant en fait une notion arbitraire, périlleuse et propice à une instrumentalisation pour certains, d'autres l'assimilent à des valeurs plus positives, telles que la souplesse et l'adaptabilité qui lui permettent de s'ajuster au cas par cas, dans le temps et selon les contextes¹⁰⁹⁶.

Parmi ces qualités, nombreux sont ceux qui soulignent la capacité d'individualisation du critère. C'est là l'un des plus grands défis auquel fait face le domaine des droits de l'enfant : parvenir à concilier l'individualité des enfants et la généralité exigée par le devoir de prévisibilité du droit ; le caractère éminemment évolutif de la période de 0 à 18 ans que traverse l'enfant et la fixité issue de la catégorisation juridique de cette même période. En ce sens, les juristes sont parvenus à un commun accord en partageant la notion en deux dimensions. Ainsi parle-t-on de l'intérêt de l'enfant *in concreto*, celui d'un enfant personnellement désigné, ou de l'intérêt de l'enfant *in abstracto*, celui de la catégorie sociale d'enfant, c'est-à-dire de tous les enfants en général¹⁰⁹⁷. Dans ce dernier cas, il s'agira d'une norme générale et abstraite alors que dans le premier, d'une norme d'application particulière¹⁰⁹⁸. L'individualisation des décisions du juge se concrétise grâce à cette possibilité « de concentrer son attention sur les besoins de l'enfant qu'il a devant lui, en reconnaissant que ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre. »¹⁰⁹⁹ Cet aspect, revenant finalement

¹⁰⁹² *Young c. Young*, préc., note 417, 9.

¹⁰⁹³ *P. (D.) c. S. (C.)*, préc., note 556, 179.

¹⁰⁹⁴ A. ROY, préc., note 995 aux pages 252 et 253.

¹⁰⁹⁵ *Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, préc., note 1023, par. 1.

¹⁰⁹⁶ *Id.*, p. 32.

¹⁰⁹⁷ A. ROY, préc., note 995 à la page 258.

¹⁰⁹⁸ G. A. de ALMEIDA, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, préc., note 286, 231.

¹⁰⁹⁹ *Young c. Young*, préc., note 417, 27.

à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant *in concreto* plutôt qu'*in abstracto*, est primordial. De ce fait d'ailleurs, il appert que les juges des instances d'appel ou de la Cour suprême se montrent souvent réticents à réévaluer l'intérêt de l'enfant sur le fond : en l'absence de faute évidente, ils préfèrent confirmer l'évaluation du juge de première instance, conscients de la complexité des éléments à prendre en compte et du poids fluctuant de chacun¹¹⁰⁰. L'intérêt de l'enfant étant extrêmement relatif — à la situation particulière de chaque enfant — le premier juge à statuer sur le fond de l'affaire sera en général le plus à même de l'identifier.

Cette souplesse propre à l'intérêt de l'enfant vient aussi surpasser une limite à laquelle s'était butée la logique de l'égalité : celle du caractère évolutif de l'enfance. En effet, le développement continu des capacités de l'enfant exige l'adoption de mesures révisables ou ajustables dans le temps, afin d'envisager la situation de l'enfant comme elle se présente, mais aussi dans sa continuité. En ce sens, l'intérêt de l'enfant d'hier n'est pas automatiquement celui de demain. Ce critère peut être réévalué et permet ainsi une adaptation des décisions aux changements dans la situation de l'enfant. En ce sens, la juge L'Heureux-Dubé a affirmé que « l'intérêt véritable d'un enfant exigera au fil des ans des solutions différentes »¹¹⁰¹. De la sorte, un juge pourra décider différemment de ce qu'il avait lui-même décidé il y a quelque temps pour le même enfant s'il considère que son intérêt a évolué. Ce caractère dynamique de la notion lui permet assurément de coller à l'évolution de la personne de l'enfant, tout autant qu'au contexte dans lequel il grandit¹¹⁰². Ainsi, tel que le soulignent Édith Deleury et André Cloutier : « [d]e cette notion, à développement continu et progressif, on peut attendre une adaptation plus facile aux besoins de chaque époque, de chaque cas particulier »¹¹⁰³. Ce caractère évolutif n'est pas seulement propre au critère de l'intérêt de l'enfant, mais également aux éléments qui le composent. Aussi, la façon de déterminer l'intérêt de l'enfant pourra évoluer au fur et à mesure que l'enfant grandit, en accordant, par exemple, plus de poids à certains aspects importants durant l'adolescence et peu pertinents chez le jeune enfant. C'est notamment le cas de la volonté de l'enfant qui deviendra un élément de plus en plus déterminant à mesure que l'enfant acquiert de l'autonomie. En ce sens, la juge Abella rappelle l'importance d'adapter les éléments de détermination de l'intérêt de l'enfant à l'évolution de ce dernier en exhortant à interpréter le

¹¹⁰⁰ S. VAN PRAAGH, préc., note 1080.

¹¹⁰¹ *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, préc., note 1066, 203.

¹¹⁰² G. A. de ALMEIDA, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, préc., note 286, 231.

¹¹⁰³ É. DELEURY et A. CLOUTIER (dir.), préc., note 43, p. 35.

critère « comme un ensemble évolutif de facteurs accordant de plus en plus d'importance à l'opinion d'une personne au fur et à mesure qu'elle acquiert de la maturité. »¹¹⁰⁴

La souplesse de l'intérêt de l'enfant permet non seulement de s'adapter à l'évolution de chaque enfant, mais aussi plus largement à l'évolution des mœurs et des sciences. Les connaissances sur l'enfant ne cessent de s'étendre et ce qui était considéré comme propice à son bon développement hier ne l'est plus forcément aujourd'hui. Comme l'affirme Jean Zermatten, le critère de l'intérêt de l'enfant est « dépendant des connaissances scientifiques sur l'enfant et sur la prééminence de telle théorie à un moment donné »¹¹⁰⁵. Plutôt que de graver ces éléments dans la loi, et risquer de rendre extrêmement long et difficile son changement, c'est dans le critère de l'intérêt de l'enfant que ces balancements s'opèrent avec souplesse, entre autres à travers les études interdisciplinaires, la doctrine et la jurisprudence¹¹⁰⁶. Ainsi, tel que le décrit Janet Dolgin, « [t]he principle, precisely *because of its indeterminacy*, has been flexible enough to justify shifting social preferences and to reflect changing visions of the family without requiring an express alteration in the rule of law »¹¹⁰⁷.

Le critère de l'intérêt de l'enfant s'avère donc un soutien précieux à la décision judiciaire. S'il ne privilégie *in abstracto* aucun des éléments qui le composent, outre des présomptions réfutables, c'est l'icône même de la justice qu'il incarne *in concreto*, à travers la pondération de chacun des facteurs. En l'espèce, il permet en effet de considérer chacun des éléments pour chercher le meilleur équilibre possible. Ce rôle, qui s'apparente à celui d'un conciliateur, est essentiel dans la logique juridique des droits de l'enfant et mérite, en ce sens, que l'on s'y arrête dans la section prochaine.

¹¹⁰⁴ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 382, par. 113. Pour une analyse plus poussée de cette décision et de l'arrimage entre intérêt et volonté de l'enfant, voir *supra* Partie I, chap. 3, B, 4.

¹¹⁰⁵ J. ZERMATTEN, préc., note 345, p. 11.

¹¹⁰⁶ *Id.*, p. 12.

¹¹⁰⁷ J. L. DOLGIN, préc., note 1081, 7.

C. L'intérêt de l'enfant : une notion s'inscrivant dans une perspective post-moderne du droit

Tel que nous l'annonçons au début de ce chapitre, l'intérêt de l'enfant apparaît comme le premier principe fondamental des droits de l'enfant. Ce domaine juridique en pleine effervescence se heurte à de nombreux conflits principiels qui laissent parfois un goût amer à sa cohérence interne, comme nous l'avons souligné dans notre première partie. Or, le critère de l'intérêt de l'enfant vient justement assouplir ce constat déconcertant en réconciliant certaines antinomies qui enlisaient les droits de l'enfant dans des impasses tant théoriques que pratiques (1). En ce sens, il apparaît comme le socle premier de ce champ juridique, lui offrant une matrice unique et précise, signe d'une cohésion certaine. En outre, ce critère rencontre de nombreuses caractéristiques que nous identifions dans le cadre du régime de régulation post-moderne. Il participe ainsi de la dialectique d'interactions du droit réflexif tout autant qu'il y répond (2).

1. *Un réconciliateur des antinomies du domaine – Un principe harmonisateur*

Il est intéressant de constater que l'intérêt de l'enfant a pendant un temps disparu de l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Si l'on remonte à l'adoption de cette loi, l'expression fut en effet boudée par le législateur de 1977 à la faveur de celle de « droits de l'enfant »¹¹⁰⁸. L'article 3 se lisait alors comme suit : « le respect des droits de l'enfant doit être le motif déterminant des décisions prises à son sujet en vertu de la présente loi ». À la lecture des débats parlementaires ayant mené à l'adoption de cette loi, il apparaît que certains intervenants se demandaient si la notion d'intérêt de l'enfant était « juridiquement assez claire et sans ambiguïté »¹¹⁰⁹. D'ailleurs, lors de l'audition des mémoires, le Comité pour la protection des enfants applaudissait l'orientation du législateur qui consistait « à remplacer par les droits

¹¹⁰⁸ L'expression « intérêt de l'enfant » se retrouvait néanmoins ailleurs dans le texte, mentionnée à cinq reprises aux articles 1. d), 5, 6, 10 et 80.

¹¹⁰⁹ COMMISSION CONJOINTE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA JUSTICE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31^e législature, Fascicule n°277, 7 décembre 1977, pages 8845-8887 (Vol. 38 N° 176), en ligne : <[http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3112se&Section=projlois&Requete=B-8845-87&Hier=24+-+Loi+sur+la+protection+de+la+jeunesse+\(le+Ministre+d%27%c3%89tat+au+d%c3%a9veloppement+social\)_Commission+permanente+des+affaires+sociales+et+de+la+justice_B-8845-87](http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3112se&Section=projlois&Requete=B-8845-87&Hier=24+-+Loi+sur+la+protection+de+la+jeunesse+(le+Ministre+d%27%c3%89tat+au+d%c3%a9veloppement+social)_Commission+permanente+des+affaires+sociales+et+de+la+justice_B-8845-87)> (consulté le 13 mars 2019) intervention de M. Forget.

de l'enfant la notion subjective de "servir au mieux les intérêts de l'enfant" qui sous-tendait la loi précédente »¹¹¹⁰. Le langage finalement adopté et le peu d'éléments présentés sur la justification de ce choix sont des facteurs qui semblent révéler que les deux expressions « intérêts de l'enfant » et « droits de l'enfant » étaient alors considérées comme équivalentes dans leur contenu, mais que la contenance de la deuxième, plus claire, l'emportait sur la première.

Six ans plus tard, lors de l'adoption d'une réforme majeure de cette même loi, le débat était relancé et l'issue se montrait tout autre : la vision contradictoire qui opposait « droits de l'enfant » et « intérêt de l'enfant » avait semé la confusion et exigeait maintenant un éclaircissement linguistique. La compréhension parfois contradictoire de ces principes pouvait en effet mener à une application non uniforme de la loi, ainsi qu'à une « dissection conceptuelle d'une entité unique », l'enfant, selon que l'on intervient sur la base de tel ou tel principe¹¹¹¹. Fortement inspirés par les recommandations du rapport Charbonneau¹¹¹², les débats parlementaires animant l'adoption des modifications de la L.P.J. en 1983 reprenaient cette conviction. M. Pierre-Marc Johnson, ministre de la Justice à cette date, s'est révélé très bon pédagogue lors de son discours présentant le projet de loi. Selon lui, l'une des principales difficultés d'application de la L.P.J. résultait de « l'imprécision, voire même la contradiction occasionnelle qui est constatée quant à la compréhension de certains des éléments fondamentaux de la protection de la jeunesse, par exemple, lorsqu'on oppose droits et intérêts de l'enfant »¹¹¹³. Le ministre, considérant que « le temps [était] venu de remettre un peu d'ordre dans ces notions d'intérêt, de droits et de besoins de l'enfant », explique que les modifications proposées à la loi placent l'intérêt de l'enfant, non plus comme contradictoire, mais bel et bien

¹¹¹⁰ COMMISSION CONJOINTE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA JUSTICE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, Fascicule n°222, 1 novembre 1977, pages 6947-6989.

¹¹¹¹ ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPÉCIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 482, p. 219 et 222.

¹¹¹² ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPÉCIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 482.

¹¹¹³ COMMISSION CONJOINTE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA JUSTICE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 60 - Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives (le ministre des Affaires sociales), 32e législature, Fascicule n°69, 13 mars 1984, pages 5123-5142, en ligne : <[http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3214se&Section=projlois&Requete=5123-42&Hier=60+-+Loi+modifiant+la+Loi+sur+la+protection+de+la+jeunesse+et+d%27autres+dispositions+l%c3%a9gislatives+\(le+Ministre+des+Affaires+sociales\)_Adoption+du+principe_5123-42](http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3214se&Section=projlois&Requete=5123-42&Hier=60+-+Loi+modifiant+la+Loi+sur+la+protection+de+la+jeunesse+et+d%27autres+dispositions+l%c3%a9gislatives+(le+Ministre+des+Affaires+sociales)_Adoption+du+principe_5123-42)> (consulté le 13 mars 2019).

comme complémentaire des droits et des besoins de celui-ci. L'intérêt de l'enfant permettrait alors de :

nuancer les droits à la lumière des besoins et vice versa. Elle est le trait d'union entre les deux. Droits et besoins sont en fait des réalités complémentaires qu'il faut apprécier chez un même individu, d'où la nécessité d'insérer la notion d'intérêt dans l'article de la loi définissant les motifs qui deviennent déterminants dans les décisions prises au sujet des enfants.¹¹¹⁴

Cette nouvelle vision vient répondre aux situations causées par la vision antinomique dans lesquelles, sous couvert des droits de l'enfant, ses besoins s'en trouvaient parfois négligés. La nouvelle formulation adoptée dans l'article 3, répondant directement aux recommandations du rapport Charbonneau, venait associer la notion d'intérêt de l'enfant à celle du respect de ses droits dans la même formulation que nous lui connaissons aujourd'hui.

Cette interprétation de l'intérêt de l'enfant rapidement esquissée dans les débats parlementaires est extrêmement intéressante en ce qu'elle révèle une vision complémentaire des droits de l'enfant et de son intérêt. Elle trace en outre les fondements des justifications et utilisations de la notion dans une vision très contemporaine. En effet, en reprenant en quelques mots l'analyse historique que nous avons effectuée dans notre premier chapitre¹¹¹⁵, notons que l'intérêt de l'enfant fut tout d'abord entendu comme un intérêt de protection, dans une perspective paternaliste d'une personne incapable, d'un « petit de l'adulte », dont le besoin principal était d'être protégé. S'en est suivie, plus récemment, une autre conception, mettant de l'avant l'enfant tel un « petit adulte » ou « futur adulte », et soulignant cette fois-ci ses droits-liberté. Le rôle du droit est alors amalgamé à celui du « libérateur », impulsant notamment les droits participatifs. Autrement dit, d'un enfant immature, qui nécessitait des actions du droit pour répondre à « ses besoins de ... protection », on est passé à un enfant mature, auquel il convient de prescrire des « droits de... participer ». C'est en ces deux sens que l'on a pu opposer droits et besoins de l'enfant, entendu que chacun de ses aspects est primordial, mais que la reconnaissance exclusive de l'un (se faisant forcément au mépris de l'autre), comme elle put s'illustrer, ne suffit pas à combler ce que l'on entend aujourd'hui du rapport du droit et de l'enfant.

¹¹¹⁴ *Id.*; Ces propos du ministre de la Justice sont en fait rapportés mots pour mots du rapport de la Commission Charbonneau ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPECIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 480, p. 223.

¹¹¹⁵ Voir *supra* Partie I, chap. 1

Sur cette base, nous voilà donc avec deux visions indispensables de l'enfant pouvant déboucher sur des actions inconciliables. Le rôle de « nuance » ou « trait d'union » de l'intérêt de l'enfant dont le ministre M. Pierre-Marc Johnson faisait état dans les propos précités trouve ici toute sa pertinence. La complémentarité entre les besoins et les droits de l'enfant se réalisera à la lumière du meilleur intérêt ce dernier. L'intégration de ces propos sur l'intérêt de l'enfant dans le cadre de la vision combinatoire des modèles d'égalité reprend également tout son sens ici : le trait d'union entre besoins et droits de l'enfant se situe aussi entre égalité formelle et égalité substantielle¹¹¹⁶. Ces dernières correspondant d'ailleurs aux ombres respectives des deux premiers termes dans leur extension intellectuelle relative à la rhétorique égalitaire des droits de l'enfant.

Ce caractère conciliatoire logeant l'intérêt de l'enfant dans l'entre-deux n'intéresse pas seulement le duo protection/liberté. Nous y voyons d'autres lieux de déploiement dans lesquels l'union qu'il encourage s'avère essentielle. En ce sens, nous soutiendrons que l'intérêt de l'enfant se fait triplement conciliateur : entre les intérêts présents et futurs de l'enfant, entre les intérêts de l'enfant et ceux des autres personnes et entre ses intérêts eux-mêmes. Nous reprendrons ici successivement chacun de ces éléments. Il nous sera alors permis de constater le caractère pondérateur du critère de l'intérêt de l'enfant si essentiel à la cohérence globale des droits de l'enfant.

Tout d'abord, l'intérêt de l'enfant, s'il peut être évalué dans le temps présent, peut aussi faire l'objet d'une appréciation à long terme¹¹¹⁷. C'est une caractéristique non moindre dans le cas de l'enfant qui vit une période extrêmement riche de changements en un temps limité. On peut ainsi orienter la décision au sujet de l'enfant selon non seulement ce qui sert son intérêt présent, mais aussi ce qui servira son intérêt futur. En ce sens, son développement social, son apprentissage de l'autonomie, l'acquisition des capacités nécessaires à sa vie adulte sont, parmi d'autres, des éléments qui peuvent servir son intérêt à long terme. Là encore, il ne s'agit pas de faire systématiquement primer l'intérêt à long terme sur l'intérêt à court terme, si tant est qu'ils s'opposent, mais plutôt de considérer tous ces éléments dans leur pondération¹¹¹⁸.

La combinaison entre les intérêts de l'enfant et ceux des autres personnes ne repose quant à elle pas sur un rapport égalitaire. Le déséquilibre est affirmé et assumé, du moins dans

¹¹¹⁶ Voir nos réflexions à ce sujet, *supra* Partie I, chap. 2, B.

¹¹¹⁷ C. M. BELLON, préc., note 60 à la page 107.

¹¹¹⁸ *Id.*

le domaine des droits de l'enfant : c'est l'intérêt de ce dernier qui prime. Néanmoins, tous les autres intérêts pouvant être mis en jeu n'en sont pas pour autant ignorés. Le rôle conciliateur de l'intérêt de l'enfant sera en effet de considérer les autres intérêts du point de vue de sa propre complétude, c'est-à-dire comme participant justement de sa détermination. En l'espèce, la combinaison qui illustre le plus fréquemment cette articulation est celle des intérêts des parents avec ceux des enfants. Le législateur a déjà fortement travaillé à la conciliation en posant comme présomption que ces deux intérêts vont de pair. Toutefois, ce n'est point un principe irréfragable et s'il n'est pas respecté, l'intérêt de l'enfant primera et, en dernier recours, pourrait même s'opposer à celui de ses parents.

Enfin, le critère de l'intérêt de l'enfant, dans sa version plurielle, a l'avantage de permettre la mise en équilibre de l'ensemble des intérêts de l'enfant. Il est certain que le critère va induire une réponse négative en s'opposant aux menaces à son intégrité physique, mais, d'autre part, c'est aussi une action positive qui est incitée en visant la meilleure situation possible. Autrement dit, l'intérêt de l'enfant impose la sauvegarde de son intégrité physique, mais aussi la possibilité pour lui de développer son identité et son autonomie. Cette double face de l'intérêt de l'enfant est analysée par la professeure Shauna Van Praagh à la lumière de décisions en matière de garde dans des contextes religieux marqués¹¹¹⁹. Celle-ci place les intérêts d'identité et d'intégrité de l'enfant dans un casse-tête complexe qu'il appartient au juge de résoudre. Pour illustrer ses propos, elle s'appuie sur deux décisions de la Cour supérieure du Québec dans lesquelles la garde des enfants était contestée entre les parents pour des motifs religieux¹¹²⁰. Plaçant tour à tour les pièces du casse-tête tels que le droit familial, les libertés constitutionnelles des parents, les revendications des communautés et la participation de l'enfant, c'est finalement par l'interaction des éléments d'identité et d'intégrité que l'auteure propose la résolution du jeu. Puisque « l'identité et l'intégrité de l'enfant s'alimentent mutuellement et deviennent de fait interdépendantes »¹¹²¹, c'est à une conciliation que devra à nouveau se prêter le juge dans la détermination de l'intérêt de l'enfant. Ultimement, mettant de l'avant l'importance du contexte, c'est donc une reconstruction du casse-tête au cas par cas à laquelle les juges s'affairent pour ensuite le résoudre grâce à la souplesse de l'intérêt de l'enfant. Si ce type d'analyse se prête ici extrêmement bien à des contextes où le facteur religion est en jeu, il en va de même pour tout autre paramètre de l'intérêt de l'enfant tel que la liberté

¹¹¹⁹ S. VAN PRAAGH, préc., note 1080.

¹¹²⁰ *Droit de la famille — 163464*, 2016 Cour supérieure ; *M. C. c. C. B.*, 2005 Cour supérieure.

¹¹²¹ S. VAN PRAAGH, préc., note 1080.

d'expression ou d'opinion, l'identité culturelle, les liens affectifs ou encore les besoins intellectuels.

Finalement, avec ce critère de l'intérêt de l'enfant, la voie s'ouvre pour appréhender ce que nous appelions les dichotomies des droits de l'enfant d'une manière différente. Le liant que constitue ce critère permet en effet de réfléchir à ces éléments dans une approche complémentaire qui soulignerait le dialogue plutôt que le conflit dans leurs interactions. Ce passage n'est pas sans rappeler celui du droit, ou encore des études sur le droit, qui, en passant d'une approche binaire vers une approche dialectique, venaient consacrer l'image du droit en réseau, intégré au régime de régulation post-moderne¹¹²². Nous décrivions dans ce dernier régime les rôles des différents nœuds du réseau ainsi que les caractéristiques propres aux interactions régulatrices. Or, avec le critère de l'intérêt de l'enfant, nous nous retrouvons au cœur de ces propos puisque, comme nous proposons de le voir à présent, ce dernier répond sur bien des dimensions à cette approche post-moderne de la régulation sociojuridique.

2. Au cœur de la dialectique du droit réflexif

Dans cette dernière section, nous proposons de replacer l'intérêt de l'enfant dans le contexte plus large de l'évolution de la régulation sociojuridique que nous avons dressé dans la partie précédente.

Rappelons tout d'abord que nous avons utilisé des allégories du duel et du ballet pour imaginer le passage opéré depuis une pensée de type binaire, confrontant systématiquement deux pôles aporétiques, vers une pensée de type dialectique, permettant de réfléchir les éléments ensemble, notamment à travers les interactions qui les lient. Tel que mis en lumière par son rôle de conciliateur des antinomies, le critère de l'intérêt de l'enfant permet à son tour de dépasser une approche simplement binaire fonctionnant exclusivement selon le modèle contradictoire. Le besoin de protection et celui de liberté, l'intégrité physique et l'intégrité psychique, les besoins de l'enfant et les besoins des parents, la sécurité et le développement, le bien-être présent et le bien être futur, etc., la détermination de l'intérêt de l'enfant doit prendre en compte tous ces éléments en cherchant la meilleure solution possible afin de les concilier. Ce faisant,

¹¹²² Voir *supra* Partie II, chap. 3, A.

ce ne sont pas uniquement des éléments juridiques qui sont considérés, mais aussi des éléments psychosociaux qui obligent à sortir du cadre strictement juridique. D'ailleurs, c'est également par cette nature multidimensionnelle que ce critère parvient à dépasser les ruptures disciplinaires pourtant tant difficiles à bousculer. La professeure Violaine Lemay prône en ce sens une appréciation de l'intérêt de l'enfant alliant les connaissances pour « unir les différents points de vue savants au lieu de les opposer, de comprendre en quoi ils sont interdépendants et complémentaires. »¹¹²³, et coconstruits ajoutons-nous. Un dialogue interdisciplinaire qui n'est pas sans recouvrer l'appel de François Ost et Michel Van de Kerchove dans le cadre du droit réflexif¹¹²⁴, ni même le jeu croisé des acteurs se rencontrant dans le processus de validation de la norme : ici, celui du juge, de l'enfant, des parents, des intervenants, des experts, ou de toute autre personne ayant un point de vue sur l'intérêt de l'enfant.

Nous retrouvons ensuite un second glissement étudié dans la partie précédente qui s'articule en fonction du passage de la raison dogmatique à la raison pratique¹¹²⁵. Le droit se laisse plonger dans l'empirie et la validité pratique tout en perdant *de facto* de sa rigueur et de sa transcendance. L'intérêt de l'enfant n'est pas défini précisément par le droit qui se contente d'en offrir certains éléments de détermination. Il ne peut faire l'économie des facteurs non juridiques, auxquels le droit lui-même renvoie. La Raison juridique en tant que telle doit s'allier de la raison pratique ; dès lors, la validité du droit n'est plus question de nature, mais bien d'effectivité sociale. Pour identifier l'intérêt de l'enfant, on regardera ainsi les effets d'une décision sur la situation réelle de l'enfant et de sa famille, ce qui nécessitera d'en examiner les dimensions psychosociales. Plus largement, la légitimité de l'intervention étatique dans la vie des enfants se fonde non pas sur la théorie, mais bien sur une validation pratique dépendante de l'efficacité de ses actions. En ce sens, l'intérêt de l'enfant connaît une base et une finalité sociales : il est le critère qui déclenche l'action juridique, tout autant qu'il est celui que vise cette action. Il s'accorde à la forme nouvelle de la loi que dégageait François Ost : un processus qui ouvre des options plutôt que d'imposer des normes, ou encore qui élabore des scénarios. L'intérêt de l'enfant n'étant pas prédéterminé par la loi, mais bien co-déterminé dans la pratique, il répond parfaitement d'une volonté de prévision plutôt que de disposition, marqueur essentiel dans la théorie post-moderne du droit en réseau.

¹¹²³ V. LEMAY, préc., note 312 à la page 39.

¹¹²⁴ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 316.

¹¹²⁵ Voir *supra* Partie II, chap. 1, B, 1, b.

Par ailleurs, c'est probablement à travers l'image du juge équilibriste que l'insertion de la notion de l'intérêt de l'enfant dans une perspective post-moderne est la plus parlante. Rappelons que le régime de régulation sociojuridique post-moderne implique une figure et un rôle du juge qui sont revisités. La validité normative étant relativisée, connaissant notamment une forte dépendance à l'égard de ses effets sociaux, le juge partira à la recherche d'une certaine proportionnalité, et travaillera à la pondération constante des variables plutôt qu'à la quête d'une vérité. Ce rôle est particulièrement clair en matière de protection de la jeunesse dont l'objectif n'est pas de blâmer qui que ce soit, mais bien de rechercher où se trouve le meilleur intérêt de l'enfant. Le juge ne se contente pas d'une déduction formelle, il pèse, mesure et balance les éléments constitutifs de l'intérêt de l'enfant pour ajuster continuellement ses décisions à ce dernier. Cette méthode de prise de décision active l'oblige incontestablement à s'appuyer sur les experts pour mesurer le poids des éléments — somme toute très nombreux — qui dépassent le cadre purement juridique.

Finalement, l'étude de l'intérêt de l'enfant nous permet assurément d'inscrire cette notion au cœur du réseau juridique théorisé par François Ost et Michel Van de Kerchove à travers un droit réflexif, un juge équilibriste, ainsi qu'un État manager. Dès lors, il n'est pas surprenant que cette notion réponde aussi parfaitement aux cinq composantes de la nouvelle matrice des interactions régulatrices que nous avons mises en lumière dans le régime post-moderne, à savoir la flexibilité, le pluralisme, la négociation, l'incertitude et la complexité. Nous revenons ici brièvement sur chacun de ces éléments en ce qu'il caractérise certains aspects du critère de l'intérêt de l'enfant.

Tout d'abord, l'intérêt de l'enfant est marqué d'une flexibilité évidente. Qu'elle fasse l'objet de critiques ou d'éloges, cette flexibilité est au cœur de la notion d'intérêt de l'enfant et de son application. Le critère apparaît en effet comme une direction, un principe cadre à atteindre dont la définition demeure floue. Les décideurs disposent ainsi d'une large marge d'appréciation dans sa détermination. Loin des concepts rigoureux et précis traditionnellement associés au droit, la souplesse de l'intérêt de l'enfant permet son adaptation nécessaire à chaque cas d'espèce, notamment en balançant tous les éléments factuels ou circonstanciels pertinents pour chaque enfant dont la situation est questionnée. L'absence de définition exacte de l'intérêt de l'enfant *in abstracto* est en ce sens essentielle à l'adéquation de son application *in concreto*. En outre, la possibilité qu'il laisse aux décideurs d'ajuster le critère tant à l'évolution de chaque

enfant qu'à celle des connaissances psychosociales relatives aux enfants en général satisfait à l'objectif très large dont il s'est doté.

Cette flexibilité est également gage de laxité, ce qui ouvre la voie à une pluralité de critères et à une pluralité de possibilités de les articuler. Si cela peut mener à certains désaccords, c'est aussi là la force du critère : il englobe toutes les perspectives pertinentes et permet à chaque protagoniste d'en expliquer sa version. Il arrive, par exemple, que dans le cas d'un enfant suivi en protection de la jeunesse, les parents, les intervenants, l'avocat, l'enfant lui-même, ou toute autre personne connaissant l'enfant, aient chacun une vision différente de son meilleur intérêt. En ce sens, le critère de l'intérêt de l'enfant rappelle un certain pluralisme, puisque sa détermination peut varier selon le point de vue, selon la dimension (sociale, psychologique, affective, fonctionnelle, etc.), ou encore selon l'ordre normatif adoptés. Les critères pris en compte par les intervenants psychosociaux, les juristes, les proches, ou encore l'enfant pour déterminer son intérêt ne s'inscrivent pas nécessairement dans la même normativité, ce qui explique dès lors la possibilité de parvenir à des solutions différentes sans pour autant errer dans son propre ordre normatif. Dans ces cas-là, il reviendra alors au dernier décideur, le juge dans les cas les plus évidents, après avoir pris en compte les arguments de chacun, de se faire son propre point de vue. Le meilleur intérêt de l'enfant sera alors certainement celui qui parvient à concilier tous les points de vue pertinents, prenant en compte l'importance de toutes ces dimensions dans la vie de l'enfant. Pour ce faire, la négociation est un processus fortement recommandé.

La pluralité des visions possibles de l'intérêt de l'enfant ne doit pas être vue comme une contrainte, les décideurs peuvent au contraire en tirer profit. L'ensemble des dimensions jouant dans l'intérêt de l'enfant pourra ainsi être intégré dans l'équilibre final et les différents éléments mis de l'avant tous pris en compte, de sorte que la détermination ultime n'en sera que meilleure. Néanmoins, parvenir à articuler tous ces points de vue de manière constructive n'est pas toujours facile et exige de mener à bien un processus de négociation. Ce dernier pourra être effectué directement entre les différents acteurs, ou par le décideur final après avoir ajusté l'ensemble des éléments pertinents. Pour ce faire, nul ne doute de la nécessité d'impliquer les acteurs sociaux dans le processus décisionnel, à commencer par le principal concerné, l'enfant¹¹²⁶. Partant, le critère de l'intérêt de l'enfant est de plus en plus marqué du sceau de la négociation, une évolution particulièrement notoire dans les plus récentes modifications

¹¹²⁶ Notre prochain chapitre traitera justement de la participation de l'enfant.

apportées à la *Loi sur la protection de la jeunesse*, sur lesquelles nous reviendrons plus tard¹¹²⁷. Notons simplement ici la présence dans cette loi de plusieurs mécanismes promouvant des approches consensuelles et de médiation telles que l'entente provisoire, l'entente sur une intervention de courte durée ou l'entente sur les mesures volontaires dans le cadre de l'intervention sociale, ou encore, le protocole de l'instance, la conférence de gestion, la conférence de règlement à l'amiable ou le règlement à l'amiable sur les mesures visant à mettre fin à la situation, dans le cadre de l'intervention judiciaire. Bien qu'ils diffèrent quant à leur modalité et leur temps d'application, tous ces procédés ont en commun d'encourager la discussion et les échanges entre les différentes parties dans le but d'identifier l'intérêt de l'enfant et les mesures qui le respecteront au mieux¹¹²⁸.

Par ailleurs, c'est aussi la présence d'une multitude d'aspects évolutifs dans le critère de l'intérêt de l'enfant qui rend ce dernier incertain. Tel que nous l'avons mentionné plus tôt, l'intérêt de l'enfant est un critère dynamique : celui d'hier peut différer de celui d'aujourd'hui, qui lui-même n'est pas forcément identique à celui de demain. En cause, le caractère évolutif de la période traversée par l'enfant de 0 à 18 ans, ou encore les données psychosociales qui ne cessent d'évoluer sur ce qui est bon pour le développement et le bien-être de l'enfant. Ce qui constitue l'intérêt de l'enfant est donc incertain, tant pour un enfant individuellement désigné, que pour tous les enfants en général. Pour répondre à cette incertitude, il est nécessaire de pouvoir réviser la situation de l'enfant lorsqu'intervient un changement dans celle-ci, et ce, autant de fois que nécessaire. C'est d'ailleurs ce que prévoit la loi en imposant systématiquement des délais maximaux aux différentes mesures pouvant être prises. Notons en ce sens, la si commentée modification de la L.P.J. entrée en vigueur en 2006, qui impose dorénavant des délais maximums de placement en fonction de l'âge de l'enfant¹¹²⁹.

Pour finir, soulignons la complexité du critère de l'intérêt de l'enfant à laquelle chacun des propos ci-dessus contribue. En effet, la diversité des éléments pouvant être pris en compte dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, la multitude des opinions pouvant s'exprimer, des disciplines interpellées, ou encore l'évolution continue de ce qu'est l'intérêt de chaque enfant, forment un ensemble dont l'articulation et la cohérence demeurent éminemment complexes. Tel que nous l'apprenait Edgar Morin, si la multiplicité des composants est gage d'un système compliqué, c'est par l'imprévisibilité et la récursivité de leur fonctionnement qu'un système

¹¹²⁷ Voir *infra* Partie III, chap. 2, A, 1, b et B, 3.

¹¹²⁸ Nous traiterons de ces procédés plus loin, voir *infra* Partie III, chap. 2, B, 3.

¹¹²⁹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 53.0.1 et 91.1.

devient complexe¹¹³⁰. Or, si l'ordonnancement des différents éléments à prendre en compte dans la détermination de l'intérêt de l'enfant, notamment ceux énumérés à l'article 3 L.P.J. et 33 C.c.Q., était prévisible *in abstracto*, la loi irait bien plus loin dans la définition de ce critère. C'est en raison de l'imprévisibilité et de la relativité de ces différents éléments que la loi laisse au contraire une large marge d'appréciation aux décideurs. Le caractère relatif (selon la situation de chaque enfant) et évolutif (selon l'évolution d'un seul et même enfant) de chacun de ces éléments contribue indéniablement à complexifier la donne.

Articulés autour de ce critère fondamental de l'intérêt de l'enfant, qui répond parfaitement du régime de régulation post-moderne, les droits de l'enfant semblent dès lors s'aligner sur la transition régulatoire identifiée dans notre chapitre précédent depuis une vision binaire vers une approche dialectique. L'intérêt de l'enfant permet en outre aux différents nœuds du réseau de s'exprimer également sous leur forme post-moderne. S'il en est ainsi avec l'intérêt de l'enfant, qu'en est-il des autres principes des droits de l'enfant ? Pour le savoir, il nous faut les identifier, puis les placer, eux aussi, sous la grille d'analyse du régime de régulation post-moderne. C'est ce que nous proposons de faire dans le chapitre qui suit avec le second moteur de ce domaine juridique : la participation de l'enfant. Bien que son effervescence soit plus récente que celle de l'intérêt de l'enfant, la participation de l'enfant est devenue, selon nous, le second principe directeur des droits de l'enfant. De la même manière que pour l'intérêt de l'enfant, la reconnaissance de ce principe fait l'unanimité alors que son application en laisse plus d'un dubitatif. Nous présenterons ainsi les tenants et aboutissants de ce principe de la participation de l'enfant qui devient une exigence essentielle en matière procédurale. Nous passerons également ce principe sous le crible des éléments de la régulation de type post-moderne, nous apercevant entre autres très rapidement de sa connexité avec les processus de négociation. Cette lecture nous mènera en outre à identifier les barrières auxquelles fait face la mise en œuvre de ce principe et les moyens privilégiés pour les surmonter.

¹¹³⁰ Voir nos propos à ce sujet dans le chapitre précédent, *supra* Partie II, chap. 3, B, 4.

Chapitre 2. Une marche en route vers la négociation. La participation de l'enfant ou l'exigence procédurale des droits de l'enfant

Bien que l'attention qu'on lui porte soit plus récente, le thème de la participation de l'enfant est sans nul doute l'autre sujet le plus débattu en matière des droits de l'enfant après celui de l'intérêt de l'enfant¹¹³¹. Et pour cause... La participation de l'enfant marque indéniablement le passage d'une appréhension de l'enfant comme *objet* de droit à son appréhension comme *sujet* de droit ; un objet ne peut en aucun cas participer aux décisions qui le concernent. Avec la reconnaissance du droit à la participation de l'enfant, ce dernier n'est plus limité à un rôle passif, mais devient un agent actif vis-à-vis de ses droits et dispose d'un pouvoir d'intervention dans la mise en œuvre de ceux-ci. En ce sens, la participation de l'enfant est l'un des principaux aspects opposant les deux thèses que nous mettions de l'avant précédemment : la thèse protectionniste et la thèse libérationniste¹¹³². Il s'agit d'un côté de protéger l'enfant de sa grande vulnérabilité, notamment en le mettant à l'abri de décisions difficiles dont les conséquences pourraient être très lourdes à porter, ou encore de décisions pour lesquelles il n'a pas la maturité suffisante et qui risqueraient dès lors de compromettre sa sécurité et son développement, et de l'autre, de respecter ses droits en tant qu'individu et sujet de droit à part entière, en le laissant décider de ses propres choix¹¹³³. À mi-chemin entre ces deux thèses, la participation de l'enfant constitue un enjeu crucial que la plupart s'accordent à favoriser, et ce, bien que sa mise en œuvre rencontre encore bon nombre de défis. En ce sens, la participation de l'enfant apparaît selon nous comme le second trait identitaire des droits de l'enfant dont la concrétion se poursuit de nos jours (A), faisant encore face à de nombreux questionnements dans sa mise en œuvre (B). Nous terminerons ce chapitre de la même manière que nous le faisons pour le chapitre précédent, c'est-à-dire en analysant ce principe à la lumière des composantes de notre matrice des interactions régulatrices, inscrivant dès lors la participation de l'enfant au cœur du mouvement post-moderne de la régulation sociojuridique (C).

¹¹³¹ A. CAMPBELL, M. CARNEVALE, S. JACKSON, F. CARNEVALE, D. COLLIN-VEZINA et M.E. MACDONALD, « Child citizenship and agency as shaped by legal obligations », (2011) 23-4 *Child Fam. Law Q.* 489, 489.

¹¹³² Voir *supra* Partie I, chap. 3, A.

¹¹³³ Rachel BIRNBAUM et Michael SAINI, « A Qualitative Synthesis of Children's Participation in Custody Disputes », (2012) 22-4 *Res. Soc. Work Pract.* 400, 400.

A. À propos de la participation de l'enfant : second principe phare en cours de concrétion dans les droits de l'enfant

Dans cette première section, nous proposons de présenter les principaux éléments du principe de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent. Pour ce faire, nous partirons tout d'abord à sa recherche dans les textes juridiques, tant internationaux que nationaux (1). Une fois ce principe identifié dans le droit, nous nous intéresserons à son contenu, c'est-à-dire à sa signification et à son étendue (2). Ces premiers propos nous permettront de mieux cerner ce principe qui constitue, selon nous, le second principe fondamental des droits de l'enfant, bien qu'il soit plus récent, et donc moins abouti, que celui de l'intérêt de l'enfant. L'articulation de ces deux principaux constituants des droits de l'enfant, l'intérêt de l'enfant et sa participation, retiendra notre attention ensuite : comment ces deux principes interagissent-ils afin que le domaine demeure cohérent (3) ? Pour finir, nous déclinons la condition préalable indispensable à la participation de l'enfant, à savoir l'information. Nous constaterons l'importance de ce droit sans quoi la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent perdrait tout son sens (4).

1. *La place de la participation de l'enfant dans le droit*

Tout comme nous avons identifié l'intérêt de l'enfant dans les textes juridiques, nous procéderons ici au même exercice quant à la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent. Dans les normes internationales (a), ainsi que dans les normes québécoises (b), nous constaterons que la participation de l'enfant est reconnue tant par le biais d'articles de principe, qu'au détour de dispositions plus spécifiques à des contextes particuliers.

a. *Dans les normes internationales*

Le principe de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent a fait son entrée sur la scène internationale par le biais de la *Convention relative aux droits de l'enfant* en 1989. Il n'apparaissait jusque-là ni dans la *Déclaration de Genève* de 1924 ni dans la

Déclaration des droits de l'enfant de 1959¹¹³⁴. En 1989, c'est à l'article 12 de la Convention que ce principe est consacré :

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

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.¹¹³⁵

Cet article 12 est l'un des articles clefs de la Convention. En effet, il est l'expression parfaite du virage amorcé par les droits de l'enfant à partir duquel l'enfant devient un véritable sujet de droit¹¹³⁶. Le droit à la participation de l'enfant est en ce sens le chef de file des droits-liberté qui octroient à l'enfant une réelle capacité d'agir, contrairement aux droits-protection qui visent, eux, à garantir ou interdire des actions d'autres à son égard¹¹³⁷.

L'article 12 fait appel à de nombreuses expressions complexes et sa lecture laisse place à de multiples possibilités d'appréciation. Pour cette raison, et comme c'était déjà le cas avec l'article 3 relatif à l'intérêt de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a délivré ses observations générales quant à l'application de ce principe¹¹³⁸. Publié en 2009, ce document du Comité vise à éclaircir les points d'ombre laissés par la disposition et aider les États parties à mettre en œuvre les droits de l'enfant de s'exprimer et d'être entendu sur toute question l'intéressant. Dès le début du document, le Comité rappelle que l'article 12 constitue l'un des 4 principes fondamentaux de la Convention, impliquant dès lors qu'il soit respecté dans

¹¹³⁴ Notons néanmoins que l'on retrouve dans un texte de 1980 une première esquisse du droit participatif de l'enfant, qui se déclinait alors comme un droit de veto, à l'article 13 al. 2 de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* : « [l']autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion. », *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 octobre 1980 (entrée en vigueur le 1er décembre 1983)*, [Convention de La Haye de 1980] ; cette exception relative au refus de l'enfant semble néanmoins être appliquée de manière restreinte par les tribunaux, Nicholas BALA et Claire HOUSTON, *L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et les droits de participation des enfants au Canada*, Rapport présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, 2015, p. 29 à 38.

¹¹³⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, préc., note 99, art. 12.

¹¹³⁶ Notons qu'à ses côtés se trouve l'article 13 qui proclame en parallèle le droit de l'enfant à la liberté d'expression :

« 1. L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant. »

¹¹³⁷ Voir *supra* Partie I, chap. 1, C.

¹¹³⁸ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129.

la mise en œuvre de tous les autres droits proclamés par ce texte¹¹³⁹. En outre, la sphère d'application de cet article est large et doit mener à une interprétation généreuse de ce principe, c'est-à-dire avec le moins de restrictions possible¹¹⁴⁰ : l'enfant doit avoir la possibilité d'être entendu sur toute question l'intéressant. Le choix de ne pas énumérer limitativement ces questions témoigne de l'importance accordée par le législateur à ce principe phare¹¹⁴¹. En effet, bien qu'il connaisse tout de même certaines limites¹¹⁴², ce principe a comme vocation de s'appliquer dans tous les contextes au sein desquels les enfants sont impliqués¹¹⁴³. Nous reviendrons plus loin sur ce document du Comité des droits de l'enfant, alors que nous nous affairerons à comprendre l'étendue et la signification du principe de participation de l'enfant aux décisions qui le concernent¹¹⁴⁴. Pour l'heure tournons-nous du côté du droit québécois.

b. Dans les normes québécoises

Le droit à la participation est également appuyé par de nombreuses normes en vigueur sur le territoire québécois¹¹⁴⁵, et ce, dans différents contextes. En matière judiciaire, le *Code civil du Québec* prévoit à l'article 34, que « [l]e 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 permettent »¹¹⁴⁶. L'étendue de cet article 34 est là encore très vaste, puisqu'il englobe toutes les demandes mettant en jeu l'intérêt de l'enfant, notamment dans les questions de garde et d'accès après une séparation¹¹⁴⁷. La même disposition se trouvait dans le

¹¹³⁹ *Id.*, par. 2, les autres principes étant le droit à la non-discrimination, le droit à la vie et au développement, et la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹¹⁴⁰ N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1134, p. 5.

¹¹⁴¹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 26 et 27.

¹¹⁴² Telles que la capacité de discernement et la prise en considération selon son âge et son degré de maturité. Nous reviendrons sur ces éléments dans la section suivante, voir *infra* Partie III, chap. 2, A, 2, b.

¹¹⁴³ Pour ne citer que les principaux, on pensera aux conflits familiaux, aux situations de protection de la jeunesse, à la délinquance juvénile, aux délits ou crimes impliquant des victimes mineures ou encore aux soins de santé.

¹¹⁴⁴ Voir *infra* Partie III, chap. 2, A, 2.

¹¹⁴⁵ Pour connaître les normes relatives à la participation de l'enfant dans les autres provinces, on pourra lire N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1134.

¹¹⁴⁶ La législation québécoise est unique en la matière : les autres provinces permettent généralement à l'enfant d'être entendu, mais le font de manière non explicite, ou du moins, non obligatoire, ce qui fait du Québec une exception en la matière, Pauline O'CONNOR, *Les programmes de participation et de soutien à l'intention des enfants dont les parents se séparent ou divorcent*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2004, p. 44 ; Elizabeth JOLLIMORE, *La voix de l'enfant au cours d'un procès*, Thèmes en droit de la famille : un recueil d'articles, Ministère de la Justice Canada, Ottawa, 2013.

¹¹⁴⁷ Si ces questions font suite à un divorce, elles relèveront alors de la compétence fédérale avec la *Loi sur le divorce*, sur laquelle nous reviendrons à plusieurs reprises.

Code civil du Bas Canada depuis 1980¹¹⁴⁸ à deux écarts près, et non des moindres : d'une part, le devoir imposé au tribunal de donner la possibilité à l'enfant d'être entendu n'était alors qu'un pouvoir, et d'autre part, la condition de son âge et de son discernement n'était pas soulevée¹¹⁴⁹. La différence entre la version actuelle de l'article et celle de 1980 concorde sans nul doute avec l'adoption de la Convention internationale. Par ailleurs, la transformation d'une possibilité en une obligation s'inscrit dans un renforcement du droit de l'enfant et de sa vision en tant que véritable acteur participatif de ses droits.

Le *Code civil* prévoit par ailleurs la participation de l'enfant dans le contexte des soins de santé¹¹⁵⁰. Dans ce domaine particulier, la participation de l'enfant est déterminante et se décline sous l'angle du consentement aux soins¹¹⁵¹ : il ne s'agira pas seulement de laisser l'enfant s'exprimer, mais bien de lui confier la responsabilité de décider d'être assujéti ou non aux soins proposés¹¹⁵². L'article 14 C.c.Q. prévoit cependant qu'en principe, le consentement aux soins qui sont requis par l'état de santé du mineur doit être donné par le titulaire de l'autorité parentale. Néanmoins, le second alinéa de l'article 14 permet au mineur de 14 ans et plus de consentir seul à ces soins. Il s'agit là d'une responsabilité décisionnelle essentielle qui est accordée au mineur, mais qui se voit toutefois relativisée par l'article 16, selon lequel les soins pourront être administrés malgré le refus du mineur de plus de 14 ans avec une autorisation du tribunal. De la même manière, l'autorisation du tribunal permettra de passer outre le refus injustifié du titulaire de l'autorité parentale. Les articles suivants prévoient les cas des soins non requis par l'état de santé : le mineur de plus de 14 ans peut y consentir seul, néanmoins, si « les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents », le titulaire de l'autorité parentale devra également donner son consentement¹¹⁵³. Quant aux mineurs de moins de 14 ans, ils sont soumis au consentement du titulaire de l'autorité parentale et du tribunal si les soins présentent de sérieux risques¹¹⁵⁴. La

¹¹⁴⁸ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, préc., note 1012.

¹¹⁴⁹ L'article 31 du *Code civil du Bas-Canada* disposait ainsi que : « [l]e tribunal peut, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, donner à cet enfant la possibilité d'être entendu ».

¹¹⁵⁰ Pour un excellent résumé des règles s'appliquant aux mineurs en matière de consentement des soins, on pourra consulter le document suivant : SOUS-COMITE SUR LA REVISION DU MANUEL DE REFERENCE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, SOUS LA RESPONSABILITE DU MINISTERE DE LA SANTE ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 30, p. 135 à 152, Fiche 1.7 : "Le consentement aux soins "; pour avoir un aperçu de la manière dont les autres provinces traitent du consentement aux soins des mineurs dans leur législation, on pourra lire N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1126, p. 68 à 71.

¹¹⁵¹ Pour l'analyse jurisprudentielle de cette question du consentement aux soins, voir *supra* Partie I, chap. 3, B, 4.

¹¹⁵² *Code civil du Québec*, préc., note 135, art. 11.

¹¹⁵³ *Id.*, art. 17.

¹¹⁵⁴ *Id.*, art. 18.

possibilité d'aliéner une partie de son corps ou encore de participer à des recherches est en revanche extrêmement limitée dans le cas des mineurs¹¹⁵⁵. La différence de traitement entre les enfants de moins et de plus de 14 ans se base sur l'idée que se fait le législateur de la maturité de l'enfant. Décider de son traitement médical peut avoir des conséquences lourdes sur son futur et exige, en amont, de bien en comprendre les conséquences. Le législateur établit donc une présomption de capacité intellectuelle, de maturité et de sagesse pour le mineur de plus de 14 ans. Cette présomption n'est pas irréfragable puisqu'une ordonnance de justice permet de passer outre le refus de l'enfant.

Le législateur adopte la même approche du consentement du mineur dans le domaine de l'adoption¹¹⁵⁶. Selon l'article 549 C.c.Q., l'adoption exige le consentement de l'enfant âgé de 10 ans ou plus. Si le juge peut néanmoins passer outre le consentement de l'enfant de moins de 14 ans, le refus de l'enfant plus âgé fait obstacle à l'adoption¹¹⁵⁷. La présomption de capacité de décision envers le mineur de plus de 14 ans est donc ici, contrairement au domaine du consentement aux soins, irréfragable.

Ces quelques normes nous permettent de constater que l'impact de la participation de l'enfant sur le processus décisionnel peut varier en fonction du poids que l'on accorde à son opinion. Si celle-ci semble particulièrement décisive en matière de soins de santé et d'adoption, elle se veut moins importante dans plusieurs autres domaines où le législateur se contente de prévoir le droit de l'enfant d'être entendu sans en préciser véritablement la portée. C'est notamment le cas dans le contexte de la protection de la jeunesse. Le droit de participer est apparu pour la première fois dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* de 1977. L'article 6, inchangé depuis, prévoit que « [l]es personnes et les tribunaux appelés à prendre des décisions au sujet d'un enfant en vertu de la présente loi doivent donner à cet enfant, à ses parents et à toute autre personne qui veut intervenir dans l'intérêt de l'enfant l'occasion d'être entendus ». La mention expresse de l'enfant ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur : il aurait pu se contenter de laisser la possibilité aux décideurs d'inclure ou non l'enfant parmi les personnes qui pourraient vouloir intervenir.

¹¹⁵⁵ *Id.* art. 19 et 21.

¹¹⁵⁶ Toutes les lois canadiennes en matière d'adoption prévoient d'ailleurs la prise en compte du point de vue de l'enfant, N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1134, p. 55.

¹¹⁵⁷ *Code civil du Québec*, préc., note 135, art. 550 : « Le refus de l'enfant âgé de 14 ans et plus fait obstacle à l'adoption. ».

Dans la version de la L.P.J. qui est actuellement en vigueur, de nombreuses autres dispositions viennent octroyer à l'enfant un rôle actif dans la prise de décisions qui le concernent. Il s'agit même d'un principe général de la loi, tel qu'en dispose son article 2.3.b. qui précise que l'intervention doit « privilégier, lorsque les circonstances sont appropriées, les moyens qui permettent à l'enfant et à ses parents de participer activement à la prise de décision et au choix des mesures qui les concernent »¹¹⁵⁸. La disposition poursuit en exigeant des personnes ou organismes intervenants qu'ils favorisent « la participation de l'enfant et de ses parents ainsi que l'implication de la communauté ». L'article 2.4.4 les oblige aussi à « permettre à l'enfant et à ses parents de faire entendre leurs points de vue, d'exprimer leurs préoccupations et d'être écoutés au moment approprié de l'intervention ». L'article 51 L.P.J., qui prévoit la situation dans laquelle le directeur est d'avis que la sécurité ou le développement d'un enfant est compromis, impose également à celui-ci de privilégier « les moyens qui favorisent la participation active de l'enfant et de ses parents ».

Dans le même élan de renforcement de la participation de l'enfant, plusieurs dispositions lui offrent le droit de consentir ou de s'opposer aux mesures proposées¹¹⁵⁹ : on réfère entre autres aux conseils du directeur lorsque le signalement n'est pas retenu¹¹⁶⁰, à la prolongation des mesures de protection immédiate¹¹⁶¹, à l'entente provisoire¹¹⁶², à la modification ou au prolongement de l'entente provisoire¹¹⁶³, à la divulgation des renseignements personnels¹¹⁶⁴, ou encore à une évaluation ou une expertise ordonnée par le directeur ou le tribunal¹¹⁶⁵. Notons que la plupart de ces dispositions accordent un véritable droit de consentir seulement à l'enfant âgé de 14 ans et plus. Pour les plus jeunes, le décideur doit tout de même s'efforcer de favoriser leur adhésion aux mesures.

Nous limiterons ici notre analyse à ces quelques exemples en matière civile et de protection de la jeunesse. Notons toutefois que de nombreuses autres lois prévoient également

¹¹⁵⁸ Cette nouvelle formulation est issue de la réforme de la loi de 2006. Avant celle-ci, seules la participation des parents et l'implication de la communauté étaient mentionnées. Ce nouvel élan donné en 2006 illustre clairement la volonté de renforcer la participation de l'enfant.

¹¹⁵⁹ Pour un excellent résumé de ces dispositions en date de 2010, on pourra consulter le tableau « Situations permettant à l'enfant ou à ses parents de refuser ou de contester une décision », dans SOUS-COMITE SUR LA REVISION DU MANUEL DE REFERENCE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, SOUS LA RESPONSABILITE DU MINISTERE DE LA SANTE ET DES SERVICES SOCIAUX, préc., note 30, p. 342 et 343.

¹¹⁶⁰ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 45.2.

¹¹⁶¹ *Id.*, art. 47.

¹¹⁶² *Id.*, art. 47.2.

¹¹⁶³ *Id.*, art. 52.1 et 53.

¹¹⁶⁴ *Id.*, art. 72.5.

¹¹⁶⁵ *Id.*, art. 87.

ce droit de participation de l'enfant partout au Canada¹¹⁶⁶. La législation fédérale n'y fait pas non plus exception, que ce soit en matière pénale¹¹⁶⁷ ou en matière de divorce. Récemment, la *Loi sur le Divorce* a d'ailleurs suivi le mouvement dans le cadre de modifications législatives adoptées en 2019. Les nouvelles dispositions, entrées en vigueur en juillet 2020, mettent en place une liste de facteurs à considérer pour déterminer l'intérêt de l'enfant, parmi lesquels nous retrouvons « son point de vue et ses préférences, eu égard à son âge et à son degré de maturité, sauf s'ils ne peuvent être établis »¹¹⁶⁸. Puisqu'il doit tenir uniquement compte de l'intérêt de l'enfant en rendant une ordonnance parentale ou une ordonnance de contact¹¹⁶⁹, le juge devra donc prendre en considération l'opinion de l'enfant pour décider.

Finalement, si les mots sont fermement posés dans les textes de loi, la signification et l'étendue du principe de participation de l'enfant aux décisions qui le concernent demeurent plus controversées. Dès lors, elles méritent quelques précisions supplémentaires que nous apporterons dans la section suivante.

2. *La signification et l'étendue du principe*

La mise en œuvre du principe de participation de l'enfant aux décisions qui le concernent comporte plusieurs dimensions, touchant à la fois à son étendue, c'est-à-dire qui peut participer à quels types de décisions (a), à la valeur de la participation, à savoir le poids alloué à l'opinion de l'enfant dans le processus décisionnel (b), et au moyen de cette mise en œuvre, notamment les mécanismes déployés pour permettre la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent (c) ?

¹¹⁶⁶ Toutes les lois sur la protection de la jeunesse de chacune des provinces prévoient un principe cadre similaire à celui de la L.P.J..

¹¹⁶⁷ En droit criminel, le droit d'être entendu est rappelé dès la Déclaration de principes de la loi, dans l'article 3 (1) d] (i), selon lequel : "les adolescents jouissent, et ce personnellement, de droits et libertés, notamment le droit de se faire entendre dans le cadre des procédures conduisant à des décisions qui les touchent — sauf la décision d'entamer des poursuites — et de prendre part à ces procédures, ces droits et libertés étant assortis de mesures de protection spéciales », *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, préc., note 497.

¹¹⁶⁸ *Loi sur le divorce*, préc., note 495, art. 16 (3) e).

¹¹⁶⁹ *Id.*, art. 16 (1).

a. Du « je » au « nous » : l'étendue de la participation

L'article 12 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* prévoit que l'enfant puisse s'exprimer sur « toute question l'intéressant ». Deux sortes de participation, qui découlent de deux types d'intérêt que l'enfant peut porter aux décisions, peuvent alors être envisagées : un intérêt en tant qu'individu particulier, directement concerné par une situation donnée, ou encore un intérêt plus large en tant que membre d'un groupe d'individus, soit celui des enfants. Cette distinction n'est pas sans rappeler celle que nous avons évoquée plus haut au sujet de l'intérêt de l'enfant *in abstracto* et de l'intérêt de l'enfant *in concreto*¹¹⁷⁰. La double dimension, soulignée par le Comité des droits de l'enfant dans son observation générale¹¹⁷¹, s'applique de manière similaire au droit de l'enfant de participer : il vaut tant pour les questions qui concernent un enfant désigné dans une situation d'espèce (si la question concerne l'enfant X et non l'enfant Y, seul l'enfant X aura le droit de participer), que pour celles qui concernent les enfants de manière générale (dans lesquelles les enfants X et Y auront tous deux le droit de participer). Afin d'illustrer cette distinction, prenons l'exemple de la décision de l'attribution du droit de garde de l'enfant X à sa mère (décision qui concerne l'enfant X individuellement), et de la décision de modifier le programme scolaire en ajoutant trois semaines de cours durant l'été (décision qui concerne tous les enfants). Ces deux dimensions, bien qu'aussi importantes l'une que l'autre, engagent des procédures et des questionnements bien différents.

La participation de l'enfant aux décisions qui le concernent individuellement est celle que prévoient les textes relatifs à des contextes particuliers. Par exemple, la participation de l'enfant mise de l'avant à plusieurs reprises dans la L.P.J. cible celle de l'enfant qui traverse la situation visée par la norme. Autrement dit, seul un enfant dont la santé ou le développement est ou peut être considéré comme compromis pourra se prévaloir de ce droit. Puisqu'il n'existe aucun texte national prévoyant directement et exclusivement les droits de l'enfant de manière générale¹¹⁷², il en va de même pour toutes les lois québécoises et canadiennes.

¹¹⁷⁰ Voir *supra* Partie III, chap. 1, B, 2.

¹¹⁷¹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 9.

¹¹⁷² Tel que nous l'avons souligné à plusieurs reprises, les droits de l'enfant ne sont envisagés directement par le droit québécois et canadiens par des normes que dans des contextes précis : celui de la protection de l'enfance, de la délinquance juvénile, de la garde parentale, du droit des victimes, etc. Contrairement à la *Convention relative aux droits de l'enfant* qui proclame les droits de l'enfant en général, quelle que soit la situation qu'il traverse. La question d'une Charte québécoise des droits de l'enfant est néanmoins régulièrement discutée. C'est notamment l'une des recommandations phares de la Commission Laurent, voir COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 83.

Néanmoins, tel que prévu explicitement à l'article 12 (2) de la Convention, l'enfant doit pouvoir participer aux processus judiciaires et administratifs qui le concernent. Ce droit de participation de l'enfant s'étend donc plus largement aux processus d'élaboration des politiques et des lois, dans lesquelles la participation se fait à titre de membre du groupe des enfants. Sur le plan national, cette participation groupale des enfants aux décisions qui les concernent n'est pas formulée explicitement dans les textes de loi. Il s'agit d'accorder aux enfants un véritable statut de citoyens actifs, pouvant participer aux processus d'élaboration de politique touchant aux questions qui les concernent. Ils doivent ainsi être « associés à la conception, à l'élaboration et à la mise en œuvre des plans et programmes pertinents. »¹¹⁷³. On observe ici encore un changement récent d'attitude à cet égard avec l'idée de plus en plus partagée que les enfants sont capables d'avoir un véritable impact sur les politiques publiques¹¹⁷⁴. Le Comité des droits de l'enfant envisage plus spécifiquement la participation groupale de l'enfant dans le contexte scolaire, notamment dans le cadre de l'élaboration du cadre éducatif, de la planification des programmes scolaires¹¹⁷⁵, ou encore dans le domaine sanitaire : les États doivent « prendre des mesures tendant à donner aux enfants la possibilité d'exposer leur opinion et leur vécu dans le cadre de la formulation des plans et programmes relatifs aux services en rapport avec leur santé et leur développement » ; « [l]eur opinion devrait être sollicitée au sujet de tous les aspects du domaine de la santé »¹¹⁷⁶. D'autres contextes sont également envisagés par le Comité, rappelant systématiquement l'importance d'associer les enfants à l'élaboration des politiques et des lois (dans le contexte des placements, des activités ludiques, récréatives, sportives et culturelles, dans le cadre du travail, dans les situations de violence, dans les stratégies de prévention, dans les procédures d'immigration et d'asile ou encore dans les situations d'urgence).

Cette participation des enfants dans la programmation structurelle et normative des questions qui les concernent répond au nouveau rôle de véritable sujet reconnu à l'enfant. Il ne doit plus être le seul objet passif de protection des autorités, mais devenir un acteur dans sa propre protection et dans la mise en œuvre de ses droits. Sa participation permettrait entre autres aux initiatives d'être plus adaptées et efficaces, et à l'enfant d'assumer un rôle clef dans son

¹¹⁷³ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 122.

¹¹⁷⁴ Isabelle LACROIX, *La participation collective des jeunes en protection de l'enfance : Une revue de littérature internationale*, Les cahiers de la CRÉVAJ, #2016-01, 2016, p. 4.

¹¹⁷⁵ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 107.

¹¹⁷⁶ *Id.*, par. 104.

environnement politique et normatif, comme le rappelle le Comité des droits de l'enfant quant aux problématiques de violence faites envers les enfants, qui recommande de :

soutenir et encourager les organisations d'enfants et les initiatives menées par des enfants pour lutter contre la violence, et à associer ces organisations à l'élaboration, la mise en place et l'évaluation de programmes et mesures de lutte contre la violence, afin que les enfants jouent un rôle clef dans leur propre protection.¹¹⁷⁷.

Si l'enfant a le droit de participer et de donner son opinion sur les décisions qui le concernent, tant sur le plan individuel que sur le plan groupal, les normes viennent généralement préciser la manière dont il peut le faire. Selon celle-ci, le poids de son opinion pourra être décisif ou n'être seulement qu'un élément à prendre en compte parmi d'autres, jouant dès lors sur la force réelle de sa participation. C'est ce que nous examinerons dans la prochaine section : depuis les différentes formulations du principe de participation de l'enfant dans les textes juridiques, nous constaterons que l'influence de l'opinion de l'enfant pourra considérablement varier d'un contexte à l'autre.

b. D'une participation consultative à une participation décisionnelle : silence, opinion et consentement.

La participation de l'enfant, ou plus exactement l'opinion qui en découle, peut peser plus ou moins lourd dans la décision finale. Elle peut l'influencer de manière déterminante ou ne soulever que certains éléments qui n'auront qu'un impact marginal sur celle-ci. L'article 12 de la Convention prévoit que le poids accordé à l'opinion de l'enfant dépendra de sa capacité de discernement. Dans son analyse littérale de l'article 12, le Comité des droits de l'enfant s'arrête longuement sur cette expression, expliquant qu'il ne doit pas s'agir d'une restriction au droit de l'enfant d'être entendu, mais plutôt d'une obligation pour les États d'évaluer la capacité de l'enfant à s'exprimer. Toujours selon le Comité, il doit être présumé que l'enfant est capable d'exprimer sa propre opinion, sans qu'il soit nécessaire d'en faire la preuve¹¹⁷⁸. On comprend aisément que le Comité adopte une approche plus proactive que ce que suggère la formulation initiale de l'article. En 20 ans d'application, le principe de participation semble ainsi avoir évolué de manière à jouer un rôle crucial sur la scène des droits de l'enfant, exigeant par le fait

¹¹⁷⁷ *Id.*, par. 121.

¹¹⁷⁸ *Id.*, par. 20.

même une interprétation nouvelle et plus contemporaine de son contenu et de sa portée : la lecture littérale de l'article n'allait sans nul doute pas aussi loin que ce qu'exprimait le Comité en 2009. En revanche, le Comité ne va pas jusqu'à définir avec précision la « capacité de discernement » ; il l'assimile néanmoins à plusieurs reprises à la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome.

Le Comité se prononce également en défaveur de la détermination d'un âge limite qui fixerait le seuil conférant à l'enfant le droit de s'exprimer. Cette position est avant-gardiste puisque de nombreuses lois prévoient le contraire, comme nous le verrons plus tard. À l'appui de sa position, le Comité rappelle que « [l]a recherche montre que l'enfant est capable de se forger une opinion dès le plus jeune âge, même s'il ne peut encore l'exprimer verbalement »¹¹⁷⁹. Cette interprétation donnée par le Comité renforce l'étendue de la participation de l'enfant en avançant et en supprimant les barrières qui pourraient éventuellement la limiter.

D'autre part, le Comité nous éclaire également sur l'expression de l'opinion « étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité », qui se trouve aussi dans le texte de l'article 12. En ce sens, il ne suffit pas d'écouter l'enfant, il faut prendre sérieusement son opinion en compte selon sa capacité de discernement précédemment évaluée. Le Comité précise que « [l]e degré de maturité fait référence à l'aptitude de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée », il est le corollaire de la capacité de l'enfant « d'exprimer ses vues sur des questions d'une manière raisonnable et indépendante »¹¹⁸⁰, et bien souvent dans la pratique, de l'âge de l'enfant¹¹⁸¹. Par ailleurs, plus la décision est susceptible d'avoir des incidences importantes sur la vie de l'enfant, plus l'évaluation de sa maturité sera essentielle et exigeante.

En pratique, ces indications relatives au poids de l'opinion de l'enfant se déclinent par des mécanismes accordant plus ou moins de valeur déterminante à la participation de l'enfant. En outre, la participation de l'enfant constitue une obligation à l'égard des décideurs, bien

¹¹⁷⁹ *Id.*, par. 21.

¹¹⁸⁰ *Id.*, par. 30.

¹¹⁸¹ Dans une étude rapportée en 2002 au sujet de l'état actuel de la pratique du droit de la famille au Canada, les chercheurs ont demandé aux professionnels de la justice (en très grande majorité des avocats) quel poids devrait être accordé à l'opinion de l'enfant selon les différentes tranches d'âge auxquelles il appartient. La tendance apparaît alors nettement chez les répondants : plus l'enfant est âgé, plus son opinion devrait avoir de l'importance, Joanne J. PAETSCH, Lorne D. BERTRAND, Nicholas BALA et Joseph P. HORNICK, *La stratégie de justice familiale axée sur l'enfant : données de base recueillies auprès de professionnels du droit de la famille*, Rapport de recherche présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2005, p. 19, Graphique 2.2.

qu'elle ne soit pas toujours décisive pour la décision finale, comme dans les cas où il est seulement prévu d'entendre l'enfant. En revanche, il s'agit pour l'enfant d'un droit et non d'une obligation, ce qui induit logiquement son droit au silence. Dans d'autres cas, la participation de l'enfant sera déterminante sur la question ou la décision à prendre, notamment lorsqu'il s'agit du droit de l'enfant de consentir à des mesures ou à les refuser. On retrouve ces deux cas de figure dans le *Code civil* : l'article 34, discuté plus haut¹¹⁸², oblige le tribunal à offrir la possibilité à l'enfant d'être entendu, sans pour autant l'obliger à considérer l'opinion qui en découle. L'article 34 sera notamment applicable en matière de garde et d'accès après la séparation de conjoints non mariés. Il en va de même de la participation de l'enfant aux procédures en matière de protection de la jeunesse : la L.P.J. privilégie la prise en compte de l'opinion de l'enfant, mais n'oblige pas les décideurs à la suivre. Même lorsque l'enfant a un droit de consentir ou de refuser, ce droit peut être outrepassé devant le tribunal¹¹⁸³. Il arrive par exemple fréquemment que des enfants souhaitent retourner dans leur famille, quand bien même celle-ci les maltraitait ; les décideurs privilégient alors d'abord et avant tout la sécurité de l'enfant, quitte à contrevenir à ses désirs.

En revanche, les normes en matière de soins de santé vont plus loin et accordent à l'enfant le droit de refuser ou de consentir, parfois seul, aux soins qui lui sont proposés. Son opinion sera alors déterminante dans la formulation de la décision, bien qu'ici encore, il soit possible pour les tribunaux d'ordonner des mesures qui vont à l'encontre de l'opinion formulée par l'enfant, mais qui contribuent à la protection de son intégrité physique. Le contexte dans lequel la L.P.J. accorde le plus de poids à l'opinion de l'enfant est celui de l'adoption : si l'enfant de plus de 14 ans refuse de consentir à l'adoption, celle-ci ne pourra avoir lieu et aucune exception ne pourra permettre de déroger à ce principe¹¹⁸⁴.

On aura compris que, si la participation de l'enfant est prévue dans tous les contextes qui le concernent, son influence pourra varier d'un contexte à l'autre. Certains diront aussi qu'elle sera plus ou moins *active*, afin de qualifier le positionnement tantôt passif de l'enfant, par exemple lorsqu'il s'agit d'une simple consultation, ou véritablement actif dès lors que pèse

¹¹⁸² Voir *supra* Partie III, chap. 2, A, 1, b.

¹¹⁸³ Voir par exemple l'article 47 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41.

¹¹⁸⁴ *Code civil du Québec*, préc., note 159, art. 550.

plus lourd l'avis de l'enfant dans l'élaboration de la décision finale¹¹⁸⁵. Finalement, où que soit placé le curseur de la participation de l'enfant, et quel que soit le poids accordé à l'opinion exprimée, les normes doivent systématiquement prévoir des mécanismes permettant à l'enfant de partager cette opinion. Plusieurs voies sont alors possibles ; nous décrivons celles-ci dans la prochaine section.

c. Les différentes voies de la participation de l'enfant

L'importance de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent ne fait plus véritablement l'objet d'études en la matière. Les recherches contemporaines se concentrent plutôt sur la problématique de la mise en œuvre de cette participation¹¹⁸⁶, c'est-à-dire sur les mécanismes qui permettent concrètement à l'enfant d'exprimer son opinion. En effet, l'opinion de l'enfant peut être entendue de différentes manières. Le second alinéa de l'article 12 de la Convention prévoit la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toutes procédures judiciaires ou administratives l'intéressant, et ce, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant. On peut dès lors envisager plusieurs procédés, notamment lorsque l'affaire est portée devant un juge¹¹⁸⁷. De nombreux auteurs ont répertorié ces différents moyens, se focalisant tantôt sur les contextes concernés, tantôt sur les modalités de mise en œuvre¹¹⁸⁸. Nicholas Bala et Patricia Hebert dressent, par exemple, une liste des moyens d'entendre l'enfant dans le cadre des litiges en matière familiale, liste qui recoupe ce que nous avons par ailleurs trouvé chez la majorité

¹¹⁸⁵ Nigel THOMAS, « Towards a Theory of Children's Participation », (2007) 15-2 *Int. J. Child. Rights* 199, 199 et 200.

¹¹⁸⁶ Michael SAINI, *Le point de vue des enfants en droit de la famille : Examen des stratégies, des défis et des meilleures pratiques au Canada*, Rapport déposé à la division de la recherche et de la statistique, Ministère de la Justice du Canada, 2019, p. 8 et 14 ; Nicholas BALA et Rachel BIRNBAUM, « Hearing The Voices of Children in Family Disputes », dans Pierre NOREAU, Dominique GOUBAU, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Shauna VAN PRAAGH, Valentine FAU et Caroline ROBITAILLE, *La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société / Youth at the Crossroads of Family, Community, Law and Society*, Thémis, Montréal, 2021, p. 21 à la page 27.

¹¹⁸⁷ Sur ces différents moyens permettant à l'enfant de participer aux procédures judiciaires dans la législation française, on pourra lire Adeline GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », (2006) 5 *Cah. Rech. Sur Droits Fondam.* 59.

¹¹⁸⁸ Pour n'en citer que quelques exemples : Mona Paré propose un excellent résumé des différentes manières dont dispose le tribunal pour entendre la voix de l'enfant dans le cadre québécois dans « L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions », (2014) 44-1 *Rev. Générale Droit* 81-124 ; on retrouvera également un bref aperçu de ces différents moyens dans E. JOLLIMORE, préc., note 1135 ; ou encore, en matière familiale, dans Ronda BESSNER, *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2002 ; N. BALA et R. BIRNBAUM, préc., note 1176 ; et M. SAINI, préc., note 1176.

des auteurs : par ouï-dire rapporté par une personne qui a entendu l'enfant, par l'enregistrement d'une entrevue avec l'enfant, par le rapport ou témoignage d'un travailleur social ou d'un professionnel de la santé mentale qui a travaillé avec l'enfant, par un rapport sur l'opinion de l'enfant, par l'avocat de l'enfant ou son rapport, par le témoignage de l'enfant au cours du procès ou par un entretien direct avec le juge¹¹⁸⁹.

Le témoignage de l'enfant est évidemment le moyen le plus direct d'assurer sa participation aux procédures judiciaires. De nombreuses règles venant régir cette pratique se sont progressivement assouplies dans l'optique d'adoucir cette expérience¹¹⁹⁰. Afin d'éviter tout stress ou tentative de pression autour de l'enfant, la L.P.J. prévoit que le juge pourra entendre le témoignage de l'enfant hors la présence des autres parties¹¹⁹¹. Dans ce cas, les avocats des personnes exclues seront tout de même admis. De manière plus indirecte, mais sans doute plus facile pour l'enfant, l'avocat peut également faire office de rapporteur de la parole de l'enfant¹¹⁹². Il doit par ailleurs le faire, lorsqu'il est tenu par un mandat conventionnel.

Ces propos exigent de plus amples explications quant au rôle de l'avocat de l'enfant, un rôle qui fait controverse, questionne encore beaucoup les professionnels du Canada¹¹⁹³ et du

¹¹⁸⁹ Nicholas BALA et Patricia HEBERT, *Views, Perspectives and Experiences of Children in Family Cases*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2016, p. 4.

¹¹⁹⁰ Tel que nous le verrons plus loin, *infra* Partie III, chap.2, B, 1, a.

¹¹⁹¹ Voir *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 35, art. 85.4.

¹¹⁹² L'article 80 L.P.J. prévoit en ce sens que : « Lorsque le tribunal constate que l'intérêt de l'enfant est opposé à celui de ses parents, il doit s'assurer qu'un avocat soit spécifiquement chargé de conseiller et représenter l'enfant et que cet avocat ne joue en même temps aucun rôle de conseiller ou de procureur auprès des parents ». Le droit à la représentation par avocat est par ailleurs reconnu encore plus fermement dans le domaine pénal, par l'article 25 (1) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, selon lequel : « L'adolescent a le droit d'avoir recours sans délai, et ce personnellement, à l'assistance d'un avocat à toute phase des poursuites intentées contre lui sous le régime de la présente loi, ainsi qu'avant et pendant l'examen de l'opportunité de recourir à une sanction extrajudiciaire au lieu d'intenter ou de continuer des poursuites dans le cadre de la présente loi ». Pour connaître les autres législations provinciales pertinentes en matière de représentation de l'enfant par avocat dans le domaine de la protection de l'enfance, du droit de la famille et de la santé mentale, on pourra se référer à Debra LOVINSKY et Jessica GAGNE, *La représentation juridique des enfants au Canada*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2015, p. 17 à 43.

¹¹⁹³ N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1123, p. 21 ; voir aussi Rachel BIRNBAUM, Lorne BERTRAND et Nicholas BALA, « Controversy about the Role of Children's Lawyers: Advocate or Best Interests Guardian? Comparing Practices in Two Canadian Jurisdictions with Different Policies for Lawyers », (2013) 51 *Fam. Court Rev.* ; D. LOVINSKY et J. GAGNE, préc., note 1182, p. 53 à 55 ; Nicholas BALA et Rachel BIRNBAUM, « Preferences and Perspectives of Children in Family Cases: Rethinking the Role of Children's Lawyers », (2018) 59-4 *Cah. Droit* 787.

Québec¹¹⁹⁴ et alimente la jurisprudence¹¹⁹⁵ : celui-ci diverge selon que l'avocat est lié à l'enfant par un mandat conventionnel ou par un mandat légal¹¹⁹⁶. Dans le premier cas, il joue le même rôle qu'envers un adulte et doit défendre les volontés de l'enfant¹¹⁹⁷, quand bien même il considère celles-ci contraires à son intérêt. Dans le cas du mandat légal en revanche, l'avocat est tenu de défendre le meilleur intérêt de l'enfant, il doit « s'assurer que les droits et intérêts de l'enfant sont préservés »¹¹⁹⁸. La pratique peut donc être sensiblement différente selon le type de mandat. Pourtant, la détermination de ce type de mandat manque clairement d'uniformité et de précision, et fait par ailleurs encore l'objet de bien des questionnements¹¹⁹⁹. Pour savoir quelle est la nature du mandat qui le lie à son client, l'avocat devra déterminer si celui-ci a la capacité de mandater ou non. Pour ce faire, il évaluera la maturité de l'enfant, son niveau de développement et sa capacité de discernement. Il existe très peu de lignes directrices en la matière, si bien que les avocats sont laissés en proie à leur propre discrétion¹²⁰⁰. Si les cas des très jeunes enfants et ceux des adolescents ne posent pas véritablement de problème, les enfants âgés de 6 à 10 ans sont parfois bien plus difficiles à cerner. En l'absence de connaissances

¹¹⁹⁴ Déjà en 1992, le rapport Jasmin sur l'application de la L.P.J. recommandait que des lignes claires soient instituées par le Barreau quant au mandat de l'avocat des enfants, RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL MSSS-MJQ 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 : Ministère de la justice, 1992, p. 89; Le Barreau avait par ailleurs élaboré quelques lignes à ce sujet dans ses deux mémoires relatifs à la représentation de l'enfant par avocat, en proposant notamment d'ajouter une section spécifique dans le code de déontologie. Ces derniers n'ont cependant aucune valeur contraignante, BARREAU DU QUEBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 340; BARREAU DU QUEBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, *Mémoire : La représentation des enfants par avocat 10 ans plus tard*, Montréal, Le Barreau, Service de recherche et de législation, 2006.

¹¹⁹⁵ Voir notamment les trois arrêts majeurs de la Cour d'appel ayant établi la jurisprudence québécoise en la matière. Le premier soutient le rôle d'*amicus curiae* de l'avocat, tandis que le second oblige l'avocat à respecter les désirs de l'enfant dès lors que celui-ci est capable de mandater. Enfin, le plus récent apporte des précisions quant au comportement que devrait adopter l'avocat de l'enfant dans le cadre d'un conflit au sujet de sa garde : *Droit de la famille - 1549*, préc., note 344, *F.(M.) c. L.(J.)*, [2002] 211 D.L.R. (4th), 350 (C.A.) et *Droit de la famille — 19925*, [2019] 897 (CA).

¹¹⁹⁶ Au niveau fédéral, le débat sur le travail de l'avocat de l'enfant gravite autour de trois rôles distincts : « (1) simplement présenter les points de vue et préférences de l'enfant lui-même; (2) jouer un rôle semblable à celui de l'*amicus curiae* (non pas prôner une position, mais plutôt veiller à ce que tous les renseignements pertinents soient portés à l'attention du tribunal) ou (3) agir en qualité de tuteur à l'instance, c'est-à-dire faire valoir la position qui, de l'avis de l'avocat, cadre le mieux avec l'intérêt supérieur de l'enfant (même lorsque la position de l'avocat est différente du point de vue que l'enfant a exprimé). », D. LOVINSKY et J. GAGNE, préc., note 1192, p. 7; voir aussi R. BESSNER, préc., note 1188.

¹¹⁹⁷ En ce sens, voir l'arrêt de principe de la Cour d'appel : *F.(M.) c. L.(J.)*, préc., note 1195.

¹¹⁹⁸ Myriam CANTIN, « Le procureur à l'enfant en protection de la jeunesse. À la croisée du clinique et du juridique », dans Karine POITRAS, Claire BAUDRY et Dominique GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de protection*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2012, p. 211 à la page 216.

¹¹⁹⁹ *Id.* aux pages 212 et 213.

¹²⁰⁰ La CSDEPJ déplore ce manque de lignes directrices pour la pratique des avocats auprès des enfants. Aussi, elle recommande que des règles déontologiques particulières soient développées par le Barreau du Québec pour les avocats concernés, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes*, Rapport final, 2021, p. 237 et 238.

cliniques lui permettant de mieux évaluer la maturité des enfants¹²⁰¹, l'avocat devra jouer de son bon sens et perfectionner sa ligne de conduite progressivement avec l'expérience. La situation des enfants dont la capacité de mandater n'est pas claire est d'autant plus complexe lorsque les volontés de l'enfant semblent contraires à ses propres intérêts, ou encore lorsque les enfants expriment clairement leurs désirs sans pour autant en comprendre les enjeux. Ce contexte rejoint d'ailleurs le défi plus général induit par les situations dans lesquelles les désirs de l'enfant s'opposent à ses intérêts : faut-il alors respecter son opinion au risque de compromettre sa sécurité ou, au contraire, brimer l'enfant pour s'assurer de la sauvegarde de son bien être ? Se dessine ici le dilemme qui s'écoule dans toutes les dimensions de la participation de l'enfant. Notons par ailleurs que cette problématique correspond concrètement à l'effacement progressif des cloisons bâties autour du droit que nous soulignons de manière théorique dans notre partie précédente : le savoir juridique n'est parfois plus suffisant pour mettre en œuvre ses propres directives. Aux praticiens du droit, notamment le juge sur lequel nous avons insisté¹²⁰², mais encore ici l'avocat, de s'adapter à cette nouvelle donne.

Finalement, bien que l'avocat plaide différemment selon la nature de son mandat, la participation de l'enfant devrait néanmoins être tout aussi présente et son opinion tout autant rapportée dans les deux cas. En effet, même dans le cas du mandat légal, l'avocat pourra rapporter au juge les désirs et l'opinion de l'enfant¹²⁰³, sans pour autant plaider en faveur de ces derniers. Il deviendra alors le bras droit du juge en cherchant lui aussi à préserver l'intérêt de l'enfant, tout en livrant toutes les informations qu'il a en sa possession (notamment les désirs de l'enfant). Quel que soit le rôle qu'il tienne, l'avocat peut donc se faire le relai de l'opinion de l'enfant dans le cadre du processus judiciaire. Plusieurs dispositions de la L.P.J. viennent encadrer ce droit à la représentation par avocat. Par exemple, l'article 5 L.P.J. oblige les personnes à qui la loi confie des responsabilités d'informer l'enfant de son droit à consulter un avocat. L'article 78 réitère cette obligation envers les tribunaux, et l'article 80 prévoit que, lorsque l'intérêt de l'enfant s'oppose à celui de ses parents, un avocat doit spécifiquement le représenter¹²⁰⁴.

¹²⁰¹ Nous reviendrons sur le manque de complémentarité de la formation des professionnels, notamment des avocats, plus loin dans ce chapitre, voir *infra* Partie III, chap. 2, B, 2, a.

¹²⁰² Voir *supra* Partie II, chap. 3, A, 2, c.

¹²⁰³ C'est notamment la position défendue par le Barreau du Québec dans BARREAU DU QUÉBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 1194, p. 13.

¹²⁰⁴ Sur l'évolution de la question de la représentation de l'enfant par avocat au Québec en matière de protection de la jeunesse jusqu'à la fin du XX^e siècle, on pourra lire Anne FOURNIER, « Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse », (1996) 37-4 *Cah. Droit* 971.

Un autre moyen favorisant la participation de l'enfant de manière plus indirecte est la présentation de rapports d'évaluation ou d'expertises psychosociales qui restituent la parole de l'enfant. Dans les conflits familiaux, les tribunaux canadiens peuvent toujours ordonner une évaluation par un professionnel de la santé mentale qui devra ensuite leur soumettre son rapport¹²⁰⁵. En matière de protection de l'enfance, ce type de rapport est très courant : les travailleurs sociaux de la DPJ en rédigent systématiquement. Toutefois, on pourrait se questionner sur l'objectivité de ces rapports étant donné le statut de partie à l'audience de leurs rédacteurs. D'autres rapports d'évaluation peuvent être soumis au juge, soit à sa propre demande, soit d'après celle de n'importe quelle autre partie. Par exemple, l'avocat de l'enfant pourra s'appuyer sur des rapports d'expertises psychosociales qui mettront en lumière l'opinion de l'enfant. Les avocats et les travailleurs sociaux pourront aussi être mobilisés par le biais de rapports sur l'opinion de l'enfant ayant pour seul objectif de rapporter la parole de l'enfant recueillie, par exemple, au cours de leurs entretiens¹²⁰⁶.

Finalement, il existe bon nombre de moyens permettant à l'enfant de faire entendre sa voix dans les décisions judiciaires qui le concernent. Au Canada, ces moyens diffèrent d'une province à l'autre et, au Québec, ils varient aussi d'un domaine à l'autre. Ces moyens présentent tous leurs points faibles et leurs points forts (en termes d'exposition de l'enfant au stress, de participation plus ou moins directe et donc plus ou moins sujette à interprétations ou déviations¹²⁰⁷, d'environnements favorables à l'enfant, de sentiment d'implication de l'enfant, de contraintes de temps et de ressources, de sauvegarde de l'indépendance et de l'autonomie décisionnelle de l'enfant, etc.)¹²⁰⁸. Probablement est-ce d'ailleurs une bonne chose que la pratique ne soit pas totalement uniformisée et laisse souvent place à la discrétion des décideurs pour chaque cas auquel ils font face : les circonstances de l'espèce, notamment la maturité de l'enfant et la nature de la décision en cause, s'adaptent plus ou moins bien à tel ou tel type de participation de l'enfant.

¹²⁰⁵ N. BALA et R. BIRNBAUM, préc., note 1186 à la page 31.

¹²⁰⁶ N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1123, p. 25 et 26 ; N. BALA et R. BIRNBAUM, préc., note 1176 aux pages 35 et 36.

¹²⁰⁷ Que l'on pense, par exemple, dans le cadre des rapports ou évaluations, à la présence possible de préjugés ou à l'influence de l'expérience et des valeurs, tant des experts eux-mêmes, que des décideurs amenés à considérer ces expertises, P. O'CONNOR, préc., note 1135, p. 55.

¹²⁰⁸ E. JOLLIMORE, préc., note 1146.

Tout comme elle permettait à l'intérêt de l'enfant de se modeler à l'image de chaque enfant, la flexibilité des moyens offerts aux décideurs afin de recueillir l'opinion de l'enfant favorise l'adaptabilité du système judiciaire aux circonstances et caractéristiques particulières de chaque enfant. La flexibilité n'est d'ailleurs pas le seul élément qui permette de rapprocher les principes fondamentaux du respect de l'intérêt de l'enfant et de sa participation aux décisions qui le concernent : ils sont tous deux plus que ressemblants sur certains aspects, ainsi qu'intrinsèquement liés dans des rapports de codépendance et de synergie, tel que nous proposons de le voir à présent.

3. La participation de l'enfant dans la détermination de son intérêt : un moyen pour une fin

Nous avons commencé cette troisième partie de notre thèse en plaçant l'intérêt de l'enfant comme le premier socle fondateur des droits de l'enfant. À présent que nous plaçons le second socle, celui de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, il nous faut nous assurer que les deux s'emboîtent correctement afin d'obtenir des bases solides pour la cohérence globale de la structure. En effet, si nos deux principes fondateurs se contredisent, le domaine des droits de l'enfant ne pourrait s'ériger adéquatement.

Dans ses observations générales, le Comité des droits de l'enfant aborde précisément la question de l'arrimage entre les articles 3 et 12 de la Convention, ces deux articles qui consacrent respectivement l'intérêt supérieur et le droit à la participation des jeunes. En précisant qu'il n'existe point de conflit entre ces deux articles, le Comité explique que :

ils énoncent deux principes généraux qui ont un rôle complémentaire : le premier fixe pour objectif de réaliser l'intérêt supérieur de l'enfant et le deuxième définit la méthode pour atteindre l'objectif d'entendre l'enfant ou les enfants. De fait, l'article 3 ne saurait être correctement appliqué si les composantes de l'article 12 ne sont pas respectées. De même, l'article 3 renforce la fonctionnalité de l'article 12, en facilitant le rôle essentiel des enfants dans toutes les décisions intéressant leur vie.¹²⁰⁹

L'analyse du Comité évoque ainsi une forme de complémentarité entre les deux principes de l'intérêt de l'enfant et de sa participation. Il ne s'agit donc pas de voir l'un contre l'autre, mais plutôt l'un avec l'autre. Sachant que l'intérêt de l'enfant est traditionnellement

¹²⁰⁹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 126, par. 74; Ce rôle complémentaire est en parallèle souligné dans l'observation générale no 14 relative à l'article 3, *Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, préc., note 1016, par. 43.

perçu comme propre à l'approche protectionniste et sa participation comme représentant le principe phare de l'approche libérationniste des droits de l'enfant, on retrouve ici le dépassement du conflit que nous décrivions plus tôt dans la thèse¹²¹⁰. Ce glissement depuis une approche contradictoire vers une approche de synergie et de complémentarité n'est pas non plus sans rappeler le mouvement de la régulation sociale que nous assimilions au duel puis au ballet dans notre seconde partie. Dans cette approche de complémentarité prônée par le Comité, nous retrouvons les deux principes participant d'un même élan et non plus d'un mouvement opposé. En effet, ils ne sont plus représentés chacun par un poids des deux côtés de la balance, mais comme un seul et même poids dans la balance des droits de l'enfant.

Dans ce cadre, chaque élément a une position et un rôle précis : l'intérêt de l'enfant est le principe cadre, alors que la participation de l'enfant est un moyen permettant de s'y conformer¹²¹¹. En raison de sa place centrale, elle est même l'un des moyens privilégiés, voire indispensables, pour respecter l'intérêt de l'enfant. Le glissement intellectuel ainsi impliqué est extrêmement intéressant puisqu'en devenant la méthode pour satisfaire l'intérêt de l'enfant, la participation de l'enfant intègre *de facto* son intérêt. De manière plus concrète, on dira simplement que, pour déterminer l'intérêt de l'enfant, il faut faire participer celui-ci, sinon, tel que nous le posons ailleurs, « [l]a notion d'intérêt supérieur de l'enfant a-t-elle encore un sens si on ne s'informe pas de ce qui l'intéresse ? »¹²¹².

L'enfant devient dès lors un véritable acteur de ses droits et nous voilà au comble de sa reconnaissance en tant que sujet. Notons ici que nous entendons la participation comme le procédé en tant que tel et non comme l'issu de ce procédé. Dès lors que l'enfant est entendu et pris au sérieux, sa participation est respectée, quel que soit le poids accordé à son opinion dans la décision finale. Dès lors, si cette décision finale va à l'encontre de l'opinion de l'enfant, cela ne réduira pas sa participation au procédé, mais plutôt le poids de celle-ci à l'issue de la décision.

Malgré tout, plus l'enfant devient mature, plus le poids de son opinion devra compter, et ce, tant dans le processus que dans la décision finale. Le jeu de la complémentarité exige un

¹²¹⁰ Voir *supra* Partie I, chap. 3, A.

¹²¹¹ Nous reviendrons sur cet arrimage entre l'intérêt de l'enfant et sa participation, voir *infra* Partie III, chap. 3, A, 2, b.

¹²¹² Pierre NOREAU et Valentine FAU, « Les droits de la jeunesse : entre proclamation et intervention », dans Pierre NOREAU, Dominique GOUBAU, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Shauna VAN PRAAGH, Valentine FAU et Caroline ROBITAILLE, *La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société / Youth at the Crossroads of Family, Community, Law and Society*, Thémis, Montréal, 2021, p. 227 à la page 243.

ajustement continu dans la mesure où l'autonomie de l'enfant devient un élément de plus en plus déterminant dans son intérêt : quand l'enfant grandit, son besoin d'autonomie en fait de même. Or, ce dernier fait partie des éléments constitutifs de l'intérêt de l'enfant. Et c'est dans la participation que ce besoin d'autonomie s'exprime et dans le poids accordé à cette participation que celui-ci se respecte. Dès lors, plus l'enfant grandit, plus son opinion devra peser dans les décisions.

Ce processus de gradation, qui permet d'intégrer la participation de l'enfant à la détermination de son intérêt, est aussi celui adopté par les juges de la Cour suprême. À plusieurs reprises, ceux-ci ont en effet rappelé que l'opinion de l'enfant fait partie des éléments à considérer dans la détermination de son intérêt. Ses désirs et ses préférences doivent ainsi être pris en compte et le poids qui leur sera accordé devra augmenter en fonction de l'âge et de la maturité de l'enfant¹²¹³.

Le contexte dans lequel les juges ont le plus élaboré sur ces liens existants entre l'intérêt de l'enfant et sa participation est sans nul doute celui du consentement des mineurs aux soins médicaux. L'effort d'équilibration se situe alors entre la volonté de protéger l'enfant d'une décision qui pourrait lui nuire et l'importance de le laisser exercer sa liberté décisionnelle ; entre « le droit fondamental de la personne de prendre seule des décisions qui concernent son corps et, d'autre part, la protection des enfants vulnérables »¹²¹⁴. Le curseur dépendra évidemment de la capacité décisionnelle de l'enfant : plus elle sera développée, plus il deviendra difficile d'aller à l'encontre de la volonté de l'enfant. La décision de la Cour suprême du Canada *A.C. c. Manitoba*¹²¹⁵ est particulièrement illustratrice de cet exercice d'équilibration et des difficultés d'application pratique de la complémentarité des principes d'intérêt et de participation de l'enfant. Nous ne reviendrons pas ici sur les détails de l'analyse de cette décision, puisqu'ils ont déjà été présentés dans notre première partie¹²¹⁶. Rappelons simplement que, pour éviter de faire face à des situations dans lesquelles les juges devraient statuer en faveur des désirs de l'enfant mature, quand bien même ceux-ci mettraient leur vie en péril, un nouvel élément est ajouté à l'équation : celui de la nature de la décision, et surtout de la gravité des conséquences de celle-ci sur la vie de l'enfant. Ainsi, plus la décision est susceptible d'entraîner des

¹²¹³ Voir par exemple *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, préc., note 1056, 202 ; ou encore *Gordon c. Goertz*, préc., note 573, par. 120.

¹²¹⁴ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410, par. 30.

¹²¹⁵ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, préc., note 410.

¹²¹⁶ Voir *supra* Partie I, chap. 3, B, 4

conséquences graves sur la vie de l'enfant, plus l'examen de sa maturité sera minutieux. Par le biais de cette évaluation plus stricte, il sera plus facile pour les juges de conclure au manque d'autonomie décisionnelle chez l'enfant et donc de lui imposer un traitement pouvant lui sauver la vie.

En l'espèce, la loi est contestée puisqu'elle ne prévoit pas formellement la possibilité pour un enfant de moins de seize ans de prouver qu'il a la maturité suffisante pour décider de son traitement. Le seul critère pris en considération pour les jeunes de cette tranche d'âge est leur intérêt. Les juges majoritaires, dont les motifs sont rapportés par la juge Abella, s'en remettent à la conciliation théorique énoncée plus haut entre les principes d'intérêt et de participation de l'enfant pour conclure que la maturité est indirectement évaluée dans le cadre de la détermination de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, selon eux, en statuant sur l'intérêt de l'enfant, les décideurs prennent déjà en compte sa capacité décisionnelle en considérant plus largement les désirs de cet enfant. En matière de consentement aux soins, cette pratique est d'autant plus avérée que l'efficacité du traitement pourra fortement varier selon qu'il est accepté ou imposé de force au patient. Nous retrouvons finalement notre équation théorique selon laquelle l'opinion de l'enfant, rapportée par sa participation, constitue un déterminant de son intérêt. Si cette logique apparaît relativement simple, nous voyons par le biais de cette affaire — divisée en trois motifs, dont deux aux conclusions opposées, pour un total de 239 paragraphes — que son application pratique soulève encore de nombreux défis. En témoigne également la décision sur le fonds qui revient à imposer un traitement médical à un enfant non consentant dont la maturité a pourtant été approuvée par les psychiatres.

Pour résumer, plusieurs éléments sont abordés dans la question de l'arrimage entre la participation de l'enfant et son intérêt. La difficulté est, selon nous, de replacer chacun de ces éléments dans le rôle précis qu'il joue afin de parvenir à un tout logique et cohérent qui s'inscrive dans une même perspective. Retrouver ce qui appartient à la danse, à la musique et à l'harmonie, tel que nous l'avons déterminé au sujet de la régulation sociale¹²¹⁷. Voici comment nous posons et résolvons l'équation : le respect de l'intérêt de l'enfant est le principe cadre dans la prise de décision au sujet des droits de l'enfant. Il se compose de plusieurs facteurs ayant plus ou moins de poids selon les contextes. Par exemple, le besoin d'autonomie de l'enfant aura plus de poids dans la détermination de son intérêt au fur et à mesure qu'il grandit. La participation de l'enfant est un moyen de parvenir à déterminer et satisfaire l'intérêt de l'enfant.

¹²¹⁷ Voir *supra* Partie II, chap. 2.

Cette participation concourt à l'intérêt de l'enfant quand bien même la décision finale est contraire aux désirs soutenus dans cette participation. En revanche, respecter les désirs de l'enfant permet de combler son besoin d'autonomie qui fait partie, rappelons-le, des éléments à considérer dans la détermination de son intérêt. Aussi, plus l'enfant grandit, plus son besoin d'autonomie grandit, et plus ses désirs (issus du processus de participation) doivent peser dans la détermination de son intérêt.

Après avoir ainsi retracé la présence, la signification et l'étendue du principe de la participation de l'enfant, il nous reste un dernier élément essentiel à ce principe pour compléter son examen : celui de l'information.

4. *L'information, clef de voute de la participation*

Si la participation est un moyen privilégié pour assurer le respect de l'intérêt de l'enfant, l'information est un moyen privilégié pour permettre cette participation¹²¹⁸. Cette dernière n'a en effet aucune valeur ni efficacité tant que l'enfant n'est pas correctement informé : selon la logique des plus simples, il ne participera pas s'il ne sait pas qu'il peut participer ; en outre, il ne participera pas de manière pertinente s'il ne dispose pas de l'information nécessaire pour ce faire. Bref, sans information, pas de participation ; il s'agit d'un prérequis, en ce qu'il définit « les conditions préalables essentielles à l'exercice effectif du droit d'être entendu »¹²¹⁹. Le Comité des droits de l'enfant rappelle d'ailleurs cette exigence d'informer l'enfant pour qu'il puisse participer aux décisions :

La réalisation du droit de l'enfant d'exprimer ses opinions suppose que l'enfant soit informé par les personnes chargées de l'entendre et par ses parents ou tuteurs des questions à l'examen, des options qui s'offrent à lui, des décisions qui pourraient être prises et de leurs conséquences. L'enfant doit également être informé des conditions dans lesquelles il sera invité à exprimer son opinion. Ce droit à l'information est essentiel, car il est la condition préalable à la prise de décisions claires par l'enfant.¹²²⁰

¹²¹⁸ De manière plus générale, Valérie Demers met en exergue la corrélation entre la connaissance de la loi et son respect : plus la loi est connue, plus elle sera respectée, dans *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 31 et 32.

¹²¹⁹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 80, voir aussi les par. 82 et 83.

¹²²⁰ *Id.*, par. 25, voir aussi le par. 41.

Ce droit à l'information n'est pas seulement un moyen de réaliser le droit à la participation, il constitue aussi un droit à lui seul, qui est explicitement garanti par la Convention internationale dans son article 17, selon lequel :

Les États parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale.

Ainsi normé, ce droit concerne l'information de manière large et non seulement celle qui est utile à la prise de décision individuelle. Le spectre de ce droit à l'information est très ouvert et peut donc toucher un large éventail de sujets. Partant, c'est l'accès à l'information que la Convention cherche à promouvoir plus que l'information elle-même. On retrouvera en revanche bien plus de précisions quant à l'information dans les lois québécoises et canadiennes qui concernent des contextes plus circonscrits. La L.P.J. comporte à ce titre de plusieurs articles relatifs à l'information. On retrouve tout d'abord l'article de principe énonçant explicitement ce droit à l'information au profit de l'enfant et de ses parents :

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.

Lors d'une intervention en vertu de la présente loi, un enfant ainsi que ses parents doivent obtenir une description des moyens de protection et de réadaptation ainsi que des étapes prévues pour mettre fin à cette intervention.¹²²¹

L'obligation d'informer l'enfant est ensuite réitérée dans deux contextes différents : avant qu'il ne soit transféré d'un milieu de vie substitut à un autre¹²²², et lorsque le tribunal rend une décision ; il doit alors expliquer à l'enfant la nature des mesures envisagées et les motifs les justifiant¹²²³. L'information doit donc être transmise à l'enfant avant la procédure afin de lui permettre d'y participer en connaissance de cause, mais aussi *a posteriori*, afin qu'il comprenne l'issue de la procédure et la manière dont son opinion a été prise en considération¹²²⁴. De ce fait, l'enfant pourra décider de la suite à donner, bien entendu, ici encore, si l'information à ce sujet lui est délivrée.

Par ailleurs, l'échange d'information doit tenir compte de la maturité et de la capacité intellectuelle du récepteur, c'est-à-dire de l'enfant. Dès lors, l'information devra par exemple

¹²²¹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 35, art. 5.

¹²²² *Id.*, art. 7.

¹²²³ *Id.*, art. 89.

¹²²⁴ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 45.

éviter le « jargon juridique » tant étranger à l'enfant, sinon à l'adulte, et être transmise dans des termes et formes adaptés à son âge¹²²⁵. C'est ce que souligne l'article 2.4.2 L.P.J. selon lequel : « les informations et les explications qui doivent être données à l'enfant dans le cadre de la présente loi doivent l'être en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension »¹²²⁶.

Le partage de l'information avec l'enfant suppose également que les personnes chargées de l'informer soient formées pour ce faire. Elles doivent non seulement être elles-mêmes informées de leur obligation d'informer l'enfant, mais aussi avoir les compétences pour transmettre ces connaissances. Un travail de vulgarisation est alors nécessaire, tant sur le plan individuel (pour informer un enfant en particulier dans un contexte de protection de la jeunesse par exemple), que sur le plan politique (pour que tous les enfants soient conscients de leurs droits et puissent en devenir de véritables sujets, sinon acteurs) : « [l]'enfant doit savoir, mais il doit surtout comprendre pour être capable de revendiquer ses droits »¹²²⁷. De nombreuses initiatives visent à expliquer aux jeunes la teneur de leurs droits, notamment en tentant de traduire la Convention internationale en des termes ou images compréhensibles pour l'enfant, sur des supports divers afin de capter son intérêt. Si ces initiatives sont louables, elles concernent toutefois pour la plupart les grands principes généraux des droits de l'enfant¹²²⁸. Cette étape est certes nécessaire, mais elle doit aussi être accompagnée d'informations plus concrètes sur les moyens permettant de revendiquer ces droits, ainsi que sur la signification de ceux-ci dans la vie quotidienne, que ce soit, par exemple, dans le cadre familial, à l'école ou dans un centre jeunesse. Afin que l'enfant puisse véritablement en bénéficier, les informations qui lui sont transmises doivent être concrètes. L'effort de communication doit donc porter non

¹²²⁵ Le Barreau du Québec a également souligné cette exigence dans le travail de l'avocat dans le cadre de sa recommandation 28, selon laquelle « [l]'avocat doit expliquer le processus judiciaire en termes adaptés au niveau de compréhension de l'enfant. », BARREAU DU QUÉBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 1194, p. 53.

¹²²⁶ En matière pénale, la L.S.J.P.A. exige également cette adaptation de l'information à la maturité de l'enfant. L'article 146 (2) b) prévoit, par exemple, que la déclaration faite par un adolescent à un agent de la paix ou toute personne en autorité n'est admissible que si cette personne a, au préalable, « expliqué clairement à l'adolescent, en des termes adaptés à son âge et à sa compréhension » un certain nombre d'éléments, notamment son droit de ne faire aucune déclaration.

¹²²⁷ Sarah BARDAXOGLU, Valentine FAU, Angela CAMPBELL et Shauna VAN PRAAGH, « Au cœur de l'accès à la justice des jeunes en protection de la jeunesse : des acteurs discutent », (2020) 66-1 *Serv. Soc.* 81, 84.

¹²²⁸ Voir par exemple le texte de la Convention adapté aux enfants dès 10 ans proposé par l'organisme Humanium, en ligne : <https://www.humanium.org/fr/convention-droits-enfant-adaptee-aux-enfants-des-10-ans/>, ou encore celui d'Unicef : https://www.unicef.ca/sites/default/files/legacy/imce_uploads/UTILITY%20NAV/TEACHERS/DOCS/crcposter_fr_fa.pdf

seulement sur la vulgarisation des droits, mais aussi sur les effets de ces droits au quotidien¹²²⁹. La mise en place de mécanismes facilitant l'accès à ces ressources informationnelles et à des accompagnants dans les démarches juridiques devrait également être mise à l'ordre du jour.

Tel que nous l'expliquerons plus tard¹²³⁰, le travail de traduction de l'information en des termes adaptés à l'enfant exige la possession de certaines connaissances au sujet du développement psychique de l'enfant : il faut savoir ce qu'il est en mesure de comprendre afin de lui fournir une information pertinente. Un savoir qui n'est pas inné et même assez éloigné de la pratique pour les professionnels du droit. Pourtant, l'avocat a, ici encore, un rôle clef à jouer : en informant correctement l'enfant sur les étapes à suivre, il s'assure en général d'un meilleur déroulement de la procédure, notamment par le biais d'une préparation adéquate de l'enfant. À ce titre, il pourra, par exemple, expliquer à l'enfant le rôle de chacune des personnes présentes ou encore lui faire visiter la salle d'audience avant la tenue du procès. Comme le rappelle Myriam Cantin, « [l]'enfant sait que son avenir est discuté devant un juge et le fait pour lui de situer le lieu où se passent les échanges n'est pas sans importance pour sa compréhension »¹²³¹. Une bonne préparation permettra en outre à l'enfant de mieux vivre son passage au tribunal en diminuant le stress et l'appréhension grâce à une meilleure connaissance de ce qui l'attend.

À l'inverse, lorsque l'enfant se retrouve pris dans le système de protection de la jeunesse, c'est tout d'abord dans le volet social qu'il fait son entrée. Or, les professionnels, principalement les intervenants sociaux, ne connaissent pas toujours les droits des enfants. Comment dès lors s'attendre à ce qu'ils transmettent une information dont ils ne disposent pas ? Là encore, un effort de formation reste à fournir... Ainsi, l'accès à l'information pour le jeune est tributaire d'une action positive de la part de ceux qui l'entourent. Ces derniers doivent être en mesure de lui fournir les informations nécessaires, ou à défaut, les ressources pertinentes pour avoir accès à ces informations.

¹²²⁹ Certaines initiatives mettent de l'avant ces informations plus pratiques, notamment en illustrant les droits avec des exemples ou des défis de la vie quotidienne. On citera, par exemple, les outils pour les enfants développés par l'organisme Equitas : <https://equitas.org/fr/ressources-educatives/trousse-on-ne-joue-pas-avec-les-droits/>, ou encore, dans le cadre de l'hébergement en centre jeunesse, les fiches d'information créées par le Comité des usagers du Centre jeunesse de Montréal : <https://cucjm.ca/guide-fiche-dinformation/>.

¹²³⁰ Voir *infra* Partie III, chap. 2, B, 2, a.

¹²³¹ M. CANTIN, préc., note 1198 à la page 226.

Finalement, le principe de la participation semble tout à fait acquis dans les droits de l'enfant : il est maintes fois affirmé par les normes, tant internationales que nationales, et les éléments qui le constituent, bien que certains demeurent relativement imprécis, sont unanimement reconnus. Toutefois, ce principe est extrêmement dépendant de sa mise en œuvre, qui rend dès lors son effectivité relative aux procédures et aux décideurs. Les pratiques divergent à l'endroit de ce principe venant parfois en limiter la portée. C'est pourquoi nous qualifions de tâtonnante la mise en œuvre réelle de la participation de l'enfant.

B. Un principe acquis, une mise en œuvre tâtonnante

Tel que nous venons de le voir dans les sections précédentes, la législation prévoyant la participation de l'enfant est abondante. Néanmoins, l'effectivité du droit à la participation exige des moyens et des mécanismes procéduraux que peu de lois garantissent en détail¹²³². Nous sommes face à un droit qui, au-delà de sa simple énonciation, nécessite une mise en œuvre matérielle. De la sorte, ce droit illustre plutôt bien le passage du dogmatisme au pragmatisme que nous identifions de manière théorique plus tôt, et qui soumet le droit à un contrôle externe d'effectivité en plus d'une légitimité interne¹²³³. L'impression laissée par les nombreuses normes canadiennes et québécoises ne suffit plus, encore doit-elle se matérialiser dans la réalité. Comme le souligne Isabelle Lacroix, le « défi est de dépasser le fossé entre la rhétorique de la participation et la participation effective »¹²³⁴. Pour ce faire, de nombreux efforts restent à fournir, tant dans le droit lui-même que dans les mécanismes venant l'appuyer.

La participation collective des enfants est un sujet encore très peu exploré. En outre, la participation individuelle des jeunes aux décisions qui les concernent, si elle est affirmée et répétée dans les lois et connaît une évolution remarquable ces dernières années, demeure limitée dans certains domaines¹²³⁵. Dans ses observations finales quant à l'application de la Convention

¹²³² Janet Walker et Gabriela Misca font le même constat quant à la législation en vigueur au Royaume-Uni dans « Why Listening to Children and Young People is Important in Family Justice », (2019) 57-3 *Fam. Court Rev.* 375, 376.

¹²³³ Voir *supra* Partie II, chap. 1, B, 1.

¹²³⁴ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 26.

¹²³⁵ Dans sa revue de littérature, Isabelle Lacroix relève de nombreuses recherches qui mettent en évidence que la participation des jeunes reste limitée dans le domaine de la protection de l'enfance dans *Id.*, p. 19 ; notons également l'étude de Noel Semple qui montrait en 2010 que seulement 45 % des décisions judiciaires relatives à la garde ou à l'accès faisaient mention d'une preuve quelconque relative à l'opinion des enfants et que cette preuve émanait directement de l'enfant dans seulement 3 % de l'ensemble des décisions, dans « The Silent Child: A Quantitative Analysis of Children's Evidence in Canadian Custody and Access Cases », (2010) 29-1 *Can. Fam. LAW Q.* 1, Tableau 1.

au Canada, le Comité des droits de l'enfant soulignait d'ailleurs ces carences, notant que « les mécanismes existants ne sont pas propres à faciliter la participation effective et utile des enfants dans les questions juridiques, politiques et environnementales et les processus administratifs qui ont des incidences sur eux »¹²³⁶. Les recherches effectuées en matière de participation des jeunes relèvent également des manquements dans les processus de participation groupale, tout en rappelant à tort et à travers à quel point cette participation est bénéfique. Nous y reviendrons dans un premier temps en exposant les multiples avantages qui sont mis de l'avant au sujet de la participation l'enfant (1). Nous nous pencherons dans un second temps sur les principales barrières qui restreignent la portée du principe (2). Pour terminer, nous explorerons certaines pistes d'amélioration qui mériteraient d'être approfondies en ce qu'elles représentent, selon nous, des possibilités de renforcement de la participation de l'enfant (3).

1. L'appel criant des chercheurs en faveur de la participation des enfants

De nombreuses recherches ont été menées autour de la question de la participation des enfants. Elles visent d'une part, à savoir si cette participation est toujours bénéfique, ce qu'elle apporte de plus et quelles en sont les limites. D'autre part, elles tentent d'identifier les meilleurs moyens selon les situations pour permettre à l'enfant de participer de manière effective tout en évitant les éventuelles répercussions néfastes.

La doctrine la plus étendue en matière de participation de l'enfant concerne probablement le domaine familial, et s'intéresse principalement aux décisions post-séparation ou post-divorce¹²³⁷. Ces décisions concernent incontestablement l'enfant lorsque la question de la garde et des droits d'accès est traitée, et devraient dès lors, en accord avec l'article 12 de la Convention, lui permettre d'y participer. Dans le cadre des séparations et des divorces, il faut néanmoins noter la forte proportion des cas qui se règlent hors cours, et garder cette limite en tête avant de pouvoir totalement généraliser les données dans tous les autres domaines concernant les droits des enfants. En outre, les règlements non judiciaires font appel à des mécanismes différents, dont la médiation et les règlements à l'amiable, qui favorisent la

¹²³⁶ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT DES NATIONS UNIES, *Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012)*, CRC/C/CAN/CO/3-4, 2012, par. 36.

¹²³⁷ Voir par exemple R. BESSNER, préc., note 1188.

participation de l'enfant¹²³⁸. Malgré tout, les recherches dans ce domaine nous offrent un solide panorama de l'état actuel de la participation des enfants aux décisions qui les concernent, des avantages et des limites de celle-ci tant pour les enfants que pour la qualité de la décision¹²³⁹, des différents cadres de cette participation et de leur réussite, ainsi que des questions encore débattues au sujet de cette participation. Nous présenterons ici quelques faits saillants tirés de ces recherches.

Tout d'abord, soulignons que ces travaux mettent systématiquement de l'avant la volonté des jeunes de faire partie du processus décisionnel. Beaucoup de recherches ont en effet prouvé que les enfants souhaitent être traités comme des individus à part entière, être entendus et écoutés dans le respect de leurs opinions, notamment dans le cadre des procédures familiales, bien qu'ils ne souhaitent, pour la plupart, que la décision repose entièrement sur leurs épaules¹²⁴⁰.

Dans le cadre des décisions de garde et de droit d'accès, deux raisons principales viennent soutenir la participation de l'enfant. La première touche directement l'enfant, à savoir le fait que celui-ci se sente plus impliqué, maître de sa vie et mieux informé, ce qui devrait conduire à une meilleure adaptation et acceptation de la décision finale. La participation des jeunes leur permettrait notamment de « retrouver la maîtrise de leur vie, contribue à leur réadaptation, développe leurs compétences organisationnelles et renforce leur sentiment d'identité. »¹²⁴¹. En retrouvant un certain contrôle sur leur vie grâce à la participation à ce type de décision, les enfants renforcent l'estime de soi, la compétence, l'auto-efficacité et la connaissance de soi, des éléments essentiels pour leur équilibre et développement psychologiques¹²⁴².

La seconde raison qui justifie la participation de l'enfant porte sur la décision elle-même, et plus précisément sur le fait qu'elle s'avérerait de meilleure qualité lorsque l'opinion de l'enfant est prise en compte¹²⁴³. Les recherches démontrent en effet un taux de réussite plus

¹²³⁸ Nous reviendrons sur cette idée plus loin, voir *infra* Partie III, chap. 3, B, 3, b.

¹²³⁹ Citons, par exemple, le rapport rédigé par Pauline O'Connor qui, bien que relativement ancien, résume de multiples recherches sur la participation de l'enfant au processus de médiation dans le cadre de séparation ou de divorce. Elle dresse notamment la liste des avantages et des inconvénients les plus soulevés dans les recherches, ainsi que les effets de cette participation, P. O'CONNOR, préc., note 1135, p. 46 à 52 ; voir aussi R. BESSNER, préc., note 1178.

¹²⁴⁰ J. WALKER et G. MISCA, préc., note 1220, 376 et 377; M. SAINI, préc., note 1176, p. 11 et 15 à 19 ; N. BALA et R. BIRNBAUM, préc., note 1176 à la page 24.

¹²⁴¹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 125.

¹²⁴² P. O'CONNOR, préc., note 1146, p. 38.

¹²⁴³ *Id.*, p. 35.

élevé de la décision et des mesures de séparation lorsque les enfants ont leur mot à dire, notamment dans la résolution des conflits familiaux¹²⁴⁴. L'acceptation de la décision finale, quand bien même elle diffère des désirs de l'enfant, est indéniablement facilitée lorsque celui-ci a été entendu¹²⁴⁵. Le professeur Alain Roy explique ainsi qu'« au plan clinique, une mesure consentie est nettement plus efficace qu'une mesure ordonnée. Les parents et l'enfant qui participent activement à l'élaboration du plan d'intervention deviendront des agents du changement souhaité »¹²⁴⁶. C'est d'ailleurs l'une des raisons mises de l'avant dans les réformes de la L.P.J. qui ont, au début des années 2000, accordé une place plus importante à la participation des enfants : « [l]e fait de pouvoir trouver par soi-même les solutions aux difficultés éprouvées permet une plus grande appropriation de ces solutions et une plus grande mobilisation en vue de leur application, tout en rehaussant l'estime de soi et le sentiment d'une plus grande compétence personnelle »¹²⁴⁷. Qui plus est, la collaboration des enfants dans l'identification des problèmes et la recherche de solutions permet de travailler sur les forces en présence et d'ainsi élaborer des solutions mieux adaptées au contexte. Le rapport Dumais de 2004, qui encourageait d'ailleurs ce type de processus dans le cadre de la protection de la jeunesse, soulignait en ce sens que :

L'intervention de coopération se centre non seulement sur les comportements problématiques, mais également sur les forces et les ressources de la famille [...] Dans ce contexte, les changements à apporter pour corriger la situation sont davantage perçus positivement et les résultats obtenus sont davantage susceptibles de se maintenir à plus long terme.¹²⁴⁸

En outre, l'une des raisons principales qui limitaient l'implication des enfants dans les conflits familiaux était basée sur l'hypothèse selon laquelle les parents seraient plus à même de répondre à leur intérêt plutôt que les enfants eux-mêmes, qui ont parfois des désirs opposés à leur intérêt. Les parents seraient alors de parfaits représentants de la voix des enfants¹²⁴⁹. Néanmoins, dans les situations de divorce ou de séparation, la recherche tend à montrer que, lorsque les parents sont sensibilisés aux conséquences négatives de la séparation et du divorce sur leurs enfants, seulement 56 % d'entre eux changent de comportement dans le cadre du

¹²⁴⁴ Voir les références sur la recherche en matière de participation de l'enfant au processus de règlement d'un litige familial indiquées en note 9 dans N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1123, p. 8 et 9.

¹²⁴⁵ N. BALA et R. BIRNBAUM, préc., note 1186 à la page 25.

¹²⁴⁶ Alain ROY, « L'entente sur les mesures volontaires de la Loi sur la protection de la jeunesse sous le regard d'un civiliste », (2012) 6-2 *Rev. Sci. AIFI* 23, 32.

¹²⁴⁷ QUÉBEC (PROVINCE). COMITÉ D'EXPERTS SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Direction générale des services à la population, 2004, p. 36.

¹²⁴⁸ *Id.*, p. 37.

¹²⁴⁹ N. BALA et R. BIRNBAUM, préc., note 1186 à la page 23.

processus décisionnel tandis que chez les 44 % restants, aucune différence n'est observée¹²⁵⁰. En outre, la capacité des parents d'évaluer et de respecter l'intérêt de leurs enfants est souvent affaiblie dans les contextes sensibles de séparation¹²⁵¹.

Finalement, ces deux principales dimensions des avantages qui ressortent de la participation des jeunes aux décisions de garde et d'accès sont largement partagées dans les autres domaines concernés par les droits de l'enfant. On notera, par exemple, une meilleure adaptation des services et politiques publics de protection de l'enfance et une amélioration globale de ceux-ci, lorsque l'on inclut les jeunes dans les processus de réforme et de planification de ces services¹²⁵² : « Qui de mieux situés pour juger de l'efficacité du système que les jeunes eux-mêmes ? »¹²⁵³ Le savoir expérientiel des jeunes est inégalable en la matière et constitue, dès lors, une ressource cruciale de données et de potentiels d'amélioration. Le Comité des droits de l'enfant rappelle d'ailleurs cet élément dans ses observations générales relatives à l'article 12 en soulignant les avantages que la participation des jeunes peut entraîner : « [l]es opinions exprimées par des enfants peuvent apporter de nouvelles perspectives et des données d'expérience, et il devrait en être tenu compte lors de la prise de décisions, de l'élaboration des politiques et de l'élaboration des lois ou des mesures ainsi que lors de leur évaluation »¹²⁵⁴. Par ailleurs, et de la même façon que cela se produit dans le cadre des décisions familiales, la participation des jeunes aux décisions publiques leur permet d'acquérir une meilleure estime de soi et de développer leur capacité d'autonomie décisionnelle, des essentiels pour les préparer adéquatement à la vie d'adulte qui les attend.

La littérature, bien moins abondante dans le domaine de la protection de la jeunesse, tend néanmoins, elle aussi, à tirer de nombreux bénéfices de la participation des enfants. Beaucoup d'auteurs reprennent d'ailleurs ceux que nous avons relevés en matière familiale. Par exemple, se basant sur une revue de littérature très approfondie, Isabelle Lacroix note une facilitation dans la transition à la vie adulte, une meilleure estime de soi-même, allant souvent de pair avec une meilleure réussite scolaire, ainsi qu'une plus grande capacité à négocier et à trouver de l'aide¹²⁵⁵.

¹²⁵⁰ J. J. PAETSCH, L. D. BERTRAND, N. BALA et J. P. HORNIC, préc., note 1181, p. 15.

¹²⁵¹ P. O'CONNOR, préc., note 1146, p. 36 et 37.

¹²⁵² I. LACROIX, préc., note 1174, p. 18.

¹²⁵³ P. NOREAU et V. FAU, préc., note 1212 à la page 243.

¹²⁵⁴ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 12.

¹²⁵⁵ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 16.

La meilleure transition vers l'âge adulte s'explique en partie par le fait que, sans possibilité de participer, les jeunes suivis en protection de la jeunesse, notamment ceux qui sont placés en centres jeunesse, connaissent un encadrement très serré. On leur dit quoi, quand et comment faire dans un cadre souvent strict, avant que, du jour au lendemain (celui qui sépare leurs 17 de leurs 18 ans), ils soient sommés d'être autonomes et responsables. Ils sont devenus adultes et doivent, à ce titre, prendre leur vie en charge et se créer un quotidien par eux-mêmes. Les recherches montrent inexorablement les difficultés d'insertion des jeunes qui ont connu un parcours à la DPJ, avec des taux bien plus élevés d'itinérance, de problèmes de consommation, de criminalité ou de prostitution¹²⁵⁶. Par conséquent, développer l'autonomie des jeunes et augmenter leurs capacités à prendre leur vie en main pendant leur passage dans le système de protection de la jeunesse par le biais d'une meilleure participation aux décisions qui les concernent, revêt un intérêt capital pour préparer leur avenir¹²⁵⁷.

Bien évidemment, la participation de l'enfant est un exercice qui peut également présenter des risques et doit, dès lors, être encadré¹²⁵⁸. Les écueils les plus évidents sont la manipulation de la parole de l'enfant, le danger de faire peser le poids de la décision sur l'enfant, créant ainsi un sentiment de culpabilité envers l'un des parents ou un élan d'adultisme contraire à son âge, le risque de positionner l'enfant dans une situation très délicate, tiraillé au cœur d'un conflit affectif, ou encore, la possibilité d'aggraver le traumatisme lorsqu'il existe déjà un contexte de violences. Notons également, et nous y reviendrons plus tard¹²⁵⁹, le stress élevé que génèrent l'environnement et les méthodes de recueil de la parole de l'enfant souvent inadéquats et anxiogènes. En plus de ces conséquences possiblement dramatiques sur l'enfant, la décision finale peut aussi en pâtir, notamment lorsque l'aliénation parentale n'est pas décelée ou que la parole de l'enfant est manipulée.

Correctement pris en considération, ces risques pourraient être tournés en avantages pour rendre la participation de l'enfant meilleure et plus sécuritaire. Il s'agira alors de trouver systématiquement le moyen de faire participer l'enfant en évitant ces risques (participation directe ou indirecte, en présence des autres parties ou non, etc.), de déterminer quand, où et comment cette participation prendra place, ou encore d'estimer correctement le poids qu'il

¹²⁵⁶ Voir notamment les données recueillies par l'EDJep (Étude longitudinale sur le devenir des jeunes placés au Québec et en France).

¹²⁵⁷ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 16 et 17.

¹²⁵⁸ P. O'CONNOR, préc., note 1146, p. 40.

¹²⁵⁹ Voir *infra* Partie III, chap. 2, B, 2, a, i.

conviendra d'y donner. Oh combien important, il s'agira d'abord et avant tout d'expliquer correctement à l'enfant la situation et de lui fournir, en des termes qu'il puisse comprendre, toutes les informations qui pourraient lui être utiles avant, pendant et après la décision¹²⁶⁰.

Les bénéfices issus de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent sont donc nombreux et affectent tant la décision que l'enfant lui-même. Nul doute conséquemment de l'importance de renforcer cette participation, et ce, dans tous les domaines qui touchent les enfants. Pour ce faire, de nombreuses barrières restent à franchir afin de fluidifier la participation des jeunes et d'améliorer la mise en œuvre de ce principe. C'est l'objet de notre prochaine section que de présenter ces barrières.

2. Des barrières à franchir : les principales difficultés de mise en œuvre de la participation de l'enfant

Bien qu'elle soit unanimement encouragée par les experts, la participation de l'enfant se heurte à plusieurs difficultés de mise en œuvre. Dans la pratique, la participation est ainsi moins effective que ce que laissent à penser les textes de droit. Nous proposons de nous arrêter ici sur les différentes barrières qui viennent affecter sa mise en œuvre, en analysant dans un premier temps celles relatives aux procédures et aux personnes amenées à jouer un rôle auprès des enfants (a), puis, dans un second temps, nous discuterons des barrières plus politiques s'élevant face à la participation des jeunes (b).

a. Les barrières systémiques

Les premières barrières qui viennent s'ériger contre l'effectivité de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent sont des barrières systémiques, c'est-à-dire propres au système de mise en œuvre des droits de l'enfant. Parmi elles, nous nous intéresserons tout d'abord à la question des procédures, et plus spécifiquement, au manque d'adaptation de celles-ci aux particularités de l'enfant (i). Nous verrons néanmoins que certains aménagements procéduraux ont déjà été opérés au profit de l'enfant, tel que l'illustrent les conditions de

¹²⁶⁰ Voir *supra* Partie III, chap. 2, A, 4.

témoignage de l'enfant (ii). Pour terminer, nous aborderons la question des professionnels qui prennent part à la mise en œuvre des droits de l'enfant, notamment les acteurs judiciaires et sociaux. Nous constaterons alors que ces derniers ont un rôle clé à jouer dans la participation de l'enfant en le soutenant et en l'informant. Pour ce faire, ils doivent toutefois adapter leur pratique professionnelle à l'enfant (iii).

L'adaptation formelle des procédures à l'enfant

Tel qu'énoncé plus tôt, la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent dépend des moyens qui sont mis en place pour la concrétiser. Ceux-ci doivent prendre en compte les différences de capacité et de maturité existant entre l'adulte et l'enfant. En effet, pour que ce dernier puisse s'exprimer librement et de manière efficace, les procédures doivent être adaptées à son âge et à son degré de maturité. Elles doivent aussi lui permettre de s'exprimer avec les moyens de communication dont ils disposent, et qui diffèrent souvent de ceux utilisés par les adultes. Le Comité des droits de l'enfant souligne d'ailleurs ce besoin :

la mise en œuvre intégrale de l'article 12 exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences.¹²⁶¹

Afin de mettre à la disposition de l'enfant des moyens de communication qui soient adaptés à son niveau de développement, nul doute que le personnel amené à entendre l'enfant doit être formé à ces différents modes de communication. Nous reviendrons sur cet enjeu de la formation dans les sections suivantes. En outre, en plus d'un personnel averti et formé auprès des enfants, l'environnement de communication doit, lui aussi, être adapté à l'enfant. Celui-ci doit se sentir respecté et en sécurité pour s'assurer d'une participation libre et volontaire¹²⁶². Or, les contextes judiciaires et administratifs dans lesquels la participation s'opère, qui sont déjà hostiles pour les adultes, sont d'autant plus intimidants pour les enfants. Aller à la Cour, participer à un procès, rencontrer son avocat, prendre part à l'audience ou encore prendre la parole devant le juge, les autres parties et fréquemment ses parents, est source d'un stress incommensurable pour l'enfant. Le témoignage est, par exemple, un exercice extrêmement angoissant, comme le rappelle très justement Me Cantin :

¹²⁶¹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 21.

¹²⁶² *Id.*, par. 23.

Si le fait de rendre un témoignage est source de stress pour l'adulte en pleine possession de ses moyens, il est aisé de deviner que ce stress est décuplé pour l'enfant qui, par ailleurs, est conscient que son témoignage risque de nuire ou de décevoir l'un ou l'autre parent, ou parfois même les deux.¹²⁶³

Tel que le relève également Louise Sas, les enfants qui participent aux procédures judiciaires doivent « composer avec de nombreux stressseurs » : contre-interrogatoires intimidants, vocabulaire très formel et spécialisé, angoisse face à la présence de l'accusé, duplicité du témoignage (notamment à l'audience préliminaire puis au procès), avec souvent de longs délais entre ces étapes, ce qui allonge les périodes d'angoisse¹²⁶⁴. De telles sources de stress sont d'ailleurs l'un des principaux facteurs mis de l'avant dans les critiques de la participation de l'enfant : si celle-ci n'est pas correctement mise en œuvre, dans un cadre d'écoute adapté et rassurant pour l'enfant, elle peut avoir des conséquences traumatisantes pour lui¹²⁶⁵. L'enfant qui se retrouve impliqué dans une procédure judiciaire vit déjà une situation extrêmement difficile, qu'elle soit, par exemple, due à la séparation de ses parents en matière familiale¹²⁶⁶, ou encore à la compromission de sa santé ou de son développement en matière de protection de la jeunesse. L'enfant peut être mis sous pression par un conflit entre ses parents et pour lequel il se sent responsable d'un choix, ou encore en raison de la présence de l'agresseur lorsqu'il doit témoigner à titre de victime. Ces situations pénibles peuvent déjà avoir des conséquences néfastes sur son bien-être psychologique, tant sur le court que sur le long terme ; les facteurs aggravants tel qu'un environnement stressant ou hostile doivent d'autant plus être minimisés.

En outre, le stress ressenti par l'enfant pourrait avoir des répercussions sur sa mémoire, et donc sur la véracité de son témoignage par exemple. Plusieurs études démontrent en effet les liens ténus entre l'anxiété et la mémoire¹²⁶⁷. Dès lors, les attentes envers la participation de l'enfant, principalement son témoignage au cours d'un procès, doivent d'une part, être

¹²⁶³ M. CANTIN, préc., note 1198 à la page 226.

¹²⁶⁴ Louise SAS, *Interaction entre les capacités de développement des enfants et l'environnement d'une salle d'audience : Incidences sur la compétence à témoigner*, Rapport présenté ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2002, p. 5.

¹²⁶⁵ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 24.

¹²⁶⁶ Sur la réaction et l'adaptation des enfants à la séparation et au divorce de leurs parents, on pourra lire P. O'CONNOR, préc., note 1135, p. 3 à 16 ; voir aussi Michael LAMB, Kathleen STERNBERG et Ross THOMPSON, « The effects of divorce and custody arrangements on children's behavior, development, and adjustment », (1997) *5 Expert Evid.*

¹²⁶⁷ L. SAS, préc., note 1264, p. 43.

modérées à la hauteur de la maturité de l'enfant et de ce qu'il est capable de supporter¹²⁶⁸, et d'autre part, être alignées sur les moyens mis en œuvre pour faciliter un tel témoignage.

Nous pensons néanmoins que le bénéfice de la participation de l'enfant est trop important pour se laisser impressionner par ce travail nécessaire d'adaptation des procédures et de l'environnement. En outre, un tel travail a déjà commencé et de nombreux ajustements sont aujourd'hui prévus pour rendre le contexte de participation plus apaisant pour l'enfant.

Le développement des nouvelles technologies a notamment permis de nombreuses avancées en la matière, telles que la possibilité d'utiliser des écrans pour entendre le témoignage ou interroger un enfant¹²⁶⁹. Ces aménagements lui permettent d'éviter le stress de la salle d'audience, la confrontation en personne avec ses agresseurs dans les cas de violence, ou encore la pression de ses parents lorsque les décisions concernent la garde ou l'accès. Notons également la possibilité d'une rencontre hors audience entre le juge et l'enfant, ou encore la possibilité pour ce dernier de se faire accompagner par une personne de confiance lors de son audition¹²⁷⁰. À ses côtés, cette personne pourra rassurer l'enfant et rendre le cadre plus familier et moins intimidant. Si cette mesure est prévue dans le cadre civil et dans le cadre criminel, elle est néanmoins absente de la L.P.J., et ce, malgré les recommandations du Barreau du Québec en ce sens¹²⁷¹.

L'environnement au sens premier du terme est également essentiel pour nourrir la confiance de l'enfant¹²⁷². Des salles spécialement aménagées pour les mineurs sont souvent installées dans les palais de justice afin de permettre à ceux-ci d'attendre leur audience ou celle de leurs parents ou membres de la famille dans un univers adapté à leur âge. Ils peuvent y retrouver des jeux et divertissements avec lesquels ils sont familiers et qui les rassurent avant de rencontrer le juge ou l'avocat. Le Comité des droits de l'enfant a en outre souligné l'importance de cet environnement en recommandant aux États parties de « prêter attention à la mise à disposition d'un personnel spécialement formé, à l'apparence des salles d'audience, à

¹²⁶⁸ *Id.*, p. 8 et 9.

¹²⁶⁹ R. BESSNER, préc., note 1188, voir la section 3.3.2 « L'utilisation des écrans dans la salle d'audience ».

¹²⁷⁰ *Code de procédure civile*, préc., note 914, art. 29 0; *Code criminel*, préc., note 183, art. 486.1 (1).

¹²⁷¹ BARREAU DU QUÉBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 1194, p. 18.

¹²⁷² La CSDEPJ a également abordé cette question de l'adaptation des palais de justice aux enfants. Dans son rapport final, elle a d'ailleurs recommandé « d'humaniser et d'adapter les lieux dans les palais de justice pour transformer le tribunal en milieu convivial pour les enfants et les parents », COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1172, p. 230 et 231.

l’habillement des juges et des avocats, et à la présence de paravents et de salles d’attente séparées. »¹²⁷³

Bien que ces différents aménagements aient permis de rendre le processus judiciaire moins hostile, celui-ci demeure une étape difficile pour l’enfant, étant principalement et originellement construit pour les personnes adultes. En ce sens, Louise Sas souligne les difficultés pour les jeunes de comprendre et de s’intégrer dans un univers contradictoire tel que celui d’un procès :

les jeunes enfants (moins de dix ans) ont de la difficulté à comprendre le système d’opposition, les rôles rivaux, les opinions diamétralement opposées et la poursuite de deux buts différents relativement à une même cause. Les enfants ne possèdent pas nécessairement les capacités cognitives qui permettent de comprendre les règles sous-jacentes du jeu.¹²⁷⁴

Il est évident que l’univers juridique, les rôles de chaque acteur présent, les enjeux en cause, et même le « jargon juridique »¹²⁷⁵ utilisé par les différents intervenants sont très difficiles d’accès pour les enfants. Dès lors, les personnes qui l’entourent auront un rôle crucial à jouer afin de faciliter le processus d’acclimatation et de rendre l’ensemble plus compréhensible et pertinent pour l’enfant ; l’objectif étant, *in fine*, de favoriser une meilleure participation de l’enfant. Avant de revenir sur l’adaptation de ces professionnels à leur jeune client, nous proposons dans la section suivante de nous intéresser au domaine juridique du témoignage dans lequel plusieurs allègements ont été pensés afin de rendre l’expérience de l’enfant moins difficile.

L’exemple de l’allègement procédural en matière de témoignage

Au fil du temps, les normes procédurales relatives à la participation de l’enfant au procès en matière de protection de la jeunesse ont été fortement allégées afin de s’adapter à l’enfant. Ces progrès reposent également sur l’avancement de la connaissance relative au développement cognitif de l’enfant et de sa capacité à témoigner¹²⁷⁶. Plusieurs possibilités s’offrent aujourd’hui

¹²⁷³ Observation générale no 12 : *Le droit de l’enfant d’être entendu*, préc., note 129, par. 34, voir aussi le par. 42.

¹²⁷⁴ L. SAS, préc., note 1252, p. 27 ; sur ce sujet, voir aussi S. BARDAXOGLU, V. FAU, A. CAMPBELL et S. VAN PRAAGH, préc., note 1216, 89.

¹²⁷⁵ L. SAS, préc., note 1264, p. 36 à 38.

¹²⁷⁶ À ce sujet, on pourra à nouveau se référer à l’excellente étude de L. SAS, préc., note 1264.

aux juges afin de faciliter la prise de parole d'un enfant : les règles de témoignages¹²⁷⁷ ont notamment été revisitées par la réforme de la L.P.J. de 1989¹²⁷⁸. Depuis, l'enfant de moins de 14 ans est considéré comme apte à témoigner et il n'est pas nécessaire que ses dires soient corroborés¹²⁷⁹, contrairement à ce que prévoyait la loi jusqu'alors¹²⁸⁰. De plus, toujours selon les modifications de 1989, les déclarations extrajudiciaires faites par l'enfant peuvent être recevables, ce qui équivaut finalement à l'admission de la preuve par ouï-dire¹²⁸¹. Toutefois, ces éléments de preuve ne pourront être suffisants pour conclure à la compromission de la sécurité ou du développement de l'enfant que s'ils présentent « des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier »¹²⁸². En outre, si une partie conteste l'aptitude de l'enfant à témoigner, c'est à elle que reviendra le fardeau de la preuve de l'incapacité de l'enfant à comprendre les questions et à y répondre. Cette formulation de l'article 85.1 L.P.J., en place depuis les modifications de 2006, s'accorde indéniablement aux recommandations du Comité des droits de l'enfant selon lesquelles l'enfant doit être présumé capable d'exprimer son opinion¹²⁸³. Par ailleurs, l'article 85.4 permet au juge d'entendre l'enfant hors de la présence des parties¹²⁸⁴, une pratique cependant très controversée¹²⁸⁵.

Notons que nous nous sommes jusqu'ici surtout concentrés sur les règles de preuves par témoignage en matière de protection de la jeunesse. Ce choix s'explique par le fait que la protection de la jeunesse est l'appui principal de cette partie, au sujet duquel nous proposerons plus tard certaines recommandations¹²⁸⁶. Néanmoins, des règles particulières sont également

¹²⁷⁷ Pour un bon aperçu des règles en matière de témoignage dans le domaine de la protection de la jeunesse et de leur application, on pourra lire M. PROVOST, préc., note 489, p. 180 et s.

¹²⁷⁸ *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1989, c. 53 ; notons également que certains aménagements ont été ajoutés par la réforme de la *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006, c. 34.

¹²⁷⁹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 85.1.

¹²⁸⁰ Voir le résumé des modifications apportées en matière de preuve en 1989 dans le cadre général de la *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse*, projet de loi n°142 (adopté par l'Assemblée nationale— 21 juin 1989), 2^e sess., 33^e légis. (Qc).

¹²⁸¹ Sur l'admissibilité de la preuve de l'enfant par ouï-dire, on pourra lire R. BESSNER, préc., note 1177 sect. 3.4 « Entendre l'opinion de l'enfant au moyen du témoignage des tiers - le ouï-dire » ; voir aussi l'arrêt de principe en la matière qui reconnaît l'admissibilité de la preuve par ouï-dire sous réserve du respect des garanties de nécessité et de fiabilité R. c. Khan, [1990] 2 RCS 531 (CSC).

¹²⁸² *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 85.5.

¹²⁸³ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 20.

¹²⁸⁴ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 85.4 : « Le tribunal peut, à titre exceptionnel et s'il considère que les circonstances le justifient, entendre l'enfant hors la présence de toute personne partie à l'instance, après avoir avisé celle-ci. ». Cette pratique est également prévue à l'article 291 C.p.c.

¹²⁸⁵ Voir R. BESSNER, préc., note 1188, sect. 3.5 « Les entretiens avec le juge ».

¹²⁸⁶ Voir *infra* Partie III, chap. 3, B.

prévues au niveau fédéral dans le cadre pénal¹²⁸⁷, notamment dans le *Code criminel*¹²⁸⁸ et dans la *Loi sur la preuve au Canada*¹²⁸⁹, ainsi que dans le cadre de leurs interprétations jurisprudentielles¹²⁹⁰. Les changements apportés en matière de preuve dans la L.P.J. en 1989 sont d'ailleurs grandement inspirés par ceux de la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, sanctionnée au fédéral en 1987¹²⁹¹.

Ces quelques constats relatifs à l'évolution des règles de témoignage lorsqu'un enfant est impliqué illustrent la potentialité d'adaptation des procédures afin de faciliter la participation de l'enfant. Les allègements prévus témoignent de la possibilité de dépasser les barrières formelles dès lors que l'on centralise nos réflexions sur les capacités réelles de l'enfant et que l'on tient compte de celles-ci pour organiser le système en fonction. Il ne s'agit pas systématiquement de créer de nouvelles procédures, mais à tout le moins d'améliorer les procédures actuelles de manière à les rendre plus adaptées à la réalité de l'enfant. De petits aménagements suffisent parfois à améliorer l'expérience de l'enfant. Dans d'autres cas, la réflexion doit être plus profonde et amener à réexaminer les fondements mêmes de certains mécanismes.

¹²⁸⁷ À ce sujet, on pourra notamment lire Melissa NORTHCOTT, *Dispositifs facilitant le témoignage des enfants victimes ou témoins. Recueil des recherches sur les victimes d'actes criminels*, 2, 2009 ; ou encore R. GRONDIN, préc., note 435, p. 227 à 242.

¹²⁸⁸ Voir par exemple l'article 486.1 (1) selon lequel le juge peut ordonner qu'une personne de confiance soit présente aux côtés d'un témoin âgé de moins de 18 ans, ou l'article 486.2 (1) selon lequel le juge peut ordonner que le témoignage d'un témoin de moins de 18 ans se fasse à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran ou un dispositif permettant à celui-ci de ne pas voir l'accusé. Citons encore l'article 715.1 (1) qui prévoit l'admissibilité de la preuve par enregistrement vidéo de la victime ou du témoin âgé de moins de 18 ans. Voir également l'affaire *R. c. L.(D.O.)* dans laquelle la Cour suprême a confirmé la validité de cette disposition. *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 RCS 419 (CSC).

¹²⁸⁹ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5 : l'article 16.1 (1) prévoit entre autres que toute personne âgée de moins de 14 ans est présumée apte à témoigner. Les modifications apportées à cette loi en 1988 et 2006 ont favorisé une meilleure acceptation du témoignage de l'enfant, notamment en abolissant les exigences de corroboration jusqu'alors prescrites, voir N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1123, p. 62.

¹²⁹⁰ On pense principalement à l'affaire *R. c. Khan*, portée devant la Cour suprême en 1990 et dans laquelle il fût décidé que le juge de première instance avait commis une faute en rejetant la preuve d'une enfant de quatre ans sans faire preuve d'aucune flexibilité quant à la possibilité d'admettre cette preuve, *R. c. Khan*, préc., note 1281.

¹²⁹¹ *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1987, c. 24. Notons qu'en 2005, une nouvelle loi est venue renforcée et étendre les dispositions d'aménagement du témoignage des enfants mises en place en 1987, *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 2005, c.32. Cette loi prévoit entre autres l'utilisation des technologies, notamment télévisuelles, pour dissimuler les témoins ou encore la possibilité de se faire accompagner d'une personne de confiance à l'audience.

Enfin, si des adaptations sont nécessaires au niveau des procédures telles que le témoignage, elles sont également de mise sur le plan des interactions entre l'enfant et les différentes personnes qui jouent un rôle auprès de lui dans ces procédures. Pour ce faire, les professionnels en cause doivent savoir communiquer adéquatement avec les enfants et adopter une attitude propre à les mettre en confiance pour faciliter leur participation. Nous proposons de revenir sur cet enjeu dans la section suivante.

L'ajustement des professionnels

De manière générale, la sensibilité accrue des enfants les rend extrêmement réceptifs aux personnes qui les entourent. Il est certain que s'ils peuvent être accompagnés de personne de confiance lors de leurs passages au tribunal, ils ressentiront moins l'atmosphère stressante et souvent hostile des cours de justice, ou du moins la vivront-ils mieux. Ce lien de confiance pourra également être développé par les professionnels amenés à jouer un rôle dans le processus judiciaire. On pensera, en premier lieu, à l'avocat, mais encore à tout autre professionnel qu'il pourra rencontrer : juge, agent de police, huissier de justice, agent de sécurité, intervenant social, etc. Plus ces professionnels adopteront une attitude adaptée à l'enfant, plus ce dernier se sentira en confiance et en sécurité, ce qui rendra sa participation au processus judiciaire moins traumatisante et, *in fine*, plus bénéfique pour la décision finale. La qualité du témoignage d'un enfant dépendra en effet fortement de la qualité de la relation qu'il entretient avec celui qui l'interroge. Pourtant, nombreux sont ceux qui soulignent le manque de formation de ces personnes à ces enjeux.

Le personnel judiciaire qui intervient dans les dossiers de protection de la jeunesse reçoit une formation exclusivement juridique qui n'aborde que très peu la question de l'approche et du dialogue avec les clients. Et si ce sujet est abordé, il s'agit toujours d'une relation établie avec un client qui est adulte¹²⁹². Aborder, communiquer, échanger, mettre en confiance et comprendre un enfant n'est pourtant pas donné à tout le monde et exige des compétences uniques pour répondre à une dimension clinique très particulière. Le Comité des droits de l'enfant insiste sur ce point :

Pour faciliter effectivement la participation des enfants, les adultes ont besoin de se préparer, de posséder certaines compétences et de recevoir un appui, par exemple d'acquérir

¹²⁹² S. BARDAXOGLU, V. FAU, A. CAMPBELL et S. VAN PRAAGH, préc., note 1227, 89.

des aptitudes à l'écoute des enfants, au travail avec les enfants et à l'instauration d'une participation efficace des enfants eu égard à l'évolution de leurs capacités.¹²⁹³

Rappelons encore que la qualité de la communication avec l'enfant est essentielle non seulement pour mettre l'enfant en confiance, mais aussi pour améliorer l'exercice du fonctionnement de la justice. Les professionnels doivent être capables de bien comprendre la situation de l'enfant et de décider de son intérêt supérieur. Puisque ce dernier élément fait appel à des aspects psychologiques, sociaux, ou affectifs, il dépasse indéniablement les seules considérations juridiques. Les professionnels juridiques amenés à travailler avec les enfants devraient donc, selon nous, en savoir un minimum sur le développement de l'enfant, ses capacités, ses réponses cognitives et ses manières de fonctionner. C'est aussi l'avis de Nicholas Bala et Claire Houston, selon qui :

On ne s'attend pas à ce que les juges et les avocats aient les connaissances de spécialistes de la santé mentale qui réalisent des évaluations, mais des programmes de formation peuvent faire en sorte qu'ils soient conscients de l'importance d'éveiller l'intérêt des enfants avec délicatesse et qu'ils soient prêts à aborder des questions comme la confidentialité, l'enregistrement et les rapports non évaluatifs sur le point de vue de l'enfant, que certaines administrations utilisent actuellement ; on devrait envisager d'en généraliser l'utilisation, car ceux-ci peuvent être un moyen relativement peu coûteux et rapide de permettre aux enfants d'exprimer leurs points de vue et leurs préférences.¹²⁹⁴

Dans la même perspective, le Barreau du Québec a également émis une recommandation selon laquelle « [l']avocat doit acquérir des notions de base sur les besoins, les stades de développement et les moyens de communication des enfants »¹²⁹⁵.

Mieux comprendre le mode de fonctionnement de l'enfant permettrait aussi aux professionnels de faciliter et d'améliorer sa participation aux procédures judiciaires. Les juges et les avocats devraient être formés à la communication avec les enfants afin d'une part, de faciliter les échanges et de s'assurer d'une meilleure compréhension réciproque, mais aussi, d'autre part, de mieux déceler les signes divers pouvant se dissimuler derrière la parole de l'enfant¹²⁹⁶. Plusieurs recherches portant sur la particularité de la communication avec les enfants soulignent la rationalité propre aux enfants, de même que leurs capacités uniques à

¹²⁹³ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 134 g).

¹²⁹⁴ N. BALA et C. HOUSTON, préc., note 1134, p. 85 et 86.

¹²⁹⁵ BARREAU DU QUÉBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 1166, p. 61, voir précisément les recommandations 44 et 46. Dans son récent rapport, la CSDEPJ déplore également ce manque de formation des avocats à la pratique auprès des enfants et recommande à nouveau la mise en place d'une « formation appropriée et obligatoire pour les avocats représentant les enfants », en raison des particularités propres à ce type de représentation, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1172, p. 236 et 237.

¹²⁹⁶ Que l'on pense, par exemple, aux signes de maltraitance, d'aliénations parentales ou d'influences extérieures quelconques pouvant jouer sur la véracité d'un témoignage.

s'exprimer, se souvenir, comprendre et réfléchir. Les professionnels amenés à interroger les enfants devraient maîtriser les méthodes qui sont propices pour recueillir la parole des jeunes¹²⁹⁷ : que l'on pense par exemple à la difficulté de ces derniers de répondre aux questions qui appellent une réponse par un « oui » ou un « non »¹²⁹⁸, ou encore aux questions hypothétiques et suggestives¹²⁹⁹. Les études tendent à démontrer que la manière d'interroger les enfants aura des répercussions sur la suggestibilité de leur mémoire¹³⁰⁰ : il peut même arriver qu'une façon inadéquate de recueillir le témoignage en vienne à contaminer les propos de l'enfant et a ainsi influencé négativement la véracité de son témoignage. Recueillir le témoignage de l'enfant nécessite dès lors des compétences particulières qui permettent aux intervenants de prendre le recul nécessaire pour comprendre ce que dit l'enfant et rester attentif à l'influence d'une panoplie de facteurs émotifs et personnels qui peuvent influencer le contenu de ce témoignage¹³⁰¹.

De nombreuses recherches portent plus spécifiquement sur l'avocat des enfants et ses besoins de formation, ou du moins, de compréhension de son jeune client¹³⁰². Rappelons qu'au Québec, le rôle que joue l'avocat dépend du mandat par lequel il est lié à l'enfant, qui lui-même dépend de la capacité de l'enfant à mandater, autrement dit, de sa maturité¹³⁰³. Or, celui qui décide de cette capacité est l'avocat lui-même. De même que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant l'exige, l'évaluation de sa maturité fait appel à des connaissances qui dépassent largement le champ juridique. Puisqu'aucune loi ne vient définir ce qu'est un enfant mature ou un enfant capable de mandater, la décision se fondera sur un jugement clinique et non légal¹³⁰⁴. Partant, l'avocat devrait avoir certaines connaissances psychosociales au sujet de l'enfant et de son développement pour être correctement outillé et prendre la meilleure décision au sujet de son mandat¹³⁰⁵. Myriam Cantin souligne en ce sens que « la pratique dans ces domaines [litige

¹²⁹⁷ Le protocole NICHHD est par exemple systématiquement enseigné au personnel de police amené à recueillir le témoignage des enfants. Ce protocole, développé par Michael E. Lamb et ses collègues, vise à adapter la pratique des personnes qui recueillent le témoignage des enfants victimes d'agression sexuelle ; pour plus d'information, on consultera le site internet : <http://nichdprotocol.com/>.

¹²⁹⁸ P. O'CONNOR, préc., note 1146, p. 40.

¹²⁹⁹ L. SAS, préc., note 1264, p. 21.

¹³⁰⁰ *Id.*, p. 50 à 53.

¹³⁰¹ M. CANTIN, préc., note 1198 à la page 227.

¹³⁰² Voir par exemple Rachel BIRNBAUM, « Independent Child Legal Representation: A Concept in the Making », (2005) 20 *J. Law Soc. Policy* 131; R. BIRNBAUM, L. BERTRAND et N. BALA, préc., note 1182 ; M. CANTIN, préc., note 1187.

¹³⁰³ Voir *supra* Partie III, chap. 2, A, 2, c.

¹³⁰⁴ S. BARDAXOGLU, V. FAU, A. CAMPBELL et S. VAN PRAAGH, préc., note 1227, 89.

¹³⁰⁵ R. BESSNER, préc., note 1188.

en matière familiale ou en protection de la jeunesse] nécessite une spécialisation et une sensibilité aux enjeux développementaux et aux problématiques vécues par les enfants. »¹³⁰⁶

Par ailleurs, là encore, l'approche de l'avocat et son attitude devront être adaptées à la jeunesse de sa clientèle afin d'établir ce lien de confiance si cher à la relation avocat-client¹³⁰⁷. Il devra entre autres ajuster son vocabulaire à la compréhension de l'enfant, de même que les informations transmises à la sensibilité de ce dernier : « il doit savoir quoi dire et quoi taire », comme le rappelle Elizabeth Jollimore¹³⁰⁸. Il devra trouver le moyen de mettre l'enfant en confiance et de dépasser l'anxiété qu'il peut ressentir face à cet environnement nouveau et angoissant de la justice¹³⁰⁹. Il devra également faire comprendre à l'enfant le processus judiciaire qu'il traverse, notamment son propre rôle et celui des autres parties ou professionnels. Plus l'enfant comprendra ce qui se passe et ce qui va se passer, plus il se sentira en sécurité. Par conséquent, l'avocat devra expliquer à l'enfant ce qu'il va faire, comment il va essayer de convaincre le tribunal et comment il va prendre en compte ses désirs¹³¹⁰. Comme le souligne à nouveau Myriam Cantin, « [i]l s'agit d'un moment où l'avocat devrait régulièrement mettre de côté son rôle juridique au profit d'une approche plus clinique, humaine et chaleureuse avec son jeune client »¹³¹¹. Malheureusement, aucune formation n'est mise à la disposition de l'avocat pour se familiariser avec ce type d'approche qui s'apprend généralement « sur le tas », grâce à l'expérience. Les nouveaux avocats se sentent dès lors très mal outillés pour représenter les enfants, ce qui peut les freiner à s'engager dans une telle pratique¹³¹². Le Barreau du Québec recommande ainsi une meilleure sensibilisation des professionnels aux notions relatives au développement de l'enfant, en tenant compte que « [l]a compréhension adéquate de l'information transmise par l'enfant est souvent tributaire de la connaissance des stades de développement de l'enfant. La capacité d'une communication efficace entre l'avocat et l'enfant se fonde également sur ces connaissances. »¹³¹³. Il rappelle certains éléments clefs que devraient posséder les avocats défendant les enfants, et donc, qui pourraient être enseignés durant leur

¹³⁰⁶ M. CANTIN, préc., note 1198 à la page 212.

¹³⁰⁷ Selon le Barreau du Québec, l'avocat devrait d'ailleurs cesser de représenter l'enfant dès lors qu'il constate avoir perdu sa confiance, voir la recommandation 22 dans BARREAU DU QUEBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 1194.

¹³⁰⁸ E. JOLLIMORE, préc., note 1146.

¹³⁰⁹ Il pourra par exemple retirer sa toge, ou jouer avec pour créer une complicité avec l'enfant, M. CANTIN, préc., note 1198 aux pages 221 et 222.

¹³¹⁰ *Id.* à la page 224.

¹³¹¹ *Id.* à la page 220.

¹³¹² M. PARE, préc., note 1188, 111.

¹³¹³ BARREAU DU QUEBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT, préc., note 1194, p. 70.

formation, telle que « une grande capacité d'écoute [...] et sensible au langage utilisé par l'enfant »¹³¹⁴, ou encore la création et l'entretien d'une « relation de confiance avec l'enfant »¹³¹⁵.

Notons, sur ce point, l'initiative du Barreau du Québec¹³¹⁶, qui a développé et mis à la disposition de ses membres un *Guide des meilleures pratiques en droit de la jeunesse* faisant office d'« outil de référence pour tout avocat pratiquant ou voulant pratiquer en droit de la jeunesse »¹³¹⁷. Néanmoins, cet instrument aborde les aspects purement juridiques de la représentation par avocat dans le domaine de la protection de la jeunesse et de la justice pénale pour les adolescents, ne s'attardant point sur les aspects particuliers de la relation et de l'adaptation nécessaire de la pratique avec son jeune client.

D'autre part, les professionnels du volet social de l'intervention, qui ont de meilleures compétences, ou du moins connaissances, cliniques pour échanger avec l'enfant, ne disposent d'aucunes ou de très peu de connaissances juridiques. Ce sont pourtant les premières personnes du système que l'enfant rencontre, sinon celles à qui il a affaire quotidiennement et à qui l'on souhaite qu'il accorde sa confiance. L'intervenant social devient ainsi très souvent le premier relai d'information de l'enfant. S'il ne connaît pas correctement les droits des enfants, il pourrait ne pas les respecter, sinon échouer à les expliquer à l'enfant. En l'absence d'information sur ses propres droits, l'enfant ne sera pas en mesure de les revendiquer¹³¹⁸. Cette conclusion est d'autant plus vraie pour le droit à la participation : s'il ignore qu'il peut participer, il ne le fera certainement pas ! Former l'ensemble des intervenants amenés à jouer un rôle auprès de l'enfant aux principes généraux des droits de l'enfant est donc essentiel au respect et à la promotion de ces droits. C'est bien ce que suggère, encore une fois, le Comité des droits de l'enfant, selon qui les États Parties devraient :

Dispenser une formation sur l'article 12 et son application dans la pratique à tous les professionnels travaillant avec et pour les enfants, notamment les avocats, les juges, les

¹³¹⁴ *Id.*, p. 51.

¹³¹⁵ *Id.*, p. 43.

¹³¹⁶ Dans la même perspective, l'association du Barreau canadien a également développé une trousse d'outils abordant les principaux domaines, principes et questions pertinents en matière de droits des enfants, toujours dans une perspective très juridique, ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Trousse d'outils sur les droits de l'enfant*, 2017, en ligne : <www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Child-Rights-Toolkit?lang=fr-CA>.

¹³¹⁷ BARREAU DU QUEBEC, *Guide des meilleures pratiques en droit de la jeunesse.*, 2018, p. 6, en ligne : <www.barreau.qc.ca/media/1590/guide-droit-jeunesse.pdf>.

¹³¹⁸ Voir *supra* Partie III, chap. 2, A, 4.

policiers, les travailleurs sociaux, les travailleurs communautaires, les psychologues, les prestataires de soins, le personnel des institutions et des prisons, les enseignants à tous les niveaux du système éducatif, les médecins, les infirmières et les autres professionnels de santé, les fonctionnaires et agents publics, les agents chargés d'examiner les demandes d'asile et les chefs traditionnels.¹³¹⁹

Nous reviendrons dans notre dernier chapitre sur ce manque de formation des professionnels entourant l'enfant en développant plus précisément l'idée d'une coformation interdisciplinaire liant principalement les travailleurs sociaux et les juristes dans le cadre de la protection de la jeunesse¹³²⁰. Pour l'heure, intéressons-nous à un deuxième type de barrière venant s'ériger contre la participation de l'enfant : les barrières politiques qui portent plus particulièrement sur la participation collective des jeunes. Comme nous le verrons à la prochaine section, l'incertitude face à ce qui pourrait découler de la participation des jeunes génère une forme de réticence de la part des décideurs qui freinent ou détournent régulièrement la parole des enfants afin de rester conforme à leurs propres engagements.

b. Les barrières politiques : la peur de l'incertitude

La participation de l'enfant aux décisions qui le concernent ne vise pas uniquement les décisions individuelles, mais également les décisions qui affectent les enfants en tant que groupe d'individus¹³²¹. On parle alors de participation collective¹³²², préférant ce terme à la participation citoyenne, en raison du statut de mineur de l'enfant. Les décisions publiques qui concernent les enfants sont nombreuses, que l'on pense par exemple aux politiques familiales, scolaires ou, plus directement, à toutes les décisions attrayantes aux droits de l'enfant tel que dans le domaine de la protection de l'enfance par exemple.

Au Québec, de récentes décisions ont été prises dans ces domaines et il nous semble évident que peu, voire pas de place, n'a été laissée à l'enfant dans les processus d'adoption législative, que ce soit en termes d'implication active ou même, de simples consultations. Prenons pour exemple le tant décrié projet de loi 21 relatif à la *Loi sur la laïcité de l'État*¹³²³.

¹³¹⁹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 48.

¹³²⁰ Voir *infra* Partie III, chap. 3, B, 2, b.

¹³²¹ Voir *supra* Partie III, chap.2, A, 2, a.

¹³²² Sur les développements théoriques du concept de participation collective dans le domaine de la protection de la jeunesse, on pourra lire I. LACROIX, préc., note 1174, p. 6 à 10.

¹³²³ *Loi sur la laïcité de l'État*, projet de loi n° 21, sanctionné le 16 juin 2019, 1^{re} sess., 42^e légis.

Cette loi, maintenant adoptée, interdit le port d'un signe religieux aux fonctionnaires exerçant une position d'autorité coercitive, tels que les directeurs d'école et enseignants des commissions scolaires du Québec¹³²⁴. De nombreux arguments ont dès lors gravité autour de la question de l'implication du port de ces signes dans les classes d'école et de la réceptivité qu'en faisaient les enfants (en termes de valeurs transmises ou d'influence sur leur développement et leurs idées). Malgré tout, aucun enfant n'a été consulté directement à ce sujet par les décideurs¹³²⁵. Un reportage proposé par Marie-Josée Paquette-Comeau sur Radio-Canada a pourtant démontré que les enfants avaient des choses à dire sur le sujet¹³²⁶.

Autre exemple nous ait donné avec la récente réforme annoncée du cours d'éthique et de culture religieuse enseigné depuis septembre 2008 dans les écoles primaires et secondaires québécoises¹³²⁷. Au début de l'année 2020, le gouvernement du Québec annonçait que ce cours serait remplacé dès la rentrée scolaire 2022-2023 par un nouveau programme dont le contenu reste à définir¹³²⁸. À cette fin, le gouvernement a tenu des consultations publiques par le biais d'un questionnaire en ligne (rempli par environ 28 000 personnes), ainsi que par le dépôt de mémoires (77 mémoires furent déposés). En outre, il a organisé trois forums au cours desquels des experts ont pu partager leurs opinions. Le processus de consultation et d'implication citoyennes a donc été mené avec force, néanmoins, ici encore, aucun enfant ne semble avoir été consulté. Ce sont pourtant bien eux les sujets principaux de cette réforme, eux à qui ce cours est enseigné et certainement, ou du moins espérons-le, à leur profit que celui-ci est repensé.

En matière de protection de la jeunesse, notre lecture des débats ayant précédé l'adoption des plus grandes réformes de la L.P.J. nous a plongés dans de très nombreuses auditions durant lesquelles de multiples groupes ou individus prenaient la parole. Parmi eux, des juristes, des psychologues, des experts de l'enfant, des représentants des parents, des

¹³²⁴ *Loi sur la laïcité de l'État*, RLRQ, c. L-0.3, art. 6 et annexe 2.

¹³²⁵ Les enfants n'ont pas été entendus dans le processus d'adoption de cette loi, que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'organismes défendant leur droit (mise à part la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse dont le mandat est bien plus large). En outre, aucun mémoire n'a non plus été déposé en leur nom ou par des organismes défendant leurs intérêts. Voir la liste des témoins et des mémoires déposés sur le site de l'Assemblée nationale : <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-21-42-1.html>

¹³²⁶ MARIE-JOSEE PAQUETTE-COMEAU, *Que pensent les jeunes du projet de loi sur la laïcité ?*, *Le téléjournal*, Radio-Canada, 6 mai 2019, en ligne : <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=3dilVoOM85Y>.

¹³²⁷ Le programme de ce cours est disponible ici : http://www.education.gouv.qc.ca/fileadmin/site_web/documents/education/jeunes/pfeq/PFEQ_ethique-culture-religieuse-primaire.pdf

¹³²⁸ HUGO PILON-LAROSE, « Québec abolit le cours d'éthique et culture religieuse », *La Presse* (10 janvier 2020).

familles d'accueil, des intervenants sociaux, des juges, le Barreau du Québec et de multiples autres organismes concernés par cette loi. Et ici encore, aucun enfant ne fut consulté...

Plus récemment, le gouvernement du Québec mettait en place la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse, connue sous le nom de la Commission Laurent, dont le mandat était d'« examiner les dispositifs de protection de la jeunesse, de manière à identifier les enjeux et les obstacles, et [à] formuler des recommandations sur les améliorations à apporter »¹³²⁹. Dans le cadre de ces travaux, la Commission a tenu des audiences publiques par le biais desquelles elle a entendu 335 témoins de tout type¹³³⁰. Saluons un avancement considérable de la participation des enfants dans la mesure où la Commission a entendu le témoignage d'enfants, accompagnés ou non, toujours à huit clos¹³³¹. Si cela représente déjà une avancée considérable en termes de participation collective des jeunes, une véritable implication de ces derniers n'aurait-elle pas dû passer par la nomination d'enfants parmi les commissaires ?

À travers ces exemples, le principal constat que l'on peut tirer est celui du manque de sollicitation des enfants sur la place publique. Cette faible participation des enfants aux décisions publiques qui les concernent se remarque plus globalement à l'échelle mondiale bien que certaines pratiques en ce sens soient établies dans d'autres pays¹³³² ou même au niveau international¹³³³. Notons également l'initiative fédérale dans le cadre de la rédaction du Rapport du Canada soumis au Comité des droits de l'enfant en 2019 : plus de 500 enfants ont été consultés auparavant¹³³⁴.

Dans un contexte plus permanent, nous pouvons constater la présence au Québec du Comité des résidents et des usagers des centres jeunesse. Parmi eux, le Comité des usagers du

¹³²⁹ COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 13.

¹³³⁰ COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Constats et orientations au 30 novembre 2020*, en ligne : https://www.csdepj.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Documents_deposes_a_la_Commission/P-423_Constats_Orientation_CSDEPJ_Nov2020.pdf

¹³³¹ Dans son rapport final, nous apprenions également que la Commission avait prévu des groupes de discussion d'enfants qui ont malheureusement été annulés en raison de la pandémie COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 16.

¹³³² Isabelle Lacroix recense des expériences de participation collective des jeunes dans le cadre de la protection de l'enfance, notamment en France, en Suisse, en Finlande ou encore aux États-Unis, dans préc., note 173, p. 11 à 13.

¹³³³ Voir par exemple le Forum européen de la jeunesse : <https://www.youthforum.org/fr>

¹³³⁴ *Rapport valant cinquième et sixième rapports périodiques soumis par le Canada en application de l'article 44 de la Convention, attendu en 2018*, CRC/C/CAN/5-6, 2019, par. 4 et Annexe 3.

centre jeunesse de Montréal, instauré en 1984, qui vise la défense, la protection et le respect des droits des usagers¹³³⁵. Ce comité est composé de 9 parents élus, ainsi que de 9 représentants des comités de résidents, soit des jeunes représentants élus dans chacune des unités d'hébergement et dans chaque foyer de groupe. Un tel système est un bel exemple d'implication des jeunes dans les décisions qui les concernent, dans lequel les représentants élus prennent part aux discussions et peuvent faire remonter les préoccupations de leurs pairs¹³³⁶. Une grande impulsion est également donnée au Québec par les jeunes adultes ayant expérimenté le système de protection de la jeunesse. À travers différents programmes, ils peuvent partager ce qu'ils ont vécu dans un but à la fois individuel (se soutenir entre eux), mais également communautaire (user de leurs savoirs dans le cadre de décisions politiques concernant la protection de la jeunesse)¹³³⁷. Ces réseaux d'entraide entre pairs manquent néanmoins bien souvent de soutien par les politiques publiques¹³³⁸.

Malgré ces quelques initiatives, qui sont limitées à certains contextes particuliers, la participation collective des jeunes demeure faible au Québec, et ce pour plusieurs raisons. Parmi ces dernières, l'une nous semble particulièrement délicate et peu abordée : le quota d'incertitudes et de remises en question qui émane de l'implication des jeunes au niveau politique peut faire peur aux décideurs. Est-on vraiment prêt à faire une place sérieuse à l'enfant dans la réflexion et l'élaboration de nos politiques ? Superficiellement, il n'en fait aucun doute ! Néanmoins, les implications découlant d'une participation effective des jeunes sur le fond et la forme des structures peuvent s'avérer très anxiogènes pour les décideurs. Tout le système entourant les enfants a jusqu'alors été pensé par les adultes pour les enfants. Et si, en laissant la voix aux enfants, nous devons comprendre que ce que nous pensions faire pour les enfants ne les servait que mal ou peu ? Et si les solutions proposées par les enfants remettaient tout en question ? Et si, l'entreprise de changement voulue par les enfants transformait profondément

¹³³⁵ Voir par exemple leur rapport annuel le plus récent : COMITE DES USAGERS DU CENTRE JEUNESSE DE MONTREAL, *Rapport annuel 2019-2020*, disponible en ligne : https://cucjm.ca/wp-content/uploads/2020/09/cucjm_rapport2020_06.pdf

¹³³⁶ La participation des jeunes dans le cadre de ces comités semble toutefois remise en question par les principaux concernés, notamment en raison de la verticalité du système, voir JULIE DESCHENES, ROSITA VARGAS DIAZ, et GENEVIEVE GRENIER, *Réseaux d'action collective autour des jeunes et avec eux : synthèse du colloque REGARDS/CREVAJ*, Centre de recherche et de partage des savoirs InterActions, CIUSSS du Nord-de-l'Île-de-Montréal, 2020, p. 31.

¹³³⁷ Voir par exemple les organismes tels que RIQ à Québec (Réseau l'Intersection de Québec) et Care Jeunesse (Centre Amitié, Ressources et Entraide pour la Jeunesse), respectivement créés en 2014 et 2015.

¹³³⁸ Voir notamment en France, les associations départementales d'entraide des personnes accueillies à la protection de l'enfance (ADEPAPPE), brièvement présentées dans JULIE DESCHENES, ROSITA VARGAS DIAZ, et GENEVIEVE GRENIER, préc., note 1336, p. 32 et 33.

les acquis et les construits des adultes ? Et si elle allait à l'encontre d'autres intérêts plus chers aux décideurs ?

Bien qu'il faille écouter tout ce que les enfants ont à dire, rappelons que la prise en compte de ce qu'il en est reste relative dans la décision finale. Il faut une juste mesure : les enfants n'ont pas la maturité ni la connaissance suffisantes pour s'autogouverner. Loin de là notre appel ! Finalement, la balance se situe entre un gouvernement des adultes pour les enfants, mais sans prise en compte de ces derniers comme de véritables sujets, et un gouvernement des jeunes pour eux-mêmes, dominant toute perspective adulte. Nous rejoignons ici les réflexions posées dans le cadre de l'interaction régulatoire avec, notamment, l'émergence de la régulation (plutôt que la réglementation) dans le régime post-moderne¹³³⁹. Entre autres, il s'agirait ici d'un système co-réfléchi et co-construit tant par les adultes que par les enfants, chacun posant une pierre différente, mais tout aussi importante à l'édification du schéma régulatoire. La clef de la stabilité de cette structure réside dans le partage, l'échange et la prise au sérieux des voix et préoccupations de chaque acteur.

S'il ne s'agit donc pas ici de prôner un gouvernement des enfants se rapprochant de l'expérience des écoles de Summerhill¹³⁴⁰, la participation effective des jeunes suppose indéniablement que les décideurs aient la volonté, sinon la capacité, de remettre en question leurs acquis. Qu'ils parviennent à une conclusion de changement ou qu'ils conservent leurs idées originelles, ils doivent fournir un effort de réflexivité et de relativité afin d'écouter et d'envisager réellement ce que les enfants ont à dire. « Pareille entreprise suppose d'être disposé à remettre en cause les postulats relatifs aux capacités de l'enfant », nous rappelle notamment le Comité des droits de l'enfant¹³⁴¹. Sans une telle remise en question, nous demeurerons dans une participation purement artificielle des jeunes — de la poudre aux yeux. Et la tentation est grande... Rien de plus rassemblant en effet que de se prévaloir du soutien des jeunes lorsque l'on met en place une politique les concernant.

Ce risque d'instrumentalisation de la participation des jeunes est d'autant plus aigu que, généralement, les procédés de mis en œuvre de cette participation sont fermement encadrés par

¹³³⁹ Voir *infra* Partie II, chap. 3, A, 1.

¹³⁴⁰ Alexander Sutherland NEILL, *Libres enfants de Summerhill*, coll. LD/Fondations, Paris, La Découverte, 1984.

¹³⁴¹ *Observation générale no 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, préc., note 129, par. 135.

des normes et des systèmes d'adultes¹³⁴². Les procédures de participation sont en effet modelées par et pour les adultes¹³⁴³, en réponse à des besoins qui ne sont pas nécessairement ceux des enfants, tels que les aléas des agendas politiques¹³⁴⁴. On intégrera, par exemple, la participation afin de recueillir le soutien des jeunes une fois la décision prise, plutôt que de les impliquer dès le début de la réflexion. En limitant ainsi la participation des enfants à l'acceptation ou au refus de la décision, on enferme leur créativité. Il serait possible, au contraire, de valoriser cette créativité en permettant aux enfants de partager leurs connaissances, expériences et réflexions dès le début du processus. Les mécanismes fermés limitent souvent les potentialités pouvant être tirées de la participation des enfants, dont l'avantage est justement de ne pas être autant formatés que les adultes par les préconçus et d'ainsi pouvoir penser au-delà de ce qui existe. Il faut, pour cela, adapter les mécanismes aux particularités des enfants¹³⁴⁵. Le moyen de faire participer les jeunes de la manière la plus intégrée qui soit est de justement laisser à ces derniers le choix et la libre conception de ce moyen. La participation doit s'inscrire dans une démarche ascendante, exigeant un engagement consenti et libre des jeunes plutôt qu'imposé ou instrumentalisé¹³⁴⁶. Ce qui, nous le disions plus haut, requiert préalablement que les adultes se prêtent à une certaine remise en question et qu'ils mettent des moyens à la disposition des jeunes : il faut « fournir à la jeunesse l'occasion de se créer elle-même »¹³⁴⁷, tel que l'affirmait si justement Michel Morin en audition devant l'Assemblée nationale en 1977 déjà. Or, comme le précise encore Marie-Josée Chombart de Lauwe, « [l]a parole de l'enfant fait peur (réciproquement) aux adultes, car certains d'entre eux se sentent remis en question par elle. »¹³⁴⁸

Au-delà de profiter de la grande créativité des jeunes, n'oublions pas que nous parlons ici de décisions qui les concernent. Or, comme nous le rappelions :

Qui de mieux situés pour juger de l'efficacité du système que les jeunes eux-mêmes ?
Ceux-ci doivent être impliqués dans les processus circulaires de va-et-vient entre les normes et les pratiques. Expérimentant directement le système, ils sont les mieux placés pour en

¹³⁴² Voir notamment la critique très pertinente de Nigel Thomas au sujet des parlements d'enfant ou autres institutions imitant les institutions politiques adultes, dans N. THOMAS, préc., note 1174.

¹³⁴³ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 20.

¹³⁴⁴ En ce sens, Isabelle Lacroix évoque le risque d'ingénierie disciplinaire qui consisterait en un conditionnement à l'autodiscipline sous le contrôle systématique de pouvoirs par rapport auxquels les enfants se situent dans une position d'asymétrie, dans *Id.*, p. 22 et 23.

¹³⁴⁵ Voir les arguments de Nigel Thomas qui aborde ces questions à l'aide de la thèse d'Iris Marion Young au sujet de l'inclusion et de la démocratie, dans N. THOMAS, préc., note 1174, 210 et 211.

¹³⁴⁶ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 29.

¹³⁴⁷ COMMISSION CONJOINTE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA JUSTICE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31^e législature, 25 octobre 1977, Vol. 19, No 214.

¹³⁴⁸ Marie-Josée CHOMBART DE LAUWE, « L'enfant acteur social et partenaire des adultes. Nouvelles conceptions aboutissant à une transformation de son statut », (1990) 43-1 *Enfance* 135, 138.

déceler les failles, pour concevoir des solutions accessibles aux autres jeunes et pour comprendre leur réalité. Certes, l'intégration des jeunes dans le processus d'amélioration systémique fait courir un risque de déstabilisation et de remise en question de choix de nature politique et stratégique... Néanmoins, l'effectivité du système ne devrait-elle pas primer sur la quiétude politico-juridique ?¹³⁴⁹

En outre, il en va de même de la participation individuelle des enfants aux décisions qui les concernent, comme c'est le cas en matière de garde ou de protection de la jeunesse. S'il est admis que cette participation présente de nombreux avantages tant sur le bien-être et l'acceptation de la situation par les jeunes, que sur la décision finale¹³⁵⁰, une certaine timidité demeure. Les parents sont-ils réellement prêts à laisser une véritable place à l'enfant dans les décisions qui concernent le couple ou encore l'éducation ? La société est-elle sincèrement ouverte à l'idée d'offrir à l'enfant une possibilité de faire valoir ses droits et son opinion dans un système qui les a pendant si longtemps considérés comme des objets, propriétés de leurs parents ? Les nouvelles normes inscrites dans la loi au titre des possibilités de participation de l'enfant semblent *a priori* encourageantes, encore faut-il que le système et ses décideurs les acceptent malgré les risques de déstabilisation que cela implique. Bien que les normes offrant la possibilité aux enfants de participer se multiplient, elles sont parfois encore quelque peu timides. Les changements apportés à la L.P.J. en 2006 et qui visaient à augmenter l'implication des jeunes ont par exemple systématiquement placé la participation de l'enfant aux côtés de celle de ses parents, comme si les deux avaient la même valeur et le même objectif¹³⁵¹ ; comme si les parents permettaient d'assurer un certain conformisme dans un rôle de garde-fou idéal.

Les différentes barrières que nous avons choisi de développer plus longuement ici constituent des freins à l'effectivité de la participation des jeunes aux processus d'élaboration des décisions qui les concernent. On constate néanmoins qu'au cours des dernières années, de nombreux efforts ont été fournis pour surmonter ces obstacles, tant dans les normes que dans les pratiques. Dans cet élan, les initiatives visant à privilégier les méthodes alternatives de règlement des conflits, tels que la négociation et les mesures volontaires, nous paraissent particulièrement prometteuses. En outre, elles s'inscrivent parfaitement dans le régime de régulation post-moderne valorisant des interactions plus flexibles et négociées.

¹³⁴⁹ P. NOREAU et V. FAU, préc., note 1212 à la page 243.

¹³⁵⁰ Voir *supra* Partie III, chap. 2, B, 1.

¹³⁵¹ Voir notamment les nouvelles formulations des articles 2.3 b) et 51 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 35.

3. *Des efforts à poursuivre : valoriser la négociation et les mesures volontaires*

Tel que nous l'avons soulevé déjà à quelques reprises, l'un des obstacles chroniques à la participation de l'enfant est l'approche contradictoire qui structure les procédures judiciaires. Traditionnellement, un procès est un affrontement entre plusieurs parties pour déterminer, par exemple, qui a raison et qui a tort, ou encore, si une personne est coupable ou non. Tant dans la culture du procès que dans ses formes, le système judiciaire est hautement contradictoire¹³⁵². Dans le cadre de la protection de la jeunesse, ou encore de l'attribution post-séparation de la garde et du droit de visite, l'intention est toute autre : il ne s'agit plus de trouver un fautif, mais plutôt de réguler les effets sociaux de certaines situations à la faveur de l'intérêt de l'enfant. Partant, l'objectif est alors d'identifier une solution qui permettra à l'enfant de grandir dans le respect de son bien-être et de son développement. Le glissement semble s'être produit en matière de divorce, tel que nous le révèlent les études de Jacques Commaille que nous avons résumées dans la partie précédente¹³⁵³. Ces études démontrent en effet que le jugement de divorce ne vise plus la rupture en tant que telle, mais plutôt les conséquences socio-économiques de celle-ci, parmi lesquelles la situation des enfants.

Dans les affaires familiales, notamment de protection de la jeunesse ou de séparation parentale, le conflit oppose généralement les membres d'une même famille. Partant, l'objectif du processus porte davantage sur l'harmonisation des relations que sur la confrontation des parties. Une finalité envisageable seulement si la situation familiale laisse place à la communication et à l'échange. Si l'enfant est déchiré entre ses deux parents, son bien-être psychologique pourrait être fortement atteint, sans compter les risques pesant sur la continuité des soins et des liens affectifs après la procédure. Par ailleurs, la participation de l'enfant dans un contexte exacerbant le conflit pourrait être vue comme une prise de partie pour l'un ou l'autre des parents, et ainsi envenimer les tensions déjà présentes. Enfin, dans le cadre d'un débat contradictoire, l'accent est mis sur ce qui ne va pas dans une visée punitive tandis que le contexte familial, et particulièrement de la protection de la jeunesse, semble préconiser une mise en valeur des forces en présence afin d'améliorer la situation dans le cadre familial. On recommande l'instauration d'une relation d'aide et de soutien entre les acteurs en présence, à

¹³⁵² Laurence RICARD, « Le rapport entre le juridique et le clinique dans l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse : une perspective relationnelle », (2013) 43-1 *Rev. Générale Droit* 49, 67.

¹³⁵³ Voir *supra* Partie II, chap. 1, A, 7, b.

savoir les enfants, les parents et le DPJ, tandis que l'approche contradictoire tend à les braquer les uns contre les autres¹³⁵⁴.

Dans ces contextes délicats, le procès ne devrait plus constituer une arène au sein de laquelle chacun s'affronte pour décider qui a raison et qui a tort. Le système contradictoire est d'ailleurs régulièrement critiqué pour son inadéquation aux situations de protection de la jeunesse. Mme Miron, qui était auditionnée en 1977 au sujet du projet de Loi 24 (à la base de la *Loi sur la protection de la jeunesse*), exprimait déjà parfaitement cette méfiance à l'égard du judiciaire :

Nos valeurs et notre façon de procéder nous semblent peu compatibles avec l'esprit et les règles de procédure judiciaire qui impliquent l'affrontement, l'accusation réciproque, surtout en présence d'avocats des deux parties, des notions de victime et de coupable. Ce sont des notions qu'on essaie d'enlever de l'esprit des gens quand on travaille avec eux sur un système familial, par exemple. Évidemment, une loi, une confrontation judiciaire va exactement à l'opposé de cela. À toutes fins pratiques, pour nous, le passage au niveau judiciaire tel qu'il est décrit, implique une difficulté plus grande, sinon un sabotage, dans le processus d'intervention auprès de l'enfant et, ou de la famille.¹³⁵⁵

Contre la procédure contradictoire se sont alors développés des mécanismes permettant aux acteurs de se faire entendre sans se faire juger, mais encore de participer activement à la résolution des problèmes et à la prise de décision. Comme nous le verrons dans cette section, il existe, dans le domaine de la protection de la jeunesse, une alternative au régime judiciaire qui permet dès lors d'éviter la confrontation sur la base d'un régime volontaire (a). Dans la même perspective d'apaisement des conflits, le recours à la médiation familiale ne cesse de gagner du terrain et de conquérir les justiciables (b). Pour finir, nous aborderons les conférences de règlement à l'amiable qui, si elles se déroulent dans un contexte judiciaire, échappent à l'approche contradictoire propre aux procès classiques (c).

¹³⁵⁴ C'est aussi ce que constate la CSDEPJ dans son rapport final, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 219 et 232.

¹³⁵⁵ COMMISSION CONJOINTE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA JUSTICE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31^e législature, 27 octobre 1977, Vol. 19 N° 217.

a. La déjudiciarisation et le régime volontaire

Pour se préserver des répercussions néfastes du caractère hautement contradictoire du système de justice, rien de mieux que de l'éviter ! Depuis son entrée en vigueur, la *Loi sur la protection de la jeunesse* ne cesse d'être revue dans ce but : on parle alors de déjudiciarisation, un processus qui vise à minimiser le nombre de cas se retrouvant devant un tribunal. Pour ce faire, on encourage les recours à une alternative, à savoir le régime volontaire, instaurée dans la loi de 1977 par le biais de la création d'un nouvel acteur social, le Directeur de la protection de la Jeunesse¹³⁵⁶. On cherche ainsi à parvenir à la conclusion d'un accord sur les décisions et les mesures à prendre entre le DPJ, les parents et les enfants, pour aboutir à une entente volontaire qui ne nécessite par l'intervention d'un juge¹³⁵⁷. Ce faisant, on privilégie l'approche sociale de la protection de la jeunesse plutôt que l'approche judiciaire, qui se limite alors aux cas d'exceptions dans lesquels les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord. Ce type d'approche s'intègre dans des mécanismes participatifs, tant pour les parents que pour les enfants, qui leur permettent de développer leur pouvoir d'agir décisionnel et d'ainsi récolter tous les bénéfices relatifs à leur participation que nous avons décrits plus tôt¹³⁵⁸.

L'équilibre entre le système social et le système judiciaire est au cœur de toutes les réformes de la L.P.J. depuis son origine. Malgré les efforts déployés par le législateur, cet équilibre demeure difficile à trouver et renferme encore certaines tensions. L'une des plus problématiques de celles-ci est relative au rôle de l'intervenant social qui diffère d'un système à l'autre¹³⁵⁹. En effet, celui-ci doit soutenir, aider, assister et collaborer avec les familles pour trouver la meilleure solution possible dans le régime volontaire. *A contrario*, lorsque la situation est judiciairisée, l'intervenant fait figure d'autorité en tant que représentant de la Direction de la protection de la jeunesse. Il peut alors s'opposer aux parents ou à l'enfant : si la situation se retrouve devant un juge, c'est certainement que l'avis de l'intervenant n'est pas partagé par toutes les parties. L'intervenant en viendra donc à soutenir sa proposition devant un juge, à

¹³⁵⁶ Avant l'entrée en vigueur de la L.P.J. en 1979, toutes les situations relevant de la protection de la jeunesse étaient judiciairisées.

¹³⁵⁷ C'est aussi ce qui rend cette pratique critiquable pour certains. Alain Roy soulève ainsi le danger que peut contenir l'entente sur les mesures volontaires dans la mesure où aucun juge ne viendra se prononcer sur la validité de cette entente alors qu'elle est conclue dans un contexte d'autorité et de grande vulnérabilité, voir préc., note 1246.

¹³⁵⁸ La CSDEPJ met également de l'avant la promotion du pouvoir d'agir des parents et des enfants dans son rapport final, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 132.

¹³⁵⁹ L. RICARD, préc., note 1352, 82.

l'encontre de la partie qui s'y opposait. Les parents et les enfants peuvent parfois ressentir cette transformation du rôle de l'intervenant comme une trahison¹³⁶⁰. On retombe dès lors dans un système contradictoire, avec toutes les limites qu'il présente en matière de résolution des conflits familiaux. En outre, après le passage au tribunal, c'est à nouveau l'intervenant qui doit assurer le suivi des mesures. On voit aisément les difficultés que cela peut entraîner pour les parties qui s'opposaient à l'intervenant durant le procès. L'intervenant ne peut raisonnablement se sortir de son rôle d'autorité auprès des familles, limitant dès lors la liberté des consentements donnés dans la conclusion d'une entente entre eux. Alain Roy soulève cet argument avec force : « [m]algré toutes les précautions qu'il mettra de l'avant, l'intervenant social qui proposera l'entente aux parents et à l'enfant restera toujours celui à travers qui l'État pourra éventuellement intervenir de force. »¹³⁶¹

Depuis l'adoption de la L.P.J. en 1977, le rapport entre le social et le judiciaire ne cesse de faire l'objet de questionnements et de commentaires. Ceux-ci témoignent d'une méfiance à l'égard du système judiciaire pour connaître des conflits familiaux souvent très sensibles. On se retrouve parfois en proie à une sorte de « diabolisation » du judiciaire, que l'on qualifie de système froid, contradictoire et peu intéressé par les effets sociaux qu'il pourrait engendrer. Ces caractéristiques ne sont pas sans rappeler les propos que nous avons tenus au sujet de la justice de Dické, distante, rigoureuse et autoritaire, que nous opposions à la justice de Thémis, plus proximale, sociale et équitable¹³⁶². Dans le système de protection de la jeunesse, c'est plutôt le système social qui vient s'opposer au système de justice. Celui-ci serait plus humain, plus aidant et plus compréhensif. On retrouve de nombreuses formulations très fortes de la vision opposée de ces deux systèmes dans les débats relatifs à l'adoption de la L.P.J., et dans ceux précédents les réformes de cette même loi. Dès 1977, on identifie ainsi cette vision néfaste du système judiciaire, par exemple, dans les propos de Mme Miron, psychologue qui témoigna lors des audiences et selon qui, « [l]'appareil judiciaire [...] apparaît fortement enclin à appliquer des procédures qui déshumanisent des situations déjà difficiles, sinon traumatisantes pour les enfants et les parents »¹³⁶³. L'opposition entre l'approche sociale et judiciaire est également soulignée par M. Groleau, alors porte-parole de l'Association professionnelle des criminologues du Québec, selon qui, « les services sociaux sont peut-être portés davantage à

¹³⁶⁰ *Id.*

¹³⁶¹ A. ROY, préc., note 1246, 39.

¹³⁶² Voir supra Partie II, chap. 1, A, 7, a.

¹³⁶³ *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, préc., note 1355.

intervenir et à favoriser l'approche la plus humanisante ou relation d'aide, si on veut, versus une approche judiciaire qui serait plus une intervention de contrôle »¹³⁶⁴. M. Pierre Marois, ministre du Développement social à cette époque, soutenait également, en seconde lecture de ce même projet de loi 24, la dichotomie entre :

d'une part, une approche très judiciaire, respectueuse des droits, mais qui risque d'être très traumatisante et même inutilement traumatisante, surtout quand elle n'est pas nécessaire et, d'autre part, une autre approche, l'approche sociale qui, de prime abord, est plus humaine, mais qui comporte le danger d'un certain arbitrage social aussi néfaste, finalement, que l'arbitrage judiciaire comme, par exemple, limiter inutilement l'exercice, par l'enfant, de ses droits ou prolonger indûment un hébergement, sous prétexte de vouloir son bien.¹³⁶⁵

Cette opposition posée, le législateur s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur de l'antériorité du social sur le judiciaire. Il s'agissait d'ailleurs de l'un des grands principes affirmés dans la loi de 1977¹³⁶⁶. Citons à nouveau les propos de M. Marois, selon qui, on doit privilégier :

[u]ne approche plus humaine, plus proche des besoins des jeunes et qui limite l'intervention du judiciaire pour les cas où elle est nettement indispensable, et même dans ces cas où elle est indispensable, en essayant de faire en sorte que cette intervention soit aussi la plus humaine possible.¹³⁶⁷

Autrement dit, on doit tout mettre en œuvre pour régler la situation par le biais d'une intervention sociale, pour ne solliciter le système judiciaire qu'en tout dernier ressort, c'est-à-dire de manière exceptionnelle. La volonté de supporter un certain effacement du judiciaire au profit du social était donc fortement marquée en 1977, où l'on parlait déjà de déjudiciarisation.

Depuis 1977, le DPJ qui constate que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis peut proposer l'application de mesures volontaires. Dans la version actuelle de la L.P.J., on parle alors de conclure une entente sur les mesures volontaires¹³⁶⁸. Les parents et l'enfant de plus de 14 ans peuvent s'y opposer et le tribunal sera dès lors saisi par le DPJ ; de plus, le DPJ doit favoriser l'adhésion aux mesures de l'enfant de moins de 14 ans¹³⁶⁹. L'entente

¹³⁶⁴ *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, préc., note 1110.

¹³⁶⁵ *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, Fascicule n°123, 24 novembre 1977, pages 4323-4329, en ligne : [http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3112se&Section=projlois&Requete=4323-9&Hier=24+-+Loi+sur+la+protection+de+la+jeunesse+\(le+Ministre+d%27%c3%89tat+au+d%c3%a9veloppement+social\)_2_e+lecture_4323-9>](http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/journaux-debats/index-jd/recherche.html?cat=ex&Session=jd3112se&Section=projlois&Requete=4323-9&Hier=24+-+Loi+sur+la+protection+de+la+jeunesse+(le+Ministre+d%27%c3%89tat+au+d%c3%a9veloppement+social)_2_e+lecture_4323-9>) (consulté le 17 septembre 2019).

¹³⁶⁶ Renée JOYAL et Mario PROVOST, « La Loi sur la protection de la jeunesse de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur », (1993) 34-2 *Cah. Droit* 635, 640.

¹³⁶⁷ *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, préc., note 1347.

¹³⁶⁸ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 52 à 55.

¹³⁶⁹ *Id.*, art. 52.

sur les mesures volontaires pourra contenir un large éventail de mesures¹³⁷⁰ similaires à celles que le tribunal pourrait ordonner en cas de saisie¹³⁷¹. La L.P.J. laisse ainsi une grande place aux mesures volontaires qui pourraient permettre de mettre fin à la situation de compromission sans même faire appel au tribunal. L'article 51 oblige d'ailleurs, depuis 2006, le directeur à privilégier « lorsque les circonstances sont appropriées, les moyens qui favorisent la participation active de l'enfant et de ses parents », ce qui semble fortement favoriser la conclusion d'ententes volontaires. Néanmoins, cet article ne va pas aussi loin que le recommandait le rapport Dumais en 2004, selon lequel il serait opportun d'ajouter à l'article 51 que le directeur doit « privilégier, lorsque la situation le permet, le recours à des approches de médiation, de conciliation ou tout autre mode analogue d'entente consensuelle »¹³⁷².

Les modifications apportées à la L.P.J. en 2006¹³⁷³ ont à nouveau visé à renforcer la déjudiciarisation des cas de protection de la jeunesse, tel que le recommandait le rapport Turmel¹³⁷⁴. Ce rapport, ainsi que celui du Comité d'expert sur la révision de la Loi sur la protection de la jeunesse intitulé « La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager », mettaient tous deux en évidence la forte augmentation du recours au tribunal en matière de protection de la jeunesse. Les chiffres ne laissaient subsister aucun doute : « de 1993-1994 à 2000-2001, la proportion de situations soumises au tribunal est ainsi passée de 32 à 47 %. Au cours de la même période, la proportion des enfants pris en charge par le DPJ en vertu d'un régime judiciaire est passée de 50 à 73 %. »¹³⁷⁵ Pour pallier cette augmentation, on s'engageait alors dans un effort de modernisation du processus judiciaire. Parmi les principales mesures apportées en ce sens, soulignons celles ayant pour but de favoriser les ententes entre les parties, avec notamment la possibilité nouvelle de conclure une entente provisoire à l'étape de l'évaluation¹³⁷⁶, le retrait de la limite de renouvellement de l'entente sur les mesures

¹³⁷⁰ *Id.*, art. 54.

¹³⁷¹ *Id.*, art. 91.

¹³⁷² QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 119, recommandation 4.5.

¹³⁷³ *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse et modifiant d'autres dispositions législatives*, préc., note 1278.

¹³⁷⁴ MINISTERE DE LA JUSTICE DU QUEBEC, EQUIPE DE TRAVAIL SUR LA MODERNISATION DES PROCESSUS JUDICIAIRES EN MATIERE D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE A L'EGARD DES JEUNES, *L'intervention judiciaire en matière de protection de la jeunesse : constats, difficultés et pistes de solution*, 2004, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/systeme-judiciaire/prot-jeun.pdf> (consulté le 4 octobre 2019).

¹³⁷⁵ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1235, p. 15 ; Voir aussi les données du MINISTERE DE LA JUSTICE DU QUEBEC, EQUIPE DE TRAVAIL SUR LA MODERNISATION DES PROCESSUS JUDICIAIRES EN MATIERE D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE A L'EGARD DES JEUNES, préc., note 1361, p. 31 à 37.

¹³⁷⁶ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 47-1.

volontaires¹³⁷⁷, ou encore la possibilité de tenir des conférences de règlement à l'amiable, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement.

Plus récemment, en 2017, les modifications apportées à la loi ont instauré de nouveaux moyens basés sur la conciliation des parties¹³⁷⁸, dont « diverses mesures visant à favoriser la poursuite ou la conclusion d'ententes impliquant les parents et l'enfant »¹³⁷⁹. On mettait ainsi en place l'entente sur une intervention de courte durée que le directeur proposera s'il considère pouvoir mettre fin à court terme à la situation de compromission¹³⁸⁰. En outre, le législateur offrait également aux parties la possibilité de modifier ou de prolonger l'entente provisoire¹³⁸¹.

Bien qu'il soit pour beaucoup perçu comme un lieu de conflit aigu peu propice à la participation de l'enfant, le système judiciaire n'est pas pour autant démunie de moyens pour rendre son intervention plus conciliante. Au fur et à mesure du temps, de nombreux ajustements ont en effet permis de favoriser la conciliation des parties alors même que le tribunal est saisi. Dans les domaines qui concernent l'enfant, on pensera principalement à la médiation en matière de divorce ou de séparation, ainsi qu'à la conférence de règlement à l'amiable en matière de protection de la jeunesse, que nous approfondirons respectivement dans les deux prochaines sections.

b. La médiation

La pratique de la médiation ne cesse de gagner du terrain et de conquérir les justiciables¹³⁸². Elle est notamment très développée en matière familiale. La médiation familiale permet la rencontre de chacune des parties dans un cadre moins confrontant que celui d'un procès, afin que tous discutent librement et pacifiquement pour bâtir ensemble un plan pour l'avenir. Grâce au rôle du médiateur, les parents pourront chercher une solution qui concilie les

¹³⁷⁷ *Id.*, art. 53. Avant les modifications de 2006, le DPJ ne pouvait conclure plus de deux ententes sur les mesures volontaires par dossier.

¹³⁷⁸ *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions*, L.Q. 2017, c. 18.

¹³⁷⁹ *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions*, Projet de loi n°99, adopté le 4 octobre 2017, 1re sess., 41e légis., notes explicatives.

¹³⁸⁰ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 51-1 à 51-8.

¹³⁸¹ *Id.*, art. 47.1 al.2.

¹³⁸² Pour en savoir plus sur l'émergence de la pratique de la médiation familiale, on pourra lire P. NOREAU et S. AMOR, préc., note 937.

intérêts de chacun afin de parvenir à une entente sur les effets de leur séparation. Les avantages de cette pratique se révèlent nombreux et divers : les coûts sont bien moins élevés¹³⁸³, les durées considérablement réduites¹³⁸⁴ et les procédures moins complexes que s'ils s'étaient rendus devant la justice. De plus, les relations entre ex-conjoints sont plus susceptibles de demeurer positives, puisque ce sont eux qui décident de l'issue de la procédure. Finalement, l'intérêt des enfants semble mieux préservé, un point sur lequel nous reviendrons plus loin. Au Canada, les statistiques viennent étayer ces avantages résultant de la médiation familiale en indiquant, notamment, qu'à l'issue de celle-ci, 84 % des parents sont parvenus à conclure une entente¹³⁸⁵, ou encore que 81 % d'entre eux ont été satisfaits du service de médiation¹³⁸⁶.

La place et le rôle de l'enfant dans ces procédures de médiation sont extrêmement importants, puisque de nombreux enjeux le concernant y seront traités. De multiples recherches portent justement sur la participation de l'enfant à ce type de procédure post-séparation¹³⁸⁷. Selon ces dernières, certaines ruptures peuvent avoir des effets dévastateurs sur les enfants, notamment en raison de l'atmosphère souvent très conflictuelle qui les accompagne¹³⁸⁸. La médiation familiale cherche alors à contrecarrer cette approche contradictoire en négociant une entente entre les parties. Le rôle du médiateur, neutre et impartial, est essentiel au bon fonctionnement de ces processus de résolutions de conflit par le consensus. Si la participation directe des enfants aux processus de médiation demeure peu répandue, elle fait l'objet de toujours plus de recherches qui soulèvent certains défis, mais surtout en révèlent les bienfaits. Parmi ces derniers, soulignons une meilleure identification et prise en compte des besoins de l'enfant, ou encore une meilleure acceptation du processus par l'enfant qui comprend ce qui se

¹³⁸³ Le programme de médiation familiale du ministère de la Justice permet notamment aux couples ayant des enfants communs à charge de recevoir les services gratuits d'un médiateur professionnel pour un certain nombre de séances : <https://www.justice.gouv.qc.ca/couple-et-famille/separation-et-divorce/la-mediation-familiale-pour-negocier-une-entente-equitable/>. Ainsi, on constate que 66 % des ex-couples n'ont eu à déboursier aucun frais dans le cadre de la médiation familiale SOM, *Sondage sur les services de médiation familiale*, Rapport final présenté au ministère de la justice, 2017, p. 30.

¹³⁸⁴ Un sondage réalisé en 2017 révèle qu'en moyenne les parents ont eu besoin de 5,08 heures de médiation pour régler leur séparation dans le cadre d'une demande initiale, et de 2,74 heures dans le cadre de la révision d'un jugement ou d'une entente, SOM, *Sondage sur les services de médiation familiale*, Rapport final présenté au ministère de la justice, 2017, p. 28 et 29.

¹³⁸⁵ *Id.*, p. 23.

¹³⁸⁶ Notons également que 9 parents sur 10 seraient prêts à l'utiliser à nouveau en cas de besoin, *Id.*, p. 36 et 39.

¹³⁸⁷ Voir par exemple Amandine BAUDE, Sylvie DRAPEAU et Caroline ROBITAILLE, « La participation de l'enfant dans le processus de médiation familiale », (2018) n° 61-2 *Cah. Crit. Ther. Fam. Prat. Reseaux* 39.

¹³⁸⁸ *Id.*, 42.

passé et peut y prendre part¹³⁸⁹. Les enfants semblent avoir un avis très positif au sujet de leur participation à ces procédures de médiation post-séparation¹³⁹⁰. En outre, cette pratique peut également offrir de bons résultats quant aux processus de rupture en lui-même, avec un déclin des conflits et un désir accru de coopération exprimé par les parents¹³⁹¹. Dans une étude de 2003 portant sur l'état de la pratique du droit de la famille au Canada, les professionnels de justice — en très grande majorité des avocats (92 % des répondants) — ont indiqué que les processus les plus susceptibles de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant sont les ententes conclues à la suite de séances de médiation (84 %), tandis qu'une entente conclue par un juge à la suite d'un procès ou d'une audience ne récolte que 51 % des avis positifs¹³⁹².

Notons ici que la médiation, notamment dans son application dans le cadre familial, s'apparente pour beaucoup au changement paradigmatique de régulation sociale dont nous parlions dans notre partie précédente. Elle s'inscrit ainsi au cœur de la flexibilisation de la norme et de son adaptation à la réalité sociale ; elle invite indéniablement à une coconstruction de la décision à laquelle participe activement le citoyen dans un mouvement plus général d'horizontalisation de la justice. Elle est tout entière marquée par un des termes propres à la régulation de type post-moderne que nous avons précédemment fait ressortir : celui de la négociation¹³⁹³. En effet, tout le processus de la médiation s'articule autour de la négociation entre les parties impliquées. Il est l'illustrateur parfait de ce à quoi peut aboutir la relativisation de l'autorité normative et la socialisation de la justice¹³⁹⁴.

Si la participation de l'enfant aux médiations familiales peut donc grandement servir la réussite de celle-ci et le vécu de l'enfant, elle doit également faire face à de nombreux défis. Mal tenue, celle-ci peut en effet être contreproductive. Pour éviter cet écueil, le rôle du médiateur est essentiel. Celui-ci devra être en mesure de distinguer ce que veut l'enfant et ce que sont ses besoins, ce qu'il dit et ce qui est dans son intérêt, ou encore ce qu'il dit et ce qu'il ne dit pas. On retrouve finalement ici l'enjeu rencontré par tous les acteurs faisant face à l'enfant dans le cadre de procédures le concernant (l'avocat, le juge, le travailleur social, les parents,

¹³⁸⁹ Amandine Baude, Sylvie Drapeau et Caroline Robitaille identifient dans la recherche trois effets bénéfiques à la participation des enfants à la médiation familiale, qu'elles identifient comme un outil d'information (pour le médiateur au sujet des besoins et sentiments de l'enfant), un outil de sensibilisation (encourageant les parents à se recentrer sur leurs rôles parentaux) et un outil thérapeutique (pour les enfants qui ont besoin de comprendre ce qui se passe), dans *Id.*, 43.

¹³⁹⁰ Voir notamment les recherches répertoriées dans *Id.*, 44 et 45.

¹³⁹¹ Voir, ici encore, les recherches répertoriées dans *Id.*, 45.

¹³⁹² J. J. PAETSCH, L. D. BERTRAND, N. BALA et J. P. HORNICK, préc., note 1181, p. 15, tableau 2.8.

¹³⁹³ Voir *supra* Partie II, chap. 3, B, 1.

¹³⁹⁴ P. NOREAU et S. AMOR, préc., note 943 à la page 272.

etc.). Des acteurs qui, tel que nous l'avons souligné, devraient posséder les outils de compréhension et de partage avec l'enfant afin justement d'adapter leurs approches et leurs réponses¹³⁹⁵. Ce faisant, ils pourraient ainsi identifier et neutraliser certaines pratiques qui peuvent nuire au processus de médiation, telle que la manipulation de l'enfant ou l'influence exercée sur lui par l'un, l'autre ou les deux parents. Par ailleurs, de nombreux auteurs soulèvent le manque de lignes directrices dans le cadre de ces pratiques qui deviennent dès lors très relatives aux médiateurs. Par conséquent, son exercice manque d'uniformisation et de guidage¹³⁹⁶.

Si ce système de médiation a été développé en matière de séparation conjugale, il mériterait d'être réfléchi pour d'autres domaines. C'est d'ailleurs un mouvement que le droit tout entier connaît actuellement et qui n'épargne pas le domaine de la protection de la jeunesse. Bien que la médiation soit encore très peu utilisée dans ce domaine, nous voyons cette transposition comme prometteuse étant donné la place qui peut y être laissée à l'enfant et l'atmosphère plus conciliante dans laquelle la médiation se déroule. En ce sens, et sous réserve de certaines exceptions, la médiation permettrait certainement à l'enfant d'améliorer son expérience de participation à la justice¹³⁹⁷. Le Rapport Dumais, publié en 2004, encourageait déjà la pratique de la médiation en protection de la jeunesse en soulevant deux principaux avantages qui reprennent de manière synthétique ceux que nous avons également mis de l'avant :

En premier lieu, la démarche de médiation permet de traduire les difficultés éprouvées en termes de besoins à satisfaire. Au lieu de mettre l'accent sur les problèmes de l'enfant et des parents, la démarche vise à déterminer les besoins non comblés qui sont à l'origine des problèmes. Comme l'identification de ces besoins est effectuée par les personnes en cause, avec l'aide d'une tierce personne, il y a davantage de possibilités qu'elle corresponde vraiment à leurs préoccupations réelles. En second lieu, la démarche de médiation permet également la recherche des réponses les mieux adaptées à la situation de chacun. Le fait de pouvoir trouver par soi-même les solutions aux difficultés éprouvées permet une plus grande appropriation de ces solutions et une plus grande mobilisation en vue de leur application, tout en rehaussant l'estime de soi et le sentiment d'une plus grande compétence personnelle.¹³⁹⁸

Ces avantages reconnus à la médiation étaient également au cœur du rapport sur l'intervention judiciaire en matière de protection de la jeunesse, publié la même année, et qui

¹³⁹⁵ Voir *supra* Partie III, chap. 2, B, 2, a.

¹³⁹⁶ A. BAUDE, S. DRAPEAU et C. ROBITAILLE, préc., note 1387, 49.

¹³⁹⁷ L. RICARD, préc., note 1352.

¹³⁹⁸ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 37.

recommandait en ce sens d'examiner la possibilité d'instaurer un processus de médiation avant la saisie du tribunal¹³⁹⁹.

Néanmoins, il faut reconnaître certains problèmes auxquels fait face la pratique de la médiation en protection de la jeunesse. Parmi eux, nous soulevons celui qui nous semble être le plus criant, à savoir le médiateur : ce rôle revient en effet aux intervenants de la DPJ ce qui contrevient indéniablement au principe d'impartialité pourtant essentiel en matière de médiation¹⁴⁰⁰, sans parler du problème récurrent du manque de temps et de ressources des intervenants sociaux. Ainsi, la pratique pourrait être réfléchi afin d'être plus adaptée au contexte de protection de la jeunesse et aux acteurs qui y sont impliqués.

Si la médiation ouvre une perspective très encourageante d'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, elle n'est toutefois pas recommandée pour toutes les situations. En effet, il arrive que l'opposition entre les parties soit trop forte pour laisser place à la communication, ou encore qu'un contexte de violence physique ou psychique ne permette pas aux individus de se rencontrer dans une atmosphère positive et sécuritaire. Dans ces cas-là, le juge devra être saisi. Il existe néanmoins certains moyens qui, dans le cadre d'une procédure judiciaire, permettent également de faciliter et de fluidifier la résolution des conflits. C'est le cas, par exemple, de la conférence de règlement à l'amiable que nous présentons brièvement dans la section suivante.

c. La conférence de règlement à l'amiable

Tout comme la médiation, la conférence de règlement à l'amiable (CRA) est un mode de résolution des conflits constituant une alternative au procès classique qui permet de parvenir à une décision de manière plus conciliante et négociée entre les parties. Elle s'appuie sur l'article 9 C.p.c., selon lequel, les tribunaux ont pour mission de « de favoriser la conciliation

¹³⁹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, ÉQUIPE DE TRAVAIL SUR LA MODERNISATION DES PROCESSUS JUDICIAIRES EN MATIÈRE D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE À L'ÉGARD DES JEUNES, préc., note 1361, p. 46 ; À son tour, la CSDEPJ a également mis de l'avant les avantages de la médiation et recommandé en ce sens le développement d'un projet pilote de service médiation jeunesse COMMISSION SPÉCIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 236.

¹⁴⁰⁰ Sur le principe de l'impartialité dans le cadre de la médiation, on pourra lire P. NOREAU et S. AMOR, préc., note 943 ; Alain Roy soulève ce contexte d'autorité de l'intervention rendant le consentement des parents et de l'enfant à l'entente sur les mesures volontaires somme toute relatif, dans préc., note 1246.

des parties si la loi leur en fait devoir, si les parties le demandent ou y consentent, si les circonstances s’y prêtent ou s’il est tenu une conférence de règlement à l’amiable ». Les modalités de mise en œuvre de la C.R.A. sont ensuite prévues aux articles 161 à 165 de ce même code. Contrairement à la médiation, la C.R.A. est présidée par un juge. Toutefois, le rôle de ce dernier est celui d’un conciliateur plutôt que celui d’un adjudicateur comme à l’habitude. En outre, la C.R.A. se déroule dans un cadre plus informel qu’un procès¹⁴⁰¹. Il s’agit d’un processus qui est déclenché sur une base volontaire et qui doit, par conséquent, avoir été consenti par toutes les parties intéressées.

La C.R.A. est expressément prévue en matière civile et en matière de protection de la jeunesse¹⁴⁰². Les mêmes règles de procédure instaurées dans le *Code de procédure civile* s’appliquent en matière de protection de la jeunesse en vertu de la transposition de ses articles prévue à l’article 85 L.P.J. Les parties prennent part à la C.R.A. en vue d’élaborer un projet d’entente ou de règlement à l’amiable sur les mesures à prendre pour mettre fin à la compromission. Ce projet sera soumis au même juge qui aura présidé la C.R.A. et qui, s’il estime les mesures envisagées appropriées et respectant les droits et intérêts de l’enfant, pourra en ordonner l’exécution¹⁴⁰³. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d’accord, la situation reprendra le parcours plus classique et se trouvera ultérieurement discutée devant un juge dans un procès ordinaire.

Les avantages de la C.R.A. s’apparentent en grande part à ceux de la médiation¹⁴⁰⁴ : réduction, voire absence de coûts (sauf pour les frais d’avocat si les parties ne sont pas admissibles à l’aide juridique), réduction des délais et du temps de la procédure¹⁴⁰⁵, atmosphère plus conviviale, discussion et négociation entre les parties, ainsi que plus grande participation des parties à la décision finale. Cette méthode de règlement des conflits permet de pallier le stress et l’ambiance difficilement supportables du procès pour l’enfant. L’atmosphère est plus familière et la procédure beaucoup plus souple. Le formalisme associé au procès classique est grandement relativisé¹⁴⁰⁶. Les parties sont amenées à discuter et à partager leur façon de

¹⁴⁰¹ Celle-ci se tient d’ailleurs dans une salle différente des salles d’audience, adaptée à des échanges plus conviviaux.

¹⁴⁰² Pour une très brève présentation de cette pratique en matière de protection de la jeunesse, on pourra consulter le site internet de la Cour du Québec : <https://courduquebec.ca/modes-de-prevention-et-de-reglement-des-differends/chambre-de-la-jeunesse>

¹⁴⁰³ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 76.4.

¹⁴⁰⁴ Laurence Ricard fait état des avantages de la C.R.A. en matière de protection de la jeunesse, ainsi que des raisons de la réticence des acteurs amenés à y jouer un rôle dans préc., note 1341, 85 et 86.

¹⁴⁰⁵ La C.R.A. est limitée à 3 heures avec possibilité d’une séance additionnelle si le dossier le justifie.

¹⁴⁰⁶ Notons par exemple que les juges conciliateurs ne portent pas la toge.

percevoir le problème et d'envisager la solution. En outre, lorsque la C.R.A. réussit, ce sont ces parties-là qui ont, ensemble, choisi les mesures. De la sorte, nul ne doute qu'elles seront bien plus enclines à s'y soumettre et à les respecter.

Malgré ces avantages, il est regrettable de constater que la C.R.A. est si peu utilisée en matière de protection de la jeunesse¹⁴⁰⁷, et ce, bien qu'une légère augmentation ces dernières années soit encourageante : on en comptait 99 pour l'année 2017-2018¹⁴⁰⁸ et 126 pour l'année 2018-2019¹⁴⁰⁹. Espérons que la tendance à l'augmentation se poursuivra¹⁴¹⁰ étant donné le taux de réussite élevé de cette pratique : 88 % des C.R.A. effectuées en 2018-2019 ont abouti à la conclusion d'une entente¹⁴¹¹.

Si nous avons décidé de nous arrêter ici sur les procédés de médiation et de CRA, ainsi que sur le mouvement plus global de la déjudiciarisation, il existe néanmoins d'autres moyens favorisant la participation active des parties à la décision finale par le biais d'approches dites conciliantes. Dans ce même élan, notons, par exemple, la possibilité depuis 2006 en matière de protection de la jeunesse¹⁴¹², de soumettre un projet d'entente à tout moment en cours d'instance judiciaire¹⁴¹³ ou encore la possibilité pour le tribunal de réviser ou de prolonger certaines ordonnances sur demande de l'enfant, de ses parents ou du directeur, sans même procéder à

¹⁴⁰⁷ La C.R.A. a également été abordée dans le rapport final de la CSDEPJ qui recommande fortement de promouvoir cette approche, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1172, p. 235.

¹⁴⁰⁸ COUR DU QUEBEC, *Conférences de règlement à l'amiable en matière jeunesse, période du 1er septembre 2017 au 31 août 2018*, 2018, en ligne : <https://courduquebec.ca/fileadmin/cour-du-quebec/centre-de-documentation/statistiques/CompilCRAjeunesse2017_2018.pdf>.

¹⁴⁰⁹ COUR DU QUEBEC, *Conférences de règlement à l'amiable en matière jeunesse, période du 1er septembre 2018 au 31 août 2019*, 2019, en ligne : <https://courduquebec.ca/fileadmin/cour-du-quebec/centre-de-documentation/statistiques/CompilCRAjeunesse2018_2019.pdf>.

¹⁴¹⁰ Les données récentes recueillies par la CSDEPJ auprès de 4 CISSS semblent montrer une continuité dans l'augmentation, bien que très légère, du recours aux C.R.A. pour l'année 2019-2020, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 483.

¹⁴¹¹ COUR DU QUEBEC, préc., note 1409.

¹⁴¹² *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse et modifiant d'autres dispositions législatives*, préc., note 1278.

¹⁴¹³ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 35, art. 76.3; Les données recueillies par la CSDEPJ auprès de 4 CISSS montrent une augmentation du nombre de procédures se rapportant aux projets d'entente, passant de 52 pour l'année 2015-2016 à 439 pour l'année 2019-2020, soit d'un pourcentage de 0,7% de l'ensemble des procédures à 5,7% en 4 ans, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1295, p. 483.

l'audition de la demande si aucune partie ne la conteste¹⁴¹⁴. Pour faciliter et souvent accélérer le passage au tribunal, le juge peut également établir, en collaboration avec les parties, un protocole de l'instance ou tenir une conférence de gestion¹⁴¹⁵.

Ces différents moyens favorisent la participation des enfants de manière indirecte. Bien que leur objectif premier ne soit pas d'impliquer l'enfant, ils encouragent la collaboration de toutes les parties, et donc de l'enfant, en insistant sur l'importance de la négociation dans le processus décisionnel. En outre, ces procédures se déroulent dans des cadres moins formels que le procès, ce qui rend la participation du jeune plus facile et moins angoissante. En prenant part à la négociation, l'enfant peut également être témoin de la prise en compte de son opinion et contribuer, au même titre que les autres parties, à la prise de décision finale. Nous pensons dès lors que ce type de procédures, basées sur le principe de négociation, gagneraient à se multiplier dans les différents domaines juridiques touchant l'enfant afin d'entériner le principe de participation des jeunes de manière effective dans la pratique. Au demeurant, ces pratiques sont présentement très peu, sinon trop peu, utilisées¹⁴¹⁶. Qui plus est, en plaçant la négociation au cœur de la participation des jeunes, nous retrouvons ici l'un des traits caractéristiques des interactions régulatrices ; ce qui nous permet, dans la section suivante, de replacer ce principe dans le cadre de notre lecture plus globale des droits de l'enfant sous l'angle du régime de régulation post-moderne.

C. La participation de l'enfant, un mécanisme ouvrant vers des interactions post-modernes

Le premier marqueur fondamental des droits de l'enfant, le principe de l'intérêt de l'enfant, connaît de nombreux recoupements avec le type de normativité rencontré dans le cadre du régime de régulation post-moderne. Nous notons ainsi qu'il rencontre

¹⁴¹⁴ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 95; néanmoins, le recours à ces procédures dites de « révision accélérée » semble, de même que les CRA, très peu fréquent, comme le démontre récemment les données recueillies par la CSDEPJ, selon qui « [m]oins de 1 % des 64 530 auditions tenues dans les 4 centres Jeunesse documentés font mention d'une révision sans audition des parties », COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 60.

¹⁴¹⁵ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 76.0.1 à 76.0.6.

¹⁴¹⁶ D'après les données qu'elle a recueillies, la CSDEPJ estime que le recours aux procédures initiées selon les approches de médiation ou avec le consentement des parties (les projets d'entente, les révisions sans audition des parties, ainsi que les conférences de règlement à l'amiable) ne représentent qu'environ 2 % du total des procédures, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1295, p. 235.

particulièrement bien les caractéristiques des interactions régulatrices identifiées dans ce régime. Nous proposons ici de s'atteler au même exercice avec le second principe fondamental des droits de l'enfant, à savoir le principe de participation aux décisions qui le concernent. L'inscription de cette section dans le cadre du régime de régulation post-moderne nous permettra de proposer un regard nouveau sur les caractéristiques de ce principe de participation que nous avons déclinées plus haut. De la sorte, nous mettrons tout d'abord en lumière la faculté qui en découle de replacer le droit et la justice entre les mains du justiciable (1). Un rôle clef dévolu à un acteur qui prend de plus en plus de place dans le réseau juridique et le système régulateur qui l'alimente. Ensuite, toujours en parallèle à ce que nous proposons dans le cadre de l'étude du principe de l'intérêt de l'enfant, nous reviendrons ici encore sur les cinq composantes de notre matrice des interactions régulatrices du régime post-moderne en montrons en quoi le principe de la participation des jeunes aux décisions qui le concernent satisfait également à celles-ci sous certains aspects (2).

1. Participation du justiciable au droit et à la justice, participation de l'enfant aux décisions qui le concernent

Dans le cadre de la description du droit en réseau, nous avons interpellé un nouvel acteur de la justice, à savoir le citoyen ou plus exactement, l'usager de la justice¹⁴¹⁷. Que ce soit dans les procédures de création de la norme, de mise en œuvre ou d'évaluation de celle-ci, le rôle des justiciables n'a cessé de se renforcer ces dernières années. On voit ainsi se multiplier le recours aux consultations et négociations publiques dans le cadre de conception et d'adoption législatives, aux évaluations et aux sondages publics relatifs aux lois adoptées, ainsi qu'aux modes privés de prévention et de règlement des conflits. Bon nombre d'auteurs font l'éloge de cette évolution de la justice et du droit participatifs, parfois apparentés à de l'autorégulation. On y retrouve l'idée d'un droit plus connecté aux réalités sociales des justiciables, venant à la fois taire les critiques qui décrient une justice trop distanciée de ces réalités et solidifier le passage du central au proximal dont nous parlions plus tôt¹⁴¹⁸. Le droit connaît en outre une meilleure acceptation, et donc efficacité sociale puisque les justiciables sont impliqués dans ses différentes étapes de vie (réflexion, adoption, réforme, application) : qui de plus enclin à suivre

¹⁴¹⁷ Voir *supra* Partie II, chap. 3, A, 2, d.

¹⁴¹⁸ Voir *supra* Partie II, chap. 1, B, 2.

une loi que celui qui a participé à la définir ? En outre, ce que le droit gagne en effectivité, l'État le gagne en légitimité par le biais de l'adhésion des citoyens.

Ces mêmes enjeux se retrouvent dans le domaine des droits de l'enfant, domaine dans lequel ils croisent néanmoins certaines autres problématiques limitant parfois l'effectivité de la participation. Pourtant, l'interdépendance entre la participation du justiciable et l'amélioration du droit et de la justice s'illustre tout autant en matière de jeunesse : plus les jeunes seront impliqués dans les décisions qui les concernent, plus ils y adhéreront et donc mieux celles-ci seront appliquées et respectées par ces derniers¹⁴¹⁹. Par conséquent, la procédure est ici tout autant importante que le résultat final. En outre, faire place à la participation des jeunes dans les politiques publiques ou dans les décisions particulières les concernant, c'est aussi s'assurer que le point de vue et le savoir expérimental des principaux concernés soient considérés dans les mesures et choix finaux, considération bien souvent gage d'une meilleure adaptation et réussite de ces derniers.

Malgré tous ces acquis, de nombreuses résistances perdurent dans un domaine où l'approche paternaliste, renforcée au cours des siècles, ne laisse que peu de place à la reconnaissance du rôle actif des jeunes dans la définition et la mise en œuvre de leur cadre légal. Un changement de culture est certes en cours avec la reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit. Néanmoins, les déclarations dépassent pour l'heure les mises en œuvre. On note en ce sens de nombreuses dispositions internationales, fédérales ou québécoises promouvant fermement la participation des jeunes, mais l'application de ces dispositions est encore timide. Cet écueil donne lieu à un écart entre le droit écrit et le droit vivant fréquent dans bien d'autres domaines. La distance, depuis l'ajout dans la loi, à l'ajout de mécanismes permettant d'assurer ce droit, rappelle ainsi les exigences de la transition de la raison dogmatique vers la raison pratique, depuis laquelle la norme glisse sur le terrain de l'expérimentation et de la recherche pragmatique de performance¹⁴²⁰. La course est néanmoins lancée et de nombreuses pistes d'amélioration sont découvertes au fil du temps, qu'il s'agit ensuite de généraliser ou de transposer en matière de jeunesse.

L'avancement notable du recours aux PRD en matière familiale et les nombreux avantages que celui-ci offre quant à la participation de l'enfant pourraient, par exemple, inspirer la pratique encore quelque peu récalcitrante dans le domaine de la protection de la jeunesse.

¹⁴¹⁹ V. DEMERS, préc., note 913, p. 32 à 34.

¹⁴²⁰ Voir *supra*, Partie II, chap. 1, B, 1, b.

Plus globalement encore, nous sommes en pleine transition vers un droit et une justice plus participatifs au Québec¹⁴²¹, transition dans laquelle s'inscrivent les droits de la jeunesse, mais pour laquelle ils demeurent certainement à l'arrière du mouvement : et pour cause, cet élan est relativement récent, de même que l'est la vision nouvelle de l'enfant qui lui accorde un rôle plus actif. Doublement récents donc, l'un et l'autre transitent probablement plus lentement que dans des domaines bien établis (tel que la matière civile).

Par ailleurs, la participation des usagers à la définition et à la mise en œuvre de la justice nécessite une prise en compte de la culture juridique profane, propre à la connaissance du droit par les non-professionnels. Or, l'attitude des professionnels joue un rôle crucial dans l'accès qu'ils donnent à leur culture¹⁴²². On retrouve ici l'enjeu de vulgarisation sur lequel nous avons beaucoup insisté en matière de droits de l'enfant¹⁴²³ : l'accès à la justice passe par l'accès à l'information, et l'accès à l'information passe par la transmission de savoirs en des termes adaptés à ceux qui sont invités à les recevoir. S'il existe déjà un certain fossé en termes de vocabulaire et d'attitude entre les professionnels et les profanes du droit, celui semble exacerbé lorsqu'il s'agit de l'enfant, car doublé du fossé préexistant entre le monde des adultes et celui des enfants. Un effort constant doit donc être fourni afin d'outiller les professionnels du droit à la communication avec leur jeune clientèle. Ce dernier implique une ouverture des juristes hors des frontières du droit, sinon une entraide interdisciplinaire, qui s'inscrit là encore parfaitement dans une vision réflexive du droit.

La participation des jeunes dans les décisions qui les concernent sert tant les jeunes eux-mêmes dans leur développement et l'acceptation des situations, que les décisions en tant que telles. Nous l'avons dit, en impliquant la population dans les stratégies législatives (via la consultation et les audiences publiques par exemple), l'État renforce sa légitimité en s'assurant d'une plus grande acceptation sociale, et donc *in fine* d'un plus grand respect des normes. La même logique s'applique en matière de politique et de droit de la jeunesse : plus les jeunes seront consultés, plus le système gagnera en popularité et en effectivité. Un gain crucial pour le système québécois de protection de la jeunesse qui connaît des temps fort difficiles et manque cruellement de sympathie publique. Ce travail d'implication des jeunes devrait d'ailleurs

¹⁴²¹ En témoigne l'instauration en 2016 au Québec de la Journée nationale de la justice participative, <https://www.justice.gouv.qc.ca/vos-differends/la-journee-nationale-de-la-justice-participative/>

¹⁴²² Voir le chapitre 3 « Les cultures juridiques professionnelles et profanes », dans G. ROCHER, préc., note 610.

¹⁴²³ Voir *supra*, Partie III, chap. 2, A, 4.

prendre pied dès l'étape de la recherche scientifique, notamment lorsque celle-ci vise à évaluer les systèmes et normes en place, ou encore à sonder de nouvelles perspectives¹⁴²⁴. Une approche de co-construction se dessine alors et une ligne de partage collaboratif apparaît entre le savoir expérientiel et le savoir expert. Le milieu universitaire a un rôle important à jouer tant pour ouvrir la voie à la participation des jeunes dans les recherches portant sur le système les entourant, que pour développer de nouvelles méthodes propres à intégrer les enfants de manière adaptée et non artificielle¹⁴²⁵.

Finalement, si la participation des jeunes tend à se renforcer dans les situations qui les concernent individuellement, notamment grâce au développement d'approches plus conciliantes et flexibles, il semble qu'il y ait encore beaucoup à faire au niveau de la participation collective. Les enfants ne sont que peu, voire pas, consultés sur les sujets qui les concernent ; une voie qui a pourtant prouvé sa réussite dans le monde des adultes. Une inspiration toute donnée et de nombreuses avenues qu'il ne reste qu'à adapter aux enfants. Certes, on peut comprendre une certaine appréhension face à la complexité et l'incertitude pesant sur la participation des enfants. Néanmoins, en ces temps où le système de protection de la jeunesse paraît à bout de souffle et est décrié tant par les adultes que par les enfants, qu'a-t-on à perdre à s'y aventurer ? Les adultes ont tenté encore et encore de pallier les défauts du système, en vain... Place aux enfants ?

Bien qu'elle demeure trop faible à nos yeux à l'égard de certaines dimensions au moins, la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent ne cesse de conquérir du terrain. De principe reconnu et affirmé, elle devient progressivement une réalité dans les cadres d'application des droits de l'enfant. Cet ancrage de la participation de l'enfant à la définition et à la mise en œuvre de ses droits répond incontestablement à la participation du justiciable au droit et à la justice qui l'entourent. Une participation telle qu'elle constituait selon nous, le quatrième nœud de la structure réseautique du droit dans le cadre du régime de régulation post-moderne. Aux côtés du droit, du juge et de l'État, le justiciable devient ainsi un personnage clef de la régulation au même titre que les autres. Le droit et la justice ne peuvent plus être pensés, réfléchis et alimentés hors de leurs usagers. Ces derniers détiennent un rôle véritablement actif

¹⁴²⁴ JULIE DESCHENES, ROSITA VARGAS DIAZ, et GENEVIEVE GRENIER, préc., note 1336, p. 35 et 36.

¹⁴²⁵ Sur l'implication des jeunes dans le milieu académique et dans la recherche scientifique, on pourra lire I. LACROIX, préc., note 1174, p. 13 à 15.

tant dans la production que dans la mise en œuvre du droit. L'inscription de ce nouvel acteur dans le jeu socio-normatif participe, tout autant qu'elle répond, aux composantes de la nouvelle matrice des interactions régulatrices. En toute logique, il en va de même de la participation croissante de l'enfant aux décisions qui le concernent. Ce dernier fait à présent partie intégrante du système régulateur qui l'entoure, et ce, d'une manière de plus en plus active. Cette nouvelle donne se colore incontestablement des teintes de nos 5 composantes caractéristiques de l'interaction régulateur dans le régime post-moderne, tel que nous proposons de le voir à présent.

2. La participation de l'enfant au cœur du glissement post-moderne des interactions régulatrices

Nous entendons ici mettre en parallèle le principe de participation de l'enfant avec les cinq composantes de la matrice que nous avons dégagée quant à l'interaction régulateur dans le régime post-moderne. Ce faisant, nous n'avancions rien de nouveau sur la participation des jeunes, mais tentons plutôt de reprendre ses caractéristiques déjà décrites afin de comprendre en quoi elles s'inscrivent, tout autant qu'elles participent, aux mouvements régulateurs de type post-moderne. Par ailleurs, cette mise en parallèle nous permet à nouveau de souligner certaines perspectives prometteuses pour l'amélioration de la mise en œuvre du principe de participation.

Pour commencer, la place capitale laissée à la négociation relève de l'évidence : inclure l'enfant dans les décisions qui le concernent, c'est accepter de négocier avec lui l'issue de ces décisions. À quoi servirait d'écouter l'enfant si ce n'était pour accorder un minimum de poids à sa parole. Il ne s'agit pas pour autant de systématiquement accorder gain de cause à la volonté de l'enfant, qui, rappelons-le, n'est pas toujours suffisamment mature pour comprendre toutes les conséquences des décisions. Néanmoins, en prenant au sérieux ce qu'il dit, on accepte *de facto* qu'il puisse avoir un impact sur la décision finale. Pour ce faire, les mécanismes qui évitent de placer l'enfant dans une atmosphère hautement contradictoire ou dans un état émotionnel très angoissant sont particulièrement de mise. Au titre de ces derniers, on encouragera évidemment les méthodes de conciliation qui se déroulent dans un cadre plus souple et que l'on peut aménager de manière à les adapter à l'enfant. La médiation familiale représente une excellente perspective en matière de décision post-rupture de garde et d'accès. Nous pensons que la pratique qui en est donnée et qui ne cesse de faire ses preuves mériterait de devenir une source d'inspiration dans certains cas de protection de la jeunesse tout en

l'adaptant aux spécificités de ces derniers. Dans ce domaine, la primauté de la voie sociale sur la voie judiciaire permet d'éviter une surjudiciarisation des cas peu propices à la participation de l'enfant malgré des améliorations certaines. Dans le cadre de l'approche sociale, le régime volontaire encourage l'implication de l'enfant en favorisant la conclusion d'entente entre le directeur de la protection de la jeunesse, le jeune et ses parents. L'objectif sera de parvenir au plus vite à négocier en privilégiant les lieux de concertation et de collaboration entre tous les acteurs. En impliquant l'enfant dans la négociation des décisions et des mesures le concernant, on s'assure d'une meilleure adhésion à ces dernières. L'enfant les comprendra mieux et se sentira acteur de son destin. Cela est valable également en matière de décisions politiques, l'horizontalisation des rapports tendant à offrir une place toujours plus grande à la négociation et à la conciliation entre les régulateurs et les régulés, ici, les enfants. On cherche ainsi une réappropriation du droit des enfants par les enfants eux-mêmes, à toutes les étapes de la vie du droit, qui devrait profiter tant aux enfants qu'au droit lui-même.

La mise en place de mécanismes permettant la participation de l'enfant impose en outre une certaine flexibilisation du cadre juridique. Ce dernier doit pouvoir s'adapter aux enfants afin de faciliter leur implication. On encourage ainsi une plus grande souplesse dans la pratique des professionnels, ainsi que dans les procédures judiciaires¹⁴²⁶. Bien plus que la participation des adultes, celle des enfants exige une adaptation profonde à défaut de laquelle elle pourrait se cantonner à un pur artifice, ou pire, risquer de leur nuire. Le formalisme si cher à l'univers juridique moderne doit donc laisser place à la flexibilité, une qualité indispensable lorsqu'il s'agit de l'enfant, et ce au-delà même du domaine juridique. L'adaptation de l'environnement à l'enfant, toujours afin de favoriser sa participation, exige dès lors de faire preuve de souplesse tant dans la pratique des professionnels que dans l'administration procédurale.

L'adaptation de l'environnement est exigée pour prendre en compte les différences existantes entre le monde de l'adulte et celui des enfants. Nous pensons, entre autres, aux différences en termes de capacités physiques et intellectuelles, ainsi qu'au niveau de maturité et d'autonomie décisionnelle. Ces écarts impliquent que les enfants ne répondent pas toujours de la même normativité, ou du moins, qu'ils n'y répondent pas de la même manière. Ce qui fait sens chez l'adulte ne correspond pas forcément à ce qui fait sens chez l'enfant. Les moyens de coercition fonctionnant chez les uns ne sont pas les mêmes que chez les autres. La participation

¹⁴²⁶ Rappelons, par exemple, l'assouplissement des règles de témoignage des enfants, voir *supra* Partie III, chap.2, B, 2, a.

des jeunes permet justement de prendre en considération ces différences tout simplement en partageant avec l'enfant, en l'écouter et en cherchant à comprendre ce qui est le plus adapté à son âge. Dès lors que cette participation sert tout de même fortement la régulation des droits de l'enfant, les normes doivent accepter une pluralité de positions et de points de vue. Plus loin encore, les normes doivent parvenir à concilier ces différences de nature qui peuvent s'ériger en une pluralité d'échelles de compréhension et pour lesquelles elles doivent tout de même faire sens. La participation de l'enfant aux décisions le concernant est justement un moyen privilégié pour concilier les exigences propres au système des adultes (ici au système juridique et judiciaire) et celles propres à la maturité des enfants. Il ne faut pas oublier à qui le droit s'adresse et dès lors chercher à comprendre comment il peut le faire au mieux. L'inspiration est partout où sont les enfants, à l'école avec les normes scolaires et les sciences de l'éducation, à la maison avec les normes parentales ou familiales, ou encore entre les enfants eux-mêmes, sur les terrains de jeu et dans les cours d'école par exemple¹⁴²⁷.

La pluralité des univers intellectuels que doit prendre au sérieux le droit des enfants doit être couplée avec la pluralité des univers disciplinaires amenés à intervenir dans la régulation de l'enfant. Pour ne citer que les plus évidents, particulièrement en matière de protection de la jeunesse, nous pensons sans mal au milieu juridique et au milieu social de l'intervention. La L.P.J. sollicite ces deux univers dans une quête commune : celle de l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, l'articulation de ces deux univers soulève de nombreux défis, bien qu'elle regorge d'avenues créatives porteuses d'améliorations. Ainsi dans le cadre du droit à l'information des jeunes, ciment sur lequel s'érige leur participation, un travail de collaboration, comme nous le suggérerons plus tard¹⁴²⁸, entre les juristes et les intervenants sociaux paraît très prometteur. Néanmoins, il suppose que chacun reconnaisse ses propres codes disciplinaires et surtout, la possibilité qu'ils soient différents de ceux des autres. L'ouverture d'esprit et la curiosité sont nécessaires afin de s'ouvrir aux divers horizons, qu'il s'agisse de ceux des autres professionnels issus de disciplines différentes, ou encore de l'enfant lui-même.

¹⁴²⁷ À ce sujet, on pourra consulter les réflexions très pertinentes de la professeure Shauna Van Praagh, notamment dans « Quelques leçons des enfants hassidiques pour le droit », dans Pierre ANCTIL et Ira ROBINSON (dir.), *Les juifs hassidiques de Montréal*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2019 et « Taking Play Seriously: Reflections on Resilience and Responsibility », dans Pierre NOREAU, Dominique GOUBAU, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Shauna VAN PRAAGH, Valentine FAU et Caroline ROBITAILLE, *La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société / Youth at the Crossroads of Family, Community, Law and Society*, Thémis, Montréal, 2021, p. 205.

¹⁴²⁸ Voir *infra*, Partie III, chap. 3, B, 2, c.

S'ouvrir à l'enfant et prendre au sérieux ses perspectives vient aussi, tel que nous l'avons dit, avec sa part d'incertitude. Cela suppose une capacité de réflexivité et de remise en question de la part des décideurs, politiques ou juges, qui doivent s'autoriser à parcourir des avenues inédites proposées par les enfants. Le droit des enfants a toujours été pensé par les adultes ; permettre à l'enfant de s'exprimer sur ce dernier, voire de le repenser en partie, fait peser le risque de la critique. Plus périlleux encore, il fait peser le risque de l'incertitude... Qui sait ce que les enfants, à l'imagination réputée débordante, pourraient envisager si on leur laisse la parole et qu'on leur offrait certains moyens de concrétisation de celle-ci. Par peur de ce qu'il pourrait advenir, on se prive de perspectives pourtant prometteuses et en toute logique, pertinentes. Pourtant, ce qui est incertain n'a aucune raison de faire peur, surtout dans la mesure où bon nombre de garde-fous juridiques, politiques et systémiques permettent de s'assurer que nous ne tomberons pas dans une autorégulation complète des enfants. Il y a toute une dimension entre impliquer les jeunes dans la construction et la mise en œuvre de leurs droits et les laisser totalement libres de faire et d'appliquer ceux-ci comme ils l'entendent.

Finalement, la complexité découle de tous les éléments qui précèdent, et surtout de leur articulation. On retrouve principalement le défi de laisser l'enfant participer tout en palliant les problèmes et le stress qui peuvent découler d'une telle participation. La complexité s'illustre ainsi dans le choix de mécanismes conciliants et adaptés au fonctionnement et à la maturité de l'enfant. C'est d'autant plus complexe dans un système juridique qui, bien qu'il tente de plus en plus de retrouver une forte connexion avec le social, demeure un monde relativement à part avec ses particularités de code et de langage. L'adaptabilité à l'enfant, tant du fonctionnement juridique et judiciaire que des professionnels qui y participent, tout en conservant les impératifs propres à la régulation sociojuridique, est certainement chose éminemment complexe — bien plus complexe d'ailleurs que la simple affirmation de l'exigence de participation. L'imprévisibilité du sujet, qui, comme nous l'avons vu, caractérise la complexité selon Edgard Morin¹⁴²⁹, est exacerbée en présence des enfants dont les comportements ne répondent pas toujours à ce que l'on est en droit d'attendre d'un adulte. Une différence d'attitudes et d'aptitudes qui complexifie encore la donne des interactions régulatrices jouant en matière de droit des enfants.

¹⁴²⁹ Voir nos propos à ce sujet, *supra* Partie II, chap. 3, B, 4.

Dans ces deux premiers chapitres, nous avons choisi de décliner les droits de l'enfant sous l'angle de deux aspects qui, selon nous, représentent les principes centraux de ce domaine. Ils sont en ce sens des fondamentaux du champ juridique des droits de l'enfant. Ils en constituent tantôt l'objectif principal, tantôt le mécanisme à privilégier pour y satisfaire. Or, ces deux principes de l'intérêt de l'enfant et de sa participation aux décisions qui le concernent recourent dans de multiples dimensions les éléments marquants du régime de régulation post-moderne. Ils mettent entre autres de l'avant la participation du justiciable au droit et à la justice, la légitimation sociale de la norme ou encore l'horizontalisation du système régulateur. Partant, nous y retrouvons les rôles revisités de nos quatre pôles identifiés dans le cadre du régime de régulation post-moderne, à savoir le droit réflexif, l'État manager, le juge équilibré et le justiciable participant. Dans ce même élan, les principes de l'intérêt de l'enfant et de sa participation recroisent également les caractéristiques dégagées des interactions régulatrices avec, en première ligne, la flexibilité du critère de l'intérêt de l'enfant et la négociation au cœur de sa participation.

Cette première lecture des droits de l'enfant à partir de ses deux principes fondateurs et à travers le filtre du régime de régulation post-moderne nous a ainsi permis de constater une correspondance certaine, bien que des éléments, notamment dans le cadre de la participation de l'enfant, demeurent perfectibles. Nous irons plus loin dans le prochain chapitre en usant de notre filtre d'analyse, la régulation sociojuridique et son évolution vers un régime post-moderne, comme possible voie d'amélioration des droits de l'enfant. Ce faisant, nous reviendrons sur certains éléments du domaine déjà exposés dans le cadre de ces deux premiers chapitres, mais aborderons également de nouveaux points d'accroche, en se focalisant plus particulièrement sur le système de protection de la jeunesse au Québec. Nous reprendrons en parallèle nos propos relatifs au glissement de l'approche épistémologique depuis les propriétés vers les interactions, proposant d'y transposer les droits de l'enfant en passant d'une approche par le biais des dichotomies vers une approche par la dialectique. *In fine*, nous entendons donc ici user des transformations rencontrées par la régulation sociojuridique dans le cadre du régime post-moderne afin de comprendre comment le domaine des droits de l'enfant pourrait s'en inspirer. Dans cet élan, nous évoquerons certaines pistes d'amélioration du système de protection de la jeunesse au Québec suscitées par notre analyse à la lumière du régime de régulation post-moderne.

Chapitre 3. Lecture post-moderne des droits de l'enfant : perspectives d'ouverture

Contrairement aux deux chapitres précédents, qui portaient des droits de l'enfant, par le biais des principes fondamentaux de l'intérêt de l'enfant et de sa participation aux décisions qui le concernent, pour l'inscrire dans la perspective du régime de régulation post-moderne, nous opérerons à l'inverse dans le cadre de ce troisième chapitre. Nous nous appuyerons ainsi sur l'évolution de la régulation sociojuridique jusque son portrait réseautique post-moderne pour appréhender le domaine des droits de l'enfant sous un jour nouveau. Partant, nous inscrivons ce dernier chapitre dans une démarche plus exploratoire quant aux droits de l'enfant. Pour procéder de la sorte, nous reviendrons sur deux dimensions ayant marqué l'évolution de la régulation : une dimension épistémologique et une dimension sociojuridique.

Dans notre première section, nous interpellons le glissement dans l'approche épistémologique des phénomènes qui opéra un tournant depuis l'étude des propriétés vers celle des interactions (A). Nous avons souligné cette transition dans notre seconde partie puisqu'elle nous permettait d'acquérir les outils intellectuels propres à appréhender le régime de la régulation post-moderne. Nous nous réapproprions ici ces outils dans le cadre des droits de l'enfant. Nous en viendrons dès lors à proposer une analyse du domaine par le biais d'une logique dialectique. Celle-ci nous permettra de réconcilier des éléments propres aux droits de l'enfant que le portrait théorique moderne que nous en avons dressé nous encourageait plutôt à opposer — une approche conflictuelle qui laissait entrevoir ses limites. L'approche dialectique met par ailleurs l'accent sur l'étude des interactions qui favorisent la cohérence du droit des enfants par un travail de réordonnement procédural.

Dans notre seconde section, toujours concentrée sur l'étude des interactions, nous reviendrons sur les composantes de la matrice dégagée du régime de régulation post-moderne, afin d'y lier notre champ d'intérêt. Pour ce faire, nous réduirons ce dernier à la protection de la jeunesse (B). Sous-domaine des droits de l'enfant, la protection de la jeunesse nous semble particulièrement intéressante dans le cadre de notre thèse. En ce sens, elle constitue, selon nous, le domaine dans lequel la dualité entre l'approche protectionniste et l'approche libérationniste des droits de l'enfant est la plus marquée. En cause, la situation de compromission de l'enfant vient renforcer l'approche paternaliste et favoriser l'instinct protectionniste, jouant dès lors directement sur cet équilibre déjà éminemment complexe entre les deux approches. Ainsi, la

protection de la jeunesse paraît défier d'autant plus la réconciliation identitaire des droits de l'enfant, et si l'on y parvient dans ce champ particulier, tout laisse à croire que la démarche pourrait se généraliser au champ plus global des droits de l'enfant. Par ailleurs, les récentes remises en question profondes du système de la protection de la jeunesse au Québec ne font que renforcer l'intérêt d'y consacrer plus spécifiquement nos réflexions. En ce sens, le travail de la Commission spéciale sur le droit des enfants et la protection de la jeunesse s'est échelonné durant nos deux dernières années de rédaction. Aussi, si les nombreuses auditions publiques nous ont parfois confortées ou confrontées dans nos réflexions, le rapport final de la Commission¹⁴³⁰ n'a été intégré que de manière accessoire dans cette partie, à l'aide de plusieurs notes de bas de page, étant donné sa publication très récente. Néanmoins, le mandat très large de la Commission dépasse incontestablement les réflexions plus ciblées de cette thèse et les méthodes de travail diffèrent également sensiblement. Nous pensons donc que si nous parvenons parfois à des recommandations similaires, cela ne fait que renforcer l'opportunité de celles-ci. Qui plus est, de nombreuses questions abordées par la Commission ne sont aucunement traitées ici. Nous pensons notamment à tous les enjeux rencontrés dans le cadre de l'intervention sociale que nous avons évacués pour nous concentrer uniquement sur les aspects juridiques de la protection de la jeunesse.

Dans ce dernier chapitre, nous proposons donc d'appréhender la protection de la jeunesse par le biais de la grille d'analyse fondée sur le régime de régulation post-moderne. Nous soulignerons ainsi les parallèles qui encouragent à inscrire les droits de la protection de la jeunesse au cœur d'une approche réseautique avec les rôles correspondants des différents nœuds que sont le droit, l'État, le juge et le justiciable, ainsi que les composantes de la nouvelle matrice des interactions régulatrices, soit la flexibilité, la négociation, le pluralisme, la complexité et l'incertitude. Cette lecture nous permettra d'envisager certaines pistes d'amélioration du système de protection de la jeunesse que nous présenterons pour finir.

¹⁴³⁰ COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6.

A. L'interaction au cœur des droits de l'enfant : l'évolution des outils intellectuels de la dichotomie à la dialectique

L'objectif de cette section est d'utiliser les outils paradigmatiques, que nous avons développés dans notre seconde partie à partir de l'évolution épistémologique, dans le domaine des droits de l'enfant. Dans le cadre de notre première partie de thèse, nous avons présenté le portrait moderne des droits de l'enfant qui aboutissait à la mise en relief d'une approche conflictuelle de ces droits, s'expliquant notamment par une construction encore très récente d'identité. Il s'agissait alors de présenter le conflit théorique opposant, d'un côté, la volonté protectionniste et, de l'autre, la volonté libérationniste, et de décliner ce conflit dans les divers domaines juridiques concernés. Dans notre seconde partie, nous avons aussi mis en lumière une forme d'opposition. Cette fois-ci, le conflit était établi entre la logique libérale et la logique sociale du droit. On se retrouvait finalement dans une approche dualiste du même ressort que la première.

En développant des outils propres au mouvement paradigmatique de l'approche post-moderne de la régulation, nous sommes ensuite parvenus à dépasser la dichotomie opposant les logiques libérales et sociales du droit afin de les intégrer dans ce que nous avons qualifié de *ballet post-moderne*. L'objectif principal de cette construction était de nous permettre d'appréhender l'interaction entre le droit libéral et le droit social dans une logique dialectique qui évacue *de facto* l'idée d'une opposition stricte entre ces termes. Dans cette dernière partie, notre ambition est d'opérer ce même type de transition. En nous référant aux conflits propres aux droits de l'enfant dégagés dans notre première partie, nous tenterons également d'appréhender ces droits dans une logique dialectique : réfléchir un terme avec l'autre plutôt que l'un contre l'autre. Grâce aux outils épistémologiques développés dans le cadre du régime de régulation post-moderne, nous tenterons donc de réconcilier ces termes afin de faire émerger une identité théorique des droits de l'enfant qui puisse dépasser les différents conflits existentiels du domaine. Pour ce faire, nous proposons dans un premier temps de rappeler les propriétés dichotomiques modernes des droits de l'enfant (1), pour ensuite transiter vers une réflexion autour des interactions dialectiques de ces mêmes propriétés. Nous opérerons cette transition grâce aux nouveaux outils dégagés dans le cadre de l'étude post-moderne de la régulation sociojuridique (2).

1. Les propriétés dichotomiques modernes des droits de l'enfant

Les droits de l'enfant constituent un domaine juridique relativement récent dans l'histoire du droit en général. Ils se sont érigés dans le cadre de la pensée moderne du droit, une pensée centrée sur la dualité des propriétés émergeant de la division méthodologique des sciences et des phénomènes. On retrouve cette dualité partout dans le champ des droits des enfants, et notre début de thèse n'a d'ailleurs cessé d'en relever les indices. Rappelant ici ces indices, nous avons choisi de les regrouper autour de quatre types de dichotomies : personnelles, juridiques, de nature et principielles (a). À partir de ces couples d'opposition, nous proposons de transiter vers une approche en termes de dialectique, visant à évacuer l'impasse théorique dans laquelle mène la pensée dichotomique par un dépassement du regard vers les interactions de ces termes (b).

a. Rappel des couples d'opposition des droits de l'enfant

Les dichotomies personnelles, comme leurs noms l'indiquent, visent les oppositions entre les personnes. Dans le domaine des droits de l'enfant, la principale dichotomie est évidemment celle qui oppose les enfants aux adultes. Cette dichotomie se reflète constamment au niveau juridique, où tout l'enjeu est de prendre en compte les différences existantes entre l'enfant et l'adulte tout en ne niant point leur ressemblance. Plus précisément, il y aura lieu de tenir compte de l'écart en termes de capacités physiques et psychiques qui rend l'enfant plus vulnérable dans certaines situations, tout en reconnaissant qu'en tant qu'être humain, il doit aussi bénéficier des droits fondamentaux garantis à toute personne. Chacun l'aura reconnu, nous retrouvons ici la problématique de l'égalité que nous avons longuement déclinée plus tôt¹⁴³¹. Cette problématique se heurtait finalement à une impasse théorique, puisqu'aucun des modèles retenus¹⁴³² ne répondait pleinement à la complexité inhérente à la situation de l'enfant.

Une seconde opposition récurrente dans le domaine des droits de l'enfant peut être incluse dans les dichotomies personnelles : celle opposant les enfants à leurs parents. Ici encore, de nombreuses retombées juridiques découlent de cet affrontement. On pensera notamment aux

¹⁴³¹ Voir *supra* Partie I, chap. 2, B.

¹⁴³² Pour rappel, nous avons schématisé quatre façons d'intégrer l'enfant au sein du prisme de l'égalité juridique par les modèles de l'égalité formelle, de l'inégalité formelle, de l'égalisation réelle des vulnérabilités intrinsèques et de l'égalisation réelle des vulnérabilités extrinsèques, voir *supra* Schéma 1 : « L'enfant sous le prisme de l'égalité », dans Partie I, chap. 2, B, 2, c.

questions des droits de garde et droits d'accès pour lesquelles la jurisprudence s'est progressivement positionnée en faveur de l'enfant. Bien qu'en principe résolue, cette équation entre les droits des parents et ceux des enfants n'est pas si évidente en pratique et plusieurs questionnements entrent en jeu lorsqu'ils sont mis en œuvre. De nombreuses autres situations soulèvent fréquemment l'opposition entre les droits des parents et ceux des enfants, que l'on pense entre autres à la liberté de religion¹⁴³³ ou encore au consentement aux soins¹⁴³⁴, des enjeux où les libertés parentales leur permettant de décider pour leurs enfants peuvent entrer en conflit avec les droits des enfants, tel que le droit à la liberté et à l'intégrité.

En parallèle, les dichotomies juridiques recroisent parfois les dichotomies personnelles que nous venons de présenter. Plus précisément, il peut s'agir d'opposer les droits des enfants aux droits d'autres personnes, incluant fréquemment les parents, mais pouvant également concerner d'autres individus : les autres membres de la famille, les familles d'accueil ou bien les droits des victimes par exemple dans le domaine de la délinquance juvénile. Ces dichotomies juridiques peuvent également embrasser les différents champs juridiques : chacun de ces champs est construit sur des principes fondamentaux qui ne se concilient pas si facilement les uns avec autres. Or, de nombreuses situations viennent interpeller plusieurs domaines juridiques, d'autant plus lorsque les enfants sont impliqués. Se trouveront ainsi sur scène tant les droits de l'enfant que, par exemple, le droit de la famille ou le droit pénal.

Par ailleurs, nous incluons aussi dans les dichotomies juridiques, celles opposant les droits de l'enfant entre eux. On pensera notamment à nos deux grandes catégories des droits-liberté et droits-protection dont la mise en œuvre peut régulièrement s'avérer conflictuelle. Le domaine du consentement aux soins se fait ici encore une excellente illustration : l'enfant doit être libre de décider de recevoir ou non un soin, une liberté d'autant plus forte lorsque l'intégrité physique est en jeu, mais il doit également être protégé de sa propre immaturité qui pourrait nuire à sa santé¹⁴³⁵. Droit à la liberté de choisir ou droit à la protection, cette opposition est courante dans le domaine des droits de l'enfant. En outre, ce type de dichotomie sillonne l'univers du droit dans son ensemble. Le duel entre protéger et libérer est en effet présent dans plusieurs domaines juridiques, souvent embrassé par la problématique générale de la sécurité

¹⁴³³ Nous envisageons la liberté de religion tant de l'enfant que des parents, cette dernière flirtant avec le droit d'éduquer librement ses enfants, autrement dit, dans la foi que l'on choisit.

¹⁴³⁴ Situations dans lesquelles l'avis des enfants peut parfois aller à l'encontre de celui des parents.

¹⁴³⁵ Nous avons déjà présenté l'approche de la Cour suprême au sujet de ce conflit, voir *supra* Partie I, chap. 3, B, 4.

publique contre les libertés individuelles. Ce sont donc des problématiques qui transcendent l'univers juridique, mais qui se trouvent toutefois exacerbées dans le domaine des droits de l'enfant, et ce, en raison de la nature contradictoire qui lui est inhérente.

En effet, l'enfant est par nature un être plein de contradictions : il est un présent et un futur, il est mature et immature, il est autonome et dépendant, etc. Autant de caractéristiques dichotomiques qui s'expliquent par le large éventail d'individus inclus dans cette catégorie d'enfant. En ce sens, l'enfant pourra tout autant désigner le nouveau-né de quelques heures que l'adolescent à quelques jours de la maturité. Une seule et même catégorie pour l'étape de la vie durant laquelle les individus évoluent le plus. On comprend dès lors les difficultés à trouver une identité commune à cette extrême diversité.

Les dichotomies de nature recourent donc toutes les oppositions que nous avons déclinées jusqu'alors, puisqu'elles sont le propre de l'enfant. Ainsi, on renforcera les droits-protection pour les plus jeunes alors qu'on accordera plus de libertés aux plus âgés. Les dichotomies de nature de l'enfant recouvrent entre autres le défi constant de penser ses droits dans le présent, mais aussi dans le futur puisqu'il est un adulte en devenir ; dans la même perspective, ses intérêts, que le droit vise à sauvegarder, devront être conciliés entre ses besoins immédiats et ces besoins futurs, des besoins qui ne sont pas toujours en harmonie les uns avec les autres¹⁴³⁶.

Enfin, la dernière catégorie de dichotomies que nous avons répertoriée ici est relative aux dichotomies principielles, que nous définissons comme les oppositions entre les différents principes interpellés par les droits de l'enfant. Ils sont d'ailleurs bien souvent le fruit théorique des autres dichotomies précédemment relevées. On citera, par exemple, l'opposition fréquemment ciblée entre l'intérêt de l'enfant et sa participation, entre la primauté parentale et la liberté de l'enfant, entre l'intérêt de l'État à protéger les enfants et le droit à la vie privée familiale : des principes fermement reconnus, mais dont la cohabitation peut parfois manquer de cohérence. À tout le moins, la compréhension de certains des éléments fondamentaux de la loi peut s'avérer contradictoire et, parfois, en provoquer une application non uniforme, un point

¹⁴³⁶ Sur la question de l'intérêt de l'enfant dans le présent et dans le futur, voir *supra* Partie III, chap. 1, C, 1.

d'ailleurs soulevé par la Commission Charbonneau en 1982 au sujet de l'opposition entre les droits et l'intérêt de l'enfant¹⁴³⁷.

Afin de synthétiser l'ensemble de ces propriétés dichotomiques, nous reprenons dans le tableau de la page suivante nos couples d'oppositions selon le type de dichotomies auquel ils réfèrent.

¹⁴³⁷ ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPECIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 482, p. 218.

Tableau 6. Les dichotomies des droits de l'enfant dans le régime moderne

Type de dichotomies	Couples d'oppositions	Termes opposés	Exemples illustratifs des oppositions
Dichotomies personnelles	Enfants / Adultes	Égal/Inégal	En tant qu'égal de l'adulte (être humain), l'enfant a droit aux mêmes droits, mais en tant que différents de l'adulte (plus vulnérable), on doit lui reconnaître des droits spécifiques
	Enfants / Parents	Droit de garde et d'accès	Le droit de garde ou d'accès appartient-il à l'enfant ou aux parents ?
		Libertés parentales / libertés de l'enfant	La liberté des parents leur permet d'éduquer leurs enfants à leurs croyances religieuses, tandis que la liberté de religion de l'enfant lui permet de pratiquer la religion de son choix
Dichotomies juridiques	Droit des enfants / Droit des adultes	Droit des enfants / Droit des parents	Le droit des parents leur permet d'élever librement leurs enfants, tandis que le droit de l'enfant peut interdire aux parents certaines pratiques éducatives telles que les punitions corporelles graves.
		Droit des enfants / Droit des victimes	Le droit des enfants impose de les traiter en tant qu'enfant, et donc irresponsable, jusqu'à un certain âge, tandis que le droit des victimes leur garantit une compensation qui sera de la responsabilité du coupable, à savoir l'enfant
	Droits-liberté / Droits-protection	Liberté de consentir / Droit à la protection de son intégrité physique	Un enfant peut consentir à des soins de santé, dont certains peuvent attenter à son intégrité physique, tandis que l'État a le devoir de protéger l'intégrité physique des enfants.
Dichotomies de nature	Enfant mature / Enfant immature	Protéger/Libérer	Tandis que le tout jeune enfant a besoin d'être protégé, car il est vulnérable tant physiquement que mentalement, l'adolescent a besoin de liberté afin de développer son autonomie personnelle
	Intérêt présent/ Intérêt futur	Besoins présents/Besoins futurs	Un enfant peut avoir besoin d'être immédiatement protégé d'un parent violent et souffrir plus tard d'une rupture émotionnelle lui empêchant de satisfaire ses besoins futurs d'attachement
Dichotomies principales	Entre les principes du droit des enfants	Intérêt de l'enfant/Participation de l'enfant	Laisser participer l'enfant aux décisions peut parfois nuire à son intérêt si, par exemple, cette participation l'expose à un danger quelconque
	Entre les principes connexes au droit des enfants	Devoir de l'État de protéger les enfants/Droit à la vie privée familiale	Le devoir de l'État de protéger l'enfant peut exiger une certaine ingérence dans la vie des familles pourtant protégée de ces immixtions dans le cadre du droit à la vie privée familiale

Finalement, en appréhendant ces couples comme des dichotomies, la réflexion autour des droits de l'enfant vise systématiquement à décider lequel des deux termes qui composent

ces couples doit l'emporter sur l'autre. Certaines dichotomies ont ainsi vu leur issue se dégager, par exemple, l'opposition entre le droit des parents et le droit des enfants dans les affaires de garde, au privilège du second. Néanmoins, pour bon nombre de ces dichotomies, la pensée s'enlise rapidement puisqu'aucun des deux termes ne cède sa place à l'autre, en théorie du moins. On cherche alors à laisser les deux options ouvertes afin que le décideur choisisse ce qu'il en advient à la lumière des circonstances de chaque cas. Pour ce faire, il faut user d'un langage flexible qui permette au juge de décider de la position du curseur entre l'affirmation d'un terme et l'affirmation de son opposé. Pensons évidemment au fameux concept d'intérêt de l'enfant. C'est ainsi qu'une impasse principielle théorique peut faire place à une solution pratique circonstancielle.

Théoriquement insatisfait tant par le petit Homme que le petit de l'Homme, tout comme Commaille était insatisfait par le modèle dogmatico-finaliste et le modèle pragmatico-gestionnaire, il nous faut à notre tour partir à la recherche d'une approche dialectique qui, dans notre champ, permettrait l'intégration de l'ensemble des termes précédemment opposés.

b. De la dichotomie à la dialectique : de la simplicité à la complexité

De la même manière que nous sommes passés du duel au ballet dans le cadre de la régulation sociale, nous pensons que la réflexion sur les droits de l'enfant pourrait ici en faire autant afin de sortir de l'impasse théorique dans laquelle elle se trouve. Il ne s'agirait alors plus de penser les couples que nous venons d'énumérer en termes de dichotomie, mais plutôt en termes de dialectique. L'approche dichotomique illustre l'apogée de la méthode scientifique dans laquelle les phénomènes sont divisés au maximum, puis appréhendés par leurs propriétés respectives¹⁴³⁸. Au contraire, l'approche dialectique permet de penser les phénomènes plutôt que les éléments qui les composent, et d'ainsi concevoir des études plus dynamiques que statiques¹⁴³⁹. Enfin, en ouvrant le dialogue entre les phénomènes, on s'intéressera non plus aux éléments en tant que tels, mais plutôt aux interactions qui les relient.

¹⁴³⁸ J. LAPOINTE, préc., note 832.

¹⁴³⁹ Voir *supra*, Partie II, chap. 2, C, 1.

Cette transition dans la façon de penser procède d'une certaine relativisation des oppositions. Tout comme la scène de la régulation sociojuridique moderne est partagée entre la logique libérale et la logique sociale du droit, celle des droits de l'enfant n'en est pas plus monolithique : elle laisse place à plusieurs éléments, qui, bien qu'ils aient pu être vus comme contradictoires, n'en constituent pas moins des parties intégrantes de la scène. On verra ainsi interagir les droits de l'enfant avec ceux des parents et ceux des autres champs juridiques, les droits-protection avec les droits-liberté, les intérêts présents avec les intérêts futurs, etc. Tous ces modules qui, de manière isolée, semblent s'affronter, mais qui, ensemble, forment le domaine des droits de l'enfant dans toute sa splendeur et sa complexité. En effet, et c'est là l'une de nos composantes de la matrice des interactions régulateurs de type post-moderne, la pensée dialectique relative aux droits de l'enfant permet d'embrasser la complexification du domaine : au temps de la simplicité, il s'agissait de choisir entre protéger ou libérer, ou entre le petit Homme ou le petit de l'Homme ; pensée simpliste pouvant néanmoins se compliquer avec l'addition des éléments à placer dans l'une ou l'autre des catégories concomitantes dans une seule et même situation.

De la complication à la complexification c'est, selon Edgard Morin, la récursivité qui affecte le fonctionnement de ses composants et lui confère dès lors une part d'imprévisibilité¹⁴⁴⁰. Dans notre champ d'études, il s'agira d'opérer une transition depuis protéger *ou* libérer vers protéger *et* libérer l'enfant, ou mieux encore, protéger *pour* libérer ou, inversement, libérer *pour* protéger. En d'autres mots, il ne s'agit plus d'appréhender les termes uniquement selon leurs propriétés respectives, mais de les étudier en fonction des interactions qui les relie. La transition depuis la dichotomie vers la dialectique nous permet donc tout d'abord de reconnaître les doubles dimensions propres au champ des droits de l'enfant, et même propres à l'enfant : cette reconnaissance offre une voie de sortie au débat stérile qui implique des solutions univoques, mais insatisfaisantes pour l'enfant. Il faut accepter qu'individuellement l'enfant qui grandit se trouve dans une dynamique constante d'évolution ; il est donc normal que la loi reflète cette quête d'équilibre à travers des oscillations continues.

La dialectique, qui permet de réfléchir « l'interaction des termes habituellement distingués »¹⁴⁴¹, est dès lors toute donnée pour faire sens à l'impasse théorique à laquelle se heurtaient jusqu'alors les droits de l'enfant. Si l'on reprend nos deux catégories principales de

¹⁴⁴⁰ Voir *supra*, Partie II, chap. 3, B, 4.

¹⁴⁴¹ F. OST et M. van de KERCHOVE, *préc.*, note 647, p. 37.

droits-protection et droits-liberté, l'une n'apparaît plus comme la limite de l'autre, mais plutôt comme la condition de celle-ci. Il faut protéger l'enfant pour le libérer, de même, il faut le libérer pour mieux le protéger — et cette réciprocité dépasse largement le champ juridique pour se réaliser dans tout ce qui concerne l'enfant. Ce dernier est plus vulnérable et mérite dès lors une protection accrue ; néanmoins, plus il grandit, moins il est vulnérable et donc plus la protection s'efface ; plus la protection s'efface, plus il est libre. C'est l'équation classique au fondement du développement de l'enfant : plus l'enfant grandit, plus la protection s'efface et plus la liberté grandit.

Développons quelque peu ce point fondamental. Sans protection, l'enfant ne peut pas grandir, tel un animal domestique abandonné, il est voué à mourir, car trop vulnérable ; il ne jouira donc jamais de liberté. À un niveau moins excessif, l'enfant à qui l'on octroie progressivement des libertés doit être en mesure de les exercer sans mettre sa vie en péril. Il doit donc être un minimum protégé pour apprendre la liberté. La protection est en ce sans condition de la liberté : sans protection, point de liberté. À l'inverse, si la protection de l'enfant ne s'efface pas progressivement, il ne jouira jamais de liberté et donc sera brimé dans tout un aspect crucial de sa personne. Dans une moindre mesure, plus l'enfant est privé de liberté, moins il s'exerce à en jouir. Une fois adulte, et donc plus spécifiquement protégé, la découverte des libertés se fera sans protection, les « erreurs du débutant » risqueront dès lors de lui coûter plus cher que s'il s'y était essayé enfant, et donc protégé : sans liberté, pas de protection. La liberté et la protection connaissent ainsi des liens de réciprocité qu'il faut accepter au risque de nuire à leur efficacité. Si en effet on ne prend pas en considération le fait que la protection est indispensable à la liberté, et qu'on demeure sur des postulats d'opposition, on cherchera à assurer la protection en effaçant complètement la liberté. Tentative vouée à l'échec dans la mesure où, rappelons-le, la liberté est une condition de la protection, et inversement.

Par la dialectique, le regard se déplace ainsi depuis les propriétés — protection ou liberté — vers les interactions — protéger pour libérer ou libérer pour protéger. On envisagera dès lors les interactions (entre le présent et le futur, l'adulte et l'enfant, le droit des enfants et les autres champs juridiques, les parents et l'enfant, la protection et la liberté, etc.) et non plus les oppositions. Par la reconnaissance de la réciprocité des éléments dans un système de boucles récursives, on travaille dès lors sur les besoins mutuels et conditions d'interdépendance afin de favoriser l'ensemble du système. On ne cherche plus à améliorer la protection en diminuant la liberté, mais au contraire, à améliorer la protection en augmentant la liberté. Il en va de même de toutes les autres dichotomies ; pensons, par exemple, aux différents champs juridiques et à

leur objectif respectif parfois considéré comme contradictoire : protéger l'enfant dans le cadre des droits de l'enfant ou protéger la société dans le cadre du droit pénal. Et si au contraire, protéger l'enfant permettait de protéger la société, notamment en tentant de le responsabiliser sur les conséquences de ses actes. De même en va-t-il du droit des parents et du droit des enfants : et si, en renforçant le droit des parents, on permettait à ces derniers de mieux respecter le droit des enfants ? Que l'on renforce leur capacité parentale et l'on favorisera certainement le bien-être et le développement de l'enfant en parallèle.

Afin de mieux comprendre les différentes composantes propres à l'approche dichotomique et à l'approche dialectique dans le cadre des droits de l'enfant, nous proposons de synthétiser ces réflexions à l'aide du tableau suivant :

Tableau 7. Les droits de l'enfant selon l'approche dichotomique ou dialectique

Type d'approche	Approche dichotomique		Approche dialectique
Type de régime	Régime moderne		Régime post-moderne
Type de système	Système simple	Système compliqué	Système complexe
Éléments considérés par le système	Propriété du terme	Propriété des termes	Interactions des termes
Équation relative à la finalité des droits de l'enfant selon chaque système	Protéger ou libérer les enfants	Protéger et libérer les enfants	Protéger les enfants pour les libérer ou libérer les enfants pour les protéger

Tel que nous le concluons à la fin de notre première partie, les oppositions déstabilisent les droits de l'enfant. Au lieu de penser les termes les uns contre les autres, il faut, au contraire, reconnaître qu'ils sont présents les uns aux côtés des autres. Enfin, pour parvenir à une harmonie complète, il faut travailler les uns avec les autres (la protection pour la liberté et la liberté pour la protection). Dans cette logique, les deux termes qui se trouvaient des deux côtés de la balance se retrouvent maintenant d'un seul et même côté. Il ne reste plus qu'à leur trouver un ennemi commun pour combler l'autre côté de la balance, ou, plus positivement, un dessein commun, sinon un principe organisationnel.

2. *Penser les interactions dialectiques des propriétés des droits de l'enfant*

L'approche dichotomique des droits de l'enfant s'illustre dans la pensée moderne qui, par le biais de la méthode réductionniste¹⁴⁴², cherche à réduire les phénomènes aux plus petits éléments qui les composent. *A contrario*, elle rend difficile l'étude plus globale des phénomènes, notamment dans leur dynamique. Afin de contrer cette séparation systématique des éléments issue de la méthode analytique, il faut tout logiquement parcourir le chemin inverse : réintégrer les éléments au sein du phénomène duquel ils participent. Ce faisant, la perspective s'agrandit et les éléments regroupés s'arriment dans un ensemble harmonieux. La même logique s'applique à bon nombre d'images, que l'on prenne par exemple celle du territoire : à petite échelle, la ville de Québec est bien souvent placée en opposition à celle de Montréal. Dès lors que l'on parle de province, ces deux villes font néanmoins corps commun contre l'Ontario, par exemple. Plus globalement encore, si l'on prend le territoire national, les deux provinces s'allient pour former le Canada et connaître comme « autre » les États-Unis ; et ainsi de suite, l'Amérique du Nord, l'Amérique, le monde, l'univers, etc. Tout ce que l'on a pu réduire peut à nouveau être assemblé.

Notons qu'il ne s'agit pas seulement de regrouper des éléments présentant des points communs lorsque la perspective s'élargit. Il faut aussi, et peut-être même surtout, comprendre comment ces éléments interagissent dans le cadre de cette perspective plus large. Dès lors, une première étape consistera à identifier le phénomène pour lequel les éléments dialoguent et le principe organisationnel de ce phénomène. Autrement dit, il est indispensable de comprendre le cadre commun dans lequel s'inscrivent les éléments lorsqu'ils participent du même phénomène. Dans la perspective de notre travail sur les droits de l'enfant, il s'agira par conséquent de déterminer le principe cadre de l'interaction des différents éléments mis en évidence précédemment (a). Une fois ce travail effectué, nous verrons que le domaine des droits de l'enfant devient plus clair et la place des éléments qui le composent s'affirme dans un ordonnancement cohérent. Nous en identifierons le principe cadre comme étant celui du respect de l'intérêt de l'enfant et placerons la participation parmi les règles procédurales permettant de le satisfaire (b).

¹⁴⁴² Voir *supra*, Partie II, chapitre 2, C, 1.

a. Identifier un principe cadre

Reprenons les deux duellistes que nous avons invoqués dans la deuxième partie de cette thèse, soit les logiques sociale et libérale du droit, alors présentées comme ennemies dans la pensée moderne. Nous retrouvons ces duellistes ensemble dès lors que l'on situe l'analyse dans une approche plus globale : les logiques sociales et les logiques libérales du droit participent en effet toutes deux à la régulation sociojuridique. Leurs interactions réciproques s'inscrivent dans un même mouvement dynamique et dialectique. Ce faisant, les logiques libérales et sociales du droit ne sont plus perçues l'une contre l'autre, mais bien l'une avec l'autre. Le même raisonnement s'applique aux termes des droits de l'enfant que nous avons précédemment opposés : si on élargit la perspective et qu'on leur trouve un cadre commun, il sera alors possible de dépasser l'approche dichotomique stérile.

Trois niveaux d'analyse permettent selon nous d'englober l'ensemble des propriétés dichotomiques des droits de l'enfant : d'abord le droit, ensuite l'enfant et, finalement, les droits de l'enfant. Après avoir identifié les principes cadres de chacun de ces niveaux d'analyse, nous tenterons de réconcilier les couples d'oppositions afin de dégager les interactions qui structurent le domaine des droits de l'enfant.

Le dessein du premier niveau, celui du droit, est probablement le plus complexe à décrire. Plus d'une thèse peut être écrite à ce sujet, et plus d'un livre l'a déjà été¹⁴⁴³. Dans le cadre de cette thèse, nous ne pouvons prétendre nous attaquer à une question d'une telle envergure avec l'ambition d'offrir une réponse exhaustive. Nous nous contenterons donc du cadre très large, et qui nous semble unanimement partagé, du droit dans une perspective sociojuridique : celui de la régulation de la société. Dès lors les différents domaines juridiques participent tous de ce même élan régulateur. Que l'on pense au droit de l'enfant, mais encore au droit criminel, au droit familial, au droit civil, etc. Ces différents champs juridiques ont certes été divisés pour accéder à une meilleure compréhension de chacun d'eux. Il ne faut néanmoins pas oublier qu'ils appartiennent tous à l'univers juridique au sens large et, qu'à ce titre, ils participent ensemble à la régulation de la société.

Les droits des différentes personnes peuvent également intégrer ce niveau juridique, et plus particulièrement, la dichotomie maintes fois relevée entre le droit des enfants et le droit

¹⁴⁴³ Pensons récemment aux ouvrages dont les titres sont très similaires « À quoi nous sert le droit » et « À quoi sert le droit », respectivement écrit par Jacques Commaille et François Ost, auteurs à qui nous référons à maintes reprises dans cette thèse : J. COMMAILLE, préc., note 678 ; F. OST, préc., note 636.

des parents. Ces deux catégories de droits participent elles-aussi au phénomène plus large de régulation de la société. Finalement, que l'on s'intéresse aux droits selon les différents domaines juridiques ou selon les différentes personnes qui les détiennent, ils interagissent constamment pour former le « droit ». L'étude de leurs liens réciproques permet ainsi de mieux comprendre la structure de régulation sociojuridique dans une perspective dynamique et dialectique, tandis que l'étude de chacun de ces termes de manière isolée en réduit la perspective.

Voilà deux types d'études qui mobilisent deux intérêts intellectuels : comprendre le système de régulation sociojuridique de manière dynamique en envisageant les interactions qui lient l'ensemble de ces termes, ou comprendre les propriétés d'un des termes dans sa cohérence interne. Dans notre perspective, élargir l'étude à celle du droit nous permet de réconcilier les différents champs juridiques interpellés par les droits des enfants, ainsi que les droits des parents avec ceux des enfants dans une visée de régulation sociale.

Notre second niveau, soit celui de l'enfant, se rapporte moins à une finalité qu'à des caractéristiques. On embrasse ici les dichotomies mature-immature, présent-futur, capable-incapable, autonome-dépendant, etc. Tous ces termes décrivent des caractéristiques propres à l'enfance ou, du moins, qui se rencontrent à un moment donné de cette période de vie. Plutôt que les présenter comme opposées l'une à l'autre, c'est ensemble que ces caractéristiques décrivent l'enfant. Celui-ci est en effet à la fois mature et immature, à la fois capable et incapable, et ainsi de suite. Son état évolue d'une caractéristique à l'autre se rapprochant d'un terme puis de l'autre selon l'état de son développement. Les deux pôles sont donc indispensables pour identifier l'enfant, et ce sont leurs interactions qui permettent d'appréhender non seulement la complexité de l'enfant, mais aussi sa véritable identité. Ce sont ces mêmes interactions qui permettent d'envisager la nature dynamique de l'enfance. Répétons-le, entre 0 et 18 ans, l'être humain évolue intensément. La compréhension de ce niveau doit donc se faire de manière dynamique, en acceptant le dialogue constant qui s'établit entre les différentes caractéristiques de l'enfant, et non en s'arrêtant sur un terme défini par son opposé.

Finalement, notre dernier niveau nous permet d'embrasser les deux premiers. Nous parlons ici des droits de l'enfant. Plusieurs éléments énoncés précédemment dans une perspective dichotomique peuvent s'intégrer à ce niveau d'analyse, que l'on pense aux dichotomies principales ou encore à celles opposant les droits de l'enfant entre eux, notamment la principale entre droits-protection et droits-liberté. Ici encore, le principe cadre

des droits de l'enfant, à savoir l'intérêt de l'enfant¹⁴⁴⁴, pourrait nous permettre de réconcilier les termes. En effet, il est aujourd'hui établi dans tous les textes juridiques relatifs aux droits de l'enfant, ainsi que dans toutes les normes qui le concernent dans les textes juridiques à caractère plus large, que toute décision doit être prise dans l'intérêt de l'enfant.

Nous avons précisé que, dans une approche dialectique, les droits-protection et les droits-liberté étaient interdépendants. Rajoutons, ici, que leurs interactions doivent s'inscrire dans le cadre de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier ne pourra pas être satisfait uniquement par la reconnaissance de droits à portée protectionniste ou de droits à visée libérationniste. Ces deux ensembles doivent non seulement être présents, mais doivent aussi dialoguer dans un dessein commun. C'est ainsi que ces deux éléments interagissent : ensemble du même côté de la balance, celui de l'intérêt de l'enfant, contre tout ce qui pourrait s'opposer à cet intérêt. On est dès lors dans une approche plus synergique que dichotomique, dans laquelle les éléments se renforcent entre eux et, surtout, renforcent l'intérêt de l'enfant.

Identifier ainsi les niveaux dans lesquels s'imbriquent les différentes composantes des droits de l'enfant, ainsi que les principes cadres de ces niveaux, permet de mieux appréhender comment chaque élément participe au système, avec quels autres éléments il interagit, et surtout de quelle manière. Cette structuration autour de l'intérêt de l'enfant nous permet de revenir sur certaines oppositions qui devraient, finalement, disparaître à la lumière de ce nouvel ordonnancement.

b. Ordonner les interactions : pour une stratégie procédurale

Les éléments d'abord posés dans une approche dichotomique puis dialectique ont chacun un rôle et une place dans le système des droits de l'enfant. Identifier les différents niveaux nous a permis de dégager une certaine structuration des propriétés et de clarifier le rôle et la place de ces dernières. Par exemple, l'intérêt de l'enfant est indéniablement le principe cadre des droits de l'enfant. Toutes les décisions doivent tendre à le satisfaire ou à le renforcer. La dichotomie principielle qui consiste à opposer l'intérêt de l'enfant à d'autres principes, notamment celui de la participation de l'enfant, n'a dès lors plus lieu d'être : l'intérêt de l'enfant

¹⁴⁴⁴ Voir *supra* Partie III, chap. 1.

constitue le principe cadre ; la participation apparaît comme un moyen de l'atteindre, un principe instrumental. Il n'y a aucune raison de les opposer dans la mesure où ils participent ensemble d'un même élan, ils y occupent simplement des rôles, sinon des niveaux, différents.

En outre, le chercheur qui agira avec réflexivité saura identifier à quel niveau il se situe et donc, comment ordonnancer les éléments. Par exemple, si le chercheur adopte la perspective des droits de l'enfant, toutes les interactions se feront selon le principe fondamental de l'intérêt de l'enfant. Si les droits des parents sont interpellés, ils le seront en faveur de l'intérêt de l'enfant et, dès lors qu'ils s'y opposeront, ils devront s'effacer. Sans l'avoir ainsi théorisé, nous avons déjà eu l'occasion dans cette thèse de rencontrer de telle situation. Pensons au droit de garde et d'accès : s'ils faisaient auparavant partie des droits civils des parents, ils sont aujourd'hui reconnus comme des droits des enfants, et doivent donc se décliner en faveur de l'intérêt de l'enfant. De même, la question de l'autorité parentale et le privilège de la garde qui revient en premier ordre aux parents ; il ne s'agit pas pour autant d'un droit des parents, mais bien de celui de l'enfant. On considère en effet que l'intérêt de l'enfant sera respecté au mieux si ces prérogatives reviennent aux parents. On favorise ainsi un moyen particulier dans la décision : celui du maintien ou du retour de l'enfant dans son milieu familial¹⁴⁴⁵. Néanmoins, si ce moyen s'avère inefficace et dessert l'intérêt de l'enfant, il lui sera préféré le retrait de l'enfant, toujours dans le but de satisfaire l'intérêt de l'enfant.

Cet effort d'ordonnancement s'inscrit indéniablement dans une démarche procédurale : il ne s'agit pas de réécrire les droits de l'enfant, mais plutôt de travailler sur les procédures qui permettent de les satisfaire. On peut toujours énoncer les principaux droits de l'enfant, tels que le droit à la vie, le droit à la protection, le droit à la liberté, etc., mais ce sont les règles procédurales qui permettront de les atteindre. En ce sens, les décisions prises dans le cadre général des droits de l'enfant devront être dans l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, plusieurs règles procédurales, que l'on pourrait également nommer des principes de mis en œuvre, devront être suivies : il faudra, par exemple, laisser à l'enfant la possibilité de s'exprimer et prendre en compte son avis selon sa maturité ; il faudra encore tenir compte des relations que l'enfant a déjà créées et de son besoin de stabilité et de continuité, et donc ne rompre ces liens qu'en cas de préjudice grave pour l'enfant.

¹⁴⁴⁵ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 41, art. 4.

Dans cette perspective, on pourrait mettre en place des stratégies procédurales qui viseraient, à partir du principe cadre de l'intérêt de l'enfant, à décliner les règles procédurales applicables selon les contextes et les questions interpellées. On pourrait également demander aux décideurs de justifier leurs stratégies procédurales afin de s'assurer du respect du principe fondamental de l'intérêt de l'enfant dans leurs décisions¹⁴⁴⁶. Il pourrait encore sortir de cet exercice un schéma type témoignant de la stratégie procédurale à adopter pour traiter de telle ou telle question et faciliter la prise de décision ainsi que leur uniformité. De la sorte, les normes de mise en œuvre des droits de l'enfant — les normes procédurales — deviennent la clef du respect de ces droits et l'instrument de réconciliation des propriétés dichotomiques modernes.

Mettre au clair cet ordonnancement procédural permet d'éviter certains écueils et doit, à notre avis, apparaître aussi clairement tant dans la théorie que dans la loi. Nous reviendrons plus loin sur la façon dont la L.P.J. articule ces différents principes¹⁴⁴⁷. Cette étape nous permettra également d'effacer des contradictions qui n'ont pas lieu d'être dans un système finalisé et d'ainsi travailler sur les interactions plutôt que sur les propriétés, dans une perspective dynamique toute donnée lorsqu'il s'agit de l'enfant. Ces interactions constituent d'ailleurs le quotidien de l'enfant dont les relations avec les autres sont encore plus déterminantes que pour les adultes et doivent, dès lors, non seulement être intégrées dans le droit, mais encore être adaptées à cette équation particulière.

3. Les interactions autour du sujet : pour une approche relationnelle de l'enfant

Les droits de l'enfant mettent en jeu de nombreuses relations qui, bien souvent, sont considérées comme le cœur même du problème. On pensera à l'évidence aux relations parent-enfant, mais encore dans le cas de la protection de la jeunesse, aux relations entre les enfants et les acteurs sociaux et les acteurs judiciaires, ou à un niveau plus éloigné, aux relations entre les acteurs sociaux et les acteurs judiciaires eux-mêmes. On pourra ajouter à ces premières relations classiques, celles entourant plus largement l'enfant, à savoir avec ses pairs, les membres de sa famille élargie, les éventuelles figures paternelles ou maternelles qui ne sont pas les parents, les

¹⁴⁴⁶ La Commission Laurent a d'ailleurs recommandé que les décisions soient accompagnées « d'une analyse et d'une démonstration écrite et rigoureuse de son intérêt », COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 85.

¹⁴⁴⁷ Voir *infra*, Partie III, chap. 3, B, 1.

personnes en autorité telles que les professeurs ou les entraîneurs sportifs par exemple. À un niveau plus systémique, on pourra encore intégrer la relation générale entre les enfants et les adultes.

Quel que soit le niveau d'analyse, l'enfant ne peut être pensé en dehors de ces relations. C'est d'ailleurs pourquoi il constitue un sujet tout particulier du droit. En effet, la conception de l'individu qui prédomine dans le régime juridique moderne s'articule autour du concept d'autonomie. La montée du libéralisme, tel que nous l'avons vu, a consacré un individu rationnel, libre et autonome¹⁴⁴⁸. Tout l'appareil juridico-politique moderne fait écho à cette acception de l'individu indépendant, pendant naturel des valeurs de liberté et d'égalité autour desquelles le système s'articule dans son ensemble. Le second postulat dissimulé derrière la notion d'individu, celui de la rationalité, ne semble pas moins discutable lorsqu'il s'agit de l'enfant. Certes, l'enfant pourrait être considéré comme un être rationnel, néanmoins, l'échelle de rationalité considérée sera différente de celle que nous envisageons pour les adultes.

De ces deux postulats, il ressort que si un individu se lie à un autre individu, il le fait de manière libre et consentie, après l'avoir décidé rationnellement. Or, peut-on en dire autant des relations qu'entretient l'enfant ? Il semblerait que non : l'enfant ne choisit pas ses parents, il n'est pas autonome ni libre, du moins au début de sa vie. Tel que le souligne Laurence Ricard, la relation parent-enfant « suppose des rapports inhérents d'amour, d'interdépendance, de soins et d'autorité qui sont étrangers à la conception libérale de l'individu »¹⁴⁴⁹. Il faudra dès lors penser et construire les droits de l'enfant en considérant la portée de ces relations. Or, on ne pourra le faire sans se détourner de cette prémisse juridique de l'individu autonome au risque d'une construction totalement inadaptée, voire néfaste, à l'enfant lui-même. Au contraire, il faudra tenir compte de ces relations de dépendance, d'émancipation, d'autorité et de normativité. Au-delà d'admettre leur présence, nous dirons même qu'il faut les étudier et les travailler pour en faire une force plutôt qu'une limite des droits de l'enfant¹⁴⁵⁰. Pour ce faire, la vision individualiste devra céder le pas devant la vision relationnelle du droit. Cette perspective mériterait de plus amples approfondissements et pourrait même faire l'objet d'une thèse à elle-seule. Néanmoins, dans le cadre de cette étude des interactions dans le domaine des droits de

¹⁴⁴⁸ Voir *supra* Partie II, chap. 1, A, 1, a.

¹⁴⁴⁹ L. RICARD, préc., note 1352, 56.

¹⁴⁵⁰ Laurence Ricard propose par exemple de s'intéresser à la théorie relationnelle et à ce qu'elle pourrait apporter aux droits de l'enfant dans préc., note 1352.

l'enfant, nous nous contenterons d'en livrer quelques illustrations et d'en encourager l'exploration.

Dans le droit en vigueur, plusieurs normes semblent déjà prendre en compte l'enfant dans ses relations. L'exemple le plus illustrateur de l'intégration de la théorie relationnelle dans le champ des droits de l'enfant provient certainement de l'influence considérable de la théorie de l'attachement¹⁴⁵¹. En résumé, cette dernière postule que l'enfant a besoin de développer une relation d'attachement avec au moins une personne pour son bien-être et son évolution. Plusieurs schèmes d'attachement ont dès lors été développés et correspondent à des comportements identifiables à l'âge adulte. Ces connaissances émanant de l'univers de la psychologie ont été intégrées au fil des ans par le droit, notamment dans le domaine de la protection de la jeunesse.

Depuis quelques années, nous retrouvons en effet dans la L.P.J., dans les réflexions qui l'entourent et dans la jurisprudence, des concepts tels que les figures d'attachements, le parent psychologique, les liens significatifs ou encore la continuité des soins et la stabilité des liens, sur lesquels nous reviendrons ici. Les rapports relatifs à l'application de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, qui ont eu de fortes retombées sur ses réformes successives, ont depuis toujours affirmé l'importance des liens d'attachement et de leur continuité pour le bien-être de l'enfant. Citons, par exemple, le rapport Charbonneau qui, déjà en 1982, affirmait que :

de nombreuses études ont démontré l'importance, pour le développement harmonieux d'un enfant, de la présence stable, auprès de lui, d'au moins un adulte significatif répondant tout autant à ses besoins affectifs que physiques. Des enfants en bas âge vivant en institution ont vu leur développement intellectuel et affectif compromis parce qu'ils n'ont pu profiter de cette présence significative d'une personne adulte, et ce, malgré les bons soins physiques et le dévouement des personnes qui s'en occupaient.¹⁴⁵²

Mettant de l'avant la notion de parent psychologique, individu qui constituera la figure d'attachement de l'enfant, pour pallier les cas où le parent biologique ne satisfait pas ce rôle, le rapport poursuit en énonçant deux conditions essentielles au développement de ce lien psychologique : « que les soins apportés soient quotidiens et continus (d'où l'importance de la stabilité dans la relation parent-adulte) et qu'il existe des sentiments réciproques et mutuels »¹⁴⁵³. L'importance de la stabilité des relations dans la théorie de l'attachement est

¹⁴⁵¹ La théorie de l'attachement est généralement attribuée au travail du psychiatre et psychanalyste britannique John Bowlby.

¹⁴⁵² ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC, COMMISSION PARLEMENTAIRE SPECIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 482, p. 237.

¹⁴⁵³ *Id.*

également reconnue dans la jurisprudence qui, nous l'avons vu, n'hésite pas à confier l'enfant à des parents d'accueil dès lors que des liens d'attachement profonds ont été tissés, et ce, malgré l'absence de fautes graves de la part des parents biologiques ou leur volonté de récupérer l'enfant¹⁴⁵⁴. En outre, les notions de continuité des soins et de stabilité des liens ont fait leur entrée dans la L.P.J. depuis 2006. La nouvelle formule de l'article 4 prévoit depuis cette date que si le retour de l'enfant dans son milieu familial n'est pas possible, la décision devra tendre à lui « assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge de façon permanente ». La même formulation est reprise à l'article 57 quant à la révision de la situation par le directeur, ainsi qu'à l'article 91 concernant les ordonnances du tribunal. En outre, l'article 4 va encore plus loin en précisant que, dans le cas où le maintien de l'enfant dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit, si possible, tendre à assurer cette continuité des soins « auprès des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie ». On reconnaît de la sorte l'importance de ne pas créer de rupture dans les liens d'attachement que l'enfant a pu développer, même lorsque ces liens ne sont pas tissés avec ses parents biologiques. On retrouve ainsi consolidées, à différents endroits de la loi, les exigences psychologiques propres à la théorie de l'attachement : la stabilité, la continuité et la permanence. Les juges se réfèrent également fréquemment à ces concepts issus de cette théorie, notamment quand ils rendent des décisions visant le maintien de l'enfant dans sa famille d'accueil¹⁴⁵⁵.

Dans le même élan, la permanence du projet de vie recherchée pour l'enfant participe à la volonté de constituer et de maintenir des liens significatifs entre l'enfant et une ou des figures d'attachement. Elle vient s'ériger contre les ballotements trop nombreux par le biais desquels les enfants sont constamment transférés d'un milieu de vie à un autre et connaissent tant de ruptures qu'ils deviennent incapables de s'attacher à qui que ce soit par la suite. La permanence des projets de vie vise ainsi à assurer une plus grande continuité des soins et stabilité des liens, et donc un meilleur équilibre psychosocial de l'enfant. Le rapport Dumais de 2004 insistait sur l'importance du projet de vie permanent pour l'enfant, notamment face au constat des déplacements et revirements trop fréquents d'un milieu à l'autre des jeunes pris en charge par

¹⁴⁵⁴ Voir par exemple les décisions de la Cour suprême que nous avons déjà approfondies *King c. Low*, préc., note 523 ; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, préc., note 540 ; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, préc., note 1056.

¹⁴⁵⁵ Voir par exemple les décisions *Paquette, ès qualités Personne autorisée par le Directeur de la protection de la jeunesse c. C. (L.)*, [1997] RJQ 2639 (Cour du Québec) ; *King c. Low*, préc., note 523 ; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, préc., note 1056.

la DPJ, que le rapport qualifiait d'enfants « ping-pong »¹⁴⁵⁶. D'ailleurs, il interpellait directement la théorie de l'attachement dans le cadre de ces propos sur les projets de vie en rappelant que :

Selon la théorie de l'attachement [...], il est crucial pour l'enfant de développer un lien d'attachement sécurisant et stable avec une personne significative de son entourage, au cours de sa première année de vie. [...]. Ce lien d'attachement constitue un facteur déterminant dans le développement normal de l'enfant. L'incapacité de former ce lien peut, à l'inverse, entraîner pour l'enfant des conséquences graves, voire, dans certains cas, irréversibles.¹⁴⁵⁷

Les avancées en matière psychologique semblent par ailleurs insuffler la nécessité d'intervenir au plus tôt dans la vie des enfants afin de limiter les séquelles relatives aux ruptures des liens d'attachement. Dans cette même optique, la notion de diligence fut introduite dans la L.P.J. en 1994¹⁴⁵⁸ par le biais de son article 2.4.5, notamment en réaction au rapport Jasmin, qui soulignait « l'importance de la notion du temps, de la continuité relationnelle avec un adulte significatif et les torts irrémédiables causés par la privation affective continue »¹⁴⁵⁹. L'article 2.4.5. L.P.J. exige d'agir avec diligence, « compte tenu que la notion de temps chez l'enfant est différente de celle des adultes ». Une particularité mainte fois rappelée par les tribunaux. Dans l'arrêt *Paquette, ès qualités Personne autorisée par le Directeur de la protection de la jeunesse c. C. (L.)*, le juge Jacques R. Roy explique, par exemple, que « [l]e tribunal tente de se mettre à l'heure de l'horloge psychique de l'enfant dont parle le rapport Jasmin pour que la vie de cet enfant ne devienne point une succession de moments avec une succession de personnes, mais une continuité avec la présence de ses figures parentales personnalisées. »¹⁴⁶⁰

La prise en compte de la notion de temps chez l'enfant a abouti en 2006 à la mise en place des limites des durées de placement. Ces délais, imposés à l'article 53.0.1 L.P.J. dans le cadre d'une entente sur les mesures volontaires, et à l'article 91.1 L.P.J. dans le cadre des mesures ordonnées par le tribunal, répondent au même objectif de permanence et de diligence en intégrant les données relatives à la théorie de l'attachement. Plus l'enfant est jeune, moins les durées de séparation devraient être longues. C'était ici encore un des points mis de l'avant dans le rapport Dumais qui rapportait que : « [l]es connaissances scientifiques actuelles

¹⁴⁵⁶ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 96.

¹⁴⁵⁷ *Id.*, p. 96 et 97.

¹⁴⁵⁸ *Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1994, c. 35.

¹⁴⁵⁹ RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL MSSS-MJQ SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1194, p. 20.

¹⁴⁶⁰ *Paquette, ès qualités Personne autorisée par le Directeur de la protection de la jeunesse c. C. (L.)*, préc., note 1443, par. 66 ; voir aussi *Young c. Young*, préc., note 414.

démontrent en effet que plus l'enfant est jeune, plus les risques qu'il développe des troubles de l'attachement et des problèmes de développement sont élevés, et plus il importe de lui assurer rapidement un milieu de vie stable »¹⁴⁶¹. C'est donc encore dans le but de stabiliser les liens d'attachement de l'enfant et d'éviter qu'il ne connaisse trop de ruptures que ces délais ont vu le jour¹⁴⁶².

L'apport de la théorie de l'attachement dans la loi est ainsi une bonne illustration de la prise en compte de la perspective relationnelle dans le domaine des droits de l'enfant et de ce que celle-ci a déjà permis de mettre en place. Néanmoins, il nous semble que bien d'autres voies pourraient être ouvertes par l'étude et la considération renforcée du contexte relationnel dans lequel grandit l'enfant. Celles-ci favoriseraient encore les procédures basées sur la collaboration, telles que la médiation ou la négociation, plutôt que celles basées sur la confrontation. Contrairement à d'autres domaines, les droits de l'enfant ne se prêtent pas à opposer deux ou plusieurs individus, puisqu'il existe des relations souvent inextricables entre eux, d'interdépendance, d'amour ou d'autorité. Ces relations devraient au contraire, du moins lorsque possible, constituer la base sur laquelle s'appuyer pour trouver les moyens de résoudre les situations problématiques rencontrées par les enfants. Elles doivent être considérées comme des forces positives sur lesquelles il convient de travailler. Évidemment, cette attitude ne peut s'appliquer à tous les cas, notamment en protection de la jeunesse lorsque ces relations sont contraires à l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, il nous semble pertinent d'identifier dans l'environnement de l'enfant ce qui fonctionne ou peut-être améliorer, quelles relations il serait important de consolider et quels membres de l'entourage de l'enfant il est nécessaire de soutenir pour que sa situation s'améliore.

Pour conclure au sujet de l'approche dialectique en matière des droits de l'enfant, soulignons à nouveau l'importance de considérer les interactions qui structurent le domaine. Cette perspective permet non seulement de réconcilier les éléments constitutifs des droits de l'enfant dans un ordonnancement clair, mais encore de replacer le sujet de droit au cœur de son contexte. Ce dernier est particulièrement marqué par les relations qui lient l'enfant à d'autres

¹⁴⁶¹ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 99.

¹⁴⁶² La CSDEPJ souligne également la nécessité de reconnaître que le rapport au temps diffère chez l'enfant et chez l'adulte, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1172, p. 73.

personnes et qui risqueraient de se perdre dans une vision classique du droit fondée sur l'individu autonome et rationnel. Au contraire, dans une approche relationnelle, ces liens sont considérés dans leurs implications vis-à-vis de l'enfant et de ses droits. L'approche relationnelle ouvre ainsi la voie à une meilleure adaptation de l'univers juridique à l'enfant, voie déjà empruntée par le biais de l'intégration de la théorie de l'attachement dans les normes. À présent, depuis cette approche dialectique par les interactions des droits de l'enfant, voyons comment cette réflexion prend place dans le domaine de la protection de la jeunesse appréhendé dans une perspective post-moderne.

B. Exemple d'une perspective post-moderne des droits de l'enfant. La protection de la jeunesse en réseau : acquis et pistes d'amélioration

Bien qu'elle précède la conclusion générale de notre thèse, cette section dresse déjà un premier bilan. Elle consiste en effet à reprendre les éléments jusqu'ici abordés pour leur donner une application concrète dans le domaine de la protection de la jeunesse. Nous aborderons ainsi le droit de la protection de la jeunesse à partir de notre grille d'analyse dégagée du régime de régulation post-moderne. Cette approche nous permettra d'identifier certains acquis qui répondent déjà aux caractéristiques des interactions régulatrices de type post-moderne, mais aussi de proposer des pistes d'amélioration. Pour commencer, nous reprendrons nos réflexions posées juste avant au sujet des interactions, et plus particulièrement, de l'ordonnement de celles-ci. À la lumière de ces développements, nous reviendrons sur la cohésion interne du domaine de la protection de la jeunesse à l'aide des principes développés plus haut, dont principalement celui de l'intérêt de l'enfant (1). Nous nous concentrerons ensuite sur les interactions jouant en matière de protection de l'enfant à partir d'une vision réseautique du domaine (2).

De la sorte, cette dernière partie se veut une réponse tant à la première qu'à la seconde partie de cette thèse. Plus exactement, elle tente de pallier les lacunes des droits de l'enfant identifiées dans la première partie (l'impasse de la vision dichotomique) à l'aide des outils étudiés dans la seconde (les interactions du régime régulateur post-moderne). Dans ce cadre-là, certaines pistes d'amélioration de la *Loi sur la protection de la jeunesse* émergeront de ces réflexions.

1. Identifier et renforcer la stratégie procédurale : l'intérêt de l'enfant

L'intérêt de l'enfant est le principe fondamental des droits de l'enfant. Les différents groupes d'évaluation et d'expertise qui se sont penchés sur l'application de la L.P.J. au fil des ans n'ont cessé de le répéter, à l'instar du rapport Jasmin qui soulignait que le principe de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits « constitue le fondement même de la Loi sur la protection de la jeunesse »¹⁴⁶³. Celui-ci doit demeurer le principe cadre et chapeauter l'ensemble des autres principes de la loi.

Pourtant, dans le cadre de la L.P.J., le principe de l'intérêt de l'enfant est placé aux côtés d'autres principes au sein du chapitre intitulé « Principes généraux et droits des enfants », sans aucune précision sur sa place parmi les autres. Nous pensons qu'il devrait être mis en exergue de façon plus évidente. C'est d'ailleurs ce que proposait aussi le rapport Dumais de 2002 à sa recommandation 1.4 : « Qu'il soit établi clairement que le principe de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits constitue le principe premier de la L.P.J., ayant préséance sur tous les autres. »¹⁴⁶⁴

Par ailleurs, l'article suivant, l'article 4, qui exhorte à privilégier le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu familial, nous semble formulé de façon à pouvoir s'opposer au principe de l'intérêt de l'enfant, d'autant plus si ce dernier n'y est pas explicitement préféré. Pourtant, le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu familial n'est qu'un moyen privilégié pour respecter l'intérêt de l'enfant ; la formulation actuelle laisse dubitative. Rappelons ce qu'il en est :

Toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial.

Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, un tel maintien dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer, dans la mesure du possible auprès des personnes qui lui sont les plus significatives, notamment les grands-parents et les autres membres de la famille élargie, la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu familial. De plus, l'implication des parents doit toujours être favorisée dans la perspective de les amener et de les aider à exercer leurs responsabilités parentales.

¹⁴⁶³ RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL MSSS-MJQ SUR L'ÉVALUATION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1194, p. 37.

¹⁴⁶⁴ QUÉBEC (PROVINCE). COMITÉ D'EXPERTS SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 26.

Lorsque, dans l'intérêt de l'enfant, le retour dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer la continuité des soins et la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge de façon permanente.

Une décision prise en application du deuxième ou du troisième alinéa à l'égard d'un enfant autochtone doit tendre à confier cet enfant à un milieu de vie substitut en mesure de préserver son identité culturelle, en privilégiant un membre de la famille élargie, de la communauté ou de la nation de l'enfant.

Ce principe entraîne des difficultés d'application, voire de véritables casse-têtes, lorsqu'il entre en conflit avec l'intérêt de l'enfant¹⁴⁶⁵. Sur fondement de cet article, les enfants vivent parfois des allers-retours incessants et surtout nuisibles pour leur développement entre leur milieu familial, incapable de prendre soin d'eux, mais que la loi exhorte à privilégier, et des milieux substituts dans lesquels ils sont placés dans les moments de crise¹⁴⁶⁶. L'effort se concentre sur le maintien ou le retour de l'enfant dans son milieu familial plutôt que sur ce que permet d'atteindre un tel moyen, c'est-à-dire assurer la continuité des soins et la stabilité des liens. On considère que la continuité des soins et la stabilité des liens seront mieux sauvegardées si l'enfant demeure ou retourne auprès des personnes avec qui il a commencé sa vie ; on évite ainsi de lui faire subir une rupture dans ses liens d'attachements. Dès lors, le principe devrait être celui de privilégier la continuité des soins et la stabilité des liens, et le moyen privilégié pour ce faire, celui du maintien ou du retour dans son milieu familial. En l'espèce, c'est seulement lorsqu'un tel maintien ou un tel retour n'est pas possible qu'entrent en jeu la continuité des soins et la stabilité des liens. La formulation de l'article se perd ainsi, selon nous, entre les moyens et les fins¹⁴⁶⁷. Ce qui devrait être l'objectif n'apparaît important qu'en cas d'exception au principe du maintien dans le milieu familial, un principe qui devrait pourtant n'être qu'un moyen de servir l'objectif. Nous avons d'ailleurs retrouvé cette inquiétude au sujet de la confusion entre les moyens et les fins de l'article 4 dans le rapport Dumais de 2004. S'appuyant sur l'idée que « le principe affirmant l'importance d'assurer à l'enfant la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie apparaît plus large que celui affirmant l'importance de le maintenir dans son milieu familial et peut s'appliquer à la situation de tous les enfants »¹⁴⁶⁸, le rapport recommandait que :

¹⁴⁶⁵ La CSDEPJ souligne également les possibles difficultés de conciliation des articles 3 et 4 et recommande de reformuler ce dernier, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1172, p. 182 et 183.

¹⁴⁶⁶ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 27 et 28.

¹⁴⁶⁷ Nous avons déjà soutenu brièvement ce point dans P. NOREAU et V. FAU, préc., note 1212 aux pages 238 et 239.

¹⁴⁶⁸ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 29.

l'article 4 soit modifié afin que le principe de la continuité des soins et de la stabilité des liens et des conditions de vie de l'enfant soit d'abord mentionné comme devant guider toutes les décisions prises à l'égard de l'enfant en vertu de la Loi.

Qu'il soit de plus indiqué :

- qu'à cette fin, les décisions prises doivent tendre à maintenir l'enfant ou à le réinsérer dans son milieu familial ;

- que lorsque le maintien ou la réinsertion de l'enfant dans son milieu familial n'est pas possible, ces décisions doivent tendre à lui assurer un milieu de vie stable se rapprochant le plus possible d'un milieu familial normal.¹⁴⁶⁹

En rétablissant la stratégie procédurale des interactions régulatrices dans le cadre de la protection de la jeunesse, nous soutenons également un tel réordonnement selon lequel chaque élément détient un rôle identifiable : le maintien ou le retour de l'enfant est le moyen privilégié pour assurer la continuité des soins et la stabilité des liens, qui est à son tour un moyen de préserver l'intérêt de l'enfant. En outre, une telle répartition des tâches a également l'avantage « d'être centré[e] d'abord et avant tout sur les besoins de l'enfant et sur la recherche de son intérêt et du respect de ses droits. »

La refonte de l'article 4 recommandée ici fait suite au travail d'identification et de réordonnement des interactions établis précédemment. Celui-ci est aussi à l'origine de notre première recommandation, à savoir celle d'affirmer plus formellement encore la primordiale du principe de l'intérêt de l'enfant sur tous les autres principes.

L'approche du droit de la protection de la jeunesse par les interactions normatives qui le structurent nous encourage donc à ordonner le domaine, ou du moins renforcer cet ordonnancement, autour du principe cadre de l'intérêt de l'enfant. Par le biais de notre grille d'analyse inspirée du régime de régulation post-moderne, d'autres ouvertures peuvent émaner de cette lecture par les interactions. Nous proposons de les décliner dans la section suivante, après avoir souligné les indices de la structure réseautique du système de la protection de la jeunesse.

¹⁴⁶⁹ *Id.*, p. 30 et 31, recommandation 1.6.

2. *Le réseau de la protection de la jeunesse à travers de la grille d'analyse des interactions du régime de régulation post-moderne : quelques pistes d'ouverture*

Dans la partie précédente, nous avons utilisé le modèle du réseau tel que décrit par les recherches de François Ost et de Michel Van de Kerchove. Selon ces auteurs, le réseau peut être défini comme « une “trame” ou une “structure”, composée d’“éléments” ou de “points”, souvent qualifiés de “nœuds” ou de “sommets”, reliés entre eux par des “liens” ou “liaisons”, assurant leur “interconnexion” ou leur “interaction” et dont les variations obéissent à certaines “règles de fonctionnement”. »¹⁴⁷⁰ Dans le cadre de notre réflexion sur ce modèle réseautique, nous avons souligné la transition depuis la réglementation vers la régulation, ou encore depuis le gouvernement vers la gouvernance ; deux passages qui signent l’affirmation d’un système normatif plus souple, collaboratif et négocié¹⁴⁷¹.

De nombreux indices révélés dans le cadre de cette troisième partie viennent replacer les droits de l’enfant au cœur de cette transformation. Il en va ainsi plus précisément en matière de protection de la jeunesse, pour laquelle l’utilisation du vocable « réseau » est de plus en plus régulière. Dans un premier temps, nous proposons ici de revenir sur ces différents indices, et ce, afin d’aborder la protection de la jeunesse par le biais des caractéristiques du système juridique en réseau. Ce détour théorique nous permettra alors d’identifier certains points sur lesquels nous nous arrêterons ensuite. Selon nous, ces derniers représentent des voies d’amélioration prometteuses du système de protection de la jeunesse qui peuvent être mises en évidence grâce à une lecture réseautique de celui-ci.

Depuis le proverbe africain tant répété selon lequel « il faut tout un village pour élever un enfant », il apparaît de plus en plus évident que le fonctionnement de la protection de la jeunesse requiert non seulement l’implication d’un très grand nombre d’acteurs, mais aussi et surtout leur collaboration. Les audiences récentes tenues devant la Commission spéciale sur les droits de l’enfant et la protection de la jeunesse, Commission qui visait à évaluer le système de protection de la jeunesse et des droits des enfants et à en proposer des améliorations, ont largement témoigné de cet appel à accroître le niveau de collaboration entre les différents acteurs du réseau. Plusieurs témoins ont en effet affirmé que le travail en silo des différents

¹⁴⁷⁰ F. OST et M. van de KERCHOVE, préc., note 647, p. 24.

¹⁴⁷¹ Voir *supra*, Partie II, chap. 3, A, 1.

pans du réseau constitue un frein évident à la protection de l'enfant. Les acteurs ne parlent pas suffisamment entre eux, des blocages disciplinaires ou des *a priori* nuisibles viennent considérablement limiter leurs ententes. En outre, leur collaboration suppose la mise en place d'outils de partage et de discussion qui ne semblent pas suffisamment développés aujourd'hui. L'appel à la fortification du réseau et des liens entre les différents nœuds de ce réseau n'est d'ailleurs pas récent et se fait de plus en plus pressant en matière de protection de la jeunesse. Soulignons par exemple le rapport Dumais de 2004 dont l'intitulé ne laissait aucun doute : « La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager »¹⁴⁷².

Dans le cadre du renforcement de la collaboration entre les acteurs du réseau de la protection de la jeunesse, deux univers se croisent : l'univers social et l'univers juridique. Ce croisement, empreint de bien des difficultés, s'avère néanmoins indispensable dans le cadre de la protection de la jeunesse. Dans le modèle réseautique, les interactions entre ces pôles sociaux et judiciaires doivent se baser sur un modèle de collaboration plutôt qu'un modèle de domination. Une meilleure compréhension de l'autre, ainsi qu'un renforcement des interactions entre les deux systèmes, demeure une voie d'amélioration certaine. Pour ce faire, plusieurs mécanismes peuvent être élaborés, à commencer par un rapprochement des acteurs de chacun de ces univers, tel que nous le proposerons, par le biais de la formation du personnel (b).

Dans la perspective de la transition vers une régulation de type réseautique, le processus de production normative doit aussi s'ouvrir à de nouveaux acteurs, notamment les justiciables. Il s'agit dès lors d'un processus dont le résultat est de plus en plus négocié et de moins en moins ordonné de manière unilatérale. La normativité qui émerge de ce processus cherche l'adhésion volontaire plutôt que l'imposition – adhésion qui vise directement les usagers principaux du système, ici les enfants. Pour ce faire, ces derniers doivent pouvoir participer à la structuration et au fonctionnement du système. Si on observe un affermissement de cette volonté au fil des réformes de la L.P.J., la mise en place de mécanismes de mise en œuvre des procédés de participation et de négociation rencontre encore de nombreux freins. En ce sens, les procédures doivent être adaptées à l'enfant afin que celui-ci puisse y participer véritablement. Partant, elles doivent prendre en compte ses caractéristiques et se mettre à son niveau, créer un environnement dans lequel il se sente bien et suffisamment rassuré pour prendre librement la parole. Là encore, dans le cadre de procédures qui ont été avant tout développées pour un public

¹⁴⁷² QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247.

adulte, il est important d'impliquer l'enfant dans leur réaménagement. Finalement, sa participation est cruciale pour savoir ce qui est le plus susceptible de répondre à ses besoins tant en matière de procédure qu'en matière de décision de fonds. Nous nous arrêterons quelque temps sur cette importance de recentrer le réseau sur l'enfant ainsi que sur les conditions propices à ce recentrage, afin d'en faire un véritable acteur, pôle à part entière de la régulation le concernant (a).

En outre, le rôle du juge proximal que nous avons identifié dans l'exposé théorique du droit en réseau¹⁴⁷³ se révèle pertinent en matière de protection de la jeunesse. Nous n'attendons pas du juge qu'il énonce simplement le droit en se contentant de rendre une décision exclusivement juridique qui fasse fi du contexte. C'est particulièrement vrai en matière de protection de la jeunesse, où il ne s'agit pas de découvrir une vérité ou de punir un coupable, mais plutôt de chercher le meilleur équilibre entre toutes les considérations à la faveur de l'intérêt de l'enfant. De la même façon que nous avons réfléchi au rôle du juge par les figures de Thémis et Dické dans le contexte du droit familial¹⁴⁷⁴, une logique similaire est à l'œuvre en protection de la jeunesse : on ne s'applique pas seulement à déclarer la sécurité ou le développement de l'enfant compromis, mais on cherche à mettre fin à cette situation en s'intéressant à ses effets réels. Dès lors, nous nous retrouvons face à une certaine relativisation de la justice dans laquelle le juge doit concilier des intérêts divers et des éléments hétérogènes. Les méthodes et procédures judiciaires doivent s'adapter à cette justice proximale. En matière de protection de la jeunesse, pour laquelle le système contradictoire semble pour le moins mal adapté¹⁴⁷⁵, on gagnera à privilégier les méthodes de négociation et de conciliation. Avec ces dernières, la vérité n'est plus révélée depuis une préexistence certaine, mais elle est élaborée par les sujets eux-mêmes. On retrouve une approche empreinte de constructivisme dans laquelle les protagonistes participent à l'élaboration de la solution, c'est-à-dire qu'ils la construisent ensemble. De nombreux avantages peuvent découler d'une telle approche, dont le fait que cette solution sera indéniablement mieux respectée par ceux qui l'ont bâtie. L'équation décrite par Valérie Demers selon laquelle plus on approuve la norme, plus on s'y conforme¹⁴⁷⁶, s'applique dès lors que plus on participe à l'élaboration de la norme, plus, logiquement, on y adhère. La

¹⁴⁷³ Voir *supra* Partie II, chap. 3, A, 2, c.

¹⁴⁷⁴ Voir *supra* Partie II, chap.1, A, 7, b.

¹⁴⁷⁵ Dans le système contradictoire classique de la justice basé sur une conception libérale de l'individu, la vérité émane de la confrontation des individus, elle est révélée grâce aux méthodes de conflit s'exerçant devant le juge, voir L. RICARD, préc., note 1352.

¹⁴⁷⁶ V. DEMERS, préc., note 913, p. 32 à 34.

légitimité de la décision finale sera ainsi fortement dépendante de l'effectivité de la participation des personnes concernées. On recherche l'adhésion de tous, et surtout de l'enfant, à la décision finale. Nous reviendrons sur ces méthodes de conciliation et de coconstruction normative qui favorisent la participation active de l'enfant à la décision finale (c).

Dans cette approche du droit en réseau, le juge sera invité à adopter une posture d'équilibriste, ou encore de facilitateur, et non d'adjudicateur. Il doit satisfaire à l'intérêt de l'enfant en recherchant le meilleur équilibre possible. Pour ce faire, il doit alimenter une certaine connectivité sociale afin d'appréhender tous les éléments, tant nombreux que divers, qui peuvent entrer en jeu dans la poursuite de l'intérêt de l'enfant¹⁴⁷⁷. Son savoir demeure certes un savoir juridique, mais son rôle est d'user de ce savoir dans une perspective sociale : le bon juge sera celui qui est capable de connecter ou reconnecter le droit et la justice à l'équilibre social des justiciables. Sa décision proviendra et visera une conciliation des éléments de la vie de l'enfant puis un ajustement continu de ceux-ci. Les révisions fréquentes de la situation de l'enfant devant un juge unique prouvent également que la décision judiciaire vise un équilibre plus qu'une vérité ; un équilibre qui peut changer à mesure que la situation évolue, que l'enfant grandit, ou que les circonstances dans lesquelles il vit s'améliorent ou se détériorent. La décision judiciaire est ainsi grandement relativisée : celle d'aujourd'hui n'est pas forcément celle de demain. L'adaptation continue au contexte social de l'enfant force le juge à sortir de son savoir purement juridique pour intégrer la réalité sociale ; une réalité changeante, d'autant plus lorsque le sujet est l'enfant.

Ce faisant, le juge occupe une place active dans la détermination du droit dont la mise en application participe à sa définition même. En protection de la jeunesse, par exemple, l'intérêt de l'enfant ne connaît pas de définition *in abstracto*. Dès lors, c'est de son application judiciaire et de son interprétation dans différents contextes que provient son sens pratique. Dans le cadre de l'étude du rôle du juge dans le modèle du droit en réseau, nous insistons sur la relativité de la légalité qui dépend des circonstances de l'espèce et implique, dès lors, que le juge opère dans la balance des intérêts et les règles de proportionnalité¹⁴⁷⁸. Ces propos se trouvent fortement illustrés dans le cadre de la protection de la jeunesse.

¹⁴⁷⁷ Par exemple, les liens avec ses parents ou d'autres personnes, le respect de ses libertés, la protection de son intégrité, ou encore son droit à la vie privée.

¹⁴⁷⁸ Voir *supra* Partie II, Chap. 3, A, 2, c.

Le rôle du juge exige donc de celui-ci qu'il se positionne dans les équilibres socio-économiques des familles et surtout de l'enfant. Néanmoins, son investissement est relativement limité dans un système qui lui préfère l'intervention sociale. Ainsi, une fois sa décision prise, c'est à nouveau le volet social qui prend le dessus, puisque c'est le directeur de la protection de la jeunesse qui veillera à la mise en œuvre des mesures ordonnées. L'interaction étroite entre ces deux mondes n'équivaut pas à un mélange total des genres ; chacun a un rôle précis à jouer, et ces rôles ne sont ni équivalents ni interchangeables. Pourtant, la frontière entre le droit et le social n'est plus aussi étanche qu'elle n'a pu l'être, ou du moins prétendre l'être. Cette considération doit laisser place à des mécanismes permettant à chacun de mieux cerner l'environnement dans lequel il agit. Pour le juge, son immixtion dans l'équilibre social de l'enfant exige qu'il prenne en compte des éléments non juridiques pour décider, d'où le recours croissant aux expertises. Le juge aura toujours sous la main le rapport de la DPJ qui lui présente le parcours de l'enfant et les recommandations envisagées pour la suite. Dans le cadre de ce croisement des univers, un élément nous semble pourtant manquant : si le juge vient jouer dans les équilibres sociaux, il ne dispose généralement d'aucun moyen pour évaluer l'effectivité de ses décisions. Ce thème de l'effectivité occupe pourtant une place de choix dans la théorie du droit en réseau. Nous le développerons ici pour mettre en lumière l'intérêt d'en approfondir les études tant pour la normativité judiciaire que pour la normativité juridique de la protection de la jeunesse (d).

En s'appuyant toujours sur les travaux d'Ost et de Van de Kerchove, nous avons en effet appréhendé la validité de la norme selon le tryptique de la légalité, la légitimité et l'effectivité, respectivement fondée sur les dimensions formelle, axiologique et empirique de la validité¹⁴⁷⁹. Cette dernière se trouve dans l'interaction des 3 éléments — et non dans leur juxtaposition — ce qui suppose la mobilisation à la fois d'éléments juridiques, moraux et psychosociaux. Ce brassage encourage dès lors un dialogue interdisciplinaire. La structure réseautique du droit implique que la validité de chaque élément puisse influencer sur celle des autres dans un mouvement continu de réciprocité intégrant un « jeu croisé » des critères. Cette interaction des critères de validité se retrouve incontestablement dans les normes relatives à la protection de l'enfance. Nous l'avons vu en identifiant l'ordonnement des interactions normatives, de nombreux principes demeurent dépendants d'autres dans des rapports de validité récursive. Le respect de la liberté de l'enfant est, par exemple, dépendant de la sauvegarde de sa protection.

¹⁴⁷⁹ Voir *supra*, Partie II, chapitre 3, A, 2, a.

Ainsi, laisser l'enfant maître de ses décisions en matière de soins de santé dépend notamment des retombées de ces décisions sur sa vie. Ce mouvement de réciprocité s'inscrit dans une approche de coconstruction des normes dans laquelle chacune peut être condition d'une autre et où elles participent toutes à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

Finalement, cette lecture du réseau de la protection de la jeunesse par un modèle réseautique nous permet de mettre en évidence quelques points d'intérêt qui pourraient permettre, selon nous, d'améliorer le fonctionnement du système. Nous proposons de revenir sur ces éléments afin d'approfondir ce qui devrait retenir l'attention des décideurs. Ces quelques pistes, qui consistent à replacer l'enfant au cœur du réseau, à renforcer les interactions entre le social et le judiciaire, à assouplir les interactions et à approfondir le travail d'effectivité, nous permettent d'illustrer la fécondité du travail d'analyse des droits de l'enfant sous l'angle du régime de régulation post-moderne. Elles en constituent ainsi des exemples choisis de mise en œuvre, mais n'ont vocation ni à l'exhaustivité des possibles produits de ce travail d'analyse, ni, évidemment, à l'exhaustivité des potentialités d'amélioration du système de protection de la jeunesse.

a. Replacer l'enfant au cœur du réseau

Au sein du réseau de la protection de la jeunesse, l'enfant constitue le sujet central et le principal usager. Dans le cadre du régime post-moderne de la régulation, le justiciable a acquis une place tout autant primordiale dans le système régulateur que les trois autres pôles identifiés, à savoir le droit, l'État et le juge. Il peut jouer un rôle tant dans l'adoption de la norme, que dans sa définition ou encore dans sa mise en œuvre. Il participe ainsi à la vie normative à la même échelle que les autres pôles normatifs plus classiques. Dans le cadre de la protection de la jeunesse, l'implication du justiciable correspond à la participation de l'enfant, soulignée à plusieurs reprises dans la loi. Tel que nous l'avons précisé plus tôt, cette participation exige néanmoins que le système s'adapte aux particularités de l'enfant. Un effort peut, selon nous, être fourni en ce sens sur plusieurs dimensions que nous esquisserons brièvement ici.

Tout d'abord, l'enfant doit être replacé au cœur de la normativité. Il doit être non seulement le sujet central du droit de la protection de la jeunesse, mais aussi le sujet actif de ce droit. Dans cette perspective, la formulation du texte de loi pourrait gagner à faire de l'enfant

le sujet direct de différents droits. Contrairement à beaucoup d'autres instruments juridiques, l'enfant n'est le sujet direct que de deux articles dans la L.P.J. et qui plus est, pour l'un d'eux, il y est aux côtés de ses parents. Nous référons ici à l'article 8 L.P.J. selon lequel : « L'enfant et ses parents ont le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats [...]. De plus, l'enfant et ses parents ont le droit d'être accompagnés et assistés par une personne de leur choix ». Le second exemple se trouve dans l'article 9 selon lequel « [l']enfant confié à un milieu de vie substitut a droit de communiquer en toute confidentialité avec son avocat, le directeur qui a pris sa situation en charge, la Commission ainsi qu'avec les greffiers du tribunal. »

Il s'agit là des seuls articles dont la formulation attribue directement et simplement un droit à l'enfant : *l'enfant a le droit de...* D'autres formules s'en rapprochent, notamment aux articles 51.4 et 52, qui précisent que le directeur doit informer l'enfant et ses parents de leur droit de refuser une entente sur une intervention de courte durée ou une entente sur les mesures volontaires, mais le sujet n'en demeure pas moins le directeur, et l'objet celui de l'information. Il est évident que, pour garantir les droits de l'enfant, les décideurs doivent respecter leurs obligations envers lui. Ainsi, il est nécessaire que la L.P.J. comprenne des articles dans lesquels le directeur ou le juge est, par exemple, le sujet de droits et d'obligations. Néanmoins, il nous semble aussi que puisque le texte s'adresse d'abord et avant tout à l'enfant, plusieurs articles devraient être formulés à partir de lui. C'est d'ailleurs ce que recommandait le rapport Dumais de 2004 quant au droit de l'enfant d'être informé dans un langage compréhensible¹⁴⁸⁰.

De manière plus large, nous pensons qu'un tel exercice de reformulation pourrait concerner bien d'autres droits tels que, pour n'en citer que certains, le droit de participer activement aux décisions, le droit à la continuité des soins et la stabilité des liens, le droit d'être informé, le droit de consulter un avocat ou le droit de faire appel d'un jugement. Cette reconnaissance de l'enfant en tant que sujet du droit de la protection de l'enfance constituerait une étape supplémentaire dans le passage de l'enfant objet à l'enfant sujet de droit. De plus, elle permettrait de rendre compte du rôle véritablement actif de l'enfant au sein du réseau de la protection de la jeunesse.

¹⁴⁸⁰ Dans sa recommandation 1.13, le rapport recommandait en effet que : « les principes énoncés aux paragraphes 2^o et 3^o de l'article 2.4 soient reformulés sous forme d'un droit de l'enfant et des parents à ce que l'information qui leur est donnée dans le cadre de la Loi le soit dans un langage adapté et compréhensible. » QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1235, p. 48.

Par ailleurs, il nous semble également essentiel de séparer la participation de l'enfant de celle de ses parents. Nous visons particulièrement l'article de principe 2.3. b) L.P.J., selon lequel l'intervention auprès d'un enfant doit « privilégier, lorsque les circonstances sont appropriées, les moyens qui permettent à l'enfant et à ses parents de participer activement à la prise de décision et au choix des mesures qui les concernent ». Nous pensons évidemment que tant les parents que les enfants doivent pouvoir s'exprimer. Néanmoins, ces deux enjeux diffèrent dans la mesure où les parents et l'enfant n'ont pas le même statut dans le cadre de la prise en charge par le système de protection de la jeunesse. Les enfants sont les sujets concernés et, si les parents sont impliqués, ce n'est qu'en vertu du lien qu'ils partagent avec leurs enfants. Par ailleurs, ces deux acteurs peuvent ne pas avoir le même point de vue. Il est donc primordial que le droit reconnaisse spécifiquement à l'enfant le droit de participer. Selon nous, ce droit est à ce point essentiel qu'il y aurait lieu de l'affirmer à part de celui des parents. Il gagnerait d'ailleurs à faire l'objet d'un article intégral au sein de la L.P.J. afin de lui redonner la place cruciale qu'il mérite au sein de la protection de la jeunesse.

Nous pensons en outre que certaines pistes d'adaptation de la normativité à l'enfant mériteraient d'être parcourues. Celles-ci consisteraient à replacer systématiquement l'enfant au cœur du réseau, autrement dit, partir de l'enfant pour envisager la normativité. Il convient sans doute de rappeler ici notre recommandation visant à approfondir l'approche relationnelle du sujet de droit, par contraste avec l'individu autonome et rationnel sur lequel se fonde notre vision moderne du droit. Cette perspective s'inscrit plus largement au sein d'un appel à une plus grande adaptation du droit à l'enfant. L'approche relationnelle tient fortement compte du contexte de vie de l'enfant, notamment du dynamisme de la période qu'il traverse ainsi que du contexte relationnel dans lequel il est nécessairement intégré, sinon dépendant. Dès lors, elle contribuerait certainement à rendre le droit plus effectif, car plus conscient de la situation réelle des jeunes. Soulignons en ce sens que certains éléments sont déjà pris en compte dans le système actuel de protection de la jeunesse, tel que la théorie de l'attachement ou encore la particularité de la notion de temps chez l'enfant¹⁴⁸¹.

Comme nous le soulignons ailleurs, « [i]l faut mettre le droit au niveau de l'enfant. À trop chercher l'inverse, le risque est grand de passer complètement à côté de l'enfant, principal concerné pourtant, lorsqu'il s'agit de sa protection et de son bien-être. »¹⁴⁸² Il existe

¹⁴⁸¹ À ce sujet, voir *supra* Partie III, chap. 3, A, 3.

¹⁴⁸² P. NOREAU et V. FAU, préc., note 1212 aux pages 244 et 245.

actuellement des domaines juridiques spécifiques dans lesquels les droits de l'enfant sont interpellés. Ces domaines sont avant tout centrés sur des principes qui leur sont propres, et qu'ils cherchent ensuite à adapter à l'enfant. On prend l'objet « enfant » et on en fait un enjeu particulier d'autres domaines. Ce faisant, il est *ipso facto* dépendant des logiques déjà présentes dans les domaines dans lesquels il est transposé. Il en découle un manque d'identité propre aux droits de l'enfant qui explique, notamment, qu'il ne soit que très peu enseigné dans les facultés de droit québécoises, et, lorsque c'est le cas, systématiquement sur une base optionnelle. Néanmoins, un tournant pourrait être opéré depuis un droit de la protection adapté à l'enfant ou un droit pénal appliqué à l'enfant vers un droit de l'enfant en matière de protection, ou en matière pénale. Il faudrait dès lors inverser la logique et réfléchir le droit selon l'enfant, et non l'enfant selon le droit. Ce virage théorique nous paraît essentiel à la création et à la concrétisation d'un véritable droit de l'enfant qui pourrait s'autonomiser autour de principes et de procédures qui lui seraient propres (nous avons souligné deux de ces principes dans le cadre de cette troisième partie, à savoir l'intérêt de l'enfant et sa participation aux décisions qui le concernent)¹⁴⁸³. Toutefois, ce mouvement a ses limites et nous ne prétendons pas que toutes les branches juridiques et toutes les disciplines doivent s'effacer au profit d'un droit de l'enfant omnipotent. Nous pensons qu'il faut, ici encore, un mélange des deux à la recherche d'un équilibre qui se trouve, comme beaucoup d'autres, dans l'interaction entre la discipline ou la branche juridique et son sujet, l'enfant en l'occurrence.

Mettre le droit au niveau de l'enfant, c'est aussi ajuster les mécanismes et les pratiques à celui-ci. Pour ce faire, il faut au préalable comprendre comment il fonctionne afin de s'y adapter. C'est exactement ce qui est requis en matière de droit à l'information : il faut savoir transmettre l'information à l'enfant pour que non seulement il la détienne, mais encore et surtout pour qu'il la comprenne et puisse, *in fine*, l'utiliser. Pour ce faire, il est nécessaire de travailler avec le quotidien de l'enfant. L'école, lieu que tous les enfants fréquentent, et ce toute l'année durant, représente une ressource inégalable pour atteindre l'enfant. Nous pensons en ce sens qu'elle constituerait un excellent relai d'information pour faire connaître ses droits à l'enfant. Par ailleurs, le système scolaire, ou plutôt le système normatif que les enfants intègrent dans le cadre scolaire constitue un terrain d'observation idéal duquel le système de la protection de la jeunesse pourrait s'inspirer. Force serait là encore de mettre en avant un travail

¹⁴⁸³ L'idée développée par la CSDEPJ d'adopter une Charte des droits de l'enfant participe également de cette recherche d'autonomisation des droits de l'enfant vis-à-vis des autres champs juridiques, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1172, p. 66.

interdisciplinaire mêlant les sciences pédagogiques, les sciences sociales et le droit, en concentrant les efforts sur le travail autour et avec l'enfant.

Par ailleurs, impliquer directement les enfants dans la pratique et la formation des professionnels qui composent le réseau de la protection de la jeunesse favoriserait l'adaptation de ce réseau à l'enfant¹⁴⁸⁴. Ils pourraient partager leur expérience, mais également expliquer ce qui fait sens pour eux. De la même manière qu'on tend à envisager l'enfant selon le droit, on tend à adapter l'enfant à la logique sociale ou juridique, alors que l'on pourrait partir de l'enfant pour développer des pratiques professionnelles mieux adaptées. Ce temps de dialogue entre les enfants et les professionnels pourrait aussi permettre de faire remonter les problèmes rencontrés par les enfants auprès des professionnels afin qu'ils ajustent leurs réponses en conséquence. À l'inverse, le partage pourrait également servir à l'information des enfants, notamment sur leurs droits et les cadres systémiques qui les entourent, les professionnels ayant normalement acquis toutes les connaissances requises en la matière. Enfin, cet espace de partage et d'échange d'information serait idéal pour réfléchir au système de manière plus structurelle et en envisager des pistes d'amélioration¹⁴⁸⁵. D'après les derniers exemples québécois de réformes législatives ou de travaux politiques touchant de près ou de loin aux enfants¹⁴⁸⁶, leur participation aux décisions publiques qui les concernent demeure faible¹⁴⁸⁷. Celle-ci est d'autant plus rare dans le domaine de la protection de la jeunesse, fondé d'abord et avant tout sur une approche paternaliste de l'enfant : approche qui rend plus difficile encore la remise en question des décideurs nécessaire à l'ouverture à une véritable participation publique des jeunes¹⁴⁸⁸.

Ce lieu d'échange entre l'enfant et les professionnels constituerait également une excellente opportunité pour réconcilier les acteurs sociaux et juridiques, souvent perçus comme antinomiques, alors même qu'ils travaillent tous deux au bénéfice de l'enfant.

¹⁴⁸⁴ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 17.

¹⁴⁸⁵ L'association SOS villages d'enfants France offre une formation de ce genre dans laquelle des jeunes issus de la protection de l'enfance viennent animer les séances. Ils proposent notamment une mise en situation dans laquelle ils échangent les rôles en plaçant les intervenants dans le rôle d'enfants pris en charge par le système. Une expérience riche et marquante pour les intervenants qui comprennent ainsi la réalité vécue par ces enfants et font évoluer leur posture professionnelle et leur pratique en conséquence, voir la description de la formation en ligne : <https://www.sosve.org/offres/droits-de-lenfant-protection-de-lenfance-de-theorie-a-pratique/>

¹⁴⁸⁶ Voir *supra* Partie III, chap. 2, B, 2, b.

¹⁴⁸⁷ La CSDEPJ fait le même constat du manque de participation des enfants, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 67 et 68.

¹⁴⁸⁸ I. LACROIX, préc., note 1174, p. 5.

b. Renforcer les interactions entre le juridique et le social : la voie de la co-formation des acteurs sociaux et judiciaires

« Dans l'ensemble de notre système législatif, aucune loi ne va aussi loin que la L.P.J. dans la conjugaison systématique du travail du juge avec celui du travailleur social »¹⁴⁸⁹, nous rappelait la juge retraitée Mme Ginette Durand-Brault. Cette double dimension si unique, entre le social et le judiciaire, de l'intervention en protection de la jeunesse est parfois source de tension. Le judiciaire semble avoir le fin mot puisqu'en cas de désaccord, c'est au juge que revient la décision finale. En revanche, le visage principal de l'intervention que rencontrera l'enfant est celui de l'intervention sociale : c'est le directeur de la protection de la jeunesse qui reçoit le signalement, décide de la compromission, propose les mesures, etc. Il se peut d'ailleurs que, dans le meilleur des cas dirons-nous, l'enfant ne se confronte jamais au régime judiciaire et que la situation se règle dans le cadre du régime social.

Bien qu'ils poursuivent le même objectif, c'est-à-dire la fin de la situation de compromission, le régime social et le régime juridique constituent deux mondes différents, fondés sur des principes parfois aux antipodes les uns des autres. Leur cohabitation est régulièrement source de tensions, voire de contradictions¹⁴⁹⁰. Pourtant, leurs rôles sont complémentaires, de même que le sont les besoins de protection et de liberté de l'enfant. Puisqu'ils poursuivent le même objectif, ces deux acteurs devraient s'épauler et collaborer¹⁴⁹¹, et ce, dès leurs formations professionnelles respectives, puis tout au long de leur carrière à travers un travail interdisciplinaire et intersectoriel¹⁴⁹². Nous reprenons ici une idée déjà développée dans le cadre d'un article co-écrit avec d'autres chercheuses¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ Voir son audience tenue devant la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse en date du 27 novembre 2019, en ligne sur https://www.csdepj.gouv.qc.ca/audiences/enregistrement-des-audiences-publiques/?no_cache=1#Novembre%202019

¹⁴⁹⁰ L. RICARD, préc., note 1352, 73.

¹⁴⁹¹ Certaines pratiques de collaboration entre les acteurs sociaux et judiciaires dans le cadre de la protection de la jeunesse existent déjà. Par exemple, le Bureau de l'avocat des enfants de l'Ontario a mis en place des équipes formées d'un travailleur social et d'un avocat pour les familles en situation de conflit grave qui semblent avoir besoin à la fois de services juridiques et de services cliniques, pour en savoir plus, voir P. O'CONNOR, préc., note 1135, p. 60; La CSDEPJ recommande aussi de développer des approches collaboratives entre les intervenants sociaux et judiciaires COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 76 et 77.

¹⁴⁹² Soulignons en ce sens l'existence du SIAM (Services intégrés en abus et maltraitance), un lieu privilégié pour les victimes de maltraitance qui héberge, sous un même toit, une équipe interdisciplinaire mêlant des professionnels médicaux, psychosociaux, sociojudiciaires et policiers, pour en savoir plus, on consultera le site web : <https://www.ciuss-s-capitalenationale.gouv.qc.ca/services/jeunesse/protection-jeunesse/siam>

¹⁴⁹³ S. BARDAXOGLU, V. FAU, A. CAMPBELL et S. VAN PRAAGH, préc., note 1227.

Le système de protection de la jeunesse confronte tous les professionnels qui le composent à des dimensions à la fois juridiques et sociales. Ainsi, d'un côté, l'intervenant social devra composer avec des enjeux qui mobilisent des connaissances juridiques, non seulement si le cas de l'enfant est judiciairisé, mais encore et surtout dans le cadre même de sa fonction sociale : il intervient dans un environnement légal strict qu'il doit connaître et comprendre afin de ne pas brimer les droits de l'enfant. Par ailleurs, lorsque l'enfant entre dans le système de protection de la jeunesse, son intervenant constitue généralement la personne ressource avec qui il développera souvent une relation de confiance. En ce sens, nous pensons que l'intervenant social devrait servir de relai d'information à l'enfant sur son cas et sur ses droits¹⁴⁹⁴. Pour ce faire, l'intervenant doit être familier avec l'univers juridique et connaître les droits des enfants afin, non seulement de les respecter, mais encore de les transmettre à l'enfant lui-même.

De l'autre côté, les acteurs juridiques ont affaire à une clientèle particulière pour laquelle ils doivent adapter leur pratique¹⁴⁹⁵. Il est en effet essentiel qu'ils parviennent à développer un lien avec l'enfant afin de rendre la participation de celui-ci au système judiciaire moins traumatisante, mais aussi et surtout plus pertinente. En outre, les avocats et les juges en protection de la jeunesse sont confrontés à de nombreux éléments non juridiques qu'ils doivent comprendre et concilier afin de parvenir à la meilleure décision possible. Il est indispensable qu'ils se familiarisent avec certaines données et pratiques cliniques¹⁴⁹⁶. Pourtant, leur formation juridique n'est généralement pas propice à ce genre d'acquis, et seule l'expérience semble les y confronter¹⁴⁹⁷.

Finalement, nous avons d'un côté des intervenants sociaux qui font face à des savoirs juridiques et de l'autre des intervenants judiciaires confrontés à des savoirs sociaux. Or, ni l'un ni l'autre n'est formé à ces savoirs. Qui plus est, nous avons deux acteurs du système de protection de la jeunesse qui doivent chacun intervenir dans la vie de l'enfant afin de mettre fin à sa compromission. On peut penser que s'ils collaborent, le résultat n'en sera que meilleur ! Pour ce faire, chaque protagoniste du système devrait avoir une idée générale du contexte d'intervention des autres professionnels et des grandes lignes qui modulent leurs fonctions, tel

¹⁴⁹⁴ Sur l'importance de l'information dans le cadre du renforcement de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, voir *supra* Partie III, chap. 2, A, 4.

¹⁴⁹⁵ À ce sujet, voir *supra* Partie III, chap. 2, B, 2, a.

¹⁴⁹⁶ L. RICARD, préc., note 1352, 87.

¹⁴⁹⁷ La CSDEPJ abonde dans le même sens et recommande la mise en place d'une formation particulière obligatoire pour les avocats représentant les enfants, COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 6, p. 237.

que le soulignait déjà le groupe de travail sur la L.P.J. en 1991¹⁴⁹⁸. Il existe néanmoins certaines barrières, parfois artificielles, parfois réelles, qui limitent leur interpénétration. Selon nous, l'une des principales difficultés relève du manque de compréhension de l'univers de l'autre et de la vision souvent négative qui en découle. Les intervenants sociaux et les intervenants judiciaires ne parlent pas toujours le même langage, n'ont pas le même rôle auprès de l'enfant, n'usent pas des mêmes méthodes et leurs pratiques ne sont pas fondées sur les mêmes principes.

Pour surmonter ces barrières, deux solutions semblent possibles : soit chacun apprend le monde de l'autre dans le cadre de sa propre formation, soit ces acteurs discutent et collaborent afin de familiariser l'autre avec ses propres pratiques et de lui transmettre les savoirs nécessaires. Nous préférons la seconde option, considérant que la première s'aventure dangereusement vers une appropriation des savoirs disciplinaires, ou vers un rallongement des études non moins recommandable. Les intervenants juridiques et sociaux suivent respectivement des formations particulières, souvent longues, que l'on ne pourrait remplacer par quelques cours dispensés ici et là. En outre, la deuxième option offre l'avantage d'une formation vivante et dialoguante qui mêlerait les deux types d'acteurs et leur apprendrait à collaborer, une perspective bénéfique pour la suite de leur pratique en protection de la jeunesse.

Nous pensons donc qu'une co-formation avec les acteurs judiciaires et sociaux serait une avenue plus qu'intéressante à creuser. Les acteurs pourraient déjà se familiariser avec les savoirs des autres qui, dispensés par les professionnels du milieu, seraient adaptés aux besoins de chacun. Ils pourraient de la sorte acquérir certaines compétences qui ne sont pas directement issues de leur discipline et donc dispensées dans le cadre de leur formation professionnelle. Les différents intervenants pourraient également apprendre à dialoguer et collaborer, une ouverture prometteuse pour leur travail sur le terrain. Enfin, ils pourraient partager leurs expériences et comprendre différents enjeux afférant à l'univers de l'autre qui leur avaient possiblement échappé. Une meilleure compréhension, gage d'une meilleure acceptation et, *in fine*, d'une meilleure collaboration, le tout au service de l'intérêt de l'enfant. Cette co-formation pourrait d'ailleurs permettre de révéler des problèmes rencontrés dans le milieu de la protection de la jeunesse sous un angle inédit, et mieux encore, de travailler à l'élaboration de solutions à ces problèmes communs. Elle s'inscrirait dans une démarche clairement interdisciplinaire pour

¹⁴⁹⁸ QUEBEC (PROVINCE). GROUPE DE TRAVAIL SUR L'APPLICATION DES MESURES DE PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection sur mesure : un projet collectif*, Ire éd., Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Direction générale de la prévention et des services communautaires, 1991, p. 72 et 73.

laquelle les avantages de ce croisement des univers sont, à notre sens, particulièrement prometteurs.

Finalement, cet effort centré sur la formation des acteurs sociaux et judiciaires permettrait d'assouplir des tensions inutiles et surtout néfastes afin de mieux travailler sur les interactions du réseau. Un travail collaboratif centré sur l'enfant qui encourage des pratiques plus collaboratives et conciliantes sur lesquelles nous proposons de revenir à présent.

c. Assouplir les interactions par des méthodes plus conciliantes

Tel que discuté plus haut, la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent présente de très nombreux avantages, tant sur le plan de la décision elle-même et de sa mise en œuvre, que sur le plan du développement de l'enfant et de son autonomisation¹⁴⁹⁹. Cette participation peut néanmoins comporter des risques, ici encore tant pour la décision finale qui pourrait faire écho au détournement ou à la manipulation de la parole de l'enfant, que pour l'enfant lui-même étant donné le potentiel traumatisant de certains lieux de participation au droit et à la justice. Pour contrer ces risques, certaines pratiques participatives peuvent être privilégiées. C'est particulièrement le cas des approches consensuelles, comme le rappelait le comité d'experts sur la révision de la L.P.J. en 2004 :

L'enfant et les parents doivent véritablement contribuer à part entière aux décisions les concernant afin d'être en mesure de consentir réellement et d'adhérer à l'intervention. À cet égard, les approches consensuelles, centrées sur la médiation et la conciliation, apparaissent particulièrement appropriées aux membres du Comité et devraient être privilégiées tant dans l'intervention sociale que judiciaire.¹⁵⁰⁰

Ces méthodes de conciliation peuvent prendre plusieurs formes qui varient en fonction des parties impliquées et de l'étape du processus à laquelle on y recourt. Nous avons plus tôt défini avec plus de précision la médiation et la conférence de règlement à l'amiable¹⁵⁰¹. Bien qu'elles soient de plus en plus pratiquées sur la scène juridique, ces approches demeurent peu utilisées dans le domaine de la protection de la jeunesse où leur emploi est généralement laissé

¹⁴⁹⁹ Voir *supra* Partie III, chap. 2, B, 1.

¹⁵⁰⁰ QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 36.

¹⁵⁰¹ Voir *supra* Partie III, chap. 2, B, 3, b. et c.

à la discrétion des intervenants¹⁵⁰². En revanche, ces méthodes sont fréquemment utilisées dans d'autres domaines concernant l'enfant, notamment en matière familiale dans le cadre des ruptures ou divorces (avec des décisions qui portent notamment sur la garde des enfants et les droits d'accès), ainsi qu'en matière pénale. Nous pensons dès lors qu'il y a là une perspective de recherche intéressante qui viserait à étudier comment ces méthodes ont gagné du terrain dans ces autres domaines et comment elles sont mises en œuvre. Un travail de transposition, ou plutôt d'inspiration, pourrait ensuite être effectué afin de renforcer le recours à ces méthodes en matière de protection de la jeunesse.

Les pratiques de concertation sont également mises de l'avant dans les différentes étapes de la vie d'une norme. Nous avons souligné la possibilité d'impliquer le justiciable dans les trois étapes principales du processus normatif, à savoir lors de l'élaboration de la norme, lors de sa mise en œuvre et lors de son application contentieuse¹⁵⁰³. Ici, le domaine de la protection de la jeunesse pourrait aussi s'inspirer des pratiques établies dans d'autres domaines. Peu de place est en effet laissée aux enfants dans le cadre des décisions politiques et des discussions législatives précédant l'adoption des réformes à la L.P.J.. Or, les enfants sont pourtant les premiers concernés et le processus de création de la norme pourrait bénéficier de leur savoir expérientiel unique. En renforçant la concertation avec les justiciables — ici, les enfants —, il est fort probable que la loi gagnerait tant en légitimité qu'en effectivité. Pour les étapes de mise en œuvre et d'application contentieuse, nous visons un renforcement des méthodes de conciliation et négociation auprès des enfants dans le système social et dans le système judiciaire de protection de la jeunesse, en recourant notamment aux modes alternatifs de règlement des conflits et de prévention des différends. Ces moyens de faire participer l'enfant sur une base volontaire et conciliatoire encouragent la vision du droit et de la justice comme un outil à la disposition des usagers ; un outil qui n'en serait d'ailleurs que mieux adapté aux justiciables dès lors que ces derniers participent à sa conception et à sa mise en œuvre.

Ainsi, nous encourageons un renforcement de la participation des enfants tant aux décisions publiques qu'aux décisions individuelles qui les concernent. Pour ce faire, les meilleures pratiques semblent s'articuler autour de méthodes conciliatoires telles que la négociation et la médiation. Si le domaine de la protection de la jeunesse tire encore quelque peu de l'arrière dans cet élan, d'autres, tel que le droit familial, ont déjà développé ces pratiques

¹⁵⁰² QUEBEC (PROVINCE). COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, préc., note 1247, p. 37.

¹⁵⁰³ Voir *supra* Partie II, chap. 3, A, 2, d.

depuis un certain temps. Nous pensons donc qu'il y aurait lieu de s'inspirer de ces autres domaines, qui concernent aussi l'enfant, afin de renforcer ces moyens prometteurs dans le cadre de la protection de la jeunesse.

Les pratiques qui permettent d'assouplir les interactions sont nécessairement marquées par plus de flexibilité que les pratiques autoritaires unilatérales. Dans la mesure où la teneur des décisions n'est pas prédéterminée à l'avance, mais bien co-déterminée au cas par cas par tous les acteurs impliqués, elle est *de facto* plus ouverte et peut ainsi mener à des résultats très diversifiés. Les effets qu'elles peuvent entraîner sont également moins prévisibles et doivent dès lors faire l'objet d'évaluation. En matière de protection de la jeunesse, les effets des décisions individuelles seront mesurés par le travail de contrôle et de suivi du directeur de la protection de la jeunesse et, parfois, du juge. Néanmoins, nous pensons qu'il y aurait aussi lieu de procéder à des évaluations plus générales qui permettraient aux décideurs d'en apprendre davantage sur les effets pouvant découler de leurs décisions. Un tel exercice permettrait également de dresser un portrait plus théorique de l'effectivité des normes en matière de protection de la jeunesse et d'ainsi pouvoir adapter la pratique en conséquence.

d. Approfondir le travail d'effectivité

Dans le cadre du droit en réseau, nous avons souligné que trois critères de validité interagissent : la légitimité, la légalité et l'effectivité¹⁵⁰⁴. Ce dernier critère implique un resserrement des liens entre le juridique et le social, le premier ayant des effets réels sur le second. Ce sont ces effets qui constituent le cœur des études sur l'effectivité, qu'ils aient été prévus par la loi ou non, qu'ils soient considérés comme bénéfiques ou non. Étant donné les interactions continues entre les différents critères de validité, ainsi que leur interdépendance, l'effectivité des normes sera à la fois déterminante du critère concerné, mais également participante à la validation des deux autres critères. Les travaux relatifs à l'effectivité du droit ont connu un véritable essor vers la fin du siècle dernier, notamment grâce à l'émergence de la sociologie juridique. Ils sont d'autant plus pertinents que les normes se font plus flexibles ; or, plus la norme est souple, plus il sera difficile d'en prévoir les effets. En laissant une grande

¹⁵⁰⁴ Voir *supra* Partie II, chap. 3, A, 2, a.

marge d'appréciation aux juges, les normes souples pourront entraîner divers effets selon l'interprétation qu'elles reçoivent. Une situation qui, on s'en doute, est fréquemment rencontrée dans le domaine des droits de l'enfant et notamment de la protection de la jeunesse, dont le principe cadre est l'intérêt de l'enfant — une notion au comble de la flexibilité¹⁵⁰⁵.

Malgré ces conditions favorables au développement de la recherche sur l'effectivité de la norme dans le domaine de la protection de la jeunesse, il nous semble que cette perspective soit encore peu explorée. Certes, il existe des statistiques sur le parcours des jeunes en protection de la jeunesse comme, par exemple, le nombre de signalements, le recours aux différents motifs de signalement et les taux de placement¹⁵⁰⁶. Néanmoins, ces données sont quasiment inexistantes lorsqu'il s'agit d'évaluer l'atteinte de l'intérêt de l'enfant. On peut d'ailleurs comprendre que ce critère soit difficile à évaluer dans la mesure où il est déjà difficile à identifier. Toutefois, il serait, selon nous, pertinent de développer des outils de mesure de satisfaction de ce critère et d'y lier des recherches qualitatives sur son effectivité¹⁵⁰⁷. Ces recherches seraient d'autant plus pertinentes qu'elles pourraient impliquer directement les enfants et intégraient de la sorte l'opinion des jeunes sur leur propre intérêt.

Par ailleurs, mesurer l'effectivité de l'intérêt de l'enfant implique de sortir du droit pour comprendre l'ensemble des effets sociaux, humains et économiques pouvant émaner de la décision. Les études empiriques sont extrêmement importantes pour évaluer l'effectivité du système de protection de la jeunesse, du moins dans la satisfaction du critère de l'intérêt de l'enfant. Il semble néanmoins que celles-ci soient peu fréquentes ou limitées à certains éléments constitutifs du critère de l'intérêt de l'enfant¹⁵⁰⁸. Or, avec peu de retours sur l'atteinte ou non

¹⁵⁰⁵ Voir *supra* Partie III, chap. 1, B.

¹⁵⁰⁶ À ce sujet, on pourra lire le rapport final de L'Étude d'incidence québécoise sur les situations évaluées en protection de la jeunesse (ÉIQ), qui visait à recueillir de l'information sur les enfants faisant l'objet d'une évaluation par les services de protection de l'enfance de façon périodique en utilisant une série de définitions standardisées, Sonia HELIE, Delphine COLLIN-VEZINA, Daniel TURCOTTE, Nico TROCME et Nadine GIROUARD, *Étude d'incidence québécoise sur les situations évaluées en protection de la jeunesse en 2014 (ÉIQ-2014)*, Rapport final remis au Ministère de la Santé et des services sociaux, 2017, en ligne : <https://cwrp.ca/sites/default/files/publications/en/eiq-2014_rapport_final.pdf>.

¹⁵⁰⁷ Soulignons néanmoins l'étude effectuée par Sylvie Drapeau et ses collaborateurs en 2015 qui propose une analyse qualitative des impacts de la L.P.J. et qui représente ainsi une initiative notable d'analyse en terme d'effectivité bien qu'elle soit orientée plus précisément sur la stabilité et les conditions de vie des enfants depuis l'implantation des modifications à la loi de 2006, Sylvie DRAPEAU, Sonia HELIE, Daniel TURCOTTE, Doris CHATEAUNEUF, Marie-Andrée POIRIER, Marie-Christine SAINT-JACQUES et Geneviève TURCOTTE, *L'évaluation des impacts de la Loi sur la protection de la jeunesse : Qu'en est-il huit ans plus tard ?*, Rapport final déposé à la Direction des jeunes et des familles du MSSS, Québec, Centre de recherche sur l'adaptation des jeunes et des familles à risque, 2015.

¹⁵⁰⁸ Par exemple, le nombre de changements de milieux qu'a vécus l'enfant et qui permet d'évaluer la continuité des soins et la stabilité des liens, ou encore le taux de participation de l'enfant dans les procédures qui fait également partie intégrante de l'intérêt de l'enfant.

de l'intérêt de l'enfant dans les décisions en matière de protection de la jeunesse, ainsi que sur les autres effets pouvant découler de ces décisions, il est difficile d'ajuster le droit aux pratiques sociales. Pour le rendre plus effectif, il nous semble donc indispensable de creuser ce pan-là de la recherche.

En outre, si l'on peut chercher à mesurer l'effectivité de la norme juridique, il est aussi possible de mesurer l'effectivité des décisions judiciaires, deux mesures qui se croisent d'ailleurs dans la plupart des cas. Or, il nous semble que ces données seraient utiles aux juges de la protection de la jeunesse. Certes, s'il existe un problème ou un changement majeur dans la situation du jeune, le juge aura l'occasion de faire un suivi de ses mesures. Néanmoins, dans bien des cas, il n'entendra jamais plus parler de l'enfant qui poursuivra son parcours soit dans le volet social de l'intervention, soit hors du système de la protection de la jeunesse. La très forte sensibilité en matière de confidentialité des dossiers contribue grandement à cette absence de retour. Pourtant, étant de véritables acteurs de l'action publique et producteurs d'effets sociaux réels, les juges auraient avantage à connaître les conséquences de leur décision de manière globale. Il ne s'agirait pas alors de savoir ce qu'est devenu tel ou tel enfant, mais plutôt d'avoir une idée générale de l'impact des décisions qu'il rend en matière de protection de la jeunesse, idée qui serait par ailleurs d'un grand intérêt scientifique : tel que le rappelle la juge à la retraite, Mme Ginette Durand-Brault, « s'il paraît conforme à la fonction judiciaire de ne rien savoir des petits justiciables qui sont passés devant moi, il est tout de même regrettable que l'impact des ordonnances soit perdu d'un point de vue scientifique »¹⁵⁰⁹. Plusieurs juges ayant témoigné devant la Commission Laurent ont d'ailleurs déploré le manque de connaissance sur les effets de leurs décisions¹⁵¹⁰. Les évaluations normatives, de plus en plus fréquentes dans le régime de régulation post-moderne, pourraient également toucher les décisions judiciaires, qui d'ailleurs participent en retour à la détermination de la norme. Or, si beaucoup de recherches s'intéressent à l'effectivité des lois, en revanche peu concernent l'effectivité des décisions judiciaires, du moins dans le cadre de la protection de la jeunesse. Puisque l'on attend du juge

¹⁵⁰⁹ Voir son audience devant la Commission Laurent en date du 27 novembre 2019, disponible en ligne sur https://www.csdepj.gouv.qc.ca/audiences/enregistrement-des-audiences-publiques/?no_cache=1#Novembre%202019

¹⁵¹⁰ Voir notamment l'audience de la juge à la retraite Mme Ginette Durand-Brault en date du 27 novembre 2019, ou encore celle du juge également retraité Jacques Roy en date du 11 décembre 2019. Les audiences sont visibles en ligne : <https://www.csdepj.gouv.qc.ca/audiences/enregistrement-des-audiences-publiques/>

une plus grande connectivité sociale, il faut lui donner les outils pour pouvoir le faire. Avoir un retour global sur les décisions qu'il prend nous paraît un outil essentiel.

Ces recherches sur l'effectivité des normes et décisions en matière de protection de l'enfance pourraient en parallèle renforcer la participation collective des enfants au réseau. Pour appréhender les effets, notamment ceux concernant la satisfaction de l'intérêt de l'enfant, il faudrait en effet impliquer les enfants dans les recherches¹⁵¹¹. Étant les premiers concernés, ils devraient pouvoir s'exprimer sur les effets normatifs qu'ils ont vécus et ainsi, de manière récursive, apporter leurs savoirs expérientiels à l'amélioration du système par le biais des travaux sur l'effectivité. Là encore, cette participation exige le développement d'outils de recherche adaptés à la réalité des enfants¹⁵¹².

Afin de reprendre de manière synthétique chacune des recommandations présentées ici, nous proposons le résumé ci-dessous, classant les différentes recommandations selon l'objectif général et parfois les sous-objectifs qu'elles poursuivent :

Liste des recommandations relatives au système de protection de la jeunesse

Objectif général 1. Identifier et renforcer le principe cadre du réseau : l'intérêt de l'enfant

- Recommandation 1.1. Placer l'article relatif à l'intérêt de l'enfant (art. 3) au début du chapitre « Principes généraux et droits des enfants » de la L.P.J.
- Recommandation 1.2. Spécifier que le principe de l'intérêt de l'enfant est primordial et que l'interprétation de la loi et les décisions prises en vertu de celle-ci doivent viser l'intérêt de l'enfant.

Objectif général 2 : Replacer l'enfant au cœur du réseau

Sous objectif 2.1 : Faire de l'enfant le sujet principal et central de la loi

- Recommandation 2.1.1 : Réécrire certains articles de la L.P.J. en plaçant l'enfant comme le sujet des droits, selon la formulation : « l'enfant a le droit de... », notamment les articles de principe tels que les articles 5, 6 et 7.
- Recommandation 2.1.2 : Séparer les droits de l'enfant de ceux de ses parents, notamment dans l'article 2.3 et 8 L.P.J., ou encore dans les autres articles de principe.

¹⁵¹¹ Pour des exemples d'expériences d'implication des enfants dans des recherches scientifiques en matière de protection de l'enfance, on pourra se référer à I. LACROIX, préc., note 1174, p. 13 à 15.

¹⁵¹² Le milieu de la recherche commence d'ailleurs à s'intéresser à ces outils, voir notamment l'ouvrage très récent de Isabel COTE, Kévin LAVOIE et Renée-Pier TROTTIER-CYR (dir.), *La méthodologie de recherche centrée sur l'enfant : recueillir et restituer la parole des enfants et des adolescent·e·s*, Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, Québec, 2020.

Sous-objectif 2.2 : Adapter le droit à l'enfant

- Recommandation 2.2.1 : Explorer l'approche relationnelle du droit afin de réfléchir le droit selon l'enfant.
- Recommandation 2.2.2 : Utiliser l'école comme relai d'information juridique auprès des enfants.
- Recommandation 2.2.3 : Développer le travail interdisciplinaire entre les sciences de l'éducation et le droit afin de mieux cerner l'enfant et les moyens adaptés à son âge.
- Recommandation 2.2.4 : Créer un espace de partage entre les professionnels de la protection de la jeunesse (sociaux et judiciaires) et les enfants afin que ces derniers puissent expliquer leur point de vue et que les premiers comprennent mieux les enfants et s'y ajustent plus fermement.
- Recommandation 2.2.5 : Renforcer la participation des enfants aux décisions publiques afin d'améliorer le réseau de la protection de la jeunesse en l'adaptant aux enfants.

Objectif général 3 : Renforcer les interactions entre le juridique et le social

- Recommandation 3.1 : Intégrer les acteurs sociaux et juridiques au sein d'une formation commune dans une perspective interdisciplinaire afin qu'ils puissent mieux comprendre le monde de l'autre et s'y adapter, ainsi que pour créer des liens étroits de collaboration à la faveur de l'intérêt de l'enfant.
- Recommandation 3.2 : Renforcer les liens entre les professionnels juridiques et sociaux tout au long de leur pratique, notamment en mettant en place des espaces de dialogue et de collaboration.

Objectif général 4 : Assouplir les interactions par des méthodes plus conciliantes

- Recommandation 4.1 : Renforcer le recours à la médiation et à la conférence de règlement à l'amiable, notamment en s'inspirant de leur pratique dans d'autres secteurs, tel qu'en matière familiale.
- Recommandation 4.2 : Renforcer les méthodes de conciliation et de négociation auprès des enfants tant dans l'élaboration des décisions publiques et dans l'adoption des normes que dans leur application.

Objectif général 5 : Approfondir le travail d'effectivité

- Recommandation 5.1 : Approfondir la recherche sur l'effectivité des décisions judiciaires, notamment pour permettre aux juges d'adapter leur pratique
- Recommandation 5.2 : Approfondir la recherche sur l'effectivité normative globale des droits de l'enfant, notamment quant au critère de l'intérêt de l'enfant.

Conclusion Partie III. La protection de la jeunesse dans la transition vers des interactions régulatrices post-modernes

L'analyse du réseau de la protection de la jeunesse que nous avons menée dans ce dernier chapitre nous a permis d'observer de nombreuses corrélations entérinant le passage d'un régime de régulation moderne à un régime de régulation post-moderne. Le rôle et la place des quatre acteurs, le droit, l'État, le juge et surtout l'enfant, s'inscrivent dans une structure réseautique au sein de laquelle les nombreuses interactions obligent chacun à s'intéresser à l'autre. Les rapports de récursivité et d'interdépendance qui lient ces acteurs exigent la souplesse et le dynamisme de la structure dialectique. Non seulement les pôles normatifs connaissent une horizontalisation des rapports, mais encore les éléments du réseau se définissent dans leur rapport à l'autre et supportent des liens de co-construction et de codépendance. Tout cet engrenage d'éléments, de propriétés et de liaisons dynamiques s'organise autour du principe organisationnel de l'intérêt de l'enfant, obligeant dès lors à ordonner ou réordonner les éléments dans cette optique.

En outre, l'assimilation du système de protection de la jeunesse à la structure réseautique nous aura permis de faire quelques suggestions qui s'inspirent du mode de fonctionnement théorique de la régulation sociojuridique dans un régime post-moderne. En nous concentrant sur le droit de la protection de la jeunesse, nous avons ainsi proposé de replacer l'enfant au cœur du réseau, de renforcer les interactions entre les acteurs sociaux et les acteurs judiciaires, d'assouplir les interactions par des méthodes plus conciliantes et d'approfondir le travail d'effectivité. Ces différentes ouvertures ont été choisies parmi d'autres, car elles témoignent manifestement de ce que peut apporter la théorie de la régulation post-moderne à la pratique, en l'occurrence à celle de la protection de la jeunesse.

À de multiples reprises, cette thèse souligne l'importance d'appréhender les éléments présents dans le domaine des droits de l'enfant en termes dialectiques afin de travailler sur la force de leurs interactions. Ces dernières répondent d'ailleurs des composantes régulatrices que nous avons discutées plus haut, à savoir des interactions flexibles, négociées, pluralistes, complexes et incertaines. Ainsi retrouve-t-on le caractère flexible des normes et des structures, exigé pour adapter le système à son usager, soit l'enfant. Tant les procédures que les professionnels doivent s'assouplir afin de combiner leurs exigences à celles de l'enfant et

permettre ainsi à ce dernier d'intégrer foncièrement le système normatif qui l'entoure. Plus particulièrement, la flexibilité favorise la pleine participation de l'enfant tant à l'adoption qu'à la mise en œuvre de la norme dans une forme d'autorégulation limitée, ou plus justement de co-régulation aujourd'hui nécessaire à la validation du droit. En ce sens, on retrouve dans le domaine de la protection de la jeunesse un mouvement de flexibilisation des procédures, par exemple, dans le cadre des règles de témoignages, ainsi qu'un appel à favoriser ce même mouvement dans le cadre des pratiques professionnelles.

Cette flexibilisation des procédures fait écho au recours exponentiel à la négociation, seconde composante de la nouvelle matrice des interactions régulatrices. Une méthode plus adaptée à l'enfant que l'approche contradictoire et qui s'avère d'autant plus pertinente qu'elle renforce la participation de l'enfant. Les procédés tels que la conciliation, la concertation ou encore la médiation ont ainsi vu le jour dans l'univers juridique. Bien qu'ils demeurent en marge dans le domaine de la protection de la jeunesse, ils n'en constituent pas moins des perspectives prometteuses pour l'avenir. Ils ont d'ailleurs été encouragés dans les dernières modifications de la L.P.J., notamment en 2006, avec la mise en place des conférences de règlement à l'amiable et la promotion des ententes consensuelles. Ces différents moyens s'inscrivent dans une dynamique croissante visant à prendre l'enfant au sérieux et à se donner les moyens de le faire. Selon nous, une étape cruciale est toutefois restée lettre morte jusqu'à présent : il s'agit de la participation des enfants aux décisions publiques. Les récentes réformes législatives affectant les jeunes n'ont fait l'objet d'aucune investigation directe auprès des jeunes. Un certain effort mérite néanmoins d'être salué : celui de la Commission Laurent qui a entendu plusieurs témoignages d'enfants durant ses audiences, bien que, là encore, une participation plus effective des jeunes en aurait placé certains parmi les commissaires.

Autre composante dégagée des interactions régulatrices dans le régime post-moderne : le pluralisme. Il s'agit non seulement de la pluralité des éléments ou points de vue, mais encore et surtout de leurs interactions. Maintes fois rencontré dans le domaine de la protection de la jeunesse, le réseau est éminemment pluraliste. On retrouve constamment les deux approches sociales et juridiques, issues de deux univers disciplinaires différents, mais qui doivent apprendre à collaborer dans la complétion de leur objectif commun, à savoir la satisfaction de l'intérêt de l'enfant. Plus précisément, l'appel est lancé aux professionnels de chaque univers afin que leurs liens se renforcent, pourquoi pas dans le cadre d'une co-formation, et qu'ils fassent front commun plutôt que de percevoir l'autre comme un adversaire, ou, au mieux, un étranger.

Travailler sur le pluralisme normatif pourrait également permettre aux différents systèmes normatifs entourant l'enfant de s'inspirer les uns des autres et d'interagir afin de renforcer leur effectivité et encourager l'internormativité. Pensons, par exemple, au système scolaire qui pourrait participer à nourrir le système juridique en informant les jeunes sur leurs droits. Pensons également ce système par le biais des sciences de la pédagogie : certains avancements effectués en la matière, tel que le développement du concept d'autorité négociée, pourraient fort probablement servir le système de la protection de la jeunesse, similaire sur bien des aspects contextuels. Par ailleurs, le domaine de la psychosociologie est aussi fort d'enseignements pour la protection de la jeunesse. Il est ainsi déjà intégré sous certains volets, notamment dans le cadre de la théorie de l'attachement, mais n'oublions pas que d'autres développements de cette discipline ont aussi pour vocation de comprendre le fonctionnement psychique de l'enfant — une ressource incommensurable pour le droit et la justice qui cherchent justement à adapter leur pratique à leurs jeunes usagers.

En outre, d'autres types de normativité peuvent également entrer en jeu lorsqu'il s'agit des enfants, telles que les normes parentales, familiales ou encore communautaires. Le droit gagnerait à s'appuyer sur ces cercles relationnels de l'enfant en travaillant les interactions qui peuvent jouer au niveau normatif. Que l'on pense, par exemple, au développement récent en protection de la jeunesse de mécanismes visant à prendre en charge les enfants des communautés autochtones tout en respectant leur identité. La L.P.J. a connu plusieurs réformes pour intégrer ces liens d'attachement culturels¹⁵¹³ et certaines recherches ont même permis de réfléchir à des systèmes de gouvernance autochtones de protection de la jeunesse¹⁵¹⁴.

L'incertitude, autre composante propre à la matrice des interactions dans le régime de régulation post-moderne, est omniprésente en matière de droits de l'enfant puisqu'elle est le propre de son sujet. L'enfant est en effet un être rempli d'incertitudes. Il traverse une période des plus dynamique d'après laquelle ce qu'il est aujourd'hui n'augure aucunement de ce qu'il

¹⁵¹³ En 2001, la loi fut modifiée pour y insérer toute une section relative aux communautés autochtones et notamment permettre au gouvernement de conclure, avec une nation, une communauté, un regroupement de communautés ou tout autre regroupement autochtone, une entente en vue d'établir un régime particulier de protection de la jeunesse *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, LRQ, 2001, c.33, art. 37-5 et ss; Les modifications apportées en 2017 ont particulièrement cherché à favoriser l'implication des communautés autochtones et la prise en compte de l'identité culturelle des enfants relative à cette appartenance. Les critères de détermination de l'intérêt de l'enfant prévus à l'article 3 ont notamment intégré la prise en compte de ce contexte communautaire en ajoutant que « [d]ans le cas d'un enfant autochtone, est également prise en considération la préservation de son identité culturelle ». La prise en compte des particularités autochtones et des besoins identitaires des enfants de ces communautés fut également la source de nombreuses autres modifications de la loi, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions*, préc., note 1365.

¹⁵¹⁴

sera demain. Le jeu des interactions entre les considérations présentes et les considérations futures dans la détermination de l'intérêt de l'enfant témoigne de cette dynamique. Néanmoins, si l'intérêt présent de l'enfant peut être identifié par le décideur, la teneur de son intérêt futur ne sera qu'une simple hypothèse. En ce sens, le décideur devra statuer sur cette dimension de l'intérêt futur dans un cadre plus qu'incertain.

En outre, si le futur de l'enfant est incertain, celui des droits de l'enfant l'est aussi bien — d'autant plus si l'on autorise l'enfant à prendre part à sa détermination. Rappelons ici que jusqu'alors, seuls les adultes furent impliqués dans l'édification du domaine des droits de l'enfant. Accorder à l'enfant un rôle actif sur cette scène régulatoire, c'est aussi accepter de remettre en question certains aspects de cette scène. En effet, nul ne peut prédire l'impact de cette participation des enfants sur le droit, puisqu'ils n'ont encore jamais eu leur mot à dire. Bien qu'elle puisse en inquiéter certains, cette incertitude demeure un gage de nouvelles avenues d'amélioration du domaine qui, notamment dans le cadre de la protection de la jeunesse, semble s'essouffler. Néanmoins, nous pensons aussi qu'une certaine part d'incertitude pourrait s'effacer par le biais d'un travail sur l'effectivité du droit et des décisions, par exemple, au sujet du critère de l'intérêt de l'enfant — un travail qui répondrait en outre parfaitement aux caractéristiques du droit réflexif et au glissement pragmatique de la régulation sociale.

Cette part d'incertitude est tant facteur que résultat de la complexité des droits de l'enfant. On y retrouve en effet non seulement une augmentation des composantes, notons par exemple les nouveaux droits-liberté venus s'ajouter aux droits-protection, ou encore les multiples critères de détermination de l'intérêt de l'enfant, mais aussi l'enrichissement des interactions liant ces composantes. De la même manière que la complexité des interactions dans le cadre du régime de régulation post-moderne s'expliquait en partie par l'évolution dans la façon de les concevoir, la complexification du domaine des droits de l'enfant émane d'un changement dans la posture épistémologique des chercheurs qui tendent à concevoir les phénomènes dans une perspective dynamique. Dans une telle perspective, tout se joue dans les interactions des éléments inscrits dans des boucles d'interdépendance et de co-construction. Ces mouvements affectent les droits de l'enfant sous plusieurs aspects, dont l'interaction des critères de validité de l'intérêt de l'enfant, ou encore celle des acteurs amenés à jouer un rôle dans la vie de l'enfant. En matière de droits de l'enfant, les décideurs doivent être conscients de cette complexité pour être en mesure d'en tirer profit plutôt que de la subir. Dès lors, les multiples interactions qui forment la complexité du domaine pourront être exploitées afin de

réfléchir à de nouvelles perspectives d'amélioration, tel que nous l'avons proposé dans le cadre des interactions liant les acteurs sociaux et judiciaires en matière de protection de la jeunesse.

Finally, the reading of children's rights through our analysis grid of the post-modern social regulation regime will have allowed us to identify two perspectives. On the one hand, a perspective specific to children's rights, from which we can envisage at the same time a clearer portrait of this legal domain through the reconciliation of theoretical conflicts and the dialectical acceptance of its components, as well as perspectives for improvement through the strengthening of work related to these interactions. On the other hand, it is possible to identify a more global perspective according to which the domain of children's rights echoes the transformation of the socio-legal regulation regime. This second perspective opens the way to a broader reflection on the interactions between the movement of children's rights and that of socio-legal regulation, which certainly play in a sense: children's rights responding to the new post-modern face of regulation, but which, in an advanced spirit of recursivity here, deserve to be envisaged in the other. From then on, children's rights would respond to the evolution of social regulation, just as much as they would participate in it; a perspective that our thesis allows us to open up, which we will explore in our general conclusion.

Conclusion générale. Les droits de l'enfant et la régulation dans une dynamique constructiviste

Depuis la construction moderne des droits de l'enfant, qui tendait vers l'affirmation d'un portrait à double face entre les droits-protection et les droits-liberté, nous avons proposé une lecture renouvelée de ce portrait par le biais de la grille d'analyse constituée auparavant. Reposant sur le régime de régulation sociojuridique post-moderne, cette grille nous aura permis non seulement de souligner les analogies existantes entre l'évolution des droits de l'enfant et l'évolution du droit en tant que pôle privilégié de régulation sociale, mais également d'envisager de nouvelles perspectives d'avancement des droits de l'enfant.

Deux niveaux d'analyse ont embrassé ce projet : l'un, plus général, posant comme base le passage de l'approche dichotomique vers une approche en termes dialectiques ; le second, plus concret, révélant la transition des interactions vers plus de flexibilité, de négociation, de pluralisme, de complexité et d'incertitude. À l'aide de ces deux niveaux d'analyse, nous revenons sur les principes fondateurs des droits de l'enfant : l'intérêt de l'enfant, dont l'extraordinaire flexibilité lui permet de constituer le déterminant des interactions propres au domaine et d'ainsi en dépasser l'approche conflictuelle ; et la participation de l'enfant, dont les défis de mise en œuvre puisent un renouveau auprès des procédés de négociation. Bien que nous ayons particulièrement accentué la correspondance entre l'intérêt de l'enfant et la flexibilité, puis entre la participation de l'enfant et la négociation, nous avons également souligné la connexion de ces deux principes avec les autres composantes de la matrice des interactions régulatrices dégagées du régime de régulation post-moderne. Partant de cette analyse, nous pouvons d'ores et déjà conclure que les droits de l'enfant s'inscrivent, du moins en bonne partie, dans une approche post-moderne de la régulation ; la marche des droits de l'enfant vers le régime de régulation post-moderne est ainsi bel et bien engagée.

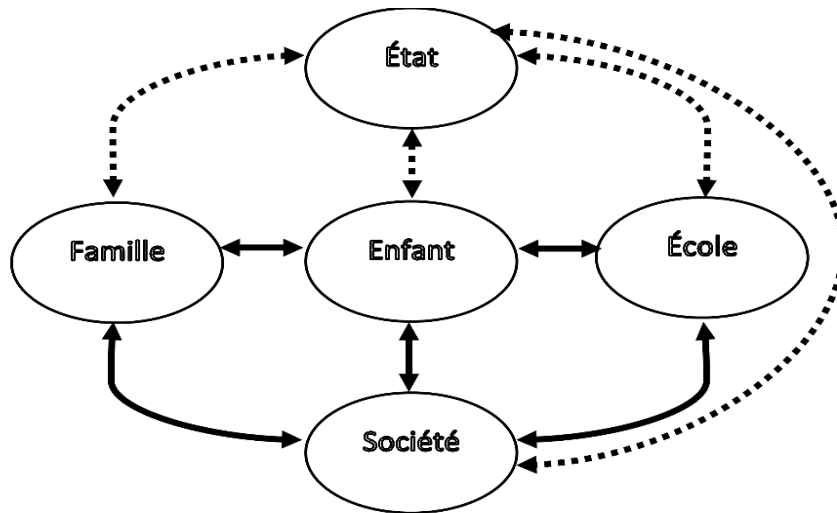
Au-delà de cette première conclusion, nous avons également établi que l'analyse des droits de l'enfant par le biais des interactions régulatrices de type post-moderne permettait d'envisager de nouvelles perspectives pour l'avancement de ce champ juridique. S'inspirant de l'importance accordée aux interactions plutôt qu'aux propriétés dans une approche post-moderne, les droits de l'enfant gagneraient, selon nous, à être envisagés de même. Dans cet

élan, il s'agirait de redorer le blason des droits procéduraux, souvent négligés, alors qu'ils sont la clef de la cohésion interne des droits de l'enfant. On vise ici la définition claire d'une stratégie procédurale s'articulant autour du principe cadre de l'intérêt de l'enfant et de ses moyens de mise en œuvre, telle que la participation de l'enfant. Par ailleurs, l'approche relationnelle des droits dans le domaine de l'enfance mériterait certainement quelques égards étant donné la place privilégiée que détiennent les « autres », notamment les parents, la famille élargie, les éducateurs ou les pairs, dans la vie des enfants.

Pour terminer notre thèse et inscrire nos propos dans une perspective concrète, nous sommes finalement prêtées à l'analyse plus spécifique de la protection de la jeunesse au Québec, toujours pas le biais de notre grille d'analyse issue du régime de régulation post-moderne. Là encore, le regard nouveau porté sur ce champ d'action publique aujourd'hui en crise s'est révélé prometteur et nous a permis d'émettre quelques recommandations concrètes tirées de nos réflexions doctorales.

Ainsi résumée, notre thèse rétablit une analyse unidirectionnelle : celle des droits de l'enfant à la lumière de l'évolution des régulations socio-juridiques vers un régime post-moderne. Néanmoins, après avoir tant insisté sur la circularité des interactions et la coconstruction des éléments dans le cadre de la pensée dialectique, il nous serait grief de taire la récursivité de notre analyse. Si les droits de l'enfant intègrent les développements de la régulation socio-juridique, ils devraient tout autant concourir, en retour, à ces développements. Partant, si l'évolution du régime de régulation post-moderne peut contribuer à l'avancement des droits de l'enfant, il est également fort probable que la réciproque se vérifie et que les droits de l'enfant puissent contribuer aux réflexions relatives à la théorie post-moderne de la régulation sociale. N'en dénote la force de l'intérêt de l'enfant depuis quelques décennies maintenant, l'une des premières notions autant marquées de flexibilité en matière juridique. Les droits de l'enfant, en tant que normativité particulière, participeraient à l'évolution de la régulation sociojuridique, tout autant qu'ils en seraient le produit, qu'ils en porteraient la marque.

Dès lors, il pourrait en être de même de l'ensemble des normativités jouant autour de l'enfant et des phénomènes régulatoires auxquels celles-ci participent. Reprenons le schéma qui nous permettait plus tôt d'introduire nos propos sur le phénomène régulateur :



Rappelons que les flèches marquent des rapports de régulation, celles en pointillé désignant plus spécifiquement la régulation juridique (par le biais du droit). L'évolution du régime de régulation socio-juridique touche donc l'ensemble de ces flèches en pointillé. Présentant ce régime dans sa dimension théorique, nous touchions plus particulièrement et plus généralement à la flèche liant l'État à la société, en témoigne d'ailleurs l'étendue de nos propos relatifs à cette relation droit-société, se déclinant dans une approche dialectique par la coconstruction et l'endogénéisation de ses termes. Nous avons ensuite utilisé les composantes qui se dégagent des interactions post-modernes de régulation (les flèches colorées par le régime post-moderne) pour analyser plus spécifiquement les droits de l'enfant, autrement dit la flèche verticale liant l'enfant et l'État. Une complémentarité semble se dégager impliquant que la coloration de la flèche liant l'État et la société vienne également teinter celle liant l'État et l'enfant. Dans un esprit de coconstruction, nous assumons que, réciproquement, une coloration de la flèche liant l'État à l'enfant (le droit positif des enfants) teintera à son tour la flèche liant l'État à la société (le droit positif). Il en ira certainement de même de tous les autres rapports de régulation. Un changement sur une flèche implique un changement d'un type de normativité spécifique, mais colore aussi les autres flèches, autrement dit les autres types de normativité. On voit donc qu'un changement propre à une normativité spécifique s'inscrit également dans un changement plus global propre au mouvement de la régulation en tant que tel. Ce mouvement plus global s'inscrit tout autant qu'il participe aux changements spécifiques de tel ou tel type de régulation.

Il serait intéressant dès lors de se prêter au même exercice que proposé dans cette thèse, mais vis-à-vis d'un autre ordre normatif ou type de normativité entourant l'enfant. On pourrait, par exemple, se référer aux normes éducatives qui lient tant les parents que les éducateurs aux

enfants. *A priori* et de notre humble savoir profane sur le sujet, de nouvelles corrélations semblent déjà poindre : on parle en effet aujourd'hui d'une éducation négociée où il s'agit non plus d'imposer des règles à l'enfant de manière autoritaire, mais de chercher à le faire adhérer aux normes éducatives et de trouver moyen de l'impliquer dans ce cadre normatif ; un exemple, ou plutôt une intuition sur laquelle bien des choses restent à dire, sinon à découvrir.

Enfin, une autre perspective mériterait sans doute que l'on y prête attention, celle de l'étude des pôles régulés-régulants à la lumière de l'évolution du phénomène de régulation. Nous en avons déjà évoqué une dimension à travers les transformations de l'État (État garant, État providence et État propulsif) à la mesure des changements dans le droit (droit libéral, droit social et droit réflexif). Là encore, l'angle constructiviste encourage à voir entre le droit et l'État des interactions réciproques menant à concevoir chacun tant comme le produit que comme la source des changements de l'autre. Depuis notre schéma des régulations entourant l'enfant, il serait ainsi intéressant d'appréhender la réponse des autres pôles quant aux changements subis par la régulation. Nous viserions alors les représentations sociales de l'État, de l'enfant, de l'école ou encore de la famille, mais aussi la représentation juridique de la société, de l'enfant, de l'école ou de la famille, et ainsi de suite. Toujours dans le cadre de notre schéma, il s'agirait finalement de comprendre comment les flèches colorent les cercles qui eux-mêmes colorent certainement à leur tour les flèches ; autrement dit, comment les changements du cadre régulateur participent aux représentations des pôles régulés et régulants, et inversement. *In fine*, quel que soit l'angle d'analyse adopté, l'étude du phénomène régulateur dans un élan constructiviste peut s'avérer extrêmement riche et variée. Celle à laquelle nous venons de nous prêter n'est qu'une parmi d'autres relatives aux droits des enfants, mais encore une parmi tant d'autres dans le cadre plus large de la régulation socio-juridique.

BIBLIOGRAPHIE

Législation et réglementation

❖ Textes fédéraux

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, (1982) c. 11 (R-U).

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, c. 9.

Loi modifiant la loi des jeunes délinquants, S.C. 1921, c. 37.

Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, S.C. 2019, c. 16.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), c. C-5.

Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1.

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), c. 3 (2e suppl.).

Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33.

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

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

Loi sur les jeunes délinquants, S.C. 1908, c. 40.

❖ Textes québécois

Acte à l'effet d'amender et refondre la Loi des mines, S.Q. 1892, c. 20.

Acte concernant les écoles de réformes, S.Q. 1869, c. 18.

Acte concernant les écoles d'industrie, S.Q. 1869, c. 17.

Acte des manufactures de Québec, S.Q. 1885, c. 32.

Acte pour amender l'acte 32 Victoria, chap. 17, concernant les écoles d'industrie, S.Q. 1884, c. 23.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code civil du Bas-Canada, S prov C 1865 (29 Vict), c. 41.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code de procédure civile, c. C-25.01.

Loi amendant les Statuts refondus, 1909, concernant les jeunes délinquants, S.Q., 1912, c. 39.

Loi concernant certains enfants immigrants, S.Q. 1899 c. XLVII.

Loi concernant la protection de la jeunesse, S.Q. 1960 c. 42.

Loi concernant la protection de l'enfance, S.Q. 1944, c. 33.

Loi concernant la protection des enfants soumis à des mauvais traitements, L.Q. 1974, c. 59.

Loi concernant l'adoption, S.Q. 1923-1924, c. 75.

Loi concernant l'établissement de classes spéciales pour l'instruction de certains enfants, S.Q. 1929, c. 45.

Loi de l'adoption, L.Q. 1969, c. 64.

Loi instituant la Cour de bien-être social, S.Q. 1950 c.10.

Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39.

Loi modifiant la Loi des écoles de protection de la jeunesse, S.Q. 1951 c.56.

Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1989, c. 53.

Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1994, c. 35.

Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse, LRQ, 2001, c.33.

Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions, L.Q. 2017, c. 18.

Loi modifiant la loi sur la protection de la jeunesse et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 2006, c. 34.

Loi modifiant le Code civil, L.Q. 1977, c. 72.

Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse, S.Q. 1950, c. 11.

Loi relative aux établissements industriels, S.Q. 1894, c. 30.

Loi relative aux jeunes délinquants, S.Q. 1910, c. 26.

Loi sur la protection de la jeunesse, L.Q. 1977, ch. 20 ; L.R.Q. c. P.-34.1.

Loi sur la protection du consommateur, RLRQ c P-40.

❖ Textes internationaux

ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES

- *Déclaration universelle des droits de l'homme*, (1948) A/RES/217 A (III)
- *Déclaration des droits de l'enfant*, (1959) A/RES/1386 (XIV)
- *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1966) A/RES/2200 A (XXI)
- *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, (1966) A/RES/2200 A (XXI)
- *Année internationale de l'enfant*, (1976) A/RES/31/169.
- *Convention relative aux droits de l'enfant*, Résolution AG 44/25, 1577 R.T.N.U. 61 entrée en vigueur le 2 septembre 1990 (1989)
- *Protocole facultatif à la Convention des Droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications*, A/RES/66/138 entrée en vigueur le 14 avril 2014 (2011)

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, 25 octobre 1980 (entrée en vigueur le 1er décembre 1983), [Convention de La Haye de 1980].

Jurisprudence

❖ Cour du Québec

Paquette, ès qualités Personne autorisée par le Directeur de la protection de la jeunesse c. C. (L.), [1997] RJQ 2639.

❖ Cour supérieure du Québec

Centre hospitalier universitaire Sainte-Justine c. X, 2011 QCCS 3803.

Centre universitaire de santé McGill (CUSM--Hôpital général de Montréal) c. X, 2017 QCCS 3946.

Gohier-Desfossés c. Gohier, [1978] J.E. 79-23.

Goyette (In Re): Centre de services sociaux du Montréal métropolitain, [1982] SOQUIJ AZ-83021343 429.

Droit de la famille — 86, [1983] J.E. 83-1027.

Droit de la famille — 110, [1984] J.E. 84-178.

Droit de la famille — 228, [1985] J.E. 85-795.

Hôpital de Montréal pour enfants c. J. (D.), [2001] REJB 2001-25172.

Hôpital Ste-Justine c. Giron, [2002] CanLII 34269.

Hôpital St-François d'Assise c. Lacasse, [1993] R.D.F. 348.

❖ Cour d'appel du Québec

Bockler c. Bockler, [1974] SOQUIJ AZ-74011010, [1974] C.A. 41.

Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital, 1986 CanLII 4022.

Droit de la famille - 072232, [2007] CanLII 1180.

Droit de la famille — 09398, [2009] CanLII 374.

Droit de la famille — 09746, [2009] CanLII 623.

Droit de la famille — 1549, [1992] R.J.Q. 855, 862.

Droit de la famille — 19925, [2019] CanLII 897.

F.(M.) c. L.(J.), [2002] 211 D.L.R. (4th), 350.

Ménard c. Ménard, [1981] J.E. 81-882.

❖ Cour suprême du Canada

A.B. c. Bragg Communications Inc., [2012] 2 RCS 567.

A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille), [2009] 2 RCS.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 RCS 143.

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

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 RCS 315.

Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.), [1982] 2 RCS 716.

C. (G.) c. V.-F. (T.), [1987] 2 RCS 244.

Canadian Foundation for Children, [2004] 1 RCS 76.

Carter c. Canada (Procureur général), [2015] 1 RCS 331

Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.), [1994] 2 RCS 165.

Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears, [1985] 2 RCS 536.

Daigle c. Tremblay, [1989] 2 R.C.S. 530 1748.

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 RCS 241.

Frame c. Smith, [1987] 2 RCS 99.

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Health Authority, [1985] 3 All ER 188 (House of Lords).

Gordon c. Goertz, [1996] 2 RCS 27.

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 RCS 703.

Hepton et al. v. Maat et al., [1957] S.C.R 606.

In Re Agar / McNeilly et al v. Agar, [1957] S.C.R 52.

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 RCS 927.

King c. Low, [1985] 1 RCS 87.

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497.

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 RCS 1120.

Lovelace c. Ontario, [2000] 1 RCS 950.

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 RCS 46.

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W., [2000] 2 RCS 519.

Ogg-Moss c. La Reine, 1984 CanLII 77.

P. (D.) c. S. (C.), [1993] 4 RCS 141.

R. c. B. (G.), [1990] 2 RCS 30.

R. c. D.B., [2008] 2 RCS 3.

R. c. Friesen, 2020 CSC 9 (CanLII).

R. c. Hess ; R. c. Nguyen, [1990] 2 RCS 906.

R. c. J. (J.T.), [1990] 2 RCS 755.

R. c. Jarvis, [2019] 1 RCS 488.
R. c. Jones, [1986] 2 RCS 284.
R. c. Khan, [1990] 2 RCS 531.
R. c. L. (D.O.), [1993] 4 RCS 419.
R. c. Mills, 2019 CSC 22 (CanLII).
R. c. Morrison, [2019] 2 RCS 3.
R. c. Oakes, [1986] 1 RCS 103.
R. c. Sharpe, [2001] 1 RCS 45.
R. c. Stevens, [1988] 1 RCS 1153.
R. c. W. (R.), [1992] 2 RCS 122.
Racine c. Woods, [1983] 2 RCS 173.
Re Baby Duffell Martin v. Duffell, [1950] S.C.R 737.
W. (V.) c. S. (D.), [1996] 2 RCS 108.
Young c. Young, [1993] 4 RCS 3.

❖ Ontarienne

Re Moores and Feldstein et al., [1973] 3 O.R. 921 (Court of Appeal for Ontario).

Doctrine

❖ Monographies et ouvrages collectifs

- ALAIMO, K. et B. KLUG, *Children as equals: exploring the rights of the child*, Lanham, MD, University Press of America, 2002.
- ARCHARD, D., *Children: rights and childhood*, 2^e éd., London; New York, Routledge, 2004.
- ARIES, P., *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Éditions du Seuil, 1975.
- ARNAUD, A.-J. et J.-G. BELLEY (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- BACHELARD, G., *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 10^e éd., coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, JVrin, 1977.
- BAUDRILLARD, J., *Dictionnaire de la sociologie*, Albin Michel, coll. Eyclopædia Universalis, Paris, 1998.
- BEC, C., *De l'État social à l'État des droits de l'homme ?*, coll. Res publica, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011.
- BELLEY, J.-G. (dir.), *Le droit soluble : contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J, 1996.
- BELLEY, J.-G. et P. ISSALYS (dir.), *Aux frontières du juridique : études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, coll. Collection travaux, n°1, Québec, Groupe d'étude sur les processus de transformation du droit, Faculté de droit, Université Laval, 1993.
- BENYEKHFLEF, K., *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e édition, Montréal, Éditions Thémis, 2015.
- BERGER, P. L. et T. LUCKMANN, *La construction sociale de la réalité*, traduit par Pierre TAMINIAUX, coll. Bibliothèque des classiques, Paris, Armand Colin, 2014.
- BERLIN, I., *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988.
- BLATIER, C., *La délinquance des mineurs : l'enfant, le psychologue, le droit*, 3^e éd., coll. Vies sociales, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2014.
- BOURETZ, P. (dir.), *La Force du droit : panorama des débats contemporains*, coll. Série Philosophie, Paris, Éditions Esprit, 1991.
- BUREAU, M.-F. et M. MERCAT-BRUNS (dir.), *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, coll. Thèmes et commentaires. Actes, Paris, Dalloz, 2006.
- CARBONNIER, J.

- *Essais sur les lois*, 2^e éd., coll. Anthologie du droit, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.
 - *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2007.
 - *Sociologie juridique*, coll. Thémis : Droit, Paris, Presses universitaires de France, 1978.
- CASAVANT, L., R. MACKAY et D. VALIQUET, *Justice pour les jeunes au Canada, le contexte législatif*, Service d'information et de recherche parlementaires, 2008.
- CHEVALLIER, J.
- *L'État de droit*, Paris, Montchrestien, 1992.
 - *L'État post-moderne*, 3^e éd., coll. Droit et société, n°35, Paris, L.G.D.J, 2008.
- CLOUET, J., *Décisions judiciaires en matière de garde d'enfants : contribution à l'étude de l'influence des marqueurs identitaires du juge*, Montréal, Québec, Les Éditions Thémis, 2017.
- COHET-CORDEY, F. (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2000.
- COLLINS, T. M. (dir.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale / Ottawa 2007*, coll. Bleue (Montréal, Québec). Série Ouvrages collectifs, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008.
- COMMAILLE, J.
- *A quoi nous sert le droit ?*, coll. Folio Essais, n°609, Paris, Gallimard, 2015.
 - *Familles sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, coll. Justice humaine, Paris, Centurio, 1982.
 - *Le divorce en Europe occidentale : la loi et le nombre*, Paris, Éditions de l'INED, 1983.
 - *L'esprit sociologique des lois : essai de sociologie politique du droit*, 1^{re} éd., coll. Droit, éthique, société, Paris, Presses universitaires de France, 1994.
- CORCUFF, P., *Les nouvelles sociologies : constructions de la réalité sociale*, coll. 128, Paris, Nathan, 1995.
- CORCUFF, P., C. LE BART, F. de SINGLY et C. SCHNEIDER-ARNSPERGER (dir.), *L'individu aujourd'hui : débats sociologiques et contrepoints philosophiques*, coll. Res publica, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.
- COTE, I., K. LAVOIE et R.-P. TROTTIER-CYR (dir.), *La méthodologie de recherche centrée sur l'enfant : recueillir et restituer la parole des enfants et des adolescent-e-s*, Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, Québec, 2020.

- DELEURY, É. et A. CLOUTIER (dir.), *Maman ou papa ? : l'attribution de la garde des enfants dans les situations de divorce*, coll. Droits et libertés, Québec, Centre de recherche sur les droits et libertés, Faculté de droit Université Laval, 1987.
- DELEURY, É. et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5e édition, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2014.
- DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.
- DO, K. L., *L'exploration du dialogue de Bohm comme approche d'apprentissage : une recherche collaborative*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures de l'Université Laval, 2003.
- DOAT, M., J. LE GOFF et P. PEDROT (dir.), *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant (actes du colloque de Brest du 24 mars 2006)*, coll. L'univers des normes, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007.
- DUMONT, L., *Essais sur l'individualisme : une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, coll. Points. Essais, n°230, Paris, Éditions du Seuil, 1991.
- ELIAS, N., *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991.
- FARSON, R., *Birthrights*, New York, 1974.
- FREEMAN, M. D. A., *The moral status of children: essays on the rights of the child*, The Hague, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- GARAPON, A., *L'âne portant des reliques : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Le Centurion, 1985.
- GARCIA VILLEGAS, M., *Les pouvoirs du droit : analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015.
- GIDDENS, A., *La constitution de la société : éléments de la théorie de la structuration*, traduit par Michel AUDET, coll. Sociologies, Paris, Presses universitaires de France, 1987.
- GOLDSTEIN, J., A. FREUD et A. J. SOLNIT, *Dans l'intérêt de l'enfant ? : vers un nouveau statut de l'enfance*, coll. Les milieux éducatifs de l'enfant, Paris, Éditions ESF, 1978.
- GONIN, L., *L'obsolescence de l'État moderne : analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'État français*, Genève, Université de Genève, Faculté de droit, 2011.
- GORNY, V., *Priorité aux enfants : un nouveau pouvoir*, coll. Les Guides Société Hachette, Paris, Hachette, 1991.
- GRONDIN, R., *L'enfant et le droit pénal*, coll. Bleue. Série monographie, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.
- HANIGAN, P., *La jeunesse en difficulté : Comprendre pour mieux intervenir*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1990.

- HOLT, J., *Escape from childhood*, New York, E.P. Dutton, 1974.
- HUNT, A., *Explorations in law and society: towards a constitutive theory of law*, coll. After the law, New York, Routledge, 1993.
- INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, 5E SEMINAIRE, *100 ans de justice juvénile : bilan et perspectives*, coll. Institut universitaire Kurt Bösch, n°20, Sion, Institut international des droits de l'enfant, 2000.
- JAMES, A. et A. PROUT (dir.), *Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*, London, New York, Falmer Press, 1990.
- JOYAL, R., *Les enfants, la société et l'État au Québec, 1608-1989. Jalons*, coll. Cahiers du Québec. Collection Histoire, n°124, Montréal, Hurtubise HMH, 1999.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, traduit par Reine RECHTSLEHRE, Paris, L.G.D.J, 1999.
- KOURI, R. P. et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins : le regard du législateur et des tribunaux civils*, coll. Monographies juridiques, Sherbrooke, Québec, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1999.
- KOURILSKY–AUGEVEN, C. (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit : attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, coll. Droit et société, n°2, Paris, L.G.D.J, 1997.
- LABERGE, V., *Pour une présomption légale simple de garde alternée au Québec*, Mémoire de maîtrise en droit, Université du Québec à Montréal, 2013.
- LAPOINTE, J., *L'approche systémique et la technologie de l'éducation*, Canada, Université Laval, 1998.
- LE BART, C., *L'individualisation*, coll. Références, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2008.
- LE MOIGNE, J. L., *Le constructivisme tome 1. Les enracinements*, coll. Ingénium, Paris, L'Harmattan, 2001.
- LOCKE, J.
- *Traité du gouvernement civil*, 2e éd. corr, traduit par David MAZEL, Paris, Flammarion, 1992.
 - *Quelques pensées sur l'éducation*, traduit par Gabriel COMPAYRE, Paris, Vrin, 2007.
 - *Essai sur l'entendement humain*, Paris, Librairie Générale Française, 2009.
- LUDWICZAK, F. (dir.), *Réformer le droit des mineurs délinquants : d'une évolution de la jeunesse à l'adaptation de la justice*, coll. Droit, société et risque, Paris, L'Harmattan, 2016.

- MARTUCCELLI, D. et F. de SINGLY, *Les sociologies de l'individu*, coll. Sociologie, anthropologie, n°128, Paris, AColin, 2009.
- MASOTTA, P. (dir.), *Le non-droit des jeunes*, Paris, Syros, 1995.
- MAZEAUD, H., *Leçons de droit civil. Tome I. Introduction à l'étude du droit*, 5e éd. par Michel de Juglart, 1, Paris, Montchrestien, 1972.
- MELTON, G. B., J. PETRILA, N. POYTHRESS et C. SLOBOGIN, *Psychological evaluations for the courts: a Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*, coll. Guilford law and behavior series, New York, Guilford Press, 1987.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, EStory-Scientia, 1992.
- MIAILLE, M. (dir.), *La Régulation entre droit et politique. Colloque du Centre d'études et de recherches sur la théorie de l'État*, Paris, L'Harmattan, 1995.
- MOORE, B., C. BIDEAU-CAYRE et V. LEMAY (dir.), *La représentation de l'enfant devant les tribunaux*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.
- MORAND, C. A. (dir.)
- *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992.
 - *L'État propulsif : contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991.
- MORIN, C., *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois : étude socio-juridique de la production du droit*, coll. Minerve, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2009.
- MOUTOUT, N., *L'enfant sujet de droit international*, Mémoire : droit international public, Aix-Marseille 3, 1997.
- MÜLLER, F., *Discours de la méthode juridique*, coll. Léviathan, Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- MUNCK, J. de et M. VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?*, coll. Ouvertures sociologiques, Bruxelles, De Boeck Université, 1997
- NEILL, A. S., *Libres enfants de Summerhill*, coll. LD/Fondations, Paris, La Découverte, 1984.
- NOREAU, P. (dir.)
- *Dans le regard de l'autre = In the eye of the beholder*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.
 - *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit = All purpose law : exploring contemporary functions of law*, Montréal, Éditions Thémis, 2008.

- NOREAU, P., D. GOUBAU, M.-C. SAINT-JACQUES, S. VAN PRAAGH, V. FAU et C. ROBITAILLE, *La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société / Youth at the Crossroads of Family, Community, Law and Society*, Thémis, Montréal, 2021.
- OPPETIT, B., *Droit et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1998.
- OST, F., *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. StradaLex, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- OST, F. et M. van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*, coll. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n°94, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- PERELMAN, C., *Justice et raison*, 2^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972.
- POITRAS, K., C. BAUDRY et D. GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de protection*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2012.
- PROVOST, M., *Droit de la protection de la jeunesse*, Montréal, Québec, LexisNexis, 2017.
- PUFALL, P. B. et R. P. UNSWORTH (dir.), *Rethinking childhood*, coll. Rutgers series in childhood studies, New Brunswick, N.J., Rutgers University Press, 2004.
- RENAUT, A.
- *La libération des enfants : contribution philosophique à une histoire de l'enfance*, coll. Pluriel. Philosophie, Paris, Hachette littératures, 2003.
 - *La fin de l'autorité*, Paris, Flammarion, 2004.
 - *Égalité et discriminations : un essai de philosophie politique appliquée*, coll. Couleur des idées, Paris, Seuil, 2007.
- ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2016.
- ROUSSEAU, J.-J., *Émile ou De l'éducation*, Flammarion, coll. Le Monde, Paris, 2009.
- ROY, V., *Projet de loi C-68 : Loi concernant le système de justice pénale pour les adolescents et modifiant et abrogeant certaines lois en conséquence : une analyse systématique et fonctionnelle*, coll. Série État de la question, Québec, Laboratoire de recherche, École de service social, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 1999.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. et F. RAINER (dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1996.
- SAINTE-JACQUES, M.-C., D. TURCOTTE, S. DRAPEAU et R. CLOUTIER, *Familles en transformation. La vie après la séparation des parents : Bilan d'une réalité complexe et pistes d'action*, Presses Universitaires de Laval, 2004.

- SINGLY, F. de (dir.), *Enfants-adultes : vers une égalité de statuts ?*, coll. Tour du sujet, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2004.
- SINGLY, F. de, *Les uns avec les autres : quand l'individualisme crée du lien*, coll. Individu et société, Paris, AColin, 2003.
- SINGLY, F. de et S. MESURE (dir.), *Le lien familial*, 1^{re} éd., coll. Comprendre, n°2, Paris, Presses universitaires de France, 2001.
- SINGLY, F. de et F. SCHULTHEIS (dir.), *Affaires de famille, affaires d'État : actes du colloque franco-allemand : sociologie de la famille*, coll. Voie d'accès, Jarville-La-Malgrange, Éditions de l'Est, 1991.
- SINTEZ, C., *Le constructivisme juridique : Essai sur l'épistémologie des juristes*, coll. Libre Droit, Paris, Mare & Martin, 2014.
- THERY, I., *Le démariage : justice et vie privée*, coll. Poches Odile Jacob, n°60, Paris, OJacob, 2001.
- TIMSIT, G., *Archipel de la norme*, 1^{re} éd., coll. Voies du droit, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- TULKENS, F. et T. MOREAU, *Droit de la jeunesse : aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- VAN DE KERCHOVE, M. et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France Paris, 1988.
- VEERMAN, P. E., *The rights of the child and the changing image of childhood*, 18, coll. International studies in human rights, Dordrecht, The Netherlands, Boston, Norwell, MA, U.S.A., Martinus Nijhoff Publishers, Sold and distributed in the USA and Canada by Kluwer Academic Publishers, 1992.
- YOUF, D., *Penser les droits de l'enfant*, coll. Questions d'éthique, Paris, Presses universitaires de France, 2002.

❖ Articles de revue et chapitres de livre

- ALMEIDA, G. A. de, B. GRAEFF, D. GUERIN et M. PERON, « L'enfant sujet des droits de l'homme : réflexions en Droit français et en Droit brésilien », (2019) 11-2 *Rev. Estud. Const. Hermenêutica E Teor. Direito* 220.
- ANCEL, B., « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », (2014) 62 *Petites Affiches* 6.
- ARCHARD, D., « Children, adults, best interests and rights », (2013) 13-1 *Med. Law Int.* 55.
- BAILLEUX, A. et F. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Détudes Jurid.* 25.

- BALA, N. et R. BIRNBAUM, « Preferences and Perspectives of Children in Family Cases: Rethinking the Role of Children’s Lawyers », (2018) 59-4 *Cah. Droit* 787.
- BALA, N. et R. LECKEY, « Family Law and the Charter’s First 30 Years: An Impact Delayed, Deep, and Declining but Lasting », (2013) 32-1 *Can. Fam. Law Q.* 21-52.
- BARDAXOGLU, S., V. FAU, A. CAMPBELL et S. VAN PRAAGH, « Au cœur de l’accès à la justice des jeunes en protection de la jeunesse : des acteurs discutent », (2020) 66-1 *Serv. Soc.* 81.
- BASTARD, B. et C. MOUHANNA, « Le juge des enfants dans son environnement : à la recherche des équilibres », *Quest. Pénales* 2008.1.
- BAUDE, A., S. DRAPEAU et C. ROBITAILLE, « La participation de l’enfant dans le processus de médiation familiale », (2018) n° 61-2 *Cah. Crit. Ther. Fam. Prat. Réseaux* 39.
- BIRNBAUM, R., « Independent Child Legal Representation: A Concept in the Making », (2005) 20 *J. Law Soc. Policy* 131.
- BIRNBAUM, R., L. BERTRAND et N. BALA, « Controversy about the Role of Children’s Lawyers: Advocate or Best Interests Guardian? Comparing Practices in Two Canadian Jurisdictions with Different Policies for Lawyers », (2013) 51 *Fam. Court Rev.*
- BIRNBAUM, R. et M. SAINI, « A Qualitative Synthesis of Children’s Participation in Custody Disputes », (2012) 22-4 *Res. Soc. Work Pract.* 400.
- BLAIS, M.-C., « Une libération problématique », (2002) n° 121-4 *Le Debat* 140.
- BRUNET, P., « Quand le droit compte comme texte », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Détudes Jurid.* 54.
- CAMPBELL, A., M. CARNEVALE, S. JACKSON, F. CARNEVALE, D. COLLIN-VEZINA et M. E. MACDONALD, « Child citizenship and agency as shaped by legal obligations », (2011) 23-4 *Child Fam. Law Q.* 489.
- CHEVALLIER, J.
- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *Rev. Droit Public.*
 - « Le regard de Jacques Chevallier », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Détudes Jurid.* 60.
- CHOMBART DE LAUWE, M.-J., « L’enfant acteur social et partenaire des adultes. Nouvelles conceptions aboutissant à une transformation de son statut », (1990) 43-1 *Enfance* 135.
- CHOQUETTE, M., « L’âge de la responsabilité pénale », (1984) 25-2 *Cah. Droit* 465.
- COMMAILLE, J.
- « D’une sociologie de la famille à une sociologie du droit. D’une sociologie du droit à une sociologie des régulations sociales », (1986) 18-1 *Sociol. Sociétés* 113.

- « Ordre familial, ordre social, ordre légal. Eléments d'une sociologie politique de la famille », (1987) 37 *Année Sociol.* 265.
- D'AMOURS, O., « Survol historique de la protection de l'enfance au Québec, de 1608 à 1977 », (1986) 35-3 *Serv. Soc.* 386.
- DAVID, V., « La lente consécration de la nature, sujet de droit », (2012) 37-3 *Rev. Jurid. Environ.* 469.
- DOLGIN, J. L., « Why Has the Best-Interest Standard Survived: The Historic and Social Context Special Report », (1996) 16-1 *Child. Leg. Rights J.* 2.
- DUBET, F., « Les droits de l'enfant sont-ils les droits d'un sujet ? », (2002) 9 *Arch. Pédiatrie* 287.
- ELSTER, J., « Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child », (1987) 54-1 *Univ. Chic. Law Rev.* 1.
- EWICK, P. et S. SILBEY, « La construction sociale de la légalité », (2004) 6-1 *Terrains Trav.* 112.
- FAGOT-LARGEAULT, A. et G. DELAISI DE PARSEVAL, « Les droits de l'embryon (foetus) humain, et la notion de personne humaine potentielle », (1987) 92-3 *Rev. Métaphys. Morale* 361.
- FECTEAU, J.-M., « Du droit d'association au droit social : Essai sur la crise du droit libéral et l'émergence d'une alternative pluraliste à la norme étatique », (1997) 12-2 *Can. J. Law Soc.* 143.
- FISH, C., « La puissance paternelle et les cas de garde d'enfants au Québec, 1866-1928 », (2004) 57-4 *Rev. Hist. Am. Fr.* 509.
- FONDIMARE, E., « La mobilisation de l'égalité formelle contre les mesures tendant à l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : le droit de la non-discrimination contre les femmes ? », (2017) 11 *Rev. Droits L'homme Rev. Cent. Rech. D'études Sur Droits Fondam.*
- FOURNIER, A., « Le droit de l'enfant à la représentation par un avocat en matière de protection de la jeunesse », (1996) 37-4 *Cah. Droit* 971.
- FREUND, J., « La rationalisation du droit selon Max Weber », (1978) 23 *Arch. Philos. Droit* 69.
- GOLD, M., « Comment: Andrews v. Law Society of British Columbia », (1989) 34-4 *McGill Law J.* 1063.
- GOUTTENOIRE, A., « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », (2006) 5 *Cah. Rech. Sur Droits Fondam.* 59.
- GOYARD-FABRE, S.
- « Sujet de droit et objet de droit : Défense de l'humanisme », (1995) 81-4 *ARSP Arch. Für Rechts- Sozialphilosophie Arch. Philos. Law Soc. Philos.* 517.

- « L'innovation dans le champ juridique ou le passé recomposé », (2014) N° 83-3 *Rev. Métaphys. Morale* 311.
- HALPERIN, J.-L., « Droit et contexte du point de vue de l'histoire du droit », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Détudes Jurid.* 117.
- HEMERY, Y., « Irresponsabilité pénale, évolutions du concept », (2009) 85-8 *Inf. Psychiatr.* 727.
- ISRAËL, L., « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologue », (2008) 69-70-2 *Droit Soc.* 381.
- JOYAL, R., « L'Acte concernant les écoles d'industrie (1869) une mesure de prophylaxie sociale dans un Québec en voie d'urbanisation », (1996) 50-2 *Rev. Hist. Amérique Fr.* 227.
- JOYAL, R. et M. PROVOST, « La Loi sur la protection de la jeunesse de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur », (1993) 34-2 *Cah. Droit* 635.
- KISS, C. A., « Le concept d'égalité : définition et expérience », (1986) 27-1 *Cah. Droit* 145.
- KOURI, R. P., « Le Mineur et Les Soins Médicaux, A.C.C. Manitoba : de L'autonomie au Meilleur Interet, une Limite Bien Floue », (2010) 4-1 *McGill J. Law Health* 65.
- LAMB, M., K. STERNBERG et R. THOMPSON, « The effects of divorce and custody arrangements on children's behavior, development, and adjustment », (1997) 5 *Expert Evid.*
- LASCOURMES, P., « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », (1990) 40 *Année Sociol.* 43.
- LAZARTIGUES, A., « La famille contemporaine "fait"-elle de nouveaux enfants ? », (2001) 49-4 *Neuropsychiatr. Enfance Adolesc.* 264.
- LETOURNEAU, L., « De l'animal-objet à l'animal-sujet ? : regard sur le droit de la protection des animaux en Occident », 10-2 *Lex Electron.* 12.
- LOCHAK, D.
- « Quelques réflexions sur l'universalité de la règle de droit dans ses rapports avec l'égalité », (2005) 49 *Droit Cult. Rev. Int. Interdiscip.* 15.
 - « Penser les droits catégoriels dans leur rapport à l'universalité », (2013) 3 *Rev. Droits Homme.*
- LUHMANN, N., « Le droit comme système social », (1989) 11-1 *Droit Société* 53.
- MAISANI, P. et F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », (1994) 27-1 *Droit Société* 443.
- MAJURY, D., « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada », (1990) 4-2 *Can. J. Women Law Rev. Femmes Droit* 407.

- MARTINEAU, S. et A. BUYSSE, « Rousseau et l'éducation : apports et tensions », (2016) 5-2 *Phronesis* 14.
- MAZZONI, C. M., « Real Protection of the Embryo Studies », (2005) 60 *Droit Soc.* 499.
- MINOW, M., « Rights for the next generation: a feminist approach to children's rights », (1986) 9 *Harv. Womens Law J.* 1.
- MONGRIN, O. et D. SALLAS, « Entre le tout éducatif et le tout répressif, quelles alternatives ? À propos de la justice des mineurs », (1998) 248-12 *Esprit* 189.
- MORERE, P., « L'idée d'éducation chez Locke et ses fondements empiriques », (2005) 1-61 *XVII-XVIII Rev. Société Études Anglo-Américaines XVIIe XVIIIe Siècles* 71.
- NOREAU, P.
- « Comment la législation est-elle possible ? Objectivation et subjectivation du lien social », (2001) 47-1 *Rev. Droit McGill* 195.
 - « L'innovation sociale et le droit : Est-ce bien compatible ? », dans *Le développement social au rythme de l'innovation, Fonds de recherche sur la société et la culture (FQRSC)*, 2004, p. 73.
- O'NEILL, O., « Children's Rights and Children's Lives », (1988) 98-3 *Ethics* 445.
- OST, F., « Jupiter, Hercule, Hermès. Quel modèle pour un droit post-moderne ? », (1990) 179 et 180 *J. Procès* 14 et 19.
- PARE, M., « L'accès des enfants à la justice et leur droit de participation devant les tribunaux : quelques réflexions », (2014) 44-1 *Rev. Générale Droit* 81.
- PETEL, M., « La nature : d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexions pour un nouveau modèle de société », (2018) 80-1 *Rev. Interdiscip. Etudes Jurid.* 207.
- PICHONNAZ, P., « La concrétisation des changements sociaux dans le droit : éléments de réflexions », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Études Jurid.* 130.
- PIERET, J., « Droit, contexte et changement social dans la théorie des systèmes sociaux », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Études Jurid.* 139.
- POUMAREDE, J., « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », (2012) 50 *Petites Affiches* 13.
- PROULX, D., « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Law: un pas en avant ou un pas en arrière? », (2001) 61 *Rev. Barreau* 185.
- RICARD, L.
- « Le rapport entre le juridique et le clinique dans l'application de la Loi sur la protection de la jeunesse : une perspective relationnelle », (2013) 43-1 *Rev. Générale Droit* 49.

- « L'évolution récente de la conception de l'enfant dans le droit québécois : l'exemple de la Loi sur la protection de la jeunesse et des récents projets de loi en matière d'adoption », (2014) 44-1 *Rev. Droit Univ. Sherbrooke* 27.
- RINGELHEIM, J., « Droit, contexte et changement social », (2013) 70-1 *Rev. Interdiscip. Études Jurid.* 157.
- ROBERGE, J.-F., S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE et E. GRAHOVIC, « L'article 1er du Nouveau Code de procédure civile du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », (2016) 49-2 *Rev. Jurid. Thémis* 487.
- ROY, A.,
- « L'entente sur les mesures volontaires de la Loi sur la protection de la jeunesse sous le regard d'un civiliste », (2012) 6-2 *Rev. Sci. AIFI* 23.
 - « L'intérêt de l'enfant », dans Benoît MOORE, *Les grandes notions*, coll. Les grands classiques du droit civil, Montréal, Les Éditions Thémis, 2015, p. 246.
- SEMPLE, N., « The Silent Child: A Quantitative Analysis of Children's Evidence in Canadian Custody and Access Cases », (2010) 29-1 *Can. Fam. LAW Q.* 1.
- SHEPPARD, C., « Children's Rights to Equality: Protection versus Paternalism Comparative Health Law », (1992) 1 *Ann. Health Law* 197.
- SIROTA, R., « L'enfance au regard des Sciences sociales », (2012) 1 *AnthropoChildren*.
- SOSA SANTOS, B. de, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10-1 *Droit Société* 363.
- TEUBNER, G., « Les multiples aliénations du droit : sur la plus-value sociale du douzième chameau », (2001) 47-1 *Droit Société* 75.
- TEUBNER, G. et N. BOUCQUEY, « Pour une épistémologie constructiviste du droit », (1992) 47-6 *Ann. Hist. Sci. Soc.* 1149.
- THOMAS, N., « Towards a Theory of Children's Participation », (2007) 15-2 *Int. J. Child. Rights* 199.
- VAN PRAAGH, S.,
- « Quelques leçons des enfants hassidiques pour le droit », dans Pierre ANCTIL et Ira ROBINSON (dir.), *Les juifs hassidiques de Montréal*, Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2019.
 - « Religion et autorité parentale : le casse-tête de l'intérêt de l'enfant », dans David KOUSSENS, Benjamin PRUD'HOMME, et SAFA BEN SAAD (dir.), *La religion en droit de la famille : Le religieux comme variable de prise de décision dans un droit familial laïcisé*, Thémis, Montréal, à paraître.
- VERDIER, P., « De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant », (2009) 43-2.

- WALGRAVE, L., « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », (1999) 32 *Criminologie* 7.
- WALGRAVE, L. et E. ZINSSTAG, « Justice des mineurs et justice restaurative », (2014) n° 59-1 *Cah. Dyn.* 32.
- WALKER, J. et G. MISCA, « Why Listening to Children and Young People is Important in Family Justice », (2019) 57-3 *Fam. Court Rev.* 375.
- WEILER, K., « Re Moores and Feldstein: A Case Comment and Discussion of Custody Principles Comment », (1974) 12-1 *Osgoode Hall Law J.* 207.
- YOUF, D., « Construire un droit de l'enfance », (2002) 121-4 *Le Debat* 158.
- ZERMATTEN, J., « Intérêt supérieur de l'enfant ou intérêt sécuritaire ? », *Cah. Dyn.* 2009.1.25.

❖ Documents gouvernementaux

Rapports gouvernementaux

- COMITE D'EXPERTS SUR LA REVISION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection des enfants au Québec : une responsabilité à mieux partager*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Direction générale des services à la population, 2004.
- COMMISSION PARLEMENTAIRE SPECIALE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Québec, La Commission, 1982.
- GROUPE D'EXPERTS POUR LES JEUNES EN DIFFICULTE, *Un Québec fou de ses enfants*, Ministère de la santé et des Services sociaux, Direction des communications, Québec, 1991.
- GROUPE DE TRAVAIL MSSS-MJQ 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 : Ministère de la justice, 1992.
- GROUPE DE TRAVAIL SUR L'APPLICATION DES MESURES DE PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection sur mesure : un projet collectif*, 1re éd., Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Direction générale de la prévention et des services communautaires, 1991.
- MINISTERE DE LA JUSTICE DU QUEBEC, EQUIPE DE TRAVAIL SUR LA MODERNISATION DES PROCESSUS JUDICIAIRES EN MATIERE D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE A L'EGARD DES JEUNES, *L'intervention judiciaire en matière de protection de la jeunesse : constats, difficultés et pistes de solution*, 2004.
- SOUS-COMITE SUR LA REVISION DU MANUEL DE REFERENCE SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, SOUS LA RESPONSABILITE DU MINISTERE DE LA SANTE ET DES SERVICES SOCIAUX, *Manuel*

de référence sur la protection de la jeunesse, Mise à jour / réalisée par le Sous-Comité sur la révision du Manuel de référence sur la protection de la jeunesse., coll. Publications gouvernementales du Québec en ligne : monographies électroniques, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux du Québec, Direction des communications, 2010.

Journal des débats

COMMISSION CONJOINTE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA JUSTICE

- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, 25 octobre 1977, Vol. 19, No 214.
- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, 27 octobre 1977, Vol. 19 N° 217.
- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, Fascicule n°222, 1 novembre 1977, pages 6947-6989
- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, Fascicule n°123, 24 novembre 1977, pages 4323-4329
- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 24 - Loi sur la protection de la jeunesse, 31e législature, Fascicule n°277, 7 décembre 1977, pages 8845-8887
- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, Projet de loi n° 60 - Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives (le ministre des Affaires sociales), 32e législature, Fascicule n°69, 13 mars 1984, pages 5123-5142
- *Journal des débats de l'Assemblée nationale - Assemblée nationale du Québec*, (2005) Projet de loi n° 125 - Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse et d'autres dispositions législatives. Adoption du principe, 37e législature, Vol. 38 N° 176, 27 octobre 2005

❖ Documents internationaux

COMITE DES DROITS DE L'ENFANT

- *Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Canada, soumis en un seul document, adoptées par le Comité à sa soixante et unième session (17 septembre-5 octobre 2012)*, CRC/C/CAN/CO/3-4, 2012.

- *Observation générale no 12: Le droit de l'enfant d'être entendu*, (2009) CRC/C/GC/12.
- *Observation générale no 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)*, (2013) CRC/C/GC/14.

❖ Rapports de recherche

BALA, N. et P. HEBERT, *Views, Perspectives and Experiences of Children in Family Cases*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2016.

BALA, N. et C. HOUSTON, *L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et les droits de participation des enfants au Canada*, Rapport présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, 2015.

BARREAU DU QUEBEC. COMITE SUR LA REPRESENTATION DES ENFANTS PAR AVOCAT,

- *La représentation des enfants par avocat : mémoire*, Montréal, Le Barreau, Service de recherche et de législation, 1995.
- *Mémoire : La représentation des enfants par avocat 10 ans plus tard*, Montréal, Le Barreau, Service de recherche et de législation, 2006.

BESSNER, R., *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2002.

COMMISSION D'ASSURANCE-MALADIE DE QUEBEC, *Premier rapport de la Commission d'assurance-maladie de Québec sur le problème des garderies et de la protection de l'enfance*, 1944.

COMMISSION SPECIALE SUR LES DROITS DES ENFANTS ET LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *Instaurer une société bienveillante pour nos enfants et nos jeunes*, Rapport final, 2021.

DRAPEAU, S., S. HELIE, D. TURCOTTE, D. CHATEAUNEUF, M.-A. POIRIER, M.-C. SAINT-JACQUES et G. TURCOTTE, *L'évaluation des impacts de la Loi sur la protection de la jeunesse : Qu'en est-il huit ans plus tard ?*, Rapport final déposé à la Direction des jeunes et des familles du MSSS, Québec, Centre de recherche sur l'adaptation des jeunes et des familles à risque, 2015.

GUAY, C. et L. ELLINGTON, *Recension des écrits sur les relations entre les Autochtones et les services en protection de la jeunesse au Québec*, Rapport soumis dans le cadre de la Commission d'enquête sur les relations entre les Autochtones et les services publics (CERP), Val d'Or, La Commission, 2018.

HELIE, S., D. COLLIN-VEZINA, D. TURCOTTE, N. TROCME et N. GIROUARD, *Étude d'incidence québécoise sur les situations évaluées en protection de la jeunesse en 2014 (ÉIQ-2014)*, Rapport final remis au Ministère de la Santé et des services sociaux, 2017, en ligne : <https://cwrp.ca/sites/default/files/publications/en/eiq-2014_rapport_final.pdf>.

- HUGO PILON-LAROSE, « Québec abolit le cours d'éthique et culture religieuse », *La Presse* (10 janvier 2020).
- JOLLIMORE, E., *La voix de l'enfant au cours d'un procès*, Thèmes en droit de la famille : un recueil d'articles, Ministère de la Justice Canada, Ottawa, 2013.
- JULIE DESCHENES, ROSITA VARGAS DIAZ, et GENEVIEVE GRENIER, *Réseaux d'action collective autour des jeunes et avec eux : synthèse du colloque REGARDS/CREVAJ*, Centre de recherche et de partage des savoirs InterActions, CIUSSS du Nord-de-l'Île-de-Montréal, 2020.
- LACROIX, I., *La participation collective des jeunes en protection de l'enfance : Une revue de littérature internationale*, Les cahiers de la CREVAJ, #2016-01, 2016.
- LOVINSKY, D. et J. GAGNE, *La représentation juridique des enfants au Canada*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2015.
- MARIE-JOSEE PAQUETTE-COMEAU. *Que pensent les jeunes du projet de loi sur la laïcité ?*, Le télé journal, Radio-Canada, 6 mai 2019.
- NORTHCOTT, M., *Dispositifs facilitant le témoignage des enfants victimes ou témoins. Recueil des recherches sur les victimes d'actes criminels*, 2, 2009.
- O'CONNOR, P., *Les programmes de participation et de soutien à l'intention des enfants dont les parents se séparent ou divorcent*, Rapport présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2004.
- PAETSCH, J. J., L. D. BERTRAND, N. BALA et J. P. HORNICK, *La stratégie de justice familiale axée sur l'enfant : données de base recueillies auprès de professionnels du droit de la famille*, Rapport de recherche présenté à la section de la famille, des enfants et des adolescents, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2005.
- ROBERGE, J.-F., *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable. Rapport préliminaire de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, 2014.
- SAINI, M., *Le point de vue des enfants en droit de la famille : Examen des stratégies, des défis et des meilleures pratiques au Canada*, Rapport déposé à la division de la recherche et de la statistique, Ministère de la Justice du Canada, 2019.
- SAS, L., *Interaction entre les capacités de développement des enfants et l'environnement d'une salle d'audience : Incidences sur la compétence à témoigner*, Rapport présenté ministère de la Justice du Canada, Ottawa, 2002.
- SOM, *Sondage sur les services de médiation familiale*, Rapport final présenté au ministère de la justice, 2017.
- ZERMATTEN, J., *L'intérêt supérieur de l'enfant. De l'analyse littérale à la portée philosophique*, Working report, 3, Sion, Institut International des Droits de l'Enfant, 2003.

❖ Autres documents

BARREAU DU QUEBEC, *Guide des meilleures pratiques en droit de la jeunesse.*, 2018, en ligne : <www.barreau.qc.ca/media/1590/guide-droit-jeunesse.pdf>.

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Trousse d'outils sur les droits de l'enfant*, 2017, en ligne : <www.cba.org/Publications-Resources/Practice-Tools/Child-Rights-Toolkit?lang=fr-CA>.

COUR DU QUEBEC

- *Conférences de règlement à l'amiable en matière jeunesse, période du 1er septembre 2017 au 31 août 2018*, 2018, en ligne : <https://courduquebec.ca/fileadmin/cour-du-quebec/centre-de-documentation/statistiques/CompilCRAjeunesse2017_2018.pdf>.
- *Conférences de règlement à l'amiable en matière jeunesse, période du 1er septembre 2018 au 31 août 2019*, 2019, en ligne : <https://courduquebec.ca/fileadmin/cour-du-quebec/centre-de-documentation/statistiques/CompilCRAjeunesse2018_2019.pdf>.