



RAPPORT DE RECHERCHE

Le point de vue de l'enfant dans la médiation et les autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends dans les cas de séparation et de divorce : une analyse documentaire

Juin 2009



**Le point de vue de l'enfant dans la médiation et les autres méthodes
de règlement extrajudiciaire des différends dans les cas de
séparation et de divorce : une analyse documentaire**

Préparé par :
Rachel Birnbaum, Ph.D., RSW

Présenté à la
Section de la famille, des enfants et des adolescents
ministère de la Justice du Canada

*Les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles de l'auteure
et ne représentent pas nécessairement celles du
ministère de la Justice du Canada.*

Also available in English

Le présent rapport peut être reproduit, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans qu'il soit nécessaire de demander la permission du ministère de la Justice du Canada, pourvu que toutes les précautions raisonnables soient prises pour assurer l'exactitude du contenu reproduit, que le ministère de la Justice du Canada soit désigné comme source et que la reproduction ne soit pas présentée comme la version officielle du rapport original.

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2009

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	iii
RÉSUMÉ	v
1.0 INTRODUCTION	1
1.1 Objectifs.....	4
1.2 Méthodologie.....	4
1.3 Structure du document	6
1.4 Limites	6
1.5 Cadre théorique.....	7
2.0 ANALYSE DES OUVRAGES OFFRANT DIFFÉRENTS POINTS DE VUE SUR LA PARTICIPATION DES ENFANTS DANS LE CADRE DE LA SÉPARATION, DU DIVORCE, DE LA MÉDIATION RELATIVE À LA GARDE ET D’AUTRES MÉTHODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS	9
2.1 Ceux qui affirment que <i>nous devrions</i> inclure les enfants et <i>leurs raisons</i>	9
2.2 Ceux qui affirment que <i>nous ne devrions pas</i> inclure les enfants et <i>leurs raisons</i>	14
2.3 Résumé des arguments invoqués pour <i>inclure</i> ou pour <i>exclure</i> les enfants	15
3.0 QU’ENTEND-ON PAR « PARTICIPATION DES ENFANTS »?.....	17
3.1 Les différentes façons dont le point de vue des enfants est entendu au cours d’une séparation ou d’un divorce	18
3.2 Résumé des avantages et des limites des différents niveaux de participation des enfants	25
3.3 La médiation et les autres processus de RED existants qui incluent l’enfant.....	27
4.0 LEÇONS APPRISSES AU SUJET DE LA PARTICIPATION DES ENFANTS À LA MÉDIATION ET AUX AUTRES MÉTHODES DE RED UTILISÉES AU CANADA ET DANS D’AUTRES PAYS	53
4.1 Résumé des leçons apprises par les participants.....	66
5.0 ORIENTATIONS FUTURES ET QUESTIONS NON RÉSOLUES	69
BIBLIOGRAPHIE.....	73
ANNEXE A : QUESTIONNAIRES.....	87
ANNEXE B : LISTE DES PARTICIPANTS PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.....	89

REMERCIEMENTS

Il y a de nombreuses personnes que je tiens à remercier, en particulier les nombreux spécialistes de la santé mentale, du droit, de la recherche et des politiques d'un peu partout dans le monde qui ont de bonne grâce donné de leur temps et partagé leurs réflexions sur les façons de prendre en compte le point de vue des enfants au cours de la séparation ou du divorce de leurs parents. Je vous remercie pour votre contribution et, plus important encore, pour le travail que vous faites pour les enfants lors de la séparation ou du divorce de leurs parents.

Je tiens également à remercier Christine Galea, une étudiante en droit à Osgoode Hall, pour la recherche qu'elle a effectuée et l'aide qu'elle a apportée à la rédaction du présent document. Ce projet n'aurait pas été possible sans le soutien financier du ministère de la Justice du Canada. Comme toujours, j'ai pu bénéficier, tout au long du projet, du concours et des encouragements d'Amanda Scott, une agente de recherche principale de la Section de la famille, des enfants et des adolescents du ministère de la Justice du Canada.

RÉSUMÉ

Lorsque des parents se séparent ou divorcent, des décisions qui auront des répercussions importantes sur leurs enfants doivent être prises. Il faut trouver des façons de faire participer les enfants à ces décisions — en d'autres termes, de tenir compte de leur « point de vue ».

Ce n'est que récemment que l'on a commencé à favoriser la participation des enfants à la prise de décisions dans le contexte du droit de la famille. Historiquement, les enfants n'étaient pas inclus dans le processus décisionnel parce que l'on croyait qu'ils n'avaient pas la capacité nécessaire pour prendre part aux affaires relevant du droit de la famille et qu'ils avaient besoin de protection. Or, on estime maintenant que le fait de ne pas écouter les enfants peut causer plus de tort que de bien.

L'augmentation constante du nombre d'enfants vivant la séparation ou le divorce de leurs parents a suscité un intérêt pour l'aide qui pourrait être apportée aux enfants pour qu'ils expriment leurs besoins et leurs souhaits. Les enfants sont de plus en plus considérés comme des personnes titulaires de droits. Leur participation au processus de séparation ou de divorce a également été consacrée lorsque le Canada a ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant en 1991. Certaines tensions persistent cependant lorsqu'il est question de permettre aux enfants de participer au règlement des questions connexes à une séparation ou à un divorce, parce qu'on essaie de concilier la vulnérabilité des enfants et leur besoin de protection compte tenu de leur âge et de leur niveau de développement, d'une part, et leurs droits en tant que personnes, d'autre part. Un débat a cours également sur la façon d'atteindre l'objectif de faire participer les enfants — dans quelles circonstances et de quelles manières les enfants devraient-ils être inclus?

Le présent examen s'inscrit dans une analyse plus large de la participation des enfants aux processus de séparation ou de divorce. Il aborde un aspect relativement nouveau et controversé du système de justice familiale : *la médiation et les autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends relatifs à la séparation, au divorce ou à la garde qui incluent l'enfant*. Nous explorerons plus précisément des initiatives qui contribuent à donner une voix aux enfants dans les décisions concernant les ententes familiales postérieures à une séparation, par opposition aux programmes thérapeutiques ou éducatifs qui aident les enfants à s'adapter socialement, émotionnellement ou psychologiquement au processus de séparation et aux ententes familiales subséquentes.

Le document comporte cinq grandes parties. Dans la première, nous situons le débat historique et philosophique sur les raisons pour lesquelles les enfants n'ont pas été inclus dans ces processus jusqu'à maintenant et nous examinons le cadre juridique qui sous-tend la participation des

enfants. Le cadre théorique qui oriente la recherche est présenté du point de vue des théories de l'habilitation ou de l'amélioration, lesquelles reposent sur la conviction que les enfants et les adolescents ont des forces et une expertise qui devraient être reconnues et mises à profit à leur avantage.

Dans la deuxième partie, nous passons en revue la documentation traitant des différentes opinions sur la participation des enfants au processus de séparation ou de divorce de leurs parents, à la médiation relative à la garde et aux autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends. Cette partie porte principalement sur les textes de droit et de sciences sociales qui traitent des personnes qui sont d'avis que les enfants *devraient* être inclus et de leurs *raisons*, ainsi que des personnes qui estiment que les enfants *ne devraient pas* être inclus et de leurs *raisons*. Certaines des personnes qui sont d'avis que les enfants *devraient* être inclus invoquent un certain nombre de raisons fondées sur les droits et les intérêts. D'autres se réfèrent aux ouvrages en sciences sociales et aux travaux de recherche qui démontrent que la participation des enfants au processus de séparation a une corrélation positive avec leur capacité de s'adapter à la nouvelle configuration familiale et avec leur capacité de reprendre la maîtrise et les commandes de ce qui est souvent une période bouleversante et difficile pour eux. Les recherches menées en Australie et en Nouvelle-Zélande appuient précisément cette position et démontrent en outre que les enfants s'en sortent mieux lorsqu'ils participent aux décisions.

Il y a aussi ceux qui disent que les enfants ne devraient pas avoir leur mot à dire et qui avancent des arguments tout aussi convaincants. Par exemple, le fait qu'ils peuvent avoir l'impression de porter un lourd fardeau s'ils donnent leur opinion peut créer anxiété, confusion et conflit de loyauté chez les enfants. De plus, lorsqu'un enfant est invité à exprimer son point de vue, il peut penser que celui-ci sera reconnu et il sera déçu quand il constatera que son opinion n'a pas été prise en compte.

À la fin de la deuxième partie, nous donnons quelques pistes utiles pour déterminer quand inclure ou non les enfants dans la médiation. Par exemple, si les enfants sont inclus, ils devraient être consultés s'ils demandent une entrevue et s'ils ont toujours exprimé la même préférence, différente de celle de leurs parents, pour une forme particulière de partage du temps entre ceux-ci. Par contre, un enfant ne devrait pas être inclus si ses parents peuvent s'entendre sur ce qui est dans son intérêt ou s'il risque de se retrouver au centre du conflit opposant ses parents.

Dans la troisième partie, nous passons en revue les différentes façons dont le point de vue des enfants est entendu, nous décrivons des services et des programmes existants et nous résumons les avantages et les limites des différentes méthodes employées au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays, par exemple les rapports sur les enfants, la médiation, la médiation incluant l'enfant, la représentation de l'enfant par un avocat, les évaluations en matière de garde et d'accès, l'utilisation d'un spécialiste auprès des enfants dans le cadre du droit de la famille

collaboratif et d'autres processus de règlement extrajudiciaire des différends. La participation des enfants est moins grande et leur point de vue est remanié par l'adulte qui croit savoir ce qui est dans leur intérêt supérieur lorsqu'une méthode de la nature d'une enquête (évaluation en matière de garde et d'accès, représentation par un avocat et entrevue par un juge) est utilisée. La médiation relative à la garde et l'utilisation d'un spécialiste auprès des enfants dans le cadre du droit de la famille collaboratif font une plus grande place à l'enfant, bien que ce soit d'abord des adultes qui décident d'y faire participer l'enfant ou non et à quel moment le faire. Par contre, la médiation incluant l'enfant assure une plus grande autonomie et permet à l'enfant de prendre part directement aux décisions. Ce qui ressort clairement de l'examen des différents services offerts un peu partout dans le monde, c'est la variabilité, l'absence d'uniformité et le niveau de soutien financier des services destinés spécifiquement aux enfants.

La quatrième partie décrit brièvement les enjeux, les défis et les leçons apprises au regard de la participation des enfants à la médiation relative à la séparation, au divorce ou à la garde et aux méthodes de règlement extrajudiciaire des différends. Nous revenons sur les services décrits dans la troisième partie en analysant les entrevues effectuées avec des répondants clés qui œuvrent dans le domaine, effectuent des recherches et participent aux discussions stratégiques sur la participation des enfants après le divorce ou la séparation. De plus, nous faisons ressortir la variabilité des modes de prestation des services assurant la participation des enfants dans les différents pays, ainsi que le soutien en matière de recherche et l'analyse stratégique limités qui les accompagnent.

Les répondants ont notamment mentionné que les facteurs suivants doivent être pris en compte au regard de la participation des enfants : (1) l'âge et le sexe de l'enfant; (2) le développement cognitif et émotionnel de l'enfant; (3) la sécurité de l'enfant; (4) les limites de la confidentialité et du consentement; (5) la formation des professionnels qui rencontrent les enfants; (6) les barrières culturelles, linguistiques et autres qui peuvent limiter la participation de l'enfant; (7) l'évaluation constante des méthodes utilisées à l'égard des enfants ou en leur nom et les recherches dans le domaine.

Dans la cinquième partie, nous abordons brièvement les orientations futures et les questions irrésolues qui découlent de la médiation incluant les enfants et d'autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends. La participation des enfants suscite toujours la controverse, car elle est chargée d'émotions. Les ouvrages en sciences sociales énoncent des arguments tout aussi convaincants en faveur ou à l'encontre de la participation des enfants. Malgré les nombreux programmes et services d'excellente qualité qui existent dans les différents pays, un grand nombre de questions restent sans réponse. Par exemple, que savons-nous réellement au sujet de l'efficacité et de l'efficience de la représentation des enfants par un avocat, des évaluations en matière de garde et d'accès, des rapports sur le point de vue de l'enfant, de la médiation incluant l'enfant ou des autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends? Le point de vue des

enfants devrait-il être pris en compte malgré le préjudice qui peut leur être causé dans les familles où il existe des conflits, dans les situations où il peut y avoir de la violence familiale ou lorsqu'ils sont peut-être victimes de violence (physique, psychologique, sexuelle ou verbale)? Et comment savoir à quels besoins les services offerts actuellement satisfont réellement — à ceux des adultes, des tribunaux ou de l'enfant?

Si la participation des enfants fait l'objet d'analyses plus poussées à l'avenir, un certain nombre de questions importantes sur les plans théorique, pratique, stratégique et de la recherche devront être étudiées, notamment : (1) la nécessité d'établir un cadre théorique et conceptuel clair qui met en évidence les pratiques exemplaires en matière de médiation incluant l'enfant et des autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends; (2) la nécessité d'élaborer un programme de recherche coordonné qui vise à la fois le risque et la résilience des enfants pendant la séparation ou le divorce, qui prévoit la participation des enfants à toutes les étapes du processus de recherche et qui renforce la relation parent-enfant après la séparation; (3) la nécessité, pour que les enfants aient véritablement un rôle à jouer, d'un dialogue et d'un débat continu chez les praticiens, les chercheurs, les décideurs et les enfants et leurs parents, et entre eux.

1.0 INTRODUCTION

Lorsque des parents se séparent ou divorcent, des décisions qui auront des répercussions importantes sur leurs enfants doivent être prises. Il faut trouver des façons de faire participer les enfants à ces décisions — en d'autres termes, de tenir compte de leur « point de vue ».

Ce n'est que récemment que l'on a commencé à favoriser la participation des enfants à la prise de décisions dans le contexte du droit de la famille. Historiquement, les enfants étaient considérés comme des sujets de préoccupation n'ayant pas la capacité de participer aux affaires relevant du droit de la famille et devant être mis à l'abri des conflits opposant leurs parents (Graham et Fitzgerald, 2005; Morrow et Richards, 1996; Roche, 1999; Taylor, Smith et Tapp, 1999) ou ne devant pas se trouver au centre des disputes de leurs parents (Emery, 2003; Warshak, 2003). On supposait à l'époque que, en isolant les enfants de la prise de décisions postérieure à la séparation, ils échapperaient à la tourmente causée par la rupture de la relation de leurs parents (Smart, 2002). On supposait également que les parents savaient ce qui était dans l'intérêt supérieur de leurs enfants (O'Quigley, 2000; Timms, 2003) et, en conséquence, que le point de vue des enfants était bien défendu par les adultes.

L'augmentation constante du nombre d'enfants vivant la séparation ou le divorce de leurs parents a suscité un intérêt pour l'aide qui pourrait être apportée aux enfants pour qu'ils expriment leurs besoins et leurs souhaits. Comme le droit de l'enfant d'être entendu et de voir ses souhaits et ses sentiments être pris en considération est devenu un aspect important de la théorie de l'enfant (Aries, 1962; Campbell, 2004; James, Jenks et Prout, 1998; Kaganas et Diduck, 2004; Lansdown, 2005; Prout et James, 1990; Smart, Neale et Wade, 2001), ainsi que des ouvrages et des recherches en sciences sociales concernant le rôle des enfants lors de l'éclatement de la famille plus particulièrement, les opinions sur la participation des enfants aux décisions entourant la séparation ou le divorce de leurs parents ont changé (Kelly, 2002, 2003a, 2003b; McIntosh, 2000; Morrow, 1998; Neal, 2002; O'Quigley, 2000; Pike et Murphy, 2006; Smart, 2002, 2004; Smart et Neale, 2000; Smith, Taylor et Tapp, 2003; Strategic Partners, 1998; Tisdale, Baker, Marshall et Cleland, 2002; Schoffer, 2005; Thomas et O'Kane, 1998; Wade et Smart, 2002; Williams, 2006; Williams et Helland, 2007).

Les enfants sont de plus en plus considérés comme des personnes titulaires de droits plutôt que comme des sujets de préoccupation ou de décision (Eekelaar, 1992; Lansdown, 2001). En outre, les ouvrages et les recherches en sciences sociales ont démontré de plus en plus que le fait de ne pas écouter les enfants peut causer plus de mal que de bien (Kelly, 2002; Lansdown, 2001; Pryor et Rogers, 2001; Smith, Gollop et Taylor, 2000) et que la participation véritable des enfants aux différends opposant leurs parents sur les questions de garde et d'accès peut les protéger alors que l'éclatement de la famille peut les mettre en danger (Amato, 2001; Butler, Scanlon, Robinson, Douglas et Murch, 2002; Cashmore, 2003).

La participation des enfants au processus de séparation ou de divorce a également été consacrée lorsque le Canada a ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant en 1991. Cette convention est un facteur important de la volonté de plus en plus grande de permettre aux enfants d'influencer davantage les décisions juridiques qui ont une incidence sur leur vie. Selon l'article 12 de la Convention :

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.
2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale¹.

L'article 3 exige des États qu'ils agissent dans l'intérêt supérieur des enfants :

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale².

En 1998, soit plusieurs années après que le Canada a ratifié la Convention, le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants a recommandé qu'au Canada les enfants puissent être « entendus lorsque des décisions sur les responsabilités parentales les concernant sont prises » et aient l'occasion « d'exprimer leurs points de vue à un professionnel compétent dont le rôle serait de faire connaître ces points de vue au juge, à l'évaluateur ou au médiateur chargé de déterminer ou de faciliter les modalités de partage des responsabilités parentales »³.

Cette évolution de la pensée est survenue dans le contexte d'un mouvement mondial plus général pour la participation des enfants et des adolescents aux questions politiques et personnelles. Les jeunes eux-mêmes disent de plus en plus qu'ils veulent faire entendre leur voix dans les procédures judiciaires qui ont des répercussions fondamentales sur leur vie et dans les ententes postérieures à la séparation (Cashmore et Parkinson, 2008; Freeman, 1997; O'Quigley, 2000; Raitt, 2007; Smart et Neale, 2000; Parkinson et Cashmore, 2007; Parkinson, Cashmore et Single, 2006). Les recherches menées jusqu'à maintenant sur la volonté des enfants d'être inclus

¹ Le texte complet de la Convention relative aux droits de l'enfant peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.unhcr.ch/french/html/menu3/b/k2crc_fr.htm.

² *Ibid.*

³ Parlement du Canada, *Pour l'amour des enfants : Rapport du Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants* (décembre 1998), disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031529&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F>.

semblent révéler qu'ils veulent être tenus informés et qu'ils souhaitent que leurs besoins et leurs intérêts soient pris en compte. Les adolescents en particulier sont beaucoup plus susceptibles de vouloir être présents lorsque des décisions importantes les concernant sont prises et faire connaître explicitement leurs préférences au sujet de ces décisions (Neale, 2002; O'Connor, 2004).

Thomas et O'Kane (1998) affirment que la population souhaite maintenant clairement que les enfants aient leur mot à dire au regard des décisions qui ont des incidences sur leur vie. Smart, Wade et Neale (1999) soutiennent que les enfants ont beaucoup à dire au sujet du divorce et des changements touchant leur famille, par exemple sur ce qu'est la situation, sur la façon de s'y adapter et sur ce qu'elle signifie pour eux. Les auteurs indiquent que, plutôt qu'exclure les enfants, [TRADUCTION] « nous avons peut-être beaucoup à apprendre [d'eux] au sujet du divorce si nous arrêtons de les considérer comme des biens endommagés qui ont besoin de protection » (1999, p. 366).

Certaines tensions persistent cependant lorsqu'il est question de permettre aux enfants de participer au règlement des questions connexes à une séparation ou à un divorce, parce qu'on essaie de concilier la vulnérabilité des enfants, compte tenu de leur âge et de leur niveau de développement, et leurs droits en tant que personnes. Un débat a cours également sur la façon d'atteindre l'objectif de faire participer les enfants — dans quelles circonstances et de quelles manières les enfants devraient-ils être inclus? Il y a divers points de vue sur cette question. Différents mécanismes visant à encourager la prise en considération du point de vue des enfants sont actuellement utilisés au Canada, comme les rapports sur le point de vue des enfants, les évaluations en matière de garde et d'accès, la représentation de l'enfant par un avocat, la coordination des responsabilités parentales et le recours à des coordonnateurs spécialistes des enfants. Divers modèles sont également employés dans d'autres pays.

Cependant, les ouvrages sur la participation des enfants portent généralement surtout sur les méthodes utilisées dans le cadre d'une procédure judiciaire. Même si la plupart des décisions postérieures à la séparation ne sont pas prises par le tribunal, peu d'auteurs se sont intéressés aux moyens d'intégrer le point de vue des enfants dans tous les autres aspects du système de justice familiale — les enfants ont-ils leur mot à dire en amont du système de justice familiale, lors des discussions ou des négociations informelles au sein de la famille ou au début du processus de règlement des différends? Le cas échéant, comment?

Il y a particulièrement peu de recherches qui ont été publiées sur la participation des enfants à la médiation après la séparation ou le divorce de leurs parents (Mantle, 2001b; Saposnek, 2004). La *médiation*, ou négociation assistée, est une méthode extrajudiciaire de règlement des différends qui fait appel à un tiers qualifié, impartial et neutre. Des recherches récentes ont permis d'obtenir peu de renseignements systématiques sur la façon dont les enfants participent actuellement à la médiation ou aux autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends, sur l'effet, pour

les parents, les enfants et le système de justice familiale en général, de la participation des enfants et sur les leçons qui peuvent être tirées jusqu'à maintenant.

1.1 OBJECTIFS

Le présent examen s'inscrit dans une analyse plus large de la participation des enfants aux processus de séparation ou de divorce. Il aborde un aspect relativement nouveau et controversé du système de justice familiale : *la médiation et les autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends relatifs à la séparation, au divorce ou à la garde qui incluent l'enfant*. Nous explorerons plus précisément des initiatives qui contribuent à donner une voix à l'enfant dans les décisions concernant les ententes familiales postérieures à une séparation, par opposition aux programmes thérapeutiques ou éducatifs qui aident les enfants à s'adapter socialement, émotionnellement ou psychologiquement au processus de séparation et aux ententes familiales qui en découlent. Nous ne traiterons pas de la participation des jeunes à la médiation en matière de protection de l'enfance et nous nous attarderons seulement à la médiation et aux autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends incluant l'enfant qui sont utilisées dans les cas de séparation ou de divorce.

Le présent examen a un double objet. Premièrement, il traite des questions soulevées par la participation des enfants à la médiation et aux autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends (RED) pouvant être utilisées en cas de séparation, de divorce et de garde. Il passe notamment en revue les différents points de vue théoriques et les leçons apprises au sujet de cette participation. En outre, il énonce des questions irrésolues qui doivent être étudiées davantage.

Deuxièmement, le présent document analyse les différentes méthodes qui sont employées, au Canada et dans d'autres pays, pour permettre aux enfants d'exprimer leur point de vue dans le cadre d'une médiation ou d'autres méthodes de RED concernant la séparation, le divorce ou la garde.

1.2 MÉTHODOLOGIE

Pour connaître les textes écrits sur le sujet, des recherches ont été effectuées dans des index universitaires de périodiques spécialisés, notamment : (1) PsychInfo; (2) PsychArticles; (3) Medline; (4) Social Work Abstracts; (5) Sociological Abstracts; (6) Social Science Citation Index; (7) ERIC. Des recherches visant à trouver des articles traitant de manière accessoire du point de vue des enfants et de leurs souhaits, ainsi que de la séparation ou du divorce ont aussi été réalisées à l'aide de moteurs de recherche juridique, par exemple : (1) WestlawCarswell; (2) Hein Online; (3) LexisNexis; (4) Quicklaw; (5) InfoTrac; (6) LegalTrac. Des recherches d'articles conservés à titre provisoire comme des manuscrits non publiés, des documents de

conférence, des bibliographies spécialisées et des listes de curriculum vitae ont également été effectuées à l'aide des moteurs de recherche sur Internet : (1) Google.com; (2) Google.Scholar; (3) Yahoo.ca; (4) Altavista. Les termes de recherche suivants ont notamment été utilisés, dans différentes combinaisons, pour toutes les recherches électroniques : âge et stade de développement des enfants; droits des enfants; souhaits des enfants; point de vue de l'enfant; point de vue des enfants dans le cadre de la séparation ou du divorce; médiation incluant l'enfant; règlement extrajudiciaire des différends; évaluations en matière de garde; représentation de l'enfant par un avocat; garde de l'enfant; accès à l'enfant; participation de l'enfant; spécialiste auprès des enfants; procédures du tribunal de la famille; entrevues avec un juge; développement de l'enfant; développement; divorce; séparation; garde et accès; programmes concernant les pensions alimentaires pour enfants; coordination des responsabilités parentales; ressources pour les enfants.

Dans le but d'obtenir un portrait plus complet des questions soulevées par la participation des enfants à la médiation et aux processus de RED en cas de séparation ou de divorce et d'en apprendre davantage sur les différentes méthodes utilisées à cet égard, au Canada aussi bien qu'à l'étranger, des praticiens de la justice familiale (p. ex. des médiateurs familiaux, des spécialistes auprès des enfants et des avocats œuvrant dans le domaine du droit de la famille collaboratif) ont été contactés par téléphone et questionnés au sujet des méthodes utilisées actuellement pour que le point de vue de l'enfant soit pris en compte. Des gestionnaires supérieurs des installations rattachées aux tribunaux et des conseillers en politiques du système de justice pénale ont aussi été contactés par téléphone afin de mieux connaître les avantages et les limites de la participation des enfants à la médiation et aux autres méthodes de RED. Finalement, des entrevues ont été menées avec des avocats de l'Alberta, du Québec et du Bureau de l'avocate des enfants de l'Ontario qui représentent des enfants devant le tribunal dans des affaires relatives à une séparation ou à un divorce⁴. Des questions normalisées⁵, adaptées à chaque groupe d'intervenants, ont été posées afin d'obtenir de l'information sur les différentes méthodes employées actuellement. Nous avons tenté de détecter les méthodes les plus efficaces et les moins efficaces et de comprendre ce qu'exige la participation de l'enfant à la médiation et aux autres processus de RED.

⁴ Tous les participants ont été choisis en raison de leurs années d'expérience en pratique, en recherche et en matière de politiques concernant la séparation ou le divorce. Nous avons ainsi pu obtenir une vision riche et complète des forces et des limites de la participation des enfants.

⁵ Voir l'annexe A. Les participants devaient répondre aux questions normalisées afin que l'approche et l'analyse des thèmes traités soient cohérentes. Toutefois, un grand nombre de participants ont donné d'autres renseignements importants sur la pratique et la recherche qui ont ajouté profondeur et clarté à l'entrevue.

1.3 STRUCTURE DU DOCUMENT

Le document est divisé en cinq grandes parties. Après la présente introduction, nous passons en revue, dans la deuxième partie, les ouvrages de sciences sociales et présentons les différents points de vue théoriques sur la participation des enfants à la médiation et aux autres méthodes de RED relatives à une séparation, à un divorce ou à la garde d'enfants. Les méthodologies utilisées actuellement dans le domaine de la recherche sur cette question sont également expliquées.

Dans la troisième partie, nous décrivons brièvement les méthodes de médiation et les autres processus de RED incluant l'enfant qui sont actuellement employés au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays. Ces méthodes sont définies et leurs avantages et leurs limites sont examinés.

Dans la quatrième partie, nous analysons les enjeux, les défis et les leçons apprises concernant la participation des enfants à la médiation et aux méthodes de RED dans les cas de séparation, de divorce et de garde, à partir des entrevues réalisées avec des praticiens de la santé mentale et du droit, des chercheurs et des experts en matière de politiques. Les points de vue de ces répondants clés, qui interviennent en première ligne, qui mènent des recherches et qui étudient des options stratégiques pour les enfants et les adolescents complètent les ouvrages de sciences sociales et les travaux de recherche et permettent d'avoir une vision plus globale des enjeux.

Finalement, la cinquième partie porte sur les orientations qui découleront de la participation des enfants à la médiation et aux autres méthodes de RED. Cette partie traite également des questions toujours irrésolues dans le domaine.

1.4 LIMITES

Il y a plusieurs limites importantes à l'information contenue dans le présent document qu'il faut connaître. D'abord, l'examen n'avait pas pour but de faire l'inventaire de toutes les initiatives pratiques relatives à la médiation et aux autres méthodes de RED incluant l'enfant au Canada et à l'étranger, mais plutôt d'examiner les questions soulevées par l'utilisation de ces méthodes en matière de séparation ou de divorce. Il ne porte pas non plus sur la participation des jeunes à la médiation en matière de protection de l'enfance⁶.

Ensuite, les répondants ont été choisis parmi les praticiens du droit, de la santé mentale, de la recherche et des politiques du Canada et ailleurs qui possédaient une expertise en matière de

⁶ Les lois sur la protection de l'enfance ne relèvent pas du gouvernement fédéral. Chaque province a sa propre loi sur la question; cette loi prévoit les différentes formes que peut prendre la participation de l'enfant aux procédures en matière de protection de l'enfance (p. ex. représentation par un avocat, médiation). Selon la Constitution toutefois, la responsabilité en matière de droit de la famille au Canada est partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux. Le présent document ne traite des questions de garde et d'accès qu'en regard du droit fédéral.

pratique et de recherche concernant la participation des enfants à la médiation et aux autres processus de RED⁷. Par conséquent, l'information obtenue n'est pas représentative de tous les professionnels œuvrant dans ce domaine spécialisé du droit de la famille.

Les entrevues ont été particulièrement importantes pour obtenir des renseignements additionnels étant donné que, si on fait abstraction de la recherche empirique réalisée en Australie et de la recherche qualitative effectuée en Nouvelle-Zélande sur le rôle des enfants dans le cadre de la médiation, peu de recherches rigoureuses ont été effectuées dans ce domaine. Plusieurs examens et résumés d'excellente qualité donnent de l'information sur les différentes méthodes de médiation et de RED incluant l'enfant et sur les ressources et les programmes offerts aux enfants touchés par le divorce ou la séparation de leurs parents (Ministry of Attorney General, Colombie-Britannique, 2007; O'Connor, 2004; Williams et Helland, 2007). Aucun examen exhaustif ne porte cependant à la fois sur les recherches empiriques, les ouvrages de sciences sociales et l'expérience pratique des cliniciens de la santé mentale et des experts en droit et en politiques.

Par ailleurs, contrairement à d'autres projets de recherche qui font appel à une méthodologie et à une procédure rigoureuses concernant l'analyse d'entrevues téléphoniques (une analyse thématique enregistrée sur bande sonore par différents programmes qualitatifs générés par ordinateur), le présent examen est fondé sur des entrevues téléphoniques moins structurées avec les participants. Cependant, les thèmes sont tirés des commentaires des différents répondants et font ressortir des options en matière de pratique, de recherche et de planification stratégique.

Finalement, en raison de contraintes de temps et de questions de consentement et de confidentialité, aucun jeune n'a été interrogé au sujet de ses expériences et de sa participation à la médiation et aux autres processus de RED.

1.5 CADRE THÉORIQUE

Sur le plan théorique, la documentation en sciences sociales et les travaux de recherche sont présentés du point de vue des théories de l'habilitation ou de l'amélioration, laquelle est fondée sur le fait que les enfants et les adolescents ont des forces et de l'expertise qui devraient être reconnues et mises à profit dans leur intérêt. De plus, ce cadre repose sur la conviction que les

⁷ L'auteure sait qu'il y a de nombreux autres experts dans le monde qui font ce travail pour des enfants. Cependant, en raison de contraintes de temps, les personnes ont été choisies, en consultation avec le ministère de la Justice du Canada, en raison de leurs années de pratique, de recherche et d'expertise en matière de politiques dans le domaine.

enfants et les adolescents peuvent changer leur situation et devenir des « acteurs sociaux » plus efficaces s'ils sont tenus informés de ce qui se passe et sont autorisés à participer aux décisions familiales qui les touchent (Biddulph, Biddulph et Biddulph, 2003; Birnbaum, 2007).

2.0 ANALYSE DES OUVRAGES OFFRANT DIFFÉRENTS POINTS DE VUE SUR LA PARTICIPATION DES ENFANTS DANS LE CADRE DE LA SÉPARATION, DU DIVORCE, DE LA MÉDIATION RELATIVE À LA GARDE ET D'AUTRES MÉTHODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES DIFFÉRENDS

La présente section porte sur le débat, du point de vue du droit, des sciences sociales et de la recherche, entre ceux qui favorisent l'inclusion des enfants dans le processus décisionnel entourant la séparation ou le divorce et ceux qui s'y opposent. Neale (2002) affirme que [TRADUCTION] « ces arguments cachent tout un débat sous-jacent sur la question de savoir quel groupe d'adultes (mères, pères, juristes, travailleurs sociaux ou thérapeutes) est le mieux placé pour satisfaire aux besoins des enfants, débat dont ces derniers ont été essentiellement exclus »⁸.

2.1 CEUX QUI AFFIRMENT QUE *NOUS DEVRIONS* INCLURE LES ENFANTS ET LEURS RAISONS

Ceux qui estiment qu'il faut écouter les enfants durant la séparation ou le divorce de leurs parents invoquent les droits et l'intérêt des enfants. Tout d'abord, la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant⁹ reconnaît le droit de l'enfant de se faire entendre et de voir son opinion être prise en considération. Les partisans de cette théorie fondée sur les droits voient les enfants non pas comme des biens, mais comme des personnes qui peuvent et qui devraient participer aux décisions qui les concernent (Atwood, 2003; Brennan, 2002; Elrod, 2007; Lansdown, 2001, 2005; Woodhouse, 2000). La Convention énonce implicitement le principe que les enfants devraient être respectés et entendus; en plus, elle leur reconnaît les mêmes droits civils, économiques, politiques et sociaux qu'aux adultes.

Deuxièmement, ceux qui favorisent l'inclusion des enfants font valoir que ceux-ci veulent généralement prendre part activement aux décisions qui ont une incidence sur leur vie après la séparation ou le divorce (Cashmore et Parkinson, 2007; 2008; O'Quigley, 2000; Parkinson et Cashmore, 2007; Parkinson, Cashmore et Single, 2006; Neale, 2002; Smith et Gollop, 2001).

⁸ Neale, B. (2002), « Dialogues with children: Children, divorce et citizenship », *Childhood*, p. 469.

⁹ Précitée à la note 2.

Cependant, il ne s'ensuit pas qu'ils souhaitent prendre les décisions ou choisir entre leurs deux parents. Les enfants connaissent la différence entre le fait de donner leur avis dans le cadre du processus décisionnel et celui de prendre la décision finale (Kelly, 2002; Morrow, 1999; O'Quigley, 2000; Neale et Smart, 2001)¹⁰.

Fait encore plus important, les enfants veulent être tenus informés, ils veulent comprendre le processus de séparation ou de divorce et faire connaître leurs besoins et leurs intérêts durant la séparation ou le divorce (Birnbaum, 2007; Marchant et Kirby, 2004; Neale, 2002). Smith (2007) affirme qu'il est possible, en offrant cette information aux enfants et en leur permettant de participer au processus, d'écouter avec plus de respect leurs souhaits, leurs besoins et leurs intérêts, puis d'en tenir compte. Taylor, Smith et Nairn (2001) ont constaté que les enfants eux-mêmes jugeaient leurs droits de participation importants pour ce qui est des questions relatives à la famille et des questions concernant les systèmes juridique et social.

Troisièmement, la participation des enfants est intimement liée à l'inclusion sociale dans une optique générale sur le plan des politiques. En effet, les politiques, les services et les programmes deviennent plus efficaces quand les enfants participent à leur conception, à leur planification et à leur mise en œuvre (Lansdown, 2005; Ministry of Social Development, 2003). D'après James et Gilbert (2000), à moins d'intégrer le point de vue des enfants au processus d'élaboration des politiques qui les touchent directement, les décideurs ne peuvent savoir comment ces derniers perçoivent le problème ni obtenir leurs suggestions ou leurs idées quant à la façon de le régler. Le même argument peut être avancé à propos de la participation des enfants aux décisions qui font suite à l'éclatement de la famille. Smart, Neale et Wade (2001) estiment que les politiques familiales doivent tenir compte du point de vue des enfants si l'on veut donner à ces derniers tout le respect auquel ils ont droit et respecter les principes éthiques.

Quatrièmement, certains citent aussi les ouvrages de sciences sociales et les travaux de recherche qui montrent que la participation des enfants à plusieurs décisions, notamment pour leur permettre de décrire comment ils vivent la séparation de leurs parents (Cashmore et Parkinson, 2008; Butler et coll., 2002; Dunn et Deater-Deckard, 2001; May et Smart, 2004; Neale, 2002; Smith et coll., 2003; Smart, 2002), a une corrélation positive avec leur capacité de s'adapter à la nouvelle configuration familiale (Butler, Scanlon, Robinson, Douglas et Murch, 2003) et avec leur capacité de reprendre la maîtrise et les commandes de ce qui est souvent une période bouleversante pour eux après la séparation ou le divorce (Brown, 1996; Butler et coll., 2002; Saposnek, 1998).

¹⁰ Le lecteur est aussi invité à prendre connaissance du document de Richard Chisholm, *Children's participation in family court litigation*, présenté à la conférence mondiale de l'Association internationale de droit de la famille qui s'est déroulée à Brisbane, en Australie, du 9 au 13 juillet 2000, concernant le débat pour ou contre la participation des enfants en droit de la famille. Le document est disponible en ligne à l'adresse : <http://www.familylawwebguide.com.au/library/spca/docs/Childrens%20participation%20in%20family%20court.pdf>

Cinquièmement, d'autres ont souligné que la participation des enfants était importante parce qu'elle permet l'énonciation la plus directe de leurs besoins. Quand l'accent est mis sur les besoins des enfants dès le début, il est possible de réduire la gravité et la durée du conflit (McIntosh, 2003) tout en favorisant le désir de conciliation des parents afin de les amener à communiquer plus efficacement au nom de leurs enfants (Goldson, 2006). Gray (2002) a précisé également que les enfants qui participent au processus décisionnel peuvent exprimer plus clairement leurs souhaits et leurs besoins, ce qui peut leur permettre d'acquérir les qualités voulues afin de communiquer et de négocier avec la famille.

Sixièmement, la participation véritable des enfants peut avoir un effet protecteur durant la séparation ou le divorce (Brown, 1996; Pryor et Emery, 2004; Pryor et Rogers, 2001) : elle leur donne un sentiment de responsabilité et améliore la relation parent-enfant (Brown, 1996; Goldson, 2006; Sanchez et Kibler-Sanchez, 2004) puisque ces derniers ont un rôle à jouer dans les décisions (Cashmore et Parkinson, 2007, 2008). Quand ils se font entendre, les enfants gagnent en estime de soi et ont un meilleur contrôle sur leur vie, ce qui accroît leur résilience (Kelly, 2002, Marchant et Kirby, 2004; Pryor et Emery, 2004; Williams, 2006).

En dernier lieu, même si les études dans ce domaine ont été limitées jusqu'à maintenant, les programmes fondés sur des recherches en Australie et en Nouvelle-Zélande montrent à quel point il peut être avantageux, pour les familles séparées, de prendre en compte l'expérience et l'opinion des enfants dans un processus de médiation thérapeutique (Goldson, 2006; McIntosh, 2000, 2003, 2005, 2006, 2007; McIntosh et Deacon-Wood, 2003; McIntosh et Long, 2005, 2006, 2007; McIntosh, Long et Moloney, 2004; McIntosh, Wells et Long, 2007; McIntosh, Wells, Smyth et Long, 2008; Moloney, 2005, 2006; Moloney et McIntosh, 2004)¹¹. Par exemple, McIntosh (2007) et ses collègues chercheurs en Australie ont évalué un modèle de pratique fondé sur des preuves empiriques applicable à la médiation incluant des enfants. Ils ont mis en lumière les résultats communs aux deux groupes, propres à l'intervention incluant les enfants, et les différences entre chaque intervention. Ils ont comparé ces résultats sur une période de 12 mois pour 275 parents séparés (142 familles) et leurs enfants (un total de 364 enfants, dont 193 étaient âgés de 5 à 16 ans) qui ont suivi les deux formes différentes de médiation.

Le premier type d'intervention était axé sur l'enfant : le médiateur aidait les parents à s'entendre sur leurs rôles respectifs envers les enfants compte tenu du développement de ces derniers. La deuxième forme d'intervention incluait l'enfant, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'une médiation axée aussi sur l'enfant, mais assortie d'une brève évaluation directe de l'expérience de la

¹¹ Pour une analyse approfondie de cette grande recherche et de ses résultats, le lecteur est aussi invité à se rendre sur le site Web du gouvernement de l'Australie, qui renferme une série d'articles et des renseignements, préparés par ces chercheurs, sur les interventions incluant les enfants : http://www.familycourt.gov.au/presence/connect/www/home/publications/papers_et_reports/new_papers/papers_state_of_the_nation.

séparation vécue par l'enfant et de sa relation avec son père et sa mère. Dans ce type d'intervention, la rétroaction obtenue des enfants était communiquée par un spécialiste auprès des enfants, pendant la séance de médiation des parents, en vue d'aider ces derniers à mieux comprendre les besoins de leurs enfants.

De l'information a été recueillie au début des deux interventions, puis trois et douze mois après la fin de la médiation, afin d'analyser les différences qu'il y avait, le cas échéant, entre les deux types d'intervention. Les aspects analysés étaient plus précisément les suivants : 1) l'entente entre les parents après la séparation; 2) la gestion des conflits; 3) la relation parent-enfant; 4) la nature et la gestion des modalités de vie; 5) le bien-être de l'enfant et son adaptation; 6) la façon dont l'enfant se représentait le conflit entre ses parents; 7) la perception qu'il avait du conflit et de la communication entre ses parents.

Dans les deux groupes, il y avait des taux élevés de mauvaise communication entre les parents, de conflits parentaux et d'enfants qui vivaient une détresse psychologique notable au début de l'intervention. Cependant, un an après la fin de la médiation, les chercheurs ont constaté une réduction importante et durable des différends dans les deux groupes. La majorité des parents, d'un groupe comme de l'autre, signalaient qu'ils avaient amélioré la situation ou résolu le conflit initial qui les avait amenés vers la médiation à l'origine. Les enfants des deux groupes, peu importe leur âge, percevaient un conflit moins fréquent et moins intense entre leurs parents et se sentaient moins troublés par le conflit qui opposait leur père et leur mère.

Il est intéressant de voir que certaines conclusions se rattachaient spécifiquement à l'intervention incluant l'enfant et ne se manifestaient pas dans l'autre forme de médiation; il s'agit principalement des effets, sur les pères et les enfants, de l'inclusion de ces derniers au processus. Un an après la fin de la médiation, les pères affirmaient vivre moins de conflits avec leur ex-conjointe et faisaient état d'une nette amélioration de la complicité parentale. En outre, les enfants ont déclaré qu'ils se sentaient plus proches de leur père et que celui-ci affichait une disponibilité émotionnelle plus grande; les enfants étaient aussi plus satisfaits de l'entente parentale et moins enclins à vouloir la changer. Les pères étaient également plus satisfaits de l'entente parentale — même si les enfants passaient moins souvent la nuit chez eux — que les pères visés par l'intervention axée sur les enfants. Finalement, les soins et les contacts s'étaient davantage stabilisés au cours de l'année.

En Nouvelle-Zélande, Goldson (2006)¹² a réalisé une étude qualitative sur la médiation incluant les enfants auprès de 17 familles et de 26 enfants âgés de six à 18 ans. Les questions d'entrevue visaient à mettre en lumière l'expérience vécue par les enfants et leurs parents au sujet de

¹² Pour une analyse plus complète des conclusions de cette recherche, le lecteur est invité à se rendre sur le site Web du gouvernement de la Nouvelle-Zélande : <http://www.familiescommission.govt.nz/download/innovativepractice-goldson.pdf>.

l'entente parentale un mois après la médiation. Contrairement à l'étude précitée, le même médiateur a rencontré les parents et les enfants individuellement. Les commentaires faits par ces derniers ont ensuite été communiqués aux parents. Les enfants savaient ce qui était discuté avec leurs parents et avaient la possibilité d'indiquer l'information qu'ils préféreraient garder confidentielle. Ils ont été par la suite réunis avec leurs parents pour discuter de l'entente parentale et, deux semaines plus tard, tous ont pu s'exprimer sur la manière dont se déroulait la mise en œuvre de cette entente et faire connaître les préoccupations qui persistaient, le cas échéant.

Goldson a constaté que les enfants ont unanimement aimé le fait d'avoir eu la possibilité de se faire entendre et se sont dits plus satisfaits de l'entente parentale définitive. Ils ont fait savoir qu'ils souhaitaient ardemment jouer un rôle actif dans la restructuration des relations familiales. Les parents ont signalé un degré moindre de conflit entre eux, et chacun était généralement plus satisfait du processus. Tant les parents que les enfants ont reconnu que ces derniers préféreraient s'adresser à un médiateur qui avait eu des contacts antérieurs avec les deux parents en même temps. Dans l'ensemble, la chercheuse a pu conclure que les conflits parentaux étaient plus rares et la conciliation et la coopération s'étaient améliorées. En outre, il y avait eu au sein de chaque famille une plus grande sensibilisation des parents aux répercussions de leurs conflits et à l'importance de leur collaboration pour leurs enfants. Puisque leurs parents avaient écouté leur opinion et en avaient tenu compte, les enfants ont déclaré se sentir plus détendus et plus à même de s'adapter à la séparation.

Les études effectuées en Australie et en Nouvelle-Zélande confirment la teneur des ouvrages de sciences sociales qui décrivent les *raisons* pour lesquelles il est important d'inclure les enfants dans le processus décisionnel. Cependant, elles ne sont pas aussi claires quant à la *façon* dont les enfants devraient participer au processus. Sans compter que les résultats sont différents quand c'est le même médiateur qui interroge les enfants et les parents ou quand c'est une personne différente qui s'occupe des enfants. Ce dernier point sera examiné plus en profondeur quand nous aborderons la médiation relative à la garde. À tout le moins, ces études montrent bien que la participation des enfants peut avoir des effets bénéfiques sur leur bien-être émotionnel et leur donner la possibilité d'avoir leur mot à dire dans les décisions qui les concernent. En outre, elles confirment qu'il est important de procéder à d'autres recherches concernant des interventions fondées sur des preuves empiriques si l'on veut aider les enfants et leurs familles après la séparation ou le divorce à cerner les mesures qui peuvent être les plus profitables pour les enfants et à savoir comment les appliquer.

2.2 CEUX QUI AFFIRMENT QUE *NOUS NE DEVRIONS PAS INCLURE LES ENFANTS ET LEURS RAISONS*

Tout comme il y a de solides opinions pour l'inclusion des enfants dans les décisions qui suivent la séparation ou le divorce, des arguments tout aussi convaincants sont avancés pour les en exclure. Premièrement, des auteurs rappellent qu'il faut user de prudence à plusieurs égards quand on invoque les droits des enfants. Ainsi, Atwood (2003) fait valoir qu'il y a une contradiction entre la protection des enfants contre les préjudices émotionnels, d'une part, et la protection du droit des parents à l'application régulière de la loi, de l'autre, quand on cherche à déterminer quels sont les désirs des enfants. Selon Guggenheim (2003), bien qu'il y ait des motifs non négligeables d'investir les enfants de droits, ces droits s'accompagnent de certains coûts, parce qu'ils sont relatifs. En effet, si un enfant possède des droits, alors quelque'un, quelque part, a une obligation, et les droits des enfants se trouvent toujours entre les mains d'adultes.

Deuxièmement, les médiateurs eux-mêmes mentionnent le risque que les enfants soient manipulés par l'un ou l'autre de leurs parents afin qu'ils prennent parti lorsque les droits de garde et d'accès sont contestés, ce qui provoque anxiété et conflit de loyauté chez les enfants (Brown, 1996; Emery, 2003; Garwood, 1990; Gentry, 1997; Saposnek, 2004). D'autres ont souligné que l'inclusion des enfants pourrait saper l'autorité parentale et se traduire par une intrusion négative de plus dans la vie des enfants et dans les relations familiales (Brown, 1996; Emery, 2003; Lansky, Manley, Swift et Williams, 1995). De leur côté, Garrity et Baris (1994) estiment que l'implication des enfants peut aussi inciter ces derniers à dire à chaque parent ce qu'il souhaite entendre, ce qui serait peu bénéfique pour les enfants. En outre, selon Warshak (2003), si on présente les désirs des enfants sans en comprendre les fondements, on peut créer plus de problèmes pour les enfants. En d'autres termes, il faut comprendre le contexte dans lequel ces désirs sont exprimés. D'après le chercheur, le fait de déléguer un pouvoir trop grand à l'enfant au lieu de l'aider à se trouver des stratégies d'adaptation pendant la séparation de ses parents peut lui imposer un fardeau supplémentaire en lui confiant une responsabilité démesurée.

Troisièmement, les conclusions qualitatives publiées par Goldson (2006), McIntosh (2000, 2007) et Garwood (1990) portent à croire que les enfants ne profitent pas toujours de leur participation au processus de médiation, par exemple lorsque les parents se sentent tellement dépassés qu'ils ne peuvent pas appliquer la rétroaction positive qui leur est donnée, quand la relation entre les parents est extrêmement conflictuelle ou quand les parents ont des problèmes de santé mentale qui empêchent toute collaboration positive. Kelly (2003) et Saposnek (2004) ont conclu également que tous les enfants ne veulent pas nécessairement être entendus et n'en ont pas tous besoin non plus. Ils émettent l'hypothèse qu'il n'y a aucune raison d'interroger l'enfant à moins que l'enfant lui-même ou son parent ne le demande.

Un autre point qui est invoqué pour s'opposer à la participation des enfants, c'est que ceux-ci risquent d'être déçus quand ils constatent, une fois qu'on leur a demandé leur point de vue et qu'ils sont persuadés que leur opinion sera déterminante, qu'on ne les a pas écoutés. Ils peuvent alors ressentir de la colère ou se sentir blessés, car ils ont l'impression de ne pas avoir été pris en considération, ou avoir l'impression d'assumer une trop grande responsabilité à l'égard de la décision. Dans l'un ou l'autre cas, la stabilité émotionnelle de l'enfant peut être compromise. De même, un parent peut se servir des souhaits de l'enfant comme monnaie d'échange pour obtenir l'entente désirée ou, encore, prétendre que l'enfant est traumatisé par le processus de médiation, ce qui vient tout saboter (Emery, 2003; Simpson, 1991). Il se peut également que les enfants n'expriment pas leurs vrais sentiments par crainte de représailles de la part de leurs parents ou de leur colère; ils ne devraient alors pas être placés dans cette situation (Brown, 1996; Drapkin et Bienenfeld, 1985).

2.3 RÉSUMÉ DES ARGUMENTS INVOQUÉS POUR *INCLURE* OU POUR *EXCLURE* LES ENFANTS

Il n'y a pas de réponse facile quand il s'agit de déterminer si les enfants devraient participer aux décisions prises après la séparation ou s'ils devraient en être exclus. Comme on peut le constater à la lecture de ce qui précède, les recherches cliniques et les ouvrages de sciences sociales ne s'entendent pas sur la question. Selon O'Connor (2004), une des raisons qui expliquent pourquoi les chercheurs et les praticiens ont des opinions à ce point divergentes sur l'opportunité de faire participer les enfants au processus décisionnel après la séparation, c'est qu'ils étudient des façons très différentes d'inclure les enfants. Elle soutient que, dans le fond, les chercheurs et les praticiens s'opposent ou souscrivent non pas à l'inclusion des enfants, mais plutôt à certaines des méthodes choisies pour les faire participer.

Il y a des avantages et des inconvénients des deux côtés. Il semble que l'aspect déterminant tient finalement du « contexte » de chaque dossier. Sur le plan théorique, la participation des enfants dépend de l'optique théorique et conceptuelle du médiateur. En d'autres termes, il serait nécessaire que le médiateur accepte la notion que les enfants possèdent des droits et qu'ils doivent être entendus et reconnus. En outre, il faudrait que le médiateur apprécie et comprenne les capacités des enfants, qui évoluent sans cesse. En revanche, sur le plan pratique, l'implication des enfants dépend de l'orientation clinique du médiateur et de son habileté à interroger des enfants et à évaluer les besoins de chaque enfant et de ses parents. Du point de vue du chercheur, la participation des enfants dépend de la recherche disponible concernant les interventions fondées sur des preuves empiriques qui mettent l'accent sur les facteurs de risque et de résilience des enfants et des familles. Cette recherche peut à son tour orienter la pratique et encadrer les politiques au sujet de la médiation incluant les enfants et d'autres méthodes de RED. Sur le plan

stratégique, la participation des enfants dépend des ressources, de la formation, des politiques et des lois qui régissent l'inclusion des enfants avant, pendant et après la séparation ou le divorce.

Saposnek (2004) et Kelly (2002) offrent quelques pistes utiles pour déterminer quand inclure ou non les enfants dans la médiation. Les deux auteurs soulignent que le médiateur doit posséder les qualités, la formation et les connaissances requises, en plus d'être à l'aise avec les enfants si ces derniers doivent être impliqués. Les enfants devraient être inclus dans les circonstances suivantes : (1) ils expriment avec constance leur préférence pour une forme particulière de partage de garde et un parent n'est pas d'accord; (2) l'enfant a demandé expressément à parler au médiateur; (3) les deux parents ont besoin d'entendre leur enfant décrire les effets négatifs de leur différend sur lui; (4) l'enfant a la capacité cognitive de communiquer son point de vue et ses souhaits à un médiateur (il est âgé de 6 à 16 ans).

Les enfants devraient par ailleurs être exclus dans les circonstances suivantes : (1) les deux parents peuvent s'entendre sur les besoins de l'enfant et établir une entente parentale qui répond à ces besoins; (2) l'enfant est trop jeune et ne possède pas la capacité cognitive de communiquer avec fiabilité ses souhaits (généralement les enfants de moins de trois ans); (3) l'enfant affiche un malaise émotionnel et comportemental à l'idée de rencontrer un médiateur pour exprimer son point de vue; (4) l'enfant est manipulé par un de ses parents.

3.0 QU'ENTEND-ON PAR « PARTICIPATION DES ENFANTS »?

La participation des enfants aux décisions relatives à la séparation ou au divorce de leurs parents peut prendre des formes très différentes : ils peuvent participer directement ou indirectement aux décisions de leurs parents qui ont une incidence sur leur vie, faire des propositions relativement aux services qui leur sont destinés lors de la séparation ou du divorce ou participer aux discussions sur des questions stratégiques plus générales qui les concernent¹³.

De plus, il y a différents niveaux de participation. L'échelle de participation établie par Hart (1992) comporte huit degrés. À mesure que l'enfant grimpe les barreaux de l'échelle, sa participation est plus importante. Au bas de l'échelle, les enfants font ce que les adultes leur disent de faire, mais à mesure qu'ils grimpent, ils peuvent plutôt être invités à participer à la planification d'une activité familiale ou communautaire ou exprimer leurs idées et leurs sentiments, sans toutefois avoir la possibilité de faire des choix. Au haut de l'échelle, les enfants peuvent décider eux-mêmes du programme et inviter les adultes à y participer.

Shier (2001) associe la participation des enfants à différentes ouvertures, possibilités et obligations. Comme pour Hart, il existe, pour Shier, différents niveaux de participation, le premier étant celui où les enfants sont seulement écoutés et le dernier, celui où les enfants partagent avec les adultes les pouvoirs et les responsabilités en matière de décisions.

Selon Sinclair (2004), la participation des enfants comporte quatre dimensions : (1) le niveau d'engagement actif envers la participation (p. ex. la mesure dans laquelle les pouvoirs sont partagés entre les adultes et les enfants); (2) l'objet central des décisions concernant les enfants (p. ex. les décisions prises au sein de la famille par opposition à celles prises dans le contexte des services publics); (3) la nature de l'activité de participation (p. ex. des consultations, des groupes de discussion ou des groupes consultatifs formés de jeunes, la participation continue à la gouvernance d'institutions); (4) les enfants et les adolescents concernés. Ce modèle repose sur le principe voulant que, compte tenu de la diversité des enfants, il est important de s'intéresser d'abord au quatrième facteur — les enfants et les adolescents concernés — et d'examiner, par exemple, l'âge, le sexe, la culture, la situation économique et sociale et les déficiences. Cette dimension doit ensuite être adaptée à toutes les autres dimensions concernant la nature de l'activité, son objet et le contexte dans lequel les décisions sont prises, pour que les enfants participent véritablement aux décisions qui ont des répercussions sur leur vie.

¹³ Le lecteur est également invité à consulter la publication suivante : Lansdown, G. (2001). *Promouvoir la participation des enfants au processus décisionnel démocratique*. UNICEF Insight Innocenti. Ce document met en contexte la signification et l'incidence de l'article 12 de la Convention. Il est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/insight6f.pdf>.

3.1 LES DIFFÉRENTES FAÇONS DONT LE POINT DE VUE DES ENFANTS EST ENTENDU AU COURS D'UNE SÉPARATION OU D'UN DIVORCE

La participation des enfants à la médiation et aux autres méthodes de RED varie énormément et ne suit pas un modèle en particulier. Selon les différents modèles de participation qui ont été décrits précédemment, les enfants interviennent généralement peu dans ces processus : ils n'ont pas automatiquement leur mot à dire et continuent plutôt d'attendre que les adultes leur demandent leur avis, ce qui leur donne le sentiment d'avoir moins d'influence sur les décisions.

À l'heure actuelle, les enfants et les adolescents participent à la médiation et aux processus de RED de différentes façons : (1) en participant directement à la séance de médiation; (2) en participant directement à la séance de médiation, mais avec l'aide d'une personne de confiance; (3) en participant indirectement, par exemple en faisant part de leur point de vue ou de leurs réactions à un spécialiste auprès des enfants, qui les communiquent lors d'une séance de médiation ou de droit de la famille collaboratif. Nous avons examiné certains des modèles de médiation ou d'autres méthodes de RED incluant l'enfant dans les sections précédentes (p. ex. Goldson, 2006; Kelly, 2002; McIntosh, 2000; Saposnek, 2004). Nous clarifierons maintenant davantage ce qu'est la médiation¹⁴, la médiation incluant l'enfant, les méthodes de RED et le recours à un spécialiste auprès des enfants dans le cadre du droit de la famille collaboratif.

Médiation

Le déroulement de la médiation dépend en grande partie de la personne qui la dirige (avocat ou praticien de la santé mentale), de l'endroit où elle est offerte (secteur privé ou secteur public) et de son objet (garde, accès, biens). De plus, il existe différents types de médiation (participative, transformationnelle, évaluative et thérapeutique). La médiation possède généralement les quatre caractéristiques suivantes : (1) elle est axée sur les processus; (2) elle est centrée sur le client; (3) elle met l'accent sur la communication; (4) elle est fondée sur l'intérêt des parties (Mayer, 2004).

La médiation est utilisée dans les cas de séparation et de divorce depuis de nombreuses années et elle constitue une solution de rechange idéale aux tribunaux (Folberg, 1983; Folberg, Milne et Salem, 2004; Folberg et Taylor, 1984; Haynes, 1980; Irving, 1980; Saposnek, 1983, 1998). Elle est préférable à l'approche contradictoire traditionnelle qui met l'accent sur un jeu à somme nulle dans lequel il y a un gagnant et un perdant. Elle fait plutôt appel à un professionnel neutre qui aide les parents à parvenir à une entente sur l'exercice de leurs responsabilités à l'égard de leurs enfants. La médiation est avantageuse pour les parents, car ils ne sont pas engagés dans la mentalité gagnant-perdant qui est souvent associée à un litige. Elle l'est aussi pour les enfants,

¹⁴ Le terme [TRADUCTION] « conciliation » a été souvent utilisé en Écosse et en Angleterre (Garwood, 1990).

car elle favorise une coopération accrue entre les parents. De plus, la relation parent-enfant est moins menacée que dans le cas de la procédure contradictoire, où l'un des parents blâme souvent l'autre.

La participation des enfants au processus de médiation a cependant été très limitée (Austin, Jaffe et Hurley, 1991) jusqu'à tout récemment (Goldson, 2006; McIntosh, 2007; Ministry of the Attorney General, Colombie-Britannique, 2007; Saposnek, 2004). Saposnek (2004) indique que les médiateurs ont permis aux enfants d'exprimer directement leur point de vue dans de 4 à 47 p. 100 seulement de toutes les médiations effectuées dans les secteurs privé et public aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie.

Si les auteurs ont beaucoup écrit sur les avantages et les limites possibles de la participation ou de la non-participation des enfants à la médiation, on a moins parlé des recherches qui appuient la participation des enfants ou qui y sont défavorables (O'Connor, 2004). Les opinions divergentes sur la question ne sont pas différentes de celles exprimées dans le cadre du débat sur la question de savoir comment les enfants sont considérés au fond pendant le processus de divorce — selon une approche fondée sur les droits ou selon une approche protectrice (Elrod, 2007; Schoffer, 2005; Woodhouse, 2000).

Médiation incluant l'enfant

Lorsque la médiation inclut l'enfant, celui-ci peut y participer de deux manières différentes : le même médiateur interroge les parents et l'enfant séparément, puis fait part aux parents des commentaires de l'enfant ou fait participer l'enfant à la séance de médiation avec les parents, ou bien un spécialiste auprès des enfants rencontre l'enfant séparément et fait part de ses commentaires à ses parents ou assiste à la séance de médiation des parents avec l'enfant en qualité de personne de confiance (Gamache, 2005, 2006; Gentry, 1997; Goldson, 2006; Kelly, 2002; McIntosh, 2000; Mosten, 1997; Saposnek, 2004).

Gentry (1997), Kelly (2002) et Saposnek (2004) font participer les enfants de plusieurs manières différentes. Par exemple, ils peuvent interroger l'enfant au début du processus afin de connaître son point de vue et ses sentiments au sujet de la situation; ils présentent ensuite l'information aux parents. Ils peuvent amener l'enfant aux séances de médiation lorsque celui-ci peut apporter des éclaircissements sur un point particulier. Ils peuvent aussi discuter avec l'enfant après que ses parents se sont entendus sur le partage de leurs responsabilités à son égard afin de voir si des changements pourraient être nécessaires. Ils peuvent également faire en sorte que l'enfant assiste à la dernière séance de médiation afin qu'il soit au courant de l'entente intervenue entre ses parents.

Kelly (2002) décrit d'autres formes de participation qui dépendent de l'âge de l'enfant ainsi que de ses capacités émotionnelle et cognitive. Ainsi, les enfants peuvent prendre part aux

discussions au sein de la famille (p. ex., les parents parlent directement à leurs enfants) ou à des discussions plus formelles (p. ex., les enfants parlent à un juge). Nous reviendrons un peu plus loin sur ces formes importantes de participation de l'enfant au processus de séparation ou de divorce afin de mieux les comprendre.

Comme il a été indiqué précédemment, les chercheurs se sont peu intéressés à la médiation incluant l'enfant (Goldson, 2006; McIntosh, 2007; Saposnek, 2004). De plus, il n'existe pas de consensus sur la question de savoir si les enfants devraient ou non participer aux décisions et comment ils devraient le faire. Au bout du compte, Smart et Neale (2001) affirment qu'il faut d'abord déterminer ce qui est important avant de déterminer ce qui fonctionne. En d'autres termes, la participation des enfants doit être considérée comme la première question qui se pose après la séparation ou le divorce, car elle est au cœur de leur sentiment de bien-être, pourvu que les enfants soient protégés suffisamment contre les préjudices qui pourraient leur être causés.

Méthodes de RED

Il est admis de plus en plus que le système contradictoire traditionnel ne répond pas aux besoins des enfants et des familles. Aussi, d'autres méthodes ont été mises au point depuis les années 1980 pour réduire le recours à la procédure contradictoire lorsqu'il est question de la relation parent-enfant après la séparation ou le divorce (Emery, Sbarra et Grover, 2005; Irving, 1980; Kelly, 2002). Ces méthodes — que l'on appelle couramment méthodes ou processus de règlement des différends (RED) — sont diverses : il peut s'agir de simples négociations entre les parents (les parents s'entendent sur le partage de leurs responsabilités à l'égard de leurs enfants), de négociations avec l'aide d'avocats ou même d'une comparution devant un juge et de l'introduction d'une action en justice. Entre ces deux extrêmes, un certain nombre d'options sont possibles et peuvent être utilisées simultanément. Par exemple, les parents peuvent intenter une action en justice tout en négociant le règlement de leur différend ou en s'engageant dans un processus de médiation. En d'autres termes, les parents peuvent se prévaloir de nombreuses options avant et pendant leur conflit au lieu d'avoir directement recours au tribunal.

La coordination des responsabilités parentales (CRP) est une méthode de RED destinée principalement aux familles brisées par une séparation ou un divorce qui vivent des conflits chroniques (Boyan et Termini 2004; Coates, Deutsch, Starnes, Sullivan et Sydlik, 2004; Fidler et Epstein, sous presse; Sydlik et Phelan, 1999). Alors que, dans le cas de la médiation, les parents rencontrent un professionnel neutre afin de régler un différend et de conclure des ententes, les coordonnateurs des responsabilités parentales facilitent la mise en œuvre de l'entente parentale conclue par les parties. Plus précisément, ils ont notamment des fonctions en matière :

- (1) d'évaluation;
- (2) d'information;
- (3) d'accompagnement;
- (4) de surveillance et de gestion des

cas; (5) de médiation; (6) d'arbitrage des décisions (Coates et coll., 2004). La participation des enfants varie selon les questions en cause et le niveau de compétence du coordonnateur¹⁵.

De nombreux processus de RED offrent aussi aux enfants différents niveaux de participation, de la participation volontaire à la participation obligatoire, par exemple : (1) des groupes psychopédagogiques qui donnent de l'information sur le processus de séparation ou de divorce aux adultes et aux enfants; (2) des évaluations en matière de garde et d'accès qui sont effectuées par divers professionnels de la santé mentale (travailleurs sociaux, psychologues et psychiatres); (3) la représentation des enfants par un avocat; (4) des entrevues par un juge; (5) la médiation relative à la garde¹⁶.

Programmes pour les parents et les enfants

Bon nombre de programmes destinés aux parents et aux enfants offrent à la fois de l'information et des activités éducatives qui visent à réduire le conflit découlant de la rupture des parents et à favoriser des relations constructives entre les parents et les enfants. Ces programmes communautaires ou rattachés au tribunal sont offerts partout au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays; la participation est parfois volontaire, parfois obligatoire (Arbuthnot et Gordon, 1996; Bacon et McKenzie, 2004; Grych, 2005; Kelly, 2002; O'Connor, 2004). Selon Kelly (2002), la participation devrait toujours être obligatoire, car ces programmes contribuent à informer les parents au sujet des effets négatifs de leur comportement et de leurs attitudes sur leurs enfants¹⁷. Elle ajoute en outre qu'une grande partie de ces programmes ont été utiles autant pour les parents que pour les enfants en offrant des interventions cliniques et thérapeutiques, des renseignements importants sur les effets négatifs des différends sur les enfants et des exercices de développement des aptitudes destinés aux parents afin qu'ils apprennent à mieux communiquer l'un avec l'autre.

Toutefois, bien que ces programmes répondent aux besoins du tribunal et des parents en instance de séparation ou de divorce, il existe encore peu de données empiriques démontrant qu'ils augmentent les rapports entre l'enfant et le parent qui n'en a pas la garde, favorisent des rapports de qualité entre les parents et l'enfant, réduisent les conflits entre les parents, améliorent le partage des responsabilités parentales, réduisent le nombre d'actions en justice et améliorent les résultats pour les enfants (Grych, 2005; O'Connor, 2004). Les raisons qui expliquent cette

¹⁵ Conversation avec Barbara Jo Fidler, une psychologue de pratique privée spécialiste de la coordination des responsabilités parentales. M^{me} Fidler donne des cours sur le sujet à des professionnels de la santé mentale et à des juristes. Le lecteur peut consulter les lignes directrices sur la coordination des responsabilités parentales sur le site Web de l'Association of Family and Conciliation Courts (AFCC), à l'adresse suivante : http://www.afccnet.org/resources/standards_practice.asp.

¹⁶ Précité à la note 6.

¹⁷ Joan Kelly est psychologue, médiatrice et chercheuse en Californie et est reconnue mondialement dans le domaine de la séparation et du divorce.

situation vont des limites méthodologiques dans la conception des programmes (l'utilisation de groupes de comparaison et la manière dont les parents sont assignés à ces groupes) à l'absence de distinction entre un rapport sur la satisfaction de la clientèle et une évaluation plus rigoureuse (Grych, 2005).

Certaines personnes pensent que les programmes et les ressources visant à améliorer les relations entre les parents et les enfants lors de l'éclatement de la famille sont importants, mais que les enfants et les adolescents ont leurs propres besoins et doivent avoir accès à des ressources qui y répondent (Hawthorne, Jessop, Pryor et Richards, 2003). En conséquence, on s'est surtout attaché récemment, au Canada et dans d'autres pays, à informer les enfants et les adolescents sur la procédure judiciaire, sur les façons de faire face à leurs sentiments et de s'adapter aux changements touchant la structure familiale et à démystifier le processus de séparation et de divorce (Birnbaum, 2007; ministère de la Justice du Canada, 2007; Richards et Stark, 2000; Walker, 2001).

Évaluations en matière de garde et d'accès

Les évaluations en matière de garde et d'accès sont généralement effectuées par un professionnel qualifié de la santé mentale (travailleur social, psychologue, psychiatre). Celui-ci interroge chacun des parents et des enfants. Les interactions entre les parents et les enfants sont observées et des rapports professionnels et personnels sur la famille sont rassemblés dans le but de présenter un rapport écrit au tribunal sur l'intérêt supérieur des enfants et sur la capacité des parents de répondre aux besoins de ceux-ci (Birnbaum, Fidler et Kavassalis, 2008). Au Canada, toutes les provinces ont adopté une loi qui prévoit une évaluation en matière de garde, des enquêtes sur la question et la préparation d'un rapport¹⁸. Ces évaluations sont réalisées par un professionnel du secteur privé ou dans le cadre de programmes financés par l'État.

Bien que ces évaluations et ces rapports aient facilité le règlement des conflits opposant des parents, il faut encore déterminer quels professionnels peuvent et ne peuvent pas raisonnablement se charger des évaluations étant donné l'absence de normes et de lignes directrices uniformément acceptées, l'absence d'une méthodologie validée et d'instruments normalisés et le manque de données empiriques étayant les divers calendriers indiquant le temps passé par les parents avec les enfants et les méthodes de prise de décisions (Bala, 2005; Tippins et Wittman, 2005). Bala (2005) affirme que, peu importe les préoccupations exprimées, les évaluations entraînent souvent un règlement du différend concernant les enfants qui n'aurait pas pu être réalisé par la médiation ou les négociations par l'entremise d'avocats.

¹⁸ Voir Bala, N. (2004). « Assessments for postseparation parenting disputes in Canada ». *Family Court Review*, 42(3), 485-510, pour une liste des dispositions législatives en vigueur au Canada.

Même si la loi indique que la seule question à trancher concerne l'intérêt supérieur de l'enfant, le processus d'évaluation en matière de garde se rattache au modèle contradictoire traditionnel où les forces et les limites de chaque parent concernant leurs responsabilités à l'égard de leurs enfants constituent l'élément primordial. La participation de l'enfant se limite à l'observation des rapports entre lui et chacun de ses parents. Des entrevues avec l'enfant (généralement lorsqu'il est âgé de cinq ans et plus) et l'observation des rapports entre lui et ses parents sont effectuées dans le but de savoir lequel des parents pourrait répondre le mieux à ses besoins. Si elles jouent un rôle important dans le système judiciaire en facilitant souvent les règlements (Bala, 2004), les évaluations en matière de garde font toujours partie du système contradictoire qui a pour effet de provoquer un affrontement entre les parents (Johnston et Roseby, 1997).

Représentation de l'enfant par un avocat

Un enfant peut légalement être représenté par un avocat dans le cadre du différend opposant ses parents sur la question de la garde — l'avocat fera valoir le point de vue l'enfant. La procédure de nomination de l'avocat d'un enfant varie d'une province à l'autre au Canada, et seuls l'Ontario et le Québec ont mis en place un programme à cet égard. Les enfants peuvent aussi être représentés par un avocat dans les litiges portant sur la garde dans de nombreux États des États-Unis. Ils peuvent aussi être représentés par un avocat au Royaume-Uni, en Nouvelle-Zélande, en Australie et en Écosse.

Les avocats représentant des enfants ont traditionnellement joué trois rôles différents. Premièrement, l'avocat d'un enfant joue le rôle traditionnel d'un avocat en faisant valoir les souhaits de l'enfant, conformément aux instructions données par celui-ci. Deuxièmement, il peut agir comme tuteur à l'instance (défenseur de l'intérêt supérieur de l'enfant) en expliquant au tribunal quelle décision finale, à son avis, serait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Troisièmement, il peut agir comme intervenant désintéressé (ami du tribunal), en veillant à ce que le tribunal dispose d'autant de renseignements que possible sur l'enfant (Bala, Talwar et Harris, 2005; Bessner, 2002; Burns et Goldberg, 2004; Davies, 2004; Ministry of the Attorney General, Colombie-Britannique, 2007)

Même si le rôle qu'un avocat devrait jouer lorsqu'il représente un enfant dans le cadre d'un litige opposant les parents de celui-ci est encore controversé, la représentation d'un enfant par un avocat joue un rôle fondamental : elle permet à l'enfant d'être entendu. En outre, elle est conforme à l'article 12 de la Convention¹⁹.

¹⁹ Précitée à la note 2.

Entrevues d'un juge avec un enfant

Un juge peut interroger un enfant touché par un différend entre ses parents sur la garde ou l'accès à Terre-Neuve-et-Labrador, à l'Île-du-Prince-Édouard, en Ontario, dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut (Ministry of the Attorney General, 2007). Cette approche cause cependant des difficultés à certains juges (Raitt, 2007). En effet, il y a des juges qui ne veulent pas placer les enfants au centre du différend de leurs parents lorsqu'ils estiment que les enfants pourraient devoir prendre parti et lorsque cette façon de faire pourrait compromettre la qualité de leurs décisions et l'impression d'équité des parents (Bala, Talwar et Harris, 2005; Bessner, 2002; Boshier et Steel-Baker, 2007). Toutefois, des enfants qui ont été interrogés au sujet de la possibilité de parler à un juge pendant le différend de leurs parents sur les questions de garde et d'accès étaient généralement en faveur de l'idée (Cashmore et Patrick, 2007; Parkinson et Cashmore, 2007; Parkinson, Cashmore et Single, 2007).

Spécialiste auprès des enfants et droit de la famille collaboratif

Le droit de la famille collaboratif est une nouvelle méthode de règlement des différends qui est fondée sur l'intérêt des parties. Contrairement à la médiation, où le médiateur est un tiers neutre dont le travail consiste à trouver un terrain d'entente avec les parents seulement, dans le droit de la famille collaboratif, les parents et leurs avocats participent au processus ensemble afin de régler le conflit. En fait, ils s'engagent dès le début à ne pas recourir aux tribunaux — la méthode contradictoire traditionnelle — et à tenter plutôt de régler ensemble les problèmes (Fairman, 2007; Mcfarlane, 2005; Tessler, 1999; Webb, 2000). Si les parents veulent faire appel aux tribunaux, leurs avocats doivent se retirer de l'affaire.

Lorsque les parents ont besoin d'un tiers neutre pour rencontrer les enfants afin de connaître leurs préoccupations et leur point de vue, ils font appel à un spécialiste auprès des enfants (Gamache, 2005, 2006). En règle générale, ce spécialiste est un professionnel de la santé mentale qui convient avec les parents et leurs avocats que les renseignements qu'il obtiendra des enfants seront exclus de toute procédure judiciaire éventuelle. De plus, il ne pourra pas participer à ces procédures. Son rôle consiste à faire rapport à l'équipe collaborative (avocats et parents) sur le point de vue et les préoccupations exprimés par les enfants au regard du différend opposant leurs parents. Les enfants sont informés des limites de la confidentialité et indiquent ce qu'ils veulent ou ne veulent pas qu'il soit divulgué à leurs parents.

Le niveau de participation des enfants dans le cadre du droit collaboratif varie selon les aspects les concernant sur lesquels les parents parviennent à s'entendre ou non. En d'autres termes, les enfants ne participent pas automatiquement au processus collaboratif. Les parents sont plutôt informés du fait qu'un spécialiste auprès des enfants peut les aider à régler les questions concernant les enfants, au besoin.

3.2 RÉSUMÉ DES AVANTAGES ET DES LIMITES DES DIFFÉRENTS NIVEAUX DE PARTICIPATION DES ENFANTS

Le niveau de participation des enfants peut varier dans toutes les méthodes examinées ci-dessus. Les évaluations en matière de garde, la représentation par un avocat et les entrevues par un juge aident au besoin le tribunal à prendre des décisions concernant l'intérêt supérieur de l'enfant. Le niveau de participation de l'enfant peut se situer au bas de l'échelle de Hart (1992), auquel cas ses désirs, bien qu'examinés de manière approfondie, sont remaniés par les adultes afin qu'ils correspondent davantage à ce qu'eux croient être dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Au bout du compte, l'enfant est laissé en marge des discussions en dépit des ouvrages et des travaux de recherche en sciences sociales qui recommandent sa participation (Austin, Jaffe et Hurley, 1991; Cashmore et Parkinson, 2008; Butler et coll., 2002; Goldson, 2006; Kelly, 2002; Marchant et Kirby, 2004; McIntosh, 2007; Neale et Smart, 2001; O'Quigley, 2000; Parkinson, Cashmore et Single, 2007). De plus, les évaluations en matière de garde et d'accès, la représentation par un avocat et les entrevues par un juge font toujours partie du processus contradictoire. En d'autres termes, la participation des enfants peut survenir un petit peu trop tard dans le processus pour avoir un véritable impact sur le rétablissement et le renforcement de la relation entre eux et leurs parents à la suite d'une séparation ou d'un divorce.

Les enfants ne participent pas généralement aux processus de médiation traditionnels, et les spécialistes ne s'entendent pas sur la question de savoir si, lorsqu'ils le font, ils devraient être interrogés par le même médiateur ou par un médiateur différent. Dans une étude sur les médiateurs publiée en Angleterre, Murch et coll. (1998) ont conclu que, bien que les médiateurs soient conscients de l'importance du point de vue des enfants, ils règlent les questions concernant les enfants en sollicitant l'avis des parents au lieu de parler directement aux enfants. Par contre, la médiation incluant les enfants laisse à ces derniers une plus grande autonomie et leur permet de participer directement aux décisions. Ce sont toutefois toujours les parents qui décident si et quand les enfants devraient y participer (Gilmour, 2004; Kelly, 2002; Saposnek, 2004).

Le droit de la famille collaboratif et le recours à un spécialiste auprès des enfants (professionnel de la santé mentale) dans le cadre de ce processus ont récemment attiré l'attention au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays (Fairman, 2007; Gamache, 2005, 2006; Mcfarlane, 2005). Comme ces pratiques sont relativement nouvelles, peu de textes ont été écrits sur l'utilisation d'un spécialiste auprès des enfants, sur son rôle et sur ses limites. En outre, comme dans le cas de la médiation incluant les enfants, ce sont les adultes qui décident si et quand les enfants devraient participer. Des questions se sont aussi posées au regard des enfants qui présentent des problèmes cliniques additionnels lorsqu'ils essaient de s'adapter à la séparation de leurs parents et au conflit qui les oppose. Le rôle du spécialiste auprès des enfants dans le cadre du droit collaboratif n'est pas de fournir une aide thérapeutique, mais d'intervenir brièvement à court

terme (Gamache, 2005, 2006). Kelly (2002) et Saposnek (2004), qui sont aussi de cet avis, font une distinction nette entre le rôle du médiateur qui interroge les enfants et le counselling et les autres interventions thérapeutiques avec les enfants en cas de divorce.

Ici également, la participation des enfants semble dépendre du « contexte ». En fait, les besoins personnels de l'enfant et la capacité de chaque parent de se servir de manière utile de l'information fournie par celui-ci doivent être pris en compte.

D'un point de vue plus global, il y a eu en comparaison peu de discussions chez les praticiens (de la santé mentale et du droit), les chercheurs et les analystes des politiques, ou entre eux, sur la question de savoir si la participation des enfants peut être intégrée beaucoup plus tôt lors de la rupture des parents et de quelle façon elle peut l'être. Finalement, les questions suivantes ont fait l'objet de très peu de recherches empiriques et ont suscité très peu de débats : l'âge auquel les enfants devraient être interrogés²⁰; les façons d'écouter et de comprendre les enfants qui ont une culture ou des traditions différentes ou qui sont confrontés à des barrières linguistiques; les autres formes de communications avec les enfants (le dessin, le jeu, la rédaction de lettres); les problèmes d'apprentissage et de développement rencontrés par les enfants qui expriment leur point de vue dans le cadre du processus de prise de décisions.

Dans la section suivante, nous décrivons les types de médiation et les autres méthodes de RED incluant les enfants qui sont actuellement utilisés au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays. Cette section vise à mettre en évidence les services et les autres méthodes de RED qui favorisent la participation des enfants au processus de séparation ou de divorce de leurs parents²¹.

²⁰ Pour une analyse de l'importance attachée à l'âge de l'enfant par la société et les adultes, voir Mantle et coll. (2006).

²¹ Voir O'Connor (2004) pour un inventaire des programmes destinés aux enfants dont les parents se séparent ou divorcent au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays. Le document est disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rpad-pad/rap-rep/2004_2/index.html. Voir aussi le site Web du ministère de la Justice qui donne un aperçu des différents services offerts aux familles dans les provinces. Même s'ils ne prévoient pas expressément le niveau de participation des enfants, la plupart des services ont des processus de RED qui favorisent la participation des enfants à un niveau ou à un autre (information, counselling, médiation, visites supervisées). L'adresse du site est la suivante : <http://www.justicecanada.net/en/ps/pad/resources/fjis/browse.asp>.

3.3 LA MÉDIATION ET LES AUTRES PROCESSUS DE RED EXISTANTS QUI INCLUENT L'ENFANT

Canada

Colombie-Britannique

Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique a mené, au cours des dernières années, une série de consultations et d'examen²² concernant la *Family Relations Act*²³ (FRA), dans le but de faire en sorte que le système de justice familiale soit plus accessible, qu'il réponde d'abord et avant tout aux besoins des enfants et de leurs familles, qu'il favorise un règlement rapide des différends, qu'il intègre la planification et la prestation des services et qu'il réduise au minimum les conflits en encourageant les parties à coopérer afin de régler rapidement leurs différends (Ministry of the Attorney General, Colombie-Britannique, 2007). À l'heure actuelle, la Division des services de justice familiale donne la priorité à quatre processus qui favorisent la participation des enfants sous différentes formes : (1) le règlement des différends (des conseillers de la justice familiale qui sont des médiateurs accrédités offrent des services de médiation et d'orientation ainsi que de l'information pour aider les familles à régler leur différend); (2) l'évaluation (des conseillers de la justice familiale rencontrent les parents avant que ceux-ci se présentent devant le tribunal); (3) les évaluations en matière de garde et d'accès (des conseillers de la justice familiale préparent des évaluations ou des rapports sur le point de vue des enfants²⁴ afin d'aider les juges à prendre leurs décisions); (4) un programme sur le rôle parental après la séparation (programme PAS), qui propose un atelier d'éducation de trois heures portant principalement sur les besoins des enfants et des parents.

Dans le but de favoriser une participation générale et constructive à l'examen de la *Family Relations Act*²⁵, le Social Planning and Research Council de la Colombie-Britannique (SPARC BC) a mené une enquête participative sur les différentes expériences vécues par des personnes qui avaient eu des contacts avec le système de justice familiale en Colombie-Britannique. Les participants — des parents, des avocats spécialistes du droit de la famille, des travailleurs de soutien et des représentants des comités de justice pour les jeunes et les familles — ont été interrogés au sujet de leurs connaissances, de leurs expériences et de leurs idées concernant les modifications qui pourraient être apportées à la FRA pour mieux tenir

²² Le lecteur est invité à consulter le site Web du ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, à l'adresse <http://www.ag.gov.bc.ca/legislation/#fra>, où se trouve un excellent compte rendu des consultations menées dans la province sur le droit de la famille.

²³ *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128.

²⁴ Les rapports sur le point de vue de l'enfant font état des entrevues menées avec l'enfant afin d'entendre son point de vue et ses idées concernant le différend de ses parents. Ces derniers sont également interrogés afin de définir le contexte dans lequel s'inscrit le point de vue de leur enfant.

²⁵ Précitée à la note 22.

compte des besoins des familles ayant recours au système de justice familiale (Reeves, 2008)²⁶. Bon nombre des sujets abordés avec les participants concernent les services dont il a été question dans les sections précédentes. Des questions sur d'autres types de services, comme ceux offerts en Écosse (où les enfants remplissent un formulaire F-9 pour faire connaître leurs souhaits au tribunal), en Australie (où la procédure judiciaire est moins contradictoire) et à Kelowna, en Colombie-Britannique (où les déclarations des enfants sont transmises intégralement au tribunal) ont aussi été posées aux participants. Ces services seront analysés plus longuement dans les sections qui suivent.

Onze aspects du droit de la famille pouvant faire l'objet d'une réforme ont été définis : (1) les ententes parentales; (2) la violence familiale et la FRA; (3) l'intérêt supérieur de l'enfant; (4) les fausses accusations de violence portées contre l'autre parent; (5) la participation des enfants; (6) les responsabilités en matière d'accès; (7) les familles vivant de graves conflits et la répétition des actions en justice; (8) l'attribution de responsabilités parentales à des personnes qui ne sont pas les parents des enfants; (9) la définition des rôles et des responsabilités des parents; (10) la pension alimentaire pour époux; (11) les approches coopératives et la FRA. Des fiches d'information ont été publiées sur chaque sujet. Plus de 223 organisations de défense des familles et de soutien aux familles ont été invitées à aider à organiser des groupes de discussion, à contribuer à un sondage en ligne et à rédiger un questionnaire à remplir par les différents participants.

Vingt et un groupes de discussion ont été constitués un peu partout en Colombie-Britannique; plus de 146 personnes ont ainsi participé à une discussion de groupe d'une durée de deux à trois heures, au cours de laquelle elles ont parlé de leurs expériences en matière de séparation ou de divorce. De plus, 80 avocats spécialistes du droit de la famille et travailleurs de soutien ont répondu au sondage en ligne, et trois comités de justice pour les jeunes du tribunal de la famille ont rempli un questionnaire portant sur chacun des 11 sujets de réforme. Comme nous l'avons mentionné, bon nombre des services et des programmes dont il a été question précédemment faisaient partie des options proposées aux parents; d'autres services et programmes seront analysés de manière plus détaillée dans les sections qui suivent.

Dans quatre groupes de discussion, trois questions ont été examinées avec des parents qui avaient abordé l'un des sujets : la participation des enfants au droit de la famille. Les questions avaient pour but d'amener les parents : (1) à exprimer leurs opinions sur l'inclusion du point de vue des enfants dans les décisions et les processus du droit de la famille; (2) à considérer les circonstances dans lesquelles le point de vue d'un enfant peut être un facteur déterminant des

²⁶ Seuls les résultats des thèmes liés à la participation des enfants sont présentés ici. Pour une analyse complète de l'ensemble du projet de recherche et des résultats, le lecteur est invité à consulter le rapport sur le site Web du SPARC BC, à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rpad-pad/rap-rep/2005_1/2005_1.pdf.

décisions en matière de garde, d'accès ou de tutelle; (3) à envisager d'autres façons de tenir compte du point de vue des enfants (médiation, entrevues par un juge).

La plupart des participants avaient des opinions mitigées sur la question de savoir si le point de vue des enfants devait être pris en compte. Les participants qui s'opposaient à cette idée rappelaient l'expérience négative vécue par leurs propres enfants, qui s'étaient sentis pressés et dépassés par le processus de séparation. Selon ces participants, les enfants devaient être protégés contre tout préjudice susceptible de leur être causé. Par contre, les participants qui étaient favorables à la participation des enfants faisaient valoir que les parents devraient plutôt être mieux préparés à aider leurs enfants pendant leur séparation ou leur divorce. De nombreux autres participants, qui n'étaient ni favorables ni défavorables à la participation des enfants, ont plutôt émis des réserves, par exemple l'âge des enfants, leur degré de maturité et la situation familiale.

Un grand nombre de participants ayant répondu à la deuxième question — le point de vue des enfants devrait-il être un facteur déterminant des décisions relatives à la garde, à l'accès et à la tutelle? — ont aussi soulevé des préoccupations concernant la question de savoir comment l'âge et la maturité d'un enfant peuvent influencer sur son point de vue (l'enfant pourrait être manipulé). Différentes opinions ont été exprimées : certains participants étaient d'avis que le point de vue de l'enfant devait être déterminant, en particulier dans les cas de traumatisme et de violence, alors que d'autres, d'un avis tout à fait contraire, suggéraient des thérapies par le jeu ou une évaluation par un tiers dans de tels cas.

Dans l'ensemble, les participants n'ont pas été en mesure de formuler des recommandations claires relativement aux deux premières questions lors des discussions de groupe, peut-être parce qu'ils ne disposaient pas de suffisamment de renseignements. Ils ont toutefois été en mesure de le faire en ce qui concerne les différentes façons d'inclure le point de vue de l'enfant qui leur étaient proposées :

(1) *Médiation* : certains participants estimaient que la médiation serait une bonne idée. Certains pensaient que la participation des enfants devrait dépendre de leur âge et de leur degré de maturité et d'autres, que la décision de les inclure devrait revenir aux parents. Deux participants ont indiqué expressément que les enfants ne devraient pas participer à la médiation dans les cas de violence familiale;

(2) *Communication des déclarations des enfants aux décideurs* (le programme *Hear The Child Interviews* dont il sera question plus loin) : la majorité des participants avaient des doutes au sujet de l'utilité des entrevues avec leurs enfants et de la remise au juge d'un rapport décrivant de manière exhaustive les souhaits de ces derniers. Par contre, deux participants étaient favorables à cette idée;

(3) *Formulaire à remplir par les enfants* (le formulaire F-9 utilisé en Écosse qui est analysé plus longuement ci-dessous) : la plupart des participants n'aimaient pas l'idée

que leur enfant remplisse un formulaire où il exprimerait son point de vue sur le différend, car ils croyaient que cela aurait seulement pour effet d'accroître le niveau d'anxiété chez l'enfant. Certains participants ont fait valoir que l'enfant ne comprendrait peut-être même pas le formulaire; d'autres ont affirmé que seuls les enfants d'un certain âge et ayant atteint un certain degré de maturité seraient en mesure de bien remplir le formulaire;

(4) *Représentation de l'enfant par un avocat* : de nombreux participants pensaient que ce serait une bonne idée qu'un avocat représente l'enfant, alors que quelques-uns étaient d'avis qu'il n'était pas nécessaire que l'enfant soit représenté par un avocat différent de celui de ses parents;

(5) *Présence d'un avocat représentant l'enfant et d'un travailleur social* (le modèle privilégié par l'Ontario qui est décrit en détail plus loin) : les quelques participants qui ont fait des commentaires sur cette approche ont indiqué clairement qu'ils ne voulaient pas que le point de vue de l'enfant soit communiqué par un travailleur social;

(6) *Procédures judiciaires non contradictoires* (le modèle australien qui est décrit plus loin) : plusieurs participants ne pensaient pas que les enfants devaient être mêlés aux procédures judiciaires, peu importe que celles-ci soient non contradictoires et soient menées par un juge, alors que d'autres estimaient que ce modèle pourrait être intéressant, car il créerait un meilleur environnement pour les enfants. Certains participants ont évoqué le modèle d'un cercle de guérison qui incluait les enfants ou la possibilité que ce soit un groupe, consultatif par exemple, qui prenne les décisions plutôt qu'un juge;

(7) *Entrevues par un juge* : la plupart des participants ont indiqué clairement que les juges n'étaient pas les meilleures personnes pour interroger un enfant, mais que, s'ils le faisaient, ils devraient avoir suivi une formation spéciale sur le sujet, et une personne de confiance devrait être présente.

Les trois questions ont aussi été posées à des avocats spécialistes du droit de la famille et à des travailleurs de soutien. La grande majorité d'entre eux (87 p. 100) ont répondu que le point de vue des enfants devrait être pris en compte, pourvu que l'enfant soit capable de se faire une opinion et de l'exprimer. La grande majorité (73 p. 100) pensait que le point de vue des enfants devrait constituer un facteur déterminant des décisions relatives à la garde, à l'accès ou à la tutelle sous le régime de la FRA. Le degré de maturité de l'enfant était le facteur le plus important qui devrait être pris en considération, selon 80 p. 100 des répondants. En outre, plus de 64 p. 100 des répondants ont indiqué qu'une entrevue avec l'enfant au cours de laquelle les réponses de celui-ci pourraient être enregistrées était le moyen le plus utile d'obtenir son point de vue. Par ailleurs, trois quarts des répondants estimaient que la FRA devrait être modifiée de manière à conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire de rencontrer les enfants afin de connaître leur point de vue. Finalement, la grande majorité des répondants (86 p. 100) ont indiqué que le meilleur moyen d'obtenir le point de vue d'un enfant était de prévoir une rencontre entre lui et un avocat ou un conseiller (Reeves, 2008).

De plus, le SPARC BC a constitué trois groupes de discussion avec 20 adolescents (sept filles et treize garçons) âgés de 13 à 18 ans dans plusieurs centres urbains. Ces jeunes, qui avaient vécu la séparation ou le divorce de leurs parents, avaient été mis au courant du projet par différents organismes et par le bouche-à-oreille. Le projet avait pour but de recueillir leurs opinions sur les sept méthodes leur permettant de faire part de leur point de vue aux décideurs²⁷. Les options qui leur étaient présentées afin de faciliter les discussions étaient semblables à celles qui avaient été proposées aux parents et aux spécialistes du droit de la famille dont il a été question dans la section précédente.

Les rencontres des groupes de discussion étaient séparées en trois parties. Au cours de la première partie, les jeunes étaient invités à jouer au « jeu du thermomètre ». Un animateur lisait cinq énoncés et le jeune pouvait se placer sur une ligne entre « Je suis d'accord » et « Je suis en désaccord ». Les cinq énoncés étaient les suivants : (1) les adultes m'écoutent et me prennent au sérieux; (2) je connais mes droits ou on m'a informé de mes droits; (3) je sais ce qui est le mieux pour moi; (4) je crois que les enfants et les adolescents devraient participer au processus du droit de la famille; (5) je n'ai aucun intérêt à me mêler de la dispute entre mes parents.

La plupart des adolescents étaient en désaccord avec le premier énoncé et étaient d'avis que les adultes ne les écoutent pas. Tout dépendait cependant de l'adulte en question — par exemple, les professeurs les écoutaient. La plupart des jeunes connaissaient leurs droits, un bon nombre d'entre eux n'étaient ni en accord ni en désaccord avec l'énoncé selon lequel ils savaient ce qui était le mieux pour eux et étaient ambivalents quant à la question de savoir s'ils devraient participer au processus du droit de la famille. Selon certains, tout dépendait de la situation et de leur âge. En effet, ils pensaient que plus ils étaient vieux, plus ils avaient le droit d'exprimer leurs préoccupations. Ils craignaient cependant que les jeunes enfants soient manipulés. Un petit nombre seulement ont peut-être répondu au cinquième énoncé.

Au cours de la deuxième partie, les jeunes devaient dire s'ils pensaient qu'ils devraient avoir leur mot à dire dans le processus de séparation ou de divorce. Les jeunes ont répondu en dressant une liste des pour et des contre, avec l'aide d'un animateur. Parmi les raisons qui ont été invoquées pour tenir compte du point de vue de l'enfant, mentionnons : (1) la conviction que les enfants et les adolescents peuvent contribuer à changer l'opinion du décideur; (2) la conviction qu'un adolescent qui va vivre avec un parent qui a des problèmes affectifs peut l'aider; (3) la

²⁷ L'auteure tient à remercier le SPARC BC de lui avoir transmis cette information. Il importe cependant de mentionner que les thèmes présentés sont basés uniquement sur des conclusions préliminaires obtenues lors d'une entrevue téléphonique avec Crystal Reeves, une chargée de recherche en droit du SPARC BC et l'une des animatrices des groupes de discussion. Au moment de la rédaction du présent rapport, les séances des groupes de discussion n'étaient pas encore terminées et toute l'information obtenue n'avait pas été analysée par le SPARC BC. Le lecteur est invité à consulter le rapport final de ces groupes de discussion, sur le site Web du SPARC BC.

conviction que l'adolescent est mieux placé pour comprendre le processus; (4) la conviction que l'adolescent exerce un plus grand contrôle sur sa vie s'il prend part aux décisions.

Par contre, la liste des raisons pour lesquelles les enfants et les adolescents ne devraient pas avoir leur mot à dire incluait les raisons suivantes : (1) les souhaits et le point de vue exprimés par les enfants et les adolescents peuvent ne pas être dans leur intérêt, ce qui aggrave la situation au lieu de l'améliorer; (2) des préjudices émotionnels peuvent être causés à certains enfants; (3) la responsabilité de la décision peut constituer un poids pour eux.

Au cours de la troisième partie, les adolescents devaient donner leur opinion sur les différentes formes que pourrait prendre leur participation, avant et pendant la procédure judiciaire. De l'information sur les approches privilégiées par l'Australie et la Nouvelle-Zélande en matière de médiation leur a été donnée relativement à leur participation avant la procédure judiciaire. Les adolescents aimaient l'idée qu'un médiateur rencontre leurs parents et que leur propre médiateur transmette leur point de vue à leurs parents comme cela se fait en Australie. Ils ont cependant indiqué clairement qu'ils voulaient pouvoir examiner l'information que le médiateur allait transmettre à leurs parents. Ils ont indiqué aussi qu'ils voulaient avoir plus d'une séance de médiation avec leur médiateur. Les adolescents ont rejeté l'approche de la Nouvelle-Zélande, où le médiateur rencontre l'enfant et ses parents en même temps.

Pour ce qui est de leur participation pendant la procédure judiciaire, les adolescents devaient réagir, après avoir obtenu de l'information, aux types de services suivants : (1) la représentation par un avocat comme en Nouvelle-Zélande; (2) la transmission à un juge du compte rendu textuel de leurs commentaires comme à Kelowna (Colombie-Britannique); (3) le dépôt d'un formulaire faisant état de leurs souhaits et de leur point de vue comme en Écosse; (4) le recours à une équipe formée d'un avocat et d'un travailleur social comme en Ontario; (5) une entrevue avec un juge comme en Allemagne. Les adolescents avaient différentes opinions. Bon nombre d'entre eux préféraient avoir un avocat pour les représenter comme en Nouvelle-Zélande, mais ils se demandaient ce qui arriverait si l'avocat ne les comprenait pas bien et ne transmettait pas l'information exacte au juge. Un participant pensait que le modèle de l'Ontario — une équipe formée d'un avocat et d'un travailleur social — était le meilleur. Un grand nombre de participants ont indiqué que l'approche utilisée à Kelowna — les parents décident si les adolescents devraient être interrogés par le juge — ne leur plaisait pas; ils estimaient plutôt que les adolescents devraient avoir leur mot à dire concernant leur participation à une entrevue; de plus, cette entrevue devrait être menée par une personne en qui ils ont confiance. En outre, plusieurs ont dit qu'ils préféreraient que la décision du juge ne leur soit pas expliquée par leurs parents, comme cela se fait dans le cadre du projet pilote de Kelowna, mais par une autre personne. Certains jeunes considéraient que la méthode utilisée en Allemagne était intéressante, mais qu'il faudrait qu'une personne de confiance soit présente à l'entrevue, que celle-ci soit menée par un juge, un médiateur ou un avocat. Un autre adolescent a laissé entendre qu'il

préférerait faire part de son point de vue à un juge dans une lettre ou un courriel. Certains adolescents se demandaient comment le fait de remplir un formulaire comme en Écosse pouvait leur permettre d'exprimer leur point de vue. Certains pensaient qu'il faudrait mieux définir le contexte afin que le juge sache qui a rempli le formulaire et dans quelles circonstances. En outre, les adolescents étaient d'avis que le consentement et l'âge étaient également des facteurs qui devaient être pris en considération à cet égard. Finalement, ils ont insisté sur le fait que, peu importe la méthode retenue, le processus devait être souple et offrir différentes options (Reeves, 2008).

Jusqu'à maintenant, le projet de recherche du SPARC BC, financé par la Law Foundation of British Columbia dans le cadre d'un examen de la FRA, est la seule étude exploratoire portant sur tous les modes de participation des enfants utilisés dans le monde.

Depuis juillet 2007, la Division des services de justice familiale du ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique mène un projet pilote de médiation incluant l'enfant dans plusieurs centres de justice familiale un peu partout dans la province. Le projet pilote vise à combler un vide dans les services pour les enfants et les familles qui ont recours au tribunal et à donner une réponse plus rapide au tribunal. Ce projet pilote s'ajoute aux rapports sur le point de vue de l'enfant que préparent déjà les conseillers de la justice familiale à l'intention du tribunal. Il ne prévoit pas, par contre, que les conseillers de la justice familiale se présentent devant le tribunal. Les enfants participent au processus de médiation par l'entremise de ces conseillers (qualifiés et formés pour travailler avec les enfants et les familles dans le but de régler les conflits) de trois façons : (1) un conseiller de la justice familiale présente le point de vue des enfants au cours de la séance de médiation avec les parents; (2) au besoin, il peut inviter l'enfant (âgé de 12 ans ou plus) à la séance de médiation avec les parents; (3) il peut demander à un autre conseiller de la justice familiale de solliciter le point de vue des enfants, puis exposer ce point de vue au cours de la séance de médiation avec les parents.

Le projet pilote vise notamment les objectifs prioritaires suivants : mettre le modèle à l'essai; mettre au point de la formation et des politiques sur les façons de faire participer les enfants à la médiation; déterminer l'utilité de la médiation incluant les enfants dans le contexte des services offerts par l'entremise de la Division des services de justice familiale du ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique avant de l'étendre à toute la province. On prévoit en outre qu'il sera utile d'obtenir le point de vue des enfants dans les situations très conflictuelles.

Le conseiller de la justice familiale sélectionne les familles qui participent au programme. Seuls les parents et les enfants âgés d'au moins dix ans et possédant la maturité nécessaire pour comprendre les enjeux qui veulent participer au programme et qui acceptent d'être interrogés sont retenus. En outre, il doit exister des raisons de croire que le programme leur sera utile. Les facteurs culturels, religieux et ethniques et les besoins spéciaux des enfants doivent être

examinés, mais ils n'empêcheront pas nécessairement la participation au programme. Les familles touchées par la violence familiale font l'objet d'un examen préalable particulier. Une évaluation du programme sera bientôt entreprise, dans le cadre de laquelle l'âge des enfants sera pris en compte.

L'initiative *Hear The Child Interviews* est un autre projet pilote qui a été réalisé en collaboration avec des membres de la communauté juridique de Kelowna et l'International Institute for Child Rights and Development (IICRD), à Kelowna (Colombie-Britannique) (Williams, 2006; Williams et Helland, 2007) en 2005. Cette initiative avait pour but de donner aux enfants la possibilité d'exprimer leur point de vue sur la garde et l'accès et de voir celui-ci être pris en considération par les décideurs. Elle reposait sur la loi qui permettait aux enfants d'exprimer leur point de vue²⁸, sur les recherches sur le développement de l'enfant qui démontraient qu'il était important que celui-ci soit entendu et, enfin, sur les droits de l'enfant reconnus par la Convention²⁹.

L'initiative *Hear The Child Interviews* prévoyait qu'une personne neutre (avocat ou conseiller) mène une entrevue avec l'enfant, puis communique intégralement l'opinion de celui-ci³⁰ aux parents, aux avocats et au tribunal au cours d'une entrevue non thérapeutique d'une heure. La participation était volontaire. Les enfants âgés de neuf à seize ans et leurs parents pouvaient accepter de participer à l'entrevue à n'importe quelle étape de la procédure judiciaire. Les parents devaient payer 500 \$ pour l'entrevue. L'entrevue avec l'enfant avait pour but de recueillir son point de vue, lequel était ensuite pris en compte par ses parents, puis le tribunal au moment de la décision finale.

Tous les décideurs (juges) ayant participé à une évaluation interne ont indiqué que le point de vue des enfants, lorsqu'il était obtenu, avait été pris en compte (Williams et Helland, 2007). Plus des quatre cinquièmes (83 p. 100) accordaient beaucoup de poids au point de vue de l'enfant. Les juges estimaient que les entrevues avec les enfants avaient les effets positifs suivants : (1) le fait de disposer d'une plus grande quantité de renseignements les aidait à prendre leurs décisions; (2) le point de vue des enfants permettait de replacer dans leur contexte les préoccupations des parents; (3) le point de vue des enfants permettait de confirmer le point de vue des parents lorsqu'il était impossible de le faire autrement. En outre, les entrevues avec les enfants (1) étaient une façon d'obtenir en temps utile et de manière efficiente le point de vue de l'enfant; (2) faisaient en sorte que les enfants soient entendus et que leur point de vue soit pris en considération par le juge; (3) favorisait le règlement rapide du conflit (Williams et Helland, 2007).

²⁸ R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 2.

²⁹ Précitée à la note 1.

³⁰ Les paroles de l'enfant étaient rapportées fidèlement.

Certains problèmes ont également été signalés : (1) les entrevues avec les enfants survenaient à la dernière minute ou trop tard dans le processus; (2) plus d'une entrevue avec l'enfant devait avoir lieu; (3) les enfants étaient entendus dans seulement 10 p. 100 ou moins de tous les cas; (4) aucun suivi adéquat n'était fait avec l'enfant; (5) les enfants plus jeunes et plus vieux étaient exclus du processus (Williams et Helland, 2007)³¹.

Dans le cadre d'une évaluation indépendante du projet (2008), Focus Consultants a recueilli les commentaires de grands-parents, de parents et d'enfants au sujet de leur participation au projet *Hear The Child Interviews*. Une seule partie a été interrogée dans 42 p. 100 des cas (N=12/28) à cause de la difficulté à obtenir le consentement des parents et des enfants. Les entrevues ont été réalisées par téléphone. Les évaluateurs ont signalé que 25 p. 100 des adultes (14/56) et 13 p. 100 des enfants (6/48) ont participé à l'évaluation. Ces enfants étaient âgés de 11 à 14 ans. Les parents et les enfants devaient répondre à une série différente de questions ouvertes et fermées. Par exemple, les questions suivantes ont été notamment posées au sujet du processus : comment chaque parent ou enfant a été informé de l'entrevue, comment chaque parent ou enfant se sentait à l'égard de l'entrevue et quelles qualités devaient posséder la personne chargée de l'entrevue, selon eux. En ce qui concerne les résultats, les parents devaient indiquer si le rapport témoignait bien du point de vue des enfants et s'il contribuait à défendre l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour leur part, les enfants devaient mentionner s'ils avaient pu discuter de ce qu'ils voulaient et s'ils avaient l'impression que l'entrevue les avait aidés à exprimer leur point de vue concernant le conflit opposant leurs parents.

Malgré les limites de l'évaluation sur le plan de la méthodologie, il ressortait des conclusions obtenues des quatorze parents qui y ont participé que presque tous voulaient entendre directement le point de vue de leurs enfants et que tous considéraient que la personne chargée de l'entrevue était une partie neutre et que l'entrevue ne mettait pas leur enfant en danger. Pour ce qui est des six enfants ayant participé à l'évaluation, ils ont dit qu'ils décriraient le processus en termes essentiellement positifs à un ami (Focus Consultants, 2008).

Les problèmes suivants ont aussi été signalés : la pression exercée par les parents sur leurs enfants ou leurs récriminations contre eux dans certains cas; le fait que le juge ne s'est pas servi du compte rendu de l'entrevue dans certains cas; la crainte et la gêne suscitées chez certains enfants par le fait que le compte rendu de leur entrevue allait être communiqué à leurs parents sans qu'ils l'aient d'abord examiné (Focus Consultants, 2008)³².

³¹ Le lecteur est invité à se rendre sur le site Web de l'IICRD pour obtenir une description complète du projet *Hear The Child Interviews*, à l'adresse suivante : <http://www.iicrd.org/childparticipation>.

³² L'IICRD est en voie d'obtenir des fonds pour poursuivre le projet pilote sur les entrevues avec les enfants. Par ailleurs, l'organisme a conçu un programme de cours pour les professionnels qui mènent ces entrevues.

Alberta

En Alberta, il y a un certain nombre d'initiatives, à la fois dans le secteur privé et dans le secteur public, auxquelles les enfants peuvent participer à différents degrés lorsque leurs parents se séparent ou divorcent. Des services de médiation sont offerts dans le secteur privé et dans le secteur public. On ignore si les enfants ont leur place dans les services de médiation du secteur privé et, le cas échéant, quelle forme prend leur participation. La loi n'exige pas que les enfants soient représentés par un avocat et que leur point de vue soit pris en considération (Burns et Goldberg, 2004).

Dans le secteur public, outre les évaluations en matière de garde et d'accès qui sont effectuées par des professionnels de la santé mentale, le ministère du Procureur général a rédigé la note de pratique n° 7 sur le droit de la famille, qui peut être utilisée dans certains cas de séparation ou de divorce. Selon cette note, des services sont fournis seulement dans les cas suivants : (1) lorsque la famille est dans une impasse; (2) lorsque l'intervention du tribunal est nécessaire; (3) lorsque le tribunal a besoin de l'aide de spécialistes du rôle parental³³. La note prévoit soit une intervention (une intervention thérapeutique d'un spécialiste du rôle parental, à court ou à long terme) soit une évaluation traditionnelle en matière de garde et d'accès visant à aider le tribunal à déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Les enfants ont la possibilité de participer à une consultation rapide avec un professionnel de la santé mentale afin que leur point de vue et leurs préoccupations soient entendus et communiqués à leurs parents.

La participation des enfants est également envisagée dans le cadre du Brief Conflict Intervention Program. Les enfants, même ceux âgés de moins de six ans, ont la possibilité de participer à une entrevue avec un psychologue et de voir leur point de vue et leurs préoccupations être communiqués à leurs parents.

Le Children's Legal and Educational Resource Center (CLERC) et le YWCA mènent, à Calgary, un projet pilote appelé *Speaking for Themselves*, dans le cadre d'une initiative en matière juridique et de santé mentale. Le CLERC est une ressource juridique et d'information sans but lucratif pour les enfants, les adolescents et leur famille. Le YWCA de Calgary fournit du counselling spécialisé aux enfants qui ont été exposés à la violence familiale. Dans le cadre de ce partenariat, un conseiller spécialiste des enfants fournit des services cliniques thérapeutiques à court terme et le CLERC apporte de l'aide juridique aux adolescents de Calgary qui ont été dirigés vers le programme. Les familles qui participent au projet pilote ont été touchées par la violence familiale ou doivent régler de graves conflits concernant la garde et l'accès. Ces cas fortement conflictuels sont les plus graves (nombreux démêlés avec la justice, violence familiale, consommation abusive de drogue et d'alcool, allégations de mauvaises pratiques parentales). Les

³³ Pour une analyse complète de la note de pratique n° 7, voir l'adresse suivante : <http://www.albertacourts.ab.ca/qb/practicenotes/familylaw/note7.pdf>.

conseillers qui participent à ce projet sont des cliniciens très compétents ayant de l'expérience dans le domaine de la violence et des conflits familiaux. Par ailleurs, les dossiers sont examinés afin de vérifier que le programme sera probablement utile pour les adolescents.

Le conseiller effectue une entrevue d'approche avec chaque parent et tente d'obtenir leur consentement. Le consentement verbal des enfants doit aussi être obtenu. Si un parent ne donne pas son consentement, une ordonnance doit être rendue par le tribunal. L'aide d'un conseiller sur le rôle parental est offerte à tous les parents par l'entremise du YWCA de Calgary. Le même thérapeute rencontre l'enfant (qui est habituellement âgé de huit ans et plus) afin de cerner ses besoins et de vérifier si le programme est indiqué dans son cas. Pendant toute la durée de la thérapie, il traite le traumatisme de l'enfant et essaie de comprendre les expériences vécues par l'enfant au sein de sa famille. La thérapie avec l'enfant dure environ 18,5 heures. Le conseiller prépare un rapport et travaille en collaboration avec l'avocat de l'enfant. Il peut aussi témoigner devant le tribunal et agir comme témoin à la demande de l'avocat de l'enfant lors du procès, ce qui arrive rarement. L'avocat joue un rôle de défenseur ou d'intervenant désintéressé (ami du tribunal). Le projet fait actuellement l'objet d'une évaluation en bonne et due forme.

Saskatchewan

En Saskatchewan, des services de médiation sont offerts dans le secteur privé et dans le secteur public, par des professionnels de la santé et des avocats. Dans le secteur public, le Hearing Children's Voices Report, qui est semblable au rapport sur le point de vue de l'enfant utilisé en Colombie-Britannique, permet aux enfants de 12 ans et plus d'être interrogés par un professionnel de la santé mentale et de voir leur point de vue être communiqué au tribunal et être pris en considération aux fins des décisions. Deux entrevues avec l'enfant ont généralement lieu, chacune avec un parent lorsqu'il leur appartient d'amener l'enfant à l'entrevue. Des recommandations précises sur l'entente parentale peuvent figurer ou non dans un rapport qui sera présenté au tribunal. Des conseillers juridiques rédigent également des rapports sur la garde et l'accès qui renferment des recommandations précises sur l'entente parentale et sur l'intérêt supérieur de l'enfant à l'intention du tribunal.

Bien qu'aucune loi ne prévoie que les enfants ont droit à un avocat différent de celui de leurs parents, il y a eu des cas où un parent a chargé un avocat de représenter son enfant afin que le point de vue de celui-ci soit entendu (Burns et Goldberg, 2004).

Manitoba

Au Manitoba, des services de médiation sont offerts également dans le secteur privé et dans le secteur public. Dans le secteur public, le Service de conciliation familiale effectue, dans le cadre de différentes initiatives, des interventions rapides et brèves ainsi que des évaluations en matière de garde dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le projet pilote First Choice (Premier choix) est un

projet de règlement des différends combinant évaluation, médiation et counselling et visant à régler les conflits parentaux avant le tribunal. Les parents et leurs avocats sont d'abord rencontrés pour une évaluation ayant pour but de déterminer quelles questions, le cas échéant, peuvent être réglées et quels autres services pourraient aider la famille. Si un règlement complet ne peut être obtenu, la médiation est offerte aux parents afin de faciliter le règlement des questions irrésolues. Les enfants ne participent généralement pas à l'exercice.

Par ailleurs, le Service de consultation rapide est un projet pilote financé par la Stratégie du droit de la famille axée sur l'enfant au Manitoba depuis octobre 2001. Le projet offre aux enfants âgés de 11 à 17 ans la possibilité de faire part de leurs souhaits, de leurs préoccupations et de leurs opinions. Une brève séance de consultation portant principalement sur les besoins affectifs et en matière de développement des enfants est offerte aux parents. Ces derniers sont invités par téléphone à rencontrer un conseiller peu de temps après avoir été dirigés vers le Service par le tribunal. Des entrevues avec les parents ont lieu avant les rencontres avec les enfants afin d'obtenir des détails sur la situation générale de la famille et d'évaluer les questions en litige. Les enfants sont informés des questions relatives à la confidentialité et reçoivent un feuillet d'information d'une page décrivant la nature de l'entrevue. Après les entrevues avec les enfants et les parents, un bref rapport indiquant le nom des personnes ayant participé au processus, les questions en litige et les impressions est préparé à l'intention du tribunal. Des suggestions — et non des recommandations — concernant une entente sur le partage du temps parental sont faites. Si les parents rejettent les suggestions, le conseiller peut être appelé à témoigner. Le Service de consultation rapide n'est fourni que par des conseillers familiaux expérimentés qui possèdent une expertise dans les domaines de la médiation et de la séparation ou du divorce (Martin et Kowalchuk, 2007).

Dans une évaluation récente du Service de consultation rapide, un questionnaire a été expédié par la poste à 254 enfants et à leurs parents, à des avocats et à des juges afin de connaître leur niveau de satisfaction à l'égard du Service et d'obtenir de l'information sur les règlements un an plus tard. La plupart des 22 enfants qui ont rempli le questionnaire ont indiqué avoir aimé le fait que leurs opinions et leurs sentiments aient été pris en compte dans le cadre du processus décisionnel. La majorité des enfants ont aussi mentionné qu'ils croyaient que le conseiller les avait écoutés et avait compris leur point de vue. Par ailleurs, la plupart des 33 parents ayant noté le service l'avaient trouvé relativement utile dans l'ensemble pour régler leur différend. La majorité des parents estimaient également que la participation de leur enfant avait été utile. En outre, la majorité des 41 avocats qui ont répondu au questionnaire ont déclaré que le service permettait à l'enfant de faire connaître son point de vue, réduisait la durée du litige et contribuait à faciliter le règlement de celui-ci. Les points positifs les plus importants du service mentionnés par les 10 juges ayant répondu au questionnaire étaient le fait qu'il pouvait être utilisé en temps utile, que des conseils d'experts pouvaient être obtenus et que des recommandations étaient

formulées à l'intention de la famille. Le fait que le service pouvait servir d'avertissement aux parents était l'avantage le moins important. Tous les juges étaient généralement satisfaits du service et étaient d'avis que celui-ci répondait aux attentes ou les dépassait pour ce qui était du règlement rapide des questions en litige. Trente-trois pour cent (33 p. 100) des 126 cas qui ont fait l'objet d'un suivi un an plus tard avaient été réglés lors d'une conférence préparatoire (au cours de laquelle les parents et le juge discutent des questions qu'il reste à régler et déterminent à l'égard desquelles un règlement est possible), 38 p. 100 avaient été réglés par une ordonnance judiciaire finale et 7 p. 100 n'avaient pas été réglés et le litige se poursuivait; en outre, la demande avait été retirée ou aucun autre litige n'avait été consigné dans 22 p. 100 des cas. Au total, 93 p. 100 des cas avaient été réglés par le recours au Service de consultation rapide (Martin et Kowalchuk, 2007).

Les évaluateurs ont pris acte des faibles taux de réponse, qu'ils ont attribués au fait que des parents avaient déménagé ou ne voulaient tout simplement pas répondre à un questionnaire expédié par la poste. Toutefois, les parents qui ont répondu au questionnaire étaient moyennement ou très satisfaits du service et considéraient que celui-ci les avait aidés à régler rapidement leur différend.

Ontario

En Ontario, divers services de médiation incluant l'enfant sont offerts dans le secteur privé par différents professionnels de la santé mentale (travailleurs sociaux et psychologues) qui sont fortement convaincus de l'importance de tenir compte du point de vue des enfants (Landau, 2005, 2006). De nombreux professionnels de la santé mentale font participer les enfants à des processus qui ont déjà été analysés dans des ouvrages en sciences sociales et dans des rapports de recherche (Goldson, 2006; Kelly, 2002; McIntosh, 2007; Saposnek, 2004). Par contre, les enfants ne participent pas généralement à la médiation offerte par les tribunaux et financée par des fonds publics.

Dans le secteur public, le ministère du Procureur général offre également des services de représentation par un avocat aux enfants par l'entremise du Bureau de l'avocate des enfants (BAE). Ce cabinet juridique financé par l'État défend les droits des enfants devant le tribunal dans les litiges se rapportant à la garde ou à l'accès, dans les instances en matière de protection de l'enfance et dans les affaires successorales. L'Ontario est la seule province où il existe un programme complet de représentation juridique des enfants³⁴ dans les litiges concernant la garde et l'accès ainsi que dans les affaires relatives à la protection de l'enfance.

³⁴ En Ontario, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* prévoit que le tribunal doit prendre en considération « le point de vue et les préférences de l'enfant, s'ils peuvent être raisonnablement déterminés » (par. 24(2)). Le BAE décide seul s'il intervient dans un litige portant sur la garde ou l'accès et quel type de services (avocat ou enquêteur clinique, ou les deux) il fournira.

Selon l'énoncé de politique sur le rôle des avocats du BAE : (1) l'avocat de l'enfant recueille le point de vue et les préférences de l'enfant, si celui-ci est en mesure de les exprimer; (2) il ne représente pas l'intérêt supérieur de l'enfant parce cette question doit être tranchée par le tribunal; (3) il est le représentant juridique de l'enfant et non le tuteur à l'instance ou un intervenant désintéressé; (4) il a une relation avocat-client avec l'enfant (Burns et Goldberg, 2004; Goldberg, 2004).

Le BAE offre aussi les services suivants : 1) la représentation de l'enfant avec l'assistance d'un enquêteur clinique³⁵; 2) des enquêtes en matière de garde et d'accès et un rapport sur le sujet (Birnbaum, 2003, 2005). Des enquêtes sur les problèmes d'accès sont aussi menées par les enquêteurs cliniques (professionnels de la santé mentale) et les avocats (Birnbaum et Moyal, 2002; Birnbaum et Radovanovic, 1999). Seuls les enquêteurs cliniques rédigent, à l'intention du tribunal, un bref rapport renfermant des recommandations relatives à l'entente parentale. La participation des enfants se limite à ce que leur point de vue soit examiné de façon approfondie par les professionnels dans le cadre d'un litige.

Québec

Il y a au Québec, comme en Ontario, des dispositions législatives qui reconnaissent le droit d'un enfant d'être représenté par un avocat dans les instances sur la garde et l'accès³⁶, mais, contrairement aux avocats représentant les enfants en Ontario, les avocats au Québec agissent au nom de l'enfant : l'avocat défend les souhaits exprimés par l'enfant si celui-ci est en mesure de lui donner des instructions claires (Bala, Talwar et Harris, 2005). Plus précisément, l'article 34 du *Code civil du Québec* prévoit qu'un enfant doit être entendu s'il est suffisamment âgé et s'il peut s'exprimer. Ainsi, il semble que les enfants soient plus susceptibles de témoigner relativement au différend opposant leurs parents au Québec que partout ailleurs au Canada (Ministry of the Attorney General, 2007).

Des services de médiation sont offerts par le secteur privé et par le secteur public au Québec. Le tribunal peut ordonner aux parties de se soumettre à la médiation, sauf dans les cas de violence familiale. Les enfants participent à la médiation seulement si le tribunal le décide et que leurs parents y consentent. De plus, dans le secteur public, les parents sont tenus d'assister à des séances d'information. Des évaluations en matière de garde, dans le cadre desquelles les enfants sont interrogés, sont également effectuées dans le secteur public.

³⁵ Un enquêteur clinique (professionnel de la santé mentale) aide l'avocat d'un enfant à obtenir de l'information au sujet de l'enfant et de sa famille afin de faciliter le travail du tribunal. Aucune loi particulière ne prévoit ce type d'intervention par un enquêteur clinique. En fait, seul le BAE a recours à des enquêteurs cliniques. Par ailleurs, le tribunal est l'arbitre ultime de tous les litiges en matière de garde et d'accès.

³⁶ L.R.Q., ch. C-25, art. 208 et 394.1.

Nouveau-Brunswick

Au Nouveau-Brunswick, les parents qui ne s'entendent pas sur la garde ou l'accès peuvent obtenir une évaluation seulement dans le secteur privé. Dans le secteur public, les parents admissibles peuvent recevoir une aide financière pour défrayer le coût de l'évaluation en matière de garde dans le cadre du Programme d'aide aux évaluations ordonnées par le tribunal (PAEOT). De plus, les familles peuvent obtenir gratuitement des services de médiation dans le secteur public. Les enfants participent aux évaluations en matière de garde, mais généralement pas à la médiation.

Bien que la *Loi sur les services à la famille*³⁷ prévoit que les enfants peuvent être représentés par un avocat, cette pratique n'est pas courante (Burns et Goldberg, 2004).

Nouvelle-Écosse

Comme dans les autres provinces, les parents qui se disputent la garde de leurs enfants ou l'accès à ceux-ci peuvent obtenir, sur ordonnance du tribunal, une évaluation en matière de garde. Le tribunal de la famille (Cour suprême) offre un service de conciliation que les parents sont tenus d'utiliser. Un agent de conciliation rencontre les parents seulement pour connaître les questions en litige et les prochaines démarches à entreprendre. Les enfants ne participent à aucune des discussions. Il existe dans la province des services de médiation privés et publics qui peuvent être utilisés sur une base volontaire, mais les enfants y participent rarement, que ce soit de manière informelle ou formelle. En outre, les enfants ne sont pas représentés par un avocat dans les instances portant sur la garde ou l'accès (Burns et Goldberg, 2004).

Île-du-Prince-Édouard

Comme dans les autres provinces, des services de médiation sont offerts dans le secteur public et dans le secteur public à l'Île-du-Prince-Édouard. Règle générale, les enfants ne participent pas aux séances de médiation. Toutefois, il y a dans le secteur public des conseillers du tribunal de la famille qui effectuent des évaluations en matière de garde et d'accès. Comme il a été indiqué précédemment, les enfants interviennent seulement dans les litiges soumis au tribunal. Par ailleurs, la représentation par un avocat des enfants n'est pas prévue par la loi.

Terre-Neuve-et-Labrador

Il y a des services de médiation privés et publics dans cette province. Les enfants ne participent généralement pas aux services de médiation offerts par le secteur public, mais ils peuvent recevoir des conseils visant à les aider pendant le différend qui oppose leurs parents. Le médiateur peut faire intervenir les enfants à la fin de la séance de médiation pour les aider à

³⁷ L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, modifié par L.N.-B. 1996, ch.13, par. 6(4).

comprendre l'entente à laquelle leurs parents sont parvenus à leur égard (O'Connor, 2004). Comme dans les autres provinces, des évaluations peuvent être effectuées en matière de garde et d'accès, dans le cadre desquelles les enfants sont interrogés. De plus, des rapports portant sur les enfants, semblables à ceux qui sont utilisés en Saskatchewan, en Colombie-Britannique et au Manitoba, sont préparés. Par ailleurs, aucune disposition législative ne reconnaît le droit des enfants à un avocat (Burns et Goldberg, 2004).

Yukon

Un service de médiation rattaché au tribunal est offert aux parents afin de les aider à régler leur différend. Les enfants n'ont aucun rôle à jouer dans le processus. De plus, seulement quelques évaluations en matière de garde et d'accès sont réalisées à cause du manque de ressources (O'Connor, 2004).

Le tuteur et curateur public agit en vertu de l'article 168 de la *Loi sur l'enfance*. Le tuteur public est investi du droit exclusif de déterminer si un enfant sera représenté par un avocat dans une affaire relative à la protection de l'enfance³⁸. Rien n'est prévu expressément toutefois en ce qui concerne la représentation d'un enfant dans un litige portant sur la garde et l'accès. Lorsque les services d'un avocat sont fournis dans le cadre d'un tel litige, cet avocat vient du secteur privé (Burns et Goldberg, 2004).

Territoires du Nord-Ouest

Comme au Yukon, peu d'évaluations en matière de garde et d'accès sont effectuées à cause du manque de ressources. Les services de médiation sont limités et n'incluent pas les enfants. En outre, la représentation des enfants par un avocat n'est pas prévue par la loi (Burns et Goldberg, 2004).

Nunavut

Comme au Yukon, quelques évaluations seulement sont effectuées en matière de garde et d'accès à cause du manque de ressources. Il existe cependant un service public de médiation adapté aux différences culturelles qui propose des méthodes novatrices de règlement des différends. De l'information et des services de counselling sont également offerts.

³⁸ Voir le site Web du gouvernement du Yukon pour obtenir de l'information sur le rôle et les responsabilités du tuteur et curateur public : <http://www.publicguardianandtrustee.gov.yk.ca/children.html>.

La *Loi sur le droit de l'enfance* du Nunavut est la même que celle des Territoires du Nord-Ouest. Par ailleurs, un juge peut nommer un intervenant bénévole (ami du tribunal) pour l'enfant (Burns et Goldberg, 2004)³⁹.

États-Unis

De nombreux services de médiation sont également offerts partout aux États-Unis, à la fois par le secteur privé et par le secteur public. Il s'agit incontestablement de la forme d'intervention utilisée en matière de séparation ou de garde à laquelle les chercheurs se sont le plus intéressés (Emery, Matthews et Kitzmann, 1994; Emery, Matthews et Wyer, 1991; Kelly, 2002, 2004; Sbarra et Emery, 2008). Folberg, Milne et Salem (2004) décrivent différents types de services et de modèles de médiation (participative, transformationnelle, évaluative et thérapeutique) qui sont offerts par le secteur privé, des centres rattachés aux tribunaux, des organismes de services sociaux, des cliniques et des centres de médiation communautaires. On ne connaît pas cependant le degré de participation des enfants aux séances de médiation offertes par les centres rattachés aux tribunaux et les centres communautaires, ni quand ni comment les enfants participent à ces séances⁴⁰.

Dans le secteur privé, de nombreux psychologues et spécialistes auprès des enfants ont fait intervenir des enfants dans le processus de médiation, avant, pendant et après celui-ci, comme nous l'avons décrit précédemment (Johnston et Campbell, 1988; Kelly, 2002; Sanchez et Kibler-Sanchez, 2004; Sapsonek, 2004, Shienvold, 2004). La coordination des responsabilités parentales, qui est plus fréquente aux États-Unis qu'ailleurs, vise de plus en plus à aider les familles vivant une situation très conflictuelle en leur adjoignant un clinicien de la santé mentale chargé de collaborer avec les parents à la mise en application de l'entente qu'ils ont conclue (Boyan et Termini, 2004; Coates et coll. 2004). Toutefois, comme nous l'avons mentionné précédemment, la participation des enfants à ce processus n'est pas automatique et elle varie d'un cas à l'autre.

Il y a une multitude de programmes pour les parents et les enfants qui ont un volet psychopédagogique et qui offrent des services d'évaluation et de counselling (Homrich, Glover

³⁹ Voir le site Web du gouvernement du Nunavut pour obtenir de l'information sur les intervenants désintéressés : http://action.attavik.ca/home/justice-gn/attach-en_conlaw_postdiv/consSNWT1997c14.pdf.

⁴⁰ Une recherche dans Internet n'a pas permis d'en savoir plus au sujet des services de médiation offerts par l'État qui incluent les enfants. De plus, une discussion par courriel avec Joan Kelly (psychologue et chercheuse de la Californie) et Peter Salem (directeur exécutif de l'Association of Family and Conciliation Courts) n'a pas mis en évidence des programmes ou des services particuliers du secteur public. Cependant, il existe de nombreux rapports de recherche et articles d'excellente qualité sur les services publics de médiation existant en Californie, par exemple. Ils peuvent être consultés à l'adresse suivante : <http://www.courtinfo.ca.gov/programs/cfcc/resources/publications/articles.htm>.

et White, 2004; O'Connor, 2004)⁴¹. Bien que bon nombre de ces programmes d'excellente qualité fournissent de l'information importante et de l'aide aux parents qui vivent une séparation ou un divorce et à leurs enfants, la participation des enfants vise surtout à obtenir de l'information. Les enfants ne participent pas pleinement au processus et n'ont pas réellement leur mot à dire au sujet des dispositions que prennent leurs parents à leur égard.

L'Association of Family and Conciliation Courts (AFCC) a fait de la participation des enfants le thème de sa conférence annuelle de 2002. Les participants étaient alors invités à donner une note à huit façons d'obtenir le point de vue des enfants : (1) l'enfant témoigne devant le tribunal; (2) l'enfant fait une déposition hors cours à l'autre avocat; (3) l'enfant est interrogé par un juge; (4) l'enfant signe un affidavit devant un avocat, qui est ensuite présenté au tribunal; (5) l'enfant fait part de son point de vue à un intervenant désintéressé ou à un avocat à l'instance, qui le présente ensuite au tribunal; (6) l'enfant est interrogé seul par un clinicien de la santé mentale, qui consulte les parents et peut aussi interroger l'enfant en présence de ses parents, au besoin; (7) l'enfant est interrogé par un évaluateur spécialiste de la santé mentale et de la garde, qui témoigne devant le tribunal au sujet de ce qu'exige l'intérêt supérieur de l'enfant; (8) l'enfant participe à la médiation, seul ou avec ses parents.

Un total de 530 participants ont attribué une note de 1 à 10 à ces huit méthodes, 10 représentant une façon saine d'inclure les enfants et 1, une méthode préjudiciable sur le plan psychologique pour les enfants. Selon les participants, la méthode n° 6 — l'enfant est interrogé seul par un clinicien de la santé mentale, qui consulte les parents et peut aussi interroger l'enfant en présence de ses parents, au besoin — était la façon la plus saine d'obtenir le point de vue de l'enfant, alors que la méthode n° 1 — l'enfant témoigne devant le tribunal — était la plus dommageable (Yingling, 2005).

Le Texas est le seul État à avoir adopté une loi⁴² qui prévoit qu'un enfant (de 12 ans et plus) peut indiquer dans un affidavit avec lequel de ses parents il préférerait habiter principalement, sous réserve de l'approbation du tribunal. Le Texas a cependant modifié sa loi en 2005, après notamment avoir pris connaissance du sondage de l'AFCC dont il est question ci-dessus et avoir été l'objet de pressions, afin d'accorder une plus grande importance aux ententes conclues entre les parents et de permettre à des professionnels de la santé mentale de coordonner et de faciliter la mise en œuvre de ces ententes. En outre, le *Texas Family Code* a été modifié afin d'être davantage conforme aux recherches en sciences sociales et aux recherches empiriques (Yingling, 2005).

⁴¹ Par exemple, *Kids Turn* à San Francisco (www.kidsturn.org); *Kids First* dans l'Orange County (www.kidsfirstoc.org); *Support Groups for Children and Young Adults* au Maryland (www.divorceabc.com); les programmes *Children in the Middle* en Ohio (www.divorce-education.com/CIM.pdf). Voir aussi O'Connor (2004).

⁴² L'article 153.008 du *Texas Family Code* est disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.legaltips.org/texas/FA/fa.005.00.000153.00.aspx>.

Comme dans de nombreux ressorts, des évaluations en matière de garde et d'accès peuvent être effectuées dans tous les États. Ces évaluations sont réalisées par des praticiens du secteur public et du secteur privé. Les enfants sont interrogés dans le cadre de ces évaluations qui, comme nous l'avons mentionné précédemment, prennent beaucoup de temps et portent atteinte à la vie privée des enfants et des familles. Les tribunaux ont aussi exploré d'autres types d'intervention adaptés aux différents niveaux de conflit et de risque dans le but de mieux répondre à leurs besoins et à ceux des familles (Finman, Fraser, Silver et Starnes, 2006; Salem, Kulak et Deutsch, 2007). Par exemple, le modèle Sieve est utilisé dans le 20^e circuit judiciaire de la Floride. Ce modèle est axé sur le règlement des différends et propose aux familles des services qui varient selon la gravité des conflits (soutien thérapeutique intensif, évaluation en matière de garde et d'accès, médiation, éducation des parents et autres formes d'enseignement individualisé en matière de santé mentale) (Finman et coll. 2006). Il y a aussi des évaluations rapides — ou mini-évaluations⁴³ — et des évaluations portant sur une question en particulier. Ces évaluations, qui sont réalisées au Connecticut, à Los Angeles, en Oklahoma, au Minnesota et au Texas, portent sur une question précise seulement (visites surveillées ou non, temps passé par chacun des parents avec les enfants) et sont préférées aux évaluations judiciaires complètes. Le niveau de participation des enfants varie selon les caractéristiques de chaque affaire (Little, 1997).

Au Connecticut, les tribunaux offrent principalement cinq services aux familles : (1) des services de négociation (lorsque les conflits concernent l'accès, les finances, les biens, les requêtes pour non-respect d'une décision judiciaire, etc.); (2) des services de médiation; (3) des conférences de règlement des conflits; (4) des évaluations ciblées; (5) des évaluations complètes en matière de garde et d'accès.

Plus récemment, le tribunal du Connecticut a entrepris d'établir une méthode davantage fondée sur la preuve afin d'offrir des services aux familles selon un système de triage ou un modèle de services à plusieurs paliers. Les familles ont d'abord recours au service le moins envahissant (éducation en matière de divorce), puis aux services offerts au palier suivant si elles ne parviennent pas à s'entendre. Les services ressemblent de plus en plus à une enquête au fur et à mesure que les familles franchissent les paliers (médiation, évaluation en matière de garde, conférence de règlement dirigée et, au besoin, procès) (Salem, Kulak et Deutsch, 2007). Les renvois aux différents services ont été plus efficaces grâce à l'utilisation d'un outil de sélection et d'évaluation appelé le Family Civil Intake Screen⁴⁴. Des recherches sur cet outil sont en cours depuis 2004. Jusqu'à maintenant, l'efficacité générale de l'outil et la capacité de diriger les

⁴³ L'expression « évaluations en matière de garde et d'accès » est employée au Canada, alors qu'aux États-Unis on parle d'évaluations en matière de garde ou d'évaluations judiciaires. Ces expressions sont interchangeables et font appel à la même terminologie.

⁴⁴ Cet outil a été élaboré et soutenu avec l'aide de nombreux chercheurs et universitaires d'expérience, l'AFCC, de nombreux autres consultants ainsi que la direction et le personnel de la division des services de soutien aux tribunaux du Connecticut. Il en est question dans l'article de Salem, Kulak et Deutsch (2007).

familles vers les services dont elles ont besoin ont été reconnues (Salem, Kulak et Deutsch, 2007). Une analyse à long terme des données relatives à l'efficacité du Family Civil Intake Screen est en cours.

En Arizona, Markan et Weinstock (2005), deux psychologues travaillant en cabinet privé, décrivent d'autres types d'évaluations relatives à la garde, notamment une évaluation complète en matière de garde, une évaluation axée sur un problème particulier, une évaluation du différend (porte sur les questions qui peuvent faire l'objet d'une évaluation selon les lois de l'État), une évaluation du développement de l'enfant (porte sur le rapport entre les besoins de l'enfant et les décisions concernant la garde et le temps passé par les parents avec l'enfant), une entrevue de l'enfant (par un spécialiste auprès des enfants, enregistrée sur bande vidéo, qui porte sur une question particulière, comme la violence sexuelle ou la préférence de l'enfant quant au parent avec lequel il veut vivre) et une stabilisation de l'affaire en cas d'urgence (vise à stabiliser une situation dangereuse touchant un parent et l'enfant en les dirigeant vers le traitement approprié).

Bon nombre de ces évaluations ciblées et de ces évaluations en matière de garde font suite à l'exploration de moyens de rechange visant à aider les familles et les enfants après une séparation ou un divorce. Cependant, on n'en sait toujours pas plus au sujet de la participation des enfants et de leur contribution réelle aux décisions (?).

Dans tous les États, un avocat peut être nommé pour représenter un enfant. Il y a deux types d'avocats pour enfant selon les normes adoptées par l'American Bar Association (*Standards of Practice for Lawyers Representing Children in Custody Cases*, 2003)⁴⁵ : (1) l'avocat qui protège l'intérêt supérieur de l'enfant (évaluation indépendante de ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et défense de cet intérêt); (2) l'avocat de l'enfant (relation traditionnelle avocat-client donnant à l'enfant la possibilité d'exprimer son point de vue dans le cadre du différend qui oppose ses parents). Certains tribunaux prévoient aussi la nomination d'un tuteur à l'instance, qui leur fait rapport ou témoigne au sujet de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce dernier rôle n'est toutefois pas celui d'un avocat selon les normes de l'American Bar Association.

⁴⁵ Les normes peuvent être consultées en ligne à l'adresse suivante : http://www.abanet.org/family/reports/standards_childcustody.pdf. Le lecteur est invité également à visiter le site Web suivant pour prendre connaissance du compte rendu de la dernière conférence sur les recommandations relatives au rôle de l'avocat représentant un enfant, aux compétences de l'avocat et à la relation avocat-enfant aux États-Unis : <http://rcif.law.unlv.edu/recommendations>.

Autres pays

Australie

Depuis 1999, l'Australie a montré la voie à suivre en ce qui concerne les méthodes pratiques basées sur des recherches empiriques qui favorisent la participation des enfants (Hewlett, 2007; Mackay, 2001; McIntosh, 2000, 2003, 2005; 2006, 2007; McIntosh, Bryant et Murray, 2008; McIntosh et Deacon-Wood, 2003; McIntosh et Long, 2005, 2006, 2007; McIntosh, Long et Moloney, 2004; McIntosh, Wells, Smyth et Long, 2008; McIntosh, Wells et Long, 2007; Moloney, 2005, 2006; Moloney et McIntosh, 2004).

Compte tenu de ce qu'on a appelé une crise de santé publique concernant les besoins psychologiques des enfants lors de l'éclatement de la famille (Amato, 2006; Emery, 2001; Kelly et Emery, 2003; Lamb, 2002/2003), le gouvernement a accordé un financement et un soutien importants afin que des recherches sur des modèles pratiques fondés sur l'expérience qui favorisent la participation de l'enfant après un divorce ou une séparation soient menées. En conséquence, les enfants participent davantage aux décisions en Australie.

Outre son programme en matière de recherche, l'Australie offre quatre niveaux de services : (1) les centres des relations familiales, où chaque famille reçoit de l'information et des services de médiation d'une durée maximale de six heures (les familles à qui la médiation ne convient pas sont dirigées vers les tribunaux); (2) les services de relations familiales, qui offrent des services de médiation communautaires selon le revenu des parents; (3) les services judiciaires dans les cas où un règlement semble fortement impossible (un conseiller spécialiste des enfants interroge l'enfant et, au besoin, témoignera devant le tribunal); (4) la représentation des enfants par un avocat. Chaque service repose sur des données empiriques ayant trait aux facteurs de risque et de résilience concernant les enfants touchés par la séparation ou le divorce de leurs parents.

Le Children's Cases Program (CCP) adopte un modèle judiciaire différent au regard des questions de garde et d'accès. Dans le cadre de ce programme, appelé aussi Less Adversarial Trial, le juge décide des questions qui seront abordées, des éléments de preuve qui seront présentés et de la manière dont il les admettra. Ce modèle possède notamment les autres particularités suivantes : (1) il est axé sur l'avenir plutôt que sur le passé; (2) l'atmosphère est moins formelle dans la salle d'audience, où les avocats ne portent pas de toge; (3) le juge, les parties, leurs avocats et le conseiller familial (médiateur) discutent ensemble directement; (4) le juge peut décider de ne pas appliquer les règles de preuve; (5) l'aide d'un conseiller familial peut être obtenue tout au long du processus judiciaire⁴⁶.

⁴⁶ Pour plus d'information sur ce programme, voir le site Web suivant : http://www.familycourt.gov.au/presence/connect/www/home/about/less_adversarial_trials/.

McIntosh, Bryant et Murray (2008) ont évalué ce programme ainsi que le Child Responsive Program (CRP), dans le cadre duquel un spécialiste de la famille et des enfants est désigné, dès le début du processus, pour s'occuper d'une famille et lui donner de l'information, procéder à une évaluation préliminaire et faire participer les enfants⁴⁷. Leur étude a révélé que, quatre mois après l'intervention, les parents étaient beaucoup plus en mesure de gérer leurs conflits, leur relation s'était moins dégradée, leurs enfants et eux-mêmes étaient plus satisfaits de leur mode de vie, et les enfants s'adaptaient mieux à la situation. Par contre, les parents qui avaient eu recours à la procédure contradictoire traditionnelle ont indiqué que le recours aux tribunaux ne les avait pas aidés et n'avait pas amélioré leur relation. Les conclusions concernant le CRP et le CCP combinés démontrent que la majorité des parents (67 p. 100) ont mentionné que leurs enfants avaient été mieux protégés par le CPR, que la coopération avec leur ex-conjoint était plus grande et que les conflits avec celui-ci étaient moins importants après les procédures judiciaires. McIntosh, Bryant et Murray (2008) concluent que le CRP et le CCP favorisent la création de méthodes moins contradictoires pour les parents et les enfants.

Les avocats des enfants en Australie défendent l'intérêt supérieur de ces derniers. En d'autres termes, en plus de transmettre le point de vue des enfants au tribunal, ils font valoir un avis indépendant sur ce qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant et agissent en conséquence. Ces avocats peuvent divulguer au tribunal tout renseignement qu'un enfant leur a communiqué, même si celui-ci s'y oppose⁴⁸.

Finalement, un programme mixte a été lancé en 1999 pour régler les problèmes d'accès. Ce programme pilote (Contact Cases Program) offrait de l'information aux parents, des discussions en groupe pour les enfants, du counselling individuel, des services de médiation et, au besoin, des services de surveillance des visites pour les familles vivant une situation très conflictuelle⁴⁹. Les enfants font part de leurs sentiments à leurs parents. Le gouvernement a financé ce service jusqu'en 2005.

Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, des professionnels de la santé mentale effectuent des évaluations en matière de garde et d'accès. De plus, un projet pilote de médiation incluant les enfants a été lancé en 2006 afin que les différends soient réglés beaucoup plus tôt après la rupture des parents

⁴⁷ Les parents sont ainsi amenés à comprendre les besoins de leurs enfants. Un spécialiste auprès des enfants rencontre les enfants et entreprend un dialogue thérapeutique avec les parents et le médiateur au sujet des besoins des enfants.

⁴⁸ *Family Law Act*, art. 68LA (2), (5), (7) et (8).

⁴⁹ Pour plus d'information, voir le site Web suivant :

<http://www.relationships.com.au/what-we-do/services/contact-parenting-orders-program-1>. Une évaluation de ce programme est également disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Publications_Contactordersprogram-2003.

(Goldson, 2006). Les conflits impossibles à résoudre en matière de garde et d'accès, les cas de violence familiale et les affaires caractérisées par des problèmes de santé mentale ont été exclus de l'étude. Il ressort clairement des résultats qualitatifs que cette approche s'est avérée bénéfique pour les enfants et les parents.

Le Parenting Hearings Program⁵⁰, qui ressemble au programme Less Adversarial Trial mis en œuvre en Australie, existe depuis deux ans en Nouvelle-Zélande, mais, contrairement au programme australien, le médiateur n'assiste pas aux audiences. Cette formule fera bientôt l'objet d'une évaluation. Des juges ont aussi rencontré des enfants dans le cadre de ce processus.

Les enfants ont droit à une représentation par un avocat la plus étendue qui soit en Nouvelle-Zélande, en vertu de la loi intitulée *Care of Children Act 2004*. Le rôle de l'avocat consiste : (1) à expliquer la procédure judiciaire à l'enfant; (2) à représenter l'enfant dans tous les aspects de son éducation et de sa garde; (3) à présenter au tribunal le point de vue de l'enfant et toutes les questions pertinentes le concernant; (4) à rencontrer l'enfant après que le juge a rendu sa décision⁵¹. Lorsque l'on compare le rôle d'un avocat qui représente un enfant en Nouvelle-Zélande à celui d'un avocat représentant un enfant dans les autres ressorts dont il a été question précédemment, on constate qu'il se situe entre le rôle de l'avocat traditionnel et celui de l'avocat qui est chargé de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant. Le gouvernement de la Nouvelle-Zélande s'est engagé à assurer la représentation juridique des enfants afin que leur point de vue soit entendu dans les affaires de garde et d'accès. La Nouvelle-Zélande tente actuellement de trouver la meilleure façon de faire participer l'enfant au processus décisionnel afin que, tout en étant lui-même tenu à l'écart du conflit opposant ses parents, son point de vue soit entendu (Boshier et Steel-Baker, 2007).

Écosse

Des services de conciliation favorisant la collaboration avec les parents ont été mis en place en Écosse, comme partout en Amérique du Nord et en Angleterre, au début des années 1980. Ces services sont toujours offerts aujourd'hui, sous différentes formes. Pourtant, malgré les avantages des méthodes incluant les enfants utilisées à Édimbourg pendant les années 1980, les médiateurs ou les avocats disposés à faire participer les enfants aux discussions sont peu nombreux actuellement.

⁵⁰ Le lecteur est invité à consulter les sites Web suivants pour obtenir une description plus complète de ce programme et des initiatives pilotées par le gouvernement de la Nouvelle-Zélande :

http://www.psychologistsboard.org.nz/pdfs/MOJBriefingPaper14Sept06__1%20_2_.pdf et

<http://www.justice.govt.nz/family/publications/speeches-papers/default.asp?inline=auckland-family-courts-association-september-2006.asp>.

⁵¹ Le rôle et les responsabilités de l'avocat de l'enfant en Nouvelle-Zélande sont décrits à l'adresse suivante : <http://www.justice.govt.nz/family/practice/notes/child-counselv2.pdf>.

D'autres services sont aussi assurés par l'État, comme des évaluations en matière de garde et certaines formes de représentation juridique des enfants (Garwood, 1990; Marshall, Tisdall et Williams, 2002; Tisdall et coll., 2002).

Plus récemment, une recherche sur la prise en considération du point de vue des enfants a été réalisée sous le régime de la loi intitulée *Children (Scotland) Act 1995* (Hill, Lockyer, Morton, Batchelor et Scott, 2000; Marshall, Tisdall et Williams, 2002; Tisdall et coll., 2002). Cette loi accorde une grande importance au fait que le tribunal connaisse le point de vue des enfants au moment de la séparation ou du divorce de leurs parents. Par exemple, un avocat peut aider l'enfant à remplir un formulaire F-9, qui lui permet de faire connaître son point de vue au juge⁵². Un avocat peut aussi écrire au juge au nom de l'enfant ou demander le statut de partie pour l'enfant⁵³. Les enfants de 16 ans qui ont la capacité juridique de donner des instructions à leur avocat peuvent le faire. Ceux qui veulent obtenir un avis juridique indépendant peuvent obtenir de l'aide juridique à cette fin. Finalement, le point de vue des enfants peut également être exposé dans des rapports d'évaluation rédigés par des travailleurs sociaux ou des curateurs à l'instance (Murch, 2005).

Angleterre

En Angleterre, les Children and Family Court Advisory and Support Services (CAFCASS), qui comptent des professionnels de la santé mentale, effectuent des évaluations écrites en matière de garde et, dans certains cas, fournissent un avocat aux enfants (Douglas, Murch, Miles et Scanlon, 2006; Murch, 2005). Le rôle des travailleurs des CAFCASS consiste : (1) à protéger les enfants et à assurer leur bien-être; (2) à donner des avis aux tribunaux de la famille; (3) à trouver un avocat aux enfants; (4) à donner des conseils et de l'information aux enfants et aux familles et à leur apporter du soutien (Murch, 2005).

On a mis à l'essai pendant environ un an en 2004 un processus d'évaluation des risques liés aux questions en litige, un programme d'éducation des parents et un processus de règlement des différends ciblant les parents. Le point de vue de l'enfant était recueilli lors d'entrevues avec un médiateur, qui en rendait ensuite compte aux parents après leur première séance de médiation. Il a été mis fin au projet pilote parce que les professionnels et les parents ne s'entendaient pas sur le moment où les entrevues avec les enfants devaient avoir lieu.

⁵² Le formulaire F-9 est disponible en ligne sur le site Web du ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, à l'adresse suivante : <http://www.ag.gov.bc.ca/legislation/pdf/Chapter8-ChildrensParticipation.pdf>.

⁵³ *Ibid.*

La politique familiale actuellement en vigueur en Angleterre encourage les parents à utiliser la médiation et les autres processus de RED le plus tôt possible afin de régler leurs problèmes d'une manière plus informelle qui peut être plus bénéfique à long terme pour eux et pour leurs enfants (Mantle, Leslie, Parsons, Plenty et Shaffer, 2006). Les parents et les enfants peuvent régler leurs différends à l'une ou l'autre des quatre étapes suivantes : (1) intervention initiale (les CAF/CASS reçoivent les documents exigés par le droit de la famille); (2) traitement du dossier (les CAF/CASS évaluent le dossier et rédigent un rapport); (3) audience du tribunal (un travailleur des CAF/CASS recommande une entente parentale en s'appuyant sur l'évaluation et dirige l'enfant et la famille vers les services dont ils ont besoin); (4) décision du tribunal⁵⁴. La participation des enfants reste limitée cependant⁵⁵.

⁵⁴ Pour plus d'information, le lecteur peut consulter le site Web suivant :

http://www.cafcass.gov.uk/publications/reports_and_strategies.aspx.

⁵⁵ Voir Neale (2002), Trinder (1997) et Trinder et Kellett (2007), qui font une excellente analyse de la participation des enfants en vertu du droit de la famille en Angleterre.

4.0 LEÇONS APPRISSES AU SUJET DE LA PARTICIPATION DES ENFANTS À LA MÉDIATION ET AUX AUTRES MÉTHODES DE RED UTILISÉES AU CANADA ET DANS D'AUTRES PAYS

Comme nous l'avons décrit précédemment, la participation des enfants à la médiation et aux autres méthodes de RED varie considérablement au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays, ainsi que d'un pays à l'autre. C'est d'ailleurs ce que les participants au présent examen ont confirmé. Ces personnes ont également évoqué différents modèles de participation des enfants et se sont demandé quand ceux-ci devraient être inclus dans le processus.

L'importance du point de vue de l'enfant et de sa prise en compte lors de la séparation ou du divorce des parents est reconnue partout dans le monde. Toutefois, la meilleure façon d'obtenir ce point de vue (représentation de l'enfant par un avocat, évaluations en matière de garde, interventions rapides, rapports sur le point de vue de l'enfant, entrevues par un juge, coordination des responsabilités parentales ou recours à des spécialistes auprès des enfants) et le moment auquel celui-ci doit être entendu (avant, pendant ou après la médiation) ne sont pas clairs. Un autre principe qui fait consensus est qu'il faut, en priorité, protéger l'enfant contre le différend qui oppose ses parents et faire en sorte qu'il ne subisse pas les effets néfastes du sentiment de loyauté qu'il ressent à l'égard de ses parents ou qu'il n'ait pas l'impression d'avoir une trop grande influence ou d'être responsable de la décision et ce, peu importe la méthode employée pour le faire participer.

Comme nous l'avons mentionné, bon nombre des mécanismes de règlement des différends rattachés aux tribunaux qui ont été décrits précédemment permettent la participation des enfants, non pas pour qu'ils participent aux décisions de concert avec leurs parents, mais surtout pour aider le tribunal à prendre sa décision. Malgré les nombreux projets pilotes d'excellente qualité qui ont été mis en œuvre au Canada et en Nouvelle-Zélande, il est encore difficile de savoir quelles méthodes sont les plus efficaces pour assurer la participation de l'enfant à la médiation et aux autres processus de RED et pourquoi. Cela s'explique en partie par la nature limitée des « programmes pilotes » et par les problèmes constants de financement. En outre, sur le plan de la recherche, il faut aussi tenir compte de la difficulté d'évaluer les programmes financés par des subventions uniques à court terme sans disposer de modèles de recherche comparatifs qui donneraient plus d'informations sur ce qui est efficace et sur ce qui ne l'est pas. De plus, on aurait une meilleure idée des méthodes favorisant la participation des enfants si les participants étaient plus nombreux et si l'on faisait un suivi à long terme des approches examinées. Finalement, comme il y a peu de recherches pour guider les décideurs, il devient plus difficile de savoir quels types de ressources ont une incidence sur la participation des enfants. En fait, nous nous retrouvons avec une mosaïque de services et de programmes auxquels les enfants n'ont pas

tous accès. Des recherches de l'ampleur de celles menées en Australie aideraient à mieux connaître les avantages ou les limites potentiels de la participation des enfants.

Dans la section suivante, nous combinons les leçons tirées des services existants au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays et les questions soulevées par les participants relativement à la médiation et aux autres processus de RED incluant les enfants. Les leçons sont regroupées par sujet : (1) la représentation de l'enfant par un avocat; (2) les interventions rapides; (3) les rapports sur le point de vue de l'enfant; (4) les formes de médiation incluant l'enfant; (5) le rôle des spécialistes auprès des enfants dans le cadre du droit de la famille collaboratif. Le point de vue de deux universitaires réputés du domaine du droit et du bien-être social est également présenté.

Représentation de l'enfant par un avocat

La représentation par un avocat a pour but de permettre à l'enfant de se faire entendre dans le cadre du différend opposant ses parents. Différentes approches sont privilégiées à cet égard au Canada et dans les autres pays. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la documentation et la jurisprudence font état de trois types de représentation : (1) l'avocat traditionnel; (2) l'intervenant bénévole; (3) le tuteur à l'instance.

Le Bureau de l'avocate des enfants de l'Ontario offre aux enfants la possibilité d'être représentés par un tiers indépendant, en particulier dans les cas très conflictuels (lorsqu'il y a comparutions répétées, allégations de violence familiale, consommation abusive d'alcool ou de drogue et préoccupations quant aux capacités parentales)⁵⁶. L'avocate des enfants affirme qu'un grand nombre des enfants dont le Bureau s'occupe ont déjà des problèmes par suite de la séparation de leurs parents et savent très bien ce qui se passe dans leur famille. Aussi, le fait d'avoir un avocat qui les représente leur permet de faire entendre leur voix, s'ils le veulent. Elle ajoute cependant que cela ne signifie pas que la décision finale appartient aux enfants, mais plutôt que ceux-ci ont l'occasion d'exprimer leur point de vue, lequel peut être très différent de celui de leurs parents. Un grand nombre de ces enfants estiment que le fait de parler à leur propre avocat peut les aider (Birnbaum, 2008).

Selon l'avocate des enfants, il faudrait que les personnes qui interrogent les enfants reçoivent de la formation pour que le point de vue des enfants soit entendu de façon plus systématique. De plus, un centre d'échange national devrait être créé pour que tous les professionnels (de la santé mentale et du droit) puissent échanger de l'information sur ce qui fonctionne, ce qui ne

⁵⁶ Entrevues avec Clare Burns, l'avocate des enfants de l'Ontario, et Linda Feldman, une conseillère juridique du Bureau de l'avocate des enfants, à Toronto (Ontario).

fonctionne pas et pour quelles raisons⁵⁷. Des recherches plus poussées doivent cependant être effectuées avant de donner suite à ces suggestions.

Même si le Bureau de l'avocate des enfants de l'Ontario fournit l'aide d'un avocat et d'un enquêteur clinique, la principale préoccupation reste l'instance devant le tribunal. Le rôle de l'enquêteur clinique consiste donc principalement à recueillir de l'information et à la transmettre à l'avocat de l'enfant afin qu'il puisse présenter les conclusions au tribunal au nom de l'enfant.

Un projet pilote réalisé à Calgary (Alberta) faisait appel à une équipe formée d'un avocat et d'un professionnel de la santé mentale. Ce projet pilote, *Speaking For Themselves*⁵⁸, a été lancé il y a trois ans. Il ressemble au modèle avocat-enquêteur clinique existant en Ontario, mais il propose une approche différente et met l'accent sur le counselling des enfants en plus de leur représentation juridique. Le directeur exécutif croit que la combinaison d'un volet juridique et d'un volet thérapeutique pour l'enfant constitue l'une des approches les plus originales au Canada permettant aux enfants d'intervenir dans le litige opposant leurs parents. Il existe maintenant une liste d'attente de personnes qui veulent participer au projet.

Interventions rapides

Les interventions rapides peuvent prendre différentes formes, d'une courte entrevue avec un parent et un enfant à une intervention ciblée qui aide les parents à comprendre les besoins de leur enfant. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la note de pratique n° 7 de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta permet que le point de vue des enfants soit présenté au tribunal par un professionnel de la santé mentale compétent. En règle générale, les enfants âgés d'au moins 12 ans peuvent être invités à faire connaître leur point de vue et leurs souhaits, lesquels seront ensuite communiqués au tribunal par un clinicien qui se gardera d'émettre une opinion sur la question. Certaines personnes s'inquiètent cependant de la possibilité qu'un enfant plus jeune soit pris dans le conflit opposant ses parents et ne soit pas en mesure de s'en dégager⁵⁹. Cette inquiétude est partagée par de nombreux médiateurs.

À Edmonton, des praticiens du secteur privé fournissent des services concernant la note de pratique n° 7 et proposent des mécanismes qui permettent aux enfants d'exprimer leur point de vue et leurs souhaits dans le cadre du processus de séparation ou de divorce. L'un de ces praticiens indique que lui et ses collègues utilisent trois modèles différents⁶⁰. Le premier modèle — l'évaluation des opinions — consiste à rencontrer chaque parent pendant une heure afin de connaître les problèmes et les préoccupations et de rencontrer ensuite les enfants. Les

⁵⁷ Entrevue avec Clare Burns.

⁵⁸ Entrevue avec Dale Hensley, le directeur exécutif du Children's Legal and Educational Resource Center (CLERC).

⁵⁹ Entrevue avec la juge Marguerite Trussler, de l'Alberta, qui a participé à l'élaboration de la note de pratique n° 7.

⁶⁰ Entrevue avec Steven Carter, un psychologue travaillant en pratique privée à Edmonton (Alberta).

enfants sont soumis à un test de vocabulaire visant à évaluer leur niveau de développement du langage. Un rapport peut être rédigé à l'intention des avocats ou du tribunal et les parents sont informés du fait que les commentaires faits par leurs enfants lors des rencontres ne sont pas confidentiels. Cependant, les enfants sont interrogés au sujet des opinions et des souhaits qui seront mentionnés dans le rapport destiné au tribunal. Le deuxième modèle est fondé sur une approche parent-conflit ou la restructuration de la famille; l'attention est portée aux besoins et aux intérêts des enfants après la séparation ou le divorce. Un thérapeute travaille avec les parents pendant qu'un autre travaille avec les enfants, puis fait part aux parents du point de vue de ceux-ci. Le troisième modèle est fondé sur une approche thérapeutique visant à faciliter l'exercice du droit d'accès. Un thérapeute aide l'enfant et le parent avec lequel il n'a plus de contact à renouer les liens. Tous ces modèles ressemblent dans une large mesure à l'approche thérapeutique privilégiée en Australie, le but étant de renforcer les relations entre un parent et un enfant après la séparation ou le divorce⁶¹.

La directrice adjointe et directrice des affaires juridiques de l'International Institute for Child Rights and Development (IICRD), un organisme situé à Victoria (Colombie-Britannique), croit qu'il faut apporter un changement à l'échelle nationale afin que les enfants aient, de façon plus régulière, la possibilité d'indiquer s'ils veulent avoir leur mot à dire dans le cadre du conflit opposant leurs parents, plutôt que ce soit les adultes autour d'eux qui en décident.

Pour aider les professionnels de la santé mentale et les avocats qui participent au projet *Hear The Child Interviews*⁶², l'IICRD a récemment mis au point un projet de programme appelé *Hear the Child Curriculum: What Every Professional Needs To Know* (2007) afin que la participation des enfants soit plus significative. Le programme fait ressortir l'importance de comprendre les besoins affectifs et en matière de développement des enfants et explique les différentes façons de mener une entrevue avec un enfant selon son âge et son développement. La directrice adjointe et directrice des affaires juridiques de l'IICRD convient qu'une entrevue d'une heure avec un enfant peut ne pas être suffisante et qu'il faudrait assurer un meilleur suivi, mais elle souligne que la communauté a demandé que le projet se poursuive⁶³.

Il existe un autre modèle d'interventions rapides dans le comté de Hennepin, à Minneapolis, où quatre types de services sont offerts gratuitement aux familles : (1) évaluations en matière de garde et d'accès; (2) médiation; (3) négociations par des avocats; (4) évaluation neutre rapide (ENR).

⁶¹ Voir aussi Carter, Haave et Vandersteen (2006) pour une analyse plus complète de ces approches.

⁶² Cette approche a été analysée précédemment. Les déclarations de l'enfant sont mises par écrit intégralement et communiquées à leurs parents et au juge.

⁶³ Entrevue avec Suzanne Williams, la directrice adjointe et directrice des affaires juridiques de l'International Institute for Child Rights and Development (IICRD).

Selon les deux praticiens qui s'occupent des ENR, le processus est volontaire et vise à fournir aux parents, et non au tribunal, une évaluation du conflit⁶⁴. L'ENR est effectuée par une équipe de deux personnes (un homme et une femme afin d'assurer un équilibre entre les deux sexes) et est confidentielle. Si le conflit n'est pas réglé, l'équipe ne peut pas être appelée à témoigner ou à communiquer de l'information dans le cadre d'une évaluation en matière de garde et d'accès.

L'ENR initiale avec les parents dure de deux à trois heures environ. Chaque parent expose les questions en litige. Les deux membres de l'équipe chargée de l'ENR peuvent demander des précisions, après quoi ils se réunissent en privé pour discuter du cas. L'équipe peut ensuite présenter ses conclusions aux parents et à leurs avocats et étudier des options de règlement. Si elle a besoin de renseignements additionnels, elle peut convoquer une autre rencontre un mois plus tard. Dans l'intervalle, elle peut rencontrer les parents séparément, interroger les enfants et recueillir des rapports personnels ou professionnels accessoires. Lors de la dernière rencontre, un rapport renfermant de l'information sur le règlement complet ou partiel conclu par les parties ainsi que d'autres renseignements sur lesquels celles-ci se sont entendues est rédigé. Une évaluation complète en matière de garde et d'accès ou un renvoi à un centre de traitement peuvent aussi être recommandés.

Pearson (2006) signale que les parties sont parvenues à un règlement complet dans 177 des 349 cas où une ENR a été effectuée (51 p. 100) et à un règlement partiel dans 43 cas (12 p. 100); en outre, une évaluation complète a été recommandée dans 82 cas (23 p. 100). La participation des enfants à une ENR est toutefois limitée.

Rapports sur le point de vue de l'enfant

En Colombie-Britannique et en Saskatchewan, il y a le rapport sur le point de vue de l'enfant; au Manitoba, le Service de consultation rapide; à Terre-Neuve-et-Labrador, le rapport axé sur l'enfant. Dans tous ces cas, les enfants plus âgés sont interrogés brièvement et un rapport exposant leur point de vue et leurs préoccupations est rédigé à l'intention du tribunal. Des entrevues ont également lieu avec les parents afin de placer le point de vue de l'enfant dans son contexte.

En Saskatchewan, un rapport sur le point de vue de l'enfant est généralement rédigé sur ordonnance du tribunal, lorsque le juge veut savoir ce que l'enfant dit et pense. Des entrevues ont lieu avec les parents afin de connaître le contexte et avec les enfants — âgés de 12 ans et plus. Des observations des interactions entre les parents et les enfants sont effectuées au besoin et des renseignements personnels et accessoires sont recueillis. Le travailleur social rédige un rapport à l'intention du tribunal à l'aide des renseignements recueillis, et il peut y ajouter des

⁶⁴ Entrevues avec Maryellen Baumann, une travailleuse sociale, et James Goetz, un avocat et un travailleur social qui utilise ce modèle de travail en équipe.

recommandations⁶⁵. Des services de médiation sont également fournis à Regina⁶⁶. Dans quelques cas choisis (situation très conflictuelle, enfant âgé de dix ans ou plus, accord des parents et de l'enfant), les médiateurs ont aussi rencontré l'enfant séparément pour connaître son opinion et ses désirs. Un travail d'examen et de préparation a lieu avec chaque parent et avec l'enfant au préalable. Cette approche, qui est plus récente, est évaluée au cas par cas.

Médiation incluant l'enfant

En Colombie-Britannique, les conseillers de la justice familiale qui participent au projet de médiation incluant les enfants signalent de façon anecdotique que leur travail leur apporte une plus grande satisfaction parce qu'ils voient les changements faits par les parents et les enfants, l'accent étant mis sur les relations parent-enfant et non sur la question de savoir qui est le meilleur parent. Le succès du projet est tributaire également du fait qu'une personne écoute les enfants et du fait que les parents semblent écouter ce que leurs enfants disent⁶⁷.

Ces thèmes ont été abordés un peu partout dans le monde par Goldson (2006), McIntosh (2000), et Kelly (2002), selon lesquels écouter ce que les enfants ont à dire peut aider grandement les parents à comprendre les besoins et les intérêts de leurs enfants et, ainsi, les aider à régler leur différend, car ils sont alors conscients de l'impact de celui-ci sur leurs enfants.

Au Québec, comme dans toutes les autres provinces du Canada, des services d'information sont mis à la disposition des parents afin de les aider à comprendre le processus de séparation ou de divorce et à explorer les autres méthodes de RED. La directrice du Service indique qu'un grand nombre de médiateurs de son service ont rencontré des enfants dans le cadre du processus de médiation, mais seulement de manière ponctuelle et avec la permission et le consentement des parents et de l'enfant concerné⁶⁸.

À Toronto (Ontario), les enfants participent à la médiation depuis des décennies. Selon l'une des formules utilisées, un avocat ou un psychologue rencontre l'enfant (âgé d'au moins quatre ans) et ses professeurs et observe les interactions entre les parents et l'enfant dans le but de comprendre la situation familiale et de faciliter l'élaboration d'une entente parentale répondant aux besoins

⁶⁵ Entrevue avec Melissa Wallace, une gestionnaire de programmes et d'activités au ministère de la Justice et du Procureur général de la Saskatchewan.

⁶⁶ Entrevue avec Alan Jenson, un gestionnaire de programmes du service du travail social et du programme d'éducation des parents, à Regina.

⁶⁷ Entrevues avec Irene Robertson, la directrice provinciale de la Division des services de justice familiale, Carole McKnight, une ancienne conseillère en liaison par intérim du projet, Janet Lennox, une ancienne analyste principale des politiques au ministère de Procureur général, et Dan VanderSluis, un gestionnaire régional par intérim du ministère du Procureur général.

⁶⁸ Entrevue avec Lorraine Fillion, la directrice du Service de médiation familiale, Cour supérieure, Montréal (Québec).

de l'enfant. Toutefois, l'enfant assiste rarement aux séances de médiation⁶⁹. Cette façon de faire est semblable à l'approche décrite dans la note de pratique n° 7 dont il a été question précédemment, qui est utilisée en Alberta par les praticiens privés.

Un autre participant a décrit différentes méthodes qu'il utilise lorsqu'il rencontre un enfant, en tant que spécialiste auprès des enfants, dans le cadre du droit de la famille collaboratif. Après avoir rencontré l'enfant, il fait part de la teneur de son entrevue aux parents et à leurs avocats. L'entrevue avec l'enfant vise à faciliter la conclusion d'une entente parentale. Dans d'autres affaires, il a plutôt rencontré l'enfant en privé et a agi comme avocat de l'enfant lors des séances réunissant celui-ci et ses parents, dans le but de favoriser la conclusion d'une entente parentale. Peu importe la méthode utilisée, la sécurité de l'enfant doit être une priorité. Le même participant croit que la participation des enfants au processus décisionnel présente de nombreux avantages, à la condition que les parents soient psychologiquement capables d'utiliser l'information d'une manière qui ne menace pas leurs enfants ou ne leur cause pas de préjudice⁷⁰. Bon nombre de participants tiennent compte de ce critère d'exclusion important lorsqu'ils doivent décider si la participation de l'enfant serait avantageuse pour lui.

Selon un autre participant, la médiation incluant l'enfant est une forme de counselling parental dans le cadre duquel le point de vue de l'enfant est primordial⁷¹. L'approche qu'il privilégie, qui consiste à informer les parents au sujet des besoins de leur enfant, est fondée sur le fait que les enfants ne se séparent habituellement pas de leurs parents, qu'ils veulent avoir des rapports avec leurs deux parents après la séparation ou le divorce et qu'ils ont besoin de ces rapports. Dans ce modèle particulier, appelé médiation privilégiée, aucune information n'est communiquée au tribunal concernant les discussions avec les enfants; l'objectif est de donner un avis aux parents ou à leurs avocats sur les modalités de vie des enfants. En outre, aucun rapport n'est rédigé à l'intention du tribunal. Le processus commence par une rencontre avec les avocats, puis chaque parent fait une description générale de la situation, et une rencontre a lieu avec les enfants âgés de six ans ou plus. Après plusieurs rencontres, et une fois que l'intervenant connaît mieux la famille, l'enfant peut participer à la séance de médiation de ses parents ou son point de vue, ses souhaits et ses sentiments y sont exprimés. La sécurité et le consentement de l'enfant sont toujours des considérations importantes. Selon ce participant, cette approche est supérieure aux méthodes d'enquête traditionnellement utilisées par les tribunaux (évaluations en matière de

⁶⁹ Entrevue avec Barbara Landau, une avocate et psychologue de Toronto (Ontario).

⁷⁰ Entrevue avec Harvey Steinberg, un psychologue de pratique privée de Toronto (Ontario).

⁷¹ Entrevue avec Dermot Hurley, un professeur agrégé de travail social au Collège universitaire King's, à l'Université de Western Ontario, qui travaille aussi en pratique privée à London (Ontario).

garde ou représentation de l'enfant par un avocat), parce que les enfants et les parents exercent un plus grand contrôle sur le processus et ont tous leur mot à dire. Il a ajouté cependant qu'il faut mieux former les professionnels afin de favoriser un véritable débat sur la façon dont le point de vue de l'enfant peut être pris en compte.

Une autre participante de Toronto, qui agit comme médiatrice et comme spécialiste auprès des enfants dans le cadre du droit de la famille collaboratif, rencontre d'abord les parents afin de comprendre les questions en litige. Elle rencontre ensuite les enfants âgés de six ans ou plus pour entendre leur point de vue et en faire part aux parents⁷². À l'instar d'autres participants, elle signale qu'il est plus facile d'en arriver à un règlement lorsque les enfants sont capables d'expliquer à leurs parents ce qu'ils ressentent au regard du litige. Elle croit que si les enfants participaient plus tôt à la médiation, les parents ne seraient pas aussi figés sur leurs positions et le point de vue des enfants aurait une plus grande incidence au bout du compte. Ces commentaires trouvent un écho partout dans le monde, tant dans les ouvrages en sciences sociales que chez les participants.

Cependant, selon une autre psychologue et chercheuse expérimentée les méthodes incluant les enfants ne peuvent être efficaces que si elles visent notamment le rétablissement ou le renforcement d'assises solides entre les enfants et les parents plutôt que seulement le règlement des questions en litige (garde ou accès)⁷³. Cette spécialiste estime que la séparation ou le divorce ne sont pas seulement des problèmes juridiques, mais qu'ils consistent aussi en un mandat éthique d'aider les enfants et les parents à créer de meilleures relations. La participation de l'enfant a justement pour but de cibler les risques et les facteurs atténuants connus qui ont été bien définis dans les recherches sur le bien-être de l'enfant avant et après la séparation. Elle ajoute, en ce qui concerne la sélection des dossiers, qu'il faut faire une différence entre les familles où les conflits sont plus solidement enracinés, celles qui sont touchées par des problèmes graves de santé mentale et celles où sévit la violence familiale. Ces critères d'exclusion ont aussi été mentionnés par d'autres participants.

Cette spécialiste croit également que la méthode de sélection la plus importante consiste à mettre l'accent sur la thérapie plutôt que sur l'exclusion d'enfants et de familles. En d'autres termes, la priorité doit consister à déterminer comment le point de vue des enfants peut être entendu et utilisé pour aider les parents à rétablir des relations saines et positives avec leurs enfants. Un suivi de quatre ans des familles et des enfants ayant participé aux interventions est en cours. Le taux de rétention se situe toujours à 100 p. 100 depuis le suivi d'un an effectué avec les participants à la recherche.

⁷² Entrevue avec Sheila Brown, une travailleuse sociale et une médiatrice accréditée travaillant en pratique privée à Toronto (Ontario).

⁷³ Entrevue avec Jennifer McIntosh, une psychologue et une chercheuse et la directrice de Family Transitions en Australie.

Un certain nombre de participants ont indiqué que, pour que les enfants aient réellement leur mot à dire, il faut prévoir une formation appropriée pour les intervenants et la supervision de la participation des enfants. De plus, les facteurs de risque concernant les enfants doivent être clairement définis à l'intention des parents, le niveau de conflit doit être établi et la capacité des parents de même que le nombre de questions en litige et leur gravité doivent être déterminés. Il est impératif que le processus soit harmonieux du début à la fin pour les enfants de façon à ne pas aggraver le stress suscité par le différend qui oppose leurs parents.

Une autre psychologue et chercheuse expérimentée a cependant indiqué que, même si l'on croit fermement qu'il est important de favoriser la participation des enfants au processus de séparation ou de divorce, ce ne sont pas tous les enfants qui veulent être rencontrés ou qui ont besoin de l'être⁷⁴. Dans son travail, elle applique les critères de sélection suivants pour savoir s'il y a lieu de rencontrer un enfant, si celui-ci ou ses parents le souhaitent : (1) les parents donnent la permission de voir l'enfant; (2) l'enfant souhaite être entendu; (3) chacun des parents a une opinion polarisée sur ce que l'enfant dit réellement, mais les deux veulent atténuer les conflits dans la famille.

Comme de nombreux autres médiateurs, elle rencontre les parents afin d'obtenir de l'information générale sur les questions en litige et sur leur vie, puis elle rencontre les enfants. Elle est d'avis que, du point de vue du développement de l'enfant, il convient de rencontrer les enfants âgés de 9 ans ou plus, mais elle rencontrera aussi un enfant de 8 ans qui a une capacité cognitive suffisante. Les entrevues qu'elle mène avec les enfants se déroulent de la façon suivante : (1) elle demande aux enfants s'ils comprennent pourquoi ils la rencontrent; (2) elle pose des questions à leur sujet afin d'établir un rapport avec eux; (3) elle leur pose des questions sur leur vie actuelle et sur les activités auxquelles ils participent; (4) elle leur demande s'ils aimeraient que leur situation change et, le cas échéant, de quelle façon; (5) elle passe en revue l'entrevue avec eux afin d'obtenir leur consentement concernant ce qui peut et ce qui ne peut pas être communiqué à leurs parents.

Elle utilise aussi deux modèles différents dans le cadre de son travail avec les enfants et les familles. Dans le cadre du premier modèle, elle rencontre les enfants à titre de médiatrice des parents. Ce modèle a des avantages et des inconvénients. L'un des avantages d'écouter les enfants et d'être en même temps la médiatrice des parents assure une continuité relativement au point de vue de l'enfant, lequel peut aussi être incorporé dans l'entente parentale. Cette continuité rejoint les commentaires de Goldson (2006). Par contre, le fait que les parents

⁷⁴ Joan Kelly est psychologue, médiatrice et chercheuse en Californie. Elle avait participé à la formation des professionnels du programme *Hear The Child Interviews*, à Kelowna (Colombie-Britannique) et du projet pilote sur la participation des enfants à la médiation mené en Colombie-Britannique. Elle agit aussi à titre de conseillère pour le projet pilote australien sur la participation des enfants à la médiation.

deviennent méfiants et soupçonneux si le point de vue de l'enfant ne correspond pas aux leurs peut être un inconvénient.

Dans le cadre du deuxième modèle, un professionnel externe de la santé mentale rencontre l'enfant et fait ensuite part du point de vue de celui-ci à ses parents lors d'une séance de médiation. Le médiateur agit de façon objective à l'égard des parents, mais, contrairement à lui, le professionnel externe n'établit pas un rapport ou une relation avec les parents (Kelly, 2000).

Finalement, Kelly (2004) affirme qu'une approche à plusieurs volets doit être proposée dans le domaine de la participation des enfants pour qu'un service soit utile. Ainsi, les services doivent débiter par des programmes obligatoires d'éducation des parents, suivis d'interventions, par des professionnels très qualifiés et expérimentés qui tiennent compte du point de vue de l'enfant. En outre, des lignes directrices doivent prévoir des critères d'exclusion ou d'inclusion des enfants, assurer leur sécurité et encourager la recherche et l'évaluation concernant les avantages et les limites de chaque intervention. La nécessité de telles lignes directrices a aussi été mise en évidence par de nombreux participants lors des entrevues.

Une médiatrice indépendante de la Nouvelle-Zélande, qui mène une recherche sur la participation des enfants à la médiation avec des familles et des enfants, est d'avis qu'il est important que les enfants et les parents aient le même médiateur⁷⁵. Sa recherche a démontré que les enfants ne veulent pas parler de leur famille à des étrangers. À l'instar d'autres participants, elle croit que les enfants doivent participer à un processus démocratique qui favorise la prise en compte de leur point de vue dans le cadre du processus de séparation. Elle croit également que le point de vue de l'enfant est un outil puissant qui peut être utilisé pour inciter les parents à régler leur différend car ils apprennent directement de leur enfant comment il vit la situation. Les enfants ne participent pas à la médiation s'ils sont exposés à de la violence familiale, si les conflits familiaux sont très graves ou si des problèmes de santé mentale risquent de menacer leur stabilité émotionnelle.

Elle croit que, pour que les enfants soient entendus, il faut modifier les lois à l'échelle nationale, former les professionnels de manière appropriée et mener des recherches afin de mieux comprendre ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas dans le cas des enfants. Ces commentaires ont trouvé un écho chez tous les participants.

Une médiatrice de pratique privée de Californie connaissant très bien les besoins spéciaux des enfants en matière d'éducation, rencontre les enfants dans le seul but de connaître leur point de

⁷⁵ Entrevue avec Jill Goldson, une travailleuse sociale et la chercheuse principale de l'étude *Hello, I'm a voice, let me talk: Child-inclusive mediation in family separation* (2006).

vue et de le transmettre à leurs parents dans le cadre d'une séance de médiation⁷⁶. Elle ne rédige pas de rapports à l'intention du tribunal et communique seulement l'information que les enfants l'autorisent à divulguer. Elle a mené des entrevues même avec des enfants de cinq ans. Ses entrevues ne sont pas de nature thérapeutique. Elle se sert plutôt de l'information transmise par les enfants pour aider les parents à parvenir à une entente bénéfique pour leurs enfants. Sa priorité est de permettre aux enfants d'exprimer leur point de vue sans avoir l'impression d'être les décideurs. Comme les autres participants, elle croit que les enfants doivent avoir la possibilité de décider s'ils souhaitent participer ou non aux décisions postérieures à la séparation.

Un autre psychologue et médiateur expérimenté, qui fait participer les enfants à la médiation depuis plus de 20 ans et qui a publié de nombreux écrits sur le sujet, croit que la qualité de la participation des enfants est tributaire du savoir-faire et des compétences de la personne qui effectue l'entrevue avec eux⁷⁷. Cette personne doit, en plus de connaître et de comprendre le langage et le développement des enfants, être à l'aise avec eux. Avant d'envisager la participation des enfants, il faut déterminer à quel moment ils devraient intervenir dans le processus de médiation (avant, pendant ou après), car leur contribution dépend du moment de leur intervention. À l'instar des autres participants, il préfère rencontrer d'abord les parents afin d'obtenir de l'information générale au sujet du conflit, puis voir si les enfants doivent participer ou non à la médiation et à quel moment ils doivent le faire. Tout comme d'autres médiateurs, il se sert des critères suivants à cet égard : (1) la question de savoir si les parents connaissent bien leur enfant et peuvent utiliser l'information concernant ce que leur enfant dit; (2) la question de savoir si le niveau de conflit est modéré; (3) le fait que l'enfant tient un langage quelque peu différent à chacun de ses parents; (4) le fait que l'enfant demande à lui parler; (5) le fait que les parents sont dans une impasse. Comme d'autres également, il considère que la sécurité est toujours primordiale et croit que les entrevues avec les enfants doivent avoir un but et être utilisées de façon stratégique. En outre, il rencontre toujours l'enfant seul avant de le rencontrer avec ses parents et informe l'enfant des limites de la confidentialité.

En ce qui concerne la sélection des dossiers, il refuse de faire participer les enfants lorsque les conflits familiaux sont très graves, car, dans ces cas, les parents ne peuvent pas utiliser l'information de manière constructive ou peuvent s'en servir contre l'enfant. Il écarte aussi les cas où les enfants ont des besoins spéciaux et les cas où parler de ses sentiments ne fait peut-être pas partie de la culture de l'enfant. Il rencontre généralement des enfants plus âgés (12 ans et plus), car il estime que les enfants plus jeunes ne peuvent pas offrir la même perspective développementale.

⁷⁶ Entrevue avec Nina Meierding, une éducatrice et une clinicienne travaillant en pratique privée en Californie, et une spécialiste des besoins spéciaux des enfants.

⁷⁷ Entrevue avec Donald Saposnek, un psychologue, médiateur et chercheur de la Californie.

En outre, il soutient que chaque famille ou chaque enfant est unique. Aussi, il peut être difficile et restrictif au bout du compte d'élaborer des politiques sur une approche plutôt que sur une autre. Il craint également que l'élaboration de politiques n'ait pour effet de créer un système trop structuré ne laissant pas suffisamment de place à l'« habileté » — la qualité essentielle de toute personne qui mène des entrevues avec des enfants.

Un participant de la Pennsylvanie a déclaré qu'il fait participer les enfants avant, pendant et après la médiation depuis de nombreuses années⁷⁸. Il a souligné l'importance de bien comprendre le développement de l'enfant et d'être à l'aise pour interroger les enfants. Il tient surtout compte du développement de l'enfant et de son degré de maturité pour déterminer s'il doit participer ou non au processus. Comme ses collègues de Californie, il croit que seuls les enfants plus âgés (12 ans et plus) devraient participer au processus. Dans tous les cas, il précise les limites de la confidentialité aux enfants et détermine avec eux ce qui peut et ne peut pas être transmis à leurs parents. Il croit que l'efficacité de la participation des enfants dépend notamment de la formation des professionnels ainsi que de l'évaluation des méthodes qui sont efficaces et de celles qui ne le sont pas ainsi que des recherches menées sur le sujet.

Une autre travailleuse sociale et chercheuse expérimentée de l'Ontario croit que la participation des enfants au processus de séparation est essentielle, car ils ont un point de vue unique qui n'est pas nécessairement le même que celui de leurs parents⁷⁹. Bon nombre des activités offertes par l'association de services à la famille pour laquelle elle travaille comportent un volet thérapeutique visant à rétablir des relations solides entre les parents et les enfants. Jusqu'à trois thérapeutes peuvent participer au processus de médiation. Les enfants participent au processus peu importe de leur âge. Par exemple, même des enfants de quatre ans peuvent être observés et interrogés par un thérapeute qualifié et fournir des renseignements importants à leurs parents au sujet de leur développement affectif et comportemental. Les enfants âgés de neuf ans et plus signent des formulaires de consentement concernant leur participation. L'objet de chaque entrevue avec un enfant et les limites de la confidentialité doivent être décrits clairement. Ces commentaires ont trouvé un écho chez bon nombre de participants.

À l'instar de nombreux autres participants, elle estime que les éléments suivants sont importants : faire en sorte que les professionnels soient formés; faire en sorte que les caractéristiques culturelles et la diversité soient prises en compte dans l'interprétation des

⁷⁸ Entrevue avec Arnie Sheinvold, un psychologue et un spécialiste auprès des enfants de Pennsylvanie.

⁷⁹ Entrevue avec Rhonda Freeman, la directrice exécutive de Families in Transition, New Directions, Toronto (Ontario).

questions en litige; s'intéresser aux difficultés des enfants en matière d'apprentissage; évaluer les différents moyens de faire participer les enfants; mener des recherches sur le sujet. Elle croit également qu'il est tout aussi important d'avoir accès aux avocats des enfants pour que ces derniers aient leur mot à dire.

Droit de la famille collaboratif

Deux avocates spécialistes du droit de la famille collaboratif de l'Ontario⁸⁰ et une autre du Québec⁸¹, qui possèdent de nombreuses années d'expérience en matière de droit de la famille, sont pour l'utilisation d'un spécialiste auprès des enfants, au besoin, afin que le point de vue de l'enfant soit pris en compte dans le processus collaboratif. Elles indiquent que, contrairement à ce qui se passe en Ontario, la participation de cliniciens de la santé mentale au processus du droit de la famille collaboratif est récente au Québec.

Les trois avocates ont mentionné ce qui suit au sujet de la sélection des dossiers : (1) il faut déterminer à partir de quel âge un enfant devrait participer au processus; (2) il faut déterminer le stade de développement atteint par l'enfant; (3) il faut tenir compte de la culture et de la langue de l'enfant. Elles croient aussi que le spécialiste auprès des enfants doit être formé et qualifié et que tous les dossiers doivent être évalués au cas par cas. Elles reconnaissent que la participation de l'enfant n'est pas nécessaire ou n'est pas indiquée dans tous les cas. D'autres participants, Kelly (2004) et Saposnek (2004) notamment, sont aussi de cet avis.

Universitaires

Nicholas Bala est professeur de droit à l'Université Queen's, à Kingston (Ontario). Il considère que la participation de l'enfant fait partie d'une gamme de services qui assurent que l'intervention correspond au niveau de service requis⁸². Bala soutient que le point de vue de l'enfant doit être pris en compte selon l'âge et le développement de celui-ci et doit être exprimé, si besoin est. Selon lui, peu importe la méthode utilisée, elle doit être peu coûteuse, les ressources financières étant souvent limitées. En outre, la méthode choisie (médiation incluant l'enfant, coordination des responsabilités parentales, évaluations en matière de garde et d'accès, représentation de l'enfant par un avocat, etc.) doit aussi reposer sur une compréhension des différents niveaux de conflits existant dans les familles séparées ou divorcées — une question qui exige une évaluation et des recherches continues.

Liz Trinder est une chercheuse et une universitaire qui a publié de nombreux textes sur la situation des enfants dans les cas de divorce ou de séparation en Angleterre et sur les méthodes

⁸⁰ Entrevue avec Nathalie Boutet et Sharon Cohen, deux avocates spécialistes du droit de la famille collaboratif de Toronto (Ontario).

⁸¹ Entrevue avec Louise Woodfine, avocate spécialiste du droit de la famille collaboratif de Montréal (Québec).

⁸² Entrevue avec Nicholas Bala, professeur de droit de l'Université Queen's, à Kingston (Ontario).

de règlement des différends utilisées par les tribunaux dans ce pays (Trinder, 1997; Trinder et Kellett, 2007)⁸³. Elle indique que les parents sont dirigés vers la médiation avant qu'une procédure judiciaire ne soit entreprise. L'objectif est cependant de les amener à conclure un règlement et ne concerne pas les relations entre eux et leurs enfants. Trinder mentionne que la participation des enfants varie lorsque les agents des CAF/CASS (Children and Family Court Advisory and Support Services) interviennent. Elle croit que les méthodes de RED sont toujours l'affaire des adultes en Angleterre et que le point de vue des enfants continue d'avoir peu d'importance au bout du compte. Elle croit également qu'il faut, comme en Australie, que les émotions des parties concernées soient prises en compte lors de la médiation. Selon elle, il faut mettre à la disposition des familles des services communautaires très étendus et recourir aux tribunaux en dernier ressort seulement.

4.1 RÉSUMÉ DES LEÇONS APPRISES PAR LES PARTICIPANTS

Il ne fait aucun doute que le point de vue des enfants est un élément important du processus de séparation ou de divorce, comme le montrent les nombreux services et programmes offerts dans les différents pays et les commentaires des praticiens, des chercheurs, des avocats et des conseillers et experts en politiques. Qu'il soit obtenu dans le cadre de la médiation, par l'avocat indépendant qui les représente, lors d'entrevues avec un juge, par des spécialistes auprès des enfants ou des coordonnateurs des responsabilités parentales ou qu'il soit exposé dans des rapports, le point de vue des enfants est important et il doit être entendu et écouté par les parents, les professionnels de la santé mentale et du droit et, finalement, les juges. De nombreux participants ont toutefois rappelé que ce ne sont pas tous les enfants qui doivent ou veulent avoir leur mot à dire et que cela devrait aussi être pris en compte. Pendant que le débat se poursuit dans les ouvrages en sciences sociales au sujet de l'opportunité de faire participer les enfants au processus, un message ressort clairement des travaux de recherche : les enfants et leurs parents doivent entretenir de meilleures relations, et le conflit entre les parents est moins important lorsque les enfants ont un rôle à jouer dans le processus (Goldson, 2006; McIntosh, 2007).

En outre, la représentation d'un enfant par un avocat, peu importe le rôle joué par ce dernier, constitue un mécanisme indépendant qui permet à l'enfant d'être entendu et, plus important encore, qui satisfait à certaines des exigences de la Convention⁸⁴. Cela étant dit, la Convention n'est que l'un des éléments d'un débat politique plus large qui doit avoir lieu au regard du point de vue des enfants et de la façon dont on peut réellement le prendre en compte. Par exemple, il faut examiner les politiques et les programmes qui garantissent à *tous* les enfants et adolescents la pleine jouissance et le plein exercice de ces droits en vertu de la Convention. En outre, les

⁸³ Entrevue avec Liz Trinder, Institute for Policy and Practice, Université de Newcastle, Angleterre.

⁸⁴ Précitée à la note 2.

adultes doivent apprendre à collaborer avec les enfants afin de les aider à revendiquer leurs droits et à les exercer (Lansdown, 2001).

Bien qu'il existe différentes façons de déterminer quand un enfant devrait participer au processus de séparation ou de divorce de ses parents et comment il devrait le faire, les facteurs suivants doivent être pris en considération : (1) l'âge de l'enfant; (2) le développement cognitif et émotionnel de l'enfant; (3) l'obtention du consentement de l'enfant à une entrevue; (4) le fait que la sécurité de l'enfant doit être la priorité; (5) l'explication des limites de la confidentialité et l'examen approfondi du point de vue de l'enfant sur ce qui peut ou non être communiqué à ses parents; (6) la nécessité de faire en sorte que les professionnels qui rencontrent les enfants possèdent la formation et les compétences nécessaires; (7) la prise en considération de la diversité et des barrières linguistiques et autres qui peuvent avoir une incidence sur la participation de l'enfant, notamment en la limitant; (8) l'évaluation constante de la participation de l'enfant à la médiation et aux autres processus de RED, et les recherches dans le domaine, en vue de déterminer ce qui fonctionne et ce qui ne fonctionne pas.

5.0 ORIENTATIONS FUTURES ET QUESTIONS NON RÉSOLUES

Les perspectives théoriques et les recherches en sciences sociales nous enseignent de plus en plus que l'opinion de l'enfant est une considération importante en cas de séparation ou de divorce. Plus précisément, on sait que la participation des enfants aux instances de séparation ou de divorce, à la médiation et aux autres méthodes de RED atténue le risque ou le préjudice après la séparation ou le divorce. Ces conclusions sont confirmées par les théories de l'habilitation ou de l'amélioration, où l'enfant est vu comme un « acteur social » qui devrait avoir la possibilité de s'impliquer dans les décisions qui le touchent. L'importance d'écouter les enfants s'appuie aussi sur des idéaux fondés sur les droits et l'intérêt des enfants, tant sur le plan juridique qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il y a certains enfants qui veulent se faire entendre dans le cadre des processus juridiques qui façonnent leur vie après la séparation et le divorce, mais il y en a aussi qui ne veulent pas y participer, et ce choix devrait être respecté.

En fin de compte, la discussion n'est plus centrée sur le *bien-fondé* de la participation des enfants aux décisions qui sont prises après la séparation ou le divorce, mais bien sur la *forme* que cette participation doit prendre. En d'autres termes, les enfants qui souhaitent participer au processus décisionnel ont la possibilité de le faire. Toutefois, la question continue d'être posée suivant le point de vue de l'adulte, c'est-à-dire qu'on se demande quelle est la meilleure façon d'obtenir le point de vue de l'enfant pour qu'il soit utilisé *par* des décideurs adultes et non pas *avec* ces décideurs. Même si les enfants ont besoin que les adultes les aident et les guident, ils jouissent également de droits au sein de la famille, droits qui doivent être tout aussi respectés, soutenus et cultivés.

Les moyens employés à l'échelle nationale et internationale pour donner une voix aux enfants dans le contexte de la séparation, du divorce ou de la médiation relative à la garde et dans le cadre d'autres interventions de RED varient selon que la participation est volontaire ou obligatoire, de même qu'en fonction des méthodes utilisées (représentation par un avocat, évaluations en matière de garde et d'accès, entrevues avec un juge, rapports sur le point de vue de l'enfant, médiation incluant les enfants, coordination des responsabilités parentales). Bien que les auteurs en droit et en sciences sociales débattent des avantages et des inconvénients de la participation des enfants au processus décisionnel entourant la rupture de l'union des parents, cette participation n'est pas nécessaire à tous les égards et peut être dommageable si la sécurité des enfants n'est pas jugée primordiale.

Il reste plusieurs questions et défis qui doivent être considérés, indépendamment de l'approche choisie. Par exemple, si les enfants sont écoutés, quel poids accorde-t-on à leur point de vue? Devrait-il y avoir un âge auquel les opinions et les souhaits de l'enfant sont déterminants? À quel âge les enfants devraient-ils être interrogés et qui décide s'ils sont capables de participer aux décisions? Qu'entend-t-on réellement par « participation des enfants »? Comment la sécurité de

l'enfant est-elle protégée? Quelles interventions permettent de faire en sorte qu'il y ait des professionnels de la santé mentale, des avocats ou des juges ayant la formation voulue pour interroger les enfants? Qu'en est-il des questions de confidentialité et de consentement? Qu'arrive-t-il lorsque les enfants ont des troubles d'apprentissage et ne peuvent s'exprimer verbalement? Y a-t-il un suivi auprès des enfants et une synthèse? Et que se passe-t-il avec les enfants qui proviennent d'un milieu culturel différent où il n'est pas acceptable de discuter de la famille et de sentiments? Avec les enfants et les familles où il y a différents degrés de conflits (faible, moyen et élevé) ou dans les situations où il y a de la violence familiale ou des mauvais traitements infligés à l'enfant? Quand les enfants devraient-ils participer à la médiation (avant, durant ou après la conclusion de la médiation)? En outre, qu'est-ce qui devrait entrer dans l'évaluation des résultats de la médiation? Par exemple, la médiation qui privilégie le règlement d'un conflit familial n'est pas évaluée de la même manière que la médiation qui vise à renforcer la relation parent-enfant après la séparation. Comment les adultes peuvent-ils donner aux enfants des moyens d'agir et faciliter un meilleur dialogue *avec* eux à propos de leur vie après la séparation ou le divorce? Finalement, prend-t-on réellement en considération le point de vue des enfants ou est-il remanié par un adulte en fonction de ce qu'il croit être dans l'intérêt supérieur des enfants? Voilà des questions très importantes à examiner, car les décisions d'ordre juridique qui sont prises à l'égard des enfants après la séparation ou le divorce peuvent souvent changer la vie de ces derniers sur le plan physique, émotionnel, social et comportemental.

Malgré le fait que de nombreux services et programmes d'excellente qualité ont vu le jour afin d'aider les parents à trouver d'autres solutions extrajudiciaires pour régler leurs différends, ils continuent fondamentalement de s'appuyer sur la démarche traditionnelle contradictoire. En outre, ils n'atteignent pas chaque enfant sur toute la planète.

Lorsque nous nous demandons quelles sont les avenues futures en ce qui concerne la participation des enfants, plusieurs facteurs sont mis en lumière. Ils peuvent être conceptualisés en trois catégories distinctes, mais interreliées : (1) la théorie et la pratique; (2) la recherche; (3) les politiques.

Premièrement, il faut établir un cadre théorique et conceptuel clair qui relie la théorie du développement de l'enfant, la théorie sur le risque et la résilience de même que les relations familiales après la séparation ou le divorce, d'une part, avec des approches exemplaires en matière de médiation incluant l'enfant et d'autres procédés de RED, d'autre part. Selon l'information recueillie par l'intermédiaire des services offerts dans le monde entier et les entrevues avec des informateurs clés, il est essentiel d'acquérir des connaissances solides sur le développement de l'enfant, l'évolution des capacités des enfants, les techniques d'entrevue avec des enfants, les relations parent-enfant et le droit de la famille. En outre, les différents professionnels qui œuvrent auprès des enfants doivent suivre une formation continue.

Deuxièmement, il faut élaborer un programme de recherche coordonné qui rattache les pratiques exemplaires à un objectif empirique (au moyen de méthodes quantitatives et qualitatives). Les interventions devraient viser aussi la consolidation de la relation parent-enfant et non pas le simple règlement des différends. De plus, la recherche envisagée doit faire participer les enfants à la conception, à la mise en œuvre et au suivi des différentes approches : nous (adultes et enfants) avons en effet besoin de comprendre ce qui est utile et ce qui ne l'est pas pour les enfants et les familles après la séparation ou le divorce tout en continuant à faire clairement de la sécurité des enfants une priorité absolue. Chaque enfant est unique en son genre, et il est crucial que le programme de recherche intègre toute une gamme d'options destinées aux enfants, appliquées par des enfants et avec des enfants⁸⁵.

Troisièmement, il faut assurer une discussion et une coordination constantes entre les praticiens, les chercheurs, les enfants, leurs familles et les décideurs afin que la participation des enfants soit significative. Pour que le processus soit véritablement démocratique, les enfants doivent être pris en considération à toutes les étapes. Une fois que le principe et la démarche auront été modifiés dans cette optique, les enfants pourront être plus étroitement impliqués, et ils détermineront eux-mêmes leurs besoins et leurs intérêts, qui ne seront donc plus laissés au soin d'adultes qui présument savoir ce qui est dans l'intérêt supérieur des enfants.

⁸⁵ Voir Camacho (2006), qui traite de la façon dont les enfants peuvent être inclus dans le processus de recherche. Voir également Fombad (2005), qui décrit comment protéger les enfants dans le cadre de la recherche; Wyness (2006), qui aborde les méthodes, l'éthique et les politiques qui concernent la participation des enfants à la recherche; Christensen et James (2000), qui examinent les lignes directrices en matière d'éthique. Cet examen est accessible en ligne sur le site de la Nouvelle-Zélande : <http://www.rsnz.org/publish/kotuitui/2006/09.php>.

BIBLIOGRAPHIE

- Amato, Paul R. 2001. « Children of divorce in the 1990's: An update of the Amato & Keith meta-analysis ». *Journal of Family Psychology*, 15, p. 355-365.
- Amato, Paul R. 2006. *Children of divorce: What we know and what we need to know*. Document présenté à la International Conference on Children and divorce, University of East Anglia, Norwich, R.-U.
- Arbuthnot, J. et Gordon, D.A. 1996. Does mandatory divorce education for parents work? *Family & Conciliation Courts Review*, 34, p. 60-81.
- Ariès, Philippe. 1960. *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*. Paris, Librairie Plon.
- Atwood, Barbara, A. 2003. « The child's voice in custody litigation: An empirical survey and suggestions for Reform ». *Arizona Law Review*, 45, p. 628-670.
- Austin, G., Jaffe, P. et Hurley, P. 1991. « Incorporating children's needs and views in alternative dispute resolution. Approaches ». *Canadian Family Law Quarterly*, 8(1), p. 69-79.
- Bacon, B.L. et McKenzie, B. 2004. « Parent education after separation/divorce: Impact of the level of parental conflict on Outcomes ». *Family Court Review*, 42, p. 85-98.
- Bala, Nicholas. 2004. « Assessments for postseparation parenting disputes in Canada ». *Family Court Review*, 42(3), p. 485-510.
- Bala, Nicholas. 2005. « Tippins and Wittman asked the wrong question: Evaluators may not be 'experts', But they can express best interests opinions ». *Family Court Review*, 43(4), p. 554-562.
- Bala, N., Talwar, V. et Harris, J. 2005. « The voice of children in Canadian Family Law Cases ». *Canadian Family Law Quarterly*, 24(3), p. 221-279.
- Bessner, Rhonda. 2002. *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*. Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice Canada, 2002-FCY-1F.
- Biddulph, F., Biddulph, J. et Biddulph, C. 2003. *The complexity of community and family influences on children's achievement in New Zealand: Best evidence synthesis*. Wellington : Ministry of Education.
- Birnbaum, Rachel. 2005. « Hearing the voices of lawyers and clinical investigators who represent children in custody and access disputes ». *Canadian Family Law Quarterly*, 24(3), p. 281-303.

Birnbaum, Rachel. 2007. *Être à l'écoute des jeunes au sujet de leurs besoins et préférences en matière d'information relative à la séparation ou au divorce de leurs parents*. Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice Canada.

Birnbaum, Rachel. 2007. *Recherche sur les ressources pour les enfants et les jeunes dont les parents se séparent ou divorcent : analyse documentaire*. Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice du Canada.

Birnbaum, Rachel. 2008. *Child legal representation: Hearing the voices from the child's perspective about the process*. Thèse de maîtrise en droit, non publiée.

Birnbaum, R., Fidler, B.J. et Kavassalis, K. 2008. *Child custody assessments: A resource guide for mental health and legal professionals*. Thomson Carswell Publishing.

Birnbaum, R. et Moyal, D. 2002. « Visitation based disputes arising on separation and divorce ». *Canadian Family Law Quarterly*, 20(1), p. 37-53.

Birnbaum, R. et Moyal, D. 2003. « How social workers and lawyers collaborate to promote resolution in the interests of children: The interface between law in theory and law in action ». *Canadian Family Law Quarterly*, 21(3), p. 379-395.

Birnbaum, R. et Radovanovic, H. 1999. « Brief intervention model for access- based post separation disputes: Family and court Outcomes ». *Family and Conciliation Courts Review*, 37(4), p. 504-513.

Boshier, P. et Steel-Baker, D. 2007. « Invisible parties: Listening to children ». *Family Court Review*, 45(4), p. 548-559.

Boyan, S. M. et Termini, A. 2004. *The psychotherapist as parent coordinator in high conflict divorce: Strategies and techniques*. New York: The Haworth Clinical Practice Press.

Brennan, Samantha. 2002. « Children's choices or children's interests: Which do their rights protect? ». Dans Colin Macleod and David Archard (dir.). *The Moral and Political Status of Children: New Essays*, (p. 53-69). New York: Oxford University Press.

Brown, Carole. 1996. « Involving children in decision making without making them the decision makers ». Rapport présenté à un séminaire des directeurs des services de counseling judiciaire et des superviseurs des cas, Victor Harbour, SA. Cité dans Chisholm, Richard, 1998, « Children's participation in litigation ». Third National Family Court Conference.

Burns, C. E. et Goldberg, D. L. 2004. *Representing children in custody and access proceedings*. National Judicial Institute Family Law Seminar, Halifax, Nouvelle-Écosse, 11-13 février.

Butler, I., Scanlon, L., Robinson, M., Douglas, G. et Murch, M. 2002. « Children's involvement in their parents' divorce: Implications for practice ». *Children and Society*, 16(2), p. 89-102.

Butler, I., Scanlon, L., Robinson, M., Douglas, G. et Murch, M. 2003. *Divorcing children: Children's experience of their parents' divorce*. Jessica Kingsley Publishers, London.

Camacho, Agnes, Z.V. 2006. « Applying principles of child-centered approach in working with and for children: Psychosocial support and children's rights resources center Phillipines ». Ébauche de rapport présentée à l'International Interdisciplinary Course on Children's Rights, groupe de discussion travaillant sur le thème « Working with and through university programs—Instructive models and experiences ». du 27 novembre au 1^{er} décembre 2006, Ghent, Belgique.

Carter, S., Haave, B. et Vandersteen, S. (2006). *Family restructuring therapy for high conflict families and estranged children*. Présenté à la 43^e conférence annuelle de l'Association of Family & Conciliation Courts, Tampa, Floride.

Cashmore, Judith. 2003. « Children's participation in family law matters », dans C. Hallett et A. Prout (dir.) *Hearing the voices of children: Social policy for a new century*. (p. 158–157). Bodmin Routledge: Falmer Press.

Cashmore, J. et Parkinson, P. 2007. « What responsibility do courts have to hear children's voices? ». *International Journal of Children's Rights*, 15, p. 43-60.

Cashmore, J. et Parkinson, P. 2008. « Children's and parents' perceptions on children's participation in decision making after parental separation and divorce », *Family Court Review*, 46(1), p. 91-104.

Christensen, P.A. et James, A. 2000. *Research with children: Perspectives and practices*. Routledge Publishing.

Coates, C.A., Deutsch, R., Starnes, H., Sullivan, M.J. et Sydlik, B. 2004. « Parenting coordination for high conflict families », *Family Court Review*, 42(2), p. 246-262.

Cummings, E.M. et Davies, P. 2002. « Effects of marital conflict on children: Recent advances and emerging themes in process-oriented research ». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 43(1), p. 31-63.

Davies, Christine, D. 2004. « Access to justice for children: The voice of the child in child custody and access Disputes ». *Canadian Family Law Quarterly*, 22(2), p. 153-175.

Douglas, G., Murch, M., Miles, L. et Scanlon, L. 2006. *Research into the operation of Rule 9.5 of the Family Proceedings Rules, 1991*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.dca.gov.uk/family/familyprocrules_research.pdf.

Drapkin, R. et Bienenfeld, F. 1985. « The power of including children in child custody mediation ». *Journal of Divorce*, 8(3/4), p. 63-94.

Dunn, J. et Deater-Deckard, K. 2001. *Children's views of their changing families*. York: York Publishing Services.

Eekelaar, John. 1992. « The importance of thinking that children have rights ». Dans P. Alston, S. Parker, et J. Seymour (dir.). *Children, Rights and the Law*. (p. 221-235). New York: Oxford University Press.

Elrod, Linda, D. 2007. « Client-directed lawyers for children: It is the “right” thing to do ». *Pace Law Review*, 27, p. 869-920.

Emery, Robert E. 2001. « Interparental conflict and social policy ». Dans J. Grych et F. Fincham (dir.). *Interparental conflict and child development*. (p. 417-439). New York: Cambridge University Press.

Emery, Robert E. 2003. « Children’s voices: Listening —And deciding —Is an adult responsibility ». *Arizona Law Review*, 45, p. 621–627.

Emery, R.E., Matthews, S.G. et Kitmann, M. 1994. « Child custody mediation and litigation: Parents’ satisfaction and functioning one year after settlement ». *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 62, p. 124-129.

Emery, R.E., Matthews, S.G. et Wyer, M.M. 1991. « Child custody mediation and litigation: Further evidence on the differing views of mothers and fathers ». *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 59, p. 410-418.

Emery, R.E., Sbarra, D. et Grover, T. 2005. « Divorce mediation: Research and reflections ». *Family Court Review*, 43(1), p. 22-37.

Fairman, Christopher, M. 2007. « Growing pains: Collaborative law and the challenge of legal ethics ». *Public Law and Legal Theory, Working Paper Series, #109*, Center for Interdisciplinary Law and Policy Studies. Disponible en ligne à l’adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1026675>.

Fidler, B. J. et Epstein, P. *Sous presse* « Parenting coordination in Canada: An overview of legal and practice issues ». *Journal of Child Custody*.

Finman, S., Frazier, M.E., Silver, D. et Starnes, H. 2006. *Innovations in family court dispute resolution*. Rapport présenté à la 43^e conférence annuelle de l’Association of Family and Conciliation Courts. Tampa Bay, Floride.

Focus Consultants. 2008. « An evaluation of, The Hear the Child Interview Process (Based on Parent and Child Feedback) ». Menée pour l’International Institute For Child Rights and Development (IICRD), Victoria, Colombie-Britannique.

Folberg, Jay. 1983. « A mediation overview: History, and dimensions of practice ». *Mediation Quarterly*, 1, p. 3-13.

Folberg, J., Milne, A.L. et Salem, P. 2004. *Divorce and family mediation: Models, techniques, and applications*. The Guilford Press, New York, Londres.

Folberg, J. et Taylor A. 1984. *Mediation: A comprehensive guide to resolving conflict without litigation*. Jossey-Bass, San Francisco.

Fombad, Charles, M. 2005. « Protecting children's rights in social science research in Botswana: Some ethical and legal dilemmas ». *International Journal of Law, Policy and the Family*, 19, p. 102-120.

Freeman, Michael. 1997. *The moral status of children: Essays on the rights of the child*. La Haye: Martinus Nijhoff (Kluwer Law International).

Gamache, Susan. 2005. « Collaborative practice: A new opportunity to address children's best interest in Divorce ». *Louisiana Law Review*, 65, p. 1455-1487.

Gamache, Susan. 2006. *Family Law Basics II: The child specialist in collaborative separation and divorce*. Document préparé pour la Continuing Legal Education Society of British Columbia.

Garrity, C.B. et Baris, M.A. 1994. *Caught in the middle: Protecting the children of high-conflict divorce*. New York: Lexington.

Garwood, Fiona. 1990. « Children in conciliation: The experience of involving children in conciliation ». *Family and Conciliation Courts Review*, 28(1), p. 43-51.

Gentry, Deborah. 1997. « Including children in divorce mediation and education: Potential benefits and Concerns ». *Families in Society: The Journal of Contemporary Human Services*, 307-315.

Gilmour, Glen, A. 2004. *Séparation et divorce très conflictuels : options à examiner*. Présenté à la Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice Canada.

Goldberg, Dan, L. 2004. « The lawyer's role ». Dans Nicholas Bala, Michael Kim Zapf, R. James Williams, Robin Vogl et Joseph, P. Hornick. (p. 245-289). *Canadian Child Welfare Law: Children, Families and the State*. Deuxième édition. Thompson Educational Publishing, Inc. Toronto.

Goldson, Jill. 2006. *Hello, I'm a voice, let me talk: Child-inclusive mediation in family separation*. Center for child and family policy research, Auckland University. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.familiescommission.govt.nz/download/innovativepractice-goldson.pdf>.

Graham, A. et Fitzgerald, R. 2005. « Taking account of the "To and Fro" of children's experiences in family law ». Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.ccyf.scu.edu.au.

Grych, John, H. 2005. « Interparental conflict as a risk factor for child maladjustment: Implications for the development of prevention programs ». *Family Court Review*, 43(1), p. 97-108.

Guggenheim, Martin. 2003. « Maximizing strategies for pressuring adults to do right by children ». *Arizona Law Review*, 45, p. 764-781.

Hart, Roger, A. 1992. *Children's participation, from tokenism to citizenship*. Florence: UNICEF.

- Hawthorne, J., Jessop, J., Pryor, J. et Richards, M. 2003. *Supporting children through family change: A review of interventions and services for children of divorcing and separating parents*. Centre for Family Research, University of Cambridge. York Publishing Services Ltd. Layerthorpe, York.
- Haynes, John, M. 1980. « Managing conflict: The role of the mediator ». *Conciliation Courts Review*, 18(2), p 9-13.
- Hewlett, Bill. 2007. « Accessing the parental mind through the heart: A case study in child-inclusive Mediation ». *Journal of Family Studies*, 13(1), p. 94-103.
- Hill, M., Lockyer, A., Morton, P., Batchelor, S. et Scott, J. 2000. *The role of safeguarders in Scotland*. Centre for the Child and Society and Department of Politics, University of Glasgow. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/46905/0029769.pdf>.
- Homrich, A. M., Muenzenmeyer Glover, M. et White, A.B. 2004. « Program profile: The court care center for divorcing families ». *Family Court Review*, 41(1), p. 141-161.
- Irving, Howard, H. 1980. *Divorce mediation: The rational alternative*. Personal Library, Toronto.
- Jaffe, P.G., Johnston, J.R., Crooks, C.V. et Bala, N. 2008. « Custody disputes involving allegations of domestic violence: The need for differentiated approaches to parenting plans ». *Family Court Review*, sous presse.
- James, A., Jenks, C. et Prout, A. 1998. *Theorising Childhood*. Cambridge: Polity.
- Jamison, A. et Gilbert, L. 2000. « Facilitating children's voices in the community and government ». Dans A. Smith, N. Taylor, et M. Gollop (dir.), *Children's voices: Research, policy and practice*. (p. 181-201). Auckland: Longman.
- Johnston, J.R. et Campbell, L.G. 1988. *Impasses of divorce: The dynamics and resolution of family conflict*. New York: Free Press.
- Johnston, J.R. et Roseby, V. 1997. *In the name of the child: A developmental approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*. New York: The Free Press.
- Kaganas, F. et Diduck, A. 2004. « Incomplete citizens: Changing images of post-separation children ». *The Modern Law Review*, 67(6), p. 959-981.
- Kelly, Joan, B. 2002. « Psychological and legal interventions for parents and children in custody and access disputes: Current research and practice ». *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 10, p. 129-163.
- Kelly, Joan, B. 2003a. « Parents with enduring child disputes: Focused interventions with parents in enduring Disputes ». *Journal of Family Studies*, 9(1), p. 51-62.

Kelly, Joan, B. 2003b. « Parents with enduring child disputes: Multiple pathways to enduring disputes ». *Journal of Family Studies*, 9(1), p. 37-50.

Kelly, Joan, B. 2004. « Family mediation research: Is there empirical support for the field ». *Conflict Resolution Quarterly*, 1/2, p. 3-35.

Kelly, J.B. et Emery, R.E. 2003. « Children's adjustment following divorce: Risk and resilience perspectives ». *Family Relations*, 52, p. 352-362.

Lamb, Michael, E. 2002-2003. « Placing children's interests first: Developmentally appropriate parenting plans ». *Journal of Social Policy and Law*, 10, p. 98-119.

Landau, Barbara. 2006. « What role, if any, should children have when parents separate? » Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.coop-solutions.ca>.

Landau, B., Wolfson, L. et Landau, N. 2005. *Family mediation and collaborative practice handbook*. LexisNexis, Butterworths (4th Edition).

Lansdown, Gerison. 2001. *Promouvoir la participation des enfants au processus décisionnel démocratique*. UNICEF Insight Innocenti. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/insight6f.pdf>.

Lansdown, Gerison. 2005. *The evolving capacities of the child*. UNICEF Innocenti Research Centre. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.crin.org/docs/INNOCENTI_Evolving_Capacities.pdf.

Lansky, D.T., Manley, E.E., Swift, L.H. et Williams, M. 1995. « The role of children in divorce mediation ». Dans Academy of Family Mediators, *Workshop proceedings book: 1995 Annual Conference*. (p. 31-33). Golden Valley, MN: Academy of Family Mediators.

Macfarlane, Julie. 2005. *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaborative (DFC) : étude de cas qualitative*. Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice Canada, 2005-FCY-1F. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rpad-pad/rap-rep/2005_1/index.html.

Mackay, Marcus. 2001. *Through a child's eyes: Child inclusive practice in family relationship services*. Department of Family and Community Services and the Attorney General's Department, Australie, Human Development Consulting Pty, Ltd.

Mantle, Greg. 2001b. « Involving children in court-based family mediation ». *Representing Children*, 14, p. 187-196.

Mantle, G., Leslie, J., Parsons, S., Plenty, J. et Shaffer, R. 2006. « Establishing children's wishes and feelings for family court reports: The significance attached to the age of the child ». *Childhood*, p. 499-518.

Marchant, R. et Kirby, P. 2004. « The participation of young children: Communication, consultation and involvement ». Dans *Young children's citizenship: Ideas into practice*, Bren Neale (dir.), (p. 92-163). Joseph Rowntree Foundation.

Markan, L.K. et Weinstock, D.K. 2005. « Expanding forensically informed evaluations and therapeutic interventions in family Court ». *Family Court Review*, 43(3), p. 466-480.

Marshall, K., Tisdall, E. K. M. et Cleland, A. 2002. The voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995: Giving due regard to children's views in all matters that affect them. Volume 2, Feasibility Study. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/46737/0030601.pdf>.

Martin, M.K. et Kowalchuk, M. 2007. *Brief consultation: The voice of the child*. Manuscrit non publié, trouvé dans les dossiers du Service de conciliation familiale, Winnipeg, Manitoba.

May, V. et Smart, C. 2004. « Silence in court?— Hearing children in residence and contact disputes ». *Child and Family Law Quarterly*, 16(3), p. 1-16.

Mayer, Bernard. 2004. « Facilitative mediation ». Dans J. Folberg, Ann Milne et Peter Salem (dir.). *Divorce and family mediation: Models, techniques, and applications*. (p. 29-52). The Guilford Press, New York, Londres.

McIntosh, Jennifer, E. 2000. « Child-inclusive divorce mediation: Report on a qualitative research study ». *Mediation Quarterly*, 18(1), p. 55-69.

McIntosh, Jennifer, E. 2003. « Enduring conflict in parental separation: Pathways of impact on child development ». *Journal of Family Studies*, 9(1), p. 63-80.

McIntosh, Jennifer, E. 2005. « Because it's kids: Building a secure parenting base after separation ». *Journal of Family Studies*, 11(1), p. 123-146.

McIntosh, Jennifer, E. 2006. Final report to the Family Court of Australia, the children's cases pilot project: An exploratory study of impacts on parenting capacity and child well-being. Family Transitions, Victoria, Australie.

McIntosh, Jennifer, E. 2007. « Child inclusion as a principle and as evidence-based practice: Applications to family law services and related sectors ». *AFRC Issues: Australian Family Relationships Clearinghouse*, 1.

McIntosh, J. E., Bryant, D. et Murray, K. 2008. « Evidence of a different nature: The child-responsive and less adversarial initiatives of the family court of Australia ». *Family Court Review*, 46(1), p. 125-136.

McIntosh, J.E. et Deacon-Wood, H.B. 2003. « Group interventions for separated parents in entrenched conflict: An exploration of evidence-based frameworks ». *Journal of Family Studies*, 9(2), p. 187-199.

McIntosh, J. E. et Long, C. M. 2005. « Current findings on Australian children in postseparation disputes: Outer conflict, inner discord ». *Journal of Family Studies*, 11(1), p. 99-109.

McIntosh, J. E. et Long, C. M. 2006. Children beyond dispute: A prospective study of outcomes from child focused and child inclusive post-separation family dispute resolution, Final Report. Canberra: Australian Government Attorney General's Department. Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Publications_ChildrenBeyondDispute-October2006.

McIntosh, J. E. et Long, C. M. 2007. The child responsive program, operating within less adversarial trial: A follow-up study of parent and child outcomes. Rapport présenté à la Family Court of Australia, Family Transitions.

McIntosh, J., E. Long, C.M. et Moloney, L. 2004. « Child-focused and child-inclusive mediation: A comparative study of outcomes ». *Journal of Family Studies*, 10(1), p. 87-95.

McIntosh, J.E., Wells, Y.D. et Long, C.M. 2007. « Child-focused and child-inclusive family law dispute resolution: One year findings from a prospective study of outcomes ». *Journal of Family Studies*, 13(1), p. 8-25.

McIntosh, J.E., Wells, Y.D., Smyth, B.M. et Long, C.M. 2008. « Child-focused and child-inclusive divorce mediation: Comparative outcomes from a prospective study of postseparation adjustment ». *Family Court Review*, 46(1), p. 105-124.

Melton, Gary, B. 1999. « Parents and children: Legal reform to facilitate children's participation ». *American Psychologist*, 54, p. 935-942.

Ministère de la Justice Canada. 2007. *Mes parents se séparent ou divorcent : qu'est-ce que ça veut dire pour moi?* Disponible en ligne dans les deux langues officielles aux adresses suivantes : <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rpad-pad/res/livre-book/titre-titre.html> et <http://www.justice.gc.ca/eng/pi/pad-rpad/res/book-livre/titre-titre.html>.

Ministry of Attorney General, Colombie-Britannique. 2003. « The involvement of children in divorce and custody mediation: A literature review ». Ministry of Attorney General, Justice Services Branch, Family Justice Services Division. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ag.gov.bc.ca/justice-services/publications/fjsd/children/Mediation.pdf>.

Ministry of Attorney General Justice Services Branch, Civil and Family Law Policy Review, 2007. *Children's Participation, Background Paper*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ag.gov.bc.ca/legislation/#fra>.

Ministry of Social Development. 2003. *Involving Children: A guide to engaging children in decision-making*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.msd.govt.nz.

Moloney, Lawrie. 2005. « Children's voices: Reflections on the telling and the listening ». *Journal of Family Studies*, 11(2), p. 216-226.

- Moloney, Lawrie. 2006. « Child-sensitive practices in high-conflict parenting disputes: A 30-year road to serious Reform ». *Journal of Family Studies*, 12(1), p. 37-56.
- Moloney, L. et McIntosh, J.E. 2004. « Child-responsive practices in Australian family law: Past problems and future Directions ». *Journal of Family Studies*, 10(1), p. 71-86.
- Morrow, Virginia. 1998. *Understanding families: Children's perspectives*. Londres, National Children's Bureau.
- Morrow, Virginia. 1999. « We are people too: Children's and young people's perspectives on children's rights and decision-making in England ». *International Journal of Children's Rights*, 7, p. 455-475.
- Morrow, V. et Richards, M. 1996. « The ethics of social research with children: An overview ». *Children and Society*, 10, p. 934-944.
- Mosten, Forrest, S. 1997. *The complete guide to mediation*. American Bar Association.
- Murch, Mervyn. 2005. « The voice of the child in private law proceedings in England and Wales », *International Family Law*, 8(18), p. 1369-5762.
- Murch, M., Douglas, G., Scanlan, L., Perry, A., Lises, C., Bader, K. et Borkowski. M. 1998. *Safeguarding children's welfare in uncontentious divorce: A study of s.41 of the Matrimonial Causes Act. Report to the Lord Chancellor's Department*. Cardiff University.
- Neale, Bren. 2002. « Dialogues with children: Children, divorce and citizenship ». *Childhood*, 9(4), p. 455-475.
- Neale, B. et Smart, C. 2001. *Good to talk? Conversations with children after divorce*. London Young Voice. East Molesy.
- O'Connor, Pauline. 2004. *Les programmes de participation et de soutien à l'intention des enfants dont les parents se séparent ou divorcent*. Section de la famille, des enfants et des adolescents, ministère de la Justice Canada (2004-FCY-2F).
- O'Quigley, Ann. 2000. *Listening to children's views: The findings and recommendations of recent research*. York: Joseph Rowntree Foundation.
- Parkinson, P. et Cashmore, J. 2007. *Judicial conversations with children in parenting disputes: The views of Australian judges. Legal Studies Research Paper No. 07/07*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=961997>.
- Parkinson, P., Cashmore, J. et Single, J. 2005. « Adolescents' views on the fairness of parenting and financial arrangements after separation », *Family Court Review*, 43(3), p. 429-444.
- Parkinson, P., Cashmore, J. et Single, J. 2007. *Parents' and children's views on talking to judges in parenting disputes in Australia. Legal Studies Research Paper No. 07/08*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=961998>

Pearson, Yvonne. 2006. « Early neutral evaluations: Applications to custody and parenting time cases program development and implementation in Hennepin County, Minnesota ». *Family Court Review*, 44(4), p. 672-682.

Pike, L.T. et Murphy, P.T. 2006. « Invisible parties: Listening to children—A social science perspective ». Rapport présenté à la Australian Family Law Conference: Perth, Australie. Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.familycourt.wa.gov.au/R/research_papers_and_reports.aspx?uid=8682389-2862-8160.

Prout, A. et James, A. 1990. « A new paradigm for the sociology of childhood? ». Dans James et A. Prout (dir.). *Constructing and reconstructing childhood: Contemporary issues in the sociological study of childhood*. (p. 7-34). Baskingstoke, Bristol: Falmer Press.

Pryor, J. et Emery, R.E. 2004. « Children of divorce ». Dans P.B. Pufall et R.P. Unsworth (dir.), *Rethinking Childhood*.

Pryor, J. et Rodgers, B. 2001. *Children in changing families: Life after parental separation*. Blackwell, Oxford.

Raitt, Fiona, E. 2007. « Hearing children in family law proceedings: Can judges make a difference ». *Child and Family Law Quarterly*, 19(2), p. 1-20.

Reeves, Crystal. 2008. *Family Relations Act Reform Project: A Final Report*. Rapport préparé par le SPARC BC.

Richards, M.P.M. et Stark, C. 2000. « Children, parenting and information meetings ». *Family Law*, 30, p. 484-488.

Roche, Jeremy. 1999. « Children and divorce: A private affair? ». Dans Shelley Day Sclater et Christine Piper, *Undercurrents of Divorce*, Aldershot, Dartmouth Publishing.

Salem, P., Kulak, D. et Deutsch, R.M. 2007. « Triaging family court services: The Connecticut Judicial Branch's Family Civil Intake Screen ». *Pace Law Review*, 27(4), p. 101-146.

Sanchez, E.A. et Kibler-Sanchez, S. 2004. « Empowering children in mediation: An intervention model ». *Family Court Review*, 42(3), p. 554-575.

Saposnek, Donald, T. 1983. *Mediating child custody disputes*. Jossey-Bass Publishing.

Saposnek, Donald, T. 1998. *Mediating child custody disputes: Revised Edition*. Jossey-Bass Publishing.

Saposnek, Donald, T. 2004. « Working with children in mediation ». Dans Jay Folberg, Ann Milne et Peter Salem (dir.) *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*. (p. 155-179). Guilford Press. New York.

- Sbarra, D.A. et Emery, R.E. 2008. « Deeper into divorce: Using actor-partner analyses to explore systemic differences in coparenting conflict following custody dispute resolution ». *Journal of Family Psychology*, 22(1), p. 144-152.
- Schoffer, Melissa J. 2005. « Bringing children to the mediation table: Defining a child's best interests in divorce Mediation ». *Family Court Review*, 43(2), p. 323-338.
- Shienvold, Arnold. 2004. « Hybrid processes ». Dans Folberg, J., Milne, A.L. et Salem, P. (dir.) *Divorce and family mediation: Models, techniques, and applications*. (p. 112-126). The Guilford Press, New York, Londres.
- Shier, Harry. 2001. « Pathways to participation: Openings, opportunities, and obligations. A new model for enhancing children's participation in decision-making ». *Children and Society*, 15, p. 107-117.
- Simpson, Bob. 1991. « *The Children Act* of 1989 and the voice of the child in family conciliation ». *Family and Conciliation Courts Review*, 29(4), p. 385-397.
- Sinclair, Ruth. 2004. « Participation in practice: making it meaningful, effective and sustainable ». *Children in Society*, 18, p. 106-118.
- Smart, Carol. 2002. « From children's shoes to children's voices ». *Family Court Review*, 40(3), p. 307-319.
- Smart, Carol. 2004. « Equal shares: Rights for fathers or recognition for children ». *Critical Social Policy*, 24(4), p. 484-503.
- Smart, C. and Neale, B. 2000. « It's my life too—Children's perspectives on post-divorce parenting ». *Family Law*, 30, p. 160-168.
- Smart, C., Neale, B. et Wade, A. 2001. *The changing experience of childhood: families and divorce*. Oxford, R.-U., Polity Press.
- Smart, C., Wade, A. et Neale, B. 1999. « Objects of concern? Children and divorce ». *Child and Family Law Quarterly*, 11(4), p. 365-376.
- Smith, Anne, B. 2007. « Children as social actors: An introduction ». *International Journal of Children's Rights*, 15, p. 1-4.
- Smith, A.B. et Gollop, M. 2001. « What children think separating parents should know ». *New Zealand Journal of Psychology*, 30(1), p. 23-30.
- Smith, A.B., Gollop, M. et Taylor, N. 2000. « Children's perspectives of their parent's separation ». *Child and Family Law Quarterly*, 12(4), p. 34-38.
- Smith, A.B., Taylor, N.J. et Tapp, P. 2003. « Rethinking children's involvement in decision-making after parental separation ». *Childhood*, 10(2), p. 201-216.

Strategic Partners. 1998. *Child-inclusive practice in family and child counseling and family and child mediation*. Commonwealth of Australia. Department of Family and Community Services.

Sydlik, B. et Phelan, A.B. 1999. *Interventions for high conflict families: A national perspective*. Office of the State Court Administrator, Oregon Judicial Department.

Taylor, N.J., Smith, A.B. et Nairn, K. 2001. « Rights important to young people: Secondary student and staff perspectives ». *The International Journal of Children's Rights*, 9(2), p. 137-156.

Taylor, N.J., Smith, A.B. et Tapp, P. 1999. *Children, family law and family conflict: Subdued voices*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.nzls.org.nz/conference.

Tessler, Pauline. 1999. « Collaborative law: A new paradigm for divorce lawyers ». *Psychology, Public Policy, and Law*, 15(4), p. 967-1000.

Timms, Judith. 2003. « The silent majority—The position of children involved in the divorce and separation of their parents ». *Child Care in Practice*, 9(2), p. 162-175.

Tippins, T.A. et Wittman, J.P. 2005. « Empirical and ethical problems with custody recommendations: A call for clinical humility and judicial vigilance ». *Family Court Review*, 43(2), p. 193-222.

Tisdall, K., Baker, R., Marshall, K. et Cleland, A. 2002. *Voice of the child under the Children (Scotland) Act 1995: Giving due regard to children's views in all matters that affect them, Volume 1: Mapping Paper*, Edimbourg: Scottish Executive Central Research Unit.

Thomas, N. et O'Kane, C. 1998. « When children's wishes and feelings clash with their 'best interests' ». *The International Journal of Children's Rights*, 6, p. 137-154.

Trinder, Liz. 1997. « Competing constructions of childhood: Children's rights and children's wishes in Divorce ». *Journal of Social Welfare and Family Law*, 19(3), p. 291-305.

Trinder, L. et Kellett, J. 2007. « Fairness, efficiency and effectiveness in court-based dispute resolution schemes in England ». *International Journal of Law, Policy and the Family*, 21, p. 322-340.

Wade, A. et Smart, C. 2002. *Facing family change: Children's circumstances, strategies and resources*. York, Joseph Rowntree Foundation.

Walker, Janet. 2001. *Information meetings and associated provisions within the Family Law Act 1966: Summary of final evaluation report*. Londres: Lord Chancellor's Department.

Warshak, Richard A. 2003. « Payoffs and pitfalls of listening to children ». *Family Relations*, 52, p. 373-384.

Webb, Stu. 2000. « Collaborative law: An alternative for attorneys suffering "family law burnout" ». *Matrimonial Strategist*, 18, p. 7-18.

Williams, Suzanne. 2006. *Through the eyes of young people: meaningful child participation in family court processes*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.iicrd.org/familycourt>.

Williams, S. et Helland, J. 2007. *Hear The Child Interviews, Kelowna pilot evaluation*. Disponible en ligne à l'adresse suivante : www.iicrd.org.

Woodhouse, Barbara. 2000. « Children's rights. Public law and legal theory: Research papers series ». Disponible en ligne à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=234180.

Wyness, Michael. 2006. *Children and society: An introduction to the sociology of childhood*. Palgrave Macmillan

Yingling, Lynelle, C. 2005. « Texas chapter child's voice research project », *AFCC Newsletter*, p. 8-10.

ANNEXE A : QUESTIONNAIRES

Professionnels de la santé mentale ou du droit de la famille collaboratif

1. Depuis combien de temps pratiquez-vous en droit de la famille? En droit de la famille collaboratif?
2. Pensez-vous que les enfants et les adolescents (de 4 à 18 ans) devraient participer à des séances de médiation ou à d'autres processus de RED relativement à la séparation ou au divorce de leurs parents? Dans la négative, pourquoi? (Demandez des précisions : âge, sexe, diversité.)
3. Dans l'affirmative, comment intégrez-vous le point de vue de l'enfant en droit collaboratif? (Demandez des précisions : utilisez-vous un critère fondé sur l'âge? Amenez-vous l'enfant dans la salle, l'interrogez-vous en privé, demandez-vous à une personne de confiance d'accompagner le jeune ou confiez-vous à un autre spécialiste le soin d'interroger le jeune et de vous donner ses commentaires? Vous servez-vous de techniques d'analyse préliminaire en particulier ou d'experts des enfants? Y a-t-il des critères liés à la culture, à la langue, à la santé mentale ou au sexe?)
4. Quelles sont vos préoccupations quand il s'agit de permettre aux enfants de s'exprimer? (Demandez des précisions : éthique, consentement, confidentialité, avantages ou limites?)
5. Y a-t-il d'autres points que vous voudriez aborder au sujet de la participation des jeunes à la médiation ou à d'autres méthodes de RED? (Demandez des précisions : du point de vue de la pratique, de la recherche ou des politiques, qu'est-ce qui est nécessaire, selon vous, pour uniformiser les interventions visant à permettre aux enfants de se faire entendre?)

Experts ou conseillers en politiques

1. Vos recherches/travaux semblent indiquer... (Demandez des précisions : préoccupations? Âge? Sexe? Culture?)
2. Dans vos recherches/travaux, utilisez-vous une forme d'analyse préliminaire spéciale ou d'autres mécanismes pour que les enfants puissent s'exprimer? (Demandez des précisions : présence d'une personne de confiance?)
3. D'après votre expertise et ce que vous avez appris en écoutant les enfants, quelles mesures sont nécessaires pour que les enfants puissent véritablement participer au processus?

4. Y a-t-il d'autres points que vous voudriez aborder au sujet de la participation des jeunes à la médiation ou à d'autres méthodes de RED? (Demandez des précisions : avantages et limites? Du point de vue de la pratique, de la recherche ou des politiques, qu'est-ce qui est nécessaire, selon vous, pour aider les enfants et les adolescents à se faire entendre dans le cadre d'un processus mieux coordonné?)

Avocats qui représentent les jeunes

1. Comment permettez-vous à l'enfant de se faire entendre dans le processus entourant la séparation ou le divorce? (Demandez des précisions : intérêt supérieur de l'enfant, ses souhaits uniquement, nomination d'un tuteur à l'instance.)
2. Pour un enfant de quel âge un avocat est-il généralement nommé?
3. Comment utilisez-vous l'information que l'enfant vous donne? (Demandez des précisions : amener l'enfant dans la salle; utiliser un travailleur social; questions spéciales touchant la confidentialité, le consentement?)
4. Estimez-vous que la représentation par un avocat est utile pour permettre à l'enfant de se faire entendre dans ces affaires importantes? (Demandez des précisions : avantages et inconvénients? Âge? Langue? Culture?)
5. Y a-t-il d'autres points que vous voudriez aborder au sujet de la participation des jeunes à la médiation ou à d'autres méthodes de RED? (Demandez des précisions : du point de vue de la pratique, qu'est-ce qui est nécessaire, selon vous, pour aider les enfants et les adolescents à se faire entendre dans le cadre d'un processus plus uniforme?)

ANNEXE B : LISTE DES PARTICIPANTS PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE

Nicholas Bala, professeur de droit, Université Queen's, Kingston (Ontario)

Maryellen Bauman, travailleuse sociale, Hennepin County, Minneapolis, Minnesota.

Natalie Boutet, praticienne du droit de la famille collaboratif, Toronto (Ontario)

Sheila Brown, travailleuse sociale et médiatrice, Toronto (Ontario)

Clare Burns, avocate des enfants de l'Ontario, Toronto (Ontario)

Steven Carter, psychologue, Edmonton (Alberta)

Sharon Cohen, praticienne du droit de la famille collaboratif, Toronto (Ontario)

Linda Feldman, avocate, Bureau de l'avocate des enfants, Toronto (Ontario)

Lorraine Fillion, directrice, Service de médiation familiale de la Cour supérieure, Montréal (Québec)

Rhonda Freeman, directrice exécutive, Families in Transition, New Directions, Toronto (Ontario)

James Goetz, avocat et travailleur social, Hennepin County, Minneapolis, Minnesota.

Jill Goldson, entrepreneuse indépendante et médiatrice, Nouvelle-Zélande

Dale Hensley, directeur exécutif, Children's Legal and Educational Resource Centre, Calgary (Alberta)

Dermot Hurley, professeur de travail social, Collège universitaire King's, Université de Western Ontario

Alan Jensen, gestionnaire de programmes, Justice Services, Regina (Saskatchewan)

Joan Kelly, psychologue, médiatrice et chercheuse, Californie

Barbara Landau, psychologue et avocate, Toronto (Ontario)

Janet Lennox, conseillère principale en matière de politiques et avocate, ministère du Procureur général, Colombie-Britannique

Jennifer McIntosh, psychologue et directrice de Family Transitions, Australie

Carole McKnight, conseillère, Services de justice familiale, ministère du Procureur général, Colombie-Britannique

Nina Meierding, médiatrice, Californie

Crystal Reeves, chercheuse juridique, Social Planning Council of British Columbia (SPARC BC)

Irene Robertson, directrice, Division des services de justice familiale, ministère du Procureur général, Colombie-Britannique

Donald Saposnek, psychologue et médiateur, Californie

Arnold Shienvold, psychologue et médiateur, Pennsylvanie

Harvey Steinberg, psychologue, Toronto (Ontario)

Liz Trinder, Newcastle Center For Family Studies, Université de Newcastle, Newcastle upon Tyne, Royaume-Uni

La juge Trussler, Calgary (Alberta)

Dan VanderSluis, gestionnaire régional par intérim, ministère du Procureur général, Colombie-Britannique

Melissa Wallace, gestionnaire de programmes et d'activités, ministère du Procureur général, Saskatchewan

Suzanne Williams, directrice adjointe et directrice des services juridiques, International Institute for Child Rights and Development, Kelowna (Colombie-Britannique).

Louise Woodfine, praticienne du droit de la famille collaboratif, Québec.