

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Titre : La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société / sous la direction de Pierre Noreau [et cinq autres] = Youth at the crossroads of family, community, law and society / edited by Pierre Noreau [and five others].

Autres titres : Youth at the crossroads of family, community, law and society | Jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société. | Jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société. Anglais.

Noms : Noreau, Pierre, 1958- éditeur intellectuel.

Description : Textes présentés lors d'un colloque tenu à l'Université de Montréal, les 23 et 24 mai 2019. | Comprend des références bibliographiques. | Textes en français et en anglais.

Identifiants : Canadiana 20210041803F | ISBN 9782894004548

Vedettes-matière : RVM : Jeunesse—Droit—Congrès. | RVM : Enfants—Droit—Congrès. | RVMGF : Actes de congrès.

Classification : LCC K1965.A6 J48 2021 | CDD 344.03/27—dc23

Bibliothèque et Archives nationales du Québec and Library and Archives Canada cataloguing in publication

Title: La jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société / sous la direction de Pierre Noreau [et cinq autres] = Youth at the crossroads of family, community, law and society / edited by Pierre Noreau [and five others].

Other titles: Youth at the crossroads of family, community, law and society | Jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société. | Jeunesse au carrefour de la famille, de la communauté, du droit et de la société. English.

Names: Noreau, Pierre, 1958- editor.

Description: Papers presented at a conference held at the Université de Montréal, May 23 and 24, 2019. | Includes bibliographical references. | Texts in French and English.

Identifiers: Canadiana 20210041803E | ISBN 9782894004548

Subjects: LCSH: Youth—Legal status, laws, etc.—Congresses. | LCSH: Children—Legal status, laws, etc.—Congresses. | LCGFT: Conference papers and proceedings.

Classification: LCC K1965.A6 J48 2021 | DDC 344.03/27—dc23

Mise en pages : Guylaine Michel (Claude Bergeron)

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Fonds du livre du Canada pour nos activités d'édition. *We acknowledge the financial support of the Government of Canada through the Canada Book Fund for our publishing activities.*

Éditions Thémis

Faculté de droit

Université de Montréal

Courriel : info@editionsthemis.com

Site Internet : www.editionsthemis.com

Téléphone : 514-343-6627

Tous droits réservés

© 2021 – Les Éditions Thémis inc.

Dépôt légal : 1^{er} trimestre 2021

Imprimé au Canada



Garant
des forêts
intactes™

Remerciements

Cet ouvrage n'aurait jamais pu être produit sans le support financier de la *Fondation Charles-Coderre*, et du *Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*. En tant que directeurs et directrices du livre, nous tenons plus spécifiquement à remercier l'honorable Oscar D'amour pour son soutien à l'idée et au développement du colloque qui a permis d'en réunir les auteur-e-s ; la professeure Angela Campbell et l'honorable Marie Pratte pour leur impulsion au tout début du projet et leurs suggestions précieuses ; M^{me} Lorraine Filion, qui a facilité la mise en commun des ressources du projet ADAJ avec celles du partenariat de recherche *Séparation parentale, recomposition familiale* ; ainsi que M^{me} Yasmeen Dajani pour son travail minutieux dans la révision des textes ; enfin, nous tenons à remercier M^{mes} Manuelle Lonné, Alma Lorena Magana et Sylvie Sylvestre, du *Centre de recherche en droit public*, pour leur concours sur le plan organisationnel et logistique.

Acknowledgments

This collection would not have been possible without the financial support of the *Fondation Charles-Coderre* and the *Social Sciences and Humanities Research Council of Canada*. As co-editors of this book, we extend particular thanks to: The Honorable Oscar D'amour for supporting the idea and the conference that allowed us to bring together the authors of this work; Professor Angela Campbell and The Honourable Marie Pratte for their engagement early on in the project and for their valuable suggestions; Ms. Lorraine Filion, who facilitated the pooling of resources from the ADAJ project with those of the *Séparation parentale, recomposition familiale* research partnership; and Ms. Yasmeen Dajani for her meticulous work in revising the texts. Finally, we warmly acknowledge Ms. Manuelle Lonné, Ms. Alma Lorena Magana and Ms. Sylvie Sylvestre, of the *Centre de recherche en droit public*, for their indispensable help with administration, logistics, and financing.

Avant-Propos

Il y a peu, on célébrait les 30 ans de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et, au Québec, les 40 ans de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. À des échelles différentes, ces deux textes furent applaudis pour leur vision novatrice des droits de l'enfant. Le recul dont nous disposons à présent nous permet de dresser le bilan des acquis et des difficultés des dernières décennies : quelles leçons tirer de la mise en œuvre de ces grands principes ? Quel avenir pour les droits de la jeunesse ? Quels défis se présentent aujourd'hui et comment y répondre ?

Dans cet ouvrage, une vingtaine d'auteurs poursuivent la réflexion sur ces questions amorcée lors d'un colloque organisé à Montréal en mai 2019. Les échanges furent instructifs, créatifs, parfois passionnés. À l'image de cet évènement, l'ouvrage rassemble des auteur-e-s extrêmement diversifié-e-s : de jeunes chercheurs y côtoient des experts de renom venant du monde entier. Ils y mettent en commun leurs expertises, et l'inspiration de leurs disciplines respectives. Partant, il s'agit d'un ouvrage de portée internationale, interdisciplinaire et intergénérationnelle. Sa richesse est le produit de cette pluralité. Son hétérogénéité reflète par ailleurs la diversité du thème qui les avait réunis : les contextes dans lesquels grandissent les jeunes se multiplient, se recoupent et dès lors, se complexifient.

La question des droits de l'enfant et de l'adolescent est consubstantielle des réalités familiale, culturelle et sociale de chaque jeune ; de sa condition en tant que citoyen et plus largement, en tant que membre d'une société. Ces relations fondent l'environnement particulier dans lequel ses droits s'exercent. Pour cette raison, la condition sociale et juridique de chaque jeune ne peut être comprise qu'en tenant compte de la place qu'il occupe dans un ensemble de champs en interaction : son rapport à la famille, à la communauté, au droit et à la société. Or, ces relations doivent souvent, aujourd'hui, se décliner au pluriel. De plus en plus de jeunes sont membres de plus d'une famille, sinon de plus d'une communauté. Certains jeunes ont des racines dans plusieurs pays et, partant, dans plusieurs sociétés. Cette nouvelle donne sociale ne peut échapper à la régulation juridique : entre évolution, adaptation et innovation, le droit est confronté à des réalités constamment renouvelées.

Explorant ces questions sociales et juridiques au travers d'angles thématiques et de repères géographiques différents, les auteur-e-s de cet ouvrage proposent une analyse critique des droits de la jeunesse ainsi que

des perspectives théoriques et pratiques novatrices et inspirantes. La première partie de l'ouvrage traite de l'implication et de la participation des jeunes à leur propre destinée, notamment dans le cadre des procédures judiciaires où ils se trouvent parfois engagés. La seconde partie cible les interactions qui rythment le quotidien des jeunes et leurs milieux de vie : la famille, l'école... parfois la rue. Dans la troisième et dernière partie, les auteur-e-s de cet ouvrage traitent des approches contemporaines qui balisent l'intervention sociale auprès des jeunes en réponse aux situations qu'ils traversent.

L'ouvrage que nous offrons aujourd'hui à la communauté des chercheurs et des praticiens impliqués dans le champ des droits de la jeunesse fait état d'enjeux juridiques et sociaux devenus fondamentaux. Il offre des pistes d'action sensibles à la diversité des environnements contemporains et met en phase les droits que nos sociétés reconnaissent à l'enfant et à l'adolescent, avec la réalité contemporaine de la jeunesse.

Foreword

We recently celebrated the thirtieth anniversary of the *Convention on the Rights of the Child* and, in Quebec, the fortieth anniversary of the *Youth Protection Act*. Although different in context and scope, both texts are striking for their innovative vision of the rights, interests and needs of children and youth. With the benefit of hindsight, we are invited to assess both the accomplishments and difficulties of the past decades: What can we learn from the implementation of these broad principles? What lies in the future for the rights of youth? What challenges present themselves today and how can we respond to them?

In this collection, twenty authors develop the reflections they initially brought to these questions at a conference held in Montreal in May of 2019. The presentations by, and exchanges among, the conference participants were instructive, creative, and at times passionate. This collection mirrors the way in which that conference assembled researchers across a broad spectrum of interests and experience; we find young researchers side by side with renowned experts, coming together from different parts of the world. Their writing highlights their diverse expertise, and illustrates the ways in which they draw inspiration from their respective fields. A work of international, interdisciplinary and intergenerational scope, the collection is enriched immeasurably by its plural character. Indeed, as suggested by the overarching theme of the collection, the heterogeneity of the contributions is a characteristic fundamentally shared by the multiple, overlapping and complex contexts in which children grow up.

Issues related to children's and adolescents' rights are inseparable from their familial, cultural and social realities, and from their membership in particular communities, states, or, more broadly, society. The relationships in which youth find themselves constitute the environments in which they exercise their rights. Framed differently, the social and legal situation of any child can only be understood through acknowledgement and appreciation of their place within the interacting spheres of family, community, law, and society. Their relationships are necessarily plural; young people are often members of more than one family, more than one community, and even more than one state. Law and legal regulation are thus confronted with constantly shifting realities, and are expected to evolve, adapt and innovate.

By exploring these social and legal questions through various thematic angles and geographic reference points, the authors provide a critical analysis of the rights of youth informed by innovative and inspired perspectives, both theoretical and practical. The first Part of the collection addresses the involvement and participation of youth in tracing their own paths, notably in the context of legal proceedings. In the second Part, we explore the interactions that mark the daily lives of young people – whether within family, at school or on the street. In the third and final Part, the authors engage with contemporary approaches to social intervention in the lives of children and youth.

As a whole, this collection offers valuable reflection on core legal and social challenges faced by researchers and practitioners in the field of children's rights. It opens avenues of action sensitive to the diversity of environments in which today's young people find themselves, by tying together the realities experienced by youth with the rights and protections their societies purport to recognize.

Table des matières / Table of Contents

Remerciements / Acknowledgments	vii
Avant-Propos / Foreword	xi
Partie 1 } Part 1 }	
Par les jeunes : implication et participation By Youth: Involvement and Participation	
Access to Justice For Children – A Matter of Human Rights and Sustainable Development	3
Ton Liefwaard	
Hearing the Voices of Children in Family Disputes.....	21
Nicholas Bala et Rachel Birnbaum	
Le droit à la participation efficace des enfants réfugiés et migrants : l’opinion des professionnels sur le droit des enfants d’être entendu dans les procédures d’asile aux Pays-Bas.....	43
Stephanie Rap	
Partie 2 } Part 2 }	
Avec les jeunes : interactions et milieux de vie With Youth: Interactions and Living Environments	
Reconnaître socialement et juridiquement le statut de beau-parent pour protéger les droits des enfants	77
Marie-Christine Saint-Jacques	
« On est comme une famille ». Rôle du groupe de pairs dans les trajectoires de sortie de la rue des jeunes	109
Annamaria Colombo	

Supporting Newcomer Students: A Chicago-Specific Exploration of Social and Emotional Learning Initiatives.....	129
Lincoln Hill	

Partie 3	} Part 3
Auprès des jeunes : interventions et approches contemporaines	} Regarding Youth: Contemporary Interventions and Approaches

Dénouer la protection urgente et le bien-être des enfants : Reconnaître le double mandat de la protection de la jeunesse au Canada	151
Nico Trocmé, Marie Saint-Girons et Tonino Esposito	

Une gouvernance innue de protection de la jeunesse pour préserver et développer l'identité des enfants innus	177
Christiane Guay, Fanny Jolicoeur et Lisa Ellington	

Taking Play Seriously: Reflections on Resilience and Responsibility	205
Shauna Van Praagh	

Synthèse	} Synthesis
----------	-------------

Les droits de la jeunesse : entre proclamation et intervention....	227
Pierre Noreau et Valentine Fau	
Notices biographiques.....	257

Partie 1

**Par les jeunes :
implication et
participation**

Part 1

**By Youth:
Involvement and
Participation**

Access to Justice for Children – A Matter of Human Rights and Sustainable Development

Ton Liefwaard*

Introduction	5
I. Emerging attention to access to justice for children	6
II. Concept of access to justice for children	8
III. Relevance from a children’s rights perspective	10
IV. Challenges for children’s access to justice	12
V. Some reflections on the significance of academic research	15

* Prof. Dr. T. Liefwaard is Vice-Dean of Leiden Law School and UNICEF Chair in Children’s Rights at Leiden University, Leiden Law School, The Netherlands – t.liefwaard@law.leidenuniv.nl. This contribution is based on the author’s key-note lecture “Access to Justice: Children Included?” held in Montreal, Canada, on the 23rd of May, 2019.

Introduction

Access to justice for children is grounded in the right of every human being to an effective remedy in case of rights violations. According to the United Nations (UN) Committee on the Rights of the Child (CRC Committee), “[f]or rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations”.¹ Access to justice is not only about *access* to effective remedies, it is also about fair and equitable outcomes. Access to justice for children essentially revolves around the recognition of children as rights holders. The challenges that children² face when it comes to access to justice stand in the way of adequate protection of their rights and interests.³ These challenges include legal barriers, (traditional) attitudes towards children, exclusion and discrimination, socio-economic challenges (particularly poverty), and the absence of child-sensitive proceedings that include child-friendly information, legal assistance and remedies. Children’s inability to effectively access justice may also have a negative impact on society’s interests, since access to justice for all is seen as an important prerequisite for sustainable development.⁴ Target 16.3 of the Sustainable Development Agenda advocates for the promotion of “the rule of law at the national and international levels”. This target aims to ensure “equal access to justice for all”, which forms part of the 16th Sustainable Development Goal: “Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels”.

In light of the 30th Anniversary of the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), this contribution reflects on the emerging attention

¹ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 34th Sess, Doc CRC/GC/2003/5, (2003) at para 24.

² Defined as human beings ‘below the age of eighteen years’, *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 UNTS 3 art 1 (entered into force 2 September 1990).

³ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35.

⁴ See e.g. SATTERTHWAITTE, M.L. & DITHAL, S., “Measuring Access to Justice: Transformation and Technically in SDG 16.3”, *Global Policy* (10(1)), DOI: 10.1111/1758-5899.125972019; see also UNICEF, *Insights: Child Rights in Central and Eastern Europe and Central Asia – Promoting equitable access to justice for all children*, Geneva: UNICEF 2014.

to access to justice for children at the international level. It touches upon the concept of children's access to justice and its relevance for children's rights, as well as upon the challenges children face in accessing justice domestically. This contribution ends with a brief reflection on the significance of academic research in the further development of the concept as well as its application in specific contexts.⁵

I. Emerging attention to access to justice for children

In March 2014, the Human Rights Council adopted a resolution dedicated to the rights of the child with a specific focus on access to justice for children.⁶ This resolution emphasised that the right to access to justice “forms an important basis for strengthening the rule of law” and is important for securing “accountability for violations and abuses of the rights of the child, in any circumstance, including for those committed in the family, school and other institutions”. It also recalled that “every State should provide an effective framework in which children can pursue remedies to redress human rights violations”. To do so, the state should provide for child-sensitive justice mechanisms, bearing in mind that some children, especially those who belong to vulnerable groups and girls, may face “additional barriers”. The Human Rights Council's resolution forms part of the emerging of attention devoted to access to justice for children at the international level. This resolution was directly informed by the 2013 report of the UN High Commissioner for Human Rights on access to justice for children⁷ and by the work of special procedures mandate holders, UN organisations, in particular UNDP and UNICEF⁸, and interna-

⁵ This contribution builds on the author's previous work on access to justice for children, see in particular LIEFAARD, T., “Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda” (2019) 27:2 *The International Journal of Children's Rights* 195. See furthermore Ann SKELTON, “International Children's Rights Law: Complaints and Remedies”, in: Ursula KILKELLY & Ton LIEFAARD, eds, *International Human Rights of Children* (Singapore: Springer, 2019) at 65-91.

⁶ HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Res. 25/6. Rights of the child: access to justice for children*, A/HRC/RES/25/6, 14 April 2014.

⁷ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35.

⁸ UNICEF, *Children's Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva: UNICEF 2015.

tional civil society organisations.⁹ International attention to children's access to justice was further stimulated by the adoption of the Optional Protocol to the CRC on a communications procedure (OP3), which was adopted in 2011 and entered into force in 2014, and by strategic litigation by or on behalf of children at the regional and domestic levels. Litigation has contributed to a growing body of jurisprudence that recognizes children's legal standing (with or without representation by parents or other representatives, such as a guardian *ad litem*) and acknowledges children's best interests and their right to effective participation in justice proceedings. This jurisprudence comes from judicial and administrative bodies, both at national and regional levels. In addition, international human rights jurisprudence provides examples of a wide array of remedies for rights violations.¹⁰ Furthermore, the increasing focus on (child) victims at the international and regional levels, resulting in specific and detailed standards to strengthen their position, has contributed to the emerging acceptance that access to justice is relevant to children.¹¹ Finally, access to justice for children has also started to emerge in the context of role and responsibility of private actors, including businesses,¹² and, as mentioned in the introduction, as part of the 2030 Sustainable Development Agenda.

⁹ CRIN, *Rights, Remedies & Representation. Global Report on Access to Justice for Children*, Child Rights Information Network 2016; Darlene C. LYNCH, *Through the Eyes of the Child: Barriers to Access to Justice and Remedies for Child Victims of Sexual Exploitation*, Bangkok: ECPAT International 2017; and ACPF, *The African Report on Child Wellbeing 2018: Progress in the child-friendliness of African governments*. Addis Ababa: African Child Policy forum (ACPF) 2018.

¹⁰ See e.g. LIEFAARD, T. & DOEK, J.E., *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence* (Dordrecht: Springer Science+Business Media, 2015, 1-12). DOI: 10.1007/978-94-017-9445-9; SLOTH-NIELSEN, J., "Children's rights jurisprudence in South Africa — a 20 year retrospective", *De Jure Law Journal* 2019, Vol. 52, <http://dx.doi.org/10.17159/2225-7160/2019/v52a29>; SKELTON, A., "Too much of a good thing? Best interests of the child in South African jurisprudence", *De Jure Law Journal* 2019, Vol. 52, <http://dx.doi.org/10.17159/2225-7160/2019/v52a32>.

¹¹ See e.g. UN ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*, 22 July 2005, E/RES/2005/20; EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime*, 25 October 2012, EU Directive 2012/29/EU.

¹² UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*,

II. Concept of access to justice for children

The emerging attention devoted to children's access to justice has certainly resulted in more awareness around the issue. It has also contributed to the development of the concept and of its meaning for children's human rights. As mentioned by the UN High Commissioner for Human Rights, access to justice for children revolves around "the ability to obtain a just and timely remedy for violations of rights as put forth in national and international norms and standards, including the [CRC]".¹³ It can be considered as "a fundamental right in itself and an essential prerequisite for the protection and promotion of all other human rights".¹⁴ Recognition of children's access to justice is mostly implicit in the CRC, although the Convention does explicitly provide that children in the juvenile justice system have the right to appeal before "a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law" (art. 40(2)(b)(v) CRC). Children deprived of liberty have the right to challenge the legality of this deprivation before a judicial body or any other competent, independent or impartial body. Domestic law must provide the child with the opportunity to seek justice in this regard (art. 37(d) CRC).¹⁵ Apart from these specific provisions targeted at domestic legal systems, and OP3 providing children with the right to lodge a complaint at the international level, the CRC does not explicitly grant children the right to an effective rem-

CRC/C/GC/ 16, 17 April 2013; UNICEF, UN GLOBAL COMPACT & SAVE THE CHILDREN, *Children's Rights and Business Principles*, June 2010, https://www.unicef.org/csr/css/PRINCIPLES_23_02_12_FINAL_FOR_PRINTER.pdf (last visited, 24 January 2021).

¹³ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35 at para 4 with reference to UNICEF, *UN Common Approach to Justice for Children*, March 2008, <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/un-common-approach-to-justice-for-children/> (last visited, 24 January 2021) at 4.

¹⁴ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35 at para 4.

¹⁵ See further LIEFAARD T. (2019), Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda, *The International Journal of Children's Rights* 27(2): 195-227.

Art 25 CRC provides the right to a periodic review to a child who has been placed out of home by the competent authorities for the purposes of care, protection or treatment of his physical or mental health. This provision could be seen as a basis for access to justice in the context of alternative care (art 20 CRC).

edy or a broader right to access to justice. In contrast, general international human rights treaties do persistently refer to every person's right to an effective remedy, grounded in article 8 of the Universal Declaration of Human Rights, and require states parties to ensure that individuals can vindicate their rights through "accessible and effective remedies" (art. 2(3) International Covenant on Civil and Political Rights).¹⁶ This legal basis prompted the CRC Committee to urge the 196 states parties to the CRC "to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives", including child-sensitive information, advice, advocacy and access to independent complaint procedures and courts with necessary legal and other assistance.¹⁷ The CRC Committee has also underscored that "[i]t is essential that domestic law sets out entitlements in sufficient detail to enable remedies for non-compliance to be effective".¹⁸

Access to justice for children is a broad concept that acknowledges that children engage with justice proceedings in different ways: as victims, as interested parties, as witnesses, as offenders or as applicants. The concept therefore bears relevance to civil, administrative and criminal procedures at the domestic level. It also applies to customary and religious justice mechanisms, alternative and restorative dispute resolutions, and international jurisdictions.¹⁹ Access to justice goes beyond access to judicial institutions, such as courts of law.²⁰ It also includes access to administrative and other competent institutions, including national human rights

¹⁶ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

at para 15; see further LIEFAARD T. (2019), Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda, *The International Journal of Children's Rights* 27(2): 195-227. See also art 13 (1) of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

¹⁷ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, General Comment No. 5 (2003): *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 27 November 2003, CRC/GC/2003/5 at para 24.

¹⁸ *Ibid.* at para 25.

¹⁹ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35 at para 4.

²⁰ FRANCONI, F., "The Rights of Access to Justice under Customary International Law", in: F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right* (Oxford: Oxford University Press, 2007, 1-55). DOI:10.1093/acprof:oso/9780199233083.003.0001.

institutions, children's ombudspersons, or complaints committees. Administrative remedies can, according to Shelton, be adequate if they are "accessible, affordable, timely or prompt, effective, legitimate, predictable, compatible with rights, and transparent".²¹ Remedies must also be equitable and just.²² Access to justice for children can thus take different forms and can include formal and informal procedures.²³

III. Relevance from a children's rights perspective

Access to justice bears particular relevance to children's rights. It goes straight to the very heart of the recognition of children as rights holders. Children's rights would be merely symbolic if the rights holders were denied the right to access justice and seek remedies.²⁴ Access to justice provides children with means to claim their rights and to demand the attention to which they are entitled. Children's ability to do so may be relevant in, for example, matters of family law, child protection, health care, immigration and criminal justice. Consequently, access to justice should be seen in close connection with children's participation rights. It has a particular affinity with children's rights to be heard, as laid down in article 12 CRC, although access to justice more firmly acknowledges children's legal agency and independent legal status. It also serves as an important vehi-

at 3-4; SHELTON, D., *Remedies in international human rights law* (Oxford: Oxford University Press, 2015). DOI:10.1093/acprof:oso/9780199207534.001.0001 at 96 and 100ff; UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003 at para 24.

²¹ SHELTON, D., *Remedies in international human rights law* (Oxford: Oxford University Press, 2015). DOI:10.1093/acprof:oso/9780199207534.001.0001 at 100.

²² UNICEF, *Children's Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva: UNICEF 2015; UNDP, *Access to Justice: Practice Note*, 9 March 2004.

at 6; UN SECRETARY-GENERAL (UNSG), *Guidance Note of the Secretary-General: UN Approach to Justice for Children*, September 2008 at 4; UNICEF, *Children's Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva: UNICEF 2015 at 18; Shelton, 2015 at 100.

²³ See also ACPF (2018). *The African Report on Child Wellbeing 2018: Progress in the child-friendliness of African governments*. Addis Ababa: African Child Policy forum (ACPF).

²⁴ FREEMAN, M. (2007), "Why It Remains Important to Take Children's Rights Seriously", *The International Journal of Children's Rights*, 15(1) at 2.

cle to secure accountability for children's rights violations, which includes protection against states' unwillingness to conduct prompt investigations into allegations of violations of children's rights²⁵ or against denial of victim status, and against a lack of children's rights implementation. With access to justice mechanisms, children can hold duty-bearers to account. Children's ability to claim remedies that can offer protection²⁶ or the compensation, redress, or reparation needed for their recovery and social reintegration after they have been victimized is another aspect of access to justice that is relevant to children's rights. In accordance with article 39 of the CRC, child victims are entitled to receive "appropriate reparation, including compensation, and, where needed, measures to promote physical and psychological recovery, rehabilitation and reintegration".²⁷ Remedies for children should clearly move beyond financial compensation and should take children's rights into account in a holistic manner. Compensation could, for example, be used to support the child's development and education. It should also take the child's views and wishes into account (art. 39 jo. arts. 6 and 12 CRC). The CRC Committee has not provided much further guidance on this matter, although the first cases under OP3 have started to shed some light on the individual or general remedies children can expect from this international complaints mechanism.²⁸ Finally, access to justice can assist in clarifying children's entitlements under international and national law. Such clarification can help children and other

²⁵ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 at para 15.

²⁶ For example, in case of a life-threatening situation (in family abuse cases or detention cases) or a deportation with detrimental impact that is at hand (in immigration cases; see e.g. the case I.A.M on behalf of K.Y.M. v Denmark, 3/2106 brought before the CRC Committee under OP3; see also Sloth-Nielsen's commentary published at the Leiden Children's Rights Observatory; <https://childrensrightsobservatory.nl/case-notes/casenote2018-1>).

²⁷ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003 at para 24.

²⁸ For more on this see VALENTINE, J., *Adding Value Through OPIC. And to whom? Applying lessons learned by the HRC to maximise potential impact of OPIC for children*, Thesis Masters of Laws in Advanced Studies of International Children's Rights, Leiden Law School, 10 July 2020 (on file with author). See also www.childrensrightsobservatory.nl for analyses of the cases under OP3.

actors understand the exact implications of children's rights. It can also assist in interpreting international norms and standards.

IV. Challenges for children's access to justice

As mentioned above, children face particular challenges with regard to access to justice. According to the CRC Committee, "[c]hildren's special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights".²⁹ These challenges include denial of legal capacity, legal standing, or legal assistance in their own name, which impedes children from commencing civil or administrative procedures on their own behalf or from approaching a court to claim their rights independently from their parents or legal guardian. In many domestic jurisdictions children – as a general rule – do not have legal capacity to access justice independently from their legal representative (i.e. parents or a legal guardian).³⁰ This legal point of departure is in tension with the concept of evolving capacities underlying the CRC.³¹ Children rarely have an independent entitlement to legal assistance, except where there is a conflict of interest between the child and her or his legal representatives. In addition, a lack of child-sensitive or child-friendly justice systems prevents children from effectively seeking remedies. There often is little to no information available on rights and relevant procedures, let alone information that is tailored to the needs and capacities of children and that aims to legally empower them. Moreover, justice actors such as lawyers, prosecutors and judges, may not be equipped to act in a child-sensitive manner. Children may also lack special child-sensitive assistance, whether legal or otherwise. Furthermore, the High Commissioner for Human Rights as well as international organisations such as UNICEF have pointed to

²⁹ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003 at para 24.

³⁰ Many jurisdictions have exception, to this general rule or distinguish between legal systems; for an example see LIEFAARD, T. & BRUNING, M.R., "Commentary on The Netherlands Supreme Court, 5 December 2014", in: H. STALFORD, K. HOLLINGSWORTH & S. GILMORE (eds.), *Rewriting Children's Rights Judgments. From Academic Vision to New Practice* (Oxford: Hart Publishing, 2017): 173-181. In the criminal justice system, children are often considered to have legal capacity as of the moment that are considered to be criminally accountable.

³¹ See art 5 CRC.

the exclusion of children from access to justice because of discrimination, unsafe procedures, or cultural, traditional and social norms denying children, or certain groups of children, their rights. Consequently, children with disabilities, children deprived of liberty, children living in the streets, refugee or migrant children, indigenous children and girls, among others, face additional barriers in accessing justice.³²

To overcome these challenges, states parties to the CRC “need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives”.³³ Such procedures “should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance”.³⁴ The Guidelines on child-friendly justice, developed by the Council of Europe,³⁵ recommend that States remove all obstacles to children’s access to court (guideline 35). The Guidelines are meant to provide detailed guidance to the 47 Council of Europe Member States on how to guarantee child-friendly information before, during and after justice proceedings, legal assistance, and the effective participation of children in both formal and informal justice systems.³⁶ Moreover, the legal empowerment

³² UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35 at paras 14-17; see further UNICEF CEE/CIS, *Children’s Equitable Access to Justice. Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva: UNICEF, *Children’s Equitable Access to Justice, Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva: UNICEF 2015 at 66-85.

³³ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003 at para 24.

³⁴ UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/5, 27 November 2003 at para 24.

³⁵ COUNCIL OF EUROPE, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-Friendly Justice* (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2010) at 13, available at www.coe.int/childjustice (accessed August 2020).

³⁶ For more on this see e.g. LIEFAARD, T. (2016), “Child-friendly justice. Protection and participation of children in the justice system”, *Temple Law Review*, 88(4): 905-927 and LIEFAARD T. (2019), *Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda*, *The International Journal of Children’s Rights* 27(2): 195-227.

of children is key. This empowerment enshrines access to “legal and other services, child rights education, counselling or advice, and support from knowledgeable adults”.³⁷ Information can also be an essential component of legal empowerment. According to the Guidelines on child-friendly justice, both children and their parents should be “promptly and adequately” informed as of their first involvement with the justice system or other competent authorities, such as immigration, educational, social or health care services. They should also be informed, *inter alia*, about:

- their rights, especially child-specific rights, including the right to appeal;
- the system and procedures involved;
- the existing support mechanisms for the child when participating in (non-)judicial procedures;
- the appropriateness and possible consequences of any given in-court or out-of-court proceedings;
- the time and place of court proceedings and other relevant events, such as hearings, if the child is personally affected;
- the general progress and outcome of the proceedings or intervention;
- the availability of protective measures;
- the existing mechanisms for review of decisions affecting the child;
- opportunities for obtaining reparation from the offender or from the state through the justice process, through alternative civil proceedings or through other processes; and
- the availability of services (health, psychological, social, interpretation and translation, etc.) or organisations which can provide support, and the means of accessing such services along with emergency financial support, where applicable.³⁸

³⁷ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35 at para 5.

³⁸ GUIDELINES OF THE COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE ON CHILD-FRIENDLY JUSTICE, adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 (hereinafter: Guidelines on Child-Friendly Justice), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804b2cf3 (last visited, 24 January 2021); see also UN COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General comment No. 12 (2009): The right of the child to be heard*, 20 July 2009, CRC/C/GC/12 at para 64.

“Adequate information” for children means information and advice that is adapted to children’s age, maturity and circumstances, that is conveyed in a language which they can understand and that is gender- and culture-sensitive. Relevant legal information should be available and distributed through child-sensitive materials and information services for children, such as websites, helplines and brochures.³⁹ Moreover, resources should include information that extends beyond rights; it should also inform children about what to expect from the proceedings in terms of their participation, the outcome of the proceedings, and the role of key actors, including the decision-makers such as courts. In sum, information is vital for the legal empowerment of children and, consequently, for children’s access to justice.⁴⁰ Unfortunately, studies indicate that, in practice, children perceive the information that they receive as difficult and insufficient, and receive too much information at once.⁴¹

V. Some reflections on the significance of academic research

While the concept of access to justice is not new, children have long been excluded from it. And although the CRC does not explicitly recognize this right, it does stipulate that a child’s evolving capacities must be acknowledged. This stipulation reflects an emerging autonomy when it comes to children’s legal status. In addition, it provides that a child has the right to be heard, which has paved the way for an elaborated participation

³⁹ GUIDELINES ON CHILD-FRIENDLY JUSTICE, *Ibid.*; UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Access to justice for children. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/25/35 at para 19.

⁴⁰ See also Stephanie E. RAP, “The Right to Information of (Un)Accompanied Refugee Children: Improving Refugee Children’s Legal Position, Fundamental Rights’ Implementation and Emotional Well-being in the Netherlands” (2020) 28:2 *The International Journal of Children’s Rights* 322.

⁴¹ UNICEF CEE/CIS, *Children’s Equitable Access to Justice. Central and Eastern Europe and Central Asia*, Geneva: UNICEF 2015 at 92; Stephanie E. RAP & Ton LIEFAARD, “Right to information: Towards an effective legal position for children deprived of liberty” (2017) 45-46 *Today’s Children are Tomorrow’s Parents* 57. And although children are often informed by their (foster) parents, who are being considered as persons of trust, children may see them as potentially biased and insufficiently familiar with procedures; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Child-friendly justice. Perspective and experiences of children involved in judicial proceedings as victims, witnesses or parties in nine EU Member States* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017) at 70-78.

agenda across the globe. Now that the concept of access to justice *for children* has started to emerge and the challenges children face have been identified, it is time to conduct more academic research in this domain. There is a significant role for academic research, both theoretical as well as empirical, in further conceptualising and contextualising access to justice for children. This contribution has demonstrated that access to justice should not be seen as an equivalent of children's participation or child-friendly justice. Children's participation is meant to accommodate children in decision-making that affects them individually or as a group, and child-friendly justice concentrates on redesigning justice systems at the domestic level in order to enable children to participate effectively in justice proceedings. In contrast, access to justice revolves around children's fundamental human right to claim their rights and hold duty-bearers to account, in principle independently from their legal representatives. Consequently, access to justice must be seen in direct connection with the recognition of children as rights-holders in an equivalent manner, compared to adults, and without discrimination of any kind.

Yet, as a legal concept, it requires more scrutiny. Many legal questions remain and the legal theoretical underpinning of children's access to justice continues to be rather vague. For example, the scope of access to justice is and remains unclear. A focus on access to effective remedies for rights violations is arguably too limited. In contrast, characterizing access to justice as a vehicle for sustainable development assumes that it is a concept with potential beyond its usual interpretation. How precisely to embrace children's vulnerability, evolving capacities and the best interests of the child in connection with their right to access to justice is another domain requiring further analysis. Academic research should also scrutinize claims about access to justice and its objectives and deliverables, including its contribution to sustainable development. Currently, we lack information on how access to justice contributes to achieving the sustainable development goals and targets that bear particular relevance for children, such as the ones on poverty, health care, equal access to quality education, and elimination of child labour and violence. Measurements of progress on access to justice often lack child-specificity or context.⁴²

⁴² See e.g. SATTERTHWAITE & DITHAL, 'Measuring Access to Justice: Transformation and Technically in SDG 16.3', *Global Policy* (10(1)), DOI: 10.1111/1758-5899.125972019.

Moreover, there is little information on how children themselves perceive access to justice and what they expect of it.

As far as the context is concerned, more interdisciplinary and empirical research is needed on how to best implement and enforce access to justice in specific contexts and how to overcome challenges. Examples of rigorous, comprehensive and/or comparative studies on children's access to justice, that move beyond studies on children's participation or (elements of) child-friendly justice are limited. An interesting example of recent research on children's access to justice in family law and child protection proceedings can be found in the Netherlands. In 2018, the Dutch Ministry of Justice commissioned a special research project after the Government Committee on the Reassessment of Parenthood (*Staatscommissie Herijking Ouderschap*) had recommended to review children's access to justice under Dutch civil and family law.⁴³ A multidisciplinary team of researchers⁴⁴ extensively analysed legal, pedagogical and neuropsychological literature as well as an empirical study among legal professionals, children and caretakers. The team concluded that Dutch law should better accommodate children's access to justice.⁴⁵ It recommended that the Dutch legal system should allow children aged eight and older to access justice independently. They currently lack legal capacity to formally approach the court (with some exceptions). In addition, the researchers recommended lowering the minimum age for the right to be heard, also to eight years of age, and to grant children party status in family law and child protection matters, and locus standi with legal assistance as of the age of twelve. For courts' hearing of children aged four to eight, the researchers recommended a pilot experiment. The study also confirms the importance of informing children about their rights and the course of the proceedings,

⁴³ GOVERNMENT COMMITTEE ON THE REASSESSMENT OF PARENTHOOD, *Child and parents in the 21st Century* (The Hague: Balyon, 2016).

⁴⁴ The author was appointed by the Dutch Cabinet as a member of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood; he has not participated in the research presented here.

⁴⁵ BRUNING, M.R., SMEETS, D.J.H., BOLSCHER K.G.A., PEPER, J.S., BOER, R. DE (2020), *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie. Het hoorrecht en de procespositie van minderjarigen in familie- en jeugdzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers. See also BRUNING, M.R. & PEPER, J.S. (2020), "Giving Children a Voice in Court? Age Boundaries for Involvement of Children in Civil Proceedings and the Relevance of Neuropsychological Insights", *Erasmus Law Review*, DOI: 10.5553/ELR.000157.

of summoning children in a child-friendly manner, of taking sufficient time for a conversation between the child and the court, and of adjusting waiting and meetings rooms in courts. Moreover, the researchers recommended that court decisions clarify how and to what extent the child's input has affected the decision. For this purpose, the researchers encourage courts to write parts of the judgment in child-friendly language.⁴⁶ This initiative is an example of effective research on access to justice: it is *comprehensive* in the sense that it approaches children's access to justice in connection with their right to be heard and recognizes children's dependent status, *multidisciplinary* in that it combines different academic disciplines to gather theoretical and empirical insights, *contextual* in that it focuses on specific justice proceedings, in this case family law and child protection proceedings, and *critical* since it critically reflects on the legal system as it stands and operates. The study is also an example of research that includes young people as respondents in order to assess their experiences and expectations. This methodology makes the research *inclusive* which contributes to the credibility of its findings.⁴⁷

Academic research can assist in providing critical and credible information to support the implementation of children's access to justice. It would also be helpful to invest more in *comparative* research, and to exchange ideas on how to embed access to justice mechanisms at the domestic level. The European studies initiated under the children's rights agendas of the Council of Europe and the European Union have provided important baseline studies that concern many different aspects of children's access to justice in civil, administrative and criminal justice systems.⁴⁸ It would be

⁴⁶ For more on the development of child-friendly judgments, see STALFORD H., and HOLLINGSWORTH K., (2020), "'This case is about you and your future': Towards Judgments for Children', *Modern Law Review*, 83-5, 1030-1058, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12536> (last visited, 24 January 2021).

⁴⁷ There are of course many examples of research projects on access to justice in general or with its focus on specific groups of human beings (see e.g. Lisa WADDINGTON & Anna LAWSON (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice A Comparative Analysis of the Role of Courts* (Oxford: Oxford University Press, 2018)). These projects have meaning for children as well. The same is true for the research on children's participation or child-friendly justice.

⁴⁸ See e.g. Naomi KENNAN & Ursula KILKELLY, *Children's involvement in criminal, civil and administrative judicial proceedings in the 28 Member States of the EU. Policy Brief* (Brussels: European Commission, 2015). See also James KEARNEY, Simone KLINGE & Elena JURADO, *Summary of contextual overviews on children's involve-*

advisable to carry out follow-up studies to this comprehensive and comparative research, and to conduct similar studies elsewhere.

This reference to research commissioned by intergovernmental agencies leads to one final observation. In the interest of furthering children's access to justice in legal systems across the globe, it would be helpful for academia to engage directly with governments, courts, national human rights institutions and intergovernmental agencies at the national and international levels in order to give direct input for law and policy reform.⁴⁹ As highlighted by the CRC Committee on numerous occasions, implementation of children's rights is primarily a domestic matter. In order for children's rights to have meaning and to be effective in practice, children's right to access to justice must be taken seriously. States, who are the primary duty-bearers, require support in the form of knowledge and know-how. Academia can provide this support, if it is willing to seriously develop this field of research in a comprehensive, multidisciplinary, contextual, critical, inclusive and where relevant comparative manner, and to turn its findings into tangible recommendations that can make children's rights sustainable in the CRC's next 30 years.

ment in criminal judicial proceedings in the 28 Member States of the European Union (Luxembourg: European Commission, 2014). See European Commission, "Child-friendly justice" <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/child-friendly-justice_en> (accessed in August 2020).

⁴⁹ The author, for example, was invited in 2020 by the Council of Europe to prepare a report on children's access to justice for the High Council of Justice in the Republic of Georgia on the implementation of the new Code on the Rights of the Child, which introduces a right to access justice for children as of the age of seven years of age.

Hearing the Voices of Children in Family Disputes

Nicholas Bala* et Rachel Birnbaum**

Introduction	23
I. Why Include Children in Decision-Making	24
II. Different Ways for Children to Be Heard	27
III. Children's Statements to Parents.....	28
IV. Hearsay Statements to Professionals	30
V. Court-Ordered Assessments.....	31
VI. Child Legal Representation in Family Cases	32
VII. Views of the Child Reports	35
VIII. Child Testifying in Court as a Witness	36
IX. Judges Meeting With Children in Family Proceedings.....	37
X. Children in Mediation.....	39
XI. Weight of Child's Views	40
Conclusion: The Importance of Children's Participation	41

* Nicholas Bala, L.S.M., B.A., J.D., LL.M, is a Professor of Law at the Faculty of Law, Queen's University, Kingston, Ontario.

** Rachel Birnbaum, Ph.D., RSW., LL.M. is a Professor of Social Work and cross-appointed to Childhood Studies (Interdisciplinary Programs) at King's University College at Western, London, Ontario.

Introduction

Children's participation in decision-making about post-separation parenting is a relatively recent development. Historically, children were viewed as objects of concern who lacked the capacity to participate in family law matters and who needed protection from parental conflict and from being put in the middle of their parents' disputes.¹ It was believed that if children could be insulated from involvement in post-separation decision-making, they would be sheltered from the turmoil of the breakdown of their parents' relationship.² A related assumption was that parents know what is in their children's best interests, and, hence, that children's views are adequately represented by their parents.

It is now generally accepted that determination of a child's best interests requires an understanding of the child's views and perspectives, and that children have the legal right "to be heard." Further, social science research demonstrates that children's participation in decision-making can reduce the negative effects of family breakdown.³

In this chapter, we discuss empirical research on the views of children about their participation in family disputes. We explore children's role as rights-bearing individuals, rather than merely as subjects of a decision-making process, in particular based on the *Convention on the Rights of the Child*.⁴ We explain the different ways in which children's views and perspectives are being communicated in the family justice process in Canada. There is no single "best way" to involve children in the family dispute resolution process. The manner and extent of a child's involvement should

¹ Richard A WARSHAK, "Payoffs and Pitfalls of Listening to Children" (2003) 52 Family Relations 373; Joan B KELLY, "Risk and protective factors associated with child and adolescent adjustment following separation and divorce" in K KUEHNLE & L DROZD, eds., *Parenting plan evaluations: Applied research for the family court*, 2nd ed (New York, NY: Oxford University Press, 2012) 50.

² Carole SMART, "From Children's Shoes to Children's Voices" (2002) 40:3 Fam Ct Rev 373.

³ Jonathan W GOULD & David A MARTINDALE, "Including Children in Decision Making about Custodial Placement" (2009) 22 J of Academy of Matrimonial Lawyers 303; Patrick PARKINSON & Judy CASHMORE, *The Voice of a Child in Family Law Disputes* (Oxford University Press, 2009) [Parkinson & Cashmore, *The Voice of a Child*]; SMART, *supra* note 2.

⁴ SMART, *supra* note 2.

depend on the age and circumstances of the individual child, and the stage of the legal process, as well as the *views of the child* about their involvement. The availability of community and family resources, as well legal concerns and legislation, will also constrain decisions about their involvement. The attitude of the judge, parents and other “gatekeepers” will also play a significant role. Furthermore, while children must have a role in decision-making, they are not themselves decision-makers: children need a “voice,” but should not be expected to “make a choice”.

I. Why Include Children in Decision-Making

When parents separate, they often fail to give their children an explanation of what is happening, how the separation will affect them, or give them a chance to ask questions or express their views.⁵ Many parents do not ask their children for suggestions regarding living arrangements or subsequent changes in the parenting schedule. Yet, research makes clear that most children want to be involved and heard in matters that affect them. They understand the difference between providing input and making decisions. When asked, children almost universally indicate that children in general should be asked whether they wish to be heard, though many, especially those involved in higher conflict separations, prefer not to exercise that right in their own case.⁶ While the research on children’s desire to be included reveals that they want to be kept informed, and want their opinions to be considered few children expect or want to make decisions about their parenting arrangements. Adolescents are much more likely

⁵ Joan B KELLY & Mary Kay KISHARDT, “Helping Parents Tell Their Children About Separation and Divorce” (2009) 22 J of American Academy of Matrimonial Lawyers 325.

⁶ Rachel BIRNBAUM & Michael SAINI, “A Qualitative Synthesis of Children’s Participation in Custody Disputes” (2012) 22:4 Intl J of Social Work Practice 400 [Birnbaum & Saini, “Qualitative Synthesis”]; Rachel BIRNBAUM & Michael SAINI, “A Scoping Review of Qualitative Studies on the Voice of the Child in Child Custody Disputes” (2012) 20:2 Childhood 260 [Birnbaum & Saini, “A Scoping Review”]; Judy CASHMORE & Patrick PARKINSON, “Children’s and Parents’ Perceptions on Children’s Participation in Decision Making After a Parental Separation and Divorce” (2008) 46:1 Fam Ct Rev 91; Patrick PARKINSON, Judy CASHMORE & Judi SINGLE, “Parents’ and Children’s Views on Talking to Judges in Parenting Disputes in Australia” (2007) 21:1 Intl JL Pol’y & Fam 84 [Parkinson, Cashmore & Single, “Parents’ and Children’s Views”]; Lorri A YASENICK & Jon M GRAHAM, “The Continuum of Including Children in ADR Processes: A Child-Centered Continuum Model” (2016) 54:2 Fam Ct Rev 186.

to want to be involved, and even to be present, when major decisions are being made that affect them. They will often want to express explicit preferences about these decisions. Further, research suggests that children have better outcomes if they know their opinions have been considered, even if their views are not determinative of their living arrangements.⁷

The importance of children's participation in the separation and divorce process has gained legal recognition in Canada after this country ratified the *United Nations Convention on the Rights of the Child* in 1991. The *Convention* reflects the growing concern for allowing children to have more say in the legal decisions that affect their lives. Article 12 of the *Convention* provides that:

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.
2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

While the *Convention* does not specify how a child's views are to be "heard," it is being cited by Canadian courts and policy makers. For example, in *B.J.G. v. D.L.G.* Martinson J. wrote:

There is no ambiguity in the language used. The *Convention* is very clear; all children have these legal rights to be heard, without discrimination. It does not make an exception for cases involving high conflict, including those dealing with domestic violence, parental alienation, or both. It does not give decision makers the discretion to disregard the legal rights contained in it because of the particular circumstances of

⁷ Rachel BIRNBAUM & Nicholas BALA, *Making Parenting Plans in Canada's Family Justice System: Challenges, Controversies, and the Role of Mental Health Professionals* (Toronto: Thomson Reuters, 2019) [Birnbaum & Bala, *Making Parenting Plans*]; BIRNBAUM & SAINI, "A Qualitative Synthesis," *supra* note 5; BIRNBAUM & SAINI, "A Scoping Review," *supra* note 6; Stephanie HOLT, "The Voice of the Child in Family Law: A Discussion Paper" (2016) 68 *Children and Youth Services Rev* 139; Patrick PARKINSON, Judy CASHMORE & Judi SINGLE, "Adolescents' Views on the Fairness of Parenting and Financial Arrangements after Separation" (2005) 43:3 *Fam Ct Rev* 429; Yasenick and Graham, *supra* note 6.

the case or the view the decision maker may hold about children's participation.

The legal rights to be heard are not isolated rights. A key premise of Article 12 is that hearing from children is an integral part of a determination of their best interests".⁸

The legislation of all Canadian provinces and territories requires courts to consider the views and perspectives of children when making post-separation decisions about their "best interests." The last Canadian legislation to formally recognize this was the federal *Divorce Act*, with provisions that came into effect March 1, 2021.⁹ This law now requires judges, lawyers and parents making parenting plans in the context of the divorce to take account of the "child's views and preferences, giving due weight to the child's age and maturity." While this change in the federal law was long overdue, even prior to these changes, judges in Canada had recognized that, in principle, they needed to consider children's perspectives and preferences in divorce proceedings.

Although children must be consulted, they should not be inappropriately drawn into parental disputes or pressured to "take sides." Especially in higher conflict cases, some children who feel caught in a loyalty conflict will want the right to *not* express a preference.

In many cases, especially in ones which involve lower conflict, parents may not have listened carefully to their children, or may not have even consulted them. Such parents may not be fully aware of their children's views. Even if conflict is low, children may be reluctant to be fully candid with a their parents. Parents may also tend to hear only part of what the child is saying. Early involvement by a neutral, sensitive professional can help parents reach a child-focussed settlement by properly ascertaining the perspectives of their children. Focusing on children's views early in parental disputes can reduce both the intensity and duration of conflict¹⁰ and can enhance conciliation between parents to communicate more effectively on behalf of their children. Parkinson & Cashmore aptly conclude:

⁸ 2010 YKSC 44 at para 13-14.

⁹ S.C. 2019, c. 16, s. 16(3)(e).

¹⁰ Jennifer E McINTOSH, "Enduring Conflict in Parental Separation: Pathways of Impact on Child Development" (2003) 9:1 J Family Studies 63 at.

It is unquestionable that “[c]hildren’s development is dynamic, interactional, and profoundly affected by their experiences and relationships with those who are significant in their lives, and by their perceptions of and reactions to those experiences and relationships.”¹¹

Gould & Martindale observe:

.....when children are provided opportunities within a supportive environment to express their feelings and preferences about life in each parent’s home, it is possible that such circumstances provide children with opportunities to participate meaningfully in decision making about important custody and access issues that affect their everyday lives.¹²

While there are no easy answers about how to involve children, there is no longer a real debate in Canada about whether children should be heard in some way. Rather, the central questions are about *how* to include children, and how to respect the child’s right to participate, if that is what the child wants, while protecting the child’s security and safety. In particular, in the context of high conflict family proceedings, it is important to recognize that one parent may be asserting the “child’s right” to participate as a way to advance their own position, placing pressure on the child to “take sides.” In such cases, the child’s views and perspectives should be made known to the court and others involved, but in a way that does not result in children being caught “in the middle.”¹³

II. Different Ways for Children to Be Heard

Children’s views and preferences can be communicated in the family justice process, both in court proceedings and in various forms of non-court dispute resolution, through a range of methods. These methods include:

- testimony from a parent or other adult about the child’s out-of-court statements;
- having an assessment undertaken by a mental health professional, including a report on statements of the child;
- appointment of child’s counsel;
- a views of the child report;

¹¹ PARKINSON & CASHMORE, *The Voice of a Child*, *supra* note 3 at 9.

¹² GOULD & MARTINDALE, *supra* note 3.

¹³ See e.g. *Irwin v Irwin*, 2019 NSSC 397.

- having a child testify as a witness;
- a judicial interview with the child; and
- child-inclusive mediation.

There is no single “best way” to hear from children during the family justice process, as each approach has its own strengths and limitations. The method chosen will depend on a number of factors, including:

- the issues in dispute;
- the resources available;
- getting the best information possible before the decision-maker;
- the efficiency of the justice process;
- the child’s age and capacity;
- the attitude of child;
- the stage of process (e.g. case conference, interim proceeding, trial or variation of prior order or agreement);
- the nature of dispute resolution process (e.g. mediation/negotiation/litigation);
- concerns about fairness to parties;
- concerns about fairness to the child; and,
- legal framework and attitude of decision-maker.

There is great variability across Canada in judicial practice and in the extent to which professional services are available, especially for parents who lack the financial resources to hire lawyers and mental health professionals. Arguably, the needs and views of the child involved should always be the dominant factors in deciding how to involve them. In practice, however, the resources available and the attitudes of various adults involved, including those of parents and professionals, often play the most significant role.

III. Children’s Statements to Parents

Parents who have separated and are unable to agree about a plan will usually discuss the situation with their children and seek their views, unless the children are very young. Indeed it is desirable and appropriate for parents to have such discussions, and to do so together if possible.¹⁴ How-

¹⁴ KELLY & KISHARDT, *supra* note 5.

ever, parents often have difficulty in listening carefully to what their children are saying. Further, when there is a higher conflict separation that is being resolved through the court process, children are unlikely to be fully candid with either parent.

It is common for parents in family law cases to want to testify about what their children may have told them. Indeed, parents who are unable to agree about plans for their children often record conversations that they have had with their children on their phones or other electronic devices, and want to play the recording for judges in court. Such evidence is technically considered “hearsay evidence” (out-of-court statements).¹⁵ In criminal cases, Canadian courts are generally flexible about admitting hearsay evidence about a child’s statements, for example about disclosures to a parent of sexual abuse, if there are concerns that the child may be traumatized by coming to court or is too young to testify.¹⁶ Judges in family cases, however, are very concerned about the unreliability of such evidence coming from parents, and that the admission of such evidence in family cases may result in pressure from parents being placed on their children to make recorded statements. Judges generally discourage parents from bringing forward this type of evidence,¹⁷ and often refuse to admit it. For instance, in the 2006 Ontario case of *Norland v. Norland*, the court refused to admit recordings the father had made of his conversations with the children stating:

This type of evidence is so highly susceptible to manipulation that I find that it is highly unreliable and give it little probative weight. It does not take much imagination to see how an adult could manipulate

¹⁵ “Hearsay” is an out-of-court statement by a person who is not testifying that is offered by a witness as testimony to prove the truth of the matter asserted. Traditionally the law of evidence considered rules is “hearsay” inadmissible. This is an old rule of law, and developed because of concerns about the potential unreliability of such evidence, and about the unfairness of considering evidence from a person who is not subject to cross-examination. The hearsay rule is subject to many exceptions, including ones that permit a criminal court to receive hearsay evidence from a parent about a child’s disclosure of sexual abuse, provided there are no concerns about the bias of the parent and the evidence is considered reliable. See Nicholas BALA, “Child Witnesses in the Canadian Criminal Justice System: Recognizing Their Needs & Capacities” (1999), 5 *Psychology, Public Policy and the Law* 323.

¹⁶ See e.g. *R v Khan*, [1990] 2 SCR 531.

¹⁷ Martha SHAFFER, “Surreptitiously Obtained Electronic Evidence in Seven Simple Steps” (2019) 38:3 *Can Fam LQ* 259.

a conversation, particularly with a child, to make it appear that the child is unhappy living in the home of the other parent and wishes to live with them...¹⁸

IV. Hearsay Statements to Professionals

A parent involved in family court proceedings may call a professional or other person to testify about what a child may have said to them. There may also be issues about whether such statements should be excluded as “hearsay” evidence: out-of-court statements being introduced as evidence of the truth of their contents.¹⁹

In some cases, a parent may want to introduce evidence of a statement made by a child about a factual matter in dispute, for example about whether the child was abused by the other parent or witnessed domestic violence. In such cases the court will need to be satisfied that the hearsay evidence is “reliable” and there is a “necessity” to receive such evidence. There are many cases in which the court rules that oral statements made by a child to a *parent* about alleged abuse by the other parent or other matters does not satisfy the “reliability” requirement, as the child may have said what they thought the parent wanted to hear.²⁰

In a family case, a child’s statements about alleged abuse made to an independent professional, such as a teacher or a police officer, are very likely to meet the standard of “reliability,” and to be considered by the court. If, however, one parent in a case involving a dispute over parenting has retained a professional, such as a therapist for the child, there may be concerns about the bias of that witness and the reliability of statements made to that professional. Thus, a child’s statements to such privately retained professionals may be ruled to be inadmissible hearsay.²¹

¹⁸ *Norland v Norland*, 2006 CarswellOnt 8253, [2006] O.J. No. 5126, at para. 63. See also e.g. *Sordi v Sordi*, 2011 ONCA 665 (Ont. C.A.).

¹⁹ Nicholas BALA, Victoria TALWAR & Joanna HARRIS, “The Voice of Children in Canadian Family Law Cases” (2005) 24 Can Fam LQ 221.

²⁰ *M. (L.E.) v M. (P.E.)* (1996), 22 R.F.L. (4th) 83 (Alta C.A.); *C.K. v C.S.*, [1996] N.S.J. 609 (Fam.Ct.). See also *Hartland v. Rahaman*, [2001] O.J. 4611 (Sup. Ct.).

²¹ *Rose v Jones*, 2009 NSSC 72; and *F. (V.) v Halton Children’s Aid Society*, 2016 CarswellOnt 3035, 2016 ONCJ 111.

V. Court-Ordered Assessments

In all Canadian jurisdictions, the courts in family cases have the jurisdiction to order the preparation of an assessment by a neutral mental health professional and a report to the court about the case.²² These assessments typically report on interviews with the child, each parent, and other significant people in the child's life. They will also usually include recommendations about a parenting plan that would, in the opinion of the assessor, promote the best interests of the child. The professionals who prepare these reports will generally take careful notes about their interviews, including any interviews with a child.

Court-ordered assessments can have significant value for the family dispute resolution process. Not infrequently, the parents will settle their dispute after receiving the recommendation of a neutral professional. If a case goes to trial, the judge is likely to place significant weight on the recommendations of a neutral, experienced professional. Because these reports are prepared by neutral professionals, the courts permit the professionals to report on the child's statements, including about the child's views and preferences, and as the basis of the assessor's expert opinion. However, parties may challenge the opinions and recommendations of the professional. For example, a party may contest a professional's opinion that a child's stated preferences are a result of alienating conduct by one parent. The courts may decide not to follow the professional's recommendations.

There are, however, limitations to assessments. They are expensive and invariably take many months to prepare. Unless ordered at an early stage of the proceedings, preparation of such an assessment may delay a trial. Further, many parents cannot afford such a report. Although some provinces and territories in Canada offer limited government funded programs to allow for an assessment report by a social worker or psychologist, these programs do not provide sufficient funding to pay for an assessment in most litigated cases (e.g., British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec, Nova Scotia). In other parts of the country, these government funded programs for assessments are unavailable (e.g., Yukon, Nunavut, Northwest Territories, New Brunswick, Newfoundland and Labrador).

²² Nicholas BALA, Rachel BIRNBAUM & Carly WATT, "Addressing Controversies about Experts in Disputes over Children" (2017) 30 Can J Fam L 71.

Another concern about assessments is that the child who is being interviewed may not appreciate that everything that is said will have to be included in a report that their parents and the court will receive; this may result in recriminations from a parent towards the child after the report is released. A different but related concern is that in some high conflict cases, before children meet the assessor, the parents may pressure children to make positive statements about them and disparage the other parent to the assessor. Similarly, parents may pressure their children before they meet a lawyer appointed to represent them or they are interviewed by the judge. A good assessor should be able to determine whether statements for a child are a product of parental coaching or pressure, or reflect the child's genuine views, and indicate this in the report, though the process of assessment is not a pure science. However, assessors, unlike lawyers for children or even judges, have no legal mandate to maintain confidentiality of information received from a child. Indeed, assessors have obligations to disclose information received from children to the parents and the court.

VI. Child Legal Representation in Family Cases

In some Canadian jurisdictions, including Ontario, Quebec, Alberta, Yukon and the Northwest Territories, a government paid lawyer may be appointed by the court to represent a child whose parents are litigating about parenting arrangements. While judges may request the involvement of a lawyer for a child, judges generally do not have the authority to require the government to provide counsel for a child in a family proceeding.²³ Even in provinces and territories with established offices of child legal representation, limited resources result in many parenting cases being resolved without a lawyer for a child, even if requested by the court.²⁴

One of the roles of counsel appointed for a child is to ensure that the views and preferences of the child are known by the court. It is generally accepted in Canada that a lawyer for a child may provide the court with a summary of the child's wishes and preferences. For example, a lawyer can tell the court about "the clarity, consistency, and independence of the

²³ *B(AC) v B(R)*, 2010 ONCA 714; *JESD v YEP*, 2018 BCCA 286.

²⁴ Nicholas BALA & Rachel BIRNBAUM, "Preferences and Perspectives of Children in Family Cases: Rethinking the Role of Children's Lawyers" (2018) 59:4 *Les Cahiers de droit* 787.

children's views [as the basis for] to inform the [child's lawyer] own assessment of what position to take on behalf of the children."²⁵ However, there are judicial concerns about lawyers appointed for children "giving evidence from counsel table" about detailed statements from the child, for example about alleged abuse or the child's reasons not wanting to visit with the other parent, as the lawyer is not subject to cross-examination. In some cases, such detailed statements from a child may be obtained by having a mental health professional retained by the child's lawyer interview the child and report about the child's statements; if necessary that professional can be cross-examined, for example about the child's demeanour while making the statement or the context of the interview.

There is variation in policy and practice pertaining to the extent to which lawyers appointed for children will advocate a position based on the child's wishes, or based on their own assessment of the child's interests while ensuring that the court is aware of the child's preferences. There are particular concerns when a child appears to be unduly influenced by one of the parents, such as when there are allegations of alienation.

In Québec, the Court of Appeal ruled in *F. (M.) v. L. (J.)* that lawyers who are appointed to represent children should adopt an advocate role whenever a child gives clear directions, and not take account of the lawyer's own views about the child's interests.²⁶ In that parenting dispute, the trial judge appointed a lawyer to represent the boy, then nine-years of age. The boy told his lawyer that he did not want to see his father. The lawyer retained a psychologist who interviewed the child and concluded that he was being alienated and manipulated by his mother. The lawyer appointed for the child communicated the child's wishes to the trial judge, but refused to take a position on the child's best interests. As a result, the trial judge ordered the appointment of new counsel to develop a position based on the lawyer's assessment of the child's best interests. The mother successfully appealed the order for the appointment of a second lawyer; the Court of Appeal held that a lawyer representing a child must follow the instructions of that child, even in alienation cases. The Court ruled that counsel appointed to represent a child is expected to advocate for the child's

²⁵ *Ludwig v Ludwig*, 2019 ONCA 680 at para 76.

²⁶ *F. (M.) v L. (J.)*, 2002 CarswellQue 337, [2002] J.Q. No.480 (Que. C.A.), leave to appeal to S.C.C. dismissed without reasons at 2002 CarswellQue 2153, 2002 CarswellQue 2154 (S.C.C.).

wishes if the child has the “capacity... to express wishes,” with Rothman J.A. writing:

...if a child is sufficiently mature to express himself... then he has the right to be heard on that question and the right to have his wishes fairly put in evidence before the court. If the child has the *capacity and the desire to express his wishes*, then that is a *fundamental right that must be respected by counsel who represents him*, whether or not counsel may have a different personal opinion on the matter....²⁷

Ontario has the largest and oldest program in Canada of child representation in family relationship cases. The program is now operated by the Office of the Children’s Lawyer (OCL), which has adopted its own unique policy on the role of child’s counsel.

Position on Behalf of the Child

In taking a position on behalf of the child, child’s counsel will ascertain the views and preferences of the child, if any, and will consider:

- (a) the independence, strength, and consistency of the child’s views and preferences,
- (b) the circumstances surrounding the child’s views and preferences, and
- (c) all other relevant evidence about the child’s interests.

In a child protection proceeding, child’s counsel may take a different position than the other parties, even where the parties all agree upon a position. However, in custody/access proceedings, child’s counsel will not interfere with a settlement reached by the parties.²⁸

The Ontario *Policy* gives individual lawyers the flexibility to take account of the wishes, views and preferences of children, and base their position on the children’s views if counsel considers this appropriate. The *Policy* avoids directing OCL lawyers to advocate for the child’s “best interests,” however, because it is the judge’s role to determine this. Further, this *Policy* allows lawyers for children to advocate for a position based on the lawyer’s assessment of the child’s interests, a position not necessarily

²⁷ *Ibid* at para 35.

²⁸ ONTARIO MINISTRY OF THE ATTORNEY GENERAL, OFFICE OF THE CHILDREN’S LAWYER, *Policy Statement on the Role of Child’s Counsel*, Ministry of Attorney General (1995, last revised April 1, 2006).

based on the child's views or instructions, and in some cases directly contrary to the child's stated views. Taking of a position contrary to the views of a child, even an older child, may, for example occur in cases where a child is rejecting one parent and the OCL concludes that there is alienation.

Research on the experiences of children who have lawyers suggests that children often do not know or understand what their lawyers have done. Many do not feel that having a lawyer has given them a voice if the process.²⁹

The reality is that in many parental disputes, children feel "caught in the middle" and are reluctant to be seen as "taking sides." In these cases, a lawyer for a child can play an important "honest broker" and mediative role, attempting to effect a child-focused settlement. If the case gets to court, there may not be clear "instructions" to counsel about a "position," and counsel may express their own views or decide not to take a position.

VII. Views of the Child Reports

A relatively recent development for bringing the child's perspectives into the litigation process, or into mediation, is by a "Views of the Child Report" (or "VCR"), also known as Hear the Child Reports and Voice of the Child Reports. These Reports are prepared by social workers or experienced child lawyers, usually after two interviews with the child. The child is brought to each interview by a different parent. These Reports are generally only used for children at least seven years of age. Unlike assessments, these Reports do not provide any recommendations. Rather, they summarize the child's perceptions and preferences, if any, and often include the child's statements through direct quotations. They are prepared much more quickly than an assessment, typically within a month, and are less expensive and intrusive. An important feature of these Reports is that children are usually offered an opportunity to review the contents, so that statements are only included if the child agrees. Furthermore, the cost is only a fraction of the cost of an assessment. In some jurisdictions, including Ontario, Manitoba, and Nova Scotia, the government is now paying for Views of the Child Reports in some cases.

²⁹ Rachel BIRNBAUM & Nicholas BIRNBAUM, "The Child's Perspective of Legal Representation: Young People Report on their Experiences with Child Lawyers" (2009) 25:1 Can J Fam L 11.

In an Ontario study of 86 cases where a VCR was prepared, almost all of the parents, lawyers and judges appreciated having these Reports.³⁰ Many parents stated that they were not fully aware of their child's views, though a few felt that the other parent had manipulated the child. All of the children were pleased that their views had been taken into account, even if the resolution did not fully reflect their wishes. Most children were satisfied that the Report reflected their views, though a few expressed concerns about the Report's accuracy. Almost half of the cases settled shortly after the release of the Report, and only a small number resulted in a trial. These Reports, however, are just one tool for resolving family disputes. In many cases, a full assessment or child representation will continue to be preferable, especially where there are claims of domestic violence, child abuse, compromised parenting, alienation or where children have limited communication capacity. In high conflict cases, there may be evidence that the children are emotionally distressed and that a Voice of the Child Report, with its short professional involvement, will be likely increase parental pressure; in such cases, this type of limited report may not be appropriate and a fuller assessment may be preferable.³¹ Although these Reports should not include a recommendation about parenting, it is appropriate for them to include a recommendation for a full assessment, if warranted.

VIII. Child Testifying in Court as a Witness

While it was historically it was very difficult for children to testify in courts in Canada, there have been a number of very important legislative changes since 1988 that have facilitated the process for children to testify in criminal proceedings. For example, children are now allowed to testify from outside the court-room by closed circuit television.³² It is now common for children as young as 4 or 5 years of age to be witnesses and tes-

³⁰ Rachel BIRNBAUM & Nicholas BALA, "Views of the Child Reports: The Ontario Pilot Project" (2017) 30 *Intl JL Pol'y & Fam* 344.

³¹ See *Irwin v Irwin*, *supra* note 13, where in an "intense" parental dispute, O'Neil ACJSC refused the mother's argument that a Voice of the Child Report should be ordered to advance the children's "right" to be heard. The judge decided that rather than having a report based on just a couple of interviews with the two children, but a counsellor should be involved on a longer term basis to explore the circumstances of the children and make a recommendation.

³² BALA, TALWAR & HARRIS, *supra* note 16.

tify in criminal cases, in particular in relation to their being victims of abuse. However, the process of testifying in criminal court is stressful for children, as they are subject to cross-examination and they are aware that they are being observed by the accused. Indeed, the experience of testifying in criminal cases can have long term traumatic effects on some children.³³

It is very rare in Canada for a child to testify in a family case as judges and lawyers are usually concerned that it would be stressful to the child to testify in the presence of parents and to be subject to cross-examination. Since a family proceeding about a child is based on a judicial assessment of the “best interests,” it is generally considered inappropriate for the court to adopt a process for receiving evidence from the child that itself could be damaging to the child’s emotional well-being and relationships to family members. Further, even if counsel (or an unrepresented parent) does seek to have a child testify in a family law case, a judge has the power to refuse to issue a summons, or to vacate a summons that has been issued to a child witness. Sometimes a parent will arrange for a child to come to court and say that the child wants to be sworn as a witness. Judges in Canada have held that even if a child wants to testify in a family case and be subject to cross-examination, they have the inherent judicial power to control the process of the court and can refuse to allow this to protect the interests of the child.³⁴

IX. Judges Meeting With Children in Family Proceedings

While children almost never “testify” as witnesses in family disputes in Canada, it is becoming more common for children to meet with the judge to discuss their perspectives and preferences.³⁵ The judicial interview in a family proceeding is much less formal than the process of testifying as

³³ Jodi A QUAS & Gail S GOODMAN, “Consequences of Criminal Court Involvement for Child Victims” (2007) 18:3 Psychol, Pub Pol’y & L 392.

³⁴ See e.g. *Dudman v Dudman*, [1990] O.J. 3246 (Prov. Ct.); and *Collins v Petric*, 2003 CarswellOnt 2522, 41 R.F.L. (5th) 250 (Ont. S.C.J.). As discussed in the next section, in Québec, children are regularly in the courtroom in family proceedings, though with a modified process.

³⁵ Rachel BIRNBAUM, Nicholas BALA & Francine CYR, “Judicial Interviews of Children in Canada’s Family Courts” in Tali GAL & Benedetta DURMAY, eds, *International Perspectives and Empirical Findings on Child Participation* (New York: Oxford University Press, 2015) 135.

a witness, as happens in a criminal trial. The judge in a family case will normally do the questioning in a relatively conversational way, often sitting near the child, and the parents are rarely present. There is no cross-examination, and children are generally not pressed to answer questions that might make them feel uncomfortable or to take sides with one parent or another.

In Québec, Article 34 of the *Civil Code* establishes a presumption that judges will hear directly from children. It is common in that province for judges to meet with children, starting about the age of 7 years. In Québec these meetings usually occur in the court room, with the lawyers present, sitting out of the child's line of sight, but the parents absent, and the judge leading the conversation with the child.

In other jurisdictions in Canada, legislation and appellate caselaw are permissive and allow judges in family cases to meet with children, but do not require such meetings. As a result, there is wide variation in practice.³⁶ Some family court judges regularly interview children, but outside of Québec judges have discretion whether to do this or not. Some judges refuse to meet with children, or do this very rarely. There are a number of reasons for this variation in practice; some judges feel that it is not their role to be gathering evidence in the parenting dispute, while others are concerned as they are not trained in interviewing children.

Outside of Québec, the common practice for judges who meet with children is to do so in their chambers (or offices). The parents and their lawyers do not attend these meetings, but a court reporter or clerk is present.³⁷ Many judges tell the child that their parents will be told a summary of what the child says, but the judge may not tell the parents exactly what the child says; although a court reporter is usually present, the record of the meeting will only be made available to the parents' lawyers if there is an appeal. There is, however, variation in practice; some judges meet children with the parents, or their lawyers, present, and others provide the

³⁶ Rachel BIRNBAUM & Nicholas BALA, "A Survey of Canadian Judges about Their Meetings with Children: Becoming More Common but Still Contentious" (2014) 91 Can Bar Rev 637.

³⁷ Joanne J PAETSCH, Lorne D BERTRAND & John-Paul E BOYD, *Children's Participation in Justice Processes: Finding the Best Ways Forward, Results From The Survey of Participants* (2017), online (pdf): *Canadian Research Institute for Law and the Family* <www.crlf.ca/Documents/Symposium%20Survey%20Results%20-%20Dec%202017.pdf>.

parents with a full transcript after the meeting.³⁸ Because of concerns about due process, in trials and contested proceedings, when judges in Canada meet children they generally warn them children that they cannot “keep secrets,” and must share some information with the parents.³⁹

If a judge meets a child as part of an attempt to facilitate a pre-trial settlement (a practice known as “conferencing”), this will be done without the parents or their lawyers present, and the judge may not be obliged to provide information directly to the parents. The judge may, however, use the insights and information from the child to help steer the parents towards a settlement; this may help protect the child from any subsequent retaliation from either parent.

Research studies have found that children who meet with judges almost always appreciate the opportunity to have done so, even if the judge does not make an order consistent with their expressed preferences. None felt traumatized by the experience.⁴⁰

X. Children in Mediation

There is an increasing emphasis in many countries, including Canada, on encouraging parents to resolve their disputes outside the court system, in particular by having a trained, neutral mediator help the parents to reach an agreement. In a number of jurisdictions in Canada, including Québec and Ontario, there is government funding to help support family mediation. Research from Australia suggests that mediated settlements are more likely to be durable if children are involved in the mediation process.⁴¹ Although children have not regularly been involved in mediation in Canada, there is growing recognition among mediators of the need to consider how the views of children should be considered in this process.⁴² Whitehead

³⁸ See e.g. *McAlister v Jenkins*, [2008] O.J. 2833 (Ont. Sup. Ct.) per Harper J.

³⁹ See *Baig v Dean*, 2019 ONSC 5653 and *Demeter v Demeter*, 1996 CarswellOnt 1301 (Ont. Gen. Div.).

⁴⁰ Rachel BIRNBAUM, Nicholas BALA & Francine CYR, “Children’s Experiences with Family Justice Professionals in Ontario and Ohio” (2011) 25 Intl JL Pol’y & Fam.

⁴¹ Jennifer E MCINTOSH, Yvon D WELLS & Caroline M LONG, “Child-focused and child-inclusive Family Law dispute resolution: One year findings from a prospective study of outcomes” (2007) 13:1 J Family Studies 8.

⁴² YASENIK & GRAHAM, *supra* note 6.

and Birnbaum surveyed mediators in Ontario, and reported that a significant number of them included children regularly (15%) or sometimes (34%) in the mediation process.⁴³ Many reported that the child's age and the parents' attitude towards child participation are important factors in deciding whether to include children or not in the mediation process.

As with child involvement in the family court process, there is a range of ways of involving children in mediation. A common way is for a child specialist, such as a mental health professional, to hear from the child and bring the child's views into the mediation process. Some mediators are prepared to meet with children themselves, and share their views with the parents. It is also becoming more common for children to be invited to attend one or more mediation sessions with the parents; this practice requires appropriate support for the child.

XI. Weight of Child's Views

While there is increasing recognition of the importance for parents, judges, mediators and lawyers to be aware of children's perspectives and preferences, it is clear that their wishes are not determinative of the parenting arrangements that will be made: Children have a Voice But Not a Choice. Many factors will be considered in determining the weight to be given to a child's views.⁴⁴

An important factor is the age and maturity of the child. Younger children have difficulty with abstract thinking and participating in making plans for the future, but may nevertheless have important insights into their own lives. In some cases, children will primarily be expressing their views about a specific issue that holds importance to them but not to their parents. For example, children may express views about a parenting plan that will allow the child to participate in a particular extra-curricular activity. As recognized by the judge in one case from Ontario:

⁴³ Denise WHITEHEAD & Rachel BIRNBAUM, *Win-win is an attitude, Not an outcome: Family mediation in Ontario* (March 2019), online (pdf): *Association of Family and Conciliation Court – Ontario Chapter* <afccontario.ca/wp-content/uploads/2019/04/Whitehead-Birnbaum-Family-Mediation-Report-Final-2019.pdf>.

⁴⁴ Gary AUSTIN, Peter JAFFE & Pamela HURLEY, "Incorporating Children's Needs and Views in Alternative Dispute Resolution Approaches" (1992) 8 Can Fam LQ 69; BIRNBAUM & BALA, *Making Parenting Plans*, *supra* note 7.

Although a child's wishes and preferences are just one consideration in determining "best interests", the older the child, the more a custody order requires the co-operation of the child and consideration of the child's wishes. ... The weight to be given to the child's stated preference depends on the facts of the case, and is a function of age, intelligence, apparent maturity and the ability of the child to articulate a view.⁴⁵

With older children, it may be unrealistic to make an order or plan that does not take account of their views. It can be difficult to achieve compliance by adolescents through court orders or parenting agreements as they may be inclined to "vote with their feet". The police are very reluctant to enforce family court orders involving older adolescents, so the child's willingness to comply may be very important.⁴⁶

It is, however, also recognized that some children may be psychologically manipulated or pressured by one parent into rejecting the other parent without good reason; these children may become unjustifiably "alienated" from one parent.⁴⁷ In such cases, the court may conclude that it is in a child's best interests to reside with a parent whom the child is vehemently rejecting, and can make residence orders for children aged 14 or 15 years.⁴⁸ These orders often include some provision for counselling or child protection services. The primary enforcement mechanism is usually the threat that the alienating parent may be found in contempt of court for failing to support this parenting arrangement. Before such an order is made, the court should be satisfied that this is truly a case of "alienation" and any fears that the child has about being in the care of a rejected parent are unfounded.

Conclusion: The Importance of Children's Participation

In this chapter we have highlighted the importance of hearing from children in family disputes post-separation and divorce. Children's participation in resolution of family disputes has become much more common

⁴⁵ *Kemp v Kemp*, 2007 CarswellOnt 1774 (Ont. S.C.J.), per Blishen J.

⁴⁶ *L. (N.) v M. (R.R.)*, 2016 ONSC 809, per Perkins J.

⁴⁷ Barbara FIDLER & Nicholas BALA, "Concepts, Controversies and Conundrums of "Alienation": Lessons Learned in a Decade and Reflections on Challenges Ahead" (2020), 58:2 Fam Ct Rev. 576.

⁴⁸ *AM v CH*, 2019 ONCA 764.

and meaningful over the nearly three decades since Canada ratified the *Convention on the Rights of the Child*, but there is still more to be done.

In too many places in Canada there are insufficient resources to allow for meaningful involvement by children. There needs to be more training and education for judges, lawyers and other professionals about how to involve children in the family dispute resolution process. While research is being done about children's involvement, there needs to be more research that includes children in order to better understand what children consider to be meaningful and safe ways to participate. More longitudinal research is needed to assist in identifying the potential harms and benefits to children of different forms of participation in family proceedings.

Le droit à la participation efficace des enfants réfugiés et migrants : l'opinion des professionnels sur le droit des enfants d'être entendu dans les procédures d'asile aux Pays-Bas

Stephanie E. Rap*

Introduction	45
I. Le concept de la participation des enfants	48
A. La participation des enfants d'un point de vue historique	48
B. La participation des enfants d'un point de vue des droits de l'enfant	51
C. La participation des enfants d'un point de vue sociologique empirique	55
D. La participation aux procédures d'asile	58
II. Méthodologie	62
III. Les perspectives des professionnels sur la participation des enfants réfugiés et migrants	64
A. Le droit à l'information	64
1. La mise à disposition des informations dans la procédure d'asile	64
2. Le niveau de préparation	67
B. Le droit à la participation	67
1. L'opinion des professionnels sur la participation	67
2. L'âge, la maturité et la crédibilité	68
3. Les enfants accompagnés	70
4. L'explication de la décision	71
Conclusions	73

* Dr. Stephanie E. Rap, maître de conférences, Département de droit de l'enfant, Faculté de droit, Université de Leiden, Pays-Bas.

Introduction

Dans le domaine des droits de l'enfant, la participation des enfants et leur droit d'être entendu dans la prise de décision ont fait l'objet d'une attention considérable au cours des dernières décennies¹. Le droit d'être entendu (article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant – CIDE) est perçu comme une grande innovation de la CIDE ; il n'existait pas de précédent en droit international ni de disposition équivalente pour les adultes². De plus, les critiques soutiennent que le droit d'être entendu confère aux enfants un instrument à travers lequel ils peuvent

¹ Voir Laura LUNDY, « 'Voice' is not Enough : Conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », (2007) 33 *British Educational Research J.* 927 ; Nigel THOMAS, « Towards a theory of children's participation », (2007) 12 *Intl J. Child Rts* 199 ; Mark HENAGHAN, « Article 12 of the UN Convention on the Rights of Children. Where Have We Come from, Where Are We Now and Where to from Here ? », (2017) 25 *Intl J. Child Rts* 537 ; Kay M. TISDALL, Michael GALLAGHER et John DAVIS, « Reflecting on Children and Young People's Participation in the UK », (2008) 16 *Intl J. Child Rts* 343 ; Mary DONNELLY et Ursula KILKELLY, « Participation in Healthcare : the Views and Experiences of Children and Young People », (2011) 19 *Intl J. Child Rts* 107 ; Meda COUZENS, « Child Participation in Local Governance », dans Martin D. RUCK, Michele PETERSON-BADALI et Michael FREEMAN (dir.), *Handbook of Children's Rights*, New York, London, Routledge, 2017, p. 515 ; Charlotte MOL, « Children's Representation in Family Law Proceedings : A Comparative Evaluation in Light of Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », (2019) 27 *Intl J. Child Rts* 66 ; Ton LIEFAARD, « Access to Justice for Children : Towards a Specific Research and Implementation Agenda », (2019) 27 *Intl J. Child Rts* 195 ; Aoife DALY, « No Weight for 'Due Weight' ? A Children's Autonomy Principle in Best Interest Proceedings », (2018) 26 *Intl J. Child Rts* 61 ; Stephanie E. RAP, « A Children's Rights Perspective on the Participation of Juvenile Defendants in the Youth Court », (2016) *Intl J. Child Rts* 24 ; Aisling PARKES (dir.), *Children and International Human Rights Law : The Right of the Child to Be Heard*, London, Routledge, 2013.

² Jaap E. DOEK, « The Eighteenth Birthday of the Convention on the Rights of the Child : Achievements and Challenges », (2007) 41 *U Mich J.L. Ref.* 61 ; Nigel CANTWELL, « The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child », dans Sharon DETRICK (dir.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the "Travaux préparatoires"*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 19 ; John TOBIN, « Justifying Children's Rights », (2013) 21 *Intl J. Child Rts* 395 ; Lothar KRAPPMANN, « The Weight of the Child's View : Article 12 of the Convention on the Rights of the Child », (2010) 18-4 *Intl J. Child Rts* 501.

exercer d'autres droits fondamentaux³. Outre le caractère novateur et progressif de ce droit, les universitaires se préoccupent de plus en plus du sens qu'il revêt et de l'efficacité de sa mise en œuvre dans la pratique⁴.

Un autre grand thème du domaine des droits de l'enfant concerne les enfants qui voyagent pour se réfugier dans un autre pays⁵. À la suite des

³ Ton LIEFAARD et Julia SLOTH-NIELSEN, «25 Years CRC: Reflections on Successes, Failures and the Future», dans Ton LIEFAARD et Julia SLOTH-NIELSEN (dir.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, Leiden, Brill, 2017, p. 1 ; Michael FREEMAN, «Why it Remains Important to Take Children's Rights Seriously», (2007) 15 *Intl J. Child Rts* 5 ; Ton LIEFAARD, «Child-Friendly Justice: Protection and Participation of Children in the Justice System», (2016) 88 *Temp L. Rev* 905.

⁴ Laura LUNDY, «In Defence of Tokenism ? Children's Right to Participate in Collective Decision-Making», (2018) 25 *Childhood* 340 ; Tara M. COLLINS, «A Child's Right to Participate: Implications for International Child Protection», (2017) 21 *Intl J.H.R.* 14 ; Aoife DALY (dir.), *Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to be Heard*, Leiden, Brill Nijhoff, 2017 ; Kay TISDALL, «Children and Young People's Participation: A Critical Consideration of Article 12», dans Wouter VANDENHOLE, Ellen DESMET, Didier REYNAERT et Sara LEMBRECHTS (dir.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London, Routledge, 2015, p. 185 ; Karl HANSON, «Children's Participation and Agency when They Don't 'do the right thing'», (2016) 23-4 *Childhood* 471.

⁵ Voir Jacqueline BHABHA, «Arendt's Children: Do Today's Migrant Children Have the Right to Have Rights ?», (2009) 31 *Hum. Rts Q.* 410 ; Mary E. CROCK, «Justice for the Migrant Child: The Protective Force of the Convention on the Rights of the Child», dans Said MAHMOUDI, Pernilla LEVINER, Anna KALDAL et Katrin LAINPELTO (dir.), *Child-friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 238 ; Rebecca THORBURN STERN, «Unaccompanied and Separated Asylum-seeking Minors: Implementing a Rights-based Approach in the Asylum Process», dans Said MAHMOUDI, Pernilla LEVINER, Anna KALDAL et Katrin LAINPELTO (dir.), *Child-friendly Justice: A Quarter of a Century of the the UN Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 242 ; Jason POBJOY (dir.), *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; Ciara SMYTH (dir.), *European Asylum Law and the Rights of the Child*, Oxon, New York, Routledge, 2014 ; Elaine CHASE, «Security and Subjective Wellbeing: the Experiences of Unaccompanied Young People Seeking Asylum in the UK», (2013) 35 *Sociology of Health and Illness* 858 ; Helen STALFORD, «David and Goliath: Due Weight, the State and Determining Unaccompanied Children's Fate», (2018) 32 *Immigration, Asylum & Nationality L.* 258 ; Matthew HODES, Melisa MENDOZA VASQUEZ, Dimitris ANAGNOSTOPOULOS, Kalliopi TRIANTAFYLLOU, Dalia ABDELHADY, Karin WEISS, Roman KOPOSOV, Fusun CUHADAROGLU, Johannes HEBEBRAND et Norbert SKOKAUSKAS, «Refugees in Europe: National Overviews

crises de réfugiés en Europe et aux États-Unis, les droits fondamentaux de beaucoup d'enfants ont été violés (p. ex. le droit à la protection contre les mauvais traitements et la violence, le droit de ne pas être séparé de ses parents, le droit à un développement et à un bien-être sains, etc.). À juste titre, ces incidents ont poussé les universitaires et les organisations de la société civile à attirer l'attention sur la condition des enfants réfugiés et migrants. Le caractère poignant des situations que traversent ces enfants a mené à les percevoir, ainsi que les membres de leur famille, comme des êtres misérables et vulnérables qui ont urgemment besoin de protection et de soin de la part des autres (p. ex. des États, de la société civile et des citoyens)⁶. Ces images s'éloignent considérablement des objectifs de la CIDE, soit d'autonomiser les enfants en leur conférant de véritables droits, de les traiter comme des sujets de droit actifs au lieu d'objets de droit passifs⁷.

Ce chapitre définit le droit des enfants réfugiés et migrants de participer aux procédures d'asile d'un point de vue historique, d'un point de vue des droits de l'enfant et d'un point de vue sociologique empirique afin de mieux comprendre son développement et son importance grandissante en droit comme dans la pratique (section I). Inspirée par l'observation d'Anna Lundberg et Jacob Lind selon qui, analyser les droits de l'enfant dans un contexte de migration est la clé pour comprendre « la multiplication et le maintien des divergences entre les droits sur papier et ceux dans la pratique »⁸, l'auteure s'efforce de comprendre comment le droit procédural d'être entendu est mis en œuvre dans la pratique. Après avoir discuté du cadre méthodologique de cette étude à la section II, la section III définit la participation des enfants selon les opinions des professionnels

from Key Countries with a Special focus on Child and Adolescent Mental Health», (2018) 27 *European Child & Adolescent Psychiatry* 389; Mark EVENHUIS, «Child-proofing asylum: Separated Children and Refugee Decision Making in Australia», (2013) 25-3 *Intl J. Refugee L.* 535.

⁶ Voir aussi Veronika FLEGAR, «Unpacking UNHCR's and IOM's Policy Label for Being Deserving of Protection and Assistance: Who is Deemed Vulnerable in the Governance of Migration?», (2018) 8 *Asiel & Migrantenrecht* 374.

⁷ T. LIEFAARD, préc., note 3; K. HANSON, préc., note 4; J. E. DOEK, préc., note 2; M. FREEMAN, préc., note 3; Marie-Françoise LÜCKER-BABEL, «The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child», (1995) 3 *Intl J. Child Rts* 391.

⁸ Anna LUNDBERG et Jacob LIND, «Technologies of Displacement and Children's Right to Asylum in Sweden», (2017) 18 *Human Rights Rev.* 189.

qui travaillent avec les enfants réfugiés et migrants aux Pays-Bas. Pour finir, ce chapitre partage des échanges critiques concernant le droit à la participation et son application aux procédures d'asile à la conclusion.

I. Le concept de la participation des enfants

Pour mieux comprendre le concept de la participation des enfants, il est important d'examiner plus en profondeur comment celui-ci a évolué au fil du temps et a pris de l'ampleur au sein de la doctrine internationale et des débats populaires. Cette section commence donc par décrire brièvement le développement historique de l'enfance et de la participation des enfants. Deuxièmement, cette section s'intéresse à la conceptualisation juridique de la participation dans le droit international de l'enfant. Troisièmement, l'auteure prend en considération la participation des enfants d'un point de vue sociologique empirique, présentant des conclusions de recherche ayant trait à la participation des enfants dans les procédures juridiques et administratives.

A. La participation des enfants d'un point de vue historique

Une analyse historique de la participation de l'enfant doit prendre en considération les changements dans la compréhension de son développement et de ses capacités intervenus au fil du temps dans le monde occidental. Le concept de l'enfance a évolué depuis une interprétation de la notion de l'enfant comme un « mini-adulte », qui était responsable de ses actes dès son plus jeune âge, vers un individu que l'on devait éduquer et préparer pour l'âge adulte. Une telle évolution a signé le passage du recours aux châtiments corporels aux interventions plus humaines et psychosociales⁹. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les enfants étaient de plus en plus perçus comme « des adultes en devenir », qui avaient besoin d'être protégés

⁹ Josine JUNGER-TAS, « Youth Justice in the Netherlands », dans Michael TONRY et Anthony DOOB (dir.), *Youth Crime and Youth Justice : Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago, The University of Chicago Press, 2004, p. 300 ; Eugene VERHELLEN, « The Convention on the Rights of the Child : Reflections from a Historical, Social Policy and Educational Perspective », dans Wouter VANDENHOLE, Ellen DESMET, Didier REYNAERT et Sara LEMBRECHTS (dir.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London, Routledge, 2015, p. 43 ; Asher BEN-ARIEH et Noam TARSHISH, « Children's Rights and Well-Being », dans Martin D. RUCK, Michele PETERSON-BADALI et Michael FREEMAN (dir.), *Handbook of*

en raison de leur vulnérabilité inhérente causée par leur immaturité biologique et psychologique¹⁰. Les philosophes tels que John Locke (fin du XVII^e siècle) et Jean-Jacques Rousseau (XVIII^e siècle) considéraient les enfants comme des « pages blanches ». Pour ces penseurs, les enfants étaient des créatures innocentes et curieuses qui devaient être formées à devenir des adultes responsables¹¹. Tout au long du XIX^e siècle, les enfants et les familles (surtout des milieux défavorisés) étaient l'objet d'efforts de protection et de civilisation de la part des organisations caritatives privées, principalement religieuses¹². De plus, puisque le but de l'État était d'éviter que les orphelins ne deviennent des charges qui pèsent trop lourd dans ses ressources, il était préférable de placer ces enfants au sein de leur famille élargie, où ils pouvaient notamment travailler. À la fin du XIX^e siècle, les États ont commencé à développer des programmes de protection de l'enfance et à s'organiser pour étendre la scolarité obligatoire¹³. Ce « mouvement de protection des enfants » présentait ces derniers comme des victimes innocentes des adultes¹⁴. Dans cette représentation, il fallait sauver les enfants des mauvaises conditions de vie en utilisant le principe de leur intérêt supérieur pour les protéger.

Cette image de l'enfant comme objet de protection a graduellement changé au XX^e siècle. C'est surtout dans la seconde moitié de ce siècle que les pays du nord commencèrent à se représenter de plus en plus les enfants comme des sujets de droit autonomes et des êtres humains indépendants

Children's Rights : Global and Multidisciplinary Perspectives, New York, Routledge, 2017, p. 68.

¹⁰ Didier REYNAERT, Ellen DESMET, Sara LEMBRECHTS et Wouter VANDENHOLE (dir.), « Introduction : A Critical Approach to Children's rights », dans Wouter VANDENHOLE, Ellen DESMET, Didier REYNAERT et Sara LEMBRECHTS (dir.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London, Routledge, 2015, p. 1 ; Karl HANSON, « Schools of Thought in Children's Rights », dans Manfred LIEBEL (dir.), *Children's Rights from Below : Cross-Cultural Perspectives*, London, Palgrave Macmillan, 2012, p. 63.

¹¹ James MARTEN (dir.), *The History of Childhood : A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

¹² J. JUNGER-TAS, préc., note 9 ; J. MARTEN, préc., note 11.

¹³ J. MARTEN, préc., note 11.

¹⁴ Zoë MOODY, « Transnational Treaties on Children's Rights : Norm Building and Circulation in the Twentieth Century » (2014) 50-1-2 *Paedagogica Historica* 151.

plutôt que des humains en devenir¹⁵. En 1924, la Société des Nations adopta la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant. John Tobin note alors que «les dispositions de celle-ci reflètent une approche fondée sur le bien-être, mettant l'accent sur l'assistance aux enfants dans le besoin»¹⁶, et que cela «encourage une nouvelle vision du monde des enfants et de l'enfance»¹⁷. Cette déclaration est vue comme le premier effort international de codification des droits de l'enfant¹⁸. Le développement du droit international des droits de l'homme a ensuite fait boule de neige dans la période suivant la seconde guerre mondiale avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), la Convention européenne des droits de l'homme (1950) et les Pactes internationaux (1966-1976). Dans ces traités, on cible les enfants «en mettant l'accent sur l'obligation des États de fournir aux enfants une attention et une protection particulière.»¹⁹ À l'Assemblée générale des Nations unies du 20 novembre 1959, la Déclaration de Genève a été remplacée par la Déclaration des droits de l'enfant²⁰. Pour marquer le 20^e anniversaire de cette Déclaration, l'Assemblée générale des Nations unies a ensuite proclamé l'année 1979 comme Année internationale de l'enfant. L'année précédente, on a alors commencé le processus de rédaction de la CIDE. Ce processus, qui a duré dix ans, s'est avéré difficile ; les États n'étaient pas d'accord sur plusieurs questions, y compris la définition de l'enfant²¹. Cependant, avec la rédaction et l'adoption ultérieure de la CIDE, l'opinion sur les enfants a progressivement changé ; elle est passée d'une perception paternaliste à une perception qui considérerait les enfants comme des détenteurs actifs de leurs propres droits. Ainsi, la CIDE a simultanément souligné la dépendance et l'auto-

¹⁵ D. REYNAERT, E. DESMET, S. LEMBRECHTS et W. VANDENHOLE, préc., note 10 ; E. VERHELLEN, préc., note 9 ; Antonella INVERNIZZI et Jane WILLIAMS, « Introduction », dans Antonella INVERNIZZI et Jane WILLIAMS (dir.), *Children and Citizenship*, London, Sage, 2008, p. 1.

¹⁶ John TOBIN, « Introduction: The Foundation for Children's Rights », dans John TOBIN (dir.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 2-3.

¹⁷ J. MARTEN, préc., note 11, p. 79.

¹⁸ J. TOBIN, préc., note 16 ; Ton LIEFAARD (dir.), *Deprivation of Liberty of Children in Light of International Human Rights Law and Standards*, Antwerp, Intersentia, 2008.

¹⁹ J. TOBIN, préc., note 16, à la p. 4.

²⁰ *Declaration of the Rights of the Child*, UNGA Res 1386 (XIV) UN Doc A/Res/14/1386, 20 Novembre 1959.

²¹ J. TOBIN, préc., note 16.

nomie de l'enfant²². John Tobin affirme à ce sujet qu'en raison des compromis adoptés dans la rédaction du texte, la CIDE représente en fait les normes minimales sur lesquelles les États partis sont d'accord au sujet de la protection des enfants²³.

Le droit d'être entendu a joué un rôle clé dans la représentation des enfants comme membres d'une catégorie sociale séparée et comme détenteurs actifs de droits plutôt que de simples objets de protection²⁴. Le concept de la participation des enfants a en effet remis en question les points de vue traditionnels sur les enfants (p. ex. comme étant dépendants et vulnérables), ainsi que les structures et les relations hiérarchiques entre les adultes et les enfants²⁵. Karl Hanson définit les droits participatifs d'un point de vue libéral ; selon sa définition, les enfants « ont le droit à l'autonomie et à la pleine participation en société au même titre que les adultes. »²⁶ Le mouvement des droits de l'enfant a adopté cette interprétation de l'enfant, remettant en question le traitement paternaliste qui leur était conféré et « préconisant la reconnaissance des droits participatifs des enfants »²⁷.

B. La participation des enfants d'un point de vue des droits de l'enfant

Le droit d'être entendu, prévu à l'article 12 de la CIDE, fait partie du thème plus générique de la « participation » et des droits participatifs dans la CIDE²⁸. Il implique qu'un enfant qui est capable de former ses propres

²² E. VERHELLEN, préc., note 9.

²³ J. TOBIN, préc., note 16.

²⁴ E. VERHELLEN, préc., note 9, aux p. 51-52 ; Bruno VANOBBERGEN, « Children's Rights and Childhood Studies: From Living Apart Together to a Happy Marriage », dans Wouter VANDENHOLE, Didier REYNAERT, Ellen DESMET et Sara LEMBRECHTS (dir.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London, Routledge, 2015, p. 60.

²⁵ Kay TISDALL, « Children and Young People's Participation : A Critical Consideration of Article 12 », dans Wouter VANDENHOLE, Didier REYNAERT, Ellen DESMET et Sara LEMBRECHTS (dir.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, London, Routledge, 2015, p. 185.

²⁶ K. HANSON, préc., note 10, à la p. 74.

²⁷ D. REYNAERT, E. DESMET, S. LEMBRECHTS et W. VANDENHOLE, préc., note 10, à la p. 3.

²⁸ L. LUNDY, préc., note 1 ; A. PARKES, préc., note 1.

opinions a le droit de s'exprimer librement sur toute question l'intéressant (article 12(1) de la CIDE). De plus, la CIDE précise qu'il doit pouvoir être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative qui le concerne (article 12(2) de la CIDE). Les points de vue et les opinions de l'enfant doivent être dûment pris en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (article 12(1) de la CIDE). En ce sens, le développement de ses capacités doit être pris en compte dans l'exercice de ses droits (article 5 de la CIDE). Ces dispositions impliquent un équilibre à atteindre : d'un côté, on doit traiter les enfants comme des sujets de droit autonomes qui ont la capacité d'exercer leurs droits, et de l'autre, les enfants ont toujours besoin d'être protégés en raison de leur développement en cours et de leur immaturité²⁹. Cette nature dynamique du droit de l'enfant d'être entendu a poussé le Comité de la CIDE en 2009 à recommander aux États partis de ne pas fixer d'âge limite pour l'exercice de ce droit (paragraphe 21). Idéalement, une évaluation individuelle doit se faire pour déterminer si l'enfant est capable d'exprimer ses opinions dans chaque cas³⁰. Plus précisément, afin que les enfants réfugiés et migrants puissent jouir du droit à la participation aux procédures d'asile, les États doivent rendre accessible la procédure à tous les enfants d'une manière adaptée, en tenant dûment compte de leur âge et de l'évolution de leurs capacités³¹. Ils devraient avoir le droit d'exprimer leurs opinions sur tous les aspects des procédures d'immigration et d'asile (y compris les décisions sur les

²⁹ Gerison LANSDOWN, Shane R. JIMERSON et Reza SHAHROOZI, « Children's Rights and School Psychology : Children's Right to Participation », (2014) 52 *J. School Psychology* 3 ; Sheila VARADAN, « The Principle of Evolving Capacities under the UN Convention on the Rights of the Child », (2019) 27 *Intl J. Child Rts* 306.

³⁰ Gerison LANSDOWN (dir.), *The evolving capacities of the child*, Geneva, UNICEF Innocenti Research Centre, 2005 ; Karen J. SAYWITZ, Lorinda B. CAMPARO et Anna ROMANOFF, « Interviewing Children in Custody Cases : Implications of Research and Policy for Practice », (2010) 28-4 *Behav Sci & L.* 542 ; Annemarieke BEIJER et Ton LIEFAARD, « A Bermuda Triangle ? Balancing Protection, Participation and Proof in Criminal Proceedings Affecting Child Victims and Witnesses », (2011) 7 *Utrecht L. Rev.* 70.

³¹ UNCMW & UNCRC, *Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families and No. 22 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration*, UN Doc CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 16 novembre 2017, par. 37.

soins, le refuge ou le statut de réfugié)³². De plus, les enfants doivent avoir l'occasion de présenter les raisons qui les ont menés à faire une demande d'asile, qu'elle soit déposée indépendamment ou par un parent³³. Le Comité de la CIDE prévoit également que « les enfants devraient d'être entendus indépendamment de leurs parents, et leurs circonstances individuelles doivent être incluses dans la considération des cas de la famille. »³⁴

Toutefois, chaque enfant a également le droit de ne pas exercer son droit d'être entendu, car c'est un choix et non pas une obligation³⁵. Le Comité de la CIDE explique que les parties doivent s'assurer que l'enfant reçoive toute l'information et les conseils nécessaires pour prendre une décision compatible avec son intérêt supérieur. Cette exigence fait partie de la deuxième composante essentielle du droit à la participation, soit le droit à l'information³⁶. Une exigence corrélatrice au droit d'être entendu est que l'opinion de l'enfant doit être prise en considération sérieusement³⁷ et que l'enfant doit être informé de la façon dont son opinion a été prise en compte dans le processus de décision³⁸. Ce retour doit assurer à l'enfant qu'il a non seulement été formellement entendu, mais que son opinion a été dûment prise en considération par l'autorité décisionnelle³⁹. Les enfants réfugiés et migrants doivent donc comprendre la procédure et ses conséquences, avoir accès à l'information adaptée à leur âge sur la réception, l'enregistrement ou la détermination du statut de réfugié et d'apatridie et

³² *Id.* ; voir aussi *Convention on the Rights of the Child*, UNGA Res 44/25, 20 November 1989 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990), art. 12(2).

³³ UNCRC, *General Comment No. 12 : The Right of the Child to be Heard*, 51st Sess, UN Doc CRC/C/GC/12, 20 juillet 2009, par. 123.

³⁴ UNCMW & UNCRC, préc., note 31, par. 37.

³⁵ UNCRC, préc., note 33, par. 16.

³⁶ *Id.* ; UNCRC, *General Comment No.6 : Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin* 39th Sess. UN Doc CRC/GC/2005/6, 1^{er} septembre 2005, par. 25.

³⁷ UNCRC, préc., note 33, par. 28.

³⁸ *Id.*, par. 45 ; voir aussi Council of Europe, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, official publication (2010), IV, A, par. 1(g) ; Council of Europe, *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice*, Explanatory memorandum (2010) IV, A, par. 55.

³⁹ UNCRC, préc., note 33, par. 45 ; voir aussi UNCRC, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, par. 1), UN Doc CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, par. 6.

d'autres procédures et services, et les décisions doivent être communiquées aux enfants dans un langage et d'une manière qu'ils comprennent⁴⁰. Enfin, ils doivent être informés sur les décisions «en personne, en présence de leur tuteur, un représentant légal et/ou une autre personne légalement responsable, dans un environnement favorable et rassurant.»⁴¹ Cette exigence est particulièrement importante lorsqu'une décision va à l'encontre de la volonté de l'enfant⁴². Dans le cas d'une décision d'asile négative, un soin particulier est ainsi accordé dans la communication de la décision en expliquant à l'enfant quelles sont les étapes suivantes qu'il peut entreprendre dans la procédure⁴³.

Un enfant doit d'être entendu dans un environnement qui lui permet de donner son opinion librement. Cela veut dire que l'environnement ne doit pas être intimidant, hostile ou autrement inapproprié et doit être adapté à son âge⁴⁴. En particulier, le Comité de la CIDE prévoit que les enfants soient entendus en salle d'audience à huis clos, une mesure qui sert également à protéger leur vie privée. Le Comité recommande également que des ajustements soient faits à l'aménagement de la salle d'audience, aux vêtements des magistrats et des avocats, ainsi qu'aux salles d'attente pour les enfants⁴⁵. Dans tous les cas, les entretiens doivent avoir lieu dans un environnement convivial et accessible pour que les enfants se sentent en sécurité⁴⁶. Ils doivent aussi être menés par un professionnel formé pour communiquer avec les enfants⁴⁷.

⁴⁰ UNHCR, United Nations High Commissioner for Refugees, *A Framework for the Protection of Children*, (2012), en ligne : < <https://www.unhcr.org/50f6cf0b9.pdf> >.

⁴¹ UNHCR, *Guidelines on international protection : Child Asylum claims under Articles 1 (A) and 1 (F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Statutes of Refugees*, UNHCR HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009, par. 77.

⁴² Pernilla LEVINER, «Child Participation in the Swedish Child Protection System», (2018) 26 *Intl J. Child Rts* 136; voir aussi Floor A.M. MINKHORST, Cilia WITTERMAN, Anne CARIEN KOOPMANS et Nickie LOHMAN (dir.), «Decision Making in Dutch Child Welfare: Child's Wishes about Reunification after Out-of-Home Placement», (2016) 46 *British J. Social Work* 169.

⁴³ UNHCR, préc., note 40, par. 77.

⁴⁴ UNCRC, préc., note 33, par. 23, 34, 60.

⁴⁵ *Id.*, par. 34; Council of Europe, préc., note 38, IV D, par. 54-63.

⁴⁶ UNHCR préc., note 40, par. 72.

⁴⁷ UNCMW & UNCRC, préc., note 31, par. 17(c).

C. La participation des enfants d'un point de vue sociologique empirique

Le dernier point de vue abordé ici est le point de vue sociologique empirique sur la participation des enfants. L'élaboration juridique de la participation a été influencée par les interprétations théoriques et sociologiques de ce concept. Les définitions de celui-ci varient fortement, intégrant à la fois des éléments individuels et collectifs. Par exemple, certains définissent la participation comme un processus tandis que d'autres la comprennent comme une fin en soi ou un moyen d'atteindre d'autres fins. L'idée que la participation d'un enfant impacte les décisions prises est un exemple de l'interprétation de cette dernière⁴⁸. Plusieurs chercheurs ont développé des typologies de la participation, soulignant différents niveaux d'implication dans la prise de décision (dans des contextes divers tels que la prise de décision publique, l'éducation, les soins de santé, l'environnement familial et les procédures judiciaires)⁴⁹. Cette section discute de la réalité empirique de la participation des enfants dans les procédures juridiques.

La participation est souvent préconisée « comme une bonne chose en soi »⁵⁰; elle améliore la prise de décision, favorise la protection des enfants, augmente leurs capacités, les responsabilise et accroît leur estime de soi et leur sentiment de contrôle⁵¹. Les enfants eux-mêmes disent également

⁴⁸ N. THOMAS, préc., note 1; Karin HERBOTS et Johan PUT, «The Participation Disc : A Concept Analysis of (a) Child ('s Right to) Participation », (2015) 23 *Intl J. Child Rts* 154; K. TISDALL, préc., note 25.

⁴⁹ Voir Rodger A. HART, *Children's Participation. From Tokenism to Citizenship*, Florence, UNICEF, 1992; voir aussi S.R. ARNSTEIN, «A Ladder of Citizenship Participation », (1969) 35-4 *J. American Institute* (RA Hart s'est inspirée de l'échelle de participation citoyenne conçu par Arnstein); L. LUNDY, préc., note 1; L. LUNDY, préc., note 4. Pour plus d'informations, voir Daisy J.H. SMEETS et Stephanie E. RAP, «Child Participation from a Pedagogical/Psychological Perspective », dans W. SCHRAMA et al., (dir.), *International Handbook on Child Participation in Family Law*, Antwerp, Intersentia, [à paraître en 2020]; Stephanie E. RAP, «The Participation of Children in Asylum Procedures », dans Mark KLAASSEN, Stephanie RAP, Peter RODRIGUES et Ton LIEFAARD (dir.), *Safeguarding Children's Rights in Immigration Law*, Antwerp, Intersentia, 2020, p. 17.

⁵⁰ K. TISDALL, préc., note 25, à la p. 194.

⁵¹ Ruth SINCLAIR, «Participation in Practice: Making it Meaningful, Effective and Sustainable », (2004) 18-2 *Children and Society* 106; Svein A. Vis, Astrid STRANDBU, Amy HOLTAN et Nigel THOMAS, «Participation and Health – a Research Review of

qu'ils apprécient être entendus – directement plutôt que par le biais d'un représentant – pour les décisions importantes les intéressant⁵². En revanche, ils ont l'impression de perdre leur autonomie lorsqu'ils ne sont pas entendus⁵³. La recherche montre en effet que ceux qui n'ont pas été entendus se sentent désespérés, frustrés, comme s'ils perdaient le contrôle de la situation⁵⁴. De plus, les enfants considèrent leur contribution comme plus importante, se sentent traités plus équitablement et respectent les décisions plus facilement lorsqu'ils participent au processus de prise de décision⁵⁵. Cette implication dans la décision peut en effet les aider à la comprendre et à mieux l'accepter⁵⁶. C'est également le cas lorsque la décision va à l'en-

Child Participation in Planning and Decision-Making», (2011) 16 *Child & Family Social Work* 325; Robyn FITZGERALD, Anne GRAHAM, Anne SMITH et Nicola TAYLOR, «Children's Participation as a Struggle Over Recognition», dans Barry PERCY-SMITH et Nigel THOMAS (dir.), *A Handbook of Children and Young People's Participation: Perspectives from Theory and Practice*, Oxon, New York, Routledge, 2009; T. M. COLLINS, préc., note 4; K. J. SAYWITZ, L. B. CAMPARO et A. ROMANOFF, préc., note 30.

⁵² Judy CASHMORE et Patrick PARKINSON, «What Responsibilities do Courts Have to Hear Children's Voices?», (2007) 15 *Intl J. Child Rts* 43; Ursula KILKELLY, *Listening to children about justice: Report of the Council of Europe consultation with children on child-friendly justice*, Strasbourg, Council of Europe, 2010; K. J. SAYWITZ, L. B. CAMPARO et A. ROMANOFF, préc., note 30; Kim VAN HOORDE et al., *Bouncing Back. The wellbeing of children in international child abduction cases*, Antwerp, University of Antwerp, 2018.

⁵³ Caroline LEESON, «My Life in Care: Experiences of Non-Participation in Decision-Making Processes», (2007) 12 *Child & Family Social Work* 268.

⁵⁴ Sharon BESSELL, «Participation in Decision-Making in Out-of Home Care in Australia: What do Young People Say?», (2011) 33 *Children and Youth Services Rev.* 496; Vivienne BARNES, «Social Work and Advocacy with Young People: Rights and Care in Practice», (2012) 42-7 *British J. of Social Work* 1275; Karen WINTER, «The Perspectives of Young Children in Care About Their Circumstances and Implications for Social Work Practice», (2010) 15 *Child & Family Social Work* 186.

⁵⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, *Child-Friendly Justice: Perspectives and Experiences of Children Involved in Judicial Proceedings as Victims, Witnesses or Parties in Nine EU Member States*, (2017), en ligne: <ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/fra-2017-child-friendly-justice-children-s-perspective_en.pdf>; Judy CASHMORE, «Promoting the Participation of Children and Young People in Care», (2002) 26 *Child Abuse & Neglect* 845.

⁵⁶ T. M. COLLINS, préc., note 4; Gillian SCHOFIELD, «The Voice of the Child in Family Placement Decision-Making: A Developmental Model», (2005) 29 *Adoption and Fostering* 29; Ganna G. VAN BIEVELD, Christine W. M. DEDDING et Joske F.G.

contre de leur volonté⁵⁷. Lorsque les enfants comprennent mieux une procédure juridique, ils ont aussi une opinion plus favorable de son déroulement et du comportement des professionnels⁵⁸. Cependant, l'utilisation des termes juridiques peut être intimidante pour les enfants et diminuer leur volonté de participer à cette procédure⁵⁹. D'ailleurs, il y a souvent confusion quant à savoir qui est responsable de fournir des informations à l'enfant ainsi que quand et comment ceci doit se faire⁶⁰.

Certaines études montrent que les professionnels peuvent avoir des opinions paternalistes sur la participation des enfants ; en effet, certains pensent que les enfants n'ont pas les aptitudes ni les compétences nécessaires et qu'ils devraient plutôt être protégés contre la participation⁶¹. D'autres la considèrent comme une expérience trop stressante pour les enfants⁶². Pourtant, bien que les enfants puissent éprouver du stress lorsqu'ils participent à une procédure juridique, celui-ci semble souvent lié au manque de connaissances de la procédure et de ce à quoi ils peuvent s'attendre⁶³. En ce sens, la recherche montre que le stress n'est pas un obstacle à la participation des enfants. Au contraire, comme expliqué

BUNDERS-AELEN, «Children's and Young People's Participation Within Child Welfare and Child Protection Services: a State-of-the-Art Review», (2015) 20 *Child and Family Social Work* 129.

⁵⁷ Voir aussi K.J. SAYWITZ, L.B. CAMPARO et A. ROMANOFF, préc., note 30.

⁵⁸ Stephanie D. BLOCK, Howard ORAN, Diane ORAN, Nikki BAUMRIND et Gail S. GOODMAN, «Abused and Neglected Children in Court: Knowledge and Attitudes», (2010) 34 *Child Abuse & Neglect* 659; European Union Agency for Fundamental Rights, préc., note 55.

⁵⁹ Mijntje D. TEN BRUMMELAAR, Annemiek T. HARDER, Margrite E. KALVERBOER, Wendy J. POST et Erik J. KNORTH, «Participation of Youth in Decision-Making Procedures During Residential Care: A Narrative Review», (2018) 23 *Child & Family Social Work*, 33.

⁶⁰ Stephanie E. RAP, Denise S. VERKROOST et Marielle R. BRUNING, «Children's Participation in Dutch Youth Care Practice: an Exploratory Study into the Opportunities for Child Participation in Youth Care from Professionals' Perspective», (2018) *Child Care in Practice* 1.

⁶¹ Van BIJLEVELD, W.M. DEDDING et J. F.G. BUNDERS-AELEN, préc., note 56.

⁶² *Id.*

⁶³ Rebecca NATHANSON et Karen J. SAYWITZ, «Preparing Children for Court: Effects of a Model Court Education Program on Children's Anticipatory Anxiety», (2015) 33 *Behav Sci. & L.* 459; Daisy J.H. SMEETS *et al.*, «Praktijkonderzoek naar ervaringen met de civiele procespositie van minderjarigen», dans Marielle R. BRUNING *et*

ci-dessus, les enfants valorisent beaucoup leur participation⁶⁴. Certains critiquent par ailleurs le droit de participer en affirmant qu'il s'agit d'une construction occidentale qui n'est pas compatible avec les cultures traditionnelles non occidentales. Au contraire, Ruck, Keating, Saewyc, Earls et Ben-Arieh notent qu'un nombre grandissant de preuves empiriques montre que les jeunes d'origines culturelles différentes approuvent les droits participatifs et qu'une restriction de ceux-ci est associée à des effets négatifs sur la santé psychologique et l'adaptation⁶⁵.

Malgré tout, les enfants ne se sentent pas toujours en mesure de participer aux procédures juridiques. Ainsi, ils ont parfois l'impression de n'être pas suffisamment informés pour participer et comprendre leurs droits et les procédures⁶⁶. Certains ne se sentent notamment pas assez protégés, en particulier ceux qui ont subi des comportements antipathiques et irrespectueux de la part des professionnels, des avocats de la défense, des magistrats et des agents de police lorsqu'ils partageaient leurs expériences⁶⁷.

D. La participation aux procédures d'asile

Les enfants et les familles qui font une demande d'asile dans un pays d'accueil se retrouvent souvent dans une position vulnérable, après avoir migré vers un pays étranger et souvent éprouvé un stress traumatique et des problèmes émotionnels⁶⁸. Les individus peuvent même vivre leur participation dans des procédures d'asile, qui sont souvent très longues, comme

al., (dir.), *Kind in proces : van communicatie naar effectieve participatie*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2020, p. 161.

⁶⁴ Margaret BELL, «Promoting Children's Rights Through the Use of Relationship», (2002) 7 *Child & Family Social Work* 1 ; J. CASHMORE et P. PARKINSON, préc., note 52 ; G.G. Van BIJLEVELD, W.M. DEDDING et J. F.G. BUNDERS-AELEN, préc., note 56 ; Vicky WEISZ, Twila WINGROVE, Sarah J. BEAL et April FAITH-SLAKER, «Children's Participation in Foster Care Hearings», (2011) 35-4 *Child Abuse & Neglect* 267.

⁶⁵ Michael D. RUCK, Daniel KEATING, Elizabeth M. SAEWYC, Felton EARLS et Asher BEN-ARIEH, «The United Nations Convention on the Rights of the Child : Its Relevance for Adolescents», (2014) 26-1 *J. of Research on Adolescence* 16, 24.

⁶⁶ U. KILKELLY, préc., note 52 ; K. VAN HOORDE *et al.*, préc., note 52.

⁶⁷ European Union Agency for Fundamental Rights, préc., note 55.

⁶⁸ Carla VAN OS, *Best Interests of the Child Assessments for recently arrived refugee children. Behavioural and children's rights perspectives on decision-making in migration law*, thèse de doctorat, Universiteit van Groningen, 2018.

des événements traumatisants en soi⁶⁹. De plus, l'incertitude quant au statut d'immigration peut devenir un lourd fardeau émotionnel pour les enfants⁷⁰. Les procédures d'asile sont principalement conçues pour les adultes et ne sont pas adaptées à la compréhension ni aux besoins des enfants⁷¹. D'ailleurs, beaucoup d'entre eux n'ont pas accès à l'information au sujet des autorités, des procédures et de l'accès aux droits et services avant leur voyage dans le pays d'accueil⁷². Dès leur arrivée, certains enfants disent qu'ils sont bouleversés et ne sont pas capables de retenir l'information. D'autres ne reçoivent aucune information adéquate et n'ont pas l'impression de faire partie de la procédure⁷³.

Même si les enfants ont le droit de participer aux procédures d'asile, la recherche atteste qu'il est particulièrement compliqué pour eux de se faire entendre d'une manière efficace et judicieuse⁷⁴. Plusieurs études montrent qu'ils peuvent subir des techniques d'interrogation hostiles, se sentir attaqués et intimidés, et que les questions sont parfois posées pour exposer

⁶⁹ Leila DARMANAKI FARAHANI et Graham L. BRADLEY, «The Role of Psychosocial Resources in the Adjustment of Migrant Adolescents», (2018) 12 *J. of the Pacific Rim Psychology* 1; E. CHASE, préc., note 5; Werkgroep Kind in azc/COA/Avance, *Leefomstandigheden van kinderen in asielzoekerscentra en gezinslocaties. Rapportage I: Conclusies en Aanbevelingen*, La Haye, Werkgroep kind in azc, 2018.

⁷⁰ Elaine CHASE, «Agency and Silence: Young People Seeking Asylum Alone in the UK», (2010) 40 *British J. of Social Work* 2050, 2065; Ravi K.S. KOHLI, «The Sound of Silence: Listening to What Unaccompanied Asylum-Seeking Children Say and Do Not Say», (2006) 36 *British J. of Social Work* 707; Margriet E. KALVERBOER, Elianne ZIJLSTRA et Erik J. KNORTH, «The Developmental Consequences for Asylum-Seeking Children Living with the Prospect for Five years or More of Enforced Return to their Home Country», (2009) 11 *Eur. J. Migr & L.* 41.

⁷¹ C. SMYTH, préc., note 5; Katie MANNION, *Child Migration Matters. Children and young people's experiences of migration*, Dublin, Immigrant Council of Ireland, 2016; Naomi KENNAN et Ursula KILKELLY, *Children's involvement in criminal, civil and administrative judicial proceedings in the 28 Member States of the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015; H. STALFORD, préc., note 5.

⁷² Voir Karin KLOOSTERBOER (dir.), *Kind in het centrum. Kinderrechten in asielzoekerscentra*, the Hague, UNICEF, 2009; Stefan KOK (dir.), *Kind en mensenhandel in het vreemdelingenrecht*, Leiden, Universiteit Leiden, 2015.

⁷³ Kristina MARKU, «Child-Friendly Information for Children in Migration: What Do Children Think?», *Council of Europe* (2018), en ligne : <edoc.coe.int/en/migration/7999-child-friendly-information-for-children-in-migration-what-do-children-think.html>; voir aussi E. CHASE, préc., note 70.

⁷⁴ R. K.S. KOHLI, préc., note 70.

les incohérences et remettre en question la crédibilité de l'histoire de l'enfant⁷⁵. Souvent, les agents de l'immigration n'ont pas les compétences nécessaires pour communiquer avec les enfants⁷⁶; les jeunes migrants sont méfiants à l'égard des travailleurs sociaux et des autres représentants du système d'asile. De plus, ils peuvent tenter de cacher des souvenirs pénibles lorsqu'ils partagent leurs histoires⁷⁷. Parmi les enfants non accompagnés aux Pays-Bas, les membres de leur famille (à l'étranger) et leurs pairs sont habituellement vus comme des personnes de confiance. Beaucoup d'enfants n'ont pas de telles personnes de confiance dans leur pays d'accueil⁷⁸. Certains universitaires affirment que la nature contradictoire des procédures d'asile ainsi que le rôle important que jouent le témoignage et les preuves de l'enfant pour étayer la demande d'asile empêchent la mise en œuvre du droit de l'enfant⁷⁹. En général, les pouvoirs sont en effet en déséquilibre dans ces procédures, car le demandeur d'asile porte le fardeau de la preuve⁸⁰. Aussi, les parents ou les passeurs peuvent demander aux enfants non accompagnés de raconter une histoire parfois fictive aux autorités afin d'augmenter leurs chances de pouvoir rester au pays⁸¹. Les services d'immigration ont la tâche de décortiquer ces « histoires douteuses » pour savoir ce qui s'est vraiment passé. Par ailleurs, en

⁷⁵ H. STALFORD, préc., note 5 ; Lisa SHAMSELDIN, « Implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 in the Care and Protection of Unaccompanied Asylum Seeking Children: Findings from Empirical Research in England, Ireland and Sweden », (2012) 20 *Intl J. Child Rts* 90 ; Daniel HEDLUND, « Constructions of Credibility in Decisions Concerning Unaccompanied Minors », (2017) 13-2 *Intl J. of Migration, Health & Social Care* 157 ; Loes H.M. VAN WILLIGEN, *Verslag van de quick scan van 'het kind in het asielbeleid' in de praktijk. Een inventarisatie van knelpunten ten aanzien van de waarborging van een zo ongestoord mogelijke ontplooiing en ontwikkeling van kinderen die naar Nederland zijn gekomen om asiel te verkrijgen*, Amsterdam, 2003 ; Nienke DOORNBOS, *Op verhaal komen. Institutionele communicatie in de asielprocedure*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2006.

⁷⁶ L. H.M. VAN WILLIGEN, préc., note 75 ; N. DOORNBOS, préc., note 75.

⁷⁷ R. K. S. KOHLI, préc., note 70 ; E. CHASE, préc., note 70.

⁷⁸ Margrite KALVERBOER, Elianne ZIJLSTRA, Carla VAN OS, Daniëlle ZEVULUN, Mijntje TEN BRUMMELAAR et Daan BELTMAN, « Unaccompanied Minors in the Netherlands and the Care facility in Which They Flourish Best », (2016) *Child & Family Social Work* 1 ; Werkgroep kind in azc/COA/Avance, préc., note 69.

⁷⁹ Voir aussi L. SHAMSELDIN, préc., note 75.

⁸⁰ Julia DAHLVIK, « Asylum as Construction Work: Theorizing Administrative Practices », (2017) 5-3 *Migration Studies* 369 ; A. LUNDBERG et J. LIND, préc., note 8.

⁸¹ R. K.S. KOHLI, préc., note 70.

pratique, les enfants accompagnés qui déposent une demande d'asile avec leurs parents ne sont pas toujours automatiquement entendus dans la procédure d'asile. C'est le cas même si les normes internationales recommandent que les services d'immigration les entendent individuellement⁸². Ainsi, les enfants accompagnés ne sont pas non plus toujours informés de la procédure⁸³. Les services d'immigration affirment parfois que ce sont les parents qui sont responsables d'informer leurs enfants sur la procédure d'asile⁸⁴. De plus, les demandes d'asile individuelles déposées par les enfants accompagnés sont souvent négligées par les services de l'immigration. Certains disent que ces enfants sont gravement désavantagés puisqu'« ils ne sont pas assez adultes pour que leurs demandes d'asile soient considérées et en même temps, ils ne sont pas assez jeunes pour mériter d'être traités comme des détenteurs de droits d'enfants. »⁸⁵ L'étude d'Anna Lundberg sur la procédure d'asile en Suède montre également que les agents de l'immigration sont réticents à parler aux enfants en raison des incohérences potentielles entre les histoires des parents et des enfants. Ils craignent que ces derniers soient blâmés par d'autres membres de la famille si la demande est rejetée⁸⁶.

⁸² UNCMW & UNCRC, préc., note 31, par. 37 ; Marcelle A. RENEMAN (dir.), *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, Oxford, Hart Publishing, 2014 ; J. POBJOY, préc., note 5.

⁸³ ENOC Taskforce children on the move (dir.), *Safety and fundamental rights at stake for children on the move*, de Kinderombudsman/Barnombudsmannen, 2016 ; Ann-Christin CEDERBORG, « Children's Right to be Heard from their Unique Perspectives », dans Said MAHMOUDI, Pernilla LEVINER, Anna KALDAL et Katrin LAINPELTO (dir.), *Child-Friendly Justice : A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, p. 73 ; M. E. CROCK, préc., note 5 ; G. LANS-DOWN, préc., note 30 ; Lisa OTTOSSON et Anna LUNDBERG, « People Out of Place : Advocates' Negotiations on Children's Participation in the Asylum Application Process in Sweden », (2013) 27 *Intl J.L. Pol'y & Fam* 266.

⁸⁴ Werkgroep Kind in azc/COA/Avance, préc., note 69.

⁸⁵ A. LUNDBERG et J. LIND, préc., note 8, 205 ; voir aussi Anna LUNDBERG, « The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases : The Marginalization of Children's Rights », (2011) 3-1 *J. of Human Rights Practice* 49 ; Hilde LIDÉN et Hilde RUSTEN, « Asylum, Participation, and the Best Interests of the Child : New Lessons from Norway », (2007) 21 *Children and Society* 273 ; L. OTTOSSON et A. Lundberg, préc., note 83.

⁸⁶ A. LUNDBERG, préc., note 85.

II. Méthodologie

Ce chapitre présente les résultats d'une étude menée sur une période de trois ans au sujet de l'efficacité de la participation des enfants réfugiés et migrants à la procédure d'asile néerlandaise⁸⁷. Cette recherche consiste en une étude qualitative et exploratoire sur le rôle et la position des enfants non accompagnés et séparés ainsi que les enfants accompagnés dans la procédure de demande d'asile aux Pays-Bas⁸⁸. Entre mars 2018 et octobre 2019, des entretiens approfondis semi-structurés ont été menés auprès de 42 répondants. Ces derniers ont été sélectionnés au moyen d'échantillonnage ciblé; p. ex. les employés d'une organisation qui participe à la procédure d'asile et dont le travail concerne spécifiquement les enfants accompagnés et non accompagnés, soit comme responsables des politiques ou comme praticiens sur le terrain (voir Tableau 1). Le Service de l'immigration et de la naturalisation aux Pays-Bas (IND), l'Office central d'accueil des demandeurs d'asile aux Pays-Bas (COA), l'Organisme de tutelle aux Pays-Bas (NIDOS), l'Association néerlandaise d'action en faveur des réfugiés (DCR) et le Conseil de la magistrature ont accepté de coopérer à cette recherche et ont fourni les coordonnées des répondants qui ont participé à cette étude.

Table 1 : Nombre et origines des répondants

Organisation	Fonction	Nombre
Ministère de la Justice	Responsable principal des politiques	1
Le Service de l'immigration et de la naturalisation aux Pays-Bas [IND]	Conseiller principal, Asile et Protection	1

⁸⁷ Cette étude a été subventionnée par le Dutch Research Council (DCR) avec une subvention NWO-VENI No. 451-17-007 4135.

⁸⁸ Voir aussi Stephanie E. RAP, «The Right to Information of (Un)Accompanied Refugee Children: Improving Refugee Children's Legal Position, Fundamental Rights' Implementation and Emotional Well-being in the Netherlands», (2020) *Intl J. Child Rts* 28; Stephanie E. RAP, «The Right to Effective Participation of Refugee and Migrant Children: A Critical Children's Rights Perspective», *United Nations University Institute on Comparative Regional Integration Studies* (2019), en ligne: <cris.unu.edu/right-effective-participation-refugee-and-migrant-children-critical-children%E2%80%99s-rights-perspective>.

	Responsable des entretiens et de la prise de décision	7
L'Office central d'accueil des demandeurs d'asile aux Pays-Bas [COA]	Directeur des sites	2
L'Organisme de tutelle aux Pays-Bas [NIDOS]	Responsable des politiques	2
	Tuteur	5
Le Conseil de la magistrature [DCR]	Responsable des politiques	2
	Directeur de projet	9
Représentation juridique	Avocat	9
Système judiciaire	Juge de l'immigration	1
	Ancien Juge de l'immigration	1
Organisation des droits de l'enfant	Responsable des politiques	2
<i>Total</i>		42

Avant de commencer l'entretien, chaque participant a donné son consentement écrit. L'approbation éthique a été délivrée par le Committee Ethics and Data of Leiden Law School. Les entretiens ont été menés à l'aide d'une liste de sujets préparée par l'auteure et basée sur la littérature existante et le cadre international des droits de l'enfant relatifs à la participation et à l'information. Il s'agissait notamment de comprendre comment, quand, qui et par quelles méthodes leur fournit-on l'information, quelles limites d'âge sont appliquées pour entendre les enfants, comment les répondants évaluent les connaissances et la compréhension des enfants, ce que la participation implique selon eux, comment la décision de la procédure est expliquée à l'enfant et la collaboration avec d'autres acteurs professionnels. Les entretiens ont duré entre 39 et 101 minutes, avec une moyenne de 61 minutes. Ils ont eu lieu dans des bureaux de plusieurs organisations ou dans un espace public comme un café. Ils ont fait l'objet d'un enregistrement audio et ont été retranscrits mot à mot. Pour ceux qui le souhaitaient, la transcription leur a été envoyée pour évaluation, avec la publication de ce chapitre.

En termes d'analyse de données, les transcriptions étaient encodées à l'aide de NVivo, en utilisant un système de codes conçu par l'auteure.

Étant donné la nature exploratoire de l'étude, le but de l'encodage était de repérer des tendances émergentes dans les données. Tout au long de la section des résultats de cette recherche, des citations directes illustratives des interviews sont incluses, traduites par l'auteure du néerlandais au français. En raison de sa nature exploratoire ciblant une étude de cas du droit de l'enfant de participer à la procédure d'asile néerlandaise, l'étude n'a pas comme objectif de réaliser un échantillon représentatif des répondants. Cela signifie que les résultats ne peuvent pas être généralisés à une population plus large de professionnels actifs dans ce domaine. Ils donnent plutôt une première impression de la façon dont le droit à la participation des enfants est mis en œuvre dans les procédures d'asile. Il est à noter que les résultats livrent seulement les perspectives des adultes actifs dans le processus d'asile et non pas celles des enfants eux-mêmes.

III. Les perspectives des professionnels sur la participation des enfants réfugiés et migrants

Les résultats de cette étude sont axés sur deux thèmes généraux : le droit à l'information et le droit à la participation. La première sous-section étudie les opinions des professionnels sur la mise à disposition des informations aux enfants dans la procédure d'asile et le niveau de préparation de ces derniers. La deuxième sous-section étudie les opinions des professionnels sur la participation, l'âge, la maturité et la crédibilité, ainsi que la participation des enfants accompagnés à la procédure et l'explication de la décision.

A. Le droit à l'information

1. La mise à disposition des informations dans la procédure d'asile

Au moment de la rédaction du présent chapitre, la procédure d'asile néerlandaise comportait trois entretiens avec le Service de l'immigration et de la naturalisation aux Pays-Bas : l'enregistrement, le premier entretien et le deuxième entretien⁸⁹. Lorsqu'un mineur non accompagné ou séparé arrive aux Pays-Bas et a été rapporté à l'IND, il est immédiatement placé sous la supervision d'un tuteur⁹⁰. Ensuite, un avocat lui est attribué

⁸⁹ *Aliens Circular 2000 (C)*, Pays-Bas, par. 2.3-2.4.

⁹⁰ *Aliens Decree*, le 23 novembre 2000, Pays-Bas, art. 3.109d(1).

qui doit le préparer pour son premier entretien⁹¹. Celui-ci sert à vérifier les origines de l'enfant ; les services de l'immigration posent seulement des questions concernant les données personnelles de l'enfant, l'appartenance religieuse, l'ethnicité, sa dernière adresse dans son pays d'origine et la composition de sa famille⁹². Le deuxième entretien porte sur l'histoire d'asile et les motifs de sa demande. Le tuteur légal et l'avocat doivent être autorisés à assister au deuxième entretien pour avoir l'occasion de poser des questions et/ou faire des remarques à la fin⁹³. En pratique, chaque entretien est mené par des agents de l'immigration différents, et c'est un agent qui n'a pas participé aux entretiens qui prendra la décision finale d'approuver ou de rejeter la demande l'asile. Puisqu'il ne s'agit pas d'une procédure standardisée, il se peut néanmoins que des agents participent à plusieurs étapes de la procédure.

Dès le début de la procédure d'asile, le tuteur est le premier point de contact pour les mineurs non accompagnés. À l'enregistrement, les services de l'immigration fournissent deux dépliants d'information aux enfants : un concernant les procédures avant qu'il ne fasse officiellement sa demande d'asile (p. ex. l'enregistrement, l'évaluation de l'âge, la réception, l'aide juridique) et un concernant la demande d'asile comme telle (p. ex. les organisations participantes, la procédure de huit jours et ce qui se passe après la procédure)⁹⁴. L'avocat est seulement désigné plus tard, soit quelques semaines avant le premier entretien⁹⁵. Lorsque l'enfant vit au centre d'accueil, il peut aussi recevoir des renseignements du DCR⁹⁶. Le DCR a la tâche de fournir des informations légales et procédurales aux enfants, tan-

⁹¹ Voir CE, *Directive 2013/32/EU du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte)* [2013] OJ L 180/60, art. 25(1).

⁹² *Aliens Circular 2000 (C)*, Pays-Bas, par. 2.11.

⁹³ *Aliens Decree*, le 23 novembre 2000, Pays-Bas, art. 3.109d (4-5).

⁹⁴ Immigratie- en Naturalisatiedienst : Ministrie van Justitie en Veiligheid, *Before your asylum procedure begins*, (Mai 2018), en ligne : <https://ind.nl/Documents/RVT_AMV_Engels.pdf>; Immigratie- en Naturalisatiedienst : Ministrie van Justitie en Veiligheid, *Your application for asylum : Information about the Asylum Procedure*, (Mai 2018), en ligne : <ind.nl/Documents/AA_AMV_Engels.pdf>.

⁹⁵ En raison des délais d'attentes, la période entre l'enregistrement et le premier entretien s'étend d'un mois à plus de six mois.

⁹⁶ Voir S. E. RAP, préc., note 88.

dis que le NIDOS est en mesure de leur apporter un soutien social et émotionnel. Les bénévoles du DCR préparent également les jeunes pour les entretiens en faisant une analyse de l'histoire de fuite qui peut être partagée avec l'avocat et le tuteur. Néanmoins, ces derniers soulignent qu'ils reçoivent ou utilisent rarement l'information recueillie par ces analyses. Les répondants aux centres de réception indiquent qu'ils n'ont pas la tâche de fournir des informations aux enfants. Ils vont toujours référer l'enfant à son tuteur qui, à son tour, peut contacter l'avocat ou le DCR. Les avocats et les tuteurs informent le jeune de l'importance de raconter une histoire cohérente et élaborée sur la fuite et les raisons sous-jacentes à sa demande d'asile à l'agent de l'immigration. Les répondants expliquent qu'ils travaillent avec des adolescents qui n'ont pas toujours envie de discuter, car ils pensent que leur demande d'asile va réussir. Deux des avocats participants précisent qu'ils font remarquer à l'enfant l'importance de raconter une histoire authentique. Ces avocats trouvent qu'il est contraire à l'éthique de conseiller à l'enfant de raconter une histoire incomplète ou d'en dire le moins possible en attendant que l'agent de l'immigration pose des questions. De plus, ces répondants croient généralement qu'il serait plus efficace de prendre plus de temps pour préparer le jeune avant le commencement de la procédure. Certains avocats disent qu'ils utilisent des dessins et des calendriers pour expliquer la procédure.

Les agents de l'immigration déclarent qu'ils se concentrent principalement à fournir des informations sur l'entretien en cours et son but. Ils présument que les enfants ont été préparés par l'avocat et le tuteur avant les entretiens, même si certains indiquent qu'ils font aux enfants des introductions plus élaborées que pour les demandeurs adultes. Ils donnent plus d'informations sur le but de l'entretien et les raisons derrière certaines questions :

Agent de l'immigration No. 5 : Oui, alors là, on explique aussi l'importance de l'histoire d'asile et pourquoi on pose toutes ces questions à ce sujet. Je veux que cela soit clair que je ne pose pas des questions pour piéger quelqu'un, mais pour compléter l'histoire pour que quand je me relis, je me dise « ah oui, je comprends maintenant ».

Du point de vue des services de l'immigration, l'entretien doit permettre de se faire une idée claire de l'histoire de la fuite et des motifs d'asile afin d'évaluer si le demandeur a droit à la protection comme réfugié (voir ci-dessous).

2. Le niveau de préparation

La plupart des répondants croient que les enfants sont suffisamment préparés pour les entretiens. Cependant, à quel point un enfant comprend vraiment l'information et l'impact de la procédure d'asile dépend de son âge et de son niveau de développement et d'éducation. Certains répondants indiquent que ce ne sont pas tous les avocats qui prennent la préparation suffisamment au sérieux. Un tuteur explique qu'il est important pour lui d'accompagner l'enfant au rendez-vous avec l'avocat pour être capable plus tard de compléter les informations fournies par l'avocat. Les représentants des organisations des droits de l'enfant sont très critiques quant au niveau de préparation, en affirmant qu'ils doutent que les enfants soient suffisamment préparés. Un avocat souligne à quel point l'environnement peut influencer un jeune :

Avocat No. 8 : J'ai remarqué que les instructions qu'on donne sont carrément oubliées le lendemain. Alors, même si les enfants sont bien préparés, il est encore très difficile pour eux de se rendre compte des conséquences de certaines déclarations et à quel point c'est délicat. Ils ressentent la pression des questions que l'agent de l'immigration leur pose et qu'ils doivent bien faire. Durant cette rencontre préparatoire, il n'est pas vraiment possible de faire remarquer l'importance de se sentir à l'aise, de poser des questions, de ne pas avoir peur de faire des erreurs et de dire qu'ils ne le savent pas quand ils ne le savent pas. Oui, ils peuvent être bien préparés, mais cela ne veut pas toujours dire qu'ils seront vraiment prêts à ce moment-là.

Un tuteur explique que certains jeunes perçoivent l'importance de l'entretien d'asile seulement lorsqu'ils arrivent aux services de l'immigration. C'est à ce moment-là qu'ils commencent à comprendre quels types de questions vont être posées et se rendent compte qu'ils ne sont pas tout à fait prêts.

B. Le droit à la participation

1. L'opinion des professionnels sur la participation

Dans les entretiens menés dans le cadre de cette recherche, on a demandé aux répondants s'ils croyaient que les enfants étaient capables de participer à la procédure d'asile et ce que leur participation impliquait. La plupart des répondants ont répondu initialement que les enfants doivent pouvoir raconter leur histoire dans la procédure et comprendre quel

est leur rôle dans celle-ci. Les agents de l'immigration affirment que le but d'entendre l'enfant est de déterminer quelles sont les raisons sous-jacentes à sa demande d'asile et de décider s'il a besoin d'être protégé en obtenant l'asile :

Agent de l'immigration No. 2 : Évidemment, bien sûr, pour savoir la raison de la demande d'asile. Et finalement pour moi, à la fin de la conversation, je veux être en mesure de décider s'ils ont besoin de protection, oui ou non. C'est bien sûr ce qui doit être clair à la fin de l'entretien pour la personne qui décide. Alors, oui, c'est pour ça qu'ils sont ici et c'est en fait le but de la conversation.

Les avocats et les tuteurs semblent avoir une opinion plus nuancée sur la participation des enfants, indiquant que ceux-ci ne participent pas d'une façon significative à la procédure d'asile. Alors qu'ils pensent que les enfants devraient être capables de faire la différence en racontant leur histoire, ces répondants doutent que ce soit possible en pratique. Ils indiquent également que les enfants eux-mêmes ne croient pas qu'on les écoute véritablement dans la procédure :

Tuteur No. 6 : [...] Et cela doit sembler très injuste pour un jeune. Il y a quelqu'un devant lui qui ne veut pas lui donner un permis de séjour parce que c'est leur sentiment. Mon tuteur souhaite probablement ce qu'il y a de mieux pour moi. Il n'y a pas de confiance à 100 %, mais celui en qui j'ai le plus confiance doit garder le silence. Et ceux en qui je n'ai pas confiance peuvent faire ce qu'ils veulent de moi.

La majorité des répondants indiquent par ailleurs que le niveau de participation dépend grandement de l'âge, du niveau d'éducation et du contexte culturel de l'enfant. En ce sens, certains disent que la participation est un concept occidental. Il est alors parfois très difficile de le mettre en œuvre dans la procédure d'asile puisque les enfants qui ont grandi dans d'autres cultures n'ont peut-être pas l'habitude de partager leur point de vue aux adultes. La plupart des agents de l'immigration indiquent qu'ils essaient alors de s'adapter à l'enfant. Ils expliquent le but de l'entretien pour mettre l'enfant à l'aise, bavardent avec lui avant de commencer, adaptent leur langage à son niveau de compréhension et prennent plus de pauses.

2. L'âge, la maturité et la crédibilité

L'âge de l'enfant peut influencer le poids que l'on doit accorder à ses opinions. Les avocats et les tuteurs ne trouvent pas que les services de l'im-

migration considèrent suffisamment le fait qu'ils ont affaire à un enfant. Ils notent que les autorités mettent trop l'accent sur la découverte de la vérité et l'évaluation de la crédibilité de l'histoire de l'enfant. Les avocats et les tuteurs considèrent également que les attentes sont trop élevées par rapport à la capacité de l'enfant d'expliquer son histoire de fuite et ses motifs d'asile en détail. Les enfants peuvent donner des réponses socialement désirables dans l'entretien avec l'agent de l'immigration. De plus, ils peuvent se faire demander des détails qu'ils ne connaissent peut-être pas ou dont ils ne se souviennent pas. Ces questions donnent aux enfants l'impression que l'agent de l'immigration ne les croit pas⁹⁷. Depuis que les avocats peuvent soumettre des corrections au rapport de l'entretien, ils jouent un rôle important dans la correction des incohérences que l'agent de l'immigration identifie dans l'histoire de l'enfant.

L'agent de l'immigration indique quant à lui qu'il doit évaluer la crédibilité de l'histoire de l'enfant et découvrir ce qui est vrai. Pour ce faire, il doit le questionner sur certains détails. Parfois, il doit le confronter à ses incohérences. C'est pourquoi il est important pour l'agent d'expliquer à l'enfant ce qu'il attend de lui et pourquoi il pose certaines questions. Ce besoin d'avoir une histoire complète est également lié au fait que c'est un autre agent de l'immigration qui prendra la décision sur la demande d'asile en se basant sur le rapport de l'agent présent à l'entretien. En outre, l'évaluation de la crédibilité est moins stricte que celles des adultes, elle tient compte de l'âge et de la maturité de l'enfant. Un agent formule les différences comme suit :

Agent de l'immigration No. 2: Bien sûr, c'est toujours difficile de juger. Oui, bien sûr, l'âge est important, mais aussi les origines, l'éducation, les connaissances qu'ils ont eux-mêmes de la situation. À la fin, cela revient au fait qu'il demande quelque chose ici et il faut que cela soit plausible. Parce que peu importe leur âge, on ne peut pas se dire qu'il a raison. Cela dépend vraiment d'eux, peu importe leur âge.

La politique officielle de l'IND est de ne pas mettre la pression sur les enfants de moins de douze ans pour qu'ils disent la vérité. Cette position est motivée en partie par une volonté d'éviter des conflits de loyauté entre les enfants et les parents. Par contre, pour les enfants de douze ans et plus, les services d'immigration s'efforcent de découvrir la vérité en les confrontant à leurs incohérences.

⁹⁷ L. H.M. VAN WILLIGEN, préc., note 75.

3. *Les enfants accompagnés*

Les enfants accompagnés forment un groupe séparé dans la procédure d'asile. Les services de l'immigration questionnent directement les enfants de plus de quinze ans, et, dans des circonstances exceptionnelles, les enfants de plus de douze ans⁹⁸. Plusieurs répondants indiquent que ces enfants, au moins jusqu'à quinze ans, sont plutôt invisibles dans la procédure ; ils ne reçoivent pas beaucoup d'attention de la part des différents intervenants. Le DCR a créé des programmes afin d'informer ces enfants et de les préparer pour la procédure d'asile qui implique leur famille. De plus, le DCR a attiré l'attention sur le fait que les enfants accompagnés peuvent avoir des motifs d'asile indépendants⁹⁹. Cependant, certains répondants indiquent qu'il n'est pas toujours dans l'intérêt de l'enfant accompagné d'être entendu par les services de l'immigration. Cela pourrait même comporter des risques parce que les autorités peuvent comparer son histoire à celle de ses parents. Toute incohérence peut influencer la décision finale. Dans les cas où la demande d'asile est rejetée, l'enfant pourra se sentir coupable vis-à-vis de ses parents¹⁰⁰.

Les agents de l'immigration déclarent qu'ils ne confrontent pas les enfants à des incohérences mineures. Par contre, lorsque les histoires des parents et des enfants sont différentes sur des points importants, ils vont les confronter. Dans ces cas, l'enfant devrait avoir l'occasion d'expliquer pourquoi il a dit quelque chose de divergent ou pourquoi il n'a rien dit. Les entretiens des parents et des enfants ont lieu habituellement en même temps. Les agents de l'immigration peuvent se rencontrer pendant une pause pour discuter du dossier et des incohérences possibles. Plusieurs agents de l'immigration ne voient pas toujours la valeur ajoutée à entendre les enfants accompagnés, surtout lorsque l'histoire des parents est claire et que l'enfant n'a pas de motifs d'asile indépendants. Un représentant des services d'immigration a formulé ce dilemme comme suit :

Conseiller principal, Asile et Protection [IND] : Oui, la première chose qui me vient à l'esprit, c'est qu'un enfant peut faire connaître ses motifs d'asile s'il n'est pas représenté par un parent. Alors, bien sûr, s'il est représenté par un parent, quand sera-t-il important qu'un enfant soit

⁹⁸ IND, *De procedure in het aanmeldcentrum*, La Haye, IND, 2014 ; Parliamentary Papers II 2003/04, 19637/824, p. 14.

⁹⁹ S. E. RAP, préc., note 88.

¹⁰⁰ Voir aussi A. LUNDBERG, préc., note 85.

entendu ? Parce que dans certains cas, il est peut-être mieux qu'il ou elle ne soit pas entendu(e), mais qu'un parent représente ses intérêts.

Cette citation met en lumière une autre question pertinente à l'égard de ce groupe d'enfants relative à leur représentation et leur assistance par les professionnels dans la procédure. Puisque les parents sont les tuteurs légaux de ces enfants, ce sont eux qui devraient les informer et les guider à travers la procédure. Par rapport aux enfants non accompagnés et séparés, la position et l'assistance juridique des enfants accompagnés sont beaucoup moins développées en raison de la participation des parents à la procédure. Le DCR a investi dans la mise à disposition d'informations pour ces enfants¹⁰¹ et doit être présent durant l'entretien. Toutefois, ce sont des bénévoles qui n'ont habituellement jamais rencontré l'enfant au préalable qui assurent cette présence. Certains répondants sont critiques à l'égard de l'efficacité d'avoir un autre adulte inconnu à ce moment-là. Les enfants non accompagnés sont représentés et assistés par leur propre avocat et tuteur et, en principe, l'un des deux doit être présent à l'entretien¹⁰².

4. L'explication de la décision

La décision finale de la procédure d'asile peut être positive ou négative. Dans le cas d'une décision négative, les services de l'immigration informent l'enfant avant que la décision formelle ne soit prise sur leur intention de rejeter la demande pour que l'avocat puisse soumettre un avis juridique qui explique et/ou soulève des objections contre le rejet¹⁰³. En réponse à cette opinion, les services de l'immigration peuvent soit changer, soit défendre leur décision. La décision finale écrite est remise à l'enfant en personne, en présence d'un interprète et du tuteur dans les bureaux des services de l'immigration. La décision écrite est aussi envoyée à l'avocat¹⁰⁴. Les services de l'immigration doivent expliquer à l'enfant quelle procédure il peut entreprendre en réponse à la décision ainsi que les recours

¹⁰¹ Voir S. E. RAP, préc., note 88.

¹⁰² En pratique, les avocats sont rarement présents aux entretiens puisque le régime d'aide juridique ne prévoit pas de compensation pour les entretiens. Si le tuteur d'un enfant non accompagné ne peut se rendre à l'entretien, on demande alors à un bénévole du DCR d'être présent.

¹⁰³ *Aliens Act 23*, novembre 2000 (C), Pays-Bas, art. 39(2).

¹⁰⁴ *Aliens Circular 2000* (C), Pays-Bas, par. 12.2.10.1.

à sa disposition. Ils n'expliquent pas ni ne discutent du raisonnement qui a mené à la décision. Un des agents de l'immigration interrogé explique ce qui suit :

Agent de l'immigration No. 5 : [...] on ne commente pas la façon dont la décision a été prise à la fin. [...] Nous ne voulons pas nous retrouver dans une sorte de discussion de « oui, mais j'ai dit ceci et cela » parce que la décision a été prise, alors lorsqu'on vous la donne, on se concentre beaucoup sur ce qui est encore possible. Ce que je trouve difficile, c'est qu'on ne doit pas trop donner d'espoir pour qu'un enfant pense que tout va bien se passer, parce que le magistrat va regarder tout ça. On se concentre plus sur le fait que c'est une procédure équitable.

Toutefois, en pratique, tous les enfants ne sont pas toujours présents le dernier jour de la procédure pour recevoir la décision écrite. En fait, beaucoup d'enfants entendent parler de la décision que par le biais de leur avocat ou de leur tuteur. D'usage, l'avocat informe le tuteur de la décision. Il joue un rôle important dans l'explication des implications juridiques de la décision et les prochaines étapes à entreprendre. En pratique, le tuteur est la personne qui a le plus de contacts étroits avec l'enfant, il a la possibilité de discuter de la décision avec lui et peut l'accompagner pour voir l'avocat afin de discuter des recours juridiques. Dans le cas d'une décision positive, l'enfant est enregistré au bureau des services de l'immigration pour recevoir un numéro de sécurité sociale.

La décision écrite elle-même est un texte juridique avec un raisonnement technique et juridique qui n'est pas adapté au niveau de compréhension de l'enfant. Un agent de l'immigration revient sur le poids qui peut être attribué à l'histoire de l'enfant :

Agent de l'immigration No. 6 : Je peux vous dire que c'est assez difficile. Parce que l'opinion de l'enfant c'est, bien sûr, l'histoire. J'ai vécu ceci et c'est vrai. Et ce que l'on va dire dans certains cas, c'est qu'on ne croit pas cette opinion ou votre histoire. Parce que d'habitude, on rejette parce qu'on ne le croit pas.

Pour les avocats et les tuteurs, il est difficile d'expliquer à l'enfant pourquoi l'agent de l'immigration a trouvé que son histoire n'était pas crédible. Ceci est dû au fait que les enfants n'ont pas d'autres moyens de prouver leur histoire, tels que des documents d'identité ou d'autres papiers officiels qui prouvent leurs origines¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Voir aussi J. DAHLVIK, préc. note 80.

Conclusions

Ce chapitre visait à analyser le droit à la participation des enfants réfugiés et migrants d'un point de vue historique, d'un point de vue des droits de l'enfant et d'un point de vue sociologique empirique, afin de mieux comprendre son développement et sa signification en droit et dans la pratique. Historiquement, l'image de l'enfant est passée d'un objet de protection à un être humain autonome et détenteur de droits. Cela a changé notre interprétation de l'enfance ; la participation des enfants a abouti à l'inscription des droits participatifs dans un traité reconnu au niveau international et juridiquement contraignant. Toutefois, la rédaction et l'adoption de la CIDE ont mis en lumière la tension latente entre la protection de l'enfant et une vision de celui-ci comme détenteur actif de ses droits, qui devrait avoir son mot à dire sur sa vie. Cette tension est particulièrement évidente avec l'intégration des termes tels que « capacités d'évolution », « maturité », « dûment prise en considération » et « intérêt supérieur » dans plusieurs dispositions de la CIDE et la confusion sur leur signification et leurs implications exactes. Cependant, le droit d'être entendu est d'une grande importance pour la responsabilisation des enfants puisqu'il remet en question les opinions traditionnelles des relations hiérarchiques entre les adultes et les enfants. Il donne aux enfants le droit, et non pas l'obligation, de présenter leurs opinions et leurs points de vue sur les décisions importantes les affectant. Certaines conditions sont rattachées à ce droit, telles qu'informer l'enfant de la procédure et des issues possibles de celle-ci, prendre ses opinions au sérieux, rendre la procédure accessible à l'enfant et avoir des professionnels formés pour communiquer avec lui. Les résultats des études empiriques montrent que les enfants de différentes origines culturelles valorisent le fait d'être entendu dans les procédures juridiques, même s'ils trouvent cela stressant. Cependant, dans le contexte de migration, les enfants ne se sentent généralement pas entendus et ne comprennent pas la procédure et les décisions qui s'en suivent.

Dans les procédures de demande d'asile, le déséquilibre des pouvoirs entre l'État et le demandeur est particulièrement évident. La charge de la preuve incombe au demandeur qui doit présenter des preuves pour sa demande d'asile. Cela veut dire qu'être entendu par les services de l'immigration n'est pas véritablement un droit puisqu'il est en fait nécessaire d'expliquer les raisons de sa demande. En ce sens, cette étude montre clairement que le but des entretiens avec les services de l'immigration n'est pas de donner à l'enfant l'occasion d'être entendu et d'exprimer ses opinions en soi, mais plutôt de rechercher la vérité. À cette fin, l'agent évalue

la crédibilité de l'histoire de l'enfant et ses motifs d'asile. Ceci apparaît évident dans l'information que l'agent de l'immigration fournit à l'enfant, notamment au sujet du but de l'entretien qui est d'évaluer sa demande d'asile. Les avocats et les tuteurs semblent avoir un avis plutôt opposé sur la participation des enfants à la procédure ; ils prétendent que les enfants ne peuvent pas participer de façon significative si le processus se focalise uniquement sur la recherche de la vérité et l'évaluation de la crédibilité de l'histoire de l'enfant, sans suffisamment prendre en considération son âge. Les enfants accompagnés sont particulièrement désavantagés puisque les agents peuvent comparer leur histoire à celle de leurs parents. Les agents de l'immigration indiquent néanmoins qu'ils font preuve de plus de clémence en évaluant la crédibilité des enfants. Cependant, pour trouver la vérité, ils peuvent les confronter à leurs incohérences.

En se basant sur les résultats de cette étude, on peut conclure que les opinions de différents groupes de professionnels en ce qui concerne le droit de l'enfant de participer à la procédure d'asile néerlandaise sont diamétralement opposées. Les agents de l'immigration trouvent que l'entretien permet aux enfants de participer en ayant l'occasion d'expliquer leurs motifs d'asile, tandis que les représentants des enfants, comme les avocats et les tuteurs, estiment que l'entretien ne donne pas une véritable occasion efficace à l'enfant de participer. Cette étude confirme les conclusions d'Anna Lundberg et Jacob Lind qui affirment que les droits des enfants sont doublement « déplacés » dans le droit suédois sur la migration. Ce « déplacement » a lieu parce que les enfants accompagnés ne sont pas assez âgés pour déposer leur propre demande d'asile et ne sont pas assez jeunes pour être des détenteurs de droits de l'enfant que l'on doit entendre et protéger¹⁰⁶. La dynamique de la procédure d'asile néerlandaise est différente puisque les enfants accompagnés sont entendus pour pouvoir vérifier la demande d'asile de leurs parents. De plus, contrairement aux agents de l'immigration en Suède, ceux des Pays-Bas n'hésitent pas à questionner ces enfants et à utiliser leur histoire pour construire la vérité. Cela rend la situation des enfants accompagnés d'autant plus inquiétante puisqu'ils sont moins bien informés, représentés et assistés dans la procédure d'asile. Comme cette étude le démontre, il y a un déséquilibre des pouvoirs entre les enfants et l'État néerlandais pour les enfants accompagnés et non accompagnés. La procédure d'asile néerlandaise « déplace » le droit d'être entendu pour ces deux groupes d'enfants ; la charge de la preuve incombe à l'enfant parce que l'agent de l'immigration accorde un poids considérable à leur histoire et à leur crédibilité.

¹⁰⁶ A. LUNDBERG et J. LIND, préc., note 8.

Partie 2

**Avec les jeunes :
interactions
et milieux de vie**

Part 2

**With Youth:
Interactions and
Living Environments**

Reconnaître socialement et juridiquement le statut de beau-parent pour protéger les droits des enfants

Marie-Christine Saint-Jacques*

Introduction	79
I. Problématique	80
A. Ampleur du phénomène de la recomposition familiale.....	81
II. Les freins à la reconnaissance sociale et juridique du lien beau-parent enfant	83
III. La reconnaissance des liens beau-parent enfant par le droit et les limites identifiées	92
IV. Les dispositions légales proposées	96
V. Pourquoi plus de reconnaissance de la relation beau-parent enfant ?	100
A. Un droit qui permet plus de cohérence et de continuité dans la vie des enfants.....	103
Conclusion	107

* École de travail social et de criminologie. Université Laval.

L’auteure tient à remercier le professeur Dominique Goubau pour ses commentaires pertinents qui ont permis d’enrichir le texte.

Introduction

On ne cesse de le répéter, la famille contemporaine se caractérise par une diversité inégalée. En effet, si la famille d'hier se composait essentiellement de parents mariés¹, la famille d'aujourd'hui est plurielle, tant dans ses origines que dans sa structure : elle est monoparentale, composée des deux parents d'origine de l'enfant ou recomposée. Les enfants peuvent être issus d'un couple marié, mais de plus en plus fréquemment d'un couple en union de fait. Les parents peuvent être, ou non, de sexe opposé. Des enfants sont aussi conçus dans le cadre d'un projet parental impliquant un donneur de gamète ou plus de deux parents, voire une mère porteuse. La précarisation des relations conjugales, les techniques de reproduction assistée, la montée des préoccupations pour la reconnaissance et la protection des droits des couples homosexuels et des familles dont les parents sont de même sexe participent à créer cette diversité familiale². Ajoutons que si une relation amoureuse est souvent à l'origine de la fondation d'une famille, des amis et même des personnes qui à la base ne se connaissent pas peuvent décider d'être des coparents³, un mouvement qui pourrait signaler un élargissement encore plus grand des éléments constitutifs de la famille. Cela, c'est la réalité des enfants d'aujourd'hui.

¹ Mellisa HOLTZMAN, «Defining Family: Young Adults' Perceptions of the Parent-Child Bond», (2008) 8 *Journal of family communication* 167.

² COALITION DES FAMILLES LGBT ET CONSEIL QUÉBÉCOIS LGBT, *Une réforme du droit familial qui reflète les nouvelles réalités familiales et avant tout les besoins des enfants*, mémoire présenté le 14 mai 2018, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/publications/ministere/dossiers/consultation/coalition_familles_LGBT.pdf>; Isabel CÔTÉ et Kévin LAVOIE, *À l'écoute de la parole des adultes et des enfants concernés : pour une réforme pragmatique du droit de la famille*, mémoire présenté à la Chambre des notaires du Québec dans le cadre de la Commission citoyenne sur le droit de la famille le 29 mai 2018, p. 4, en ligne : <<https://commissionsurledroitdelafamille.com/uploads/commissioners/Isabel-Co%CC%82te%CC%81-et-Ke%CC%81vin-Lavoie.pdf>>; Jehanne SOSSON et Geoffrey WILLEMS, «Introduction», dans Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS et Gendwoline MOTTE (dir.), *Adults and children in postmodern societies. A comparative law and multidisciplinary handbook*, Cambridge, Insertia, 2019, p. 1.

³ Rachel HOPE, *Family by choice : platonic partnered parenting*, Word Birth Publications, 2014; Voir notamment les sites internet <<https://www.coparents.com/>>; <<https://www.facebook.com/groups/156619288396350>>.

I. Problématique

À côté de cette réalité, il y a le droit et les politiques publiques qui peinent à suivre la cadence des changements familiaux. Comme l'ont souligné plusieurs chercheurs, la diversité des arrangements familiaux pose un défi au droit familial depuis la fin du 20^e siècle⁴. Il en résulte que le droit de la famille est souvent un droit « en retard »⁵. Dans plusieurs législations, le droit de la famille est essentiellement fondé sur ce qu'était la famille hier, soit une union matrimoniale au sein de laquelle peuvent naître des enfants. Par ailleurs, une analyse de différentes législations à travers le monde montre clairement que le droit de la famille est actuellement sous tension. D'une part, ses racines sont fondées sur le modèle de la famille traditionnelle, soit le mariage d'un couple hétérosexuel et, d'autre part, il se dessine une volonté de reconnaître et de protéger les familles en accordant moins d'importance au statut du couple, à son orientation sexuelle ou au nombre de parents⁶. Le décalage actuel peut aussi se refléter dans les politiques sociales destinées aux familles qui contribuent à priver des parents et des enfants de certaines protections que confère le droit à d'autres familles,⁷ ce qui pourrait générer des injustices, par exemple, en créant des catégories d'enfant.

⁴ Jason D. HANS, « Stepparenting after divorce: stepparents' legal position regarding custody, access, and support », (2002) 51 *Family Relations* 301 ; Claudine PARENT, Amélie POULIN et Caroline ROBITAILLE, « Regard critique sur un rôle inventé : le rôle beau-parental », dans Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU et Richard CLOUTIER (dir.), *Séparation, monoparentalité et recomposition familiale*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2004, p. 127 ; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015, en ligne : <https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/couple-famille/droit_fam7juin2015.pdf>.

⁵ Dominique GOUBAU et Martin CHABOT, « Recomposition familiale et multiparentalité : Un exemple du difficile arrimage du droit à la famille contemporaine », (2018) 59-4 *C. de D.* 889.

⁶ Geoffrey WILLEMS et Jehanne SOSSON, « The future of legal relationships between adults and children », dans Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS et Gendwoline MOTTE (dir.), *Adults and children in postmodern societies. A comparative law and multidisciplinary handbook*, Cambridge, Insertia, 2019, p. 825, à la p. 856.

⁷ OECD, *Treating all children as equal : why policies should adapt to the diversification of family living arrangements, Policy Brief on child well-being*, vol. 240, Paris, OECD, 2019, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/1815199X>>.

Au cours de ce chapitre⁸, nous examinerons plus particulièrement la question de la reconnaissance sociale et juridique des beaux-parents et les impacts de cette non-reconnaissance sur les droits des enfants qui vivent ou ont vécu en famille recomposée. Si la situation qui prévaut au Québec est surtout examinée, des parallèles seront faits avec l'état du droit au Canada et à l'international. Bien que plusieurs dimensions traitées relèvent du droit, l'analyse qui est faite est fondamentalement interdisciplinaire. Différents aspects de la question seront examinés soit, les éléments qui freinent la reconnaissance légale du statut de beau-parent, la reconnaissance actuelle des liens beaux-parents enfants par le droit et les limites identifiées, les dispositions légales proposées afin de solutionner les difficultés actuelles. Nous examinerons enfin un certain nombre d'arguments en faveur d'une plus grande reconnaissance de la relation beau-parent enfant. Afin de démontrer l'ampleur du phénomène de la recomposition familiale, nous débuterons par une mise en contexte démographique.

A. Ampleur du phénomène de la recomposition familiale

En Amérique du Nord, près d'un enfant sur 10 vit en famille recomposée⁹. Le nombre de familles recomposées est en progression dans les 37 pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques¹⁰. Cette tendance est aussi observée au Québec¹¹ alors que les plus récentes statistiques montrent qu'en 2016, 132 000 familles sont recomposées, ce qui représente 10 % des familles québécoises ayant des enfants de moins de 25 ans¹². L'augmentation des familles recomposées

⁸ Quelques sections de ce texte ont été publiées antérieurement dans la revue *Intervention* : Marie-Christine SAINT-JACQUES, « Plaidoyer pour une plus grande ouverture aux beaux-parents dans le Code civil du Québec », (2016) 144 *Intervention*.

⁹ Rose M. KREIDER et Renee ELLIS, *Living arrangements of children : 2009*, Washington, United States Census Bureau, p. 70-126, en ligne : <<https://www.census.gov/prod/2011pubs/p70-126.pdf>>; STATISTIQUE CANADA, *Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada. Familles, ménages et état matrimonial, Recensement de la population de 2011*, n° 98-312-X2011001, Ottawa, Ministère de l'Industrie, 2012, en ligne : <<http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-312-x/98-312-x2011001-fra.pdf>>.

¹⁰ OECD, préc., note 7.

¹¹ Vincent LOU, Joanie MIGNEAULT, Philippe PACAUT et Kevin ROUSSEAU, « Quel portrait de famille pour le Québec en 2011 », (2014) 2-1 *Quelle Famille ?* 1.

¹² MINISTÈRE DE LA FAMILLE, « Caractéristiques et évolutions récentes des familles au Québec. Ce que révèlent les données du recensement de 2016 », (2018) 6-2 *Quelle famille ?* 17.

est le fruit d'un ensemble de phénomènes dont le fait que les parents ont de plus en plus tendance à se séparer alors que leurs enfants sont jeunes, ce qui est propice à la formation d'unions recomposées. Par exemple, au Québec, les jeunes de 17 ans et moins ont vu leurs parents se séparer alors qu'ils étaient âgés de 5,3 ans (médiane). Le statut conjugal de leurs parents influe sur cette tendance, alors que les enfants dont les parents étaient en union libre ont connu leur séparation à 4,1 ans plutôt qu'à 7,3 ans pour ceux dont les parents étaient mariés¹³. On remarque aussi qu'à l'âge de 17 ans, 30 % des enfants québécois vivent ou ont vécu auprès d'un beau-parent. Ceci arrive alors qu'ils sont de jeunes enfants puisque l'âge médian lors de cette transition est de 6,5 ans. Les enfants qui sont nés hors union seront encore plus petits lors de la cohabitation avec un beau-parent, puisqu'ils seront âgés de 3,8 ans (médiane)¹⁴. Le jeune âge de ces enfants lors de la recomposition familiale doit être noté, car il est susceptible d'influer sur la relation que l'enfant et le beau-parent vivront ensemble.

Finalement, des données recueillies auprès d'une cohorte d'enfants québécois suivis depuis la naissance montrent qu'à l'âge de 19 ans, un jeune sur 100 considère sa belle-mère comme sa principale figure maternelle et près de 3 jeunes sur 100 considèrent leur beau-père comme leur principale figure paternelle¹⁵. Ces chiffres montrent que dans la vie de tous les jours, de nombreux enfants et adolescents grandissent auprès de beaux-parents.

La progression du nombre de familles recomposées et le fait que de plus en plus de Québécois sont concernés de près ou de loin par ces questions ont permis d'élargir l'éventail des réponses aux questions classiques que sont : Qui est le parent de l'enfant ? Un enfant peut-il avoir plus de deux parents ? Le fait de concevoir qu'un enfant puisse avoir plus de deux parents se soustrait à la logique voulant que la famille comprenne nécessairement les personnes avec qui l'on partage des liens de sang, et ouvre la porte aux liens qui se créent à vivre ensemble, à prendre soin d'un enfant et à développer un lien affectif avec lui. Cette préséance du social sur le

¹³ Hélène DESROSIERS et Karine TÉTREAU, « Les trajectoires familiales diversifiées des jeunes nés au Québec à la fin des années 1990 », (2018) 23 *Portraits et trajectoires* 1.

¹⁴ H. DESROSIERS *et al.*, préc., note 13.

¹⁵ Données compilées à partir du fichier maître final « E20 » de l'ÉLDEQ (2017), Gouvernement du Québec, Institut de la statistique du Québec, calculs réalisés par Marie-Christine SAINT-JACQUES et Hans IVERS (2019).

biologique rejoint l'observation de Ouellette¹⁶, qui précise que « le lien biologique n'est ni nécessaire ni suffisant pour faire d'un individu un parent ».

Cette vision plus ouverte de la parentalité, qui permet de donner une place au beau-parent dans la vie de tous les jours, n'a cependant que peu d'écho sur le plan du droit, les beaux-parents ne jouissant généralement d'aucun statut juridique particulier en dépit de la particularité de leur rôle pendant la vie commune. De plus, advenant une rupture du couple recomposé, on semble peu préoccupé par le maintien des contacts de l'enfant avec le beau-parent. Le lien entre le beau-parent et l'enfant apparaît ainsi fortement tributaire du lien conjugal plutôt que de l'importance que revêt le beau-parent pour l'enfant.

II. Les freins à la reconnaissance sociale et juridique du lien beau-parent enfant

Nous proposons qu'il existe différents freins à la reconnaissance du lien beau-parent enfant qui relèvent tantôt de la culture, tantôt du droit tantôt de la manière dont s'actualisent les liens et les rôles au sein des familles.

La difficulté à reconnaître l'importance des liens beaux-parents enfant renvoie aux questionnements contemporains entourant la filiation alors que l'on assiste à un élargissement des contextes dans lesquels on devient un parent ou l'enfant de quelqu'un. Outre l'adoption et les recompositions familiales, les nouvelles technologies de reproduction et l'homoparentalité font en sorte que la désignation de parents ne peut se réduire à des fondements biologiques¹⁷ et que les dimensions sociale et juridique sont fondamentales¹⁸. Malgré cela, il n'en demeure pas moins que la famille occidentale est fortement ancrée dans une culture qui valorise la norme de la famille biparentale intacte adoptant ainsi une perspective déficitaire

¹⁶ Françoise-Romaine OUELLETTE, « Qu'est-ce qu'un père ? Qu'est-ce qu'une mère ? », Communication présentée lors du séminaire organisé par le partenariat *Familles en mouvance et dynamiques intergénérationnelles*, Québec, 22 janvier 1999, p. 5.

¹⁷ Marie-France BUREAU, *Le droit de la filiation entre ciel et terre : Étude du discours juridique québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

¹⁸ Hélène BELLEAU, « Être parent aujourd'hui : la construction du lien de filiation dans l'univers symbolique de la parenté », (2004) 1 *Enfances, familles, générations*.

à l'égard des familles qui ne correspondent pas à cette norme. Cette perspective est porteuse de croyances culturelles qui sont l'apanage de tous : les familles, les intervenants psychosociaux, les juges, les médiateurs, les législateurs, les politiciens, et qui influencent fortement la manière dont les familles se perçoivent. En effet, les recensions de Malia¹⁹ et de Holtzman²⁰ montrent que les lois et les politiques publiques aident à définir et à former les concepts de normalité et de déviance²¹. Une plus grande légitimité du statut de beau-parent pourrait aider à diminuer les conflits de loyauté, normaliser l'expérience de recomposition et reconnaître la contribution qui est propre aux beaux-parents. Par contre, comme le souligne Maclean, Drake et McKillop²², actuellement, les politiques sociales envoient des messages contradictoires aux familles recomposées. D'une part, plusieurs pays ne reconnaissent ni droit ni responsabilité au beau-parent, mais sur le plan fiscal et, de manière générale, dans les rapports de la famille avec l'État dans toutes ses composantes, ces mêmes pays pourront prendre en compte le revenu du beau-parent comme une composante du revenu familial.

Quelques études d'opinion montrent une ouverture de la population à l'égard d'une plus grande reconnaissance de la recomposition familiale et de ses particularités²³. Un sondage mené auprès de 1 200 Québécois et Québécoises montre que la famille recomposée n'est généralement pas perçue comme ayant moins de valeur que la famille biparentale intacte, mais elle est certainement décrite moins positivement²⁴. Différents indicateurs révèlent que la population reconnaît et accepte que certains rôles parentaux soient assumés par les beaux-parents. Par exemple, une majorité de Québécois croit qu'un beau-parent qui prend soin de l'enfant de

¹⁹ Sarah E. C. MALIA, «Balancing family members' interests regarding stepparent rights and obligations : a social policy challenge», (2005) 54 *Family Relations* 298.

²⁰ M. HOLTZMAN, préc., note 1.

²¹ Erica DE'ATH, «Stepfamily policy from the perspective of a stepfamily organisation», (1997) 26 *Marriage and Family Review*, citée dans S. MALIA, préc., note 19.

²² Miriam J. MACLEAN, Deirdre DRAKE et Diane MCKILLOP, «Perceptions of stepfathers' obligations to financially support stepchildren», (2016) 37 *Journal of Family and Economic Issues* 285.

²³ Marie-Christine SAINT-JACQUES, Élisabeth GODBOUT et Hans IVERS, «People's opinions and stereotypes about stepfamilies», (2020) 41-11 *Journal of Family Issues* 2136.

²⁴ *Id.*

son conjoint ou de sa conjointe devrait avoir le droit de consulter un médecin pour un problème de santé mineur, d'aller chercher le bulletin et d'autoriser une sortie scolaire de l'enfant. Deux tiers des répondants se disent favorables au fait qu'un beau-parent qui a vécu un temps significatif avec l'enfant de son conjoint ou de sa conjointe puisse obtenir un droit de visite en cas de séparation du couple. L'adoption et le soutien financier de l'enfant par le beau-parent font moins l'unanimité, mais recueillent tout de même l'accord de la moitié des répondants²⁵. Toutefois, selon la moitié des répondants, l'autorisation d'une opération médicale importante sur l'enfant n'est pas un droit que devrait avoir un beau-parent. On constate donc une ouverture chez la population à un élargissement des droits des beaux-parents sans toutefois que ces droits soient aussi importants que ceux des parents. L'opinion de la population n'est donc pas monolithique. Un portrait diversifié est aussi noté par Holtzman²⁶ qui a interrogé des étudiants universitaires au sujet de leur définition de la famille. L'étude révèle que la conception de la famille est en mouvance et qu'elle inclut des définitions sociales étendues. En effet, les participants ont une définition traditionnelle et une définition étendue révélant que cette double conception de la famille ne se compétitionne pas, mais plutôt coexiste.

Mason et ses collaborateurs²⁷ ont demandé à des familles recomposées états-uniennes si elles souhaitent obtenir plus de reconnaissance légale. Il se dégage encore une fois un portrait diversifié. Si un premier groupe désire plus de reconnaissance, un second aimerait plutôt faire l'objet de plus d'attention publique, plus de soutien et qu'un travail d'éducation à l'égard de la recomposition familiale soit entrepris. Un troisième groupe considère qu'il s'agit d'une situation personnelle et que la loi ne peut être d'une aide quelconque. Par ailleurs, la grande majorité des beaux-parents souhaiteraient poursuivre les contacts avec l'enfant en cas de divorce ou maintenir des contacts avec l'enfant en cas de décès de leur partenaire et plusieurs penseraient même à obtenir la garde principale dans ces circonstances. Toutefois, la présence de l'autre parent biologique de l'enfant est invoquée

²⁵ Maclean et ses collaborateurs soulignent que bien qu'il puisse y avoir une attente normative à l'effet que le beau-parent devrait soutenir financièrement les enfants, il y a une variation individuelle importante sur l'ampleur de la contribution attendue et des raisons associées à ces attentes, dans M. J. MACLEAN *et al.*, préc., note 22.

²⁶ M. HOLTZMAN, préc., note 1.

²⁷ Mary Anne MASON, Sydney HARRISON-JAY, Gloria M. SVARE et Nicholas H. WOLFINGER, Stepparents. De facto parents or legal strangers ?», (2002) 23-4 *Journal of Family Issues* 507.

comme un frein. De la même manière, si la majorité des beaux-parents ont déjà pensé adopter l'enfant de leur partenaire, ils ont abandonné l'idée en raison de la présence de l'autre parent biologique.

La norme de la famille biparentale est aussi fortement ancrée dans le droit de la famille, ce qui entre en conflit avec la logique de multiparentalité dans laquelle grandissent de plus en plus d'enfants. En effet, la majorité des familles recomposées contemporaines sont fondées sur l'un de ces deux scénarios : 1) un parent séparé de l'autre parent de l'enfant qui s'est remis en couple ou 2) un parent qui n'a jamais formé un couple avec l'autre parent de l'enfant et qui est en couple avec une personne qui n'est pas le parent de l'enfant. Dans la plupart de ces situations, l'autre parent de l'enfant n'est pas décédé. Ainsi, à moins de situations très particulières, il ne sera pas possible de créer de liens légaux avec le beau-parent via l'adoption, du moins avec le type d'adoption en vigueur actuellement au Québec, ou par un partage de l'autorité parentale, cette dernière étant réservée aux parents. Dans cette province, comme dans beaucoup d'autres endroits au monde, le droit ne permet pas de partager les responsabilités parentales avec plus de deux parents²⁸. Selon Goubau et Chabot²⁹ et Willems et Sosson³⁰ le droit oppose beaucoup de résistance face au concept de multiparentalité, alors que le système juridique est plutôt fidèle au modèle traditionnel biparental. D'ailleurs, la reconnaissance d'un statut au beau-parent n'est généralement pas fondée sur une ouverture à la multiparentalité, mais bien sur la reconnaissance du rôle de parent de substitution qu'occupent certains beaux-parents. La province de l'Ontario (dont le droit familial est inspiré de la *common law*, contrairement au Québec) est un contre-exemple, alors qu'elle est plus encline à reconnaître et à protéger les familles multiparentales³¹. On constate ainsi que l'un des freins à la reconnaissance des droits des beaux-parents est cette norme légale de la biparentalité qui ne correspond pas à la réalité de plusieurs familles. Avec humour, un chroniqueur de la version en ligne du Time a commenté ainsi cette norme :

Just as the law prefers parents to be one male and one female, the law prefers to limit the number of parents to two. Maybe this is because two is the number of people it takes to make a child in the first place.

²⁸ G. WILLEMS *et al.*, préc., note 6.

²⁹ D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5.

³⁰ G. WILLEMS *et al.*, préc., note 6.

³¹ *Id.*

Maybe it's because all the government forms are already printed with two signature lines. Maybe it's because two worked so well for us for so long. But that hasn't been the reality for several decades, and it's time for the law to catch up.³²

Un autre frein à la reconnaissance des liens beau-parent enfant peut être attribué au fait que la recomposition familiale n'est pas une réalité homogène. Le fait qu'un enfant vive une partie ou l'ensemble de son enfance au sein d'une famille recomposée ne fournit que quelques éléments pour comprendre le contexte dans lequel il grandit. En effet, « vivre en famille recomposée » peut recouper plusieurs réalités. Entre autres, les liens affectifs et sociaux qui unissent un enfant à son beau-parent peuvent varier considérablement d'une famille à l'autre. Ainsi, des recompositions familiales dureront, avec un investissement majeur sur le plan relationnel, et ce, de toutes parts. D'autres recompositions impliquent aussi un investissement majeur sur le plan relationnel, mais, comme beaucoup des premières unions familiales, se termineront par une rupture. Enfin, d'autres ne sont que passagères, avec un investissement minimal, voire nul, du beau-parent dans la sphère familiale.

Une manière d'approfondir cette hétérogénéité consiste à examiner les modes de régulation de ces familles, soit la manière dont s'exercent les rôles et les relations entretenues entre les enfants, les parents et les beaux-parents³³. Tout d'abord, on peut la déceler dans les propos que tiennent des adolescents quand on leur demande ce que représente leur beau-parent dans leur vie³⁴.

³² Po BRONSON, « Are Stepparents Real Parents? », *Time*, 17 mai 2006, en ligne : <<http://content.time.com/time/nation/article/0,8599,1195205,00.html>>.

³³ Didier LE GALL et Claude MARTIN, « Transitions familiales, logiques de recomposition et modes de régulation conjugale », dans Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN et Irène THÉRY (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Paris, Nathan, 1993, p. 137-158 ; Claudine PARENT, Madeleine BEAUDRY, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Caroline ROBITAILLE, Marie BOUTIN et Catherine TURBIDE, « Les représentations sociales de l'engagement parental du beau-père en famille recomposée », (2008) 8 *Enfances, Familles, Générations* 154 ; Marie-Christine SAINT-JACQUES, *L'ajustement des adolescents et des adolescentes dans les familles recomposées : étude des processus familiaux et des représentations des jeunes*, Québec, Centre de recherche sur les services communautaires – Université Laval, 2000.

³⁴ Marie-Christine SAINT-JACQUES, *L'ajustement des adolescents et des adolescentes dans les familles recomposées : étude des processus familiaux et des représentations des jeunes*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 1998.

Ainsi, à un bout du continuum, on retrouve des situations où les jeunes n'ont pas de liens significatifs avec le conjoint de leur parent. Ce dernier est considéré comme un acteur présent dans l'environnement du jeune, mais à qui aucun statut familial ou parental n'est accordé. À l'autre bout du continuum, on observe des situations où le beau-parent est considéré au même titre qu'un parent, son rôle étant nettement inscrit dans la sphère familiale. Finalement, le rôle du beau-parent peut être perçu dans une position mitoyenne qui se traduit par l'emploi de certains qualificatifs permettant de préciser le rôle du beau-parent, de le distinguer de celui du parent, voire de créer une certaine hiérarchie parentale. Ces résultats concordent avec ceux d'Arhons³⁵, qui a mené des entrevues auprès d'adultes qui ont grandi auprès d'un beau-parent. Dans cette étude, deux jeunes sur trois se sentent près de leur beau-père et parmi eux, les deux tiers le considèrent comme un parent. Cette proportion est un peu plus faible du côté des belles-mères. D'autres répondants, qui éprouvent un sentiment de proximité face à leur beau-parent sans toutefois le considérer comme un parent, voient en lui un ami ou un mentor.

Cette diversité se reflète aussi dans la manière dont les beaux-parents jouent leur rôle auprès des enfants de leur partenaire. Il ressort des études menées auprès de beaux-pères que certains exercent des fonctions de père ou s'apparentant à celles d'un père³⁶, tandis que d'autres se conçoivent comme un parent additionnel, c'est-à-dire qu'ils agissent comme un soutien à « l'équipe parentale » déjà présente. Selon cette représentation, les parents continueraient d'être les premiers responsables des enfants ; ceci n'exclut toutefois pas que le beau-père puisse jouer un rôle socioéducatif

³⁵ Constance R. AHRONS, « Family Ties after Divorce: Long-Term Implications for Children », (2006) 46-1 *Family Process* 53.

³⁶ Kari Lee ADAMSONS, Kay PASLEY et Marion O'BRIEN, « An ecological approach to father involvement in biological and stepfather families », (2007) 5-2 *Fathering* 129 ; Sylvie CADOLLE, « Séparation des parents et passage à l'âge adulte fragilisé », dans Chantal ZAUCHE GAUDRON, Claire SAFRONT-MOTTAY, Olivia TROUPEL-CREMEL, Véronique ROUYER et Myriam DE LÉONARDIS (dir.), *Précarités et éducation familiales*, Toulouse, Érès, 2009, p. 39 ; William MARSIGLIO, « When Stepfathers Claim Stepchildren: A Conceptual Analysis », (2004) 66-1 *Journal of Marriage and Family* 22 ; C. PARENT *et al.*, préc., note 33 ; Gloria M. SVARE, Sydney JAY et Mary Ann MASON, « Stepparents on stepparenting : An exploratory study of stepparenting approaches », (2004) 41-3/4 *Journal of Divorce & Remarriage* 81.

important auprès des enfants³⁷. Enfin, des études indiquent que seule une minorité de beaux-pères ne s'engagent pas dans des rôles parentaux³⁸.

Plusieurs beaux-pères consacrent un temps substantiel à leurs beaux-enfants, sont chaleureux envers eux³⁹ et ont tissé des liens importants avec leurs beaux-enfants⁴⁰. Ils seraient cependant perçus comme étant moins chaleureux, moins compétents comme parents, plus indifférents et négligents et ayant moins d'autorité que les pères. Toutefois, des adolescents et des jeunes adultes ont mentionné se sentir aussi proches de leurs beaux-pères que de leurs pères, et ont une perception majoritairement positive de leurs comportements et attitudes⁴¹.

Plusieurs facteurs expliquent la diversité observée dans la manière dont les beaux-pères jouent leur rôle, dont l'âge de l'enfant, la compatibilité des personnalités, la relation entretenue avec chacun des parents d'origine, le temps passé auprès du beau-parent⁴² et le fait de soutenir des enfants issus d'une précédente union. De plus, les beaux-pères adopteraient plus fréquemment un rôle de substitut paternel lorsque le père d'origine est peu présent ou même absent⁴³. En outre, la mère aurait un rôle important à jouer dans la forme que prendra l'engagement de son conjoint

³⁷ Claudine PARENT et Caroline ROBITAILLE, « Statut et rôle parental des beaux-pères dans les familles recomposées ; Intervention sociale en protection de la jeunesse », dans Edwidge RUDE-ANTOINE et Marc PIÉVIC (dir.), *Éthique et Famille*, 1, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 101.

³⁸ W. MARSIGLIO, préc., note 36 ; Marjorie A. SMITH, Jeremy P. ROBERTSON, Jo DIXON, Margareth QUIGLEY et Emma WHITEHEAD, *A study of stepchildren and step-parenting – Final report to the Department of Health*, London, Thomas Coram Research Unit, cités dans Jeremy P. ROBERTSON, « Stepfathers in families », dans Jan PRYOR (dir.), *The international handbook of stepfamilies : Policy and practice in legal, research, and clinical environments*, Hoboken, Wiley & Sons, 2008, p. 125.

³⁹ Sandra L. HOFFERTH et Kermyth G. ANDERSON, « Are all dads equal ? Biology versus marriage as a basis for paternal investment », (2003) 65-1 *Journal of marriage and the family* 213.

⁴⁰ Stephen CLAXTON-OLDFIELD, Tracy GARBER et Kimberly GILLCRIST, « Young adults' perceptions of their relationships with their stepfathers and biological fathers », (2006) 45-1/2 *Journal of Divorce & Remarriage* 51.

⁴¹ Marie-Christine SAINT-JACQUES et Rachel LÉPINE, « Le style parental des beaux-pères dans les familles recomposées », (2009) 41-1 *Canadian Journal of Behavioural Science/Revue canadienne des sciences du comportement* 22.

⁴² C. AHRONS, préc., note 35 ; S. HOFFERTH et K. G. ANDERSON., préc., note 39.

⁴³ C. PARENT *et al.*, préc., note 33 ; G. SVARE *et al.*, préc., note 36.

auprès des enfants, car cela dépendra beaucoup de la place parentale et du pouvoir qu'elle acceptera de partager avec lui⁴⁴.

La manière dont les belles-mères jouent leur rôle auprès des enfants de leur partenaire a été beaucoup moins étudiée et ces recherches n'ont pas nécessairement porté sur les mêmes objets que celles menées auprès des beaux-pères⁴⁵. Pour les femmes qui deviennent belles-mères, il peut être difficile de concilier les attentes reliées au genre féminin concernant la maternité et la distance qu'elles doivent s'imposer : prendre soin du bel-enfant comme une mère sans avoir les mêmes prérogatives qu'une mère sur le plan de l'autorité⁴⁶. Les travaux de Crohn⁴⁷ montrent qu'il existe, tout comme chez les beaux-pères, une diversité de liens entre les belles-mères et leur belle-fille, allant d'une relation parentale à une relation amicale. Aussi, le rôle des belles-mères semble influencé par le fait qu'elles sont nombreuses à l'occuper à temps partiel, les beaux-enfants résidant régulièrement auprès de leur mère. Les études (qui comportent plusieurs limites) menées dans ce contexte précis ont conclu que les belles-mères à temps partiel font face à de plus grands défis et que leur rôle est plus ambigu⁴⁸.

⁴⁴ W. MARSIGLIO, préc., note 36 ; C. PARENT *et al.*, préc., note 33.

⁴⁵ Marie-Christine SAINT-JACQUES, Sylvie DRAPEAU, Claudine PARENT et Élisabeth GODBOUT, « Recomposition familiale, parentalité et beau-parentalité. Constats, limites et perspectives », (2012) 25-1 *Nouvelles pratiques sociales* 107.

⁴⁶ Marilyn COLEMAN, Jessica TROILO et Tyler B. JAMISON, « The Diversity of Stepmothers : The Influences of Stigma, Gender, and Context on Stepmother Identities », dans Jan PRYOR (dir.), *The International Handbook of Stepfamilies : Policy and practice in legal, research, and clinical environments*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2008, p. 369 ; Julie GOSSELIN et Hélène DAVID, « Défis et contraintes des recherches sur les familles recomposées : l'exemple de la relation belle-mère-belle-fille », (2005) 50-2 *Psychologie française* 241.

⁴⁷ Helen CROHN, « Young Women Recall Their Positive Relationships with Their Mothers and Stepmothers », (2005) 66 *Dissertation Abstracts International Section A : Humanities and Social Sciences* 1957 ; Helen CROHN, « Five Styles of Positive Stepmothering from the Perspective of Young Adult Stepdaughters », (2006) 46-1/2 *Journal of Divorce & Remarriage* 119.

⁴⁸ Anne-Marie AMBERT, « Being a Stepparent : Live-In and Visiting Stepchildren », (1986) 48-4 *Journal of Marriage and Family* 795 ; Mark A. FINE, « The clarity and content of the stepparent role : A review of the literature », (1995) 24 *Journal of Divorce and Remarriage* 19 ; Shannon E. WEAVER et Marilyn COLEMAN, « A mothering but not a mother role : A grounded theory study of the nonresidential stepmother role », (2005) 22-4 *Journal of Social and Personal Relationships* 477, cités dans Marilyn

Très peu de chercheurs ont tenté de documenter les relations postruptures qui existent entre des enfants et leur beau-parent. Parmi les exceptions, notons l'étude de Coleman, Ganong, Russell et Frye-Cox⁴⁹, réalisée auprès de 41 adultes ayant vécu en famille recomposée lorsqu'ils étaient jeunes et qui ont vécu la rupture conjugale de leur parent et beau-parent. Vingt et un d'entre eux ont toujours des contacts avec leur beau-parent. Ce qui les distingue de ceux qui n'ont pas gardé le contact tient au fait que le beau-parent est considéré à leurs yeux comme un membre de leur famille. Les chercheurs ont observé que le maintien des contacts ne s'opère pas nécessairement immédiatement après la séparation. Certains jeunes attendront que leur parent ait pris une distance émotionnelle par rapport à la rupture, ou cherchent à éviter les conflits avec le parent et remettent ce désir à plus tard⁵⁰. On constate ainsi que le jeune adopte une posture où il ne se sent pas nécessairement libre de maintenir des contacts et qu'il cherche d'une certaine manière à protéger son parent ou sa relation avec lui.

L'importance du lien intergénérationnel entre un enfant devenu adulte et ses différentes figures parentales serait associée à l'ampleur des investissements faits auprès de l'enfant et non au fait de savoir qui du père, de la mère, du beau-père ou de la belle-mère s'est investi auprès de lui⁵¹. Les différences observées s'expliquent largement par la durée de la corésidence, même si la force du lien avec la mère demeure dans une catégorie à part.

On constate ainsi que le rôle des beaux-parents et l'importance du lien qui les unit à l'enfant sont de nature diversifiée. Sur le plan de la régulation juridique de cette relation, cette diversité doit susciter un réflexe de prudence. Des automatismes en cette matière serviraient très mal la cause des enfants.

COLEMAN, Jessica TROILO et Tyler B. JAMISON, «The Diversity of Stepmothers: The Influences of Stigma, Gender, and Context on Stepmother Identities», dans Jan PRYOR (dir.), *The International Handbook of Stepfamilies: Policy and practice in legal, research, and clinical environments*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2008, p. 369.

⁴⁹ Marilyn COLEMAN, Lawrence GANONG, Luke RUSSEL et Nick FRYE-COX, «Stepchildren's views about former step-relationships following stepfamily dissolution», (2015) 77-3 *Journal of Marriage and the Family* 775.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Katya IVANOVA et Matthijs KALMIJN, «Parental involvement in youth and closeness to parents during adulthood: Stepparents and biological parents», (2020) 34-7 *Journal of Family Psychology* 794.

III. La reconnaissance des liens beau-parent enfant par le droit et les limites identifiées

Un impressionnant travail d'analyse comparative des responsabilités parentales, des droits et des obligations des beaux-parents dans 18 pays, dont le Canada, a été réalisé par Motte⁵². Ce travail fait d'abord ressortir que la reconnaissance et la protection de la relation beau-parent enfant varient beaucoup d'une juridiction à l'autre. Les variations observées portent sur l'existence d'un statut légal spécifique, de droits et d'obligations. De plus, l'analyse montre que la reconnaissance et la protection des liens beaux-parents enfant, lorsqu'elles existent, couvrent surtout la période où le beau-parent est en couple avec le parent de l'enfant. Quelques juridictions vont aussi prévoir des modalités qui pourraient concerner les beaux-parents qui sont divorcés ou séparés du parent ou les familles recomposées dans lesquelles le parent de l'enfant est décédé⁵³.

Au Québec, ni les familles recomposées ni le statut de beau-parent ne sont reconnus dans le Livre II du Code civil portant sur le droit de la famille, alors qu'ils le sont dans d'autres provinces et territoires canadiens⁵⁴. Toutefois, au Québec, comme au Canada d'ailleurs, ces familles sont reconnues dans le cadre restreint de la législation fédérale sur le divorce qui prévoit que si le beau-parent s'est comporté «en parent» (principe du *loco parentis*) créant, de l'avis de Giroux et Gruben⁵⁵ une situation paradoxale alors que l'on ne reconnaît pas l'existence juridique de ces familles lorsqu'elles sont unies, tout en prévoyant des droits et des obligations en cas de divorce. Si, contrairement au Québec, les autres provinces canadiennes reconnaissent dans leur droit familial la réalité des familles recomposées, il reste que le statut légal du beau-parent n'a rien

⁵² Gwendoline MOTTE, «Multiplication of potential social and emotional ties», dans Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS et Gendwoline MOTTE (dir.), *Adults and children in postmodern societies. A comparative law and multidisciplinary handbook*, Cambridge, Insertia, 2019, p. 793.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Michelle GIROUX et Vanessa GRUBEN, «Legal relationships between adults and children in Canada», dans Jehanne SOSSON, Geoffrey WILLEMS et Gendwoline MOTTE (dir.), *Adults and children in postmodern societies. A comparative law and multidisciplinary handbook*, Cambridge, Insertia, 2019, p. 149; D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5.

⁵⁵ *Id.*

d'automatique puisqu'il dépend dans les faits de la nature de la relation entre l'enfant et le beau-parent.

Le droit de la famille au Québec est basé sur le principe selon lequel les enfants ont deux parents légaux (cette légalité étant fondée sur les liens biologiques, adoptifs ou issus de la procréation assistée), ce qui représente en soi un obstacle à la reconnaissance juridique des beaux-parents⁵⁶. En effet, cette situation se situe en porte-à-faux avec le fonctionnement de nombreuses familles recomposées, crée des difficultés dans la vie quotidienne, mais aussi en cas de dissolution du couple recomposé. Dans un jugement de 2018, le juge Morrison de la Cour supérieure invite le gouvernement québécois à moderniser son droit familial afin que les jugements puissent être rendus dans le respect du meilleur intérêt des enfants d'aujourd'hui,⁵⁷ intérêt pouvant résider dans le fait d'être légalement lié à plus de deux parents.

Goubau et Chabot⁵⁸ ont analysé la jurisprudence québécoise récente mettant en jeu d'une manière ou d'une autre le statut de beau-parent afin de comprendre quelle reconnaissance est accordée à ce statut. Il en résulte 67 décisions en droit familial couvrant les années 2001 à 2017 publiées dans les banques de jugements de SOQUIJ. L'analyse de ces décisions révèle une approche restrictive de la vision du beau-parent. On est prêt à lui reconnaître certains droits quand il se comporte comme un père ou une mère, lorsqu'il se substitue à l'autre parent ou lorsqu'il agit *in loco parentis*, ce résultat rejoignant les conclusions des analyses menées par Motte⁵⁹ dans différentes législations. Le Québec permet aussi l'adoption de l'enfant du conjoint, mais seulement dans des conditions où le beau-parent se substitue à l'un des parents de l'enfant, puisque le droit actuel ne permet pas l'établissement de plus de deux liens de filiation.

Par ailleurs, il apparaît important de mentionner que si la reconnaissance du statut de beau-parent est minime dans le droit familial, d'autres textes de loi ou règlements, au Québec comme ailleurs au Canada, peuvent

⁵⁶ Denise A. SKINNER et Julie K. KOHLER, « Parental rights in diverse family contexts : Current legal developments » (2002) 51-4 *Family Relations* 293, citées dans Sarah E. C. MALIA, « Balancing family members' interests regarding stepparent rights and obligations : a social policy challenge », (2005) 54 *Family Relations* 298.

⁵⁷ *Droit de la famille – 18968*, 2018 QCCS 1900.

⁵⁸ D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5.

⁵⁹ G. MOTTE, préc., note 52.

reconnaître la réalité beau-parentale. Un travail d'analyse original de Goubau et Chabot⁶⁰ révèle que près d'une quarantaine de législations et réglementations, en dehors du droit privé de la famille, abordent la question de la recomposition familiale. Toutefois, cette prise en compte n'est pas fondée sur une définition standardisée du lien beau-parental. Un aspect fait cependant consensus : « lorsque la loi traite des questions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le beau-parent apparaît comme un étranger. »

En cas de séparation, le maintien des contacts de l'enfant avec le beau-parent ne repose que sur les principes jurisprudentiels s'appliquant à tous les tiers et ce sera au beau-parent à démontrer que c'est dans l'intérêt de l'enfant⁶¹. D'ailleurs, comme le souligne Malia⁶², les législateurs conceptualisent la relation du beau-parent avec l'enfant selon un modèle dérivé, c'est-à-dire qu'elle existe tant que le beau-parent est en couple avec le parent. Il est d'ailleurs très rare que des beaux-parents obtiennent la garde d'un enfant après une séparation ou un décès. Hans⁶³ a approfondi cette question en examinant des jugements prononcés aux États-Unis qui montrent dans quelles circonstances la garde d'un enfant a été confiée au beau-parent. L'analyse montre qu'il s'agit de situations où la Cour a considéré que ne pas confier la garde au beau-parent infligerait à l'enfant une trop grande difficulté, ce qui irait à l'encontre de son meilleur intérêt (un constat d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour suprême depuis 1987⁶⁴). Par exemple, un parent est décédé et l'enfant est très attaché à son beau-parent. Autre exemple, le père et la belle-mère d'un enfant handicapé divorcent. Le père est considéré comme fataliste et apathique face à la condition de l'enfant, alors que la belle-mère est très mobilisée dans les soins et les services dont l'enfant a besoin. On voit donc que la garde est obtenue alors que le beau-parent a pu démontrer non seulement qu'il est un *bon* parent, mais qu'il est un *meilleur* parent. Ce sont donc des situations exceptionnelles et de l'avis de Hans, des cas difficiles à prédire, car il y a beaucoup de latitude sur le plan juridique en raison de l'ambiguïté des législations.

⁶⁰ D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5, 909.

⁶¹ *Id.*

⁶² S. MALIA, préc., note 19.

⁶³ J. HANS, préc., note 4.

⁶⁴ Voir la décision de la Cour suprême du Canada : *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 RCS 244.

Plusieurs travaux de recherche portant sur le statut de beau-parent et les droits des enfants de famille recomposée font ressortir les problèmes qui émanent de l'état du droit actuel⁶⁵. Il importe toutefois de rappeler qu'il s'agit d'un jugement d'ensemble et que ces constats ne s'appliquent pas à toutes les législations. Un premier problème est de l'ordre de la représentation et des définitions. Très souvent, la définition de la famille dans le droit se limite aux deux parents biologiques ou adoptifs et leurs enfants. Une partie des familles contemporaines n'est donc pas prise en compte dans les lois. Malia⁶⁶ propose d'adopter une nouvelle définition de la famille plus inclusive qui a) reconnaîtrait à la fois l'importance des liens biologiques et les droits légaux parents enfants; b) reconnaîtrait l'attachement entre les beaux-parents et les enfants et c) éviterait aux enfants de vivre des ruptures de liens inutiles. Par ailleurs, la notion de beau-parent n'est pas définie, alors que cette personne est généralement vue par le droit comme un tiers (*legal stranger*). Se basant sur les retombées positives qu'a entraînées, il y a quelques décennies, l'insertion d'une définition de la notion de conjoint de fait dans la Loi de l'interprétation, Goubau et Chabot⁶⁷ ont proposé de faire la même chose cette fois en définissant la notion de beau-parent.

L'absence de définitions en phase avec la réalité actuelle n'est que le reflet d'une deuxième difficulté, soit la résistance du droit à reconnaître la multiparentalité. Il existe très peu de prise en compte des parents de fait, problème accentué par la non-reconnaissance de la multiparentalité. En outre, la non-reconnaissance des beaux-parents dans un contexte où les couples recomposés peuvent donner naissance à des enfants⁶⁸ crée, au sein d'une même famille, des catégories d'enfants. Les enfants biologiques du couple recomposé seront mieux protégés en cas de dissolution ou de

⁶⁵ Susan L. POLLET, « Still a patchwork quilt: a nationwide survey of state laws regarding stepparent rights and obligations » (2010) 48-3 *Family Court Review* 528; M. HOLTZMAN, préc., note 1; D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5; M. GIROUX *et al.*, préc., note 54; G. WILLEMS *et al.*, préc., note 6; J. HANS, préc., note 4; S. MALIA, préc., note 19; Laurie SHRAGE, « Decoupling marriage and parenting », (2018) 35-3 *Journal of Applied Philosophy* 498; OECD, préc., note 7; G. MOTTE, préc., note 52.

⁶⁶ S. MALIA, préc., note 19.

⁶⁷ D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5.

⁶⁸ Une situation plus probable actuellement compte tenu de la précocité des recompositions familiales. Valerie HEINTZ-MARTIN, Céline LE BOURDAIS et Dana HAMPLOVA, « Childbearing among Canadian stepfamilies », (2014) 41-1/2 *Canadian Studies in Population* 61.

décès du parent qui est aussi le beau-parent de leur demi-fratrie. Ils pourraient dans certains cas avoir accès à plus de ressources économiques via les bénéfices que détient leur parent et détenir plus de droits. Enfin, en cas de séparation, la relation avec leur parent sera protégée.

La non-reconnaissance de la multiparentalité entraîne aussi un troisième problème qu'est celui de l'autorité parentale qui ne peut être détenue que par les parents des enfants, ce qui limite grandement son action et peut être en porte-à-faux avec les rôles et les responsabilités assumés par le beau-parent au quotidien. Un quatrième problème se présente lorsque le couple recomposé se dissout. Il n'existe aucune protection spécifique de la relation beau-parent enfant ce qui pourrait priver l'accès de l'enfant à son beau-parent et aux ressources que celui-ci peut lui fournir. Enfin, un cinquième problème se présente en cas de décès, puisque l'enfant dont le beau-parent décède sans testament n'aura pas droit à l'héritage. Dans un contexte où c'est le parent qui décède, quels seraient les droits d'héritage d'un enfant vis-à-vis d'un beau-parent lorsque certains biens du beau-parent ont été des biens détenus conjointement avec le parent ? L'ensemble de ces problèmes montre comment la non-reconnaissance juridique de la multiparentalité et de la multiparenté⁶⁹ vulnérabilise les enfants en les privant de ressources affectives, sociales et économiques. Aussi, plusieurs chercheurs et experts soulignent l'importance d'apporter des modifications à cette situation tant elle ne reflète plus la réalité des familles contemporaines⁷⁰.

IV. Les dispositions légales proposées

L'idée d'une plus grande reconnaissance du statut de beau-parent et de la recomposition familiale recueille un consensus assez important, tant dans la population, parmi les juristes et les chercheurs⁷¹ qu'auprès de dif-

⁶⁹ Michaël LESSARD, « Il est temps de considérer la triparenté », *La Presse* +, 24 août 2019, en ligne : <<https://www.lapresse.ca/debats/opinions/2019-08-24/il-est-temps-de-considerer-la-triparente>>.

⁷⁰ C. PARENT *et al.*, préc., note 4; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 4; M. SAINT-JACQUES *et al.*, préc., note 23.

⁷¹ D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5; C. PARENT *et al.*, préc., note 4; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 4.

férents acteurs de la société⁷². Par contre, il y a moins de consensus et de certitudes au sujet des dispositifs légaux qui sont privilégiés⁷³ ou qui devraient l'être⁷⁴. La diversité des dispositions existantes dans différentes législations, voire leur existence témoigne, selon Motte,⁷⁵ de la grande difficulté de décider de l'ampleur et de la manière dont les adultes impliqués devraient être légalement titulaires de droits parentaux. Un autre objet de débats concerne les contextes dans lesquels ces dispositifs s'appliqueraient. Si certains États, provinces, pays sont prêts à une plus grande reconnaissance du statut de beau-parent, encore faut-il s'entendre sur ce qu'est une relation beau-parent enfant qui doit faire l'objet d'une reconnaissance légale ? La réponse, on s'en doute, est traversée par des considérations relevant de l'appréciation des liens sociaux ainsi que par des principes juridiques.

Les réflexions entourant la protection de la relation beau-parent enfant ont donné lieu, sur le plan international, à différentes propositions. Nous les présentons brièvement, sachant que si elles comportent des limites d'opérationnalisation ou d'applicabilité certaines, elles ont le mérite de permettre des réflexions et des discussions sur la manière d'actualiser le droit de la famille. D'ailleurs, certaines de ces dispositions sont déjà inscrites dans des législations⁷⁶. Elles concernent tantôt des moments précis de la vie familiale (durant l'union, en cas de séparation ou de décès), tantôt des situations particulières (p. ex. quand le couple est marié, lorsque le beau-parent agit *in loco parentis*). Certaines sont aussi spécifiques à la recomposition familiale alors que d'autres s'inscrivent dans une perspective plus large de multiparentalité, voire de rôle des tiers. L'analyse des

⁷² COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 4; COMMISSION CITOYENNE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Droit de la famille : Viser la protection des femmes et des enfants*, mémoire présenté dans le cadre de la Commission citoyenne sur le droit de la famille, 2018, en ligne : <<https://maisons-femmes.qc.ca/wp-content/uploads/2018/05/2018-memoire-droit-de-la-famille.pdf>>; FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES ET RECOMPOSÉES DU QUÉBEC, *Le droit familial : un enjeu d'égalité!*, mémoire présenté dans le cadre de la Commission citoyenne sur le droit de la famille, 14 mai 2018, p. 7.

⁷³ G. MOTTE, préc., note 52.

⁷⁴ COMMISSION CITOYENNE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 72; Jessica TROILO, «Stepfamilies and the Law: Legal Ambiguities and Suggestions for Reform», (2011) 52-8 *Journal of Divorce and Remarriage* 610.

⁷⁵ G. MOTTE, préc., note 52.

⁷⁶ *Id.*

tenants et aboutissants de ces dispositions dépasse toutefois les objectifs de ce chapitre. Le lecteur pourra consulter les auteurs cités pour en connaître davantage.

Une première série de dispositions vise à permettre au beau-parent d'assumer certaines responsabilités parentales auprès des enfants de leur partenaire. Par exemple, la délégation partielle de l'autorité parentale au Canada⁷⁷, la délégation générale de l'autorité parentale en France, l'*Australian Parenting Orders* ou le régime irlandais de tutelle⁷⁸ s'inscrivent dans cette volonté. Une des limites de ces formes de partage est qu'il s'agit généralement d'une délégation partielle de l'autorité parentale qui ne couvre pas l'ensemble des responsabilités assumées dans les faits par le beau-parent. Le Comité consultatif sur le droit de la famille, qui a proposé une réforme du droit de la famille en 2015, suggère d'accorder plus de droits au beau-parent en partageant avec lui l'autorité parentale. Toutefois, ce partage ne pourrait se faire que s'il est exercé par un seul parent. Ce serait le cas, par exemple, d'un enfant dont le père ou la mère est décédé ou déchu de son autorité parentale vis-à-vis son enfant. Si cette proposition constitue une avancée, elle laisse cependant à découvert la situation des enfants qui ont plus de deux figures parentales. Mentionnons aussi qu'en vertu du principe de *loco parentis*⁷⁹, un beau-parent pourrait se voir reconnaître des droits (dont l'autorité parentale) et des obligations. Ce statut comporte différentes limites d'applicabilité puisqu'il ne concerne, au Québec, que les couples recomposés mariés et qu'il est basé sur une logique de parentalité substitutive plutôt que de multiparentalité. Hans⁸⁰ souligne que ce statut est aussi critiqué parce qu'il se focalise davantage sur un type de relations plutôt que sur le bien-être de l'enfant. D'autres experts vont plus loin, comme Mason et coll.⁸¹, qui proposent la création d'un statut de parent de fait permettant de partager l'autorité parentale sans empiéter sur celle des parents. L'autorité parentale pourrait aussi impliquer plus de deux parents et se poursuivre ou cesser en cas de dissolution du couple recomposé (en cas de séparation ou de décès).

⁷⁷ M. GIROUX *et al.*, préc., note 54; D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5.

⁷⁸ G. MOTTE, préc., note 52.

⁷⁹ M. GIROUX *et al.*, préc., note 54; D. GOUBAU *et al.*, préc., note 5; J. HANS, préc., note 4; S. MALIA, préc., note 19; G. MOTTE, préc., note 52.

⁸⁰ J. HANS, préc., note 4.

⁸¹ M. MASON *et al.*, préc., note 27.

Shrage⁸² propose une disposition assez différente dans laquelle la conjugalité et la parentalité seraient dissociées. L'entente de coparentalité permettrait aux personnes qui ont des responsabilités parentales (parents légaux ou de fait) de formaliser la manière dont ils souhaitent coopérer, c'est-à-dire, diviser les responsabilités et les privilèges et protéger la relation que chacun a avec l'enfant. Les coparents pourraient décider de la pérennité ou non de cette entente au-delà, par exemple, de l'union si ces personnes forment aussi un couple.

Une deuxième série de dispositions concerne les droits d'accès et de garde du beau-parent une fois que le couple recomposé est dissous. Malia souligne l'importance d'établir des règles claires sur les conditions qui permettent à un beau-parent d'obtenir la garde d'un enfant si c'est dans son meilleur intérêt. Il apparaît aussi que plusieurs acteurs, dont les tribunaux, devraient développer une plus grande sensibilité aux liens d'attachement qu'un enfant a pu créer avec un beau-parent lorsqu'il existe un contexte menaçant ce lien, telle une rupture du couple recomposé. Par exemple, on retrouve cette préoccupation Royaume-Uni, alors que le Children Act de 1989 précise qu'un beau-parent qui était marié au parent de l'enfant peut demander la garde de l'enfant à la suite de la rupture de ce mariage.

Une troisième série de dispositions concernent les obligations du beau-parent, notamment des obligations alimentaires qui peuvent se maintenir au-delà de l'union du couple recomposé⁸³ ou n'exister qu'une fois le couple dissous. Il importe de préciser que la reconnaissance de droits et d'obligations aux beaux-parents dans différentes législations au Canada et à l'international n'est pas toujours basée sur les mêmes rationalités⁸⁴. Elle pourra transiter par des obligations d'assistance mutuelle entre époux (et donc être plus vulnérable en cas de dissolution de l'union), être fondée sur le principe que tous les enfants d'une même famille doivent pouvoir bénéficier du même niveau de vie ou que l'enfant compte sur ce soutien de la part du beau-parent⁸⁵.

⁸² L. SHRAGE, préc., note 65.

⁸³ S. MALIA, préc., note 19 ; G. MOTTE, préc., note 52.

⁸⁴ G. MOTTE, préc., note 52.

⁸⁵ *Id.* ; Mark A. FINE, « Stepfamilies from a policy perspective : Guidance from the empirical littérature », (1997) 26 *Marriage and Family Review* 249, cité Sarah E. C. MALIA, « Balancing family members' interests regarding stepparent rights and obligations : a social policy challenge », (2005) 54 *Family Relations* 298.

Une quatrième série de dispositions concerne la reconnaissance de liens légaux entre le beau-parent via l'adoption simple (adoption ouverte) qui ne rompt pas tous les liens avec les parents d'origine⁸⁶ et donc qui s'inscrit dans une logique de multiparentalité ou l'adoption plénière qui elle rompt tous ces liens⁸⁷. Avant 2017, au Québec, l'adoption (plénière) de l'enfant du conjoint était la seule mesure de reconnaissance des droits du beau-parent vis-à-vis l'enfant de son partenaire⁸⁸. La réforme de 2017 a introduit une nouvelle disposition, la tutelle supplétive, qui permet à un tiers qui fait partie de la famille élargie de l'enfant, dont le beau-parent, d'assumer les tâches de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale⁸⁹. Cette disposition s'inscrit aussi dans une logique substitutive puisque la délégation est fondée sur l'impossibilité (totale ou partielle) du parent d'assumer ses charges parentales et que, de ce fait, ce parent voit ses charges suspendues (article 199.6. du Code civil du Québec)⁹⁰. Toutefois, et contrairement à l'adoption plénière, elle permet de préserver la filiation de l'enfant à ses parents⁹¹.

V. Pourquoi plus de reconnaissance de la relation beau-parent enfant ?

Les informations présentées dans les parties précédentes fournissent déjà plusieurs arguments en faveur d'une plus grande reconnaissance de la relation beau-parent enfant. Globalement, on constate qu'il existe un paradoxe entre ce qui se passe au sein d'un nombre substantiel de familles recomposées et l'état du droit.

En effet, plusieurs études montrent que de nombreux beaux-parents se voient comme des figures parentales, il en va de même de leur parte-

⁸⁶ S. MALIA, préc., note 19 ; G. MOTTE, préc., note 52.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Françoise-Romaine OUELLETTE et Carmen LAVALLÉE, « L'adoption légale comme révélateur de l'évolution de la famille au Québec », (2017) 73 *Droit et cultures* 49.

⁸⁹ Art. 199.1 à 199.10 C.c.Q.

⁹⁰ Dominique GOUBAU et Anne-Marie SAVARD, « Les différentes sortes de tutelle », dans Dominique GOUBAU et Anne-Marie SAVARD, *Le droit des personnes physiques*, 6^e édition, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019.

⁹¹ Sebastian FERNANDEZ, « La tutelle supplétive », Réseau juridique du Québec, 3 avril 2020, en ligne : <<https://www.avocat.qc.ca/public/tutellesuppletive.htm#2>>.

naire⁹² et des enfants⁹³. L'étude de Mason et coll.⁹⁴ montre que les beaux-parents donnent des soins primaires. Ils contribuent à la tâche collective en aidant pour les devoirs, en transportant les enfants, tout comme les parents biologiques. Selon les familles, ils pourront jouer un rôle plus effacé en matière de discipline et d'autorité, mais des études montrent que les rôles assumés par le beau-parent peuvent aussi dépendre de leur personnalité, de leurs forces et de celles de leur partenaire⁹⁵. On constate ainsi un écart entre l'exercice de certaines fonctions assumées par certains beaux-parents et l'insuffisance de l'autorité parentale qui peut leur être attribuée. Si les beaux-parents peuvent jouer un rôle important au sein de la famille, ils ne se voient reconnaître aucun droit ou légitimité d'intervenir dans les lieux offrant des services aux familles tels l'école, les centres de santé, les services sociaux, les loisirs,⁹⁶ puisque le statut juridique de la pluri-parentalité, au Canada et au Québec, est encore très incomplet⁹⁷.

Un second paradoxe réside dans le peu de cas fait des investissements relationnels consentis durant la vie commune par les beaux-parents et les enfants. Ces investissements relationnels sont parfois assortis d'attentes familiales et sociales à leur égard (développement de relations respectueuses, harmonieuses, significatives). Il en résulte que certains enfants sont très attachés à leur beau-parent qui est devenu au fil du temps une

⁹² M. MASON *et al.*, préc., note 27; Marion ADAMISTE, *Couple recomposé et parents séparés : comprendre l'exercice de la coparentalité au sein des familles recomposées*, thèse de doctorat, École de psychologie, Université Laval, à paraître.

⁹³ C. AHRONS, préc., note 35; M. SAINT-JACQUES, préc., note 34.

⁹⁴ M. MASON *et al.*, préc., note 27.

⁹⁵ M. ADAMISTE, préc., note 92.

⁹⁶ Pamela J. HENRY et James MCCUE, «The Experience of Nonresidential Stepmothers», (2009) 50-3 *Journal of Divorce & Remarriage* 185; Claudine PARENT et Madeleine BEAUDRY, «Le développement de l'insatisfaction conjugale dans un contexte de recomposition familiale», (2002) 21-4 *Revue canadienne de santé mentale communautaire* 153; C. PARENT et C. ROBITAILLE, préc., note 37; Claudine PARENT, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Madeleine BEAUDRY et Caroline ROBITAILLE, «Stepfather Involvement in Social Interventions Made by Youth Protection Services in Stepfamilies», (2007) 12-3 *Child & Family Social Work* 229.

⁹⁷ Dominique GOUBAU, «Le statut du "tiers significatif" dans les familles recomposées», dans S.F.C.B.Q., *Développements récents en droit familial* (2011), p. 3, en ligne : <http://www.caïj.qc.ca/doctrine/developpements_recents/340/4368/index.html>.

personne très significative pour eux. Malia⁹⁸ rappelle que la recherche sur le développement de l'enfant, particulièrement ceux qui vivent des transitions familiales associées à la séparation parentale, supporte clairement l'affirmation, en contraste des possibilités légales traditionnelles, que les membres de la famille recomposée vont profiter de réformes qui facilitent les relations parentales multiples et sécurisantes. De telles réformes favorisent le bien-être psychologique et émotionnel autant qu'économique des enfants et diminuent la dépendance à l'État, en codifiant la contribution discrétionnaire du beau-parent et en encourageant de futurs engagements, sans décourager l'investissement du parent non résident. Or, si l'union du couple recomposé se dissout, aucune protection de cette relation n'est assurée. On invoquera alors le fait que ces liens n'ont pas à se poursuivre, car ils n'impliquent pas de liens de filiation et que le maintien des contacts entre les parents et les enfants complexifie déjà suffisamment le quotidien des enfants. Toutefois, rien n'est inventé au moment de la rupture : cette complexité relationnelle prévalait aussi au moment de l'union. Une plus grande reconnaissance de la relation avec le beau-parent vise à respecter les besoins des enfants en termes de stabilité et de maintien des liens d'attachement. Cette question apparaît d'autant plus importante que les couples recomposés ont tendance à mettre fin à leur union dans des proportions plus importantes que les premières unions⁹⁹.

Par ailleurs, on constate que les beaux-parents peuvent faire une différence sur le plan du soutien économique des beaux-enfants¹⁰⁰. Bien que les attentes de soutien économique de la part du beau-parent soient diversifiées¹⁰¹, ses ressources peuvent contribuer à prévenir la vulnérabilité économique des enfants, pendant l'union du couple recomposé, mais aussi à la fin d'une telle union. Pour que cela puisse se produire, les lois et les politiques doivent être fondées sur une définition de la famille qui soit inclusive¹⁰² et qui ne favorise pas un traitement différencié des enfants

⁹⁸ S. MALIA, préc., note 19, 307 et 308.

⁹⁹ Marie-Christine SAINT-JACQUES, Caroline ROBITAILLE, Élisabeth GODBOUT, Claudine PARENT, Sylvie DRAPEAU et Marie-Hélène GAGNÉ, « The process distinguishing stable from unstable stepfamily couples : A qualitative analysis », (2011) 60-5 *Family Relations* 545.

¹⁰⁰ M. MASON *et al.*, préc., note 27.

¹⁰¹ M. J. MACLEAN *et al.*, préc., note 22.

¹⁰² OECD, préc., note 7.

d'une même fratrie parce que certains ont des liens légaux avec les figures parentales et d'autres des liens sociaux.

A. *Un droit qui permet plus de cohérence et de continuité dans la vie des enfants*

Accorder plus d'importance à la relation entre l'enfant et le beau-parent dans le droit de la famille comporte plusieurs défis. Le premier en est un de reconnaissance sociale et juridique du rôle de ces figures parentales alternatives. Il faut sortir la recomposition familiale de l'ombre dans laquelle elle se trouve actuellement. Le deuxième défi en est un de cohérence, afin que l'écart qui sépare les pratiques familiales de leur régulation par le droit soit diminué. Un troisième défi en est un de continuité entre ce que l'on demande aux enfants et au beau-parent durant la vie commune et ce qui se passe au moment d'une éventuelle rupture. Un quatrième défi, encore une fois lié aux situations de rupture, concerne notre capacité à bien discriminer les situations de manière à tenir compte de la diversité des liens qui peuvent unir un enfant à son beau-parent. On voudra particulièrement distinguer :

1. Le beau-parent qui joue un rôle de soutien au moment de la recomposition familiale et dont la relation avec l'enfant se positionne essentiellement à travers la relation au parent de l'enfant ;
2. Le beau-parent qui assume dans les faits des fonctions parentales, qui représente aux yeux de l'enfant une figure parentale s'ajoutant à celle de ses deux parents d'origine, auquel il est attaché et pour lequel une rupture totale des liens serait préjudiciable ;
3. Le beau-parent qui agit comme un parent de substitution ou de remplacement (en raison du décès ou du désengagement de l'autre parent) en assumant sur une base continue et permanente les responsabilités parentales (relationnelles et économiques) et qui réclame l'enfant comme étant le sien. Ce beau-parent agit *in loco parentis*, selon la maxime légale consacrée. Ceci signifie qu'il se comporte comme un parent et se perçoit comme un parent. L'enfant le perçoit aussi comme son parent. Le rôle qu'il exerce fait consensus au sein du couple et auprès de l'enfant. L'entourage de la famille considère d'ailleurs ce beau-parent comme le parent de l'enfant. En cas de rupture, dans certaines circonstances, ce beau-parent sera légalement considéré comme un parent à part entière : il pourra réclamer la garde ou des droits d'accès aux mêmes conditions que

celles qui s'appliquent à un parent; incidemment, il pourrait être appelé à verser à l'enfant une pension alimentaire.

Pour le premier cas de figure, le droit actuel prévoit que le beau-parent puisse réaliser certaines actions (par exemple, aller chercher l'enfant à la garderie ou en prendre soin lors de l'absence temporaire du parent). Il s'agit de la délégation spécifique qui prévoit que : le titulaire de l'autorité parentale peut, sur une base spéciale, temporaire et révocable, déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant (article 601 du Code civil du Québec), une disposition qui apparaît suffisante dans ces situations.

Pour le deuxième cas de figure, il existe un frein juridique à l'exercice du rôle de ce beau-parent. Dans cette situation, la délégation de l'autorité parentale n'est pas suffisante puisque ce beau-parent a besoin de partager l'autorité parentale avec l'autre parent sur une base plus générale. Or, en dehors d'une adoption qui vient modifier la filiation de l'enfant, il n'y a pour le moment aucun mécanisme lui permettant d'être titulaire de l'autorité parentale à part entière. Comme le souligne le Comité consultatif¹⁰³, ce beau-parent ne souhaite pas établir une filiation avec l'enfant, mais souhaite plutôt ses effets.

Par ailleurs, en cas de rupture du couple, le droit actuel ne prévoit aucun statut particulier pour le beau-parent ayant développé un lien significatif avec l'enfant durant la vie commune. Sur le plan juridique, celui-ci sera considéré comme un tiers. S'il veut conserver un accès à l'enfant, il lui faudra convaincre le tribunal que la décision du parent de l'exclure de la vie de l'enfant est contraire à l'intérêt de ce dernier, ce qui constitue en pratique un très lourd fardeau¹⁰⁴. Pourtant, encore récemment, cette démonstration devant les tribunaux a été soulignée comme étant la voie à suivre par deux associations s'étant fait entendre devant la Commission citoyenne sur le droit de la famille¹⁰⁵, soit la Fédération des Associations de familles monoparentales et recomposées¹⁰⁶ et l'Association des jeunes notaires du Québec,¹⁰⁷ ce qui dénote des inquiétudes que soulève le main-

¹⁰³ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 4.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ COMMISSION CITOYENNE SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 72.

¹⁰⁶ FÉDÉRATION DES ASSOCIATIONS DE FAMILLES MONOPARENTALES ET RECOMPOSÉES DU QUÉBEC, préc., note 72.

¹⁰⁷ ASSOCIATION DES JEUNES NOTAIRES DU QUÉBEC, « Mémoires et réflexions », mémoire présenté dans le cadre de la Commission citoyenne sur le droit de la famille, 12 juin 2018, p. 9 et 10.

tien de la relation beau-parent enfant dans un contexte postrupture. On peut toutefois faire l'hypothèse que le manque de reconnaissance sociale du rôle et de l'importance des beaux-parents dans la vie de certains enfants, conjugué à la lourdeur qu'implique le fait de supporter le fardeau de la preuve devant le tribunal pour obtenir des droits d'accès, est un frein important au maintien des liens significatifs que l'enfant a pu développer avec ces parents d'addition. D'ailleurs, Troilo souligne qu'aux États-Unis, les couples recomposés qui divorcent ne sont pas entendus au sujet de la garde tant la présomption que le beau-parent ne peut l'obtenir est forte. Afin de favoriser cet accès, le Comité consultatif¹⁰⁸ propose de s'inspirer de la disposition prévue à l'égard des grands-parents ce qui donnerait ceci : « L'enfant a le droit de maintenir des relations personnelles avec ses grands-parents et avec le conjoint ou l'ex-conjoint de son parent, dans la mesure où il a développé avec ce dernier des liens significatifs. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit ». Ainsi la présomption juridique serait-elle renversée : ce n'est plus le beau-parent qui aurait le fardeau de démontrer que le maintien de la relation est dans l'intérêt de l'enfant. Ce maintien serait présumé conforme à son intérêt. Le fardeau de la preuve incomberait donc au parent. À lui de convaincre le tribunal que le maintien de la relation avec le beau-parent s'avère contraire à l'intérêt de l'enfant.

Il apparaît par ailleurs important d'insister sur le fait que dans les cas de rupture du couple recomposé, quelques recherches, observations et réflexions de praticiens émanant du champ de la séparation parentale et de la violence conjugale rappellent qu'il faut être attentif aux situations où l'enfant pourrait être accessoirisé. Plutôt que de révéler l'importance du lien affectif qui s'est développé entre l'enfant et le beau-parent, la revendication d'un lien significatif avec lui pourrait être une manière détournée de rester en relation avec le parent, parce que le deuil de la relation conjugale est difficile à faire ou parce qu'il s'agit d'un mécanisme permettant d'alimenter le conflit, voire de maintenir son contrôle sur l'ex-partenaire¹⁰⁹. Ces situations délicates, observées sur le terrain, mais peu

¹⁰⁸ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 4, 321.

¹⁰⁹ Claudette GUILMAINE, *Vivre une garde partagée : une histoire d'engagement parental*, Montréal, Éditions du CHU Sainte-Justine, 2009 ; Janet JOHNSTON, Vivienne ROSEBY et Kathryn KUEHNLE, *In the name of the child : A developmental approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*, New York, Springer, 2009 ; REGROUPEMENT DES MAISONS POUR FEMMES VICTIMES DE VIOLENCE CONJUGALE, « Droit de la famille : viser la protection des femmes et des enfants »,

documentées scientifiquement, interpellent les professionnels qui accompagnent ces familles et qui doivent aider les tribunaux à faire la part des choses. Elles interpellent aussi les chercheurs, plus d'énergie devant être investie dans la compréhension du lien entre les contacts parent-enfant et le bien-être de l'enfant dans les situations de ruptures problématiques¹¹⁰.

Dans le troisième cas de figure, le problème sur le plan juridique réside dans le fait que le principe *in loco parentis* n'est actuellement prévu que dans la Loi fédérale sur le divorce. Il ne trouve donc application qu'à l'égard du beau-parent marié avec le parent de l'enfant. Or, en 2020, le mariage n'est plus le seul révélateur d'un engagement très important auprès d'un partenaire et de ses enfants. Cette restriction brime les droits de l'enfant dont le parent et le beau-parent sont (étaient) en union de fait. Face à cela, le Comité consultatif¹¹¹ recommande d'introduire formellement le principe *in loco parentis* dans le Code civil, de manière à en élargir l'application à tous les couples, mariés ou pas.

Il semble aussi qu'il ne sera pas toujours aisé de distinguer le beau-parent très engagé et généreux de celui qui revendique l'enfant comme le sien. Il faudra pourtant y arriver parce que les droits et les obligations de ces deux acteurs sont passablement différents. D'ailleurs, une forte résistance sociale à l'égard d'une responsabilité sociale du beau-parent est prévisible selon Malia¹¹².

mémoire présenté dans le cadre de Commission citoyenne sur le droit de la famille, 14 juin 2018, p. 22 et 23 ; Maryse RINFRET-RAYNOR, Myriam DUBÉ, Christine DROUIN, Nicole MAILLÉ et Élisabeth HARPER, « Violence conjugale post-séparation en contexte d'exercice des droits d'accès post-séparation », dans Suzanne ARCAND, Dominique DAMANT, Sylvie GRAVEL et Élisabeth HARPER (dir.), *Violences faites aux femmes*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 185.

¹¹⁰ Sylvie DRAPEAU, Élisabeth GODBOUT, Magalie VÉZINA, Marie-Christine SAINT-JACQUES, Marie-Hélène GAGNÉ et Roxanne LEMIEUX, « Le partage du temps parental lorsque les parents sont en conflit : que nous apprend la recherche sur l'adaptation de l'enfant ? », dans Karine POITRAS, Louis MIGNAULT et Dominique GOUBAU (dir.), *L'enfant et le litige en matière de garde-Regards psychologiques et juridiques*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 63 ; Catherine TURBIDE, *Le parcours des familles suivies en protection de la jeunesse en raison d'un conflit sévère de séparation : la perspective des parents*, thèse de doctorat, École de travail social et de criminologie, Université Laval, à paraître.

¹¹¹ COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 4.

¹¹² S. MALIA, préc., note 19.

Il apparaît aussi important de conclure en rappelant que pour plusieurs experts, le maintien des contacts entre le beau-parent et l'enfant n'est pas un droit du beau-parent, mais bien un droit de l'enfant¹¹³. De plus, le maintien des contacts ne renvoie pas nécessairement à l'attribution de droits de garde ou de droits d'accès incluant des visites ou des couchers. Celui-ci pourrait prendre la forme de contacts téléphoniques ou par vidéo. Il s'agit plutôt de penser à des mécanismes qui, lorsqu'ils s'inscrivent dans l'intérêt supérieur de l'enfant, assurent plus de continuité, de cohérence et de respect pour les enfants d'aujourd'hui qui profitent des investissements multiples dont sont assorties les transitions familiales, mais qui en subissent aussi les contrecoups.

Conclusion

Les qualificatifs ne manquent pas pour décrire l'ambiguïté juridique du statut de beau-parent, de ses droits et de ses obligations. Mason¹¹⁴ souligne que la Cour le considère comme un *legal stranger*, Shrage dit que les beaux-parents font face à un *legal limbo*, Lessard traite des angles morts de la délégation de l'autorité parentale.

Mais au-delà des mots, la non-reconnaissance de la relation beau-parent enfant a des conséquences sociales, émotives et économiques sur les personnes qui vivent ou ont vécu en famille recomposée. Comme l'a souligné Motte, si la volonté de différents pays à protéger davantage la relation beau-parent enfant est perceptible, les parents de naissance sont privilégiés. Ceci dénote selon elle une forme d'indécision ou de résistance. Toutefois, la progression de la proportion de familles recomposées dans de nombreux pays maintiendra la tension autour de ces enjeux de reconnaissance. À titre de conclusion, nous aimerions proposer quelques recommandations dans ce chapitre qui pourraient participer aux réflexions entourant une plus grande reconnaissance de la diversité familiale dans la législation et dans la société en général. Elles découlent de l'analyse présentée et de certaines recommandations formulées par Hans¹¹⁵ qui suggère

¹¹³ Alain ROY, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales – Le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille*, coll. « Débats et enjeux », n° 7, Québec, ARUC Séparation parentale, recomposition familiale, 2016.

¹¹⁴ M. MASON *et al.*, préc., note 27.

¹¹⁵ J. HANS, préc., note 4.

de développer une réponse nuancée qui tienne compte de la diversité des situations.

- Adopter des dispositions centrées sur le meilleur intérêt de tous les enfants (et non seulement de ceux qui ont deux parents légaux) ;
- Faire preuve d'ouverture à l'égard de la multiparentalité de manière à reconnaître les parents de fait sans restreindre les droits des parents d'origine ;
- Diminuer l'ambiguïté entourant le statut juridique du beau-parent
- Accorder aux tribunaux la latitude dont ils ont besoin pour tenir compte de la diversité des contextes familiaux ;
- Prendre en compte la qualité de la relation au sein de la famille de l'enfant, soit entre l'enfant et son beau-parent, entre le beau-parent et le parent, entre l'enfant et son autre parent et entre les deux parents de l'enfant ;
- Prendre en compte la durée de la cohabitation de l'enfant avec son beau-parent et l'âge de ce dernier au début de cette cohabitation ;
- Prendre en compte les rôles et responsabilités assumés par le beau-parent auprès de l'enfant et de la famille recomposée ;
- Prendre en compte l'opinion des parents et de l'enfant ;
- Graduer les droits et devoirs du beau-parent. Départager les dispositions qui peuvent concerner uniquement la période où le parent est en couple avec le beau-parent versus le maintien des droits et obligations du beau-parent une fois l'union dissoute ;
- Sensibiliser la société à la diversité familiale et valoriser cette dernière.

« On est comme une famille ».

Rôle du groupe de pairs dans les trajectoires de sortie de la rue des jeunes

Annamaria Colombo*

Introduction	111
I. La sortie de la rue : un processus de repositionnement identitaire	112
II. Développer son autonomie entre « frères et sœurs »	118
III. Des liens étouffants ?	119
IV. Une pression du groupe qui peut entraver la sortie.....	121
V. Rompre avec ses pairs ou redéfinir ses relations avec eux et elles ?	122
VI. Accompagner la sortie de la rue sans nier l'importance des pairs	124
Conclusion	126

* HES-SO – Haute école de travail social Fribourg.

*On dirait que dans la rue, c'est plus une famille
qu'une vraie famille parce que t'es vraiment dans
un état d'alerte pis le monde se tiennent tellement
là! [...] Mais moi j'en avais plus de famille, parce
qu'ils m'avaient tous rejetée.*

Camille¹, 23 ans, sortie de la rue depuis trois ans

Cette jeune femme, qui a vécu dans la rue à Montréal de 16 à 20 ans, s'exprime dans le cadre d'une recherche portant sur les sorties de la rue², trois ans après s'en être sortie. Interrogée sur sa trajectoire, elle explique qu'elle a connu la rue à 16 ans, lorsqu'elle a commencé à fuguer du centre d'accueil où elle était placée, disant être attirée par la rue, par les défis qu'offre cette vie à la marge et par son caractère aventurier. Après une enfance marquée par le divorce de ses parents lorsqu'elle avait trois ans, par de multiples déménagements, par un père absent et par une mère vivant une importante instabilité conjugale, elle commence à avoir des idées, puis des comportements suicidaires lorsqu'elle a 12 ans. À la suite de plusieurs séjours psychiatriques, elle est placée dans un centre d'accueil fermé. Les quatre années passées dans la rue sont marquées par la vente et la consommation de drogues (principalement de la mescaline), mais surtout par l'importance du groupe d'ami-e-s qu'elle s'est fait durant cette période.

Des trajectoires comme celle de Camille montrent que si l'expérience de la rue ne se fait pas sans risque, elle peut aussi constituer l'occasion de construire des liens forts, notamment avec les pairs, qui peuvent être très significatifs et porteurs de reconnaissance pour ces jeunes. À tel point que Camille les compare à des liens familiaux, lui apportant à ce moment-là une reconnaissance qui lui semblait plus significative que celle de sa famille.

Or, on peut se demander si ces relations établies dans la rue, surtout si elles sont investies de façon aussi importante que le laissent entendre les propos de Camille, ne font pas que maintenir ou renforcer des dynamiques d'enfermement dans la marginalité ou de souffrance, en encoura-

¹ Des pseudonymes sont utilisés pour garantir l'anonymat des personnes.

² Annamaria COLOMBO, *S'en sortir quand on vit dans la rue : trajectoires de jeunes en quête de reconnaissance*, n° 71, coll. « Collection Problèmes sociaux et interventions sociales », Québec, Presses de l'Université du Québec, 2015.

geant notamment des pratiques comme la consommation de psychotropes, l'implication dans des activités délinquantes ou encore la prostitution.

À partir des résultats d'une recherche portant sur les sorties de la rue des jeunes à Montréal³, ce chapitre met en lumière la nature paradoxale des relations des jeunes avec leurs pairs dans leur expérience de la rue. D'une part, ces relations peuvent jouer un rôle socialisateur important, mais d'autre part, elles peuvent renforcer des dynamiques de marginalisation et de destruction de soi. Par conséquent, elles peuvent également jouer un rôle paradoxal dans le processus de sortie de la rue, voire mettre ce dernier en péril. Nous montrerons que dans les trajectoires de sortie de la rue des jeunes rencontré-e-s, le groupe de pairs a joué un rôle significatif qu'il est important de bien comprendre pour accompagner au mieux ces jeunes.

Ce chapitre s'organise en six sections. La première explique que les relations développées par les jeunes avec leurs pairs dans la rue sont à situer dans un processus d'appropriation de la rue, puis de sortie de la rue, qui peut se comprendre dans une perspective identitaire qui dépasse l'absence de logement stable. À partir des exemples des trajectoires de deux jeunes femmes rencontrées dans le cadre de l'enquête, la deuxième section montre que ces relations peuvent contribuer à la socialisation de ces jeunes qui trouvent auprès de leurs ami-e-s la reconnaissance qu'ils et elles n'ont pas trouvée de façon satisfaisante dans leur famille d'origine. Dans la troisième section, nous verrons les risques d'enfermement dans la rue liés à ces relations associées à la marginalité, voire parfois à des dynamiques de destruction de soi. À ce risque de marginalisation s'ajoute une pression du groupe qui peut entraver la sortie de la rue, comme nous le verrons dans la quatrième section. La cinquième section examine les pistes de solutions qui se sont dessinées pour les jeunes femmes rencontrées. Enfin, la sixième section propose une réflexion sur les apports de ces résultats pour penser l'accompagnement de la sortie de la rue.

I. La sortie de la rue : un processus de repositionnement identitaire

Ce chapitre s'appuie sur des données issues d'une recherche doctorale qualitative menée de 2005 à 2007 à Montréal auprès de jeunes sorti-e-s de la rue⁴. S'inscrivant dans une approche qui considère le rapport à la rue

³ *Id.*

⁴ *Id.*

dans une perspective identitaire⁵, le but de cette étude était de comprendre le processus de sortie de la rue, avec une attention particulière portée aux dynamiques de reconnaissance qui le structurent, à partir de la théorie de la reconnaissance de Honneth⁶.

Dans le sillage d'Hegel, les travaux d'Honneth montrent que l'identité individuelle de l'être humain se construit autour de dynamiques de reconnaissance. Pour qu'un individu puisse s'assurer de la cohérence de la représentation qu'il se fait de sa position identitaire, il a besoin d'en chercher la confirmation à travers le regard que les autres posent sur lui ou elle. La reconnaissance d'autrui permet donc à chacun-e de se reconnaître à la fois comme un être singulier et comme un sujet au même titre que les autres. C'est pourquoi les formes de non-reconnaissance vécues (que Honneth nomme le mépris) touchent les individus dans leur réalisation personnelle, et ce, particulièrement dans nos sociétés caractérisées par une forte individualisation du lien social⁷.

Pour cette enquête, vingt-quatre entretiens individuels semi-dirigés d'une durée de deux à trois heures ont été menés auprès de personnes sorties de la rue depuis au moins deux ans. L'analyse de ces données a permis de déterminer les contextes relationnels significatifs pour ces jeunes, de dégager les dynamiques de reconnaissance qui les caractérisent, puis de comprendre l'influence de ces contextes relationnels sur le processus de sortie de la rue. Dans un deuxième temps, les interprétations ont été soumises aux personnes interrogées pour discussion et validation lors de groupes de discussion. L'analyse de ces données révèle que la reconnaissance de personnes significatives a joué un rôle majeur dans le processus de sortie de la rue des jeunes rencontré-e-s, et que le sens de ces contextes relationnels peut être mieux compris si on l'articule avec les attentes de reconnaissance héritées de l'enfance. Ces relations peuvent être, par exemple,

⁵ Michel PARAZELLI, *La rue attractive parcours et pratiques identitaires des jeunes de la rue*, n° 5, coll. «Collection Problèmes sociaux & interventions sociales», Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2002; Véronique LUSSIER, Mario POIRIER, Robert LETENDRE, Pierre MICHAUD, Monique MORVAL, Sophie GILBERT et Annie PELLETIER, «La quête au cœur de l'absence : Les Réseaux relationnels de jeunes adultes itinérants», (2002) 23-3 *Revue québécoise de psychologie* 79.

⁶ Axel HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance*, coll. «Passages», Paris, Éditions du Cerf, 2002.

⁷ Guy BAJOT, *Pour une sociologie de combat*, 42, coll. Collection «Res socialis», Fribourg, Suisse, Academic Press Fribourg, 2011.

des relations amoureuses, familiales, professionnelles ou encore d'aide. Ce texte rend compte plus particulièrement du rôle joué par les pairs dans ce processus.

Âgé-e-s entre 14 et 25 ans, ils et elles sont plusieurs jeunes, comme Camille, à s'identifier et à être identifié-e-s comme des «jeunes de la rue» à Montréal⁸. Même s'ils et elles sont actuellement moins visibles dans les rues de la métropole que dans les années 1980, ces jeunes continuent d'occuper des lieux en marge et de préoccuper les autorités publiques en raison des problématiques complexes qu'ils et elles vivent, en plus d'une instabilité du logement, qui peut être chronique, épisodique ou situationnelle⁹. Bien que les profils de ces jeunes se soient davantage diversifiés depuis que l'enquête a été menée (notamment avec une augmentation de jeunes issu-e-s de l'immigration), la majorité de ces jeunes sont francophones, pour la plupart originaires du Québec, soit de régions rurales, de petites villes ou encore d'origine autochtone. Les exemples cités dans ce chapitre sont des trajectoires de jeunes femmes, mais les deux sexes sont représentés et les jeunes hommes sont même un peu plus nombreux. D'appartenances culturelles diverses (punks, hip-hop, milieux alternatifs, gais, etc.), ces jeunes développent dans la rue différentes pratiques allant de la mendicité et du *squeegee* à la consommation et vente de drogues, la prostitution, voire des activités plus criminalisées.

L'expérience de la rue vécue par ces jeunes rejoint certains aspects de l'itinérance adulte. Toutefois, lorsque l'appropriation de la rue est vécue durant la jeunesse, elle comporte des spécificités associées à la socialisation juvénile et au processus de transition vers l'âge adulte. La période de la jeunesse est caractérisée par une incertitude identitaire¹⁰, car les jeunes ne s'identifient plus tout à fait à des enfants et aspirent à une identité d'adulte, dans laquelle ils ne se reconnaissent toutefois pas encore complètement.

⁸ Une étude de l'Observatoire canadien de l'itinérance estime qu'environ 20 % de la population itinérante au Canada a moins de 25 ans : Stephen GAETZ, *Coming of Age : Reimagining the Response to Youth Homelessness in Canada*, Toronto, The Canadian Homelessness Research Network Press, 2014.

⁹ Benoit DÉCARY-SECOURS et Geneviève COULOMBE, *Jeunes et itinérance : dévoiler une réalité peu visible. Avis sur la prévention de l'itinérance jeunesse à Montréal*, Montréal, Conseil jeunesse de Montréal, 2017.

¹⁰ Jocelyn LACHANCE, *L'adolescence hypermoderne : le nouveau rapport au temps des jeunes*, coll. « Sociologie au coin de la rue », Québec, Presses de l'Université Laval, 2011.

Cette incertitude est exacerbée dans le contexte actuel de démultiplication des repères normatifs, où les étapes du passage à l'âge adulte sont de plus en plus désynchronisées et la période de la jeunesse s'allonge pour correspondre à une phase d'expérimentation dont l'ambiguïté s'accroît¹¹. Tentant de donner un sens à leur existence, les jeunes se heurtent à des repères normatifs embrouillés, voire contradictoires, et peuvent se retrouver prisonniers de tensions entre leurs aspirations de normalité et leurs désirs de réalisation personnelle¹². Dans ce contexte, la reconnaissance par les autres, et plus spécifiquement par les pairs, est particulièrement importante pour ces jeunes qui construisent leur identité d'adulte. C'est notamment la période où ils et elles commencent à expérimenter l'intimité, par exemple au sein du groupe de pairs. En effet, « nouer une relation intime consiste, pour un sujet, à autoriser certains "élus" à participer à la définition de son identité »¹³. Pouvoir choisir ses ami-e-s et ses amours, à la différence de la famille, est un acte d'autonomisation valorisé par les jeunes. Ils et elles peuvent choisir avec qui partager leur intimité et à quel degré, et ils et elles accordent une grande importance à la façon dont leurs pairs jugent leur identité d'adulte en devenir.

L'importance des ami-e-s peut s'avérer encore plus cruciale pour des jeunes ayant connu des relations familiales difficiles durant leur enfance. Comme Camille, ces jeunes disposent d'un héritage familial précaire sur lequel il leur est difficile de s'appuyer pour construire leur identité d'adulte. Étant le premier lieu de socialisation, la famille est le lieu où se transmettent les repères normatifs permettant de construire son identité et d'organiser son rapport au monde et aux autres¹⁴. Or, lorsque les repères qui leur ont été transmis sont fondés sur des formes de « mépris »¹⁵ comme l'abandon, le rejet ou l'incohérence, il devient difficile de construire des rapports

¹¹ Cécile VAN DE VELDE, *Devenir adulte : sociologie comparée de la jeunesse en Europe*, 1^{ère} éd., coll. « Lien social », Paris, Presses universitaires de France, 2008 ; J. LACHANCE, préc., note 10.

¹² David LE BRETON, *Cultures adolescentes : entre turbulence et construction de soi*, n° 247, coll. « Collections Mutations », Paris, Autrement, 2008 ; G. BAJOIT, préc., note 7.

¹³ Michaël FOESSEL, « L'intime », *Etudes* 2011.10.371.

¹⁴ Donald W. WINNICOTT, *Jeu et réalité : l'espace potentiel*, coll. « Connaissance de l'inconscient », Paris, Gallimard, 2004 ; George Herbert MEAD, *L'esprit, le soi et la société*, coll. « Bibliothèque de sociologie contemporaine », Paris, Presses Universitaires de France, 1963.

¹⁵ A. HONNETH, préc., note 6.

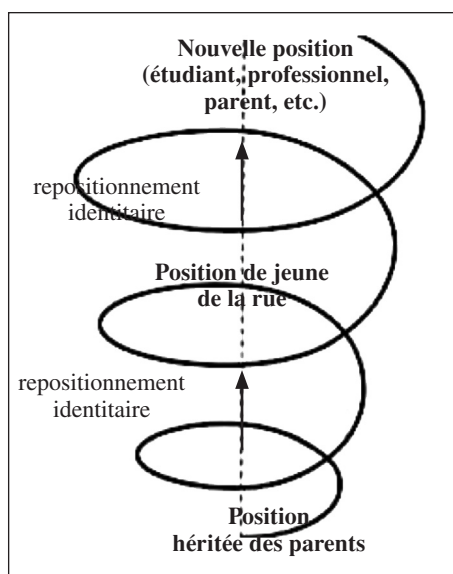
satisfaisants avec soi et avec les autres. En d'autres termes, les jeunes rencontré-e-s dans le cadre de l'enquête n'ont pas trouvé dans les contextes familiaux de leur enfance suffisamment de reconnaissance pour construire leur identité. C'est pourquoi ils et elles se sont appropriés la rue et y ont développé des pratiques qui peuvent être comprises comme des tentatives paradoxales de s'approprier une place sociale à partir d'un positionnement à la fois spatial et social dans la marge ; en d'autres termes, de « compléter leur socialisation par la marge »¹⁶.

Aussi diverses que puissent paraître leurs appartenances culturelles et leurs pratiques, celles-ci prennent sens lorsqu'on les situe dans les trajectoires biographiques de ces jeunes. Par exemple, les jeunes dont les relations parentales ont été surtout marquées par le rejet peuvent développer des pratiques comme la consommation de drogues par intraveineuse ou encore la prostitution qui révèlent des dynamiques visant à la fois l'affirmation de soi et la reproduction de logiques de négation de soi. Les jeunes qui ont vécu des relations parentales marquées par l'abandon trouvent dans la vie de rue un milieu leur permettant de se débrouiller sans l'aide des adultes, puisque ceux-ci ne leur ont pas laissé le choix. Toutefois, elle peut aussi conduire à des relations de dépendance importantes, à des substances ou au groupe de pairs, comme dans l'exemple de Camille. Enfin, lorsque les relations parentales ont été incohérentes, la vie de rue est vécue sur le mode du plaisir et de la recherche de liberté, avec toutefois une attirance pour des relations incohérentes pouvant maintenir ces jeunes captifs et captives.

Ainsi, ce n'est pas que ces jeunes n'ont reçu aucun héritage parental, mais ils et elles ont choisi de s'approprier la rue parce qu'ils et elles y voyaient l'occasion d'échapper à des formes de relations parentales insatisfaisantes et de s'investir dans des contextes relationnels dans lesquels ils et elles pouvaient se sentir davantage reconnu-e-s. Les quelques exemples mentionnés montrent que comme leurs relations parentales ont été fortement marquées par différentes formes de déni de reconnaissance, ils et elles sont tentés de reproduire dans la rue des relations avec eux-mêmes et avec les autres qui comportent une importante part destructive. En même temps, c'est aussi dans la rue qu'ils et elles ont pu s'investir dans des contextes relationnels où ils et elles ont trouvé des formes de reconnaissance. Ces manifestations de reconnaissance leur ont permis de construire un rapport à eux et elles plus constructif que destructif et d'envisager le pas-

¹⁶ M. PARAZELLI, préc., note 5.

sage progressif à une position autre que celle de jeune de la rue. Ils et elles ont progressivement opéré ce que j'ai appelé un processus de repositionnement identitaire¹⁷, c'est-à-dire un changement dans les relations avec eux-mêmes, avec les autres et avec les lieux. En ce sens, le processus de sortie de la rue peut être compris comme l'appropriation d'une autre position identitaire que celle de jeune de la rue – celle de professionnel-le, de parent, d'adulte, etc. Comme le montre le schéma ci-dessous¹⁸, le repositionnement identitaire s'opère à la fois en continuité et en rupture avec la position de jeune de la rue, puisqu'il s'agit à la fois de se différencier de cette position, tout en construisant à partir d'elle la nouvelle position.



Paradoxalement, sortir de la rue, c'est à la fois s'identifier comme jeune de la rue et ne plus s'identifier comme tel-le. C'est vouloir à la fois être reconnu-e comme ayant changé de position sociale, sans nier l'héritage lié à la vie de rue. Dans ce processus, le groupe de pairs peut jouer lui aussi un rôle paradoxal. D'une part, plusieurs jeunes y ont trouvé l'intimité et la reconnaissance nécessaires à leur repositionnement identitaire. D'autre part, ces liens très forts développés avec leurs ami-e-s de rue sont

¹⁷ A. COLOMBO, préc., note 2.

¹⁸ *Id.*

susceptibles de rendre la sortie de la rue plus difficile. En effet, l'appropriation d'une nouvelle position identitaire peut être perçue comme une trahison ou un abandon par leurs pairs.

II. Développer son autonomie entre «frères et sœurs»

Comme nous l'avons vu, les relations parentales vécues par ces jeunes leur ont montré que les adultes ne peuvent transmettre que de manière incomplète les repères qui fassent suffisamment sens pour construire leur identité. Des jeunes comme Camille, ayant connu de l'incohérence et de l'abandon durant leur enfance, ont donc été attiré-e-s par la rue, parce que ce milieu répondait à leurs attentes de reconnaissance en termes d'indépendance face à toute autorité autre que la leur, afin de se dégager de leur dépendance aux relations où ils et elles risqueraient d'être à nouveau abandonné-e-s. D'autre part, marqué-e-s justement par leur relation parentale d'abandon, ces jeunes cherchaient dans la rue un endroit pour recréer la famille qu'ils et elles n'ont jamais eue, comme l'exprime Camille dans les propos cités en introduction.

Toutefois, cette famille devait être dépourvue de toute présence d'adulte, puisque dans leur histoire, celle-ci est associée à la souffrance de l'abandon ou à des relations incohérentes leur permettant difficilement de se construire. C'est pourquoi dans la rue, plusieurs d'entre eux et elles se regroupent entre pairs et tentent de réédifier, sans l'aide des adultes, un cadre propice à leur construction identitaire. C'est ce que Parazelli appelle « le mythe de l'autonomie naturelle »¹⁹. Dans cet imaginaire, l'autonomie pourrait s'acquérir de façon naturelle grâce au retour à un lien social primaire, par exemple grâce à la création d'un groupe de pairs à la manière d'une tribu composée de frères et sœurs, comme l'exprime Camille.

J'allais me chercher du monde comme moi aussi. C'est comme, j'avais vraiment l'impression d'être en famille quand j'étais dans la rue là, avec les amis qu'on se faisait. Tu sais, comme on disait, là : « Toi t'es mon frère, toi t'es ma sœur », c'était comme ça là ! Pis C'ÉTAIT comme ça ! En tout cas, on faisait comme si c'était comme ça, c'était pas comme ça là...

(Camille, 23 ans, sortie de la rue depuis 3 ans)

¹⁹ M. PARAZELLI, préc., note 5.

Or, comme le nuance Camille, cet imaginaire reste de l'ordre du mythe. Cela n'empêche pas qu'il ait pu jouer un rôle très significatif pour ces jeunes et qu'il ait, pour la plupart, effectivement contribué à leur socialisation. Toutefois, comme nous l'avons vu, bien qu'elle ait été partielle, la transmission normative qui s'est effectuée lors de leur socialisation familiale a fortement marqué l'identité des jeunes rencontré-e-s. Même s'il est vrai qu'ils et elles ont dû, davantage que d'autres adolescent-e-s, se débrouiller pour compléter leur socialisation en allant par eux-mêmes et elles-mêmes chercher « les morceaux manquants », ils et elles se sont appropriés ces relations entre pairs à partir d'un héritage parental qui témoigne qu'ils et elles ne sont pas « faits tous seuls ».

Or, ces relations avec leurs pairs étaient parfois tellement fusionnelles qu'elles pouvaient devenir étouffantes, au point de remettre en question leur processus de sortie de la rue.

III. Des liens étouffants ?

Comme Camille, Marie-Jo a vécu des relations difficiles avec les adultes durant son enfance. C'est à 11 ans qu'elle a fugué pour aller vivre dans la rue après avoir connu plusieurs placements, qui ont débuté lorsque sa mère a été internée à la suite d'une tentative d'assassinat de ses enfants. Son père, amant d'une nuit de sa mère, entretenait épisodiquement avec elle une relation davantage amicale que paternelle. Elle a vécu dans la rue à Vancouver et à Montréal durant six ans. Dans la rue, elle a investi de façon importante son groupe de pairs, qu'elle considérait comme sa « vraie » famille.

D'avoir trippé de même avec ces amis, des groupes forts comme ça, qui se tenaient. Au même titre que c'était angoissant pis étouffant à certains moments, c'est, peu importe ce qui t'arrive, tout le monde est là. C'est fort.

(Marie-Jo, 28 ans, sortie de la rue depuis 12 ans)

C'est comme si, du sentiment d'avoir été abandonnées, Marie-Jo et Camille conservaient un besoin profond de relation à l'autre, allant jusqu'à la dépendance affective. S'accrocher solidement aux autres (ou « se tenir » comme elles le disent toutes les deux), afin d'éviter d'être à nouveau abandonnées. Ou encore, établir des relations tellement fusionnelles qu'il serait impossible de les séparer. C'est d'ailleurs dans des termes qui rappellent la fusion qu'elles décrivent leurs relations avec leurs pairs, aussi bien au niveau des liens qu'au niveau de l'homogénéité du groupe. Elles parlent

d'un « sentiment de gang » qui « se tient », allant même jusqu'à décrire leurs relations physiques dans ces termes, en disant qu'ils et elles vivaient « les uns sur les autres », « collés ». En outre, la proximité de leurs trajectoires et de leurs vécus a pu leur donner l'impression de se fondre dans un groupe tellement homogène qu'il serait difficile d'en distinguer les parties.

Or, à force de vouloir se sentir aimées à travers la reconnaissance par (et dans) leurs pairs, elles expliquent qu'elles finissaient parfois par s'y perdre. C'est ce qui pouvait leur procurer à certains moments le sentiment d'être étouffées, comme l'exprime Marie-Jo, peinant parfois à distinguer clairement la frontière entre soi et les autres. On peut faire l'hypothèse que le fait que, comme d'autres, elles aient été abandonnées trop tôt leur a difficilement permis d'intégrer de façon satisfaisante leur autonomisation par rapport aux autres. En effet, selon Winnicott²⁰, la « capacité d'être seul » passe par la dépendance à l'autre. Celle-ci est au début presque totale, puis, progressivement, l'enfant se distingue de sa mère (et du monde extérieur), avec qui il était en fusion jusque là. Il peut alors être seul face à elle et non en fusion avec elle. Ensuite, il intègre peu à peu la présence de sa mère et il n'a plus besoin qu'elle soit physiquement présente pour se développer. Bien que les jeunes rencontré-e-s aient, pour la plupart, été abandonné-e-s lorsqu'ils et elles étaient déjà enfants et non plus bébés, l'absence de leurs parents a pu constituer un manque dans leur processus d'identification : ils et elles n'ont pas pu intégrer complètement l'image parentale, afin de développer cette capacité d'être seul-e-s. C'est pourquoi, lors de leur transition à l'âge adulte, ils et elles pouvaient être tenté-e-s de recréer leurs conditions initiales de fusion avec l'autre, afin de réélaborer leur processus de socialisation.

Non seulement ces relations avec les pairs peuvent s'avérer étouffantes, mais elles peuvent aussi renforcer ou encourager des pratiques de destruction de soi dans une dynamique de renforcement mutuel d'une détresse partagée et comblée par le recours à des pratiques destructives comme la consommation de psychotropes.

En effet, le sentiment de manque relationnel que peuvent vivre les jeunes de la rue à la suite des relations parentales difficiles peut susciter chez plusieurs d'entre eux ou elles le désir de dépendance à un objet.

²⁰ Donald W. WINNICOTT, « La capacité d'être seul », dans *De la pédiatrie à la psychanalyse*, Paris, Payot, 1969, p. 205.

Lorsque la relation avec l'autre fait défaut, comme c'est le cas lorsque les parents sont absents, la possibilité d'être reconnu-e en tant que sujet peut faire problème. C'est pourquoi, pour tenter de préserver leur narcissisme, certains jeunes peuvent être amenés à se créer l'illusion d'une relation à l'autre par l'intériorisation d'une substance²¹. Provenant du monde extérieur, la substance psychotrope fait alors office d'« autre ». Camille explique que ce qui l'a poussée à essayer la consommation de drogues par injection était l'analogie qu'un autre jeune de la rue avait faite entre le mariage (relation amoureuse) et la fusion de son sang (son « intérieur ») avec la substance (provenant du monde extérieur).

Comme exemple la fois que je me suis *shootée*, j'avais rencontré quelqu'un [...], pis je l'avais vu se *shooter*, pis c'était comme féérique un peu. Quand son sang s'est mélangé avec la substance, il disait « mariage ». Fait que ça m'est resté dans la tête un peu. Jusqu'à ce que je me suis dit, bon ben je vais essayer.

(Camille, 23 ans, sortie de la rue depuis trois ans)

IV. Une pression du groupe qui peut entraver la sortie

En plus de s'avérer étouffantes, ces relations fusionnelles peuvent devenir insatisfaisantes pour les jeunes qui réalisent l'impossibilité de se réaliser uniquement à travers l'autre. Toutefois, la prise de distance avec le groupe de pairs peut s'avérer difficile, tant ils et elles accordent de l'importance aux jugements de leurs ami-e-s qui demeurent significatif-ve-s. Marie-Jo explique que quand elle manifestait son besoin d'être plus indépendante en s'appropriant une position identitaire plus autonome, elle rencontrait souvent de grandes résistances de ses pairs, qui y voyaient une forme de trahison.

Mes deux premières années avec [mon conjoint], il me ramassait à la petite cuiller. Parce que chaque fois que j'étais confrontée à un jugement par une de ces personnes qui faisaient partie de mon groupe, je remettais tout mon processus en question.

(Marie-Jo, 28 ans, sortie de la rue depuis 12 ans)

²¹ Maurice CORCOS et Philippe JEAMMET, « Conduites à risque et de dépendance à l'adolescence : la force et le sens », *Psychotropes* 2006.2.71.

Si Marie-Jo accorde encore autant d'importance à ces jugements, même si elle s'est investie dans d'autres contextes relationnels (par exemple, sa relation de couple), c'est qu'elle voyait dans cette résistance à son éloignement du groupe un message d'affection lui signifiant que ses ami-e-s tenaient à elle. Ainsi, on retrouve dans le processus de sortie de la rue de ces jeunes les mêmes dynamiques ambivalentes de dépendance/indépendance qui ont caractérisé leur vie de rue. Même si elle ressentait un besoin de « défusion » pour pouvoir s'approprier une position identitaire autonome, Marie-Jo, comme d'autres jeunes, exprime un grand besoin d'être entourée au niveau affectif dans ses démarches de sortie de la rue, d'autant plus que la plupart d'entre eux et elles doivent composer avec l'absence irrémédiable de leurs parents (décès, disparition).

Dans ce contexte, les jeunes voient dans l'attitude de leurs pairs une manifestation de reconnaissance affective à leur égard, sans toutefois se sentir reconnu-e-s dans leur besoin d'indépendance. Cette pression du groupe a été vécue de façon plus ou moins éprouvante selon les jeunes rencontré-e-s. L'exemple de Marie-Jo montre que dans certaines trajectoires, elle a affecté leur processus de repositionnement identitaire, au point même de le remettre en question. En les reniant dans leurs efforts de repositionnement, c'est comme si leurs ami-e-s les reconnaissaient négativement dans leur nouvelle position identitaire, valorisant plutôt l'ancienne (celle de jeune de la rue). La tentation pouvait alors être forte de retourner dans l'ancienne position identitaire, afin de se sentir reconnu-e positivement.

V. Rompre avec ses pairs ou redéfinir ses relations avec eux et elles ?

Face à ces risques de marginalisation accrue, les jeunes rencontré-e-s en sont arrivé-e-s à remettre en question ces relations avec leurs pairs, afin de trouver un équilibre entre leur besoin d'être entouré-e-s et celui d'être indépendant-e-s.

Pour certain-e-s jeunes, cet équilibre passe par un éloignement avec leurs pairs de rue et la constitution de nouvelles amitiés. C'est le cas de Camille, qui a ressenti le besoin d'effectuer une rupture avec le milieu punk de Montréal, ainsi que le milieu des gangs qu'elle a investi par la suite, pour se créer un nouveau réseau social, essentiellement relié au milieu des groupes chrétiens. Elle a pu y reconstruire des relations moins fusionnelles et reconnecter avec elle-même et ses ressources propres, évitant de

s'enfermer dans des relations de dépendance aux autres. Elle explique que si elle a besoin d'être accompagnée dans son processus de repositionnement identitaire, la volonté de changer ne peut venir que d'elle.

Je voulais que ce soit les autres qui m'aident. Comme : « Au secours, aidez-moi, faites de quoi ! ». Tu sais, ce serait facile, mais il y a rien de facile dans la vie. Ben là, ça me fait voir que c'est pas eux qui ont à me changer, mais c'est moi là ! [...] Il y a plus de résultats quand on y va par soi-même que quand c'est obligé là.

(Camille, 23 ans, sortie de la rue depuis trois ans)

Pour d'autres, comme Marie-Jo par exemple, ces amitiés étaient trop importantes, d'autant plus qu'elle n'avait à ce moment-là plus aucune relation avec sa propre famille. Il s'est donc agi pour elle non pas de rompre avec ses pairs, mais de redéfinir ses relations avec eux et elles, de manière à ne plus se sentir étouffée, tout en maintenant des liens d'amitié compatibles avec sa nouvelle position identitaire.

Pour moi, la vraie sortie, c'était de couper cette relation de dépendance là. Pas de dépendance à la drogue, dépendance à mes pairs. [...] Mais la dépendance aux pairs comme cercle fermé, ça pour moi c'était le pas pour sortir. Pour dire que je m'identifie plus du tout, c'était ça. Moi, j'ai encore des amis extrêmement importants, c'est un groupe qu'on a tous des enfants, pis on s'en parle, on dit, c'est fou cette relation-là qui était étouffante, tu n'arrives pas à te réaliser autrement.

(Marie-Jo, 28 ans, sortie de la rue depuis 12 ans)

Dans cette perspective, la sortie de la rue est à comprendre comme une redéfinition du rapport à la rue, qui peut prendre des formes différentes, sans nécessairement signifier une rupture complète ou définitive avec ce milieu. À la vue des enjeux évoqués, ce processus est rarement linéaire, comme illustré ci-dessus par l'image de la spirale. Pour ces jeunes, les liens développés dans la rue étaient tellement forts qu'une rupture trop nette n'était pas envisageable. Il a donc été nécessaire de s'en détacher de manière progressive, négociant de façon dynamique une redéfinition de ces liens d'amitié.

Ça a fait des détachements progressifs, nécessairement, c'est sûr. Mais c'est pas des détachements qui sont, à ce moment-là, vécus avec peine pis avec nostalgie pis tout ça, puisque c'est dans le cours des choses.

(Marie-Jo, 28 ans, sortie de la rue depuis 12 ans)

Ainsi, l'appropriation d'une position identitaire plus autonome s'acquiert à travers la redéfinition de ces liens forts, sans les renier. Au contraire d'autres jeunes qui associent davantage la sortie de la rue à une certaine «normalisation», ces jeunes ne voient pas forcément d'incompatibilité entre l'affirmation de leur marginalité et leur sortie de la rue, comme l'explique Marie-Jo.

Pis moi, s'en sortir, ça veut pas dire vivre *hyper straight*. [...] Parce que cette marginalité-là, je la reconnais donc. Pour moi, elle est tellement importante en plus. Ça dépend ce que t'entends par «sortir de». Moi «sortir de», ça voulait dire être capable de vivre une vie avec mes propres décisions, sans avoir peur de ce que l'autre va penser, parce qu'on est dans un milieu de même.

(Marie-Jo, 28 ans, sortie de la rue depuis 12 ans)

VI. Accompagner la sortie de la rue sans nier l'importance des pairs

Le groupe de pairs associé au milieu de la rue a joué un rôle très significatif dans les trajectoires de Camille et de Marie-Jo, comme dans celles de plusieurs autres jeunes rencontré-e-s, au point que ces relations ont pu à certains moments remettre en question leur sortie de la rue. Afin de pouvoir s'affranchir de ces relations devenues étouffantes et de s'approprier une position identitaire plus autonome, Camille a privilégié l'investissement d'un nouveau cercle d'amis, alors que Marie-Jo a progressivement opéré une redéfinition de ses relations avec ces personnes restées significatives dans sa vie.

Ces trajectoires évoquées ici de façon exemplaire montrent qu'il n'existe pas de voie unique et prédéterminée de sortie de la rue. Voulant aider des jeunes à s'éloigner de la marginalité, certains adultes peuvent parfois avoir tendance à leur conseiller une rupture avec ce milieu, y compris avec des relations pourtant significatives à leurs yeux. Dans certains cas, une telle rupture s'avère nécessaire. Mais dans d'autres, elle pourrait s'avérer contre-productive comme dans le cas de Marie-Jo qui, éloignée de force de ses ami-e-s, est retournée dans la rue pour s'assurer de leur affection dès qu'elle en a eu la possibilité.

Comme nous avons pu le voir, les relations développées dans la rue sont paradoxales, jouant à la fois un rôle constructif et destructif dans les trajectoires de ces jeunes. Dans l'accompagnement de ces processus de

sortie de la rue, il s'agit de reconnaître cette diversité des besoins des jeunes, liés à leurs attentes de reconnaissance. Pour tous et toutes les jeunes rencontré-e-s, la sortie de la rue renvoie à un imaginaire de normalité ; en d'autres termes, sortir de la rue, c'est être reconnu-e comme « normal-e ». Or, cet imaginaire de normalité s'actualise de façon différente selon les trajectoires des jeunes et dans certains cas, cette normalité peut s'inscrire dans une continuité par rapport à certaines formes de marginalité. Pour certain-e-s, sortir de la rue, c'est « être normal-e », « fonctionnel-le »²², et cela peut nécessiter un éloignement radical avec le milieu de la rue, y compris avec le groupe de pairs. Dans d'autres cas, s'en sortir, c'est « réussir », « prendre sa vie en main », « être autonome », sans que cela soit forcément contradictoire avec le fait d'accorder de l'importance à des liens d'amitié, voire d'amour, développés dans la rue.

Si la force de ces liens d'amitié développés dans la rue peut faire craindre aux adultes un risque d'enfermement dans la rue, à l'inverse elle peut aussi parfois leur donner l'impression que ces jeunes s'en sortent très bien sans leur aide. Ces jeunes peuvent d'ailleurs confirmer cette impression en fuyant ou en refusant toute aide des adultes, dont ils et elles se méfient. Les exemples de Camille et de Marie-Jo montrent que plusieurs de ces jeunes ont effectivement développé dans la rue une importante capacité à se prendre en charge de façon autonome et qu'ils et elles ont su trouver du soutien auprès de leurs pairs de la rue. Mais ils montrent également qu'ils et elles développent dans la rue des pratiques souvent très risquées qui témoignent de l'ambivalence et de la fragilité de leurs efforts de construction identitaire. Comme nous l'avons vu, une socialisation totalement horizontale sur le mode de « l'autonomie naturelle » reste de l'ordre de l'imaginaire. Cet imaginaire peut opérer comme un mythe unificateur et rassurant sur le plan affectif, mais ce n'est pas pour autant qu'il exclut le besoin d'un accompagnement par les adultes. Lorsque ces jeunes décident de sortir de la rue, ils et elles peuvent se retrouver dans une relation paradoxale avec leur groupe de pairs, qui constitue une ressource majeure pour eux et elles, mais qui comporte aussi le risque de les maintenir enfermé-e-s dans une position identitaire associée à la marginalité, valorisée par leurs ami-e-s de la rue. Il s'agit alors de reconnaître à la fois l'importance de ces liens, tout en accompagnant ces jeunes dans leurs efforts pour s'affranchir des dynamiques affectives qui les marginalisent

²² A. COLOMBO, préc., note 2.

ou les étouffent. Marie-Jo s'est parfois sentie incomprise par des intervenant-e-s qui ont cherché à nier l'importance identitaire de ces liens affectifs : « Mon identité pendant dix ans, viens pas me dire que c'est du vent ! ». Le défi de l'accompagnement dans ce cas est de reconnaître à la fois l'importance du rôle joué par ces relations affectives développées dans la rue dans sa construction identitaire et son besoin de s'affranchir de la dépendance qui y était associée.

Ce qui est très difficile, c'est qu'il y a tout le temps une négation : « Ben non, c'est pas comme ça que ça se passe ». C'est comme, ayoye, moi, c'est comme ça que je le vis, y a-tu quelqu'un qui va reconnaître ça à un moment donné, tu sais ? [...] Mets-toi dans le moment présent, pis vis des choses avec moi, c'est tout ce que je te demande !

(Marie-Jo, 28 ans, sortie de la rue depuis 12 ans)

Conclusion

Les exemples de Camille et de Marie-Jo montrent que le groupe de pairs peut jouer un rôle très important dans les trajectoires de plusieurs jeunes, notamment celles associées à des relations parentales d'abandon et/ou d'incohérence. Pour d'autres jeunes rencontré-e-s dans le cadre de cette enquête, surtout ceux et celles dont les trajectoires sont marquées par des relations parentales de rejet, les relations avec leurs pairs étaient moins significatives, même si elles étaient présentes dans leur expérience de rue. Ils et elles étaient davantage en quête de reconnaissance de la part de figures adultes significatives qui puissent reconnaître que leur existence vaut la peine²³.

Cette analyse montre néanmoins la diversité des trajectoires de sortie de la rue, qui influence le sens donné par les jeunes à leurs relations avec leurs pairs. Le repositionnement qu'ils et elles effectuent en sortant de la rue renvoie à la fois au passage d'une identité d'enfant à celle d'adulte, et à celui de la marginalité à une certaine normalité, tel que les jeunes rencontré-e-s se la représentent.

Ces résultats peuvent contribuer à penser plus largement l'accompagnement de jeunes dans leurs transitions vers l'âge adulte, en reconnaissant que le besoin d'appartenance à des groupes de pairs ne s'oppose pas

²³ Annamaria COLOMBO, « Figures adultes et socialisation des jeunes en difficulté. Le cas des jeunes sortis de la rue à Montréal », (2011) 57-1 *Agora Débats/jeunesses* 37.

forcément à un besoin de transmission de repères normatifs par les adultes. Le défi de l'accompagnement est alors de décrypter la demande d'aide sous des apparences de rejet des adultes et d'autosuffisance du groupe de pairs. Pour éviter le piège d'imposer aux jeunes une voie unique d'appropriation de l'autonomie associée à une position d'adulte, il apparaît important de privilégier la prise en compte des contextes relationnels qui font sens à leurs yeux. Ces relations significatives prennent tout leur sens lorsqu'elles sont lues à la lumière des attentes de reconnaissance héritées de leur enfance. Un tel accompagnement, fondé sur la reconnaissance du jeune et de ses besoins, ne suit pas une recette décidée d'avance, mais il se construit en chemin, puisque comme le dit Marie-Jo : « C'est une reconnaissance mutante, parce que si toi tu changes du jour au lendemain, la reconnaissance va changer du jour au lendemain. »

Supporting Newcomer Students: A Chicago-Specific Exploration of Social and Emotional Learning Initiatives

Lincoln Hill*

Introduction	131
I. Newcomer Students	133
II. Social and Emotional Learning	137
A. CPS Policy on Student Social and Emotional Health.....	137
B. CPS Policy on Bilingual Education Services	142
C. CPS Multicultural Education and Diversity	145
Conclusion and Recommendations	147

* Dr. Lincoln Hill received her PhD in counseling psychology and is currently a post-doctoral fellow at Chicago Counseling Collective. This research brief was initially developed through Dr. Hill’s work as a graduate assistant in 2018 for Loyola University Chicago, Law School’s Center for the Human Rights of Children.

Dr. Hill would like to thank the following individuals for providing helpful insight and guidance for this research brief: Dr. David Shriberg, former professor in the counseling psychology program at Loyola University Chicago and current professor in school psychology at Indiana University, for his assistance with editing and offering helpful reviews and suggestions; Dr. Elizabeth Vera, co-program chair and professor in the counseling psychology program at Loyola University Chicago, who provided the author with a solid introduction to the topic via research on the social and emotional learning experiences of English learners; and Katherine Kaufka Walts, JD, Director of the Center for the Human Rights of Children, for her overwhelming support and assistance with edits and revisions.

Introduction

As a sanctuary jurisdiction with a large number of immigrant children and families within its borders, the city of Chicago serves as an ideal case study for investigating the form and delivery of specialized services to meet the needs of young newcomers. This non-exhaustive brief research paper aims to provide empirical evidence and best practices for community and school specialists, in and beyond Chicago, who seek to support the social and emotional needs of their newcomer student population.

Chicago. With immigrant residents representing approximately 21% of the city's population,¹ Chicago sought to position itself as a «sanctuary» city in 2006 by enacting its Welcoming City Ordinance.² The ordinance cites the value in having a diverse community as well as a need to foster trust and cooperation from all its citizens regardless of documentation status. It seeks to clarify Chicago's stance on its relationship with immigrant communities by distinguishing the city's legal procedures around immigration from federal immigration laws. The ordinance provides protections to undocumented residents from federal immigration enforcement unless the person in question has been convicted of a serious crime or has a criminal warrant.³

Despite this city ordinance, a 2017 Executive Order issued to the Attorney General and the Department of Homeland Security sought to remove protections for undocumented communities by withholding federal grants deemed necessary for law enforcement from sanctuary jurisdictions.⁴ Challenging the Attorney General's power to impose such an order, a Chicago federal appeals court in April of 2018 upheld a nationwide injunction preventing the order's enforcement thus upholding Chicago's status as a sanctuary jurisdiction.⁵

Chicago has incorporated both literal and symbolic measures to adopt legislation and policies to protect the dignity of members of its newcomer

¹ U.S. CENSUS BUREAU, *Foreign born persons, 2012-2016* (2017), online: *U.S. Census Bureau* <<https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/chicagocityillinois/PST045216#qf-flag-NA>>.

² CITY OF CHICAGO, ordinance § 2-173-005, *Welcoming City Ordinance* (2006).

³ *Ibid.*

⁴ Exec. Order No. 13767, 3 C.F.R. 8793-8797 (2017).

⁵ *City of Chicago v Sessions*, 888 F.3d 272 (7th cir 1998).

population, including immigrant children and families regardless of legal status. While the U.S. has never ratified the UN Convention on the Rights of the Child,⁶ the City of Chicago passed a resolution on February 11, 2009, adopting the Convention and thereby “affirm[ing] Chicago’s commitment to protect children and promote their rights.”⁷ Further, in August 2017, Illinois Governor Bruce Rauner signed the Illinois TRUST Act (SB 31) in Chicago’s Little Village neighborhood, the community with the largest number of undocumented immigrants (20,000) in the city.⁸ The Act limits the scope of state and local law enforcement’s role in enforcing federal immigration laws and seeks to build trust between undocumented immigrant communities and local law enforcement officers. As such, the Act currently offers the country’s strongest state-level due process protections for undocumented immigrants and affirms the commitment of Chicago and Illinois to serving its undocumented immigrant population.⁹

In addition to these local policies and actions that promote a welcoming atmosphere for newcomers, Chicago Public Schools (CPS) leadership frequently responds to the political and cultural anxieties of its stakeholders, particularly those derived from undocumented immigrant families. Following the recent change in federal government administration in 2017, CPS responded to parent concerns about increased immigration enforcement. The district sent a letter and accompanying resources to all CPS families upholding the district’s commitment to continue protecting the rights of all its children irrespective of immigration status¹⁰ and reaf-

⁶ *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, UN GA Res 44/25 (entered into force 2 September 1990).

⁷ CITY OF CHICAGO, *City of Chicago Resolution Adopting the UN Convention on the Rights of the Child* (2009), online (pdf): *Northwestern Law* <<http://www.law.northwestern.edu/legalclinic/cfjc/documents/chicagocitycouncil-resolution.pdf>>.

⁸ Fred TSAO, *Illinois’ Undocumented Immigrant Population: A Summary of Recent Research by Rob Paral and Associates* (2014), online (pdf): *Illinois Coalition for Immigrant and Refugee Rights* <<https://www.icirr.org/undocumented-immigrant-population>>.

⁹ Sophie VODVARKA, “TRUST Act Signed into Law in Illinois!” (28 August 2017), online: <www.icirr.org/news-events/news/details/2114/trust-act-signed-into-law-in-illinois>.

¹⁰ Janice K JACKSON, “Guidance: U.S. Immigration and Customs Enforcement (ICE)” (21 February 2017), online: *Chicago Public Schools* <bateman.cps.edu/news/guidance-us-immigration-and-customs-enforcement-ice?view=full> (this was a mailed letter from CPS to families).

firmed the district's commitment to serving as a welcoming district.¹¹ The district's other responses to changes in federal policy include a statement following the rescission of the Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA) program, which specifically highlighted resources for undocumented students and their families related to navigating the college application process.¹²

For all the notable policy initiatives Chicago has made for immigrant families and children, little is known about how the city and its schools implement these policies into actions that best support the wellbeing of newcomer students. This brief seeks to further investigate the social and emotional learning school policies and services available to newcomer students. In it, I synthesize research about this population of students (including unaccompanied immigrant children, immigrant children regardless of legal status, and refugee students); document best practices for social and emotional learning; and illustrate Chicago Public Schools (CPS) policies that both hinder and promote the specific social and emotional needs of Chicago's newcomers. Also provided are examples of schools and school districts catering to the special social and emotional needs of their newcomer students.

I. Newcomer Students

The term newcomer student broadly refers to any foreign-born student who migrated to the U.S. This umbrella term encapsulates asylees, refugees, and unaccompanied minors amongst many other specific populations of immigrant youth.¹³ While all newcomers share foreign-born status, newcomers are not a homogenous group. Many enter U.S. communities with varying levels of English language proficiency, different racial/ethnic backgrounds, and a variety of cultural norms. Consequently, newcomer

¹¹ CHICAGO, CHICAGO BOARD OF EDUCATION, *Resolution to Affirm Chicago Public Schools' Status as a Welcoming District for All Students* (Chicago: Chicago Board of Education, 2016).

¹² Forrest CLAYPOOL & Jose SALGADO, "DACA Information" (8 September 2017), online: *Chicago Public Schools*. <blog.cps.edu/2017/09/08/open-letter-undocumented-students/>.

¹³ UNITED STATES, U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, OFFICE OF ENGLISH LANGUAGE ACQUISITION, *Newcomer Tool Kit* (Washington DC: U.S. Department of Education, 2016).

students tend to have different needs based on these and other characteristics.¹⁴

Some newcomer students are considered particularly vulnerable compared to others due to their background and experiences before, during, and after migration.¹⁵ For instance, the term “unaccompanied immigrant children” (UIC) refers to children under 18 years of age who migrated to the U.S. without a primary caregiver and legal status.¹⁶ UIC are typically categorized into two groups: those who entered the U.S. and were apprehended and processed by the U.S. Department of Homeland Security, and those who entered the U.S. without detection. Data accounting for the number of UIC who arrived in the US and were apprehended by the US Department of Homeland Security indicates that since October 2013, 1,518 UIC were released to sponsors in Illinois, 969 of whom were released to sponsors within Cook County, the city of Chicago and surrounding suburbs.¹⁷ Due to the unknown number of UIC who migrate without detection, determining the exact number of UIC residing in the Chicago area – let alone the U.S. – is nearly impossible.

Available research on UIC finds that this subgroup of immigrant children often presents with a unique set of tiered concerns spanning, racial

¹⁴ Deborah J SHORT & Beverly A BOYSON, *Helping newcomer students succeed in secondary schools and beyond* (2012), online (pdf): *Fordham University* <www.fordham.edu/download/downloads/id/4904/sife_dual_language_institute.pdf>.

¹⁵ Austin ROSE, “For Vulnerable Immigrant Children, A Longstanding Path to Protection Narrows” (25 July 2018), online: *Migration Policy Institute* <www.migrationpolicy.org/article/vulnerable-immigrant-children-longstanding-path-protection-narrows>.

¹⁶ U.S. OFFICE OF REFUGEE RESETTLEMENT, “Children Entering the United States Unaccompanied” (30 January 2015), online: *US Department of Health and Human Services Administration for Children* <www.acf.hhs.gov/orr/resource/children-entering-the-united-states-unaccompanied>; legally this group of immigrants is referred to as “unaccompanied alien children” or “unaccompanied minors.”

¹⁷ U.S. OFFICE OF REFUGEE RESETTLEMENT, “Unaccompanied Alien Children Released to Sponsors by State” (last verified 7 May 2018), online: *US Department of Health and Human Services Administration for Children* <www.acf.hhs.gov/orr/resource/unaccompanied-alien-children-released-to-sponsors-by-state>.

and/or ethnic discrimination,¹⁸ limited English language proficiency,¹⁹ familial disruptions,²⁰ barriers to educational access,²¹ and mental health problems including pre-migration and migration trauma.²² UIC migrate to the U.S. with various degrees of educational competence within a U.S. context. Some UIC have received limited, if any, educational services prior to migrating, or have experienced significant educational disruptions often leaving them significantly academically disadvantaged when compared to U.S. born peers of their same age.²³ Consequently, some UIC enrolling in U.S. school systems require specialized educational resources such as additional tutoring and culturally-sensitive learning approaches.²⁴ Due to these various psychosocial concerns, UIC tend to require specialized supports once they arrive in U.S. communities, particularly once they enter the school system.

While legislation affirms equal protections for children regarding legal status, enrolling in schools tends to be unnecessarily difficult for some newcomer students. A 2016 Associated Press investigative report found that 35 districts in 14 states (not including Illinois) discouraged unaccompanied minors from enrolling in public schools or pressured UIC to

¹⁸ FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW & VERA INSTITUTE OF JUSTICE, “Unaccompanied immigrant youth in New York: Struggle for identity and inclusion – A participatory action research study” (2015), online: *Fordham University School of Law & Vera Institute of Justice* <<https://www.vera.org/publications/struggle-for-identity-and-inclusion-unaccompanied-immigrant-youth-in-new-york-city>>.

¹⁹ Richard P DURAN, “Assessing English-language learners’ achievement” (2008) 32:1 *Rev of Research in Education* 292; Lee GUNDERSON, *English-Only Instruction and Immigrant Students in Secondary Schools: A Critical Examination* (Mahwah, New Jersey: Erlbaum, 2007).

²⁰ Barbara A PINE & Diane DRACHMAN, “Effective Child Welfare Practice with Immigrant and Refugee Children and Their Families” (2005) 84:5 *Child Welfare* 537.

²¹ Maria VIDAL DE HAYMES, Adam AVRUSHIN & Deidra COLEMAN, “Educating unaccompanied immigrant children in Chicago, Illinois: A case study” (2018) *Children & Youth Services Rev* 77 at 88.

²² Brit OPPEDAL & Thormod IDSOE, “Conduct problems and depression among unaccompanied refugees: The association with pre-migration trauma and acculturation” (2012) 28:3 *Anales de Psicologia* 68.

²³ FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW & VERA INSTITUTE OF JUSTICE, *supra* note 18.

²⁴ *Ibid.*

enroll in substandard alternative programs that violate federal guidelines.²⁵ Although discrimination against UIC in schools has been documented nationally, it remains unclear how, or if, this type of systemic exclusion occurs in Chicago. However, both federal and Illinois state legislation offer protections and educational access to UIC and other newcomers. Titles IV and VI of the Civil Rights Act of 1964 acknowledge that all children, regardless of race, color, sex, religion and nationality, are entitled to free educational services and are protected from discrimination from federal funds and in public schools.²⁶ Moreover, in Illinois, the State Constitution notes that «the State shall provide for an efficient system of high quality public educational institutions and services» for “all children” between the ages of five and twenty-one who reside within Illinois school districts.²⁷ This denotation of “all children” includes students regardless of immigrant or documentation status.

Explicitly addressing the educational needs of undocumented immigrant students, the *Plyler v. Doe* case²⁸ concluded that students, including those without legal citizenship, are entitled to the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment.²⁹ The Court stated that:

In sum, education has a fundamental role in maintaining the fabric of our society. We cannot ignore the significant social costs borne by our Nation when select groups are denied the means to absorb the values and skills upon which our social order rests. In addition to the pivotal role of education in sustaining our political and cultural heritage, denial of education to some isolated group of children poses an affront to one of the goals of the Equal Protection Clause.³⁰

Despite these legal protections and the evidence that school enrollment does not require students or sponsors to provide proof of citizenship, some school districts attempt to deter enrollment for students suspected of being UIC by asking for social security numbers, birth certificates and

²⁵ G. BURKE & A. SAINZ, “AP Exclusive: Migrant children kept from enrolling in school” (2 May 2016), online: *AP News* <apnews.com/b7f933ef6e054c2ca8e32bd9b477e9ab/ap-exclusive-migrant-children-kept-enrolling-school>.

²⁶ Title IV of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000d, et seq.

²⁷ I.L. Const. art. X, pt. I.

²⁸ *Plyler v Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

²⁹ U.S. Const. amend. XIV.

³⁰ *Plyler v Doe*, *supra* note 28 at 223.

similar citizenship forms. For sponsors unfamiliar with proper enrollment procedures or students' educational rights, requests for such documents often provides a real barrier to educational access for UIC.³¹ For those UIC and other newcomer students who do successfully enroll into schools, school personnel are frequently underprepared and under-resourced when providing appropriate social and emotional support services for these children and their caregivers. While research is beginning to address gaps in access to educational services for vulnerable newcomers, more information is needed on the specific social and emotional needs of this student population once they do access educational environments.

II. Social and Emotional Learning

Traditionally, the U.S. educational system has prioritized proficiency in various academic domains while giving limited attention to students' social and emotional skill development. Proponents of social and emotional learning, or SEL, suggest that acquiring core competencies in cognition, affect, and behavior leads to greater interpersonal strengths, prosocial behaviors, cultural sensitivity, school connection, and improved academic outcomes.³² Recognizing the benefits associated with SEL, the Illinois Children's Mental Health Act of 2003 now requires school districts within Illinois to adopt policies that incorporate social, emotional, and mental health into educational programming, services, and protocols. Consequently, the Chicago Public Schools (CPS) district has devoted increased attention, including in the form of policy changes, to the development and prioritization of SEL programs for its students.

A. CPS Policy on Student Social and Emotional Health

The CPS policy on student social and emotional health explicitly aims to:

enhance student school readiness, academic success and use of good citizenship skills; Foster a safe, supportive learning environment where students feel respected and valued; Teach social and emotional

³¹ FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW & VERA INSTITUTE OF JUSTICE, *supra* note 18.

³² Joseph A DURLAK et al, "The Impact of Enhancing Students' Social and Emotional Learning: A Meta-Analysis of School-Based Universal Interventions" (2011) 82:1 Child Development 405.

skills to all students; and Promote student social and emotional well-being by partnering with families and communities.³³

The policy seeks to achieve these goals through programming that incorporates the whole school system including administrators and staff, parents and families, as well as community partners. The policy addresses its commitment to early identification and clinical assessment of social, emotional, and mental health concerns by school personnel and referrals to community providers.³⁴

While the CPS policy on student social and emotional health should offer a framework responsive to the mental health vulnerabilities of all newcomer students and in accordance with research findings, the policy's delivery leaves much to be desired. The CPS employee position roster notes that, in March of 2018, the district employed just 319 school social workers for the 371,382 students enrolled in the district, or approximately one school social worker for every 1,200 students.³⁵ School social workers are masters-level clinicians who have specialized training to meet the mental health, academic, and social and emotional needs of students. They typically prioritize providing supports and services to vulnerable populations of students including, but not limited to, immigrant children. School social workers work within school systems to rectify systemic barriers to the mental health needs of students while implementing multi-tiered systems of supports that impact the whole school community through collaboration.³⁶ Considering the crucial role of social workers in school systems, the ratio of school social workers to students in CPS is particularly troubling with respect to the social and emotional development of newcomer students.

Still, school social workers are not the only source of mental health support accessible through CPS. School counselors, school psychologists,

³³ CHICAGO, CHICAGO BOARD OF EDUCATION, *Student Social and Emotional Health Policy* (Chicago: Chicago Board of Education, 2004).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ CHICAGO PUBLIC SCHOOLS, "Employee Position Files" (11 July 2018), online: *Chicago Public Schools* <cps.edu/About_CPS/Financial_Information/Pages/Employee_PositionFiles.aspx> [Chicago Public Schools, "Employee Position Files"].

³⁶ SCHOOL SOCIAL WORK ASSOCIATION OF AMERICA, "School Social Workers' Role in Addressing Health Needs and Increasing Academic Achievement," online (pdf): <https://docs.wixstatic.com/ugd/426a18_64e9762cc4aa419690355cc43fc6e468.pdf>.

supervised graduate level trainees in mental health fields, and social and emotional learning specialists also deliver mental health services to students in the district. Such services include individual and group counseling, substance abuse counseling, consultation, training, and psychological assessments among others.³⁷ As of March 2018, there were 729 full-time school counselors and six part-time school counselors within the district or roughly one counselor for every 505 students.³⁸ While the district's school counselor to student ratio is better than the Illinois state ratio of one counselor for every 678 students,³⁹ the American School Counselor Association recommends a ratio of one counselor for every 250 students.⁴⁰ Similarly, the National Association for School Psychologists recommends that districts employ one school psychologist for every 500 to 700 students.⁴¹ CPS employs 232 school psychologists or one for every 1,600 students.⁴² The dearth of mental health professionals employed within CPS highlights a critical and urgent need for greater systems of support for all students, but particularly for vulnerable newcomers susceptible to mental health challenges such as UIC and refugee children.

In 2017, a report conducted by the Educators for Excellence, an organization promoting «student-centered, teacher-driven ideas to improve outcomes» of Chicago students, notes that only 25 schools of more than 650 schools in CPS received specialized training in better screening and identifying students with symptoms affiliated with trauma.⁴³ In general,

³⁷ “School Counseling and Postsecondary Advising” (31 March 2018), online: *Chicago Public Schools* <cps.edu/careers/Pages/SchoolCounseling.aspx>.

³⁸ CHICAGO PUBLIC SCHOOLS, “Employee Position Files,” *supra* note 35.

³⁹ UNITED STATES, U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, *State Nonfiscal Public Elementary/Secondary Education Survey 2015-16 v.1a* (Washington DC: National Center for Education Statistics, Common Core of Data).

⁴⁰ “Press” (2018), online: *American School Counselor Association* <www.schoolcounselor.org/press>.

⁴¹ NATIONAL ASSOCIATION OF SCHOOL PSYCHOLOGISTS, *Model for comprehensive and integrated school psychological services* (2010), online (pdf): *National Association of School Psychologists* <www.nasponline.org/standards-and-certification/nasp-practice-model>.

⁴² CHICAGO PUBLIC SCHOOLS, “Employee Position Files,” *supra* note 35.

⁴³ EDUCATORS FOR EXCELLENCE, “Sounding the Alarm: Building the Climate & Culture Our Students Need. Chicago: Educators for Excellence” (June 2017) online: *Educators for Excellence* <e4e.org/what-we-do/policy-solutions/sounding-alarm>.

students living in low-income and inner-city communities report high exposure rates to violence and traumatic events,⁴⁴ and approximately one in six children in Chicago live in high crime areas.⁴⁵ Forty percent of CPS students reported feeling «not safe» or «somewhat safe» around their school according to a University of Chicago Consortium on School Research report.⁴⁶ Consequently, newcomer students already exposed to trauma before coming to the U.S. may be at risk of continued and exacerbated trauma exposure once they enter certain Chicago communities. UIC, in particular, often experience significant trauma prior to migration, during migration, and post-migration which may potentially lead to posttraumatic stress, depressive and anxious symptoms, and a myriad of other mental health concerns if left untreated.⁴⁷

Eighty-one percent of CPS teachers surveyed in the Educators for Excellence report expressed a desire for more SEL training as well as for trauma-informed care and restorative practices to address concerns about culture and climate.⁴⁸ Researchers and practitioners alike acknowledge the value in trauma-responsive practices that are «educative and therapeutic» and stress the need for greater education across school communities related to the impact of chronic trauma on their students.⁴⁹ Experts also cite the value in restorative practices, a type of paradigm approach to discipline and community healing that seeks to prevent harm, acknowledge harm, and repair harm through the values of social responsibility and respect. One of the desired outcomes of this approach is a reduction in

⁴⁴ Kathryn COLLINS et al, “Understanding the impact of trauma and urban poverty on family systems: Risks, resilience, and interventions” (2010), online (pdf): *The National Child Traumatic Stress Network* <www.nctsn.org/sites/default/files/resources/resource-guide/understanding_impact_trauma_urban_poverty_family_systems.pdf>.

⁴⁵ URBAN EDUCATION INSTITUTE, “Practicing trauma-responsive teaching” (2017) online (pdf): *The University of Chicago Urban Education* <uei.uchicago.edu/sites/default/files/documents/UEI%202017%20New%20Knowledge%20-%20Practicing%20Trauma-Responsive%20Teaching.pdf>.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Kiara ALVAREZ & Margarita ALEGRIA, “Understanding and addressing the needs of unaccompanied immigrant minors” (2018) *Children, Youth & Families*.

⁴⁸ EDUCATORS FOR EXCELLENCE, *supra* note 43.

⁴⁹ URBAN EDUCATION INSTITUTE, *supra* note 45.

school suspensions and expulsions hand in hand with the introduction of less punitive and more restorative disciplinary consequences.⁵⁰

Currently, CPS partners with several local SEL community providers such as the Collaborative for Social and Emotional Learning (CASEL),⁵¹ Umoja Student Development Corporation,⁵² and Alternatives, Inc.⁵³ to consult with and train school personnel and specialists on restorative practices. In a press release from 2016, CPS announced that these partnerships led to restorative practitioners reaching 74 different schools with notable reductions in suspensions, expulsions, and law enforcement intervention in CPS schools.⁵⁴ As of June 2018, the district employs 23 social and emotional learning specialists,⁵⁵ providers with master's degrees in psychology, counseling, and other related fields who collaborate with approximately 5-10 schools throughout the academic year around SEL service delivery.

Research indicates that promoting SEL competencies creates an optimal strategy for both preventing and treating various mental health issues. Because immigrant students are new to the U.S. educational system, SEL school-based programs ideally provide opportunities for these students to form relationships to peers and other school personnel.⁵⁶ Additionally, the Report of the Surgeon General's Conference on Children's Mental Health specifically acknowledges that mental health is a critical component of a child's general health and affirms that social and emotional health is an aspect of «healthy child development.»⁵⁷ CPS may benefit

⁵⁰ Anne GREGORY et al, "The Promise of Restorative Practices to Transform Teacher-Student Relationships and Achieve Equity in School Discipline" (2016) 26:4 *Journal of Educational and Psychological Consultation* 325.

⁵¹ "Chicago," online: *Collaborative for Academic, Social, and Emotional Learning* <casel.org/partner-districts/chicago-public-schools/>.

⁵² "The Umoja Model," online: *Umoja Student Development Corporation* <www.umojacorporation.org/our-approach/umoja-model>.

⁵³ "Restorative Justice: Shaping How We do Community," online: *Alternatives Youth* <www.alternativesyouth.org/programs/restorative-justice/>.

⁵⁴ "CPS Continues Reduction of Suspensions and Expulsions to Keep Students Connected to Schools" (12 February 2016), online: *Chicago Public Schools* <www.cps.edu/News/Press_releases/Pages/PR1_02_2016.aspx>.

⁵⁵ CHICAGO PUBLIC SCHOOLS, "Employee Position Files," *supra* note 35.

⁵⁶ DURLAK et al, *supra* note 32.

⁵⁷ US DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, US DEPARTMENT OF EDUCATION & US DEPARTMENT OF JUSTICE, "Report of the Surgeon General's Conference on

from reaffirming its commitment to SEL policy and to prioritizing children's social and emotional welfare by increasing its number of school social workers and other mental health professionals while also providing trauma-informed training to more schools. Such changes may assist newcomers with their transition into schools.

B. CPS Policy on Bilingual Education Services

In addition to susceptibility for mental health concerns and trauma, many newcomers face hardships in school environments due to their limited English language proficiency.⁵⁸ The majority of newcomer students share many characteristics with English learners (ELs), another minority student population, for whom language education programs are a critical component to their success as students and their social and emotional development.⁵⁹ Requirements for bilingual education services within CPS determine eligibility according to the following two questions: 1) Is a language other than English spoken in the child's home? and 2) Does the student speak a language other than English?⁶⁰ Based on these criteria, currently 18% of all CPS students are bilingual, and, in 125 schools in the district, 35% or more of the student body identifies as bilingual.⁶¹

The CPS policy on bilingual education notes that all students in pre-kindergarten through 12th grade whose home language is not English should have equitable access to educational and language acquisition

Children's Mental Health: A National Action Agenda" (2000) online: *National Center for Biotechnical Information* <www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK44236/>.

⁵⁸ Elizabeth M VERA et al, "Understanding the Socioemotional Worlds of English Learners: A Retrospective Study" (2018) 28:2 *Journal of Educational & Psychological Consultation* 137; Patricia A DUFF, "Language, Literacy, Content, and (Pop) Culture: Challenges for ESL Students in Mainstream Courses" (2001) 58:1 *Canadian Modern Language Review* 103.

⁵⁹ VERA et al, *supra* note 58.

⁶⁰ CHICAGO, CHICAGO BOARD OF EDUCATION, *Bilingual Education Policy* (Chicago: Chicago Board of Education, 2016) [Chicago Board of Education, *Bilingual Education Policy*].

⁶¹ "Language and Cultural Education: English Learner Programs" (last modified 30 January 2015), online: *Chicago Public Schools* <cps.edu/Pages/EnglishLearnerPrograms.aspx> [Chicago Public Schools, "English Learner Programs"]; "School Data" (last modified 30 January 2015) online: *Chicago Public Schools* <cps.edu/SchoolData/Pages/SchoolData.aspx>.

opportunities afforded to native English language speakers. The policy adds that Dual Language Education, a language services model that seeks to foster cross-cultural exchange and promotes bilingual proficiency for all students including both native English speakers and English learners, is an effective and desirable option for providing bilingual education services that go above and beyond Illinois standards for bilingual education.⁶² Research supports this policy preference, by showing that dual immersion programs (frequently referred to as two-way immersion programs) do not prioritize English compared to other languages, but rather allow for all students to participate. – not just nonnative English speakers.⁶³ Rather than relying on cultural separation and acculturation, these programs promote cultural awareness, enculturation, and academic achievement.⁶⁴ Consequently, dual immersion programs may to achieve an atmosphere where more students are included and can learn from one another in an ideally affirmative educational space – factors associated with fostering social and emotional learning.⁶⁵

While CPS acknowledges the benefits of dual immersion, the district has been slow to adopt this paradigm. Currently, only 20 schools of more than 650 in CPS practice this language services delivery model.⁶⁶ Instead, CPS schools typically provide another common language services program, English as a Second Language (ESL).⁶⁷ ESL classes are comprised of non-native English-speaking students who are learning English with the goal of eventually joining English-only classes. Research findings investigating bilingual education services and SEL posit that ESL graduates retrospectively reported feeling isolated and removed from mainstream students. Additionally, they expressed experiences of multicultural insensitivity, bullying, and social exclusion.⁶⁸ Negative incidents associated with ESL programs may also lead to decreased affiliation with students’

⁶² CHICAGO BOARD OF EDUCATION, *Bilingual Education Policy*, *supra* note 60.

⁶³ Iliana ALANÍS & Mariela A RODRÍGUEZ, “Sustaining a Dual Language Immersion Program: Features of Success” (2008) 7 *Journal of Latinos and Education* 305.

⁶⁴ *Ibid*; Wayne P THOMAS & Virginia P COLLIER, “The Multiple Benefits of Dual Language” (2003) 61 *Educational Leadership* 61.

⁶⁵ DURLAK et al, *supra* note 32.

⁶⁶ CHICAGO PUBLIC SCHOOLS, “Language and Cultural Education: English Learner Programs,” *supra* note 61.

⁶⁷ *Ibid*.

⁶⁸ VERA et al, *supra* note 58.

own ethnic background.⁶⁹ For newcomers who already feel isolated from other students due to language and cultural differences, ESL programs have the potential to exacerbate these feelings.

In addition to ESL and Dual Education language service delivery models, a number of schools in the U.S. have adopted what are known as newcomer programs, implemented as a precursor to bilingual education services.⁷⁰ Newcomer programs offer «specialized academic environments that serve newly arrived, immigrant English language learners for a limited period of a time.»⁷¹ These programs typically last for one to two years before the newcomer students transition into their school's typical language support program. A 2012 report on 63 newcomer middle and high school programs notes that there are a wide range of newcomer English learners (ELs) with various characteristics that can broadly be classified into four categories of learners: 1) literate, on-level newcomers, 2) literate, partially schooled newcomers, 3) newcomer students with interrupted education, and 4) late-entrant immigrant newcomers. The researchers note that the variety of newcomer characteristics influences best practices towards meeting the specific needs of the students.⁷²

Best practices for bilingual education services include affirmative and inclusive spaces that are culturally responsive and engage the whole community.⁷³ One Chicago high school, located in Rogers Park, a neighborhood known nationally for its robust immigrant and refugee community, illustrates the importance of space to the success of bilingual education. Roger C. Sullivan High School has been immensely successful in implementing an English language learner (ELL) program for its immigrant and refugee students that is culturally congruent, systemic, and trauma-informed. At the time of writing this paper, 45 % of the school's student population is foreign born with students originating from 38 different countries. 40% of Sullivan's students are enrolled in the ELL program where more than

⁶⁹ Deborah J SHORT, "Newcomer Programs: An Educational Alternative for Secondary Immigrant Students" (2002) 34:2 *Education & Urban Society* 173.

⁷⁰ SHORT & BOYSON, *supra* note 14.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ THOMAS & COLLIER, *supra* note 65; Julie M KOCH, Lauren GIN & Douglas KNUTSON, "Creating Safe and Welcoming Environments for immigrant Children and Families," online (pdf): *American Psychology Association* <www.apa.org/pi/families/resources/safe-schools/immigrant-children.pdf>.

35 languages including Swahili, Arabic, French, Spanish, and Rohingya are spoken.⁷⁴

Sullivan's ELs attend classes in a cohort model allowing students to travel to different classes together while receiving language support throughout the school day. The school's leadership invested its additional funds into its ELL program and sponsored trauma-informed trainings for its ELL instructors. Additionally, the school maintains connections with local refugee resettlement agencies and received 89 refugee students in the 2016-2017 academic year. Due to its impressive program offerings for refugee and immigrant youth, Sullivan is the first newcomer program within CPS and is expected to receive an additional \$300,000 to further strengthen its ELL program.⁷⁵

While Sullivan does not offer a dual language education program, their ELL language service delivery model promotes enculturation, considers context, and is systematically imposed on students. These components are all helpful for promoting SEL and welcoming school environments.⁷⁶ For other schools, shifting to Dual Language Education could promote greater social and emotional development for newcomers who may already feel inclined to hide their documentation status and distance themselves from their peers. Following dual immersion programs may allow newcomers to begin to collaborate with their peers, form stronger relationships with school personnel, and increase their sense of school belonging.

C. CPS Multicultural Education and Diversity

When considering the integration of newcomer students into U.S. school systems, it is critical to acknowledge the ways in which systemic oppression might operate in the distribution of services and in associated socioemotional outcomes. School systems in the U.S. have been described as microcosms of societal ills including oppression, racism, and xenophobia.⁷⁷ Although public schools are becoming increasingly diverse and

⁷⁴ Elly FISHMAN, "Welcome to Refugee High" (6 June 2017), online: *Chicago Magazine* <www.chicagomag.com/Chicago-Magazine/June-2017/Welcome-to-Refugee-High>.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ VERA et al, *supra* note 58; KOCH, GIN & KNUTSON, *supra* note 73.

⁷⁷ Lindsay PÉREZ HUBER, "Discourses of Racist Nativism in California Public Education: English Dominance as Racist Nativist Microaggressions" (2011) 47:4 Educational

multicultural education is becoming more prominent, immigrant students and their families/sponsors still experience disproportionate incidents of discrimination and bullying when compared to their U.S. born counterparts.⁷⁸ Some immigrant students confront a host of hardships that extend beyond difficulty adjusting to a new school environment, to considerable difficulty in dealing with an entirely new culture and country.⁷⁹ For these reasons, school personnel must be proactive in their pursuits of equity and inclusion while remaining attentive to how their school environment is both promoting and hindering multicultural inclusion for newcomers.

The CPS policy on multicultural education and diversity expresses the district's commitment to providing equitable education for students regardless of cultural identities, ability, status, or – in a direct reference to UIC –different national origins. The policy highlights that the entire school environment must incorporate a multicultural focus to achieve equitable outcomes for all its students.⁸⁰ This aspect of the policy speaks generally to climate and culture concerns within CPS and the quest to create inclusive and affirmative spaces rather than spaces that encourage only students with non-dominant identities to assimilate into the mainstream culture.

Districts that have been successful in this regard, such as the Minneapolis Public School district, have created systemic changes to welcome immigrant children including cultural sensitivity training for staff, the hiring of bilingual staff, parental and caregiver involvement opportunities, cultural enrichment programs, and incorporation of traditions and customs associated with their children's country-of-origin.⁸¹ Adopting a similar framework within CPS might bolster their newcomers' social and

Studies 379; Revathy KUMAR, Nancy SEAY & Stuart KARABENICK "Shades of White: Identity Status, Stereotypes, Prejudice, and Xenophobia" (2011) 47:4 Educational Studies 345.

⁷⁸ DUFF, *supra* note 58; Bernice RAVECHE GARNETT, "The Intersectionality of Discrimination Attributes and Bullying Among Youth: An Applied Latent Class Analysis" (2014) 43:8 Journal of Youth and Adolescence 1225.

⁷⁹ Anita S MAK et al, "Optimising Conditions for Learning Sociocultural Competencies for Success" (1999) 23 International Journal of Intercultural Relations 77; FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW & VERA INSTITUTE OF JUSTICE, *supra* note 18.

⁸⁰ CHICAGO, CHICAGO BOARD OF EDUCATION, *Multicultural Education and Diversity* (Chicago: Chicago Board of Education, 2016).

⁸¹ KOCH, GIN & KNUTSON, *supra* note 73.

emotional health by ensuring that they are properly integrated into their school environments in the most culturally responsive and inclusive manner possible.

Conclusion and Recommendations

With increased public attention to current government policies and changes with an impact on immigrant children and families, school districts and personnel may benefit from additional guidance and support on how to better address the developmental needs of their newcomer student population. This research brief, though non-exhaustive, seeks to assist in this domain by treating Chicago Public Schools as a case study for the implementation of social and emotional learning initiatives for newcomer students. The author proposes the following recommendations to CPS and other districts:

- Schools should acknowledge that newcomer students are not a homogenous group and have different cultural, individual, and migration experiences that will likely shape their academic and social and emotional needs.
- Schools should participate in the systemic preparation necessary for effective social and emotional learning initiatives.
- School districts should consider the benefits of hiring more mental health professionals and social and emotional learning specialists to train school personnel on relevant wellness and mental health needs of newcomer students.
- Schools should consider bilingual education service delivery models that offer opportunities for both English learner and mainstream students to interact and that do not prioritize one language or culture above others.
- School personnel should acknowledge the role of systemic oppression, racism, discrimination, and xenophobia in the U.S., with particular consideration for newcomer students, in the content and delivery of education.

Partie 3

**Auprès des jeunes :
interventions
et approches
contemporaines**

Part 3

**Regarding Youth:
Contemporary
Interventions and
Approaches**

Dénouer la protection urgente et le bien-être des enfants : Reconnaître le double mandat de la protection de la jeunesse au Canada

Nico Trocmé*, Marie Saint-Girons** et Tonino Esposito***

Introduction	153
I. Dénouer la protection urgente du bien-être : une analyse approfondie des différentes formes de maltraitance	155
A. L'expansion des cas de maltraitance reconnus	155
B. Dénouer les différentes formes de maltraitance : la notion de préjudice causé comme point de départ	158
C. Le besoin de protection urgente dans certains cas de maltraitance	159
D. Les autres catégories de maltraitance : des besoins tout aussi importants	161
II. La mise en place d'approches différentes pour répondre à l'expansion des cas de maltraitance	164
A. Un regard sur le modèle d'intervention traditionnel	165
B. Des approches flexibles pour les situations chroniques	167
C. L'importance du contexte socio-économique	169
D. Affronter la surreprésentation des Autochtones et des minorités visibles	172
Conclusion	174

* McGill University, School of Social Work.

** McGill University, School of Social Work.

*** Université de Montréal. École de travail social.

Cette recherche a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

Introduction

Depuis la fin des années 1990, le nombre d'enfants évalués par le système de protection de la jeunesse a presque doublé au Canada¹. À l'échelle nationale, le taux d'évaluations a augmenté de 21,47 pour 1000 enfants en 1998 à 39,16 pour 1000 enfants en 2008. L'ampleur de cette évolution varie selon les provinces : entre 1998 et 2014, on observe une augmentation du taux d'enfants évalués de 34 % au Québec² et de 94 % en Ontario³. Le nombre d'enfants placés au Canada avait également connu une expansion significative autour de cette période, allant de 42,000 en 1992 à 67,000 en 2007, avant de redescendre légèrement dans les dernières années⁴.

Les études, s'étant penchées sur ce phénomène au Canada et aux États-Unis, l'attribuent principalement à des changements au niveau législatif et dans la pratique concernant le signalement et l'évaluation des cas de maltraitance⁵. Ces changements naissent dans un contexte social où les impacts psychologique et cognitif néfastes d'un plus grand nombre de

¹ Nico TROCMÉ, Barbara FALLON, Bruce MACLAURIN, Vandna SINHA, Tara BLACK, Elizabeth FAST *et al.*, *Canadian incidence study of reported child abuse and neglect, 2008 : major findings*, Ontario, Public Health Agency of Canada, 2010, p. 23.

² Sonia HÉLIE, Delphine COLLIN-VÉZINA, Daniel TURCOTTE, Nico TROCMÉ et Nadine GIROUARD, *Étude d'incidence québécoise sur les situations évaluées en protection de la jeunesse en 2014 (ÉIQ-2014)*, Montréal, Centre jeunesse de Montréal-Institut universitaire, 2017, p. 46.

³ Barbara FALLON, Melissa VAN WERT, Nico TROCMÉ, Bruce MACLAURIN, Vandna SINHA, Rachael LEFEBVRE et Wendy RHA, *Ontario incidence study of reported child abuse and Neglect-2013 (OIS-2013)*, Toronto, Canadian Child Welfare Research Portal, 2015, p. 42.

⁴ Nico TROCMÉ, Meghan MULCALHY, *Children and Youth in Out-of-Home Care in Canada*, Centre of Excellence for Children's Wellbeing, 2010, p. 1 ; MARIE SAINT-GIRONS, NICO TROCMÉ, TONINO ESPOSITO, et BARBARA FALLON, *Children in Out-of-Home Care in Canada in 2019*, Child Welfare Research Portal, 2020.

⁵ Nico TROCMÉ, Barbara FALLON, Vandna SINHA, Melissa VAN WERT, Anna KOZLOWSKI et Bruce MACLAURIN, « Differentiating between child protection and family support in the Canadian child welfare system's response to intimate partner violence, corporal punishment, and child neglect », (2013) 48 *International journal of psychology* 128 ; Ruth GILBERT, Alison KEMP, June THOBURN, Peter SIDEBOTHAM, Lorraine RADFORD, Danya GLASER et Harriet L. MACMILLAN, « Recognising and responding to child maltreatment », (2009) 373 *The lancet* 167.

comportements parentaux sont graduellement reconnus⁶. En parallèle, la manière de réagir aux cas de maltraitance est fortement impactée par les commissions d'enquête suite aux morts d'enfants – ce qui engendre souvent une réaction médiatique importante et la mise en place d'outils d'évaluation de risques plus étroits ainsi que des techniques d'intervention intrusives s'éloignant de modèles préventifs⁷. Ceci, malgré le fait que depuis 1980 le nombre d'homicides d'enfants dans un contexte familial semble rester stable, voire diminuer progressivement au fil des années⁸.

Le mandat des services de protection de la jeunesse est décrit dans les textes de loi de chaque province au Canada comme étant double : il consiste non seulement à assurer la sécurité et la protection immédiate des enfants, mais aussi à leur permettre de grandir dans un environnement où leur développement et leur bien-être ne sont pas compromis⁹. Par exemple, au Québec la loi spécifie qu'elle « a pour objet la protection de l'enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis »¹⁰. Ce double mandat s'inscrit dans les directives internationales de la *Convention relative aux droits des enfants* qui stipule que les enfants doivent être protégés « contre toute forme de violence », tout en soulignant le devoir des services sociaux de « fournir l'appui nécessaire

⁶ Ruth GILBERT, Cathy SPATZ WIDOM, Kevin BROWNE, David FERGUSON, Elspeth WEBB et Staffan JANSON, « Burden and consequences of child maltreatment in high-income countries », (2009) 373 *The lancet* 68 ; N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 5.

⁷ Michael J. CAMASSO et Radha JAGANNATHAN, « Conceptualizing and testing the vicious cycle in child protective services : The critical role played by child maltreatment fatalities », (2019) 103 *Children and Youth Services Review* 178 ; N. TROCMÉ et C. CHAMBERLAND, préc., note 4 ; Marie-Christine SAINT-JACQUES, Daniel TURCOTTE, Sylvie DRAPEAU, Patrick VILLENEUVE et Hans IVERS, « Signalement d'enfants aux services de protection de la jeunesse : quels acteurs sont influencés par la couverture journalistique de la maltraitance ? », (2009) 33 *Déviance et société* 501.

⁸ Maire SINHA, « La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2010 », (2012) 85-002-X *Juristat*, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/85-002-x/2012001/article/11643-fra.pdf?st=38YDxpGL>>.

⁹ Nico TROCMÉ, Alicia KYTE, Vandna SINHA et Barbara FALLON, « Urgent protection versus chronic need: clarifying the dual mandate of child welfare services across Canada », (2014) 3 *Social Sciences* 483 ; Barbara FALLON, Nico TROCMÉ, Joanne FILIPPELLI, Tara BLACK et Nicolette JOH-CARNELLA, « Responding to safety concerns and chronic needs: trends over time », (2017) 11 *Child and adolescent psychiatry and mental health* 60.

¹⁰ *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 2.

à l'enfant et à ceux à qui il est confié»¹¹. Dans les faits, la distinction entre ces deux aspects du mandat des services de protection est rarement faite, et la confusion qui en échappe porte atteinte aux droits des enfants en les mettant à risque accru de subir des maltraitements futurs et de se retrouver coincés dans un système qui ne reconnaît pas la complexité ni la chronicité de leurs besoins.

Dans ce chapitre, nous allons tenter d'analyser de manière plus approfondie la nature même des différentes catégories de maltraitance pour démêler les cas de protection urgente de ceux concernant le bien-être des jeunes afin d'évaluer des façons plus appropriées d'y répondre.

I. Dénouer la protection urgente du bien-être : une analyse approfondie des différentes formes de maltraitance

A. L'expansion des cas de maltraitance reconnus

Au Canada, la définition d'un enfant nécessitant des services de protection – et les différentes catégories de maltraitance qui en découlent – est fixée par les textes de loi provinciaux. Au cours des dernières décennies, les incidents pouvant faire l'objet de signalements et d'évaluations à travers le pays ont évolué de manière significative.

Au début de la mise en place d'un modèle de protection de la jeunesse – durant la première moitié du XX^e siècle – la maltraitance est définie de manière vague, reposant sur une notion confuse de pratiques parentales jugées comme étant « inadéquates »¹². Avec le temps, la délimitation de différentes catégories de maltraitance se concrétise : l'abus physique, l'abus sexuel et la négligence sont décrits et leurs impacts néfastes sur les enfants sont portés à l'attention du public¹³. Depuis la fin des années 1990, les conséquences d'une autre forme de maltraitance – celles de la maltraitance psychologique – deviennent de plus en plus reconnues dans les domaines

¹¹ Assemblée générale des Nations Unies, *Convention relative aux droits de l'enfant*, A/RES/44/25 (1989), art. 19, en ligne : <<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>>.

¹² Michael S. WALD et Maria WOOLVERTON, « Risk assessment: The emperor's new clothes ? », (1990) 69 *Child Welfare : Journal of Policy, Practice, and Program* 483.

¹³ Nicholas BALA, « Setting the Context: Child Welfare Law in Canada », dans Kathleen KUFELDT (dir.), *Child welfare : Connecting research, policy and practice*, 2^e éd, Waterloo, Wilfrid Laurier University Press, 2011, p. 1.

pratiques et de recherche¹⁴. À ce jour, 13 des 15 provinces et territoires incluent cette forme de maltraitance, aussi connue sous le nom de mauvais traitement psychologique, comme motif de signalement dans leurs textes de loi¹⁵. Parallèlement, la majorité des provinces ont également rajouté l'exposition à la violence conjugale ainsi que des nouvelles formes de négligence à leur mandat de protection¹⁶.

Pour comprendre l'impact de ces changements législatifs sur le profil des enfants évalués par le système de protection de la jeunesse, nous nous tournons vers l'Étude canadienne sur l'incidence des signalements de cas de violence et de négligence envers les enfants (ECI) qui est la seule étude offrant des estimations à l'échelle nationale de l'évaluation des cas de maltraitance au Canada. La figure 1 de la page suivante, montre l'évolution des catégories de signalements pour risque ou incident de maltraitance qui ont été jugés comme étant fondés suite à une évaluation en protection de la jeunesse (nommé par la suite risque ou incident fondé) à travers les cycles 1998, 2003 et 2008 de l'ECI¹⁷.

On observe ainsi qu'entre 1998 et 2003, il y a une augmentation du taux d'incidents fondés dans presque toutes les catégories de maltraitance, sauf pour les cas d'abus sexuels. Plus spécifiquement, on note que le taux d'exposition à la violence conjugale fondée augmente de 276 % entre 1998 et 2003 (1,7 enfant pour 1000 en 1998 à 6,4 enfants pour 1000 en 2003). Le taux de mauvais traitement psychologique fondé a également plus que doublé entre 1998 et 2003 (0,9 enfant pour 1000 en 1998 et 2,9 enfants pour 1000 en 2003). Pendant cette période, les taux d'abus physique et de négligence augmentent aussi de manière significative, alors que le taux d'abus sexuel décroît¹⁸.

¹⁴ Nico TROCMÉ, Barbara FALLON, Bruce MACLAURIN, Claire CHAMBERLAND, Martin CHABOT et Tonino ESPOSITO, «Shifting definitions of emotional maltreatment: An analysis child welfare investigation laws and practices in Canada», (2011) 35 *Child Abuse & Neglect* 831 ; R. GILBERT *et al.*, préc., note 5.

¹⁵ Public Health Agency of Canada, *Provincial and territorial child protection legislation and policy – 2018*, Ottawa, Government of Canada, 2019, en ligne : <<https://www.canada.ca/en/public-health/services/publications/health-risks-safety/provincial-territorial-child-protection-legislation-policy-2018.html>>.

¹⁶ Tara Loise BLACK, *Children's Exposure to Intimate Partner Violence (IPV): Challenging Assumptions about Child Protection Practices*, Ottawa, University of Toronto, 2009 ; N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 14.

¹⁷ N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 14, 836.

¹⁸ *Id.*

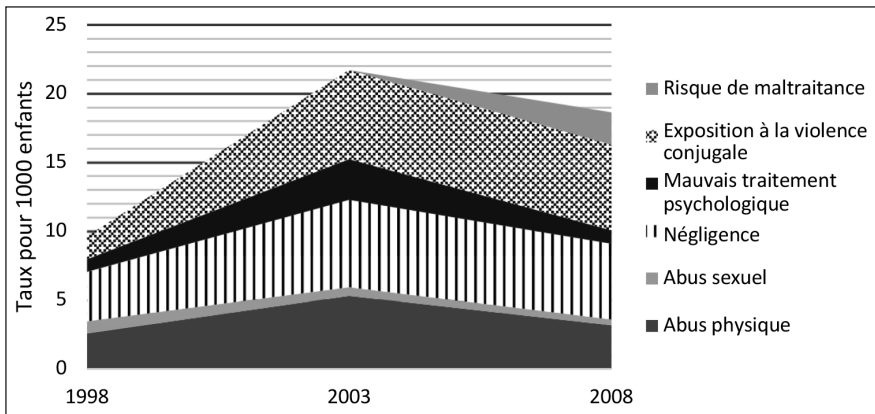


Figure 1 : Catégories principales de risque ou d’incident fondé au Canada à travers les cycles 1998, 2003 et 2008 de l’ECI (sauf le Québec)

Entre 2003 et 2008, le taux de maltraitance pour 1000 enfants reste stable, avec une légère baisse des cas de mauvais traitement psychologique et d’abus physique. L’apparition soudaine en 2008 de risque de maltraitance future est due au fait que cette catégorie n’était pas présente dans les précédents cycles de l’ECI¹⁹. Une analyse secondaire a révélé que dans les cycles antérieurs, certains intervenants incluaient les situations d’évaluation de risque de maltraitance dans les catégories de maltraitance suite à un incident²⁰. L’introduction du concept pourrait donc en partie expliquer la diminution du taux d’incidents fondés pour les cas de maltraitance psychologique et physique entre 2003 et 2008²¹.

Étant donné l’impact que l’ajout de nouvelles catégories de maltraitance a eu sur le taux d’enfants signalés, évalués, et éventuellement pris en charge par le système de protection de la jeunesse, il est d’autant plus important d’en comprendre les nuances. Pourtant, peu de chercheurs ont essayé de conceptualiser les particularités des différentes formes de maltraitance

¹⁹ N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 1.

²⁰ Barbara FALLON, Nico TROCMÉ, Bruce MACLAURIN, Vandna SINHA et Tara BLACK, « Untangling risk of maltreatment from events of maltreatment: An analysis of the 2008 Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect (CIS-2008) », (2011) 9 *International Journal of Mental Health and Addiction* 460.

²¹ *Id.*

reconnues présentement par le système de protection de la jeunesse au Canada.

***B. Dénouer les différentes formes de maltraitance :
la notion de préjudice causé comme point de départ***

Le dommage produit par un incident ou par une situation de risque de maltraitance peut se traduire par des séquelles diverses, qui peuvent être soit physiques (allant de blessures mineures au danger de mort), soit psychologiques (pouvant entre autres inclure la capacité à gérer ses émotions, les relations avec les autres, l'impact sur la santé mentale, ou les conséquences cognitives)²². Les résultats de l'ECI-2008 montrent la présence de blessures physiques dans 8 % des incidents ou risque de maltraitance fondés au Canada avec seulement 3 % des cas fondés nécessitant un traitement médical²³. Dans l'Étude d'incidence québécoise (ÉIQ) de 2014, les résultats sont similaires : la présence de blessures est notée dans 10 % des cas fondés²⁴. En contraste, des séquelles psychologiques sont observées dans 29 % des cas au Canada en 2008, mais la proportion réelle est vraisemblablement plus grande étant donné que l'étude se limite à l'évaluation initiale sans inclure de données longitudinales sur le bien-être des enfants²⁵.

En effet, un grand nombre d'études longitudinales montrent que l'impact psychologique dévastateur de la maltraitance dans l'enfance se manifeste souvent après les faits et s'étend généralement jusqu'à l'adolescence et à l'âge adulte²⁶. Ainsi, le dommage causé par une situation de maltraitance peut se manifester à court ou à long terme. Dans certains cas, un inci-

²² Dante CICHETTI et Sheree L. TOTH, « Child maltreatment », (2005) 1 *Annual Review of Clinical Psychology* 409; R. GILBERT *et al.*, préc., note 5; Jody TODD MANLY, Jungmeen E. KIM, Fred A. ROGOSCH et Dante CICHETTI, « Dimensions of child maltreatment and children's adjustment: Contributions of developmental timing and subtype », (2001) 13 *Development and psychopathology* 759.

²³ N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 1, 33.

²⁴ S. HÉLIE, D. COLLIN-VÉZINA, D. TURCOTTE, N. TROCMÉ et N. GIROUARD, préc., note 2, 56.

²⁵ B. FALLON, N. TROCMÉ, B. MACLAURIN, V. SINHA et T. BLACK, préc., note 20.

²⁶ R. GILBERT *et al.*, préc., note 6; Kathryn L. HILDYARD et David A. WOLFE, « Child neglect: developmental issues and outcomes », (2002) 26 *Child abuse and neglect* 679.

dent spécifique – tel qu’une situation d’abus sexuel ou physique grave – peut avoir des séquelles importantes à court terme qui mettent la sécurité immédiate (physique et/ou psychologique) de l’enfant à risque²⁷. Dans d’autres situations – incluant l’exposition répétée à certains cas de négligence, de risque de maltraitance ou de violence conjugale – ce sont des enjeux à long terme concernant le bien-être et le développement de l’enfant qui sont mis en jeu²⁸. Dans ces cas, qui sont caractéristiques d’un environnement familial dysfonctionnel, l’impact sur le bien-être de l’enfant ne survient pas suite à un seul incident, mais suite à l’exposition à des situations problématiques de manière chronique.

Cela renvoie donc au double mandat des services de protection de la jeunesse présents dans toutes les lois provinciales de la protection de la jeunesse au Canada : non seulement (1) d’assurer la protection urgente de l’enfant lorsque sa sécurité immédiate est en danger suite à un incident spécifique de maltraitance, mais aussi (2) d’assurer le bien-être des enfants de situations familiales dysfonctionnelles pouvant avoir des conséquences psychologiques à long terme²⁹.

C. Le besoin de protection urgente dans certains cas de maltraitance

Afin de déterminer le besoin d’intervenir dans une famille de manière urgente suite à un incident spécifique de maltraitance, il est donc nécessaire de déterminer si la sécurité immédiate de l’enfant est compromise.

Il paraît clair que les situations d’abus physiques sévères et d’abus sexuels mettent directement en danger la sécurité de l’enfant. En effet, un seul incident peut mener à des séquelles graves à court et à long terme, le risque de récurrence est très élevé et l’intensification des actes est souvent observée³⁰. Dans ces situations, la nécessité d’intervenir de manière rapide

²⁷ N. TROCMÉ, A. KYTE, V. SINHA et B. FALLON, préc., note 9.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.* ; B. FALLON, N. TROCMÉ, J. FILIPPELLI, T. BLACK et N. JOH-CARNELLA, préc., note 9.

³⁰ Nina L. PAPALIA, Stefan LUEBBERS, James R.P. OGLOFF, Margaret CUTAJAR, Paul E. MULLEN et Emily MANN, «Further victimization of child sexual abuse victims: A latent class typology of re-victimization trajectories», (2017) 66 *Child Abuse & Neglect* 112 ; Emily PUTNAM-HORNSTEIN, Mario A. CLEVES, Robyn LICHT et Barbara NEEDELL, «Risk of fatal injury in young children following abuse allegations: Evidence from a prospective, population-based study», (2013) 103 *American journal of*

est également exacerbée par le besoin de collecter des preuves médico-légales en cas d'enquête judiciaire actuelle ou potentielle³¹. Un autre élément à prendre en compte pour déterminer si la sécurité immédiate d'un enfant est compromise est l'âge de l'enfant en question. Des études sur le sujet montrent que les enfants de très bas âge sont plus à risque de mourir ou de subir des préjudices sévères permanents suite à des incidents de maltraitance, tel que dans les cas de négligence grave ou d'abus physique³². Une étude a notamment montré que la moitié des enfants entre 0 et 17 ans qui sont tués par un membre de leur famille ont moins de quatre ans³³. De plus, pour des enfants ayant moins de quatre ans, les situations de maltraitance peuvent plus facilement s'intensifier sans alerter les services de protection de la jeunesse, d'une part parce que ces enfants ne fréquentent pas encore un établissement scolaire, mais aussi d'autre part, parce qu'ils sont moins capables de verbaliser ce qui leur arrive³⁴.

En tenant compte des éléments ci-dessus concernant la sévérité de l'abus, l'âge de l'enfant, et la présence de séquelles physiques, nous avons classé les différentes formes de maltraitance pour dénouer celles nécessitant une protection urgente des autres³⁵. Selon nous, les cas nécessitant une protection immédiate étaient donc ceux où l'enfant (1) avait une séquelle physique nécessitant une attention médicale, (2) était potentiellement victime d'abus sexuels, (3) avait moins de quatre ans et était évalué pour des cas d'abus physiques ou de négligence. Une analyse comparant l'incidence de ces cas aux autres formes de maltraitance a été faite en utilisant

public health 39; Rosaleen McELVANEY, «Disclosure of child sexual abuse: Delays, non-disclosure and partial disclosure. What the research tells us and implications for practice», (2015) 24 *Child Abuse Review* 159.

³¹ Vincent J. PALUSCI, Edward O. COX, Eugene M. SHATZ et Joel M. SCHULTZE, «Urgent medical assessment after child sexual abuse», (2006) 30 *Child abuse & neglect* 367.

³² R. GILBERT *et al.*, préc., note 6; Laura D. KNIGHT et Kim A. COLLINS, «A 25-year retrospective review of deaths due to pediatric neglect», (2005) 26 *The American journal of forensic medicine and pathology* 221; John M. LEVENTHAL et Julie R. GAITHER, «Incidence of serious injuries due to physical abuse in the United States: 1997 to 2009», (2012) 130 *Pediatrics* 847.

³³ Martine HÉBERT, Marc TOURIGNY, Mireille CYR, Pierre McDUFF et Jacques JOLY, «Prevalence of childhood sexual abuse and timing of disclosure in a representative sample of adults from Quebec», (2009) 54 *The Canadian Journal of Psychiatry* 631.

³⁴ N. TROCMÉ, A. KYTE, V. SINHA et B. FALLON, préc., note 9.

³⁵ *Id.*

les données des cycles 1998, 2003 et 2008 de l'ECI. Les résultats montrent que le taux de cas fondés nécessitant une protection urgente est resté très stable entre 1998 et 2008 : de 6,08 pour 1000 enfants en 1998 à 6,03 pour 1000 enfants en 2008³⁶. Cependant, l'introduction de nouvelles catégories de maltraitance durant ces années a amené une baisse de la proportion relative d'évaluations de cas fondés classifiés comme nécessitant une protection urgente au Canada : 28 % en 1998, 19 % en 2003 et 15 % en 2008 (voir figure 2). Des comparaisons similaires en Ontario ont montré qu'entre 1993 et 2013, le taux d'évaluations d'incidents fondés classifiés comme étant des cas urgents a presque réduit de moitié (de 9,31 évaluations pour 1000 en 1993 à 5,94 évaluations pour 1000 en 2013)³⁷.

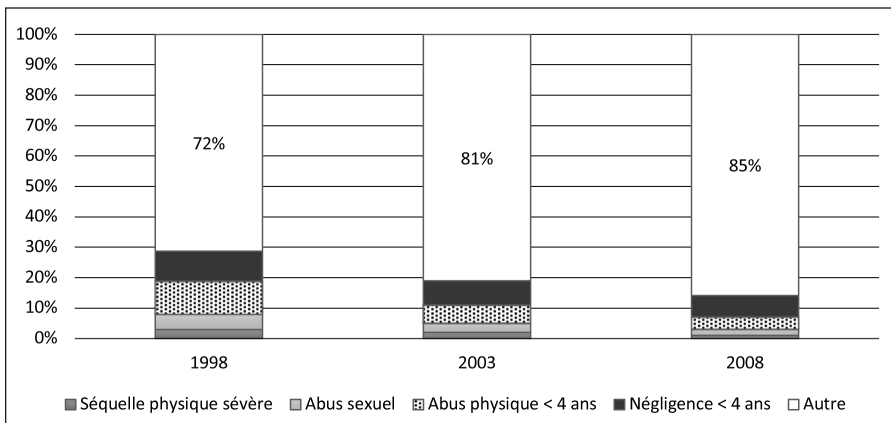


Figure 2 : Protection urgente des évaluations avec incident ou risque fondé, ECI-1998, 2003, 2008

D. Les autres catégories de maltraitance : des besoins tout aussi importants

En utilisant la re-classification présentée dans la section précédente, les catégories de maltraitance ne nécessitant pas une intervention immédiate sont les suivantes : (1) le mauvais traitement psychologique, (2) le risque de maltraitance, (3) l'exposition à la violence conjugale, (4) l'abus

³⁶ *Id*, 487.

³⁷ B. FALLON, N. TROCMÉ, J. FILIPPELLI, T. BLACK et N. JOH-CARNELLA, préc., note 9, 65.

physique et la négligence d'enfants ayant quatre ans ou plus sans intervention médicale³⁸. Les résultats montrent que, au niveau du Canada, le taux de cas de maltraitance fondés considérés comme moins urgents a doublé entre 1998 et 2008 : de 15,39 pour 1000 en 1998 à 33,13 pour 1000 en 2008³⁹. Cette augmentation est principalement due aux évaluations d'exposition à la violence conjugale et de risque de maltraitance tel que vu précédemment⁴⁰.

Les catégories de maltraitance classées comme moins urgentes représentaient 85 % des évaluations au Canada en 2008⁴¹ et 89 % des évaluations en Ontario en 2014⁴². Il semble donc essentiel d'examiner la nature de ces formes de maltraitance et leur impact sur les enfants concernés. Dans les cas de mauvais traitement psychologique, de risque de maltraitance, et d'exposition à la violence conjugale, l'intervention des services de protection dans les familles paraît motivée par des inquiétudes quant au bien-être d'un enfant vivant dans des conditions difficiles de manière chronique, plutôt que par sa sécurité immédiate. Il est important de noter que les impacts à moyen et long termes d'une situation dysfonctionnelle chronique peuvent être tout aussi graves, voire plus graves, que des conséquences physiques immédiates d'un incident de maltraitance, même si elle n'est pas nécessairement détectable au moment des faits.

En effet, plusieurs études ont démontré l'impact nocif des cas ci-dessus classés comme non urgents. Le mauvais traitement psychologique, par exemple, est associé à la présence de psychopathologies telles que la dépression et la bipolarité⁴³. Il peut également mener à de l'agressivité, un manque de confiance en soi, un sentiment d'insatisfaction et d'impuissance et un

³⁸ N. TROCMÉ, A. KYTE, V. SINHA et B. FALLON, préc., note 9.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.* ; N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 14.

⁴¹ N. TROCMÉ, A. KYTE, V. SINHA et B. FALLON, préc., note 9.

⁴² B. FALLON, N. TROCMÉ, J. FILIPPELLI, T. BLACK et N. JOH-CARNELLA, préc., note 9.

⁴³ Elizabeth A. COURTNEY, Monika KUSHWAHA et Jeffrey G. JOHNSON, «Childhood emotional abuse and risk for hopelessness and depressive symptoms during adolescence», (2008) 8 *Journal of emotional abuse* 281 ; Bruno ETAIN, Flavie MATHIEU, Chantal HENRY, Aurélie RAUST, Isabelle ROY, Anne GERMAIN, Marion LEBoyer et Frank BELLIVIER, «Preferential association between childhood emotional abuse and bipolar disorder», (2010) 23 *Journal of traumatic stress* 376.

attachement insécure à l'âge adulte⁴⁴. L'exposition à la violence conjugale, quant à elle, a été associée à la présence du syndrome de stress post-traumatique, des difficultés à réguler ses émotions, à former une relation d'attachement stable, ainsi que des problèmes scolaires⁴⁵. Les conséquences négatives de la négligence – qui peuvent être particulièrement graves – se répandent également sur les plans cognitif, social, et psychologique⁴⁶.

Ultimement, vivre de manière chronique dans des situations sévères de maltraitance émotionnelle, d'exposition à la violence conjugale ou de négligence peut aussi avoir un impact sur le plan physique. Au niveau neurobiologique, par exemple, des études sur le sujet montrent notamment des conséquences sur les systèmes de régulation du stress,⁴⁷ mais aussi des impacts sur la taille et la fonction de diverses régions cérébrales⁴⁸. De

⁴⁴ J.T. MANLY, J.E. KIM, F.A. ROGOSCH et D. CICCHETTI, préc., note 22 ; Trudy FESTINGER et Amy BAKER, « Prevalence of recalled childhood emotional abuse among child welfare staff and related well-being factors », (2010) 32 *Children and Youth Services Review* 520 ; Shelley A. RIGGS et Patricia KAMINSKI, « Childhood emotional abuse, adult attachment, and depression as predictors of relational adjustment and psychological aggression », (2010) 19 *Journal of aggression, maltreatment & trauma* 75.

⁴⁵ Georgia L. CARPENTER et Ann M. STACKS, « Developmental effects of exposure to intimate partner violence in early childhood : A review of the literature », (2009) 31 *Children and Youth Services Review* 831 ; Julia Garcia DURAND, Lilia Blima SCHRAIBER, Ivan FRANÇA-JUNIOR et Claudia BARROS, « Impact of exposure to intimate partner violence on children's behavior », (2011) 45 *Revista de saude publica* 355.

⁴⁶ K.L. HILDYARD et D.A. WOLFE, préc., note 26 ; LAURA J. PROCTOR et HOWARD DUBOWITZ, « Child neglect : Challenges and controverses », dans Jill E. KORBIN et Richard D. KRUGMAN (dir.), *Handbook of child maltreatment*, Dordrecht, Springer, 2014, p. 27.

⁴⁷ Linda L. CARPENTER, Audrey R. TYRKA, Nicole S. ROSS, Lamya KHOURY, George M. ANDERSON et Lawrence H. PRICE, « Effect of childhood emotional abuse and age on cortisol responsivity in adulthood », (2009) 66 *Biological psychiatry* 69 ; Megan R. GUNNAR, Kristin FRENN, Sandi S. WEWERKA et Mark J. VAN RYZIN, « Moderate versus severe early life stress : Associations with stress reactivity and regulation in 10–12-year-old children », (2009) 34 *Psychoneuroendocrinology* 62.

⁴⁸ Thomas FRODL, Elena REINHOLD, Nikolaos KOUTSOULERIS, Maximilian REISER et Eva M. MEISENZAHN, « Interaction of childhood stress with hippocampus and prefrontal cortex volume reduction in major depression », (2010) 44 *Journal of psychiatric research* 799 ; Anne-Laura VAN HARMELEN, Marie-José VAN TOL, Nic J.A. VAN DER WEE, Dick J. VELTMAN, André ALEMAN, Philip SPINHOVEN, Mark A. VAN BUCHEM, Frans G. ZITMAN, Brenda W.J.H. PENNINX et Bernet M. ELZINGA, « Reduced medial prefrontal cortex volume in adults reporting childhood emotional maltreatment », (2010) 68 *Biological psychiatry* 832 ; Martin H. TEICHER et Jacqueline A. SAMSON,

plus, certains cas de négligence sévère ont été associés à d'autres séquelles physiques importantes, telles que la malnutrition et des infections, pouvant avoir des conséquences lourdes à long terme⁴⁹.

Ainsi, l'impact nocif de ces cas chroniques de maltraitance sur le bien-être à long terme des enfants est bien établi. Cependant, le dommage causé n'est pas le résultat d'un incident isolé et limité dans le temps, mais plutôt de l'accumulation sur plusieurs années de mécanismes néfastes. Pour cette raison, la protection de ces enfants nécessitera une approche multifactorielle et variée faisant appel à des ressources diverses.

II. La mise en place d'approches différentes pour répondre à l'expansion des cas de maltraitance

Les services de protection de la jeunesse offerts en Amérique du Nord et en Australie sont caractérisés par une focalisation presque exclusive sur l'évaluation de la sécurité de l'enfant⁵⁰. Cela contraste avec l'approche utilisée en Europe, où les agences répondent également à une série de besoins pratiques ou thérapeutiques qui ne sont pas directement liés à la protection immédiate de l'enfant en question⁵¹. Avec l'expansion des mandats des services de protection de la jeunesse, de plus en plus de provinces se penchent vers un modèle de réponse différentiel – avec des approches alternatives – qui sépare de manière formelle les évaluations médico-légales centrées sur la protection des enfants des services d'aide à la famille visant à assurer leur bien-être⁵². Dans cette section, nous examinerons d'abord le modèle d'intervention traditionnellement utilisé au Canada, avant d'explorer des alternatives potentielles.

«Annual research review : enduring neurobiological effects of childhood abuse and neglect», (2016) 57 *Journal of child psychology and psychiatry* 241.

⁴⁹ L.J. PROCTOR et H. DUBOWITZ, préc., note 46.

⁵⁰ R. GILBERT *et al.*, préc., note 5.

⁵¹ *Id.*

⁵² Nico TROCMÉ, Theresa KNOTT et Della KNOKE, *An overview of differential response models*, Toronto, University of Toronto: Faculty of Social Work, 2003, en ligne : <<https://cwrp.ca/sites/default/files/publications/DifferentialResponse4E.pdf>>.

A. Un regard sur le modèle d'intervention traditionnel

Une des particularités du modèle d'intervention traditionnel nord-américain est le fait que toute personne qui soupçonne qu'un enfant est victime de maltraitance est obligée de le signaler aux services de protection de la jeunesse⁵³. L'émergence de l'obligation du signalement est principalement attribuée au travail du docteur Henry Kempe et ses collègues qui, en 1962, décrivent le « syndrome de l'enfant battu »⁵⁴. Dans son texte, il énumère en détail les symptômes permettant aux physiciens de déterminer si un enfant a été victime d'abus physiques graves⁵⁵. Il montre également qu'il arrive souvent que les parents mentent à ce sujet et que les enfants ne divulguent pas nécessairement ce qui leur est arrivé⁵⁶. Par conséquent, il semblait que la meilleure façon d'y répondre était d'obliger les professionnels de la santé à signaler ces cas aux systèmes publics. Ainsi, l'obligation du signalement de la maltraitance a été ajoutée aux textes de loi aux États-Unis et au Canada dans les années suivantes⁵⁷.

Selon certains critiques, l'étude initiale mise en place par Kempe avait faussement représenté deux éléments clés : le nombre d'enfants victimes de maltraitance et la complexité du problème en question⁵⁸. La sous-estimation du nombre d'enfants affectés a amené une augmentation rapide des signalements d'enfants sans que les systèmes de protection de la jeunesse soient nécessairement prêts à y répondre⁵⁹. Un manque de ressources et de personnel qualifié se fait encore ressentir dans le système de protection de la jeunesse actuel⁶⁰. D'autre part, l'utilisation d'une réponse uniformisée ne prend pas en compte les différentes formes de maltraitance, telle que la maltraitance psychologique – souvent chronique – qui ne se manifeste pas

⁵³ R. GILBERT *et al.*, préc., note 5.

⁵⁴ C. Henry KEMPE, Frederic N. SILVERMAN, Brandt F. STEELE, William DROEGEMUELLER et Henry K. SILVER, « The battered-child syndrome », (1962) 181 *Jama* 17.

⁵⁵ *Id.* ; Gary B. MELTON, « Mandated reporting : A policy without reason », (2005) 29 *Child abuse & neglect* 9.

⁵⁶ N. BALA, préc., note 13.

⁵⁷ *Id.* ; G.B. MELTON, préc., note 55.

⁵⁸ G.B. MELTON, préc., note 55.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Karen SWIFT et Marilyn CALLAHAN, *Problems and Potential for Canadian Child Welfare*, Waterloo, Wilfrid Laurier University, 2002, en ligne : <<https://pdfs.semantic.scholar.org/b21c/0d36e3ccb17b2cb8ea4347189a4401ab6f10.pdf>>.

par des coups ou des blessures. En se faisant, elle court le risque de ne pas adresser des familles ayant des problèmes chroniques jusqu'à ce que ceux-ci se manifestent par des situations de crise⁶¹.

L'autre particularité du modèle d'intervention traditionnel est que, depuis les années 1990, il se base presque exclusivement sur un système d'évaluation de risque pour déterminer si la sécurité de l'enfant est en danger⁶². Or, il a été démontré que ce système est parfois utilisé pour pallier le manque de ressources et de personnel mentionnés précédemment dans des délais plus courts⁶³. Ceci est particulièrement dangereux étant donné qu'un grand nombre d'études montrent que les outils d'évaluation de risque ont une fiabilité prédictive faible⁶⁴. De plus, d'autres études soulignent qu'une focalisation exclusive sur l'évaluation du risque se traduit souvent par des interventions à court terme dont le but premier est d'éviter des situations de récidive plutôt que d'assurer le bien-être global de l'enfant en répondant à ses besoins⁶⁵. Ainsi, dans la plupart des cas, les problèmes familiaux qui mettent les enfants à risque de vivre des situations de maltraitance ne sont pas adressés, ce qui augmente la probabilité que les enfants soient signalés de nouveau et vivent de multiples placements ce qui peut avoir des conséquences émotionnelles dévastatrices⁶⁶.

Finalement, l'obligation de signalement et le modèle d'intervention actuel contribuent à placer les services de protection de la jeunesse dans un rôle d'investigation qui diminue la probabilité que les familles viennent chercher de l'aide par elles-mêmes et stigmatise celles qui reçoivent les services⁶⁷. De façon plus pernicieuse, un système de protection de la

⁶¹ Amy CONLEY, «Differential response: A critical examination of a secondary prevention model», (2007) 29 *Children and Youth Services Review* 1454.

⁶² R. GILBERT *et al.*, préc., note 5.

⁶³ M.S. WALD et M. WOOLVERTON, préc., note 12.

⁶⁴ James G. BARBER, Aron SHLONSKY, Tara BLACK, Deborah GOODMAN et Nico TROCMÉ, «Reliability and predictive validity of a consensus-based risk assessment tool», (2008) 2 *Journal of Public Child Welfare* 173.

⁶⁵ R. GILBERT *et al.*, préc., note 5.

⁶⁶ Daryl HIGGINS, Bob LONNE, Todd I. HERRENKOHL et Debbie SCOTT, «The successes and limitations of contemporary approaches to child protection.», dans B. LONNE, D. SCOTT, D. HIGGINS et T.I. HERRENKOHL (dir.), *Re-Visioning Public Health Approaches for Protecting Children*, Cham, Springer, 2019, p. 3.

⁶⁷ G.B. MELTON, préc., note 55 ; D. HIGGINS, B. LONNE, T.I. HERRENKOHL et D. SCOTT, préc., note 66.

jeunesse qui se soucie plus de déterminer si une situation de maltraitance a eu lieu plutôt que de déterminer quels services devraient être mis en place pour aider les familles dans des situations difficiles⁶⁸ participe à la détérioration des liens avec la communauté et les autres services d'intervention. En se faisant, il met la sécurité des enfants qu'il est censé protéger en péril en augmentant le risque qu'ils tombent dans les failles d'un modèle mal adapté à leurs besoins.

Malgré les mises en garde mentionnées ci-dessus, le modèle d'intervention traditionnel semble bien répondre aux situations de maltraitance pour lequel il était initialement conçu : les situations d'abus physique grave, d'abus sexuel et de négligence d'enfants en bas âge. En effet, une approche médico-légale avec les protocoles de signalement et d'enquête clairs et des temps de réponse rapides reste essentielle face à ces situations.

B. Des approches flexibles pour les situations chroniques

Comme nous l'avons constaté, les situations impliquant des problèmes familiaux chroniques présentent des risques importants pour les enfants concernés même si leur sécurité immédiate n'est pas nécessairement compromise. La chronicité des problèmes vécus par ces enfants met en exergue les désavantages structurels et les vulnérabilités situationnelles auxquelles ils font face. Pour ces enfants, une approche axée autour d'interventions en urgence doit être remplacée par des approches plus nuancées où le professionnel de la protection soutient une collaboration intersectorielle et communautaire pour répondre aux besoins complexes et variés présentés par ces familles.

En effet, de plus en plus de juridictions anglophones au Canada et aux États-Unis développent des approches alternatives, nommées communément « differential response »⁶⁹. Dans ce système, l'approche « protection » – limitée aux situations urgentes où un enfant a été sévèrement maltraité

⁶⁸ G.B. MELTON, préc., note 55.

⁶⁹ Jane WALDFOGEL, « Rethinking the paradigm for child protection », (1998) 8-1 *The future of children* 104; Alicia KYTE, Nico TROCMÉ et Claire CHAMBERLAND, « Evaluating where we're at with differential response », (2013) 37 *Child Abuse & Neglect* 125; Child Welfare Information Gateway, *Differential response to reports of child abuse and neglect*, Washington, U.S. Department of Health and Human Services, Children's Bureau, 2014, en ligne : <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/differential_response.pdf>.

ou lorsqu'il y'a un risque imminent de sévices – met l'accent sur des enquêtes qui évaluent si un signalement est fondé en se basant sur la collecte de preuves médico-légales. En contraste, les approches alternatives sont utilisées dans des situations où le niveau de risque est plus bas – soit des situations où les familles ne reçoivent souvent pas ou peu de services suite à l'évaluation dans le système de protection de la jeunesse traditionnel⁷⁰. Les approches alternatives cherchent à identifier les facteurs de risques individuels et contextuels variés auxquels la famille est confrontée et y répondent en s'appuyant sur des collaborations avec des partenaires communautaires et des réseaux de soutien pour assurer le bien-être des enfants⁷¹. Elles mettent l'accent sur l'évaluation des forces des familles et sur la création d'une alliance pour promouvoir leur engagement sur le long terme. Dans ce modèle, les services sont généralement volontaires donc les familles ont le droit de refuser les services offerts tant que la sécurité de l'enfant n'est pas compromise – soit parce que l'incident de maltraitance évalué n'est pas fondé ou que le niveau de risque est bas⁷².

Les études ayant évalué l'impact des approches alternatives sont prometteuses. Elles montrent notamment que l'utilisation de ces approches augmente l'engagement des familles et leur satisfaction avec les services offerts⁷³. En Colombie-Britannique et en Alberta, l'évaluation de ces services a montré que les familles se sentent supportées sans que la sécurité des enfants soit mise en jeu⁷⁴. De plus, plusieurs études ont démontré que

⁷⁰ A. CONLEY, préc., note 61 ; A. KYTE, N. TROCMÉ et C. CHAMBERLAND, préc., note 69.

⁷¹ A. KYTE, N. TROCMÉ et C. CHAMBERLAND, préc., note 69 ; Jane WALDFOGEL, « Differential response », dans Kenneth A. DODGE et Doriane Lambelet COLEMAN (dir.), *Preventing child maltreatment : Community approaches*, New York, The Guilford Press, 2009, p. 139.

⁷² A. KYTE, N. TROCMÉ et C. CHAMBERLAND, préc., note 69.

⁷³ A. CONLEY, préc., note 61 ; Joan PENNELL et Gale BURFORD, « Family group decision making : protecting children and women », (2000) 79 *Child welfare* 131 ; Lisa MERKEL-HOLGUIN, Dana M. HOLLINSHEAD, Amy E. HAHN, Katherine L. CASILLAS et John D. FLUKE, « The influence of differential response and other factors on parent perceptions of child protection involvement », (2015) 39 *Child Abuse & Neglect* 18.

⁷⁴ Sheila K. MARSHALL, Grant CHARLES, Kristin KENDRICK et Vilmante PAKALNIS-KIENE, « Comparing differential responses within child protective services : a longitudinal examination », (2010) 89 *Child Welfare* 57 ; T. WEIDEN, B. NUTTER, L. WELLS et J. SIEPPERT, *Alberta response model implementation evaluation phase 1 : Baseline data*, Calgary, Centre for Social Work Research and Professional Development, University of Calgary, 2005.

l'utilisation d'approches alternatives était associée à une réduction significative du nombre de placements et des cas de maltraitance récurrents⁷⁵. Les services, quant à eux, sont généralement offerts de manière plus rapide et plus flexible⁷⁶. Cependant, certains chercheurs mettent en garde contre l'utilisation d'approches alternatives dans des situations où le risque est indûment considéré comme étant bas, car elles ne sont pas appropriées dans ces cas et mettent les familles à risque de revenir en contact avec le système de protection de la jeunesse⁷⁷.

C. L'importance du contexte socio-économique

Les situations de négligence et de difficultés familiales chroniques demandent non seulement des approches plus flexibles en collaboration avec les services communautaires, mais elles font également appel à des politiques et stratégies adressant les contextes de vie précaires de ces familles. À travers son système de redistribution des richesses, le Québec, en comparaison aux autres grandes provinces canadiennes, maintient le plus bas niveau d'inégalité du revenu après impôt⁷⁸. Malgré cela, deux études à l'échelle provinciale ont démontré que les vulnérabilités socio-économiques peuvent expliquer plus de 50 % des augmentations des probabilités de placement et 25 % des diminutions de la probabilité de réunification avec les familles dans certains territoires⁷⁹. En effet, les familles vivant

⁷⁵ Amy CONLEY et Jill DUERR BERRICK, « Community-based child abuse prevention: Outcomes associated with a differential response program in California », (2010) 15 *Child maltreatment* 282; L.A. LOMAN et G.L. SIEGEL, *Differential response in Missouri after five years: Final report*, St. Louis, Institute of Applied Research, 2004; Mary Jo ORTIZ, Gila R. SHUSTERMAN et John D. FLUKE, « Outcomes for Children with Allegations of Neglect Who Receive Alternative Response and Traditional Investigations: Findings From NCANDS », (2008) 23 *Protecting Children* 57.

⁷⁶ G.L. SIEGEL, *Lessons from the beginning of differential response: Why it works and when it doesn't*, St. Louis, Institute of Applied Research, 2012.

⁷⁷ Diana J. ENGLISH, Tom WINGARD, David MARSHALL, Matt ORME et Anna ORME, « Alternative responses to child protective services: Emerging issues and concerns », (2000) 24 *Child Abuse and Neglect* 375.

⁷⁸ Guy FRÉCHET, Aline LECHAUME, Richard LEGRIS et Frédéric SAVARD, *La pauvreté, les inégalités et l'exclusion sociale au Québec : état de situation 2013 – Synthèse*, Québec, Centre d'étude sur la pauvreté et l'exclusion, 2014.

⁷⁹ Tonino ESPOSITO, Martin CHABOT, David W. ROTHWELL, Nico TROCMÉ et Ashleigh DELAYE, « Out-of-home placement and regional variations in poverty and health and

dans des milieux socio-économiques désavantagés ont moins facilement accès aux ressources nécessaires pour promouvoir une bonne qualité de vie qui contribuerait à la protection et au bien-être de leurs enfants. Par exemple, ces familles n'ont pas souvent accès aux services sociaux et de santé publique, au réseau de transport, aux services de garde abordables, à de la nourriture de qualité et bon marché, ou à des espaces verts⁸⁰.

Ainsi, les plus grands impacts de la pauvreté s'étendent bien au-delà d'un manque de ressources financières. Les facteurs de stress et de risque liés à la pauvreté peuvent avoir des conséquences négatives sur la santé mentale et physique des populations et sur l'apparition de besoins chroniques impactant le bon développement des enfants⁸¹. Les opportunités et les jalons manqués lors du développement d'un enfant dans une famille vivant dans un territoire socio-économiquement désavantagé peuvent le rendre plus vulnérable et le mener à avoir des troubles d'externalisation, surtout chez les enfants plus âgés⁸². De plus, les manifestations extérieures

social services spending : A multilevel analysis », (2017) 72 *Children and Youth Services Review* 34 ; Tonino ESPOSITO, Ashleigh DELAYE, Martin CHABOT, Nico TROCMÉ, David ROTHWELL, Sonia HÉLIE et Marie-Joelle ROBICHAUD, « The effects of socioeconomic vulnerability, psychosocial services, and social service spending on family reunification : a multilevel longitudinal analysis », (2017) 14 *International journal of environmental research and public health* 1040.

⁸⁰ Lawrence M. BERGER et Jane WALDFOGEL, « Economic determinants and consequences of child maltreatment » dans *Documents de travail de l'OCDE sur les questions sociales, l'emploi et les migrations*, n° 111, Paris, Éditions OCDE, 2011, en ligne : <<https://doi.org/10.1787/5kgf09zj7h9t-en>>.

⁸¹ Lawrence M. BERGER, « Income, family structure, and child maltreatment risk », (2004) 26 *Children Youth Services Review* 725 ; Lawrence M. BERGER, « Socioeconomic factors and substandard parenting », (2007) 81 *Social Service Review* 485 ; L.M. BERGER et J. WALDFOGEL, préc., note 80 ; Marc H. BORNSTEIN et Robert H. BRADLEY, *Socioeconomic status, parenting, and child development*, New York, Routledge, 2012 ; Maria CANCIAN, Kristen SHOOK SLACK et Mi Youn YANG, *The effect of family income on risk of child maltreatment*, n° 1385-10, Madison, IRP Publications, 2010.

⁸² Jonathan BRADSHAW, « Child poverty and child outcomes », (2002) 16 *Children and Society* 131 ; George C. GALSTER, « The mechanism (s) of neighbourhood effects : Theory, evidence, and policy implications », dans *Neighbourhood effects research : New perspectives*, Dordrecht, Springer, 2012, p. 23 ; Velma MCBRIDE MURRY, Cady BERKEL, Noni K. GAYLORD-HARDEN, Nikeea COPELAND-LINDER et Maury NATION, « Neighborhood poverty and adolescent development », (2011) 21 *Journal of Research on Adolescence* 114 ; Hirokazu YOSHIKAWA, J. Lawrence ABER et William R. BEARDSLEE, « The effects of poverty on the mental, emotional, and behavioral health of

de la vulnérabilité socio-économique peuvent ressembler à des signes de négligence pour un observateur externe, menant certaines familles à être systématiquement dénoncées à des services de protection de la jeunesse⁸³.

Les services de protection de l'enfance sont souvent les seuls services possédant les ressources et le mandat pour réagir à ces situations. Toutefois, comme nous l'avons vu, ces services ne prennent souvent pas en compte les conditions socio-économiques qui augmentent le risque de maltraitance à l'intérieur des familles, préférant se focaliser sur les conséquences directes de la maltraitance. En ce faisant, ils attribuent la responsabilité de la maltraitance presque exclusivement aux parents sans reconnaître les stress considérables auxquels ils font face et qui impactent leur capacité à être disponible pour leurs enfants⁸⁴. Étant donné le lien entre les difficultés socio-économiques et la présence d'enfants dans le système de protection de la jeunesse, il paraît clair que les services mis en place devraient contribuer à réduire les impacts visibles de ces vulnérabilités pour mieux prévenir les instants de maltraitance⁸⁵.

children and youth : implications for prevention», (2012) 67 *American Psychologist* 272.

⁸³ L.M. BERGER, préc., note 81 ; M. CANCIAN, K.S. SLACK et M.Y. YANG, préc., note 81 ; Jean CARON, Éric LATIMER et Michel TOUSIGNANT, « Predictors of psychological distress in low-income populations of Montreal », (2007) 98 *Canadian Journal of Public Health* S35 ; Claudia J. COULTON, David S. CRAMPTON, Molly IRWIN, James C. SPILSBURY et Jill E. KORBIN, « How neighborhoods influence child maltreatment : A review of the literature and alternative pathways », (2007) 31 *Child abuse and neglect* 117 ; Claudia J. COULTON, Jill E. KORBIN, Marilyn SU et Julian CHOW, « Community level factors and child maltreatment rates », (1995) 66 *Child development* 1262 ; Sara R. JAFFEE, Avshalom CASPI, Terrie E. MOFFITT, Monica POLO-TOMAS et Alan TAYLOR, « Individual, family, and neighborhood factors distinguish resilient from non-resilient maltreated children : A cumulative stressors model », (2007) 31 *Child abuse and neglect* 231 ; Melissa JONSON-REID, Clifton R. EMERY, Brett DRAKE et Mary Jo STAHLSCMIDT, « Understanding chronically reported families », (2010) 15 *Child maltreatment* 271 ; Kristen SHOOK SLACK, Jane L. HOLL, Marla MCDANIEL, Joan YOO et Kerry BOLGER, « Understanding the risks of child neglect : An exploration of poverty and parenting characteristics », (2004) 9 *Child maltreatment* 395.

⁸⁴ N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 5.

⁸⁵ N. TROCMÉ, A. KYTE, V. SINHA et B. FALLON, préc., note 9.

D. Affronter la surreprésentation des Autochtones et des minorités visibles

C'est au niveau des communautés autochtones et de minorités visibles que le besoin de changement d'approches des services et politiques de protection de la jeunesse se manifeste particulièrement clairement. La surreprésentation des enfants autochtones et des enfants de minorités visibles dans le système de protection de la jeunesse est bien documentée au Canada⁸⁶. Notamment, en utilisant des données de l'ECI-2008, Sinha et ses collaborateurs ont montré que, dans une population desservie par un échantillon d'agences, le taux d'enquêtes visant des enfants des Premières Nations était 4,2 fois plus élevé que pour les enfants non autochtones (140,6 pour 1000 contre 33,5 pour 1000 pour des enfants non autochtones)⁸⁷. Cette surreprésentation augmente à chaque étape de l'intervention, avec les enfants de Premières Nations étant 12,4 fois plus à risque d'être placés officiellement à l'extérieur de leur famille pendant l'enquête que les enfants non autochtones⁸⁸. La surreprésentation décrite est majoritairement entraînée par des cas de négligence et de risque de maltraitance chez les enfants autochtones – c'est-à-dire des situations précédemment classées comme moins urgentes – plutôt que par des cas d'abus physique ou sexuel⁸⁹.

De nombreuses études ont démontré que les populations autochtones, ainsi que certaines autres minorités visibles, font disproportionnellement face à divers problèmes socio-économiques – incluant, entre autres, des taux de pauvreté élevés, le manque d'accès à des logements salubres, la

⁸⁶ Cindy BLACKSTOCK, Nico TROCMÉ et Marlyn BENNETT, « Child maltreatment investigations among Aboriginal and non-Aboriginal families in Canada », (2004) 10 *Violence against women* 901 ; Vandna SINHA, Nico TROCMÉ, Barbara FALLON, Bruce MACLAURIN, Elizabeth FAST, Shelley THOMAS PROKOP *et al.*, *Kiskisik Awasisak : Remember the Children-Understanding the Overrepresentation of First Nations Children in the Child Welfare System*, Ontario, Assembly of First Nations, 2011 ; Chantal LAVERGNE, Sarah DUFOUR, Nico TROCMÉ et Marie-Claude LARRIVÉE, « Visible minority, Aboriginal, and Caucasian children investigated by Canadian protective services », (2008) 87 *Child welfare* 59.

⁸⁷ V. SINHA *et al.*, préc., note 86, 48.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.* ; C. BLACKSTOCK, N. TROCMÉ et M. BENNETT, préc., note 86.

discrimination, et l'isolation sociale chronique⁹⁰. Les analyses de données de l'ECI ont trouvé que certains de ces facteurs de risque, tels que la pauvreté, le manque de logements adéquats et l'abus d'alcool ou de drogues – qui sont associés à un sous-financement systématique des services de prévention – expliquent la majorité de la surreprésentation des enfants autochtones au Canada⁹¹. Ces facteurs de risque au niveau de la famille et du milieu de vie sont particulièrement présents dans les cas de négligence chez les enfants autochtones⁹² et semblent également contribuer à la surreprésentation d'autres minorités visibles dans le système de protection de la jeunesse⁹³.

De manière connexe, les recherches examinant la surreprésentation d'enfants issus d'autres minorités visibles au Canada montrent qu'elle est en partie entraînée par la présence accrue de situations de punition corporelle⁹⁴. Notamment, dans l'ECI-2008, les familles de minorités visibles (noirs, asiatiques, et arabes) sont surreprésentées lorsque la raison unique pour le signalement est le fait que l'enfant ait été frappé, avec moins de 13 % de ces enfants présentant des blessures⁹⁵. Ces situations semblent être associées à des normes éducatives et des pratiques disciplinaires qui

⁹⁰ Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG, Marinus H. VAN IJZENDOORN et Pieter M. KROONENBERG, «Differences in attachment security between African-American and white children: Ethnicity or socio-economic status?», (2004) 27 *Infant Behavior and Development* 417; Charlotte LOPPIE READING et Fred WIEN, *Health inequalities and social determinants of Aboriginal peoples' health*, Prince George, National Collaborating Centre for Aboriginal Health, 2009; Michelle M. MANN, *First Nations, Metis and Inuit children and youth: Time to act*, Ottawa, National Council of Child Welfare, 2007; Barbara A. MITCHELL, *Canada's Growing Visible Minority Population: Generational Challenges: Opportunities and Federal Policy Considerations*, Ottawa, Canadian Heritage, 2005, en ligne : <http://www.canadianheritage.gc.ca/progs/multi/canada2017/7_e.cfm>.

⁹¹ C. BLACKSTOCK, N. TROCMÉ et M. BENNETT, préc., note 86; V. SINHA *et al.*, préc., note 86.

⁹² Nico TROCMÉ, Della KNOKE et Cindy BLACKSTOCK, «Pathways to the overrepresentation of Aboriginal children in Canada's child welfare system», (2004) 78 *Social Service Review* 577; N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 5.

⁹³ Eveline M. EUSER, Marinus H. VAN IJZENDOORN, Peter PRINZIE et Marian J. BAKERMANS-KRANENBURG, «Elevated child maltreatment rates in immigrant families and the role of socioeconomic differences», (2011) 16 *Child Maltreatment* 63.

⁹⁴ C. LAVERGNE, S. DUFOUR, N. TROCMÉ et M.-C. LARRIVÉE, préc., note 86.

⁹⁵ N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 5.

ne sont pas tolérées par le système de protection canadien⁹⁶. Face à cette observation, il semblerait plus important de mettre en place des politiques de sensibilisation sur la punition physique et des cours sur l'utilisation de techniques éducatives alternatives plutôt que de signaler ces parents aux autorités⁹⁷.

Finalement, la surreprésentation des familles autochtones et des minorités visibles dans le système de protection de la jeunesse reflète des approches qui confondent les situations urgentes et chroniques. Ce manque de clarté dans l'application des mandats de protection de la jeunesse renforce la discrimination systémique vécue par les familles autochtones et de minorités visibles et contribue à leur surreprésentation dans le système de protection de la jeunesse. Il semble donc d'autant plus nécessaire d'explorer des alternatives d'intervention possibles qui aideraient à prévenir la séparation excessive et souvent évitable de ces enfants de leurs familles.

Conclusion

Les mandats de protection de la jeunesse sont en expansion à travers le Canada : depuis les années 1990, les taux de signalements ont presque doublé et le nombre d'enfants placés hors de leur famille a également augmenté, tout comme les taux de surreprésentation des enfants autochtones. Un examen plus approfondi de ces augmentations montre qu'elles ne semblent pas motivées par des situations où la sécurité de l'enfant est compromise, mais plutôt par des inquiétudes quant au bien-être d'un enfant vivant dans des conditions difficiles. Alors que le nombre de signalements d'abus nécessitant une protection urgente n'a pas changé, le nombre d'enfants référés pour risque de maltraitance future, de négligence, de mauvais traitements psychologiques ou d'exposition à la violence a augmenté dramatiquement à travers les années.

Contrairement à plusieurs régions européennes qui mettent l'accent sur les services de soutien à la famille plutôt que sur les évaluations des

⁹⁶ Catherine A. TAYLOR, Lauren HAMVAS et Ruth PARIS, « Perceived instrumentality and normativeness of corporal punishment use among black mothers », (2011) 60 *Family relations* 60; Chantal LAVERGNE, Sarah DUFOUR, Janet SARMIENTO et Marie-Ève DESCÔTEAUX, « La réponse du système de protection de la jeunesse montréalais aux enfants issus des minorités visibles », (2009) 131 *Intervention* 233.

⁹⁷ C.A. TAYLOR, L. HAMVAS et R. PARIS, préc., note 96; N. TROCMÉ *et al.*, préc., note 5.

signalements de maltraitance d'enfants, les systèmes de protection de la jeunesse du Canada fonctionnent d'abord à travers un cadre de protection de la jeunesse. Ce système est caractérisé par l'obligation du signalement, par les interventions centralisées par des agences mandatées et par des enquêtes portant sur l'évaluation et la corroboration du risque. Des efforts sont réalisés à travers le Canada pour développer un éventail plus large d'options pour répondre aux besoins – souvent complexes et chroniques – des familles impliquées avec les services de protection de la jeunesse, un changement qui est particulièrement essentiel pour les enfants et les familles des communautés autochtones et ceux de minorités visibles.

Le besoin pressant de fondamentalement reconceptualiser la manière dont on assure la sécurité des enfants au sein de leurs familles et leurs communautés au Canada en dénouant la protection urgente du bien-être des enfants semble de plus en plus clair. Ce changement nécessitera une approche à plusieurs niveaux, s'apparentant aux modèles de santé publique qui reconnaissent l'importance d'une collaboration intersectorielle et une évaluation approfondie des approches les plus appropriées face aux différentes situations rencontrées⁹⁸. Ultimement, apporter un soutien plus complet aux enfants au sein du système de protection de la jeunesse permettra de combler les multiples failles présentes dans le système actuel et contribuera à assurer le respect de l'un de leur droit fondamental – leur protection réelle au sein de la société.

⁹⁸ D. HIGGINS, B. LONNE, T.I. HERRENKOHL et D. SCOTT, préc., note 66.

Une gouvernance innue de protection de la jeunesse pour préserver et développer l'identité des enfants innus

Christiane Guay*, Fanny Jolicoeur** et Lisa Ellington***

Introduction	179
I. Une gouvernance fondée sur l'<i>Innu aitun</i>	181
A. Le <i>Nitassinan</i> au cœur de l'identité innue	182
B. <i>Nikanish</i> (la famille) : une composante centrale de l' <i>innu aitun</i>	185
II. <i>Tshetshi tshitauassiminuat Taht anite tshitshinat</i> :	
pour que nos enfants restent chez nous	190
A. Tous ensemble responsables de nos enfants	190
B. Grandir en étant fier de son identité culturelle.....	194
C. Des enfants engagés, écoutés et respectés	198
D. Des pratiques d'intervention respectueuses des valeurs et de la culture innue.....	200
Conclusion	203

* Ph. D., professeure titulaire, Université du Québec en Outaouais.

** Assistante de recherche, Université du Québec en Outaouais.

*** Professionnelle de recherche, Université du Québec en Outaouais.

Introduction

La surreprésentation des enfants autochtones dans les systèmes de protection de la jeunesse s'observe dans l'ensemble des provinces canadiennes au moins depuis les années 1980. De nombreuses recherches ont mis au jour les conséquences néfastes de l'application indifférenciée de ces systèmes aux peuples autochtones, notamment la perte de l'identité culturelle¹. En effet, même si, au Québec, la *Loi sur la protection de la jeunesse* stipule que toute intervention doit prendre en considération les caractéristiques des communautés autochtones et la préservation de l'identité culturelle des jeunes, la loi n'est toujours pas adaptée aux réalités autochtones².

Pourtant, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) affirme le droit des Autochtones à l'autodétermination ainsi que celui de développer, de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, économiques et sociales (articles 5 et 20). L'autodétermination des peuples autochtones renvoie à la nécessité de valoriser leurs pratiques culturelles et traditionnelles respectives³. Dans tous les cas, elle incarne une volonté de s'affranchir, de manière partielle ou complète, des institutions étatiques fédérales et provinciales. Des études récentes démontrent que la gouvernance autochtone en matière de services sociaux donne des résultats positifs, notamment en améliorant les conditions

¹ Christiane GUAY, *Le savoir autochtone dans tous ses états : regards sur la pratique singulière des intervenants sociaux innus d'Uashat mak Mani-Utenam*, coll. «Peuples autochtones et enjeux contemporains», n° 1, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2017; Christiane GUAY et Sébastien GRAMMOND, «Les effets des régimes de protection de la jeunesse sur les familles autochtones», (2012) 25-1 *Nouvelles pratiques sociales* 67.

² COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS (CERP), *Rapport final*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019, en ligne : <https://www.cerp.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Rapport/Rapport_final.pdf>; Christiane GUAY et Lisa 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.

³ Waseskon AWASHISH, Marie Noël COLLIN, Lisa ELLINGTON et Pascal PLAMONDON-GOMEZ, *Un pas de plus vers l'autodétermination et le respect des droits des enfants et des familles des Premières Nations*, Wendake, Commission de la santé et des services sociaux du Québec et du Labrador (CSSSPNQL), 2017.

socioéconomiques des communautés et en favorisant le développement d'approches originales pour assurer la sécurité, le développement et la préservation de l'identité culturelle des enfants autochtones⁴. En juin 2019, le gouvernement du Canada a enfin donné suite aux revendications des Premières Nations en reconnaissant aux peuples autochtones le droit de légiférer en matière de protection de la jeunesse⁵. En effet, la *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, qui est entrée en vigueur en janvier 2020, reconnaît « le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale reconnu et confirmé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [qui] comprend la compétence en matière de services à l'enfance et à la famille, notamment la compétence législative en matière de tels services et l'exécution et le contrôle d'application des textes législatifs pris en vertu de cette compétence législative ».

C'est dans ce contexte que les Innus d'Uashat mak Mani-utenam ont entrepris, il y a quelques années, un partenariat de recherche en vue d'étudier et de valoriser différentes pratiques culturelles innues⁶. À ce jour, cette valorisation a permis d'identifier les fondements juridiques et institutionnels qui favorisent leur prise en compte dans la mise sur pied éventuelle d'une gouvernance en protection de la jeunesse. Le présent article montre en quoi la mise en place d'une gouvernance innue, fondée sur

⁴ Anne FOURNIER, « De la Loi sur la protection de la jeunesse au Système d'intervention d'autorité atikamekw (SIAA) – La prise en charge d'une nation pour assurer le bien-être de ses enfants », *Enfances Fam. Génér.* 2017; C. GUAY et L. ELLINGTON, préc., note 2; Terri LIBESMAN, « Child welfare approaches for Indigenous communities: International perspectives », (2004) 20 *Child Abuse Prev. Issues* 1.

⁵ *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, L.C. 2019, c. 24, art. 18.

⁶ Il s'agit de quatre projets de recherche dirigés par la chercheuse principale : 1) *Le territoire comme source de guérison : les séjours thérapeutiques à Uashat mak Mani-Utenam* (financé par le FRQSC); 2) *Les pratiques éducatives et de protection de l'enfance : un patrimoine raconté par les Innus d'Uashat mak Mani-utenam* (financé par le CRSH); 3) *Les pratiques d'adoption coutumière chez les autochtones : la perspective des Innus d'Uashat mak Mani-utenam*, mené dans le cadre d'un partenariat de recherche dirigé par Ghislain Otis, uOttawa: *État et cultures juridiques autochtone : un droit en quête de légitimité (LÉGITIMUS)* (financé par le CRSH); 4) *La rencontre des savoirs à Uashat mak Mani-utenam : regards des intervenants sociaux innus sur leur pratique* (Christiane GUAY, *Le savoir autochtone dans tous ses états : regard sur la pratique singulière des intervenants sociaux innus d'Uashat mak Mani-utenam*, Québec, Presses de l'Université du Québec).

l'*innu aitun* (qui signifie «la vie innue») et l'*intérêt de l'enfant innu*, favorise le développement d'une approche communautaire originale qui permet d'assurer non seulement la sécurité et le développement des enfants innus, mais aussi la préservation de leur identité et de leur appartenance communautaire. Dans un premier temps, nous expliquons en quoi le territoire (*Nitassinan*) et la famille (*Nikanish*) sont à la base du mode de vie et des valeurs portées par les Innus. Dans un second temps, nous démontrons comment ces deux principes fondateurs guident les principales orientations de la gouvernance innue.

Tous les projets de recherche dont il est question dans ce chapitre s'appuient sur l'approche biographique, dont la méthodologie a été théorisée et rendue culturellement sensible au contexte autochtone par la chercheuse principale⁷. Au total, plus de 30 récits d'expérience individuelle ou familiale ont été réalisés auprès d'acteurs clés de la communauté. Cinq récits communautaires ont également été effectués auprès de différents groupes (parents suivis en protection de la jeunesse, familles d'accueil innues, intervenants des services communautaires et en réadaptation, étudiants innus en techniques d'éducation spécialisée). Dans ces recherches, les participants ont été invités à raconter soit leur expérience sur le territoire, soit leur expérience familiale d'éducation des enfants et de garde coutumière ou leur expérience en intervention sociale⁸.

I. Une gouvernance fondée sur l'*Innu aitun*

Pour les Innus d'Uashat mak Mani-utenam, la gouvernance des services en protection de la jeunesse prend ancrage dans l'*Innu aitun*. L'*Innu aitun* désigne l'ensemble des savoirs et des valeurs innus qui trouvent leurs racines dans le mode de vie traditionnel des familles sur le vaste territoire, aujourd'hui connu sous le nom de péninsule du Québec-Labrador et que les Innus appellent le *Nitassinan* (qui signifie «notre terre» en *Innu aimun*). Pour en saisir le sens et la portée dans la vie contemporaine des Innus, et

⁷ Christiane GUAY, «Les familles autochtones : des réalités sociohistoriques et contemporaines aux pratiques éducatives singulières», (2015) 141-2 *Intervention* 12.

⁸ Les extraits d'entrevues individuelles ne comprennent pas toujours les prénoms des participants, car certains d'entre eux ont préféré conserver l'anonymat. Dans ces cas, nous utilisons le terme «participants». Par respect pour le propos des Aînés, nous précisons leur statut. Enfin, pour les extraits d'entrevues réalisées en groupes, nous précisons la nature du groupe dont il est question.

plus particulièrement dans la gouvernance des services de protection de la jeunesse, nous traiterons dans cette section des deux principales composantes de l'*Innu aitun* que sont le territoire (*Nitassinan*) et la famille (*Nikanish*).

A. Le Nitassinan au cœur de l'identité innue

La conception qu'ont les Innus de l'*Innu aitun* est globale et holistique. Elle renvoie à une vision du monde que Lacasse⁹ qualifie de cosmo-centrique, c'est-à-dire qui conçoit l'être humain comme faisant partie de l'univers, au même titre que tous les autres éléments qui le constituent. Dans cet univers, l'être humain n'a aucune autorité, il n'est qu'un élément parmi d'autres et son rôle est de s'y intégrer en cherchant à y maintenir l'équilibre. Comme la plupart des peuples chasseurs-cueilleurs, les Innus mettent l'accent sur l'unité et la relation réciproque, voire ontologique, avec la nature¹⁰. Audet parle d'une ontologie/épistémologie moniste, animiste, relationnelle et d'engagement avec le territoire qui s'oppose radicalement à celle qui anime les sociétés occidentales, considérée comme dualiste et non animiste. Depuis l'époque des Lumières, nos sociétés, dites modernes, se distinguent par leur « obsession à se détacher ontologiquement de la « nature » en l'opposant à la « culture » »¹¹ et par leur volonté de s'approprier et de contrôler le territoire.

C'est donc en termes relationnels qu'il faut comprendre ce lien au territoire. Il s'agit d'une relation viscérale, presque filiale à la terre¹². D'ailleurs, la légende de Tshakapesh rappelle l'origine mythique des Innus qui seraient nés des entrailles de la Terre-Mère¹³. De la même manière, Lacasse¹⁴

⁹ Jean-Paul LACASSE, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, coll. « Collection Territoires », Sillery, Septentrion, 2004.

¹⁰ Véronique AUDET, *Innu nikamu = L'Innu chante : pouvoir des chants, identité et guérison chez les Innus*, coll. « Mondes autochtones », Québec, Presses de l'Université Laval, 2012.

¹¹ V. AUDET, préc., note 10, 48.

¹² Christiane GUAY et Catherine DELISLE-L'HEUREUX, « Le territoire, source de guérison : récits d'expérience des Innus d'Uashat mak Mani-utenam », (2019) 49-1 *Recherches amérindiennes au Québec* 1.

¹³ Rémi SAVARD, *La forêt vive : récits fondateurs du peuple innu*, Montréal, Boréal, 2004.

¹⁴ J.-P. LACASSE, préc., note 9.

explique que les Innus ont des rapports de parenté avec leur territoire. C'est la raison pour laquelle, comme la plupart des groupes autochtones, ils considèrent que l'eau, le territoire, les animaux et les êtres humains ne forment qu'un tout¹⁵ interrelié et interdépendant. Comme l'explique un participant :

Je dis souvent que la terre est en vie. Toutes les choses que l'on retrouve sur le territoire sont en vie ! L'herbe qui pousse, les arbres sont la vie ! Eux aussi peuvent ressentir les choses. Il n'y a pas que les humains qui peuvent ressentir. Alors, ce qu'il faut, c'est écouter la nature. Écouter ce qu'elle a à nous dire.

Par conséquent, le territoire, au même titre que la famille, représente le lieu où chaque société autochtone puise les savoirs nécessaires à son fonctionnement, notamment les normes, les valeurs, les coutumes, les traditions, etc., qui participent à l'*Innu aitun*. En d'autres mots, on pourrait dire que le territoire constitue le premier lieu de socialisation et la principale source du droit ou de l'ordre social innu¹⁶. Toutefois, puisque l'Innu n'est qu'un maillon de la chaîne qui symbolise le cercle de la vie, l'ordre social innu ne peut être envisagé que comme un ordre où les principes et les règles qui en découlent sont mus par les besoins collectifs du groupe et la volonté de préserver l'harmonie sociale. Dans tous les cas, l'ordre social innu vient du consensus qui s'est établi au fil du temps et qui s'est transmis par la tradition orale.

Si le lien au territoire, et plus particulièrement les savoirs qui en émanent, fonde l'ordre social innu, il ne s'agit pas de savoirs au sens où la plupart des allochtones l'entendent. Il s'agit plutôt de connaissances acquises par l'observation, l'expérience, les enseignements spirituels et surtout par la fréquentation du territoire¹⁷. Par le fait même, les savoirs autochtones

¹⁵ Sylvie POIRIER, « Pratiques et stratégies de résistance et d'affirmation en milieu autochtone contemporain : une analyse comparative d'exemples canadiens et australiens », dans Natacha GAGNÉ, Thibault MARTIN et Marie SALAÜN (dir.), *Autochtonies : vues de France et du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 331.

¹⁶ J.-P. LACASSE, préc., note 9; SARAH MORALES, « Stl'ul nup: Legal Landscapes of the Hul'Qumi'num mustimuhw », (2017) 33-1 *Windsor Yearb. Access Justice* 103; S. POIRIER, préc., note 15.

¹⁷ Christiane GUAY, *La rencontre des savoirs à Uashat mak Mani-Utenam : regards des intervenants sociaux innus sur leur pratique*, Thèse de doctorat, Université du Québec en Outaouais, 2010; C. GUAY et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 12; Michael HART, « Indigenous Knowledge and Research: The Mikiwáhp as a Symbol for Reclaiming

sont des savoirs locaux, que l'on transmet de génération en génération¹⁸. Ils sont d'abord et avant tout « basés sur l'expérience et l'interprétation subjective que font les individus du monde physique et spirituel qui les entoure »¹⁹. Comme l'explique Tshiuetin au sujet des valeurs innues :

Je pense que l'écoute, ça vient du territoire [...]. Le respect aussi, c'est au territoire que je le dois. En premier de tout, vient le respect du territoire. [...]. Le respect, je l'ai appris en forêt. Ce n'est pas seulement respecter l'autre, écouter, respecter son rang ou respecter son âge ; c'est respecter sa vie. Respecter la vie de l'autre. (Tshiuetin)

C'est donc en fréquentant, en observant et en écoutant le territoire que les Innus apprennent les bases de l'*Innu aitun*. C'est aussi dans et par le territoire que la culture innue peut se transmettre. Par conséquent, si le territoire n'existe plus, la culture et l'identité innues disparaissent avec lui. Comme l'explique Josée :

Le territoire, c'est aussi notre histoire. Si je ne peux plus aller sur mon territoire, alors je n'ai plus d'histoire. [...] Tout va être brisé. Où vais-je aller ? Je ne sais pas. [...]. Mon père vient du territoire, son père aussi et maintenant, c'est nous qui y allons. Nos enfants y vont et nos petits-enfants iront aussi. Sinon, il n'y aura plus de transmission de l'histoire. Il n'y aura plus le cercle de « Mon grand-père était là ». (Josée)

Le lien entre le territoire et l'identité est fondamental. À ce sujet, Réginald explique que les Innus se définissent d'abord par leur appartenance traditionnelle au *Nitassinan* plutôt qu'aux lieux où ils habitent quotidiennement :

Nous ne sommes pas des Uashaunnuat. Nous ne venons pas d'Uashat. [...] Je suis Mishta-shipunnuat. Je suis un Innu de la rivière Moisie ! [...] Je ne suis pas un Apituamissiunnu ou Maliotenamiunnuat, un Innu de Maliotenam. [Les gens d'Uashat] [c]e sont des Tshemanipishtikunnu, des gens de la rivière Sainte-Marguerite. (Réginald)

Les résultats de nos recherches rejoignent la plupart des études sur le sujet²⁰ et montrent que la langue, la culture et l'identité innues sont forte-

our Knowledge and Ways of Knowing », (2007) 3-1 *First Peoples Child & Family Review* 83.

¹⁸ M. HART, préc., note 17.

¹⁹ C. GUAY, préc., note 17, p. 45.

²⁰ C. GUAY et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 12 ; Sylvie VINCENT, « Se dire Innu hier et aujourd'hui : l'identité est-elle territoriale ? », dans Natacha GAGNÉ, Thibault

ment chevillées au *Nitassinan*. Le territoire : « C'est lui qui nous façonne » (Tshiuetin). « C'est notre culture, c'est nos racines » (un étudiant en techniques d'éducation spécialisée). Il fait partie « de notre identité » (Shipiss ; Kathleen ; Josée). Parce qu'il porte en lui la mémoire des ancêtres, les traces physiques des histoires familiales et la capacité de transmettre les valeurs, le territoire est « un lieu de rencontre familiale » (un participant), un lieu pour « se rassembler, tisser des liens familiaux » (une Aînée) et établir des relations « plus authentiques » (un intervenant innu, une Aînée, une mère). À cet effet, Tshiuetin précise :

Quand tu vas là-bas [sur le territoire] [...] tu es chez vous. [...] ce n'est pas se dire : Je m'en vais ailleurs [...] pour m'éloigner de la maison, pour mieux revenir. Non ! Tu t'en vas chez vous pour te sentir ailleurs. [...] On sort de la réserve pour aller à la maison. (Tshiuetin)

En somme, « le *Nitassinan* fut et demeure davantage qu'un pays, il a toujours été un état d'esprit. »²¹. Pour les Innus, le territoire est « à la fois source de vie, de spiritualité, lieu de guérison, d'éducation, de socialisation, il incarne le passé, il est l'avenir. Et le devoir essentiel du présent est de le préserver »²².

B. Nikanish (la famille) : une composante centrale de l'Innu aitun

Tout comme le *Nitassinan*, *Nikanish* (littéralement, la famille) est au cœur de l'*Innu aitun*. Il n'y a pas si longtemps, c'était le groupe de chasse familial qui guidait les déplacements et le mode de vie des Innus sur le *Nitassinan*²³. À l'époque, la famille constituait l'unité de base de la nation innue²⁴. Si ce mode de vie traditionnel s'est considérablement transformé au cours des dernières décennies, la famille innue n'a toutefois pas perdu de son importance et occupe toujours une place centrale dans

MARTIN et Marie SALAÛN (dir.), *Autochtonies : vues de France et du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 261.

²¹ Serge BOUCHARD et Marie-Christine LÉVESQUE, *Le peuple rieur : hommage à mes amis innus*, Montréal, Lux Éditeur, 2017, p. 33.

²² C. GUAY et T. MARTIN, préc., note 17, 641.

²³ J.-P. LACASSE, préc., note 9.

²⁴ José MAILHOT, *Au pays des Innus : les gens de Sheshatshit*, Montréal, Recherches amérindiennes au Québec, 1999.

la vie quotidienne²⁵. Par exemple, c'est d'abord autour de la famille, par leur cercle de parenté, que s'organisent les relations sociales et les réseaux de socialité²⁶. Ainsi, la famille, comprise au sens large du terme, doit être appréhendée comme un cercle de relations au milieu duquel se trouve l'enfant entouré par tous les membres de sa famille élargie, y compris les membres de la communauté et ceux de la nation innue²⁷. Comme en témoignent ces participantes :

La communauté fait aussi partie de la famille. (Famille d'accueil innue)

La famille innue, c'est d'abord ma famille immédiate. C'est la famille à l'intérieur de notre famille : mes frères et sœurs, mes tantes, les enfants, les petits-enfants. (Famille d'accueil innue)

Ce cercle de relations trouve son origine dans la vision relationnelle du monde décrite plus haut, si bien qu'il n'existe pas a priori de hiérarchie entre les individus à l'intérieur du cercle. Certes, la mère et le père sont considérés comme les premiers pourvoyeurs de soins, mais le positionnement des individus au sein du cercle et leur rôle auprès des enfants sont flexibles et peuvent être réaménagés selon les besoins familiaux²⁸. La force du cercle est fondée sur l'interdépendance entre les membres dont la volonté est de chercher à maintenir l'harmonie et l'équilibre au sein du cercle qui, devons-nous le rappeler, fait partie intégrante du *Nitassinan*.

C'est au sein de la famille et par le biais du cercle de relations que s'affirment et s'expriment les valeurs, les devoirs et les responsabilités. Le partage, l'entraide, le respect et la liberté individuelle sont sans aucun doute les valeurs phares de l'ordre social innu²⁹. Entre autres, les valeurs de partage et d'entraide dictent leur mode de fonctionnement individuel et collectif³⁰ et un ensemble de devoirs et de responsabilités qui les lient les uns envers les autres. Par conséquent, le bien-être et l'éducation des

²⁵ Karine GENTELET, Alain BISSONNETTE et Guy ROCHER, *La sédentarisation : effets et suites chez des Innus et des Atikamekw*, Montréal, Éditions Thémis, 2007 ; Christiane GUAY, Sébastien GRAMMOND et Catherine DELISLE-L'HEUREUX, « La famille élargie, incontournable chez les Innus », (2018) 64-1 *Service social* 103.

²⁶ J. MAILHOT, préc., note 24.

²⁷ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

²⁸ *Id.*

²⁹ J.-P. LACASSE, préc., note 9.

³⁰ K. GENTELET, A. BISSONNETTE et G. ROCHER, préc., note 25.

enfants sont des responsabilités partagées par tous les membres de la famille élargie, y compris les membres de la communauté³¹.

C'est aussi au sein du cercle de relations que l'enfant innu découvre sa place dans le monde, apprend la langue innue, acquiert les connaissances, les traditions et les valeurs culturelles nécessaires à son ancrage identitaire et à son épanouissement³². L'enfant innu représente la vie, la continuité de soi, tout comme la vitalité des familles. Ce faisant, il assure la survie des histoires familiales et l'avenir de la communauté. Comme le précise une Aînée : « les enfants représentent la vie, l'avenir, l'espoir. Ce sont eux qui feront en sorte que notre culture se perpétuera ». Dans le cercle des relations, l'enfant innu occupe une place centrale qui atteste de l'amour et du respect qui lui est porté. Considéré comme un individu à part entière, il n'est pas perçu comme appartenant à ses parents. Chaque enfant est plutôt un être indépendant doté d'un pouvoir et d'une capacité à faire ses propres choix.

Comme mentionné plus haut, dans l'ordre social innu, il n'existe pas a priori de hiérarchie. Leur société était plutôt représentée par une « égalité fondée sur l'absence de classes sociales formelles »³³. À l'époque pré-coloniale, la préservation de l'harmonie et de l'équilibre de même que l'intérêt du groupe faisaient en sorte que les Innus privilégiaient le partage et la coopération, plutôt que la propriété privée et la compétition³⁴. Si l'harmonie sociale était menacée, l'ordre innu cherchait à la rétablir par un ensemble de normes dictées par la tradition orale. Comme le souligne Lacasse³⁵, l'importance accordée au groupe et à la collectivité garantissait généralement le respect de l'ordre social innu. Si le terme « réserve » est aujourd'hui remplacé par le terme « communauté », le sens de la communauté « a toujours existé. La communauté ce sont les gens. [...] Seul, on ne peut pas survivre. La communauté c'est notre fondation »³⁶.

De manière générale, les valeurs traditionnelles qui sont à la base de l'ordre social innu persistent encore aujourd'hui. Les Innus observent

³¹ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

³² *Id.*

³³ J.-P. LACASSE, préc., note 9, 32.

³⁴ J.-P. LACASSE, préc., note 9.

³⁵ *Id.*

³⁶ Naomi FONTAINE, *Shuni : Ce que tu dois savoir, Julie*, coll. « Chronique », Montréal, Mémoire d'encrier, 2019, p. 101.

toujours des comportements dictés par la tradition orale quand vient le temps de réguler ceux des enfants. Ainsi, dès sa naissance, l'enfant innu est considéré comme un individu à part entière capable d'exprimer ses besoins³⁷. Les valeurs de respect et de liberté individuelle, qui se traduisent par une éthique de non-ingérence³⁸, expliquent pourquoi on accorde à l'enfant une grande liberté d'action et que l'on tend à respecter son rythme et ses choix :

Une autre belle valeur transmise par mes parents adoptifs et que je retiens beaucoup, ce sont les choix. Ils nous disaient quelque chose et c'était à nous de le prendre ou non ; nous étions libres de faire un choix et de l'assumer, car il était de notre responsabilité de le faire. [...] J'agis de la même façon avec mes enfants. [...] Nous allons au rythme de l'enfant, c'est lui qui mène. (Gertrude)

Ce sont ces mêmes valeurs qui guident l'attitude des parents quand les normes sont transgressées. Les moyens privilégiés pour y répondre visent toujours à restaurer l'harmonie. La plupart du temps, « il s'agit d'un problème à résoudre plutôt qu'une punition à donner »³⁹. Le dialogue, l'humour, la métaphore et l'expérimentation⁴⁰ constituent des moyens efficaces pour transmettre les règles. Comme le précise Shipiss :

J'utilise beaucoup l'humour dans l'éducation de mon enfant : on rigole, on se taquine. L'humour me sert à transmettre les règles. En riant, ça passe bien. Quand je prends un ton blagueur, elle le sait. [...]. C'est important pour moi qu'elle écoute et respecte les règles. (Shipiss)

C'est à la lumière de ce qui vient d'être présenté que les Innus d'Uashat mak Mani-utenam se sont dotés, en mai 2019, d'une définition innue de l'intérêt de l'enfant⁴¹ :

³⁷ C. GUAY, préc., note 7.

³⁸ La non-ingérence est bien plus qu'un concept ; elle renvoie à « une question éthique qui accorde à l'individu le droit de créer sa vie à partir de ses propres expériences » C. GUAY, préc., note 1, 35.

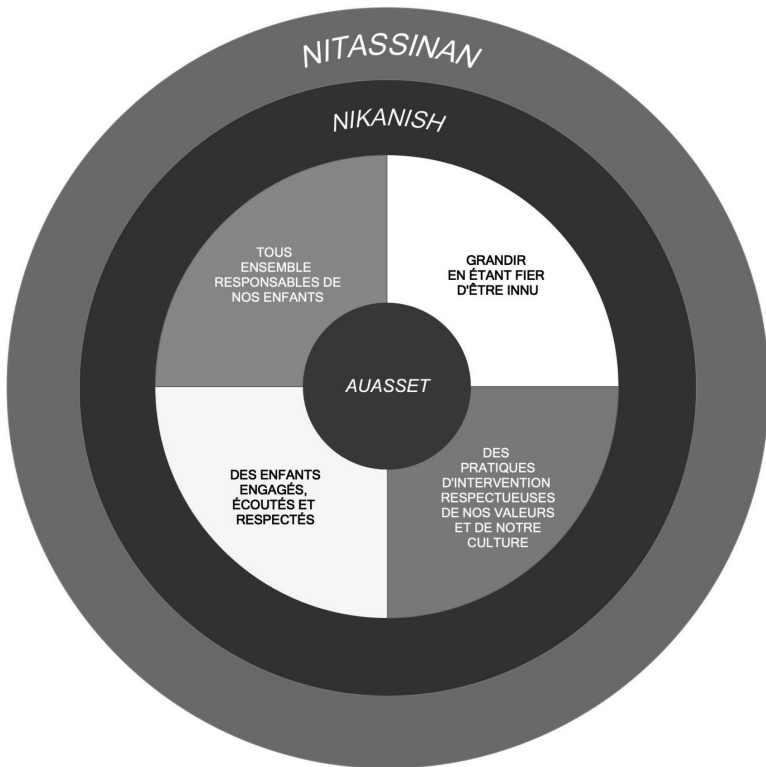
³⁹ J.-P. LACASSE, préc., note 9, 87.

⁴⁰ Emma ANDERSON, *La trahison de la foi*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009 ; Marie-Pierre BOUSQUET, « Êtres libres ou sauvages à civiliser ? L'éducation des jeunes Amérindiens dans les pensionnats indiens au Québec, des années 1950 à 1970 », (2012) 14 *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »* 162.

⁴¹ Cette définition est inscrite dans la politique familiale des services d'aide à l'enfance et à la famille d'Uashat mak Mani-utenam.

L'intérêt de l'enfant innu consiste à le mettre au coeur de toutes les décisions qui le concernent et à respecter son rythme et ses choix. L'intérêt de l'enfant innu englobe l'intérêt de sa famille, de sa communauté et de sa nation. L'intérêt de l'enfant innu, qui est profondément ancré dans le *Nitassinan*, est indissociable de la préservation et de la protection de son identité, de sa culture, de sa langue et du maintien des pratiques culturelles innues.

Cette définition, qui prend racine dans les fondements mêmes de l'*Innu aitun*, rend également compte des principales orientations de la gouvernance innue de protection de l'enfance, *Tshisheuatishitau*⁴². Le schéma qui suit illustre les fondements de celle-ci ainsi que les quatre orientations qui sont décrites dans la section suivante.



⁴² Qui signifie « soyons dans la bienveillance ».

II. *Tshetshi tshitauassiminuat Taht anite tshitshinat* : pour que nos enfants restent chez nous

Si l'*Innu aitun* est le fondement de la gouvernance innue, il dicte également un ensemble d'orientations nécessaires pour guider les actions de tous ceux et celles qui interviennent auprès des enfants innus et de leur famille. Les orientations présentées dans cette section témoignent de la vitalité des valeurs et des savoirs que les Innus souhaitent maintenir dans la gouvernance des services de protection de la jeunesse. Dans un premier temps, nous démontrons en quoi la responsabilisation collective à l'égard des enfants et les diverses pratiques qui en découlent, comme la cohabitation et la garde coutumière, permettent d'assurer un filet de sécurité pour les enfants innus. La seconde partie traite de l'importance de la culture et de l'identité innue pour le développement et le bien-être des enfants et montre comment la fréquentation du territoire permet de renforcer la fierté identitaire et de soutenir la guérison. La troisième section porte sur la place et le rôle que jouent les enfants innus au sein de la communauté et des stratégies pour valoriser leur contribution. Enfin, la dernière section illustre la manière d'actualiser l'ensemble des valeurs et des pratiques culturelles innues dans des interventions sociales respectueuses et culturellement sécuritaires.

A. Tous ensemble responsables de nos enfants

De tout temps, les Innus ont assumé collectivement la responsabilité à l'égard des enfants. Cet esprit d'entraide familiale est non seulement au cœur de la conception de la famille, mais était aussi primordial à la survie du peuple innu sur le territoire. Nous l'avons dit, l'enfant innu n'appartient pas aux parents biologiques, ni à qui que ce soit d'ailleurs. Il revient néanmoins à tous les membres de la famille immédiate et élargie ainsi qu'aux membres de la communauté d'en prendre soin et de veiller à son développement. Ainsi, toute intervention sociale qui vise à soutenir les familles devrait reposer sur les valeurs innues de respect, d'entraide et de partage ainsi que sur le principe selon lequel les soins, l'éducation et la sécurité des enfants constituent une responsabilité collective qui s'étend au-delà de la famille immédiate d'un enfant, c'est-à-dire à la famille élargie et à sa communauté.

De la même manière, les parents devraient également avoir leur mot à dire dans les soins apportés à leur enfant, la durée de ceux-ci et le choix des personnes qui en prennent soin. Un tel principe permet de miser sur

les systèmes traditionnels fondés sur l'entraide et le soutien informel. Il permet ainsi de reconnaître la valeur de pratiques culturelles qui participent au bien-être et à la protection des enfants au sein de la communauté, comme la cohabitation et la garde coutumière.

Les résultats de nos recherches montrent que la responsabilité collective des enfants de la communauté se traduit notamment par la cohabitation intergénérationnelle⁴³. En effet, il est courant chez les Innus que les grands-parents, les parents, les enfants et d'autres membres de la famille vivent sous le même toit. Pour plusieurs Innus, la cohabitation ne découle pas uniquement de la pénurie de logements (enjeu bien présent à Uashat mak Mani-utenam), mais également de pratiques sociales et culturelles distinctes qui sont animées par les valeurs d'entraide et de partage⁴⁴. Il en résulte que plusieurs personnes sont présentes pour prendre soin des enfants. L'avantage de la cohabitation est qu'elle permet non seulement de transmettre les savoirs aux jeunes parents en matière d'éducation et de soins aux enfants, mais aussi de créer des liens familiaux solides qui perdurent dans le temps⁴⁵. Comme l'expliquent ces participants :

Quand je suis tombée enceinte, nous habitions dans la maison de mes grands-parents, avec ma mère et ma tante jusqu'à ce que ma maison soit construite. Elles m'ont appris à m'occuper du bébé. (Une mère)

Dans ma jeunesse, plusieurs personnes prenaient soin de moi, pas seulement mes parents. Grâce à cela, j'ai pu créer des liens avec mes tantes, mes oncles, mes cousins. Aujourd'hui, je suis entourée de bonnes personnes, d'êtres de confiance. Quand j'ai besoin de support, je peux aller les voir. J'ai pu élargir mes liens au-delà de la petite famille. (Intervenant des services communautaires)

[...] ma tante et mes oncles sont également venus s'installer ici, avec ma sœur et leurs enfants. Nous avons toujours vécu ensemble. Trois familles ensemble. Nous nous entraidions en ce qui a trait à la nourriture et à la chasse. C'est comme ça que nous avons grandi et appris... (Une participante)

Autrement dit, la cohabitation s'active de façon complémentaire au partage des responsabilités parentales, qu'elle vient renforcer et faciliter. Dans bien des cas, elle agit alors comme facteur de protection l'égard des

⁴³ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*

enfants et permet de tisser des liens de réciprocité entre les membres de la famille.

La pratique du *ne kupaniem/ne kupanishkuem*⁴⁶, que l'on peut traduire par «un ou une enfant que l'on garde temporairement», demeure encore aujourd'hui une autre manière de prendre soin collectivement des enfants⁴⁷. Elle est fondée sur la liberté des individus de réorganiser leurs relations familiales. Dans certains cas, elle peut mener à la création d'un nouveau lien de filiation, en ce sens que l'enfant considère les personnes qui le gardent comme ses véritables parents, et vice versa. Dans les faits, il s'agit d'une pratique consensuelle, non confidentielle et en principe réversible⁴⁸. D'ailleurs, les Innus valorisent généralement le retour de l'enfant dans sa famille d'origine. Il n'y a donc pas de coupure du lien de filiation et l'enfant garde, la plupart du temps, contact avec ses parents biologiques. Par exemple, «si la situation qui a donné lieu au transfert de l'enfant se résorbe rapidement, les parents d'origine peuvent reprendre l'enfant»⁴⁹.

Je veux que Julien retourne chez lui, car je ne suis qu'une maman substitut et je sais qu'il a envie de retourner chez sa mère, même s'il m'aime beaucoup. C'est la même chose pour moi. (Une participante)

J'espérais toujours que ma fille puisse les reprendre. Si les enfants avaient été adoptés ailleurs, elle n'aurait pas pu les reprendre et nous n'aurions pas pu les revoir. Aujourd'hui, je réalise que c'est une chance que je lui ai laissée, car comme adulte elle va beaucoup mieux. (Une Aînée)

Bien que le *ne kupaniem/ne kupanishkuem* ne se pratique plus nécessairement pour les mêmes motifs qu'au temps de la vie sur le territoire⁵⁰, nos recherches avec les Innus ont révélé qu'elle «est devenue un moyen singulier de prendre soin et de protéger les enfants tout en respectant «l'intérêt de l'enfant»»⁵¹. Les parents confient la garde de leur enfant à une

⁴⁶ Le terme utilisé en français pour parler de pratiques culturelles de garde d'enfants des Premières Nations sans bris de filiation telle que celle du *ne kupaniem/ne kupanishkuem* est : garde coutumière.

⁴⁷ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

⁴⁸ Sébastien GRAMMOND et Christiane GUAY, «Comprendre la normativité innue en matière d'«adoption» et de garde coutumière», (2016) 61-4 *McGill L.J.* 885.

⁴⁹ *Id.*, 132.

⁵⁰ S. BOUCHARD et M.-C. LÉVESQUE, préc., note 21.

⁵¹ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

autre personne pour différentes raisons : parce qu'ils doivent quitter temporairement la communauté pour des raisons liées aux études ou à l'emploi, à cause d'une séparation, en raison de leur jeune âge (grossesse à l'adolescence), parce que l'enfant en exprime le désir, ou parce qu'ils sont aux prises avec des problèmes personnels, comme la consommation d'alcool ou de drogues. Dans ces cas, ce sont bien souvent les parents qui font eux-mêmes le constat de leur incapacité à s'occuper convenablement de leur enfant⁵².

[P]arfois c'est justement parce que ses parents sont conscients qu'ils ne peuvent pas s'occuper de lui adéquatement qu'ils choisissent de le placer chez des gens qui seront en mesure de le faire. [...] C'est un geste d'amour et d'humilité d'avouer être incapable de s'occuper de son enfant. C'est souvent parce que la mère n'est pas en mesure de s'occuper d'elle-même qu'elle pose ce geste. (Une participante)

J'ai été élevée par mes grands-parents. J'ai habité chez eux dès ma naissance, car ma mère avait seulement 16 ans quand elle m'a eue. J'étais son premier enfant. Elle était très jeune. (Madeline)

La principale force de cette pratique culturelle est qu'elle permet à l'enfant de créer et de maintenir des liens significatifs avec un ensemble de personnes, notamment avec les membres de la famille élargie, de sa famille « adoptive », mais également avec ceux de sa famille d'origine. D'ailleurs, pour certains participants ayant vécu l'expérience du *ne kupaniem/ne kupanishkuem* (en tant qu'enfant « adopté », parent biologique ou parent « adoptif »), la famille d'origine et la famille adoptive se confondent, si bien qu'ils voient l'ensemble de ces personnes comme faisant partie de leur famille au sens large. Comme l'expliquent ces participantes :

En ce moment, j'ai encore tous les droits sur ma fille mais je ne les impose pas. Lorsqu'elle veut venir chez moi, je vais toujours lui dire oui. Elle vient quand ça lui tente, surtout quand elle se cherche des amis et qu'elle s'ennuie chez ma sœur parce que ses enfants sont grands tandis qu'elle est arrivée chez elle toute petite. Elle m'appelle « maman Alanis » et appelle ma sœur simplement « maman » puisque c'est elle qui subvient à ses besoins. Cela fait mon affaire. Je n'ai pas d'obligations envers elle et il n'y a pas d'attentes non plus de la part de ma sœur à son égard. (Alanis)

⁵² S. GRAMMOND et C. GUAY, préc., note 47.

[...] je peux dire qu'il y en avait 4 ou 5 [frères adoptifs] de qui je me sentais assez près, à tel point que même s'ils n'étaient pas des frères de sang, je ne me serais jamais mariée avec l'un d'entre eux. Quand nous nous revoyons aujourd'hui, nous nous appelons « mon petit frère, ma grande sœur, mon grand frère, ma petite sœur ». Je dis aussi qu'ils sont les oncles et les tantes de mes enfants ; j'ai donc deux familles : ma famille biologique, que je vois encore de temps en temps, et ma famille adoptive. (Gertrude)

En développant tous ces liens, l'enfant s'assure d'être entouré par un vaste réseau d'appartenance qui constitue pour lui un filet de sécurité⁵³. Ainsi, on peut affirmer que la pratique du *ne kupaniem/ne kupanishkuem* témoigne de la capacité de la communauté à protéger ses enfants.

Bref, les enfants innus sont éduqués et socialisés à l'intérieur de deux structures interreliées et interdépendantes : la famille biologique et le réseau de parenté⁵⁴. La reconnaissance des pratiques culturelles telles que la garde coutumière et la cohabitation dans les interventions auprès des familles innues permet non seulement de maintenir en vie la valeur de l'entraide, mais également d'assurer la transmission de la langue et de la culture. Il s'agit là de facteurs de protection significatifs, car c'est notamment par la langue et la culture que l'enfant développe une identité saine et une bonne estime de lui-même. C'est là le thème de la prochaine section.

B. Grandir en étant fier de son identité culturelle

La culture, la langue et l'identité innue sont des composantes centrales du bien-être des enfants et des familles innues. Or, les politiques coloniales et les systèmes d'oppression qui persistent encore aujourd'hui ont mis à mal un ensemble de relations, dont celles que les Innus entretiennent avec le territoire. Ces politiques coloniales ont engendré des traumatismes qui se sont transmis de génération en génération et qui se traduisent aujourd'hui par des enjeux identitaires qui affectent tout particulièrement les jeunes⁵⁵. Les placements d'enfants à l'extérieur de la communauté, sou-

⁵³ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

⁵⁴ C. GUAY, préc., note 7.

⁵⁵ ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES (ENFFADA), *Réclamer notre pouvoir et notre place : Un rapport complémentaire de l'enquête sur les femmes disparues et assassinées. Kepek-Québec*, vol. 2, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2019, en ligne : <<https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/>> ;

vent dans des familles non autochtones, ne font qu'exacerber la situation et perpétuer les séquelles engendrées par des décennies de politiques assimilationnistes⁵⁶. En effet, le sentiment d'appartenance identitaire est mis à l'épreuve lorsqu'un enfant se voit déraciné de sa culture et qu'il tente de créer des liens dans un nouveau contexte culturel au sein duquel il ne trouve pas toujours sa place. La coupure des liens avec la famille d'origine occasionne bien souvent des pertes identitaires entraînant la détérioration de la santé physique, spirituelle, psychologique et émotionnelle des enfants⁵⁷. Pour bien des familles autochtones, ces pratiques de placement s'inscrivent au sein d'un continuum de disparition⁵⁸ qui, au même titre que les pensionnats, brise des liens essentiels au développement d'une identité culturelle forte. Par conséquent, le soutien au développement d'une fierté identitaire est devenu un passage obligé pour toute personne qui intervient auprès des enfants innus et de leurs familles. Dans bien des cas, la fierté identitaire est intimement liée à la guérison individuelle, familiale et communautaire, laquelle passe par une meilleure connaissance de l'histoire des Premières Nations, de la colonisation et des impacts multiples de celle-ci.

COMMISSION DE VÉRITÉ ET RÉCONCILIATION (CVR), *Pensionnats du Canada : La réconciliation. Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 6, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015 ; COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS (CERP), préc., note 2 ; C. GUAY, préc., note 1 ; C. GUAY et L. ELLINGTON, préc., note 2.

⁵⁶ Marie-Hélène GAGNON DION, *Entre déracinement et émancipation : L'expérience des jeunes autochtones pris en charge par la protection de la jeunesse*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 2014 ; Margo GREENWOOD et Sarah LEEUW, « Teachings From the Land : Indigenous People, Our Health, Our Land, and Our Children », (2007) 30-1 *Canadian Journal of Native Education* 48 ; FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, *Nānīawīg Māmawē Nīnawīnd. Debout et solidaires. Femmes autochtones disparues ou assassinées au Québec*, Kahnawake, FAQ, 2015.

⁵⁷ Jeannine CARRIERE, « Maintaining Identities: The Soul Work of Adoption and Aboriginal Children », (2008) 6-1 *Journal of Indigenous and Aboriginal Community Health* 61.

⁵⁸ ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES (ENFFADA), préc., note 54 ; COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES RELATIONS ENTRE LES AUTOCHTONES ET CERTAINS SERVICES PUBLICS : ÉCOUTE, RÉCONCILIATION ET PROGRÈS (CERP), préc., note 2 ; FEMMES AUTOCHTONES DU QUÉBEC, préc., note 55.

Le développement de cette fierté identitaire passe aussi par un ensemble d'initiatives qui valorisent la langue, les savoirs traditionnels et la spiritualité. De telles initiatives ont le potentiel de favoriser la reconstruction d'une mémoire historique et d'une identité collective forte. Comme le précise cette famille d'accueil innue : « Il faudrait insister sur le respect, la culture, le territoire, la fierté d'être Innu. Il faut leur apprendre à être fiers de leurs racines ». Que ce soit dans les activités communautaires, familiales, scolaires ou encore lorsque les enfants doivent être placés à l'extérieur de la communauté, il importe que ceux-ci connaissent leur histoire et leurs racines et qu'ils soient en mesure de transporter ce bagage même lors de situations familiales plus difficiles.

Parmi les initiatives les plus prometteuses, on retrouve celles qui mobilisent le territoire à des fins d'intervention sociale et de guérison. Ces initiatives ont le mérite de faciliter le retour aux sources, aux racines et à l'identité innue. Il ne s'agit pas ici d'amener le jeune à tourner le dos à la modernité ou à renier le mode de vie contemporain, mais plutôt de l'amener à comprendre d'où il vient pour se projeter dans l'avenir avec assurance⁵⁹.

Le jeune d'aujourd'hui, c'est comme la flèche qui est au repos par rapport à la corde : si on laisse aller, la flèche va tomber par terre. Il faut seulement prendre la flèche, donner un élan vers l'arrière, puis laisser la flèche : la flèche va naturellement aller vers l'avant. (Jean-Claude)

Plusieurs études ont d'ailleurs démontré que le territoire est un lieu où il est plus aisé d'affirmer son identité et de solidifier les solidarités sociales⁶⁰. Les ressourcements sur le territoire impliquent souvent la pratique, en groupe, de plusieurs activités traditionnelles (danse, chasse, piégeage, cueillette, descente de rivières en canot, cérémonies, utilisation des plantes médicinales, etc.) et la préparation des campements traditionnels⁶¹.

⁵⁹ C. GUAY, préc., note 1.

⁶⁰ Catherine DEGNEN, *Healing Sheshatshit : Innu identity and community healing*, Mémoire de maîtrise, Université McGill, 1996; Adrian TANNER, « The Origins of Northern Aboriginal Social Pathologies and the Quebec Cree Healing Movement », dans Laurence J. KIRMAYER et Gail Guthrie VALASKAKIS (dir.), *Healing traditions : the mental health of Aboriginal peoples in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2009, p. 249; Kathleen WILSON, « Therapeutic landscapes and First Nations peoples: an exploration of culture, health and place », (2003) 9-2 *Health Place* 83.

⁶¹ C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25; A. TANNER, préc., note 59.

À la différence des pratiques de guérison plus individuelles, ces initiatives permettent aux familles de tisser ou de retisser les liens familiaux, de consolider les rapports entre les jeunes et les Aînés et de favoriser une meilleure communication entre les membres de la famille.

C'est [sur le territoire] que ça se passe le plus. Tu sens si ta famille est proche. Tu es plus proche de tes enfants, on peut se parler, on peut dire ce qu'on ressent. (Une Aînée)

Aller sur le territoire, c'est une manière de jaser et de partager. Les personnes âgées parlent aux plus jeunes. C'est un milieu qui permet la transmission de messages, de leçons de vie. Les valeurs se transmettent plus facilement dans la forêt à écouter les Aînés. On y apprend le respect des choses de la vie. (Intervenant innu en réadaptation)

Enfin, les expériences sur le territoire permettent de maintenir en vie les valeurs d'entraide, de partage et de responsabilité qui s'expriment plus facilement sur ce dernier : « Dans la forêt, tout le monde fait sa part, tout le monde met la main à la pâte : l'un va à la chasse au gibier, l'autre met des collets à lièvre, l'autre va pêcher. Chacun sait quoi faire » (Intervenant innu en réadaptation). Ces relations d'entraide et de partage sont profitables à tous les membres du cercle familial⁶². L'intervention par le territoire permet ainsi de raviver la fierté identitaire des jeunes et des familles et le développement de liens intergénérationnels forts et solides. À cet égard, il y a consensus chez les intervenants autour de la mobilisation du territoire comme levier d'intervention pour susciter la fierté identitaire des jeunes :

[Si un jeune] a la possibilité d'aller dans le bois, pour quelques semaines, voire quelques mois, avec ses parents ou s'il accepte de participer à un projet en lien avec le bois, je pense qu'on a le devoir d'adapter l'ordonnance en conséquence. [...] Il y a toujours une possibilité d'envoyer des jeunes dans le bois, et je pense que c'est le genre de projet qu'on devrait relancer [...]. C'est quand même mieux pour un jeune de se retrouver dans le bois que de se tourner les pouces dans un centre de réadaptation parce qu'il n'arrête pas de faire des introductions par effraction, non ?⁶³

⁶² C. GUAY, S. GRAMMOND et C. DELISLE-L'HEUREUX, préc., note 25.

⁶³ Marius dans C. GUAY, préc., note 1, 120.

Bref, la culture et l'identité sont essentielles au bien-être des familles et au développement des enfants. Les projets qui valorisent la langue, les savoirs traditionnels, la spiritualité et le lien au *Nitanissan* permettent aux enfants innus et à leur famille de développer un sentiment d'attachement plus fort à leurs racines qui ne peut que rejaillir positivement sur l'ensemble de la communauté. Comme l'explique cet intervenant social :

Je pense que, comme intervenant, l'important, ce n'est pas d'essayer de changer les choses, ou même de changer la loi, mais de remettre le pouvoir aux parents, de leur permettre de retrouver un sentiment de fierté. [...] C'est sûr que, si j'avais le pouvoir de faire quelque chose, je leur donnerais cette fierté-là. La fierté de leur culture, de leurs racines.⁶⁴

C. Des enfants engagés, écoutés et respectés

Nous l'avons dit plus haut, les enfants occupent une place privilégiée au sein de la famille innue. Leur contribution en tant que membres à part entière de la communauté est par conséquent vivement encouragée. Guidés par les valeurs de respect, de liberté individuelle et de responsabilité, les enfants sont invités à faire entendre leur voix et à prendre part aux décisions qui les concernent et qui concernent la communauté, y compris en ce qui a trait à leur bien-être et leur sécurité. Cette participation à la vie collective contribue à accroître leur sentiment d'utilité et leur confiance en eux, en plus de produire des changements positifs à l'échelle communautaire⁶⁵. La création d'espaces où les enfants peuvent faire entendre leur point de vue, participer aux processus décisionnels ou exercer leur leadership sont autant de manières d'accroître leur participation sociale. D'ailleurs, des études montrent que la perception des adultes concernant l'expérience et le vécu des enfants peut être très différente de ce que les enfants perçoivent eux-mêmes de cette expérience⁶⁶, d'où la pertinence

⁶⁴ *Id.*, 119.

⁶⁵ Mike WESSELLS, *What Are We Learning About Protecting Children in the Community? An Inter-Agency Review of the Evidence on Community-Based Child Protection Mechanisms in Humanitarian and Development Settings*, London, England, The Save the Children, , 2009.

⁶⁶ Maja SÖDERBÄCK, Imelda COYNE et Maria HARDER, «The importance of including both a child perspective and the child's perspective within health care settings to provide truly child-centred care», (2011) 15-2 *Journal of Child Health Care* 99.

de considérer leur parole et leur vision du monde lorsque des décisions importantes doivent être prises au nom de leur « intérêt ».

Une des manières d'amener les enfants à contribuer à leur bien-être et leur sécurité est de renforcer leur capacité (selon leur degré de maturité) à mieux se protéger⁶⁷, notamment en leur donnant des outils afin qu'ils développent des stratégies d'autoprotection. Cela passe aussi par le renforcement de leur capacité à défendre leurs droits, notamment ceux inclus dans la Convention relative aux droits de l'enfant (CRDE). Les Nations Unies réitèrent d'ailleurs que les enfants, même en très bas âge, devraient être reconnus comme des membres actifs de leur famille et de leur communauté, non seulement selon leurs propres préoccupations et intérêts⁶⁸, mais aussi avec le droit d'exprimer librement leurs opinions qui doivent être « dûment prises en considération » (CRDE, art. 12). Des initiatives ont entre autres montré que les jeunes sont capables de trouver des solutions pertinentes aux problématiques qu'ils vivent et que celles-ci peuvent ou doivent inspirer les pouvoirs publics⁶⁹.

Chez les Innus, mettre les enfants au centre de toutes les décisions qui les concernent permet de mettre de l'avant des pratiques d'intervention conformes au mode de vie – l'*Innu aitun* – et respectueuses de l'ordre social innu qui en découle. Nous l'avons dit précédemment, les enfants innus, tout comme la plupart des enfants des Premières Nations, sont encouragés très jeunes à développer leur autonomie⁷⁰. Cela signifie qu'ils sont capables d'exprimer leur point de vue et le sens qu'ils donnent à leurs expériences et de faire des choix. Ainsi, dans un contexte où un enfant a besoin de protection, la prise de décision entourant l'endroit où il va vivre devrait

⁶⁷ Tanya MEDRANO et Anne TABBEN-TOUSSAINT, *Manuel 1 : Notions de base de la protection de l'enfance, Boîte à outils de FHI 360 pour la protection de l'enfance*, Research Triangle Park, NC : FHI 360, 2012.

⁶⁸ COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT DES NATIONS UNIES, *Observation générale No. 7 : Mise en oeuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance*, Doc off. CRC, 4^e sess., CRC/C/GC/7/REV.1 (2005).

⁶⁹ Dominique VERSINI, « Écouter les enfants et défendre leurs droits », (2010) 46-1 *Les Cahiers Dynamiques*. 15.

⁷⁰ C. GUAY, préc., note 7; Marguerite LOISELLE, Marie-Pierre BOUSQUET, Suzanne DUGRÉ, Stéphane GRENIER et Micheline POTVIN, *Le retour des jeunes enfants dans la communauté algonquine de Kitcisakik : une recherche action visant l'engagement de la communauté envers la santé et le bien-être de ses enfants*, (Rapport de recherche phase 1) Chaire Desjardins en développement des petites collectivités Abitibi-Témiscamingue, Québec : Université du Québec en Abitibi-Témiscamingue, 2008.

toujours tenir compte de son point de vue et de son choix. Comme le résume cette participante :

Je crois que l'enfant a son mot à dire sur ses désirs et sur l'endroit où il se sent bien. [...]. Ses choix réels, comme par exemple où il veut habiter, sont importants. [...] Ce n'est pas la DPJ provinciale qui est en mesure ou qui est apte à décider de la vie d'un enfant en communauté. Cela relève plutôt de nous, de la famille proche, du parent et de l'enfant. Le point de vue d'un enfant a toujours été pris en compte, [...] Un enfant sait ce qu'il veut. [...] Je crois que la meilleure façon de protéger un enfant innu [...], c'est de partir de sa volonté à lui. [...] Ce n'est pas une limite d'âge qui fait la différence ; en tout cas, pas chez nous. Il faut savoir écouter le besoin et les désirs de l'enfant.

Cette citation illustre bien comment la manière innue de conceptualiser l'enfant et sa place au sein de la communauté peut entrer en tension avec la façon actuelle de prendre des décisions. En effet, dans les cas « d'exception », c'est l'État qui s'octroie la responsabilité de protéger les enfants et bien souvent, c'est un juge qui tranche quant aux solutions qui doivent s'appliquer dans sa situation. Pour les Innus, les processus décisionnels qui mettent l'enfant au cœur de la démarche de même que les initiatives visant à développer l'engagement des jeunes sont autant de manières de garder l'*Innu aitun* vivant.

D. Des pratiques d'intervention respectueuses des valeurs et de la culture innue

Les traumatismes intergénérationnels engendrés par les politiques coloniales, notamment les pensionnats, ont bouleversé de manière radicale la vie au sein des familles innues, affectant leur santé physique, mentale, émotionnelle et spirituelle. Ces conséquences sont toujours très palpables au sein de la communauté, si bien que les intervenants sociaux doivent composer quotidiennement avec les conséquences de ces traumatismes sur les personnes auprès desquelles ils interviennent. En raison de ce contexte particulier, les services sociaux destinés aux enfants et aux familles innues doivent se traduire par une vision holistique dans laquelle l'intérêt de l'enfant est indissociable de l'intérêt de sa famille et de sa communauté et par laquelle les valeurs innues de respect, de partage, d'entraide, de liberté et de responsabilité peuvent réellement s'actualiser.

La promotion d'une telle vision suppose que toute intervention de « protection » soit considérée comme un dernier recours et le placement

d'un enfant innu au sein d'une famille allochtone comme une dernière option. Par conséquent, des efforts considérables doivent être mis de l'avant pour intensifier les services en amont de la protection de la jeunesse, notamment les services préventifs et prénataux⁷¹. Il importe ici de s'assurer de répondre d'abord et avant tout aux besoins des enfants et des familles de manière préventive plutôt que par des interventions de dernier recours.

La promotion d'une vision holistique suppose également d'être en mesure de concilier les dimensions identitaires et culturelles de l'intérêt de l'enfant. Pour ce faire, on ne peut se contenter d'adapter les interventions sociales à la culture et aux valeurs innues⁷²; il faut s'assurer que tous les services offerts aux enfants et aux familles soient culturellement sécuritaires.

La sécurisation culturelle vise à renforcer et valoriser l'identité culturelle, à protéger les relations familiales, la culture et la langue. Elle exige une participation active des parents, des membres de la famille et des enfants dans la recherche de solutions qui les concernent. Elle requiert, de la part des intervenants, une reconnaissance des « effets de la colonisation et des traumatismes intergénérationnels qu'elle a engendrés »⁷³, des rapports de pouvoir et de la discrimination institutionnelle. Elle nécessite, en particulier de la part des autochtones, une prise de conscience de l'impact de leurs propres biais culturels dans leurs interventions⁷⁴.

Une manière concrète d'accroître la sécurisation culturelle est de se fonder sur les savoirs locaux, notamment les savoirs d'expérience des intervenants de la communauté qui, au fil du temps, ont développé une solide expérience auprès des enfants et des familles. Les résultats de nos recherches ont mis en lumière la singularité de leur pratique d'intervention sociale et de son enracinement dans la culture innue⁷⁵.

⁷¹ *Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis*, préd., note 5, art. 14.

⁷² Christiane GUAY, « Le travail social en contexte autochtone : défis et perspectives d'intervention », dans Lilyane RACHÉDI et Bouchra TAÏBI (dir.), *L'intervention inter-culturelle*, 3^e éd., Boucherville, Gaétan Morin, 2019, p. 121.

⁷³ W. AWASHISH, M. N. COLLIN, L. ELLINGTON et P. PLAMONDON-GOMEZ, préc., note 3, p. 23.

⁷⁴ Philippe ROY et Lisa ELLINGTON, « Le culturagramme : outil d'exploration culturelle et migratoire pour comprendre les réalités vécues par la clientèle autochtone en travail social », (2018) 148 *Intervention* 71.

⁷⁵ C. GUAY, préc., note 1.

Profondément ancrée dans le moment présent, la pratique des intervenants innus a pour particularité de se centrer avant tout sur la relation et le soutien plutôt que sur le problème et les objectifs de changement, comme ont tendance à le faire les intervenants allochtones⁷⁶. Comme l'explique Denis, «je pense que des fois on insiste trop sur le problème et à force d'enfoncer le clou, on risque de briser ce qu'il y a autour... ce qui est autour, des fois, c'est ce qui est le plus précieux»⁷⁷. Dans ce contexte, le problème devient un prétexte plutôt que le point de départ de l'intervention.

Le travail des intervenants innus se distingue aussi par le rythme et le rapport qu'ils ont envers le temps. S'appuyant sur l'éthique de non-ingérence décrite plus haut, ceux-ci misent d'abord et avant tout sur des interventions de nature indirecte qui sont le moins contraignantes et coercitives possible⁷⁸. Dans leur discours, ils insistent sur le fait que pour bien intervenir auprès des familles innues, il faut miser sur le dialogue, l'humour et la métaphore. Dans tous les cas, il faut prendre le temps, beaucoup de temps, pour écouter et expliquer les interventions en donnant des exemples simples et des images concrètes. Comme le souligne cet intervenant en parlant d'une rencontre qu'il a eue avec une mère : «J'ai appelé, elle est venue, on a jase, on a ri, puis après ça, après le rire, on a regardé le dossier puis on s'est entendu pour qu'elle m'appelle une fois par semaine pour qu'elle me dise comment ça va avec son fils»⁷⁹. Les intervenants innus insistent aussi sur le fait qu'il faut savoir lâcher prise, c'est-à-dire faire confiance à l'individu et au temps. Comme le dit Nadine : «Dans bien des cas, c'est la vie qui a fait une différence, pas le système»⁸⁰.

Enfin, la mise en place de pratiques respectueuses des valeurs et de la culture innue n'est pas une panacée si on ne s'attaque pas aux causes profondes des problématiques sociales de la négligence, notamment la pauvreté, l'insécurité alimentaire et la surpopulation au sein des ménages⁸¹. Prendre en considération les conditions de vie des familles dans les pro-

⁷⁶ C. GUAY, préc., note 71.

⁷⁷ Denis dans C. GUAY, préc., note 1, 116.

⁷⁸ C. GUAY, préc., note 1 ; C. GUAY, préc., note 71.

⁷⁹ Marius, cité dans C. GUAY, préc., note 1, 108.

⁸⁰ Nadine dans *id.*, 110.

⁸¹ Cindy BLACKSTOCK et Nico TROCME, «Community-based child welfare for aboriginal children: supporting resilience through structural change», (2005) 24 *Social Policy Journal of New Zealand* 12.

cessus d'évaluation et prévoir des moyens concrets dans les plans d'intervention pour soutenir les familles sont deux mesures qui permettent d'éviter qu'un enfant et sa famille ne soient pris en charge par les services de protection de la jeunesse seulement en raison de leurs conditions socio-économiques difficiles.

En somme, la prise en compte du principe de sécurisation culturelle, qui implique d'une part de comprendre l'histoire et l'impact des biais culturels et, d'autre part, de respecter les valeurs, les savoirs, les pratiques éducatives et les modes d'intervention innus, amène à penser l'intervention sociale de manière différente. Pour innover, il faut accepter de sortir du «cadre» actuel; d'accepter qu'il puisse y avoir des façons différentes de concevoir les problèmes et des manières culturellement différentes de soutenir les familles.

Conclusion

La surreprésentation des enfants autochtones dans les régimes de protection actuels, les conséquences néfastes de l'application indifférenciée de ces régimes aux peuples autochtones tout comme l'incapacité de ces régimes à répondre aux besoins des enfants et des familles des Premières Nations sont autant de facteurs qui militent en faveur de leur autodétermination en matière de protection de la jeunesse. Les processus d'autodétermination permettent aux peuples autochtones de sortir des sentiers battus et d'imaginer des solutions uniques et originales. La démarche entreprise par les Innus témoigne du potentiel créatif de ces processus.

En effet, en tirant profit des résultats d'un ensemble de projets de recherche menés au sein de leur communauté, les Innus d'Uashat mak Mani-utenam ont d'ores et déjà posé les jalons d'un système de protection de la jeunesse qui reflète leurs valeurs culturelles et leurs modes de vie singuliers. La démarche illustre également qu'il est possible de penser un modèle innu de bienveillance qui soit fondé sur des principes et une définition de l'intérêt de l'enfant intrinsèquement reliés à des manières culturellement différentes de concevoir le monde. Ainsi, la mise en place d'une gouvernance innue fondée sur l'*Innu aitun* et l'intérêt de l'enfant innu favorise le développement d'une approche communautaire originale qui permet d'assurer non seulement la sécurité et le développement des enfants innus, mais aussi la préservation de leur identité et de leur appartenance communautaire.

Certes, il reste des étapes à franchir. Les Innus devront maintenant concevoir l'ensemble des processus et développer les politiques qui feront partie de leur modèle. Il reste aussi à espérer que les deux paliers de gouvernement soient en mesure de clarifier leurs rôles respectifs dans l'accompagnement logistique et financier des organisations autochtones comme Uauitshitun.

Bref, la gouvernance constitue sans aucun doute l'alternative la plus prometteuse, en ce qu'elle permet de réellement rompre avec le fonctionnement actuel, qui consiste à simplement « adapter » les lois provinciales en matière de protection de la jeunesse.

Taking Play Seriously: Reflections on Resilience and Responsibility

Shauna Van Praagh*

Introduction: Being Something Now – Children at Play.....	207
I. The Right to Play	208
II. The Resilience of Children or the Child as Adventurer	211
III. The Rights of Children or the Child as Autonomous Actor	213
A. Children as Rights-Holders.....	214
B. Messy Autonomy and Play	216
IV. The Responsibility of Children or the Child as Law Creator.....	217
A. From Legal Pluralism to Critical Legal Pluralism.....	218
B. Serious Play and Critical Legal Pluralism	220
Conclusion – Lessons from Play	223

* Faculty of Law, McGill University.

Thanks go to Atagiin Kejanlioglu (Doctoral Candidate in Law, McGill University) for his thoughtful research assistance; and to the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada for its support of the team project, *Accès au droit, Accès à la justice*, headed by Professor Pierre Noreau (Université de Montréal), and within which Professor Angela Campbell (McGill) and I direct the Youth Access to Justice research group.

Introduction: Being Something Now – Children at Play

Recently I rediscovered a collection of poetry written for my high school English class in the spring of 1979. By giving the collection the somewhat presumptuous title of “Feelings of Childhood”, I had tried to indicate that the poems were not all about me, but rather meant to speak more broadly to a stage of human life. Included was a poem, written in a particularly cynical 13-year-old voice, about the limited potential of naming 1979 as the International Year of the Child; I could not have known of course that the Convention on the Rights of the Child would follow one decade later. On the next page was a poem entitled “What will you be when you grow up?” The stanzas in turn set out for the reader how adults, teachers, parents, and even other children constantly ask that question. The concluding lines read as follows:

*What will I be when I grow up
I don't know
I only answer
Why don't you realize
We're being something NOW.*

Young people are “being something now”. They are rights-holders, actors, creators, decision-makers, advisors, and partners; they are vulnerable, and they are strong, they need support, and at the same time, they are capable. As Janusz Korczak recognized and insisted almost a century ago, children deserve “respect for the present moment, for today”.¹ Like their older counterparts, children demand respect for their dignity and expect equal – not necessarily identical – treatment; each child has a complicated and dynamic mix of beliefs and wishes and ideas.

When we talk about young people’s connections to the societies in which they live, it is easy to slip into referring to them as developing citizens, as adults-to-be, or as individuals with potential to contribute to, or build, or strengthen the world around them. In other words, it is easy to ask what they will be when they grow up. It is harder to recognize the ways in which they are being something now.

¹ Janusz KORCZAK, “The Child’s Right to Respect” in *The Child’s Right to Respect: Janusz Korczak’s legacy. Lectures on today’s challenges for children*, translated by EP Kulawiec, (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009) 23 at 36.

To understand children as they are, to respect their present moment, we can pay attention to what children do. Children spend time, and exert energy, doing something that is essentially “childish” and truly crucial: they play. A focus on play serves as a reminder of its importance and impact on children’s development and well-being. As I will sketch below, it also helps us think about young people as actors, agents, and authors of their lives. Children at play can open the door to a serious and sophisticated understanding of children’s resilience, rights, responsibilities, and relationships, and of the forms and potential and complexities of law itself.

I. The Right to Play

As illustrated by Article 31 of the Convention on the Rights of the Child (CRC), formal international law recognizes the importance of play in children’s lives. The first paragraph of the article provides: “States Parties recognize the right of the child to rest and leisure, to engage in play and recreational activities appropriate to the age of the child and to participate freely in cultural life and the arts.”² This “right to play” is a unique and significant element of an international document dedicated to children’s rights and freedoms. I suggest that its implications go far beyond what we might initially think.

The right to play seems innocuous at first glance, even if it is understood to be core to the CRC. It suggests an obligation on the part of adults and states to provide space and time for play: to grant children explicit permission to play, to allow them free time, to support their participation in leisure activities, to give children safe space to enjoy themselves. It may be important, but it might also be treated as an easy sell for philanthropists who want to do something tangible for children, to change their lives by paying for play structures to be installed around the world.

The travaux préparatoires for the Convention provide insight on the drafters’ conception of the right to play. The original proposal for the CRC, submitted by Poland, contained the following clause: “The child shall have full opportunity for play and recreation, which should be directed to the same purposes as education; society and the public authorities shall endeavour to promote the enjoyment of this right.”³ Play, along with school,

² *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 UNTS 3 art 31 [CRC].

³ COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Report on the Thirty-Fourth Session*, UNESCOR, 1978, Supp No 4, UN Doc E/1978/34 at 125.

was understood as a venue for learning and growing up, and was something to be supported by the societies to which children belonged. It is worth noting that the CRC combined the right to play with rights to rest, leisure, and engagement in cultural life and arts. Despite its multi-pronged scope, Article 31 remained a “forgotten right” for a long time.⁴ Between 2000 and 2004, for example, the CRC Committee addressed the contents of Article 31 in fewer than 15% of the adopted concluding observations.⁵

The General Comment on Article 31, recently offered by the CRC Committee, reflects increased attention to the right as of 2010.⁶ Beyond accepting the general importance of play for children’s development, the Committee underscored the fact that play can “facilitate children’s capacities to negotiate, regain emotional balance, resolve conflicts and make decisions.”⁷ In a striking acknowledgement of the scope of play’s significance, the Committee referred to its impact on the adults in children’s lives: “participation with children in play provides adults with unique insights and understanding into the child’s perspectives.”⁸

As indicated by this evolution in understanding the justification for, and scope of, Article 31, taking seriously the right to play may lead in unexpected directions. Instead of imagining play as something simple and enjoyable for which well-meaning adults provide space and time, play can be understood as a vehicle for the assertion of power, the acceptance of responsibility and the development of resilience. What if play is not fundamentally about leisure, fun or free time? What if it doesn’t thrive on, let alone require, the latest version of safe, soft, and colourful playground equipment? What if we acknowledged more explicitly the aggressive and subversive elements of play? Understood in perhaps unexpected ways, the right to play might threaten the assumptions and control of the very adults, agencies and authorities meant to respect that right.

⁴ Rachel HODGKIN & Peter NEWELL, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (New York: United Nations Publications, 2002) at 465.

⁵ Paolo DAVID, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 31 The Right to Leisure, Play and Culture* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006) at 17.

⁶ UNCRC, *General comment No. 17 (2013) on the right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts (art. 31)*, 62nd session, UN Doc CRC/C/GC/17, 17 April 2013 [*General comment No. 17*].

⁷ *Ibid* at para 9.

⁸ *Ibid* at para 10.

The idea that play is important and should be taken seriously is not new. As historian Johan Huizinga emphasizes in *Homo Ludens: A Study of the Play-Element in Culture*, a book first published during WWII, children can play in profound seriousness. Indeed, notes Huizinga, young people do not necessarily have any inclination to laugh when they play.⁹ The seriousness of the play can capture the player so much that – in Huizinga’s words – “the player can abandon himself body and soul to the game, and the consciousness of its being “merely” a game can be thrust into the background.”¹⁰ In this dimension, created by children’s imagination, rules of interaction are stipulated and strictly followed. The “spoil-sport”, who breaks the magic world of play by ignoring the rules, is ejected and humiliated.¹¹ Play functions as an alternate reality created by its participants in all seriousness.

In a more recent work, a photography exhibit entitled “Child’s Play”, Mark Neville illustrates the ways in which children “claim a place of power, safety and freedom” through play – no matter the circumstances in which they grow up.¹² According to the photographer, unstructured child-directed play is an essential survival strategy, all about social interaction, testing boundaries and confidence. In what follows, I argue that, by giving serious consideration to play, and understanding play itself as serious, we can focus on what it reveals about children’s needs and capacities. In particular, I will suggest that play builds resilience, reinforces responsibility, and provides space for the creation of normative systems that govern human behaviour.

The exploration I embark on here does not necessarily lead to an agenda for reform. My contribution will not be particularly useful in the sense of being reform-oriented, empirical, site-based, or grounded in legislative or judicial language. At most, it offers reflections and questions

⁹ Johan HUIZINGA, *Homo Ludens: A Study of the Play-Element in Culture* (London, UK: Routledge & Kegan Paul, 1980) at 6.

¹⁰ *Ibid* at 20–21.

¹¹ *Ibid* at 11–12.

¹² Tom SEYMOUR, “Photographer Mark Neville explores childhood play after commission by The Foundling Museum” (10 October 2016), online: *British Journal of Photography* <<https://www.bjp-online.com/2016/10/photographer-mark-neville-explores-childhood-play-after-commission-by-the-foundling-museum/>>. See also Mark NEVILLE, “Child’s Play” (last visited 5 May 2020), online: *Mark Neville* <<http://www.markneville.com/#childs-play/>>.

that might shift the learning and language of advocates for young people. In other words, taking children's play seriously does not purport to "solve" problems related to the recognition or implementation of children's rights; it does not direct particular substantive structures or outcomes. Rather than proposing modifications to the existing legal order, I aim to shine a light on our legal world through the lens of children's play.¹³ That lens suggests youth-responsive ways of identifying and working with law, raises questions about how older individuals and institutions interact with young people and underscores the contributions that youth make to the normative networks in which they act, connect, pass time, and eventually grow up.

To develop this perspective, I turn in part II to so-called "adventure playgrounds" as a literal site for illustrating the potential for resilience found in children's play. In part III, I use the adventure playground as a metaphorical place for imagining meaningful and messy autonomy for children. Finally, in part IV, I invite the reader to imagine children in the adventure playground as agents in the creation of normative systems that are relevant in their lives. Through these three perspectives, we see how children's resilience, rights, and responsibilities challenge adult-derived notions of play, autonomy, and legal pluralism.

II. The Resilience of Children or the Child as Adventurer

"Adventure playgrounds" constitute an ideal site for considering the connections between play and resilience. Inspired by Lady Allen of Hurtwood, an architect who articulated and advocated the concept in the early 20th century, adventure playgrounds are spaces for young people characterized by a "free and permissive atmosphere".¹⁴ The key to the concept

¹³ See generally Paul W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (Chicago: The University of Chicago Press, 1999) at 30.

¹⁴ See Hanna ROSIN, "The Overprotected Kid" (April 2014), online: *The Atlantic* <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/04/hey-parents-leave-those-kids-alone/358631/>>. See also Alex SMITH, ed, *PlayGroundology – An Emerging Social Science*, online (blog): <<https://playgroundology.wordpress.com/>>. In other work, I have used the adventure playground as a metaphor for the law of civil liability (Shauna VAN PRAAGH, "Serious Play: Creativity and the Transsystemic Classroom" in Yaëll EMERICH & Marie-Andrée PLANTE, eds, *Repenser les paradigmes : Quel avenir pour l'approche transsystémique du droit?* (Montreal: Éditions Yvon Blais, 2018)) and for the collaborative work of a group of researchers (Shauna VAN PRAAGH, « Le Parc-école de

is the availability of loose parts – tires, wooden planks, hammers and nails, crates and cylinders – that can be manipulated and used by children in the creation and modification of their surroundings. Adventure playgrounds might seem to have more in common with garbage dumps than with the ubiquitous, colourful and ultra-safe playgrounds that are more typical, at least in North America since the late 20th century.

The vocation of the adventure playground is to develop the resilience, self-confidence, independence, and social skills of the young people who play there: children who light fires and keep them going, who drag mattresses to the bank of a cold stream, or who saw branches into pieces that serve as swords. Parents – or any other directive adults – are forbidden from entering or participating. Instead, play supervisors are available to offer support as requested or to provide emergency care as necessary. These are play spaces that openly welcome the taking on of dangerous risks and the resolution of conflict by participants themselves. The adventure playground that first captured widespread attention in the 21st century was in Wales and was simply called “The Land” – and indeed users cross an important border as they enter.

Here in the adventure playground, and in all kinds of unexpected spaces and places around the world, children play with each other in many of the ways that will characterize their interactions with each other as adolescents, and as adults. They learn to figure out norms that govern how they behave; they try and fail and try again as they learn how to pursue their objectives while respecting the individuals around them. Their assumptions often fall apart. They get hurt, they may hurt others – on purpose or by accident – and they learn the consequences of doing so. In general, they develop their understanding of the ups and downs of taking risks and sharing space.

The adventure playground serves as a tangible child-centred site for exercising the right to play in a meaningful, powerful, sometimes thrilling or dangerous, and always serious way. It thus provides a concrete backdrop for exploring the possible path to resilience through play. The phenomenon of resilience has been studied in various contexts and is generally understood to refer to the ability of young people to bounce back from

Montréal» in Vincent GAUTRAIS, ed, *École de Montréal* (Montréal: Les Éditions Thémis, 2019).

some form of disruption, stress or change.¹⁵ Research on childhood resilience shows that play can serve as one effective method of coping and as a resilience-developing mechanism for young people, especially in the aftermath of crisis and disaster.¹⁶ In its Comment on Article 31 of the Convention on the Rights of the Child, the CRC Committee points out that “some degree of risk and challenge is integral to play and recreational activities and is a necessary component of the benefits of these activities.”¹⁷ Far from being fundamentally about amusement or leisure, play can be understood as critical to the development of resilience in children. The particular character of the adventure playground – or any similar space – reinforces play’s potential to provide tools helpful in recovering from failure, difficulty and even harm. Serious play incorporates risk-taking and nurtures resilience.

While the adventure playground literally challenges what might be labelled typical or adult-derived pictures of play by insisting on the centrality of resilience building, it also poses a metaphorical challenge to what might be labelled typical or adult-derived understandings of rights and autonomy. As the next part suggests, serious play introduces what I will refer to as “messy autonomy”, a notion that pushes us to take a closer look at the intertwining of children’s interests and rights.

III. The Rights of Children or the Child as Autonomous Actor

As we have seen, the obvious dangers of the adventure playground make it an ideal site for underscoring the importance of developing resilience in childhood. They also serve as a productive context for exploring the scope of children’s rights and the meaning of autonomy for young individuals in the process of growing up. In this part, I offer a shorthand reminder of the significance and challenges associated with the promise and protection of “rights” for children, with a particular focus on the difficulties associated with autonomy-centred rights. Drawing on literature

¹⁵ See e.g. Sam GOLDSTEIN & Robert B. BROOKS, eds, *Handbook of Resilience in Children*, 2nd ed (New York: Springer, 2013).

¹⁶ Sudeshna CHATTERJEE, “Children’s Coping, Adaptation and Resilience through Play in Situations of Crisis” (2018) 28:2 *Children, Youth and Environments* Unleashing the Power of Play: Research from the International Play Association 20th Triennial Conference 119 at 139–40.

¹⁷ *General comment No. 17* at para 39.

that explores the relationships and vulnerability that accompany and indeed support autonomy for adults, I suggest that “messy autonomy” is a concept that effectively fits and reflects the picture of children at serious play. While I leave the potential and parameters of “messy autonomy” to be worked out in other contexts, I insist on the metaphorical strength of the adventure playground in doing that work.

A. Children as Rights-Holders

Rights-holders traditionally have been autonomous individuals, and children – dependent by definition – have not qualified as such. The promise and reality of children’s rights thus pose a double challenge: first, to a picture of rights as the reserve of adults and, second, to an approach to children focused only on their needs or best interests. As children’s rights theorists and advocates have emphasized, acting in the “best interests” of others is not the same as responding to their rights claims; indeed the notion of best interests historically has been relied upon to justify taking away or failing to grant the rights of women and minorities.¹⁸ The recognition of children’s rights signalled that rights were not held exclusively by adults, and that protection of best interests was no longer the fundamental basis for duties or obligations vis-à-vis young people. Instead, children can make claims, in the form of rights, enforceable against individual and institutional actors with authority and power over their lives.

The 1989 Convention on the Rights of the Child radically framed all possible claims by young people around the world as rights – whether grounded in basic needs, developmental support, or autonomy interests.¹⁹ Those rights have been categorized in different ways: rights of provision, protection, and participation,²⁰ or as rights of survival, membership, protection and empowerment.²¹ Whatever the precise labels given to the categories, it is evident that duties to provide for basic needs and to ensure

¹⁸ John EEKELAAR, “The Interests of the Child and Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism” (1994) 8 Intl JL & Family 42 at 44 [Eekelaar, “The Interests”].

¹⁹ John EEKELAAR, “The Importance of Thinking that Children Have Rights” (1992) 6 Intl JL & Family 221 at 231 [Eekelaar, “The Importance”].

²⁰ Thomas HAMMARBERG, “The UN Convention on the Rights of the Child—And How to Make It Work” (1990) 12:1 Hum Rts Q 97 at 100.

²¹ Lawrence J LEBLANC, *The Convention on the Rights of the Child: United Nations Lawmaking on Human Rights* (Lincoln: University of Nebraska Press, 1995).

survival respond to the obvious dependency of children; that duties to protect and support them respond to their vulnerability and developmental trajectory; and, finally, that duties to listen and to facilitate participation respond to the autonomy and even power of young people. The co-existence of these rights and their corresponding duties reveals a core and persistent challenge. How do we give meaning to “autonomy” for young people (most notably via article 12 of the CRC, children’s right to express their views on all matters affecting them), given their necessarily immature and evolving capacities? More generally, how do we reconcile meaningful agency with significant vulnerability?

Scholars and practitioners of children’s rights have confronted this central challenge before and after the implementation of the CRC, insisting that the developmental nature of childhood does not diminish the importance of seeing, hearing, and acknowledging children. As jurist John Eekelaar suggests, “[t]he strength of the rights formulation is its recognition of humans as individuals worthy of development and fulfilment.”²² That is, the exercise of rights by children is meaningful even in the (necessary) absence of full capacity, agency, autonomy and independence. Recent theoretical work focused on adult autonomy complements what children’s rights theorists have always grappled with. Jennifer Nedelsky and Martha Fineman, most notably, have revisited the notion of autonomy from a feminist perspective and have challenged its assumptions of independence and power.

For Nedelsky, relationships are what make autonomy possible: “Dependence and interdependence are inherent parts of human life. They need, however, to be structured so that they foster autonomy.”²³ Adult individuals, for Nedelsky, are never fully independent, fully powerful, or fully separate from others. Indeed, their autonomy relies on their relationships; it is intertwined with their responsibilities and accountability to others in their lives. For Fineman, adult individuals are inherently and always vulnerable, even as they exercise their rights and assert their autonomy. While the adult subject in a liberal account of law appears mythically fixed at a moment of power and full capacity, the true legal subject, according to Fineman, is “a socially and materially dynamic vulnerable legal subject, based on a richer account of how actual people’s lives are shaped by an

²² See EEKELAAR, “The Importance,” *supra* note 19 at 234.

²³ See Jennifer NEDELSKY, *Law’s Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) at 118–57.

inherent and constant state of vulnerability across the life-course.”²⁴ An account of the autonomous actor or agent that ignores this condition of vulnerability, both physical and emotional, fails to capture human reality and to ground meaningful social responsibility.²⁵ Together, these theorists incorporate into their work insights that overlap with those revealed by a focus on childhood. Vulnerability and dependency not only do, and perhaps must, co-exist with agency and responsibility, but responsiveness to the reality of vulnerability and the necessity of relationships appears crucial to the recognition of autonomy.

B. Messy Autonomy and Play

Thinking about adult autonomy in this way invites us to relinquish any notion that the version of autonomy that young people possess is somehow lesser or not quite full. Rather than co-existing in an awkward and often competitive way, protection and empowerment instead can be fundamentally compatible vocations for children’s rights. Eekelaar offers the concept of “dynamic self-determinism” – providing space for children to contribute to the tracing of their own paths – as a way to underscore that compatibility.²⁶ Along similar lines, but located in the language of the fictional world of Harry Potter, young people learn to combine determination, deliberation, and destination as they develop their capacities and put their autonomy into practice.²⁷ Here, I suggest a return to serious play and, in particular, to the adventure playground, to fill out what I would label “messy autonomy”.

The right to play is justified most obviously by children’s needs, well-being and development. In apparent contrast, the adventure playground emphasizes risk over reassurance and contemplates potential harm rather

²⁴ Martha ALBERTSON FINEMAN, “Introduction” in Martha Albertson Fineman et al., eds, *Privatization, Vulnerability, and Social Responsibility: A Comparative Perspective* (New York: Routledge, 2017) 1 at 3.

²⁵ Martha ALBERTSON FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition” (2008) 20:1 Yale LJ & Feminism 1 at 11–12.

²⁶ EEKELAAR, “The Interests,” *supra* note 18 at 47–48.

²⁷ See JK ROWLING, *Harry Potter and the Half-Blood Prince*, 1st ed (London, UK: Bloomsbury, 2005) at 360–62. See also Shauna VAN PRAAGH, “Adolescence, autonomy and Harry Potter: the child as decision-maker” (2005) 1:4 Intl JL in Context 335.

than ensuring safety. Its participants, serious in their play, are clearly vulnerable. And yet, that vulnerability is a valuable and crucial component of the “messy autonomy” with which they are experimenting. They are busy working through the ups and downs of their interactions with their peers; they make choices, they live with the consequences, and they accept responsibility. This is what messy autonomy looks like: tentative assertions of self, variable reliance on others, shifting abilities, developing understandings, and accountability for the consequences of one’s actions. Messy autonomy is complicated, fluid, always changing, and necessarily limited. It depends upon, and constantly intersects with, the concrete needs and developing capacities of the children for whom it is fundamental.

Resilience-based play provides an effective metaphor for real, admittedly messy, autonomy for young people. What goes on in an adventure playground is uncontrollable, fragile, and dangerous. It is also exhilarating, character shaping, and different every day. Children’s relationships with their environment, with their peers, with the play supervisors on-site and with other adults beyond the playground’s borders all inform their decisions, choices and actions. Engaged in serious play, young people might get hurt at the same time they assert their ideas and wishes, exercise responsibility and earn the trust of others. Messy autonomy for youth is shaped by a sophisticated and sensitive appreciation of how children can be, at the same time, powerless and powerful, agents and victims, influenced and able. Like the adventure playground that illustrates the concept, messy autonomy offers a picture of children’s capacities, interests and rights that threatens the control that adults often exercise in deciding what is best, safest and most appropriate for children. Finally, messy autonomy – again like the adventure playground – depends on people to give it meaning, to manipulate its many elements, and to realize its promise and potential. The “autonomous” young person, holder of rights and bearer of responsibilities, is a meaningful actor in a world that may start with a playground but extends far beyond.

IV. The Responsibility of Children or the Child as Law Creator

In this last substantive part, I turn to children’s play – and the adventure playground in particular – to reflect on potential directions and insights for our understanding of law. As we have seen, the adventure playground invites us to develop the notion of autonomy such that it responds to the realities and capacities of children. As a metaphor for the spaces that young people inhabit and the behaviours and decisions that they exhibit,

the adventure playground underscores the inevitable coexistence of vulnerability and voice, and of needs and responsibilities. It reminds us of the unique complexity of children's rights and the inevitable messiness of their autonomy. In this last part, we see that it also offers theoretical illustration and depth to the concept of legal pluralism and, more precisely, that of critical legal pluralism. The young participant learns and plays by the rules that characterize the adventure playground; that is, the normative system of the playground governs the individuals who fall within its jurisdiction. Far from being passive subjects of those rules, however, children are active creators of the interacting norms that shape their (play) universe. They are agents in the creation of law.

A. From Legal Pluralism to Critical Legal Pluralism

A legal pluralist approach to law refuses to recognize the state's monopoly in the creation, implementation and enforcement of legal rules. A legal pluralist focuses on more than formal state-based structures and institutions, by observing, and appreciating the significance of, interactions among multiple normative spheres. From a vantage point informed by legal pluralism, law exists in non-state and in informal normative systems and those systems deserve attention in working through the ways in which human beings are governed.²⁸ We shift away from asking primarily what the state anticipates, allows, protects or prohibits through law, and instead grapple with the reality (and theoretical and methodological consequences) of plural normative fields that operate and interact in any given space or site. State-derived rules always intersect with their unique contexts; the impact of those rules depends on a spectrum of factors ranging from power dynamics to political structures, from socioeconomic factors to community-based identities.

²⁸ For different accounts of legal pluralism since its renaissance in late 80s see Sally ENGLE MERRY, "Legal Pluralism" (1988) 22:5 L & Society Rev 869 at 870-874; Gordon R WOODMAN, "Ideological Combat and Social Observation" (1998) 30:42 J Leg Pluralism & Unofficial L 21; Margaret DAVIES, "The Ethos of Pluralism" (2005) 27:1 Sydney L Rev 87; Brian Z TAMANAHA, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global" (2008) 30:3 Sydney L Rev 375; Ralf SEINECKE, "What Is Legal Pluralism and What Is It Good For?" in Marju LUTS-SOOTAK, et al., eds, *Legal Pluralism – Cui Bono?* (Tartu: University of Tartu Press, 2018) 13.

Although the idea – and of course the reality – of legal pluralism can be traced back to medieval times,²⁹ its vocation in the 20th century was initially that of trying to understand and underscore the intersections of Indigenous law and Eurocentric views of law.³⁰ This context continues to be a particularly fruitful one in which to develop the potential of a pluralist perspective or governance structure.³¹ While acknowledgement of co-existing normative and authoritative spheres with clear boundaries might indeed be crucial to the recognition of self-governance or investment in nation-to-nation negotiation, legal pluralism has evolved to pay greater attention to the dynamic interactions across those boundaries. If it were important, for example, to identify and assess the “law” relevant to child welfare and protection within a particular Indigenous community, it would be crucial to scrutinize the interplay of state and non-state norms. State rules and regulations would be significant, but just as – or more – important are the self-governing rules and regulations of the community. Indeed, communal norms typically come with a long history, mechanisms for evolution, and persuasive sources – and their influence and authority are important not only for greater understanding of the community but also for appreciating the limits and potential of state-based rules and frameworks. A legal pluralist perspective provides a more accurate picture of young members of Indigenous communities and a more effective appreciation of governance in practice.³²

The promise of legal pluralism extends beyond the context of acknowledging the plurality of governing systems and voices in the colonial context. Any normative field of human behaviour may constitute a “legal” system, with much to teach us about the foundations, methods, and scope of the development of rules. Primary schools provide an obvious illustration. There are formal rules that govern primary schools, but there are also informal rules that regulate relationships – whether between teachers,

²⁹ TAMANAHA, *supra* note 28 at 377.

³⁰ MERRY, *supra* note 28 at 872.

³¹ See e.g. Rachel SIEDER, “The Challenge of Indigenous Legal Systems: Beyond Paradigms of Recognition” (2012) 18:2 *Brown J World Affairs* 103; Morad ELSANA, “Legal Pluralism and Indigenous Peoples Rights: Challenges in Litigation and Recognition of Indigenous Peoples Rights” (2018) 87:4 *U Cin L Rev* 1043.

³² See, for a particularly compelling example: Sébastien GRAMMOND & Christiane GUAY, “Understanding Innu normativity in matters of customary ‘adoption’ and custody” (2017) 12:1 *First Peoples Child & Family Rev* 12.

among students, or between teachers and students. Every classroom is governed by rules created by the teachers, often in collaboration with students, to maintain a good learning environment. If we were interested in the protection of children's rights in primary schools, all of these normative spheres would constitute separate, productive sites for analysis, as would the overlaps and interactions among them. Similarly, the law governing children in an adventure playground could be best understood by reviewing the sources of applicable state law rules (municipal regulations, potential civil liability claims, criminal law provisions *inter alia*) and then trying to capture the interactions between those rules and the rules internal to the playground itself that guide and sanction participant behaviour.

Participation or belonging in a number of overlapping or interacting fields (including a playground, a primary school classroom, an Indigenous community, a municipality, an international Convention) makes the description of one's relationship to "law" more complicated than it might seem if we focused only on the legal or normative systems of the state. This turn to the individual is precisely the promise and preoccupation of critical legal pluralism. Beyond legal pluralism's classical project of identifying co-existing normative systems, and beyond its expanded emphasis on the interactions of state and non-state rules and consequences, critical legal pluralism focuses on human participation in the very creation of the law that governs our relationships, choices and actions. Individuals are understood as more than the subjects of intersecting normative or legal systems; instead, they become the pre-eminent sites of active creation of meaningful law. In other words, each one of us is guided by many sets or systems of norms. As those systems interact through our engagement with them, we participate in producing rules and outcomes unique to each one of us. Individuals are law creators – constantly figuring out and developing governing norms in their lives.³³

B. Serious Play and Critical Legal Pluralism

The adventure playground helps us see that the paradigmatic resilient actor could be a child. It reminds us that the paradigmatic autonomous rights holder could also be a child. So too, it invites us to imagine

³³ See Martha-Marie KLEINHANS & Roderick A MACDONALD, "What Is a Critical Legal Pluralism?" (1997) 12:2 C.JLS 25 at 38-43.

the paradigmatic law creator as a child. Indeed, we can go back to the purposes and promise of play itself to appreciate this possibility. If play develops the resilience and autonomy of young people, it also clearly supports and enriches their creativity. This is particularly obvious in the adventure playground, rather than in adult-controlled and activity-limited play spaces. This is a “world” in which children are explicit creators: they bring their creativity to the materials, the space, and the ways in which they interact with their peers.

Critical legal pluralism suggests that normative orders do not exist outside the creative capacity of their subjects.³⁴ Serious play suggests that the individual at the heart of critical legal pluralism – the creator of law, the person who integrates formal and informal norms – can be a young person: someone at the same time powerful and powerless, agent and victim, influenced and able, susceptible and responsible. If this is the case, then law is not only something that acts upon, or situates, or limits, or frames young people. It is also something that children actively construct. Informed by critical legal pluralism combined with the promise of serious play, anyone interested in identifying, defining and critiquing law relevant to youth would look not only at the rules imposed on them but at the responses, modification, and variations to those rules that come from young people themselves.

Cyber-bullying, a phenomenon that legislators have been grappling with intensively in many ways and in many jurisdictions, serves to provide a brief sketch of what this approach might look like.³⁵ If we were to investigate law with respect to cyber-bullying in a way shaped by critical legal pluralism, we might start by paying attention to criminal law and principles of civil liability, by taking into account the practices and promises of providers of social media networks, and by examining regulations

³⁴ *Ibid* at 40.

³⁵ See “What are the potential legal consequences of cyberbullying?” (4 October 2018), online: *Public Safety Canada* <<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/ntnl-scrpt/cbr-scrpt/cbrbllng/prnts/lgl-cnsqncs-en.aspx>> (a summary of Canadian federal government’s legislative responses to cyberbullying); “Laws, Policies & Regulations” (7 January 2018), online: *stopbullying.gov* <<https://www.stopbullying.gov/resources/laws>> (a US government website that gives an extensive summary of federal framework as well as each state’s policy and law on cyberbullying). See e.g. Michelle ENOCH, “Combating Cyberbullying: When Legislation Goes Too Far” (2016) 45:3 *JL & Educ* 435 (on how Illinois legislations on this matter compares to other states in the US.).

governing schools and educators.³⁶ As relevant legal frameworks, these are all the usual suspects. Informed by a critical legal pluralist approach focused on the child as law creator, we would go further. We would investigate the substantial work done by individual young users of cyberspace as they integrate notions of right and wrong into their practice; we would evaluate the ways in which they incorporate concepts of justice grounded as much in family or community dynamics as in sets of formal rules. We would try to listen to how they express expectations, what words they use to describe behaviour, and how they articulate accountability.³⁷ In widening our sources, in acknowledging the active role of young cyber participants in shaping the rules that govern their behaviour, we would have a better chance of appreciating emerging norms of cyberspace interaction. The law related to cyber-bullying would be complicated, multi-layered, and youth-informed, making any conversation about effective responsiveness to internet intimidation more productive.

The example of cyber-bullying also prompts a return to the adventure playground itself. Cyberspace can be conceptualized as a new terrain for play – play in which young people take risks, learn from mistakes, sometimes get hurt and sometimes hurt others. Formal legal initiatives might strive to eliminate the hard surfaces, sharp edges, and harmful material, but truly achieving that goal is neither desirable nor possible. Rather than focusing solely on provisions of formal law in order to address cyber intimidation, we might turn at least some of our attention on how participants in the space of an adventure playground or the dangerous internet

³⁶ See e.g. Susan W BRENNER & Megan REHBERG, ““Kiddie Crime”? The Utility of Criminal Law in Controlling Cyberbullying” (2009) 8:1 First Amendment L Rev 1 (using criminal law in the US to combat cyberbullying); Desmond A BUTLER, Sally M KIFT & Marilyn A CAMPBELL, “Cyber bullying in schools and the law: is there an effective means of addressing the power imbalance?” (2010) 16:1 e-Law Journal 84 (discussing effectivity of using criminal law or civil liability against cyberbullying in Australia).

³⁷ Many researchers are offering insights into online social lives of teenagers in order to better understand this world they created. See e.g. Danah BOYD, *It's Complicated: The Social Lives of Networked Teens* (Yale University Press: New Haven, 2014). Researchers also underline benefits of youth participation to deal with cyberbullying. See e.g. Helen COWIE & Pat COLLIETY, “Cyberbullying: sanctions or sensitivity?” (2010) 28:4 Pastoral Care in Education: An International Journal of Personal, Social and Emotional Development 261. See also Lucy R BETTS, *Cyberbullying: Approaches, Consequences, and Interventions* (Palgrave Macmillan: Nothingham, 2016) 105-109.

work through the risks in a way that develops and enriches resilience, responsibility, acknowledgement of vulnerabilities, and capacities for creativity and construction.

Conclusion – Lessons from Play

We began with the right to play, embodied in Article 31 of the Convention on the Rights of the Child, and the suggestion that there might be much to learn from taking play seriously and by valuing serious play. The adventure playground, or any space that encourages young people to “play” in creative, risk-filled, and intensively interactive ways, offers important lessons. It teaches us that play literally builds resilience from a young age, it provides a metaphor for meaningful if messy autonomy of young people, and it enriches the theory of critical legal pluralism by acting as a vantage point for observing the child as a creator of substantive and procedural norms. Children are vulnerable beings, and the right to play corresponds to their particular needs. But they are also resilient, they are constantly developing their autonomy, and they can hold and exercise real power and responsibility in their lives. All of these aspects of young people are illustrated through, and supported by, serious play. All are understood better by taking play seriously.

What consequences flow from thinking of young people as strong, as autonomous actors, as law creators? For jurists – but also for all other adults in other fields who think about and work with children – it becomes apparent that the norms governing children’s lives extend beyond formal words and rules, and that the sources of those norms extend beyond codes, charters and conventions. On its own, knowledge of formal law – of principles and precedents, rules and rights – does not and cannot respond fully to children. Working with law becomes much more complicated and demanding for all of us. Medical professionals, social workers, teachers, parents, lawyers, judges, and children themselves, engage in a constant negotiation of the “legal frameworks” that govern their interactions. From the vantage point of the young person, professional guidelines for clinical practice, classroom codes of conduct, family rules, and religious community expectations *inter alia* all can become the “law” relevant to their lives.

Knowledge of formal law relating to children remains important. I suggest, however, that the preoccupation of jurists keen to advocate for youth might shift from striving for clear tests, pinning down legal

language, or designing ideal institutional structures. If we think of young people as meaningful law creators, then such projects are somewhat futile. The challenge instead is to embrace partiality and constant flux, and to take on significant but not permanently fixed roles in directing and responding to the always evolving content and forms of law that govern children's relationships, choices, and actions.

We can draw concluding reflections from the fact that the famous adventure playground in Wales is named "The Land". Perhaps it represents a jurisdiction with a legal system that explicitly mixes top-down authority with bottom-up creativity. Its architects provide a framework and resources; its participants bring life to the theory and endless possibilities to its interpretation. This is a place where young people are taken seriously as resilient beings, as holders of rights and responsibilities, as creators of and contributors to the rules. Through play, they pass time, they connect to others, they make mistakes, they develop their abilities, they sharpen their understanding, and, yes, they grow up.

Synthèse } Synthesis

Les droits de la jeunesse : entre proclamation et intervention

Pierre Noreau* et Valentine Fau**

Introduction : 30 ans, 40 ans... et puis après	229
I. De la consécration juridique... au test de réalité.....	230
A. D'une logique de la vérité vers une logique de l'expérience.....	231
B. D'une logique de l'autorité vers une logique de la participation...	233
C. D'une logique de la fixité vers une logique du mouvement	235
D. D'une logique de la naturalité vers une logique de la socialité vécue	237
E. D'une logique de la verticalité vers une logique de la réciprocité	240
II. Quelques principes d'action.....	242
A. Prendre la parole des jeunes au sérieux	242
B. De l'exigence de communication à celle de transparence	243
C. L'ajustement continu du droit et de la pratique et la place de l'expérimentation.....	245
D. S'imposer des obligations de résultat	246
E. Faire du droit de la jeunesse un enjeu d'accès au droit et à la justice	247
F. Dépasser la crise... Réfléchir la continuité.....	248
G. Au-delà du territoire, une logique de constellation	250
H. Replacer l'enfant dans son environnement.....	252
I. Droit et intervention sociale, un rééquilibrage des pôles... ..	255
Conclusion	256

* Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

** Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.

Introduction : 30 ans, 40 ans... et puis après

2019 marquait les trente ans de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹ et les 40 ans de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (ci-après *LPJ*)².

Ce ne sont que des dates sur le calendrier du droit, sauf de profiter du temps qui passe pour tirer un bilan de nos actions. À l'échelle mondiale, où nous situons-nous après trois décennies de mise en œuvre de la Convention ? Au Québec, que dire de 40 ans d'intervention dans le domaine de la protection de la jeunesse ?

Si une conclusion peut être tirée de cette investigation, c'est que sa réalité a largement dépassé les contours esthétiques et bien définis où nous remplace la lecture du texte original de la *LPJ*. En rappelant l'architecture de la législation, on oublie trop souvent que dans ses murs se déploient des acteurs, des budgets, des contraintes administratives, des relations de travail et des habitudes têtues qui sont souvent plus tributaires du passé que de l'éternel présent de la Loi. Ainsi on a souvent pu parler de *Living Law* pour décrire le passage entre l'affirmation juridique d'un principe et sa mise en œuvre quotidienne³.

Les droits de la jeunesse n'ont pas connu d'autre trajectoire que celle qu'impose le cadre très concret dans lequel ces droits se sont déployés. Du moins cette action a-t-elle toujours mis en tension (et parfois en opposition), les principes très épurés proposés par la Loi et les contraintes très concrètes de l'action sociale. Or cette tension oppose également deux rationalités, celle plus formelle et déclaratoire du droit écrit et celle plus matérielle et relationnelle de l'intervention. Cette tension accompagne depuis 40 ans l'évolution des droits de la jeunesse, enserrés entre la forme

¹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. 44/25, Doc. off. A.G. N.U., 44^e sess., suppl. n° 49, Doc. N.U. A/44/49 (1989). Entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

² *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. P-34.1.

³ Les analyses de Stephanie Rap et de Lincoln Hill proposées dans cet ouvrage s'inscrivent dans cette perspective, l'une analysant la façon dont les droits relatifs aux procédures d'asile sont mis en œuvre dans la pratique et l'autre s'attachant à la réalisation des engagements politiques en matière d'accueil des nouveaux arrivants dans les écoles publiques. Situées sur deux continents différents, ces études se rejoignent quant à l'écart qu'elles relèvent entre le texte et la pratique et qui constitue le défi principal auquel fait face le domaine des droits de l'enfant, voir leurs chapitres dans le présent ouvrage respectivement à la page 43 et à la page 129.

normative et les impératifs d'une intervention visant à assurer la sécurité et le développement de l'enfant et de l'adolescent. Il s'agit d'un axe sur lequel le curseur s'est constamment déplacé. Entre la déclaration de principe et l'évolution de l'intervention sociale, un mouvement est perceptible qui conduit aujourd'hui vers une normativité plus pratique et une action plus centrée sur ses effets réels que sur la simple réaffirmation de droits abstraits.

I. De la consécration juridique... au test de réalité

Le droit mis en action perd inévitablement de sa sublimité. On réalise dès lors la nécessité de sortir de la magie du discours juridique. Il ne s'ensuit pas qu'une norme. Un principe ou une règle que l'on croyait universel ne consacre que des illusions. La portée et la frontière du droit ne se réduisent pas à son caractère impératif ou à la simple sanction de sa contravention. Elles résident également dans sa signification. La force symbolique du droit est, elle aussi, un fait social⁴. La normativité juridique affirme une croyance partagée, au sens où l'entend Émile Durkheim⁵. Cette idée est bien illustrée par certains des précurseurs du *Legal Realism*, comme Thurman Arnold, qui affirmait que le droit peut être considéré comme une réserve de symboles. On y décrit la société dans tout ce qui la rendrait idéale⁶.

Or, il n'y a rien de plus universellement reconnu que les droits de l'enfant. 197 pays ont signé le texte de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* adoptée en 1989⁷. À l'échelle de l'ensemble des traités internationaux sur les droits humains, ce texte fut d'ailleurs celui qui recueillit le plus grand nombre de signatures dès son ouverture et le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur le plus rapidement. Aucun autre texte n'a obtenu un tel consensus au niveau international,

⁴ Pierre NOREAU, « De la force symbolique du droit », dans Catherine THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 137.

⁵ Émile DURKHEIM, « Qu'est-ce qu'un fait social ? » dans *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Félix Alcan, Presses universitaires de France, 1894, c. 1.

⁶ Pierre NOREAU, « Et le droit, à quoi sert-il ? Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 205.

⁷ Sur les 197 pays ayant signé le texte, tous l'ont ratifié sauf un, et non des moindres, les États-Unis.

qui plus est aussi rapidement⁸. Cette seule donnée suffit à démontrer la portée *déclaratoire* du droit. Cette fonction répond au besoin de chaque société de témoigner de quelque chose, de légitimer quelques orientations partagées⁹. Mais cette *vérité affirmée* se suffit-elle à elle-même ? Ne cache-t-elle pas la naïveté d'un procédé, dont la pratique quotidienne du droit de l'enfant révèle les limites ? Le droit affirmé, confirmé, ratifié répond en effet à une logique abstraite qui, bien qu'elle satisfasse l'esprit, ouvre sur une autre, plus expérientielle, qui exige la construction d'un équilibre difficile entre ce qui est affirmé... et ce qui nécessaire. Ce rééquilibre peut être retracé dans toute une série de mouvements que l'on trouve directement ou indirectement rappelés dans cet ouvrage et que l'on synthétisera trop rapidement ici. Sur cette échelle où sont mis en tension le droit proclamé et le droit mis en œuvre, un glissement du curseur est devenu nécessaire pour sortir de l'enfermement juridique, et donner enfin au droit sa signification proprement sociale.

A. D'une logique de la vérité vers une logique de l'expérience

Le droit est souvent abordé comme l'expression d'une révélation ; il fait figure de prophétie. On y affirme une *vérité* prétendument absolue. La Loi puise alors sa signification dans sa seule énonciation. On assiste à l'excroissance de sa dimension symbolique ; une fonction dont il a déjà été question. La *demande de droit* constitue dans ce contexte le réceptacle par excellence de la demande sociale¹⁰. Dans un certain contexte, exiger l'adoption d'une loi cristallise les revendications en fournissant une visée tangible à la mobilisation des opinions. L'adoption d'une loi fait soudain se détendre le ressort de la mobilisation qui s'épuise tout à coup dans son propre principe. Cette réduction de la demande sociale à la revendication d'un droit a évidemment des effets directs dans l'esprit du juriste comme

⁸ 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, University Press of America, 2002, p. 49, à la p. 53.

⁹ P. NOREAU, préc., note 6, 247.

¹⁰ Sur la notion de demande de droit, lire Pierre NOREAU, «Questionnements nouveaux sur les fonctions contemporaines du droit : du vieux vin dans de nouvelles outres ?», dans Pierre NOREAU (dir.), *Le droit à tout faire : explorations des fonctions contemporaines du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 1.

dans celui du citoyen. La Loi est alors souvent convoquée dans ses dimensions *performatives*. Elle fait figure d'incantation rassurante. Se trouvent ainsi confondus les fins et les moyens. Par extension, il arrive que l'on demande la correction de la Loi par l'ajout de règles du droit plus complètes encore, plutôt que de s'inquiéter de ce que la signification de la Loi absorbe sa fonctionnalité pratique. Cette surenchère de droits implique que la législation s'enrichisse de plus de normes encore, comme c'est le cas de *LPJ* depuis son adoption. On croit alors additionner une vérité à une autre, plus complète que la précédente. L'affirmation du droit succède à l'affirmation du droit dans une fuite en avant prophétique.

Dans la période qui aura précédé l'adoption de la *Loi sur la protection de jeunesse*, plusieurs auteurs engagés dans le débat sur le droit de l'enfant revendiquaient l'adoption d'une *Charte des droits de l'enfant*, s'appuyant sur sa seule fonction déclaratoire¹¹. On a rapidement fait remarquer à l'époque que cette orientation plaçait les droits de l'enfant au rang des *droits sociaux*, considérés comme «non justiciables», c'est-à-dire non susceptibles d'être évoqués dans le cadre d'une décision judiciaire. La revendication d'une telle charte s'épuisait *de facto* dans sa dimension symbolique. Cette tendance est liée à l'idée qu'un droit défini par la Loi trouve forcément une traduction dans la réalité. C'est un travers que l'on trouve régulièrement dans l'univers juridique, où l'effectivité du droit, sinon son efficacité, est souvent prise pour acquise alors qu'elle dépend entièrement de la mobilisation de ressources et d'acteurs sociaux précis. Il en va de même de certains autres textes juridiques comme la *Charte canadienne des droits des victimes*¹² ou la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*¹³ dont la portée est plus symbolique qu'instrumentale.

Les travaux menés en 2019-2020 par la *Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse* (dite Commission Laurent) ont amplement mis en évidence les limites du droit abordé en tant qu'absolu normatif¹⁴. On y comprend immédiatement l'importance de l'interdisciplinarité dans les analyses juridiques, notamment la nécessité des études

¹¹ Renée JOYAL et Mario PROVOST, «La Loi sur la protection de la jeunesse de 1977. Une maturation laborieuse, un texte porteur», (1993) 34-2 *C. de D.* 635.

¹² *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, c. 13, art. 2.

¹³ *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, RLRQ, c. L-7.

¹⁴ Les travaux de la Commission, notamment les auditions et mémoires, sont disponibles sur le site internet de la Commission, en ligne : <www.csdepj.gouv.qc.ca/>.

sur l'effectivité et l'efficacité du droit¹⁵. Une interdisciplinarité également de mise dans le fonctionnement du système lui-même et qui, dès lors, exige une communication continue et une forte collaboration entre les différents acteurs du réseau. La volonté d'accroître les échanges n'est d'ailleurs pas nouvelle, elle se retrouve dans toutes les études sur l'application de la *LPJ* depuis son adoption¹⁶, principalement dans l'interaction entre le pendant social et le pendant judiciaire de l'intervention. Néanmoins, la recrudescence de cet appel à la collaboration des acteurs et des perspectives dans les auditions tenues devant la Commission Laurent démontre une volonté d'aller encore plus loin sur cette avenue et apparaît, pour beaucoup, comme un mouvement indispensable à l'amélioration de la prise en charge. Le proverbe africain selon lequel « il faut tout un village pour élever un enfant » n'a jamais été autant cité que récemment. Chacun s'accorde pour affirmer que le système de la protection de la jeunesse doit fonctionner comme un réseau dynamique, à l'aide d'actions concertées et collaboratives. Plus personne ne résiste à cette idée, mais de l'idée à la mise en œuvre, il y a tout un espace dans lequel bien peu s'aventurent...

Sur le plan de la mise en œuvre des droits de la jeunesse, on y comprend la nécessité de passer d'une logique de vérité à une logique expérientielle. Ne pas limiter le droit de l'enfant à l'énonciation rassurante de valeurs auxquelles il est facile d'adhérer, mais tirer toutes les conséquences de sa mise en œuvre depuis 40 ans, à la lumière des objectifs qui, malgré tout ce qu'annonçait à l'origine la *LPJ*, n'ont pas toujours été atteints.

B. D'une logique de l'autorité vers une logique de la participation

Répondant à une logique proprement juridique, l'idée d'autorité est au centre de la Loi. La naissance de l'État de droit, tel qu'il a été pensé

¹⁵ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », (1958) 7 *L'année Sociologique* 3 ; Pierre LASCUMES et Évelyne SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », (1986) 2-1 *Droit et Société* 101 ; Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », (2011) 79-3 *Droit et Société* 715 ; Guy ROCHER, « L'effectivité du droit », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : Pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 133.

¹⁶ Voir par exemple 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, Direction générale des services à la population du ministère de la Santé et des Services sociaux, 2004.

dans le monde occidental au sortir du Moyen Âge, est indissociable de la notion de puissance publique. On entend par là l'autorité nécessaire de l'État agissant au nom de l'intérêt public. L'organisation du pouvoir dans la société est par extension une fonction du droit¹⁷. Qu'elle soit abordée comme une nécessité de la régulation sociale, ou une délégation de l'État¹⁸, il s'ensuit que la mise en œuvre du droit nécessite que l'on désigne l'instance chargée de celle-ci. Dans cette perspective, les notions de droit et d'autorité deviennent consubstantielles. Nulle part cette relation droit-autorité n'est plus clairement affirmée que dans le droit de la jeunesse, soit parce qu'elle reconnaît en priorité cette autorité aux détenteurs légaux de l'autorité parentale, soit parce qu'elle y substitue l'autorité de la Direction de la protection de la jeunesse, ou la remplace par celle du juge de la jeunesse. Il ne peut y avoir ici d'ambiguïté : une autorité en cache toujours une autre, plus certaine encore...

Cependant, la pratique du droit en matière jeunesse tend aujourd'hui vers une autre conception de l'autorité exercée, celle-ci, par les acteurs mêmes de la situation. On parle alors d'*empowerment*. Cette orientation s'est lentement affirmée dans le travail de la protection de la jeunesse, notamment dans la définition de conventions, de plans d'intervention, sinon de projets de vie, qui supposent la participation des acteurs, parents, enfants et intervenants les plus directement concernés.

Plus récemment, le développement de la procédure civile a favorisé le recours aux *Conférences de règlement à l'amiable* en matière de protection de la jeunesse¹⁹, une procédure impliquant toutes les parties engagées dans la correction de la situation mettant en cause l'enfant ou l'adolescent. Il en va de même du recours à la médiation familiale où l'enfant et l'adolescent se sont vus graduellement reconnaître un rôle actif. Tous ces développements pratiques remettent en cause la notion de *prise en charge* entendue au sens strict du terme. Elles ont surtout ouvert un espace spécifique à la parole de l'enfant et de l'adolescent, dont on parlera ultérieu-

¹⁷ Karl Nickerson Llewellyn insiste notamment sur cette fonction, P. NOREAU, préc., note 6.

¹⁸ Roderick A. MACDONALD, « Understanding Regulation By Regulations », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (dir.), *Regulations, Crown Corporations and Administrative Tribunals*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, p. 81.

¹⁹ À ce sujet, voir la présentation proposée par la Cour du Québec, en ligne : <http://www.tribunaux.qc.ca/c-quebec/Modes_alternatifs_de_reglement/fs_Modes_alternatifs_jeunesse.html>.

rement. Toutes ces orientations et ces innovations s'inscrivent dans une logique de participation qui rend possible la mise en œuvre des principes prévus à l'article 12 de la Convention selon lequel « 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 ». Le droit national doit évoluer en phase avec les pratiques participatives qui favorisent aujourd'hui concrètement cette prise de parole. Elles permettent d'envisager le remplacement d'une logique de l'autorité par une logique de la participation, et de transcender le simple désir d'avoir raison... ou de faire la leçon.

C. D'une logique de la fixité vers une logique du mouvement

On pourrait affirmer de façon métaphorique que la principale fonction du droit est d'assurer la fixité du monde. En lui imposant une forme stable et prévisible, il en objective les contours et la signification. Il joue en ce sens une fonction essentiellement « conservatrice ». Le droit fonde les conditions du fonctionnement collectif et individuel sur une normativité précise et prédéfinie. Sa vocation est alors de s'imposer, sans considération pour les intentions et les caractéristiques personnelles. Il ne peut par conséquent faire l'objet de redéfinitions ou de réinterprétations continues sans dévier de ce qui fait sa spécificité et son utilité, en tant que mécanisme de régulation sociale. Ainsi, l'idée que le droit est en constant décalage avec la réalité résulte en quelque sorte de sa nature même. Elle exprime la tension continue opposant la fixité du droit et les diverses expressions du mouvement social et de l'innovation.

Cette définition rassurante qui fait du droit l'espace de rationalisation et de rationalité ne rend cependant pas compte de ce qu'une partie importante du droit est de nature supplétive²⁰. Le législateur prévoit d'ailleurs dans certaines lois que les citoyens puissent établir entre eux d'autres normes (parfois plus avantageuses), que celles qu'impose la loi, dans la mesure où ces normes ne contreviennent pas à l'ordre public²¹. Aussi, le grand défi du droit contemporain n'est pas tant de figer pour toujours les

²⁰ Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, n° 609, coll. « Folio Essais », Paris, Gallimard, 2015.

²¹ On renvoie par exemple à l'article 9 du *Code civil du Québec*.

références et les formes sociales que d'aménager un espace à l'expression de la diversité de l'expérience humaine en garantissant un certain nombre de principes essentiels. Dans la même veine, le défi de l'État contemporain n'est plus tant d'exprimer sa puissance publique dans une logique formelle d'impérativité, mais d'offrir des espaces de déploiement des initiatives dans une logique plus régulatoire, voire de service public²².

Le droit de la jeunesse n'échappe pas à cette nécessité. La fixité des normes traverse tout le système de santé et des services sociaux. Elle devient rapidement un frein à la recherche d'autres modes d'intervention. Le droit impose des *a priori* et des rigidités fondées sur une définition unilatérale de l'enfance et de l'adolescence. Il s'ensuit qu'une reconsidération du droit de la jeunesse doit aménager un espace pour la reconnaissance des mutations observables de la vie sociale, notamment de la vie familiale.

Dans cette perspective, le droit réfère de plus en plus à des notions floues qui, loin de définir avec exactitude un comportement ou une situation, se contentent d'offrir un cadre de référence. On souligne l'adaptabilité et la flexibilité de ces normes dont l'application est codéterminée, que ce soit par le juge chargé de l'appliquer, ou encore par ses destinataires directement²³. Le droit des enfants, tant au niveau du texte international que québécois, est fortement marqué de cette logique par la référence systématique au critère de l'intérêt de l'enfant²⁴. Malgré une littérature foisonnante sur le sujet, l'intérêt de l'enfant demeure un concept indéfini, et indéfinissable, caractère qui le voue à sa perte pour certains, mais qui, au demeurant, le rend adaptable tant aux changements dans les représentations sociales de l'enfant et de sa famille, qu'aux spécificités propres à

²² Sur les transformations contemporaines de la place et des fonctions étatiques, on pourra lire notamment Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 3^e éd., n° 35, coll. «Droit et société», Paris, LGDJ, 2008 ; Luc GONIN, *L'obsolescence de l'État moderne : analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'État français*, Genève, Schulthess Verlag, 2011 ; ou encore, la section intitulée «Les redéfinitions de l'État et de l'activité juridique», dans J. COMMAILLE, préc., note 20, 204-238.

²³ Andrée LAJOIE, «Surdétermination», dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Éditions Thémis/Bruylant, 1998, p. 85 ; Gérard TMSIT, *Archipel de la norme*, coll. «Voies du droit», Paris, Presses universitaires de France, 1997.

²⁴ On retrouve l'intérêt de l'enfant comme critère déterminant dans les décisions qui le concernent à l'article 3 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, à l'article 33 du *Code civil du Québec* et à l'article 3 de la *LPI*.

chaque enfant²⁵. Confronté à un domaine en constante évolution, le droit fait finalement face à deux options : réviser son contenu continuellement au mépris de sa prévisibilité ou user de concepts évolutifs permettant d'englober graduellement les mutations sociétales et scientifiques qui parcourent le chemin de l'évolution sociale. S'agissant de l'intérêt de l'enfant, on est porté à croire, du moins en partie, que le droit s'aligne sur cette seconde option.

D. D'une logique de la naturalité vers une logique de la socialité vécue

En totale complémentarité avec ce qui précède, il faut reconnaître que tout le débat sur le droit de la jeunesse est supporté par une définition de la famille « allant de soi ». Cette conception naturaliste de la famille est si bien intégrée à nos représentations sociales que le *Code civil du Québec*²⁶ lui-même ne fournit aucune définition de ce qu'est une *famille*, si tant est que cette définition puisse être déduite d'une lecture transversale du Code. Il est d'ailleurs tout à fait symptomatique que le livre *De la famille* soit introduit par le titre *Du mariage*. On comprend immédiatement quelle conception du couple sert de modèle aux rapports entre parents et enfants, encore que le livre *De la filiation* lui succède... plus de 150 articles plus tard²⁷. Au sein des facultés de droit, ces référents tacites ne cessent de surprendre les étudiants étrangers, souvent socialisés dans un cadre différent, où la parentalité est tout simplement reconnue à l'adulte qui prend en charge l'enfant de la naissance à l'âge adulte. Les géniteurs endossent dans ce contexte un rôle très relatif. La conception qu'on s'y fait de la responsabilité familiale est plutôt fondée sur la stabilité des rapports

²⁵ Voir en ce sens 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, en ligne : <https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interet-superieur-enfant2003.pdf>; Janet L. DOLGIN, « Why has the Best-Interest Standard Survived: The Historic and Social Context Special Report », (1996) 16-1 *Children's Legal Rights Journal* 2.

²⁶ *Code civil du Québec*, RLRQ c. CCQ-1991.

²⁷ Pour mémoire, l'article 523 C.c.Q établit que « la filiation tant paternelle que maternelle se prouve par l'acte de naissance, quelles que soient les circonstances de la naissance de l'enfant ». On se demande bien ce qui arrive aux autres ! Mais ce seul énoncé suffit à montrer que sa réalité s'inscrit dans le cadre d'une structure préétablie, fondée sur une conception très stable de la famille.

entre adulte et enfant que sur ses origines *naturelles* ou, pour le dire autrement, sur leur génétique.

Alors que plus de 60 % des enfants québécois naissent hors mariage (ce chiffre montant à près de 90 % dans certaines régions²⁸), on peut s'interroger sur la valeur, sinon la fonctionnalité, d'un modèle familial qui ne répond pas à la réalité de la vaste majorité des enfants et des parents, que ce soit dans le cadre d'une union appelée à durer ou de familles recomposées ou monoparentales²⁹. Comment reconnaître alors que plusieurs adultes jouent dans la vie des enfants et des adolescents un rôle aussi important que leurs propres parents et que la socialisation transite par une multitude de canaux ; qu'elle met en scène des acteurs aux statuts divers : parents éloignés, grands-parents, enseignants, entraîneurs, animateurs sociaux, éducateurs en garderie, etc. Peut-être faudrait-il remplacer une logique de la fixité des formes familiales par une logique du mouvement de la pratique familiale, sinon de l'expérience. Se demander ce qui est possible plutôt que ce qui s'impose comme l'expression d'une perfection qui serait exemplaire par sa rectitude et sa stabilité imaginaire.

Sans doute le droit de l'enfant mérite-t-il alors de trouver son fondement dans une conception plus empirique de la famille, établie en fonction de la stabilité des rapports de socialité et d'éducation entre adultes et enfants, plutôt que sur l'idéal-type de la famille ou du milieu familial naturel, entendu comme référent inconscient ou tacite, c'est-à-dire comme « impensé collectif ». Or, c'est en tenant compte de cet *a priori* normatif que l'article 4 de la *LPJ* est généralement interprété, encore que de nombreuses nuances s'imposent ici. On y prévoit que « toute décision prise en vertu de la présente loi doit tendre à maintenir l'enfant dans son milieu familial ». La définition emblématique qu'on entretient de la « famille normale » renvoie alors inévitablement au maintien dans leur famille *naturelle* d'enfants qui pourraient trouver un ancrage plus certain auprès d'autres adultes que leurs parents génétiques.

D'ailleurs, l'article 4 de la *LPJ* ne semble pas pour autant nier l'importance de la continuité des liens établis en dehors de la famille génétique, même si cette option n'apparaît que subsidiairement lorsque le maintien

²⁸ On consultera ici les données fournies par l'Institut québécois de la statistique, en ligne : <<https://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/population-demographie/naissance-fecondite/5p3.htm>>.

²⁹ C'est la question qu'aborde la professeure Marie-Christine Saint-Jacques dans le présent ouvrage, voir son chapitre à la page 77.

ou le retour de l'enfant dans son milieu familial n'est pas envisageable. C'est dans ce cadre, qui fait office d'exception, que se trouvent alors mobilisés des critères moins formels que la simple référence génétique, que l'on pense à la continuité des soins et à la stabilité des liens et des conditions de vie appropriées³⁰. Au demeurant, l'orientation de l'article demeure néanmoins la suivante : le principe est de privilégier le maintien de l'enfant dans son milieu familial et l'exception celui de son retrait. Ce dernier impose dès lors une évaluation de la situation de l'enfant en fonction des critères de stabilité et de continuité. Le recentrage depuis la réalité vécue par l'enfant n'exigerait-il pas une substitution des fins et des moyens auxquels on réfère : le principe serait alors celui de la stabilité des liens et de la continuité des soins tandis que le moyen, sinon le moyen privilégié, serait celui du maintien dans le milieu familial ?

Une perspective moins universelle sur la vie familiale favoriserait par ailleurs un élargissement considérable des modalités et des options qui s'offrent à l'enfant, dans le contexte d'une redéfinition de son plan de vie, notamment lorsque son développement et sa sécurité sont mis en jeu dans le cadre de sa famille d'origine. Peut-être ce mouvement pourrait-il favoriser une plus grande porosité des frontières entre une perspective essentiellement normative, forte par sa cohérence interne et l'unicité fondatrice de ses références, et une autre, plus relationnelle, prenant en compte la dimension affective et symbolique de la relation familiale : du sens d'être parents et d'être enfants.

³⁰ L'article 4 poursuit de la manière suivante : « 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 permanente [...] ».

E. D'une logique de la verticalité vers une logique de la réciprocité

D'autres obstacles d'ordre structurel se dressent ici. En effet, le droit ayant vocation à s'imposer, il relaie une conception verticale du monde. Elle suppose que toute société trouve sa stabilité dans des rapports d'autorité ou de dépendance, chacun se trouvant soit au-dessus ou soit au-dessous d'un autre. Il s'agit en vérité d'une conception médiévale du monde. Elle n'est pas fondée sur une conception contemporaine de la responsabilité et de la complémentarité des rôles sociaux, mais sur l'idée de pouvoir et de soumission. Ainsi, le droit des biens fait dépendre le fonds servant du fonds dominant. Le droit de propriété, qui inclut celui de détruire la chose dont on est propriétaire, l'emporte sur toute autre forme de possession ou d'appropriation. Le propriétaire impose sa domination à la fois sur la chose et sur ses usagers.

Toutes nos institutions sont ainsi édifiées sur des structures hiérarchisées. C'est particulièrement le cas du droit, dont les sources sont agencées selon un principe pyramidal impliquant une mécanique de déduction systématique versant d'un palier vers l'autre. Partant, rien n'est moins utile qu'un organigramme lorsqu'il s'agit de comprendre le fonctionnement d'une organisation. La coopération entre les différents paliers de cette autorité est en effet beaucoup plus nécessaire à la compréhension de cette activité que les lignes bien tracées de la hiérarchie. C'est Tocqueville qui, dès le XIX^e siècle, indiquait que le mouvement menant vers l'égalité des personnes, une fois engagé, ne peut plus être arrêté et est appelé à s'étendre à tous les espaces sociaux.

Peut-on envisager que le droit de la jeunesse tienne compte un jour d'un tel mouvement ? La parentalité doit-elle continuer à reproduire une certaine idée de la supériorité de l'adulte qui s'imposerait de manière unilatérale, tel que le droit la consacre ? Est-elle toujours l'expression de l'idéal humain ? Peut-on, sans sombrer dans la naïveté, envisager les conditions d'une parentalité fondée sur des principes de réciprocité ? Elle cesserait dès lors d'être considérée comme le privilège des parents et pourrait être comprise comme un espace de relation entre adultes et enfants. Cette approche nous oblige évidemment à nous questionner sur la notion d'*autorité parentale*, entendue en tant que produit d'un pouvoir unilatéral. Dans cette perspective, montrant la voie, le Juge Oscar d'Amour rappelait il y a longtemps que le droit de garde exigé par certains parents n'est pas unilatéral et qu'à tout prendre ce droit appartient plutôt aux enfants qu'à leurs parents. Cette idée était confirmée en 1993 par la plus haute

Cour canadienne sous la plume de la Juge L'Heureux-Dubé pour qui le droit d'accès doit être considéré davantage comme un droit de l'enfant que comme un droit des parents³¹. Peut-être faut-il favoriser, en matière de droit de la jeunesse, un droit de la réciprocité qui serait réellement en phase avec les principes de *Convention internationale des droits de l'enfant*. Un enfant acteur lui aussi de la parentalité définie en tant que *relation sociale*.

Si la logique de la verticalité semble montrer ses limites pour embrasser la réciprocité de l'interaction adultes-enfants, elle s'essouffle également à l'intérieur même des droits de l'enfant. L'idée de hiérarchie qu'elle suppose implique en effet que ses éléments soient pensés dans un rapport de supériorité ou d'infériorité. En termes de droit, cette logique tend vers la hiérarchisation des droits. L'histoire des droits des enfants s'inscrit dans un mouvement de balancier entre deux visions victorieuses³². À chacune de ces dernières correspond un ensemble de droits qui seront alors pensés comme supérieurs aux autres : le pendant protectionnel d'une part, dont l'exacerbation fait de l'enfant un objet de droit dans une logique interventionnelle paternaliste, et d'autre part, le pendant liberté, qui, poussé à l'extrême, considère l'enfant comme un agent parfaitement autonome. Ces deux tendances ne suffisent pourtant pas à embrasser la dynamique complexe qui anime l'enfant et son rapport au droit³³. Il ne s'agit pas de choisir qui doit l'emporter entre la protection et l'autonomie, mais plutôt de comprendre que l'une et l'autre sont intrinsèquement liées dans un rapport de réciprocité : il n'y a pas d'autonomie sans protection ; de même, l'autonomie participe à la protection. L'équilibre doit comprendre une part de flexibilité suffisante pour se délier au fur et à mesure que l'enfant grandit et apprend. L'espace de ses libertés s'accroît par conséquent de façon progressive.

Ces différents mouvements observés dans les logiques sous-jacentes aux droits de l'enfant se révèlent dès lors que l'on porte notre regard au-delà des textes juridiques, dont la lecture, certes indispensable, demeure insuffisante. L'affirmation des principes ne suffit pas à leur réalisation. Encore faut-il les concrétiser dans l'action, trouver les meilleurs moyens

³¹ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, 59 et 60.

³² Stephanie Rap nous offre un court résumé de cet historique dans son chapitre à la page 43 du présent ouvrage..

³³ Shauna Van Praagh revient sur cette limite dans son chapitre à la page 205 du présent ouvrage.

pour les rendre effectifs et pour que leur mise en œuvre participe aussi à les renforcer en retour.

II. Quelques principes d'action

La redéfinition de l'équilibre entre acteurs du droit, de l'intervention, enfants et configurations familiales n'exige pas tant une réforme des structures qu'un ajustement des principes qui guident l'action en matière de jeunesse. Nous proposons ici quelques pistes de réflexion qu'il nous semble important de parcourir, voire de poursuivre, dans la mesure où plusieurs initiatives ont déjà ouvert la voie.

A. Prendre la parole des jeunes au sérieux

Les juristes ont souvent appelé les penseurs des autres disciplines à *prendre le droit au sérieux*³⁴. Or, c'est de plus en plus le cas dans nos sociétés où le droit sert de miroir de la vie collective, on doit également savoir prendre au sérieux l'expression des attentes sociales. Mais encore faut-il les écouter. C'est l'une des grandes orientations privilégiées par la *Convention internationale des droits de l'enfant*, ainsi qu'un principe énoncé indirectement par l'article 6 de la *LPJ*, inchangé depuis son adoption : « Les 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 personne qui veut intervenir dans l'intérêt de l'enfant l'occasion d'être entendus. »

Cette formulation est toute teintée de paternalisme. N'existe-t-il pas en effet une distinction entre *être entendu* et *être écouté* ? La notion d'intérêt supérieur de l'enfant peut à la limite faire l'économie de l'écoute si ceux qui s'en font les protecteurs savent déjà comment s'y prendre ! En contrepartie, si le jeune doit être réellement le centre de cette intervention – si son consentement est une nécessité !! – elle ne peut être envisagée que dans une perspective fondée sur la participation de l'enfant ou de l'adolescent³⁵, c'est-à-dire sur la prise en compte réelle de sa parole ; de

³⁴ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978.

³⁵ L'ensemble des textes ici rassemblés réfère à ce principe de participation de l'enfant, certains en font même l'objet principal de leur discussion. Ainsi, Nicholas Bala et Rachel Birnbaum s'attachent à la participation de l'enfant dans les procédures de divorce et de séparation au Canada dans leur chapitre à la page 21 du présent ouvrage,

son propre point de vue sur sa situation. La notion d'intérêt supérieur de l'enfant a-t-elle encore un sens si on ne s'informe pas de ce qui l'intéresse ?

Prendre les jeunes au sérieux suppose dès lors leur participation aux décisions qui les concernent. Ce principe ne vaut pas seulement au niveau individuel pour mettre fin par exemple à une situation de compromission précise (tel qu'énoncé à l'article 2.3.b. de la *LPJ*³⁶), mais encore à un niveau plus systémique au sujet du fonctionnement du régime de protection de la jeunesse. Qui de mieux situés pour juger de l'efficacité du système que les jeunes eux-mêmes³⁷ ? 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 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 ?

B. De l'exigence de communication à celle de transparence

Le principe de participation des jeunes que nous venons d'évoquer est aussi l'objet de l'article 12 de la Convention, selon lequel : « 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 ». La formulation ici retenue met l'accent sur le principal enjeu sous-tendant ce principe de participation : doit-on limiter la

tandis que Stephanie Rap l'analyse dans le contexte des enfants migrants, dans son chapitre à la page 43 de ce même ouvrage.

³⁶ « Toute intervention auprès d'un enfant et de ses parents en vertu de la présente loi doit : [...] b) 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. »

³⁷ À un niveau plus individuel et concret, c'est aussi ce que Nicholas Bala et Rachel Birnbaum soulèvent quant à l'implication de l'enfant dans les processus de séparation : ceux-ci veulent être écoutés et impliqués dans les décisions qui les concernent. L'issue ne pourra être que meilleure pour les enfants qui accepteront plus facilement le contexte post-séparation, voir le chapitre de Nicholas Bala et Rachel Birnbaum à la page 21 du présent ouvrage.

participation aux enfants ayant atteint un certain âge ? Quel poids accorder à leur opinion³⁸ ?

La grande difficulté associée à sa mise en œuvre réside dans la question souvent soulevée de la maturité de l'enfant et de l'adolescent. Cette perspective pose le problème de la nature même de la communication entre adultes et enfants. En effet, la capacité d'appréciation des paramètres d'une situation et d'une solution ne dépend pas uniquement de la capacité des jeunes à participer à un échange entre adultes, émaillé de termes spécialisés et de considérations implicites sur les conséquences concrètes d'une avenue ou d'une autre. Partant, il ne s'agit pas tant de savoir si l'enfant est mature ou immature, mais comment créer les conditions de sa participation éclairée aux discussions qui le concernent.

L'une des exigences indispensables, mais souvent oubliées, à la participation du jeune est celle de sa connaissance. Les textes prévoient en ce sens l'obligation pour les États d'informer les jeunes de leurs droits en général (art. 17 de la Convention) ou, dans le contexte de protection, l'obligation pour ceux qui prennent en charge l'enfant de l'informer (art. 5 *LPJ*). Néanmoins, la pratique accuse, à ce chapitre, un certain retard³⁹, d'autant plus que l'obligation ne s'arrête pas à la simple déclinaison des droits, mais exige le recours à des outils de communication adaptés à la compréhension du jeune (art. 2.4.2 *LPJ*). Plusieurs initiatives cherchent en ce sens à traduire les textes – notamment celui de la Convention – à l'aide de supports adaptés (vidéo, B.D., images, etc.). En revanche, peu de ces documents se concentrent sur la signification et les implications de ces grands principes dans le quotidien de l'enfant, notamment sur les moyens qui lui permettraient de revendiquer ses droits : où et à qui s'adresser si ces droits ne sont pas respectés à l'école ou à la maison ? La participation requiert donc la connaissance, qui elle-même suppose la compréhension et les outils pratiques qui permettent la revendication des droits⁴⁰. Il faut mettre le droit au niveau de l'enfant. À trop chercher l'inverse, le risque est grand

³⁸ Le Comité des droits de l'enfant a tenté d'apporter des précisions quant à l'interprétation de cet article, voir COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12 : Le droit de l'enfant d'être entendu*, (2009) CRC/C/GC/12.

³⁹ C'est notamment ce que met en lumière Stephanie Rap au sujet des procédures d'asile dans son chapitre à la page 43 du présent ouvrage.

⁴⁰ 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 *Service social* 81.

de passer complètement à côté de l'enfant, principal concerné pourtant, lorsqu'il s'agit de sa protection et de son bien-être.

Par ailleurs, le grand écueil qui menace le principe de la participation et de la transparence réside dans le risque de la manipulation dont on croyait le droit de la jeunesse capable de nous protéger. Cette exigence est tout à fait complémentaire à la nécessité de prendre au sérieux la parole de l'enfant. Il ne s'agit pas ici d'un jeu à somme nulle qui distinguerait les enfants ou les adolescents capables et incapables de discernement, mais de modes de communication et d'échange adaptés à cette capacité. Peut-être cette communication peut-elle d'ailleurs être favorisée par l'action d'un intermédiaire neutre, d'un tiers indépendant capable de s'assurer de cette transparence et de cette compréhension.

C. L'ajustement continu du droit et de la pratique et la place de l'expérimentation

En balisant l'action sociale à l'aide de normes précises susceptibles de sanction, le droit offre des garanties contre l'arbitraire et la personnalisation des décisions que sont appelés à prendre des acteurs en autorité, c'est-à-dire munis d'un pouvoir confié par la société. Dans ce sens très précis, le droit est un facteur de mise à égalité des individus les uns par rapport aux autres. C'est le fondement de l'égalité juridique des citoyens.

Dans le cadre de cette nécessité, la fixité du droit est généralement considérée comme une vertu. C'est sa stabilité qui assure sa fonction régulatrice. Cette fixité comporte cependant son lot de difficultés, car elle suppose qu'une situation équivalente étant prise en charge par des mesures similaires, toutes ces situations sont comparables et peuvent connaître la même issue. Du moins les définit-on de la même façon sur le plan juridique. Il s'ensuit que la ritualisation et la procéduralisation des pratiques sociales (qui constituent déjà une tendance lourde de l'activité humaine) deviennent elles-mêmes une nécessité de l'action que la société exerce sur elle-même. Elles matérialisent le principe de la *certitude juridique*.

Cette propension est plusieurs fois relevée par les auteurs de cet ouvrage. Bien sûr, la tendance à placer l'intervention sociale sur le mode du « pilote automatique » n'est pas propre au domaine du droit de la jeunesse, mais il n'en est pas protégé non plus. Cette situation n'est évidemment pas susceptible de favoriser l'expérimentation de solutions nouvelles. Il faut réfléchir, à l'avenir, à la façon de s'assurer que le droit, dans sa stabilité nécessaire, ne vienne pas réduire l'intervention sociale à sa ritualité. On

compromettrait autrement l'ajustement continu des pratiques aux conditions spécifiques des milieux dans lesquels on entend intervenir et à la réalité changeante des rapports sociaux. Cette nécessité s'applique particulièrement en matière de jeunesse où, comme on l'a vu, les certitudes concernant les formes et les structures familiales sont d'autant plus coriaces qu'elles sont relayées et légitimées par le droit !

D. S'imposer des obligations de résultat

Pour de multiples raisons qui ont été évoquées dans ce texte, on comprend le risque d'aborder le droit comme un exercice performatif. On tombe rapidement alors dans l'illusion que portent toutes les prophéties autoréalisatrices (*wish full thinking*). La nature déclaratoire du droit peut en effet laisser espérer qu'une chose existe par le seul fait qu'elle est énoncée. Les mêmes risques peuvent résulter d'un jugement dont on est toujours convaincu de la force exécutoire ou des énoncés d'une convention qu'on signe en contexte d'autorité. Il n'y a aucun doute que l'avenir du droit de la jeunesse réside dans une rupture avec l'illusion juridique. Le droit n'existe que dans la mesure où il est mis en œuvre. Mais lors même que cette mise en œuvre est assurée, une question demeure : atteint-elle les résultats attendus ? On revient ici sur la question de l'effectivité du droit, mais plus encore, sur la nécessité d'adopter en matière de jeunesse une approche conséquentialiste. Celle-ci exige elle aussi la remise en question des solutions toutes faites, d'application automatique et standardisée.

Il ne s'agit pas seulement ici d'aborder le droit de la jeunesse de façon cynique ou comme l'outil d'une simple stratégie d'intervention. L'instrumentation du droit est idée délétère. Ce que nous faisons ne vaut généralement pas davantage que les raisons pour lesquelles nous le faisons. Ainsi, mettre fin à la compromission et prendre les mesures les plus susceptibles d'assurer le meilleur intérêt de l'enfant et de l'adolescent doivent toujours constituer les bases des décisions qui le concernent. Mais une réflexion continue sur la réalité de nos pratiques est souvent essentielle à l'atteinte des objectifs de la Loi. De plus, l'expérience de 40 ans d'intervention dans les Centres jeunesse amène plusieurs éducateurs à s'interroger aujourd'hui sur les effets très concrets que ce type d'hébergement peut avoir pour la socialité des jeunes et leur intégration sociale. Les juristes s'interrogent quant à eux sur la légalité des pratiques qui s'y sont développées⁴¹.

⁴¹ Voir notamment Julie DESROSIERS, « The Rigidity and Density of Discipline in Youth Rehabilitation Centres... Or Rules That Counter Rights », dans René PROVOST

Il en va certainement de même de nombreuses autres stratégies d'intervention auxquelles on recourt de manière rituelle sans toujours se demander si on ne peut pas faire mieux. C'est du moins à réfléchir. Une nouvelle approche est peut-être nécessaire et peut-être faut-il l'établir avec les jeunes, dans le cadre de la logique expérientielle dont nous avons déjà décliné les avantages.

E. Faire du droit de la jeunesse un enjeu d'accès au droit et à la justice

Une perspective différente nous est peut-être offerte dans le cadre des travaux contemporains menés sur le thème de l'accès au droit et à la justice. Ces travaux ayant beaucoup évolué au cours des dernières années, cette perspective enrichirait considérablement le champ des études sur le droit de la jeunesse en créant un lien entre les principes de reconnaissance de la personnalité juridique de l'enfant et la nature de l'intervention juridique et judiciaire.

Toutes les études menées au cours des dernières années sur cette question ont directement porté sur la mise en œuvre et la matérialisation du droit et sur l'expérience judiciaire telle qu'elle est vécue par les justiciables. Les études produites offrent un portrait assez complet des difficultés liées à la mobilisation, sinon à la connaissance même du droit. De nature expérimentale, elles sont fondées sur le développement et l'évaluation de projets pilotes conçus à l'interface de la recherche et de la pratique du droit. Elles exigent la complicité du monde universitaire et du monde judiciaire.

Ces questions sont également posées par les auteurs dont les textes sont réunis dans cet ouvrage⁴². Sur le plan de l'évolution du droit dans son ensemble, le cas du droit de la jeunesse est particulièrement riche de ces difficultés. Il faut réfléchir maintenant à la manière de transférer cette pratique de recherche sur l'accès au droit et à la justice dans le domaine du droit de la jeunesse, avec le concours des acteurs directement impliqués dans sa mise en œuvre, sinon dans son développement.

et Colleen SHEPPARD (dir.), *Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, n° 17, coll. «Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice», Dordrecht, Springer Netherlands, 2013, p. 165.

⁴² Voir en particulier le chapitre de Ton Liefaard à la page 3 du présent ouvrage.

F. Dépasser la crise... Réfléchir la continuité

Les débats toujours en cours entourant la réforme du droit de la jeunesse sont révélateurs d'un état de fait permanent : en matière de jeunesse, l'intervention s'inscrit toujours de près ou de loin dans une logique de crise. L'absence de ressources justifie souvent que l'on n'agisse qu'en contexte d'urgence. Par extension, on gère plus fréquemment la débâcle que la relation. Cette logique de crise se retrouve d'ailleurs tant dans la prise en charge individuelle des enfants dont la sécurité ou la santé est compromise que dans l'attention politique et sociale portée au domaine de la protection de la jeunesse. Une illustration très récente de ce phénomène se dégage de la mise en place de la Commission Laurent dans la foulée de la révolte sociale qu'a fait naître la médiatisation du décès tragique de la « petite fille de Granby ». La présidente de la Commission a même inauguré l'ouverture des travaux de la Commission en dédiant le travail à venir à la mémoire de cette petite fille⁴³. Au Québec, comme ailleurs⁴⁴, le domaine de la protection de la jeunesse évolue ainsi au gré des crises généralement provoquées par des circonstances dramatiques suscitant une forte réprobation sociale et exigeant une réponse politique rapide, sinon drastique.

Il s'agit de tendances que l'on retrouve dans de très nombreux domaines du droit, notamment en droit familial en contexte de séparation, où le modèle de la crise a longtemps servi de *modus vivendi*. Ainsi, en droit de la famille, plusieurs des normes mises à la disposition des conjoints ont pendant longtemps servi à alimenter le conflit plutôt qu'à le régler. Dans beaucoup de cas, ces normes ont même été à l'origine de leur conflit.

La principale source des mutations qui ont conduit à un changement de culture en droit familial tient à une reconsidération du lien conjugal en tant que modèle de référence du couple et de l'idéal amoureux. Il ne s'agit donc pas en soi d'un changement explicable par une quelconque muta-

⁴³ Voir l'allocation de Régine Laurent, présidente de la Commission spéciale sur les droits des enfants et la protection de la jeunesse (CSDEPJ), du 22 octobre 2019, à l'occasion de l'ouverture des audiences, en ligne : <https://www.csdepj.gouv.qc.ca/fileadmin/Fichiers_clients/Communiqués/Notes_allocation_RLaurent_20191022.pdf>.

⁴⁴ Gary Dumbrill a notamment étudié ce phénomène d'évolution du domaine de la protection de la jeunesse par réponse à des crises dans la province ontarienne, dans Gary DUMBRILL, « Ontario's Child Welfare Transformation: Another Swing of the Pendulum? », (2006) 23-1 *Canadian social work review* 5.

tion du droit, mais par un renversement des représentations sociales. Le développement de la médiation familiale, l'établissement d'un barème de fixation des pensions alimentaires et d'un programme de perception automatique des pensions, l'expérimentation de la garde partagée en tant que nouveau standard en matière de responsabilités parentales, toutes ces innovations ont été le produit de nécessités pratiques plutôt que de réformes législatives, même si dans tous les cas le droit a joué un important rôle de consolidation. Dans d'autres aspects, c'est le droit qui a précédé ces changements, comme ce fut le cas en matière de patrimoine familial. Mais l'évolution de la notion de couple et celle d'engagement conjugal ont été de loin les facteurs les plus déterminants dans cette évolution. En contrepartie, notamment pour les pères, la rupture conjugale a cessé d'être l'expression d'une rupture pure et simple de la relation parentale s'épuisant dans un conflit sans issue et le principe d'une continuité de la parentalité s'est lentement développé. Aujourd'hui, et depuis longtemps, la vaste majorité des litiges conjugaux sont réglés sur la base d'une convention homologuée par les tribunaux. Une logique de crise s'est ainsi trouvée remplacée par une logique de transition. Sortir de la culpabilité a fondé les bases d'une nouvelle pratique de la rupture conjugale. Celle-ci est directement reliée à l'évolution de la conception que nous nous faisons du divorce et de son caractère acceptable sur le plan social. Autrefois centrée sur une logique de faute et de sanction, la rupture conjugale renvoie plutôt aujourd'hui à l'idée d'une décision consensuelle et à la gestion des aspects économiques et sociaux de la séparation⁴⁵. La garde des enfants ou l'attribution d'une pension alimentaire ne vise plus tant à punir le fautif ou à compenser l'innocent qu'à gérer les conséquences socio-économiques du divorce pour les époux et stabiliser la situation de l'enfant après la rupture.

La question est de savoir si le droit de la jeunesse peut connaître une mutation semblable à celle qu'a connue le droit familial. Elle supposerait alors elle aussi un renversement des références, fondé en partie sur le principe de la continuité relationnelle plutôt que sur la rupture dramatique d'un lien.

⁴⁵ Jacques Commaille a longuement étudié l'évolution sociale et juridique du divorce en Europe, voir principalement Jacques COMMAILLE, *Le divorce en Europe occidentale : la loi et le nombre*, Paris, INED Éditions, 1983 ; 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 *Sociologie et sociétés* 113.

C'est un enjeu devenu important dans le domaine de protection de la jeunesse, notamment quant à la question de la maltraitance⁴⁶. Plusieurs études démontrent que les effets psychologiques de la maltraitance peuvent se manifester sur de très longues périodes. La réponse à la maltraitance ne peut dès lors plus se réduire à la gestion d'une urgence ou d'une crise. Elle doit ainsi s'inscrire dans la durée et tenir compte d'enjeux concernant le développement à long terme de l'enfant. Les séquelles étendues – et parfois à retardement – de ces situations peuvent d'ailleurs se révéler tout aussi graves que leurs séquelles immédiates. Il s'ensuit qu'en se concentrant uniquement sur la sécurité de l'enfant, la logique « de gestion des risques » sur laquelle se basent les outils d'évaluation et les stratégies de prise en charge, ne répondent pas suffisamment à la dimension holistique des problèmes à l'origine de la maltraitance. Au contraire, l'intervention sociale gagnerait à être replacée dans une logique de service plutôt que vécue comme l'expression d'une relation d'autorité. Sortir ici aussi de la culpabilité pour reconnaître la nécessité d'envisager une mutation des équilibres, des pratiques et des configurations familiales ouvre un large éventail de possibilités et d'innovations sociales.

G. Au-delà du territoire, une logique de constellation

En milieu autochtone, l'intervention en matière de jeunesse a connu d'intéressantes avancées avec la reconnaissance graduelle du fait que l'enfant n'appartient à personne, mais participe d'une configuration sociale plus large que celle que proposent la cellule familiale et le droit⁴⁷. Il ne s'agit pas ici seulement du produit d'une pratique traditionnelle ou d'un quelconque *atavisme culturel*, mais d'une réponse adaptée aux réalités de la vie au sein des communautés⁴⁸. Déjà, la reconnaissance juridique de l'adoption coutumière a permis d'affirmer que des modalités de prise en charge très diverses pouvaient conduire à un meilleur respect des besoins et des droits de l'enfant, sans que la responsabilité prise par un autre adulte

⁴⁶ À ce sujet, voir le chapitre de Nico Trocmé, Marie Saint-Girons et Tonino Esposito à la page 151 du présent ouvrage.

⁴⁷ Le *Projet de loi 99*, adopté en 2017, représente un avancement intéressant en la matière. Il prévoit entre autres des dispositions visant à « favoriser l'implication des communautés autochtones et la préservation de l'identité culturelle d'un enfant membre d'une telle communauté ».

⁴⁸ Sur cette question, voir le chapitre de Christiane Guay, Fanny Jolicoeur et Lisa Ellington à la page 177 du présent ouvrage.

à l'égard de ce même enfant soit vécue comme une déchéance, mais au contraire comme une expression du lien social. Quoi qu'il en soit, les initiatives en ce sens demeurent insuffisantes au regard de la surreprésentation des communautés autochtones au sein du système de protection de la jeunesse⁴⁹. De manière plus générale, la mise en œuvre des droits de l'enfant exacerbe les problèmes de discrimination des minorités quelles qu'elles soient⁵⁰.

La question n'est pas de savoir si ces pratiques sont transposables terme à terme d'une société à l'autre, mais plus simplement de démontrer qu'au sein d'une collectivité particulière, plusieurs modalités d'exercice de la parentalité et de la responsabilité-adulte sont possibles et parfois souhaitables⁵¹. Pour ce faire, on doit cependant accepter que ces rapports de parentalité (définis non pas en tant que pouvoir sur l'enfant, mais en tant que la relation sociale entre adultes et enfants) cessent de répondre à une stricte logique de structure et de territoire, pour être replacés dans une configuration, sinon une constellation, plus large de rapports. Comme nous l'avons dit, il s'agit de réalités courantes au sein même de nos sociétés, même si cette diversité des formes de la responsabilité-adulte passe souvent inaperçue. Les rapports signifiants entre enfants et adultes débordent pourtant de façon continue la clôture imaginaire de la cellule familiale et c'est une erreur fréquente de ne pas tenir compte de toutes les possibilités qu'offrent ces configurations. On comprend immédiatement que la mobilisation de ces ressources n'est pas affaire de *lois*, mais d'abord et avant tout, de *conventions*. On cesse alors d'attendre du droit qu'il impose un ordre uniforme et préétabli, mais plutôt qu'il garantisse les droits de l'enfant et de l'adolescent à travers une diversité de configurations sociales. Il ne s'agit pas ici d'inventer un nouveau monde, ou de sombrer dans le

⁴⁹ C'est ce que constatent notamment Nico Trocmé, Marie Saint-Girons et Tonino Esposito dans leur chapitre à la page 151 du présent ouvrage.

⁵⁰ Voir les chapitres de Lincoln Hill et de Stephanie Rap sur les enfants dans les contextes migratoires, respectivement à la page 129 et à la page 43 du présent ouvrage.

⁵¹ À l'image de ce que démontre le projet mené par Christiane Guay et ses collaboratrices sur la mise en place d'une gouvernance innue en protection de la jeunesse, la collaboration directe avec les communautés autochtones pour bâtir des institutions sociales locales permet à la fois une meilleure prise en charge des problèmes sociaux auxquels doit répondre le système, et la préservation de leur identité et de leur appartenance communautaire, voir le chapitre de Christiane Guay, Fanny Jolicoeur et Lisa Ellington à la page 177 du présent ouvrage.

relativisme absolu, mais de constater tout simplement la diversité observable des formes de la vie familiale ! Travailler avec ce qui fonctionne⁵²...

H. Replacer l'enfant dans son environnement

Le problème avec l'idée abstraite que chaque enfant est un être total, superbe dans son individualité, comme le postule le droit, c'est que cet enfant n'existe pas. Nous nous construisons tous les uns par les autres !

C'est une des conclusions que l'on peut tirer de cet ouvrage. L'abstraction juridique qui fonde l'image abstraite et caricaturale de l'enfant, de l'adolescent et de l'adulte, conduit de façon mécanique à un ensemble de conclusions douteuses. Déjà, l'image de l'enfant incapable de participer aux décisions qui le concernent ne rend pas compte des conditions qui lui permettraient d'y contribuer. Les praticiens, les intervenants sociaux, les parents et les juges savent bien sûr d'expérience la difficulté de mesurer le niveau de discernement de l'enfant tout au long de sa trajectoire. Le passage de l'enfance à l'adolescence (mais quand exactement ?) démontre cependant que ces aptitudes n'évoluent pas nécessairement de façon linéaire ou du moins pas toujours en phase avec les expériences nouvelles, inattendues et variées auxquelles chacun est confronté avant d'atteindre l'âge adulte. À quel âge d'ailleurs le devient-on ? C'est très simple. Cela se passe dans la nuit qui sépare nos 17 ans de nos 18 ans. C'est ainsi que bien des adolescents (car ils le restent parfois longtemps) se voient montrer la sortie du Centre jeunesse où ils ont souvent vécu pendant des années. Après avoir bénéficié d'un encadrement serré (certains diraient *carcéral*), ils sont apparemment tout à fait préparés à la vie adulte⁵³ ! C'est écrit dans la loi...

⁵² Le même engagement est nécessaire dans les réponses qui doivent être apportées à la situation des enfants. Ces situations ne peuvent faire fi des contextes particuliers rencontrés par certaines familles, et particulièrement de leur incidence sur la santé et le développement de l'enfant. Le chapitre de Nico Trocmé, Marie Saint-Girons et Tonino Esposito à la page 151 du présent ouvrage insiste en ce sens sur la nécessité de réduire l'impact des vulnérabilités socio-économiques sur les conditions de l'intervention sociale, de manière à pallier la surreprésentation des personnes victimes de ces vulnérabilités dans le système protectionnel de la jeunesse.

⁵³ Voir à ce sujet les nombreuses études menées par l'EDJeP (Étude longitudinale sur le devenir des jeunes placés au Québec et en France), qui s'intéressent aux trajectoires, malheureusement souvent très difficiles, des jeunes à leur sortie des centres jeunesse, en ligne : <<http://edjep.ca/>>.

La même question se pose concernant toutes les perspectives qui laissent entendre que l'individualité... est un fait absolu. Évidemment, la société contemporaine nous permet de temps en temps d'entretenir l'illusion de cette complète autonomie⁵⁴. Sur le plan sociohistorique, l'individualité apparaît cependant comme le produit des pratiques et des idéaux de l'époque. On peut en ce sens considérer l'individualité comme le produit d'une certaine société, la nôtre. Ces postulats nourrissent la définition de l'enfant et de l'adolescent en tant que sujet de droit, de même qu'elle est au fondement de la notion de personnalité juridique⁵⁵. Mais ces concepts présentent également un point aveugle.

Ils nous font oublier que la condition personnelle de l'enfant et de l'adolescent ainsi que celle des adultes qui en ont la charge sont intimement liées l'une à l'autre et que le réseau des relations qui les lient aux autres acteurs de leur milieu (voisinage, amitiés, famille élargie) forme leur environnement, sinon leur communauté de référence⁵⁶. Toutefois, ces appartenances ne sont pas exclusivement de nature sociologique ou anthropologique. Depuis longtemps, les études sur l'intervention sociale ont révélé que certains milieux sont plus systématiquement visés par la protection de la jeunesse. Ainsi, l'environnement dans lequel évoluent les enfants et les adolescents (qui peut se révéler riche en supports et en ressources comme on l'a vu) peut également constituer la cause d'une intervention plus systématique et établir en ce sens une cause de discrimination, la justification implicite d'une intervention ciblée sinon d'une forme de profilage.

Se pose alors tout le problème des standards sociaux implicites sur lesquels on fonde cette intervention, ou en fonction desquels on la justifie. La protection de la jeunesse devient dès lors la source d'une différenciation sociale sinon d'une marginalisation de certains milieux à l'égard

⁵⁴ Sur les conséquences de cette conception de l'autonomie individuelle classique dans le domaine des droits de l'enfant, voir 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 *R.D.U.S.* 27.

⁵⁵ Sur l'idée d'autonomie dans le champ des droits de l'enfant, le chapitre de Shauna Van Praagh à la page 205 du présent ouvrage nous offre une analyse très intéressante.

⁵⁶ Les chapitres d'Annamaria Colombo et de Shauna Van Praagh, respectivement à la page 109 et à la page 205 du présent ouvrage, nous permettent notamment de mesurer toute l'importance des interactions des jeunes entre eux dans leur processus d'apprentissage et d'appropriation de leurs droits.

des autres. Il s'agit d'une forme de discrimination systémique. On sait qu'elle est notamment susceptible de survenir pour des raisons de discrimination raciale, par exemple au sein des communautés noires⁵⁷ ou autochtones⁵⁸ où elle a été observée. Par extension, on accentue l'idée que les enfants et les adolescents pris en charge par la DPJ doivent être systématiquement protégés de leur environnement. Plutôt que de définir la condition concrète de l'enfant et de l'adolescent en la concevant AVEC son environnement, on décline sa situation dans une perspective qui le place DANS son environnement (entendu alors en tant que milieu dysfonctionnel), sinon CONTRE son environnement. L'idée de l'individualité absolue de l'enfant et de l'adolescent contribue alors à distinguer le sujet de cette intervention sociale de son propre milieu.

Cette perspective se trouve en outre mise en tension avec la question que nous avons déjà évoquée plus tôt : celle de savoir si la famille d'origine (ou naturelle) de l'enfant ou de l'adolescent doit systématiquement être considérée comme le meilleur milieu possible pour lui. C'est entre ces deux pôles que la question se pose alors. L'évaluation de sa condition doit tenir compte dans les deux cas de la situation réelle et contextualisée de l'enfant et de l'adolescent⁵⁹ plutôt que de se fonder sur un standard abstrait (le droit) ou social (l'idée de ce qui fonde une *bonne vie de famille* ou un *beau milieu social*), tous deux étant susceptibles de se renforcer mutuellement. Il convient du moins que le droit ne serve pas de caution à une forme de discrimination systémique et à une analyse abstraite et idéalisée de la parentalité.

⁵⁷ Lire l'article encore récent du journaliste : Jean-François NADEAU, « Le taux de signalement des enfants noirs à la DPJ choque Régine Laurent », *Le Devoir*, 11 janvier 2020, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/570630/une-loi-d-instrumentalisation-raciste-affirme-regine-laurent>>.

⁵⁸ Alexandra BRETON, Sarah DUFOUR et Chantal LAVERGNE, « Les enfants autochtones en protection de la jeunesse au Québec : leur réalité comparée à celle des autres enfants », (2012) 45-2 *Criminologie* 157.

⁵⁹ Voir le chapitre de Nico Trocmé, Marie Saint-Girons et Tonino Esposito à la page 151 du présent ouvrage, qui met en lumière une approche visant à identifier les facteurs de risque et les forces de la famille dans sa globalité pour envisager la meilleure alternative au bon développement de l'enfant.

I. Droit et intervention sociale, un rééquilibrage des pôles...

La protection de la jeunesse en tant que champ d'action social particulier n'est pas tant le produit d'une pensée unifiée que la résultante de plusieurs pôles d'action, de plusieurs systèmes de référence et de plusieurs acteurs. On peut schématiser ces pôles de diverses façons, mais toute mutation du domaine des droits de la jeunesse nécessite moins une révolution qu'un calibrage nouveau de ses composantes : la norme juridique, la réalité de l'enfant, celle de son environnement et celle du monde de l'intervention. On peut supposer qu'au cours des années qui ont suivi l'adoption de la *LPJ*, le droit a occupé une place prédominante dans cet équilibre. La reconnaissance de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, la systématisation des situations considérées comme susceptibles de compromettre la sécurité et le développement de l'enfant et de l'adolescent, la désignation spécifique des adultes susceptibles de signaler les situations de compromission, la reconnaissance de l'enfant dans sa personnalité juridique, son autonomie et son droit d'être représenté au tribunal, le rôle nouveau joué par les juges de la Chambre de la jeunesse, intégrés à la Cour du Québec⁶⁰, constituaient les éléments d'un retournement. Ces nouveaux principes marquaient la fin d'une perspective essentiellement paternaliste. Au sein de la Cour du bien-être social, chargée de la prise en charge juridique de ces situations, la manipulation des jeunes et des familles était fréquemment dénoncée.

Il est raisonnable de prétendre qu'une forme de préséance a alors été donnée au droit en tant que critère d'action. Les principes établis par la loi faisaient l'objet d'une rare unanimité. On a par la suite assisté à une professionnalisation beaucoup plus poussée du pôle de l'intervention sociale. Le développement de plusieurs formations spécialisées dans le domaine du travail social, de la psychoéducation ou de la criminologie a graduellement donné une autorité et un poids nouveaux au champ de l'intervention. Aussi, par la suite, les amendements successifs à la *Loi sur la protection de la jeunesse* ont-ils surtout visé la structuration et l'encadrement des pratiques d'intervention et des pratiques institutionnelles plutôt que le renouvellement des principes qui fondent cette intervention. La *LPJ* est ainsi devenue une loi beaucoup plus technique, touchant tout autant la gestion des dossiers, l'hébergement en centre jeunesse, le traitement administratif des signalements, les procédures autorisant ou exigeant d'une

⁶⁰ Il s'agissait à l'époque de la Cour provinciale.

personne en autorité qu'elle amène un enfant devant le Directeur de protection de la jeunesse, les relations entre les établissements de santé et de services sociaux, etc. L'ajout de plus de 200 paragraphes, articles et alinéas depuis 40 ans a repoussé les dispositions jusque-là centrales établissant les mécanismes de signalement et de prise en charge de l'enfant (les articles 38 et suiv. de la *LPJ*) à la page 20 d'une loi désormais encombrée de mille dispositions tatillonnes⁶¹. Graduellement, le pôle du droit est ainsi venu renforcer celui de l'intervention.

Conclusion

Si le droit de la jeunesse devait être repensé, l'ensemble de cet ouvrage plaiderait en faveur d'un renforcement du pôle enfant-environnement au sein de notre système de protection. Bien sûr, ce recadrage ne viendrait pas changer l'ensemble des normes, des mécanismes, des pratiques et des structures de ce système, mais en modifierait l'économie générale. Les décisions prises pour assurer la fin de la compromission seront toujours le produit de compromis intuitifs entre les impératifs liés au rétablissement des conditions assurant la sécurité et le développement de l'enfant ou de l'adolescent, la définition d'un avenir possible pour lui, le maintien des liens familiaux, le maintien sinon le rétablissement de la dignité de l'enfant, qui sont tous des objectifs inscrits directement ou implicitement dans la loi. Sur le plan de la pratique, des arbitrages ou des ajustements existeront toujours entre l'accompagnement des parents, le développement des fonctions et des compétences parentales et familiales et l'intégration sociale du jeune. Finalement, c'est le domaine des droits de l'enfant dans sa globalité qui se mobilise dans l'entre deux, dans l'oscillation permanente entre principes et actions, entre urgence et continuité, entre juridique et social, entre protéger et libérer... Une fluctuation à l'allure effrénée que le droit ne peut suivre parfaitement au risque de s'essouffler très rapidement. Il doit plutôt offrir un cadre d'actions suffisamment souple dans lequel les grands principes s'animent au contact de la réalité et des représentations sociales, et mieux encore, au contact des jeunes directement. Peut-être les quelques principes d'actions suggérés dans ce texte permettraient-ils de reposer à frais nouveaux ces paramètres liant le droit, l'intervention sociale et les enfants eux-mêmes.

⁶¹ Annamaria Colombo effectue un constat similaire dans son chapitre à la page 109 du présent ouvrage.

Notices biographiques

Nicholas Bala is a Professor of Law at Queen's University in Kingston, Canada, focussing his research on issues related to children and families involved in the justice system. Much of his research is interdisciplinary, and he has undertaken collaborative projects with psychologists, social workers, criminologists and health professionals.

Rachel Birnbaum is a Professor at King's University College, Western, cross-appointed in Social Work and Childhood & Social Institutions (Interdisciplinary Programs). Her teaching and research are in the area of children and families, and on the intersection between law and social work.

Annamaria Colombo est professeure à la HES-SO/Haute école de travail social de Fribourg (Suisse). Privilégiant des approches participatives et le dialogue entre différents types de savoir, elle mène des recherches dans les champs des marginalités urbaines et juvéniles, abordant notamment les questions d'identité, de reconnaissance sociale, de sortie de la rue, de comportements dits « à risque » (en particulier chez les jeunes) et de rapport à l'espace des populations marginalisées.

Lisa Ellington est travailleuse sociale et candidate au doctorat en travail social de l'Université Laval. Sa thèse porte sur les démarches de guérison d'hommes autochtones qui ont séjourné au sein d'un pavillon de ressourcement au Canada. Elle est professionnelle de recherche au sein du Chantier 14 (ADAJ) : des institutions innues de protection de la jeunesse.

Tonino Esposito, PhD, est professeur agrégé à l'École de Travail Social de l'Université de Montréal (UdeM), professeur associé à l'École de Travail Social de l'Université McGill, directeur du laboratoire de recherche sur les services sociaux à l'UdeM, et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en services sociaux pour les enfants vulnérables. Il est associé à un grand nombre de projets de recherche subventionnés sur les trajectoires de services sociaux pour les enfants et les familles vulnérables et dirige plusieurs recherches, dont des analyses sur le développement d'indicateurs cliniques pour les Centres Jeunesse du Québec, et l'influence des difficultés socioéconomiques sur les trajectoires de services en protection de la jeunesse.

Valentine Fau est candidate au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, sous la supervision du professeur Pierre Noreau. Elle s'intéresse au rapport entre la régulation sociojuridique et les représentations sociales, depuis des hypothèses ciblées dans le domaine des droits de l'enfant. Elle fait partie de l'équipe du chantier 9 d'ADAJ: L'accès à la justice des jeunes.

Christiane Guay est travailleuse sociale et professeure agrégée au département de travail social de l'Université du Québec en Outaouais. Ses travaux de recherche actuels portent sur le renouvellement des pratiques d'intervention sociale en contexte autochtone. Elle dirige le chantier 14 (ADAJ): Des institutions innues de protection de la jeunesse.

Lincoln Hill, MA is a PhD candidate in the counseling psychology program at Loyola University Chicago studying the mental health development of college students of color and the gendered and racialized components of the imposter syndrome on Black women college students.

Fanny Jolicoeur est intervenante sociale et candidate au doctorat en droit à l'Université du Québec à Montréal. Sa thèse porte sur la conception de l'intérêt de l'enfant vu par les enfants innus d'Uashat mak Mani-utenam. Elle coordonne le chantier 14 (ADAJ): des institutions innues de protection de la jeunesse.

Ton Liefwaard is Vice-Dean of Leiden Law School and holds the UNICEF Chair in Children's Rights at Leiden University. He is director of the Master of Laws Programme *Advanced Studies in International Children's Rights*. He teaches and conducts research in the field of international children's rights, juvenile justice, deprivation of liberty of children, child-friendly justice and access to justice for children.

Pierre Noreau est politologue et juriste. Il mène sa recherche dans le domaine de la sociologie du droit. Il est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur au Centre de recherche en droit public. Il dirige le consortium de recherche Accès au droit et à la justice (ADAJ).

Stephanie Rap is assistant professor in children's rights at the Department of Child Law, Leiden University. Her academic interest lies in the field of the effective participation of children in diverse (judicial) proce-

dures and settings. She teaches in the LL.M. programme entitled *Advanced Studies in International Children's Rights* on topics related to juvenile justice, child victims and child protection. She is a member of the editorial board of the Flemish Journal on Youth and Children's Rights.

Marie Saint-Girons, MSW, est Assistante de Recherche au Centre de recherche sur l'enfance et la famille de l'Université McGill. Elle aide présentement à coordonner l'Étude canadienne et des Premières Nations sur l'incidence des signalements de cas de violence et de négligence envers les enfants 2019 (ECI/PN-2019) qui est la quatrième étude d'envergure nationale portant sur l'incidence des signalements de maltraitance. Elle a contribué à des rapports de témoin expert sur la surreprésentation des enfants de Première Nation dans le système de protection de la jeunesse au Canada.

Marie-Christine Saint-Jacques est professeure titulaire à l'École de travail social et de criminologie de l'Université Laval. Elle dirige le partenariat de recherche interdisciplinaire Séparation parentale, recomposition familiale. Ses recherches portent sur les transitions familiales associées à la séparation des parents et sur les dispositifs sociaux déployés afin de soutenir les jeunes et les familles vivant de grandes difficultés.

Nico Trocmé, MSW, PhD, TS, MSRC est le directeur de l'école de travail social et titulaire de la chaire Philip Fisher en travail social à l'Université McGill. Il dirige depuis 25 ans des études sur les services de protection de l'enfance des provinces canadiennes et des Premières nations et a rédigé plus de 200 publications scientifiques basées sur ces recherches. Il a également servi de consultant en matière de politiques et de programmes de protection de l'enfance auprès de plusieurs gouvernements provinciaux et organisations des Premières nations et a présenté des témoignages d'experts lors de diverses enquêtes et tribunaux.

Shauna Van Praagh is a Professor of Law at McGill University, where her areas of teaching, research and writing include children and the law of civil wrongs, identity and integrity in law, religious communities and law, comparative legal traditions and methodology, and stories in legal education. She is co-director of the Youth Access to Justice group of the *Access to Law, Access to Justice* research network.

