



Le point de vue des enfants en droit de la famille : Examen des stratégies, des défis et des meilleures pratiques au Canada

Michael Saini, Ph. D., M.S.S., T.S.A.
Pathways to co-parenting

31 mars 2019

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

Sauf avis contraire, le contenu de ce document peut, sans frais ni autre permission, être reproduit en tout ou en partie et par quelque moyen que ce soit à des fins personnelles ou publiques, mais non à des fins commerciales.

- Nous demandons aux utilisateurs :
 - de faire preuve de diligence raisonnable en assurant l'exactitude du matériel reproduit;
 - d'indiquer le titre complet du matériel reproduit et l'organisation qui en est l'auteur;
 - d'indiquer que la reproduction est une copie d'un document officiel publié par le gouvernement du Canada et qu'elle n'a pas été faite en association avec le gouvernement du Canada ni avec l'appui de celui-ci.

- La reproduction et la distribution à des fins commerciales sont interdites, sauf avec la permission écrite du ministère de la Justice du Canada. Pour de plus amples renseignements, communiquez avec le ministère de la Justice du Canada à l'adresse suivante :
www.justice.gc.ca.

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2019

Le point de vue des enfants en droit de la famille : Examen des stratégies, des défis et des meilleures pratiques au Canada.

J4-132/2023F-PDF

978-0-660-46653-8

Table des matières

Remerciements	4
Sommaire	5
Chapitre 1 : Introduction et objectifs du projet.....	8
Chapitre 2 : Bref historique du point de vue des enfants au Canada	9
Chapitre 3 : Bref survol de l'expérience d'enfants qui ont donné leur point de vue	14
Avis des enfants sur les plans parentaux	14
Raisons pour lesquelles les enfants veulent exprimer leur point de vue.....	15
Capacité des enfants à participer au processus décisionnel	16
Incidence de la participation des enfants	16
Conseils des enfants	17
Résumé	18
Chapitre 4 : Méthodes d'intégration du point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille	18
Méthodes d'inclusion des enfants à l'extérieur du processus judiciaire	19
<i>Discussion entre les enfants et leurs parents</i>	19
<i>Enfants exprimant leur point de vue à des professionnels</i>	21
<i>Services de médiation incluant l'enfant</i>	22
Méthodes incluant les enfants qui sont rattachées à un tribunal	23
<i>Entretiens incluant les enfants</i>	23
<i>Désignation d'un avocat pour les enfants</i>	24
<i>Entretien avec les enfants dans le cadre d'évaluations du plan parental</i>	25
<i>Rapports sur la parole de l'enfant</i>	27
<i>Droit collaboratif incluant l'enfant</i>	29
<i>Entretiens des enfants avec un juge</i>	30
<i>Témoignage des enfants en cour (à titre de témoins)</i>	33
Occasions d'écouter le point de vue des enfants une fois l'ordonnance du tribunal rendue.....	34
<i>Coordination parentale incluant l'enfant</i>	35
<i>Le point de vue des enfants dans les services relatifs à l'accès surveillé</i>	36
Résumé des méthodes.....	37
Chapitre 5 : Prévalence des méthodes incluant les enfants en droit de la famille.....	37
Chapitre 6 : Décisions concernant l'utilisation de méthodes incluant les enfants	39
Figure 1 : Arbre décisionnel pour la sélection d'une méthode d'inclusion du point de vue de l'enfant.....	40
Résumé	43
Chapitre 7 : Analyse et répercussions.....	44
Amélioration d'un système de justice familiale axé sur l'enfant.....	45
Considérations liées à la pratique	46
Facteurs que doivent prendre en compte les parents qui entendent le point de vue de leurs enfants.....	46
Recherches futures.....	47
Annexe A – Méthode.....	48

Remerciements

L'auteur remercie Lily Chapnik Rosenthal, étudiante diplômée du programme mixte de travail social et de droit de la faculté de travail social Factor-Inwentash et de la faculté de droit de l'Université de Toronto, pour son aide dans le cadre de la recherche. Mme Chapnik Rosenthal a joué un rôle clé dans le processus de collecte de renseignements, l'évaluation des études citées et l'analyse des affaires juridiques.

Ce projet n'aurait pas été possible sans le soutien financier du ministère de la Justice du Canada. Je tiens à témoigner ma reconnaissance envers les représentants de la Section de la famille, des enfants et des adolescents (SFEA) et de la Division de la recherche et de la statistique (DRS) du ministère de la Justice du Canada.

Sommaire

Objectifs du projet

Le projet vise à recueillir et à compiler des recherches, à décrire les méthodes utilisées actuellement pour inclure le point de vue des enfants en droit de la famille au Canada (et à l'échelle internationale, le cas échéant), et à définir les thèmes et effectuer une revue de la littérature détaillée et accessible. Cette revue comporte des descriptions des pratiques prometteuses pour divers aspects associés au point de vue des enfants et des analyses de la jurisprudence.

Contexte

On commence à prendre de plus en plus conscience qu'il faut tenir compte du point de vue et des préférences des enfants dans la prise de décisions sur leurs modalités de vie. L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies, traité que le Canada a signé et ratifié, précise que l'enfant qui est capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, et que les opinions de l'enfant devraient être dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. Cependant, la Convention ne précise pas comment le point de vue des enfants devrait être entendu. La littérature révèle l'existence d'un débat sur les forces et les limites des différentes approches nouvellement utilisées pour intégrer le point de vue des enfants dans les services de justice familiale.

Principales constatations

La jurisprudence et les lois canadiennes reconnaissent désormais l'importance et la valeur de la participation des enfants aux procédures de justice familiale. Dans presque la totalité des provinces et des territoires canadiens, les lois prévoient explicitement qu'il faut tenir compte du point de vue des enfants pour prendre des décisions fondées sur l'« intérêt supérieur de l'enfant », et elles comportent souvent une condition, comme « dans la mesure où cette opinion peut être raisonnablement déterminée », ou compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant.

Pour tenir compte du point de vue des enfants dans le contexte d'une séparation, de plus en plus d'importance est accordée aux services rattachés aux tribunaux (rapport sur la parole de l'enfant, évaluation de la garde, coordination parentale incluant les enfants, entretien avec un juge) afin d'offrir aux enfants et aux adolescents la possibilité de donner leur point de vue sur des questions relatives au plan parental, ce qui complète le point de vue de leurs parents dans le contexte des litiges en matière de garde d'enfant.

On a accordé moins d'importance à l'idée d'offrir aux enfants l'occasion d'exprimer leur point de vue sur le plan parental en dehors du système judiciaire. La situation est particulièrement préoccupante du fait que la majorité des conflits parentaux sera réglée sans la tenue d'un procès, ce qui fait en sorte que de nombreux enfants n'ont aucun moyen approprié d'exprimer leur point de vue sur les décisions concernant le temps de parentage à la suite de la séparation.

Compte tenu de cette réalité, comme certains enfants peuvent s'exposer à un risque s'ils expriment leur point de vue et leurs préférences à leurs parents, il faut les protéger des tensions qu'ils peuvent subir en raison de l'incapacité ou de la réticence des parents à écouter leurs enfants.

Des programmes d'éducation des parents et des groupes de soutien peuvent enseigner aux parents des compétences qui les aideront à écouter leurs enfants et à discuter avec eux de la façon dont ils vivent la séparation et dont le plan parental peut affecter leur quotidien.

Les enfants peuvent exprimer leur point de vue et leurs préférences à leurs enseignants, qui peuvent ainsi être des sources parallèles indépendantes connaissant le point de vue des enfants dans le cadre de conflits en matière de droit de la famille. Trop peu d'attention a été accordée au rôle des enseignants, et il faut remédier à la situation pour les aider à soutenir le point de vue des enfants lorsqu'il est exprimé en milieu scolaire.

Lorsqu'un conflit oppose les parents, les enfants devraient avoir l'occasion de parler avec un professionnel de la santé mentale. Ces professionnels peuvent écouter les enfants à l'extérieur du processus judiciaire et ont l'occasion de discuter avec eux de leur point de vue sur la séparation de leurs parents, des possibilités relatives au parentage et des frustrations qu'ils peuvent éprouver du fait qu'ils sont pris dans le conflit de leurs parents.

Pour la majorité des familles, les problèmes relatifs au plan parental sont réglés sans qu'un tribunal en soit nécessairement saisi. Pour les familles s'adressant aux tribunaux, on a établi des méthodes spécialisées d'inclusion des enfants et du soutien législatif pour ces programmes. Il importe de tenir compte de la situation et des besoins uniques des enfants pour établir quelle méthode peut être la plus efficace pour qu'un enfant en particulier parle de ses expériences.

Lorsqu'une famille vivant un conflit parental moindre s'adresse à un tribunal, et qu'il est peu probable qu'un conflit de loyauté oppose l'enfant à ses parents, il peut être utile que les parents utilisent les services de médiation qui leur sont offerts au début du processus judiciaire. La médiation peut permettre de créer rapidement et efficacement un plan parental répondant aux besoins de l'enfant. Les approches de médiation incluant l'enfant (p. ex. réalisation d'un entretien avec l'enfant sur des questions se rapportant au plan parental et intégration de son point de vue dans la médiation avec les parents) peuvent améliorer la représentation du point de vue de l'enfant et créer des occasions de faire participer l'enfant au processus.

Un rapport sur la parole de l'enfant permet à l'enfant d'exprimer son point de vue dans les conflits familiaux sans nécessairement inclure la participation d'un avocat ou une évaluation complète effectuée par un professionnel de la santé mentale. Les rapports sur la parole de l'enfant peuvent être un moyen peu coûteux de permettre aux enfants de faire part de leur expérience et de donner leur avis sur des questions liées au plan parental.

Dans les situations à risque élevé, comme lorsque l'enfant ou le partenaire intime est victime de violence ou dans les cas d'aliénation, une évaluation du plan parental peut être le meilleur moyen de tenir compte du point de vue des enfants. L'évaluation du plan parental comporte généralement un examen systématique et détaillé des différents facteurs et problèmes en cause.

Il peut être préférable de réserver les entretiens avec un juge aux dossiers qui passent à l'étape de la préparation au procès. Le juge a l'occasion de parler avec l'enfant pour comprendre son point de vue et mieux connaître les facteurs de l'affaire pour déterminer s'il convient de tenir un procès, et si oui, à quel moment.

Répercussions

La mesure dans laquelle il est possible de tenir compte du point de vue des enfants dépendra, d'une part, des services offerts pour obtenir des renseignements, et d'autre part, de la capacité des adultes et des professionnels d'intégrer l'avis des enfants dans le processus décisionnel postérieur à la séparation.

Il n'existe pas de « meilleure façon » d'entendre les enfants pendant le processus de justice familiale. Plusieurs méthodes ont été conçues pour aider l'enfant à exprimer son point de vue dans le contexte du droit familial, mais de nombreuses semblent sous-utilisées. Par exemple, les services de médiation incluant l'enfant et les services de représentation juridique indépendante pour les enfants sont offerts uniquement dans une petite partie des affaires hautement conflictuelles portées devant les tribunaux.

Il ressort clairement des rapports sur la parole des enfants que ceux-ci veulent que leur point de vue soit pris en compte dans les décisions qui les concernent. L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies soutient aussi la prise en compte du point de vue des enfants dans toutes les décisions les intéressant. Les recherches révèlent qu'il faut créer davantage d'occasions de prendre connaissance du point de vue des enfants dans les processus de justice familiale et qu'il faut réaliser un investissement important pour faciliter l'accès à ces services pour les enfants, peu importe leur emplacement géographique, leur culture et leur langue.

Une autre façon de contribuer à la prise en compte du point de vue des enfants consiste à créer des approches et des services novateurs à l'extérieur du système judiciaire dans cet objectif. Il semble contre-productif d'offrir à l'enfant la possibilité de donner son point de vue sur le plan parental uniquement si ses parents n'arrivent pas à s'entendre, et s'adressent par conséquent aux tribunaux pour y parvenir. Pour accorder la plus grande importance possible au point de vue des enfants, le domaine du droit de la famille doit envisager des moyens novateurs de connaître le point de vue des enfants à l'extérieur du processus judiciaire.

Chapitre 1 : Introduction et objectifs du projet

Comme l'enfant peut souvent être au cœur des conflits parentaux, les parents, les décideurs, les avocats, les travailleurs sociaux, les chercheurs, les professionnels des politiques et d'autres spécialistes posent des questions importantes sur le meilleur moyen de connaître le point de vue des enfants. Bien que le point de vue des enfants puisse être défini de différentes façons, il comporte généralement la possibilité que l'enfant donne son avis directement et indirectement sur des décisions concernant les plans parentaux à la suite d'une séparation, et des processus permettant de faire connaître les désirs de l'enfant pendant des conflits parentaux, un divorce ou une séparation.

L'importance accrue accordée au point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille a donné lieu à des conversations déterminantes dans le milieu politique et universitaire sur les stratégies optimales et les occasions d'inclure le point de vue des enfants pendant la création des plans parentaux à la suite d'une séparation et d'un divorce. Le ministère de la Justice du Canada tient activement compte du point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille et a mené d'importants projets sur les méthodes d'intégration du point de vue des enfants, y compris un ensemble de rapports produit entre 2002 et 2012 sur le point de vue des enfants en matière de droit de la famille¹. Ces rapports expliquent les motifs justifiant la prise en compte du point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille, le contexte juridique du point de vue des enfants à l'échelle nationale et internationale, les débats antérieurs dans les études sur le point de vue des enfants, et le rôle des avocats pour les enfants. Actuellement, les recherches sur le point de vue des enfants ne sont plus axées sur l'importance de ce point de vue, mais sur la façon de l'inclure. Les universitaires ont aussi mentionné que l'enfant veut exprimer son point de vue sans être limité par des obstacles sociaux et juridiques². Les enfants aiment généralement avoir l'occasion d'exprimer leur point de vue, lorsque cette possibilité leur est offerte³.

Un débat important continue sur les principales stratégies permettant d'entendre le point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille. Plusieurs méthodes ont été élaborées pour entendre le point de vue des enfants dans le contexte des services judiciaires (p. ex. entretiens avec un juge) et à l'extérieur de celui-ci (p. ex. médiation incluant l'enfant). Les enfants sont aussi généralement rencontrés dans le cadre des évaluations de la garde d'enfant effectuées par les travailleurs sociaux, les psychologues et les psychiatres. Les rapports sur la parole de l'enfant offrent à l'enfant l'occasion de faire part de son expérience, de son point de vue et de ses préférences en ce qui concerne le plan parental. L'enfant peut aussi exprimer son point de vue à un avocat, qui le fait ensuite connaître au tribunal. Lorsque les conflits familiaux doivent être tranchés au cours d'un procès, l'enfant peut avoir l'occasion de rencontrer le juge.

¹ Lorne D. Bertrand, Joanne J. Paetsch, Joseph P. Hornick et Nicholas Bala, *Portrait des services d'aide juridique en matière de droit de la famille au Canada*, Ottawa (Ontario), ministère de la Justice Canada, 2002; Ronda Besner, *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, Ottawa (Ontario), ministère de la Justice Canada, 2002; Pauline O'Connor, *Les programmes de participation et de soutien à l'intention des enfants dont les parents se séparent ou divorcent*, Ottawa (Ontario), ministère de la Justice Canada, 2004; Rachel Birnbaum, *Le point de vue de l'enfant dans la médiation et les autres méthodes de règlement extrajudiciaire des différends dans les cas de règlement extrajudiciaire des différends dans les cas de séparation et de divorce*, Ottawa (Ontario), ministère de la Justice Canada, 2009.

² Rachel Birnbaum et Michael Saini, « A qualitative synthesis of children's participation in custody disputes », *Res. Soc. Work Pract.*, 22:4, 2012, p. 400.

³ Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « Views of the Child Reports: The Ontario Pilot Project », *Int J Law Policy Family*, 31:3, 2017, p. 344.

Le présent projet examine les différentes façons de tenir compte du point de vue des enfants au Canada et de l'intégrer dans le contexte du droit de la famille au Canada (p. ex. évaluations du plan parental, rapports sur la parole de l'enfant, représentation juridique d'un enfant et entretiens avec un juge⁴).

En outre, cette revue fournit des descriptions des pratiques prometteuses pour intégrer le point de vue des enfants dans les processus décisionnels et les analyses de la jurisprudence, s'il y a lieu. Le rapport présente les meilleures recherches et analyses juridiques accessibles sur le point de vue des enfants et dresse un portrait actuel de la façon d'intégrer le point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille au Canada. L'examen des recherches et du droit permet d'informer les décideurs politiques, les juristes en droit de la famille, les parents et le public. Les pratiques prometteuses et l'analyse des avantages et des inconvénients tiennent compte des changements culturels qu'il faut apporter au droit de la famille afin de mieux intégrer le point de vue des enfants dans les pratiques actuelles.

Chapitre 2 : Bref historique du point de vue des enfants au Canada

Auparavant, les enfants n'avaient pas l'occasion de participer à la prise de décisions sur la garde et le droit de visite⁵. Il y a quelques décennies, on estimait que les enfants n'avaient pas la capacité nécessaire pour participer aux affaires de droit familial, car ils devaient être protégés des conflits parentaux⁶ ou de la possibilité de se trouver au cœur de ces conflits⁷. On supposait que si les enfants étaient entièrement gardés à l'écart du processus décisionnel à la suite d'une séparation, ils seraient protégés du trouble causé par la rupture de leurs parents⁸. On supposait aussi que les parents savaient ce qui est dans l'intérêt supérieur de leurs enfants⁹, et qu'en conséquence, ils représentaient adéquatement leur point de vue¹⁰.

⁴ Précité à la note 2.

⁵ H.T.G. Andrews et Pasquale Gelsomino, « The Legal Representation of Children in Custody and Protection Proceedings: A Comparative View », dans Rosalie Abella et Claire L. Heureux-Dube, dir., *Family Law: Dimensions of Justice*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 241; Ronda Bessner, *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, Ottawa (Ontario), ministère de la Justice, Canada, 2002, 2002-FCY-1F, <http://publications.gc.ca/collections/Collection/J3-1-2002-1F.pdf>, citant, C. Bernard, R. Ward, et B. Knoppers, « Best Interests of the Child Exposed: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law », 11 *Can. J. Fam. L.* 57 (1992-1993), p. 136.

⁶ Anne Graham et Robyn Fitzgerald, « Taking Account of the “To and Fro” of Children’s Experiences in Family Law », *Children Australia*, 31:2, 2006, p. 30; Virginia Morrow et Martin Richards, « The Ethics of Social Research with Children: An Overview », *Children and Society*, 10:2 1996, p. 934-944; Nicola J. Taylor, Anne B. Smith et Pauline Tapp, *Children, Family Law and Family Conflict: Subdued Voices*, 1999, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.580.200&rep=rep1&type=pdf>.

⁷ Robert E. Emery, « Children’s Voices: Listening—And Deciding—Is an Adult Responsibility », 45 *Arizona Law Review*, 2003, p. 621-627. Richard A. Warshak, « Payoffs and Pitfalls of Listening to Children », 52 *Family Relations*, 2003, p. 373-384.

⁸ Carole Smart, « From children’s shoes to children’s voices », *Family Court Review*, 40:3, 2002, p. 307-319.

⁹ A. O’Quigley, *Listening to children’s views: The findings and recommendations of recent research*, York, Joseph Rowntree Foundation, 2000; J. Timms, « The Silent Majority—The Position of Children Involved in the Divorce and Separation of Their Parents », *Child Care in Practice*, 9:2, 2003, p. 162-175.

¹⁰ Précité à la note 1.

Selon les spécialistes du droit et de la santé mentale, il s'agit d'un débat entre les « droits » et la « protection » des enfants. Par exemple, certains défenseurs des enfants favorisant la protection généralement offerte aux enfants considèrent que l'enfance est une période particulière au cours de laquelle les enfants sont incapables de prendre des décisions importantes et dépendent de leurs parents et d'autres fournisseurs de soins. En revanche, les défenseurs des droits des enfants se concentrent sur l'autodétermination des enfants et un traitement égal, peu importe leur âge.

Depuis quelques années, certains universitaires, juges et avocats en exercice estiment qu'il est dans l'intérêt supérieur des enfants de participer à la prise de décisions les touchant, de se faire entendre et de se faire prendre au sérieux. Comme l'a souligné un juge de la Cour supérieure¹¹ :

Un autre mythe qu'il faut déloger est celui qui veut que la participation de l'enfant au processus de prise de décisions lui cause préjudice. C'est souvent pour cette raison qu'on a empêché l'enfant de s'exprimer. De l'avis de certains experts, il peut être préjudiciable à l'enfant de l'empêcher de participer au processus de prise de décisions. Cette approche plus paternaliste écarte le fait que l'enfant subit déjà le préjudice que lui causent les problèmes à la maison et le stress que le litige inflige à chacun.

Le point de vue des enfants est maintenant un élément prédominant dans la détermination des facteurs pertinents pour la création de plans parentaux au sein des familles touchées par une séparation. Les écrits du domaine des sciences sociales et du droit énoncent les risques et les avantages d'écouter le point de vue des enfants¹². De nombreuses recherches révèlent que les enfants veulent donner leur avis sur les questions familiales les concernant, être entendus, connaître les circonstances les touchant et donner leur opinion sur ce qui est important pour eux¹³. Les enfants expriment qu'ils souhaitent participer aux processus les concernant même s'ils ne prennent pas les décisions définitives¹⁴. En outre, les recherches appuient la prise en compte du point de vue des enfants, car cela contribue à l'harmonie entre les parents et à l'atténuation des conflits^{15, 16}.

La mesure dans laquelle il est possible de tenir compte du point de vue des enfants dépendra des adultes concernés et de la question à savoir s'ils sont prêts à écouter les enfants et en mesure d'intégrer l'avis des enfants dans le processus décisionnel postérieur à la séparation¹⁷. Cela signifie que le point de vue des enfants est touché par une variété de personnes et de processus. En pratique, ces facteurs font en sorte qu'il importe que les fournisseurs de services et les professionnels s'assurent que les enfants qui expriment leur point de vue ont la capacité de le faire, le font sans

¹¹ Juge A.P. Nasmith, « The Inchoate Voice », 8 *Can. Fam. L.Q.*, 1991-1992, p. 43-54. [traduction]

¹² Précité à la note 1.

¹³ Précité à la note 1.

¹⁴ Précité à la note 2.

¹⁵ Jill Goldson, *Hello, I'm a Voice, Let Me Talk: Child-Inclusive Mediation in Family Separation*, Center for child and family policy research, Auckland University, 2006.

¹⁶ Jennifer McIntosh, « Child Inclusion as a Principle and as Evidence-Based Practice: Applications to Family Law Services and Related Sectors », *AFRC Issues*, Australian Family Relationships Clearinghouse, 2007.

¹⁷ Rachel Birnbaum et Michael Saini, « A Scoping Review of Qualitative Studies about Children Experiencing Parental Separation », *Childhood*, 20:2, 2013, p. 260-282.

subir d'influence et le font indépendamment de la situation dans laquelle ils se trouvent, comme l'ampleur du conflit de leurs parents.

De nombreux pays s'intéressent de plus en plus à l'intégration du point de vue des enfants dans les procédures judiciaires. Cela est grandement attribuable à la Convention relative aux droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies. L'article 12 de cette Convention exige que :

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 nationale¹⁸.

L'article 3 de la Convention est formulé en ces termes :

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 primordiale.

Après que le Canada a ratifié la Convention en 1991¹⁹, le Comité mixte spécial sur la garde et le droit de visite des enfants a recommandé en 1998 que les enfants au Canada aient l'occasion « d'être entendus lorsque des décisions sur les responsabilités parentales les concernant sont prises » et « 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 parentales²⁰».

Les tribunaux canadiens renvoient à l'article 12 de la Convention dans leurs décisions remontant aux années 1990²¹, et s'appuient sur le principe selon lequel le point de vue des enfants est une composante essentielle du processus du droit de la famille lorsqu'il fait partie d'un ensemble de facteurs pris en compte. La décision largement citée rendue en 2010 par l'ancienne juge Donna Martinson de la Cour suprême du Yukon souligne que le point de vue des enfants est un élément essentiel du processus décisionnel en droit de la famille :

¹⁸ Assemblée générale de l'ONU, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, Organisation des Nations Unies, Recueil des Traités, volume 1577, p. 3.

¹⁹ Jean-François Noël, *La Convention relative aux droits de l'enfant*, ministère de la Justice, 2015, <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/divorce/crde-crc/conv2a.html>.

²⁰ 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, <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=147&Lang=1&SourceId=36230>.

²¹ *Johns v Hickson*, [1996] S.J. n° 806, paragr. 9; *P(CL) v P(JE)*, 2015 SKQB 13, paragr. 16; *Seymour v Seymour*, 2012 SKQB 161, paragr. 88.

[...] à mon humble avis, tous les enfants ont le droit légal d'être entendus dans toute affaire les intéressant, y compris celles concernant la garde d'enfants. Les décisions ne devraient pas être prises sans veiller à ce que ces droits légaux soient pris en compte. Ces droits légaux s'appuient sur la Convention relative aux droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies et sur le droit canadien.

La Convention [...] prévoit que l'enfant qui est capable de discernement a le droit légal d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, y compris les procédures judiciaires. Cet article dispose de plus que les enfants ont le droit légal que cette opinion soit dûment prise en considération eu égard à leur âge et à leur degré de maturité. Le libellé ne comporte aucune ambiguïté. La Convention est très claire; tous les enfants bénéficient du droit légal d'être entendus, sans distinction. Elle ne prévoit aucune exception pour les affaires d'aliénation parentale hautement conflictuelles, y compris celles comportant de la violence familiale.

Une prémisses du droit légal d'être entendu que prévoit la Convention est qu'il est dans l'intérêt supérieur des enfants qu'ils soient entendus. Bon nombre d'entre eux veulent être entendus et ils saisissent la différence qu'il y a entre le fait d'avoir son mot à dire et celui de rendre la décision. Le fait de les écouter peut mener à de meilleures décisions, ayant de plus grandes chances de succès. Ne pas les écouter peut avoir pour eux des conséquences néfastes à court et à long terme. Bien que certains soulèvent des préoccupations, il est possible d'y répondre dans les limites du cadre juridique souple qu'offre la Convention²².

La Cour énumère ensuite toutes les façons dont les enfants devraient participer aux procédures judiciaires les concernant, de façon significative, et prévoit que les enfants devraient :

1. être informés, au début du processus, de leur droit légal d'être entendus;
2. avoir l'occasion de participer pleinement au processus, tant au début de ce dernier que pendant toute sa durée, et cela inclut le fait de participer aux conférences de gestion d'instance en matière familiale, aux conférences de règlement, ainsi qu'aux audiences ou aux procès;
3. avoir leur mot à dire quant à la manière dont ils participent, afin qu'ils puissent le faire d'une manière qui soit efficace pour eux;
4. obtenir que l'on tienne compte de leur opinion de façon sérieuse;
5. être informés du résultat atteint et de la façon dont leur opinion a été prise en compte²³.

²² 2010 YKSC 44, paragr. 47. [traduction] Appliqué dans *Children's Aid Society of Algoma (Elliot Lake) v PC-F*, 2017 ONCJ 898; *Nunavut (Director of Child and Family Services) v T(E)*, 2017 ONCJ 898; *K(NJ) v F(RW)*, 2011 BCSC 1666; *Jarvis v Landry*, 2011 NSSC 116.

²³ 2010 YKSC 44, paragr. 47. [traduction] Appliqué dans *Children's Aid Society of Algoma (Elliot Lake) v PC-F*, 2017 ONCJ 898; *Nunavut (Director of Child and Family Services) v T(E)*, 2017 ONCJ 898; *K(NJ) v F(RW)*, 2011 BCSC 1666; *Jarvis v Landry*, 2011 NSSC 116.

L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies prévoit que les opinions de l'enfant doivent être dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité et qu'on doit donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire. Cette attente s'applique uniquement pour les enfants qui sont capables de discernement, et la Convention ne donne aucune directive sur la meilleure façon d'évaluer la capacité des enfants à exprimer leur point de vue. Par exemple, comme les enfants ne mûrissent et ne se développent pas tous au même rythme, la Convention ne précise pas l'âge auquel l'enfant est « capable », et ne définit pas le terme « capable ».

L'Observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies prévoit que l'enfant sera doté d'un discernement suffisant pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question, mais n'aura pas une connaissance complète de cette question²⁴. La complexité des questions sur lesquelles un enfant donne son avis et la maturité exigée augmentent proportionnellement. Par exemple, comme de nombreux professionnels ont de la difficulté à comprendre pleinement la complexité des familles en profond conflit, il est naïf de croire qu'un enfant, ou même qu'un adolescent comprendra.

La plupart ont répondu par l'affirmative à la question de savoir s'il *faudrait* tenir compte du point de vue des enfants dans les conflits entourant la garde et le droit de visite. Cependant, la question consiste désormais à savoir *comment* les enfants devraient participer au processus²⁵. La Convention ne précise pas comment le point de vue des enfants devrait être pris en compte. Selon des recherches et des observations concrètes, il existe encore un débat sur les forces et les limites des différentes approches nouvellement utilisées pour intégrer le point de vue des enfants dans les processus de justice familiale.

L'analyse ci-dessus décrit le changement observé au fil du temps dans le rôle et la présence du point de vue des enfants en matière de droit familial. Le rôle de la Convention et de la jurisprudence canadienne illustre que le point de vue des enfants devrait être pris en compte dans les questions de droit de la famille les concernant. L'une des questions les plus pressantes en ce qui concerne le point de vue des enfants en droit de la famille consiste simplement à trouver la meilleure façon de connaître le point de vue des enfants. La section suivante porte sur les différentes façons dont le tribunal peut connaître le point de vue et les préférences des enfants, et évalue les avantages et les inconvénients de chacune.

²⁴ *Convention relative aux droits de l'enfant*, Comité des droits de l'enfant, cinquante et unième session, Genève, 25 mai-12 juin 2009.

²⁵ Carolyn Savory, « A Voice for "The Small": Judicial "Meetings" in Custody and Access Disputes », 28 *Revue canadienne de droit familial*, 2013, p. 227.

Chapitre 3 : Bref survol de l'expérience d'enfants qui ont donné leur point de vue

Cette section résume brièvement l'expérience d'enfants qui ont donné leur point de vue dans des affaires de droit de la famille²⁶. De plus en plus, les enfants et les adolescents expriment qu'ils veulent donner leur point de vue dans le cadre des processus décisionnels ayant une incidence fondamentale sur leur vie après la séparation. Les recherches sur le désir d'inclusion des enfants révèlent que les enfants veulent être informés et veulent que leurs besoins et leurs intérêts soient pris en compte, mais ne s'attendent généralement pas à prendre les décisions. Les adolescents sont beaucoup plus susceptibles de participer à la prise de décisions importantes les touchant, et veulent exprimer explicitement leurs préférences au sujet de ces décisions²⁷.

Avis des enfants sur les plans parentaux

Des recherches révèlent que malgré les progrès réalisés dans la participation active des enfants, ceux-ci demeurent principalement à l'écart du processus décisionnel dans le cadre de la séparation ou du divorce de leurs parents²⁸. Des études qualitatives portant sur l'expérience des enfants qui ont donné leur avis sur des plans parentaux révèlent invariablement que malgré leur désir d'exprimer leur point de vue, de nombreux enfants signalent qu'ils n'ont pas eu l'occasion de le faire²⁹. Par exemple, selon une étude³⁰, la moitié des enfants signalent qu'ils n'ont pas participé à la prise de la décision concernant l'endroit où ils allaient vivre après la séparation de leurs parents. Selon une autre recherche³¹, les adolescents ont généralement des doutes sur leurs droits, et signalent que les adultes, y compris leurs parents, ne les écoutent pas. Les enfants qui ont un « certain mot à dire » sont généralement des adolescents au moment de la séparation. Les enfants qui ont déclaré avoir eu un certain mot à dire dans la prise de décisions sur le plan parental étaient généralement convaincus que leur point de vue avait été pris en compte³².

²⁶ Judith Cashmore et Patrick Parkinson, « Children's and Parents' Perceptions on Children's Participation in Decision Making after Parental Separation and Divorce », 46 *Family Court Review*, 2008, p. 91-104.

²⁷ Stephanie Holt, « The Voice of the Child in Family Law: A Discussion Paper », 68 *Children and Youth Services Review*, 2016, p. 139-145; Patrick Parkinson, Judith Cashmore et Judi Single, « Adolescents' Views on the Fairness of Parenting and Financial Arrangements After Separation », *Family Court Review*, 43:3, 2005, p. 429-444; Anne Stafford, A. Laybourn, Malcolm Hill et Moira Walker, « Having a Say': Children and Young People Talk about Consultation », 17 *Children & Society*, 2003, p. 361-373.

²⁸ Judith Cashmore, « Children's Participation in Family Law Decision-Making: Theoretical Approaches to Understanding Children's Views », *Children and Youth Services Review*, 33:4, 2011, p. 515-520; Christina Sadowski et Jennifer E. McIntosh, « On Laughter And Loss: Children's Views of Shared Time, Parenting And Security Post-Separation », *Childhood: A Global Journal of Child Research*, 23:1, 2016, p. 69-86; Sofie D. J. Maes, Jan De Mol et Ann Buysse, « Children's Experiences and Meaning Construction on Parental Divorce: A Focus Group Study », *Childhood: A Global Journal of Child Research*, 19:2, 2012, p. 266-279.

²⁹ Anne Graham, Robert Fitzgerald et R. Phelps, *The Changing Landscape of Family Law: Exploring the Promises and Possibilities for Children's Participation in Australian Family Relationship Centres*, Lismore, Southern Cross University, 2009; C. Brand, G. Howcroft et C. N. Hoelson, « The Voice of the Child in Parental Divorce: Implications for Clinical Practice and Mental Health Practitioners », *Journal of Child and Adolescent Mental Health*, 29:2, 2017, p. 169-178.

³⁰ Parkinson, précité à la note 27.

³¹ C. Reeves, *Youth Included! Youth Recommendations for Children and Youth Participation in British Columbia's Family Justice System*, The Social Planning and Research Council of British Columbia, 2008.

³² Cashmore, précité à la note 28.

Les enfants expliquent aussi qu'ils hésitent parfois entre le désir de participer au processus et le repli, parce qu'ils se sentent blessés par la séparation de leurs parents. Bien que les enfants veuillent être traités avec respect et jugés aptes à participer au processus, ils décrivent aussi éprouver de la vulnérabilité et des sentiments associés au changement et à la perte³³. Selon une étude menée en Écosse, il se peut que le point de vue des enfants soit oublié ou rejeté lorsque les parents sont préoccupés par le conflit les opposant³⁴.

Raisons pour lesquelles les enfants veulent exprimer leur point de vue

Les enfants veulent avoir l'occasion d'exprimer leur point de vue dans les conflits entourant leur garde et estiment que leur point de vue devrait être pris en compte dans les discussions concernant leurs modalités de vie et leur relation avec leurs parents. Les enfants donnent différentes raisons expliquant pourquoi ils estiment qu'il importe de tenir compte de leur point de vue, y compris leur désir d'être reconnus comme des parties importantes touchées par le conflit et d'être mieux informés des décisions concernant le plan parental³⁵.

Les enfants soulignent l'importance d'être traités équitablement et d'avoir une chance égale de participer au processus décisionnel³⁶, et précisent qu'ils veulent être consultés³⁷. Ils veulent aussi exprimer leur point de vue pour s'assurer que les décisions répondent à leurs besoins et pour connaître le plan parental afin d'être mieux informés et en mesure de mieux s'adapter aux changements et aux transitions³⁸. Lorsque les enfants de huit à douze ans classent en ordre d'importance différentes raisons pour lesquelles les enfants devraient participer à la prise de décisions, ils classent invariablement les raisons dans l'ordre suivant : « pour être écouté »; « pour que j'aie mon mot à dire »; « pour être soutenu », et à la toute fin, « pour avoir ce que je veux³⁹ ».

Bien que certains adultes puissent estimer que la prise en compte du point de vue des enfants dans les affaires de justice familiale revient à permettre aux enfants d'être les seuls décideurs, de nombreux enfants semblent en fait vouloir l'occasion d'exprimer leur point de vue et de se faire

³³ Précité à la note 6.

³⁴ Gill Highet et Lynn Jamieson, *Cool with Change: Young People And Family Change (Final Report)*, Scotland's Families/Centre for Research on Families and Relationships, 2007.

³⁵ Rachel Birnbaum, Nicholas Bala et Francine Cyr, « Children's Experiences with Family Justice Professionals and Judges in Ontario and Ohio », *25 International Journal of Law, Policy and the Family*, 2011, p. 398-422.

³⁶ Dale Bagshaw, « Reshaping Responses to Children When Parents Are Separating: Hearing Children's Voices in the Transition », *60 Australian Social Work*, 2007, p. 450-465; Alan Campbell, « The Right to Be Heard: Australian Children's Views about their Involvement in Decision-Making Following Parental Separation », *14 Child Care in Practice*, 2008, p. 237-255; Tapologo Maundeni, « Seen but not Heard? Focusing on the Needs of Children of Divorced Parents in Gaborone and Surrounding Areas, Botswana », *9 Childhood*, 2002, p. 277-302.

³⁷ Alan Campbell, « The Right to Be Heard: Australian Children's Views about their Involvement in Decision-Making Following Parental Separation », *14 Child Care in Practice*, 2008, p. 237-255.

³⁸ Rachel Birnbaum, *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*, ministère de la Justice, Section de la famille, des enfants et des adolescents, Justice Canada, 2007.

³⁹ N. Thomas et C. O'Kane, « Children's Participation in Reviews and Planning Meetings when they are 'Looked After' in Middle Childhood », *4 Child & Family Social Work*, 1999, p. 221-230. [traduction]

entendre, et non pas avoir le pouvoir de prendre les décisions définitives sur la garde et le droit de visite⁴⁰.

Capacité des enfants à participer au processus décisionnel

Plusieurs facteurs sont généralement pris en compte en ce qui concerne la capacité des enfants et des adolescents à prendre des décisions, y compris leur âge, le contexte et leur développement⁴¹. L'importance accordée au point de vue des enfants augmente proportionnellement avec l'âge de l'enfant⁴². Les enfants et les adolescents ne sont généralement pas invités à exprimer leur point de vue dans la prise de la décision définitive à la suite de la séparation, mais la décision reflète souvent l'importance accordée à leur point de vue et à leur avis en fonction de leur âge.

Lorsqu'on évalue la capacité des enfants à donner leur avis, il importe aussi de tenir compte de la dynamique familiale. Par exemple, lorsqu'un conflit important oppose les parents à la suite d'une rupture, l'âge des enfants ne devrait pas être le seul facteur à prendre en compte. Les enfants plus âgés et les adolescents touchés par un conflit opposant leurs parents peuvent être plus vulnérables à l'influence de leurs parents, et par conséquent, la mesure dans laquelle leurs décisions sont indépendantes est mise en doute⁴³. Lorsqu'ils sont coincés dans le conflit de leurs parents, il se peut que certains enfants soient motivés à protéger leur relation avec leurs parents et ne veulent pas les contrarier en exprimant des points de vue pouvant être contraires aux attentes de leurs parents. Lorsque ces facteurs ont une incidence négative sur l'avis des enfants, il faut se demander quel serait leur point de vue indépendant s'ils n'étaient pas exposés à cette dynamique. En outre, les enfants essaient de prédire ce qu'ils pensent que leurs parents veulent entendre, ce qui se traduit souvent par l'expression de désirs incompatibles⁴⁴.

Incidence de la participation des enfants

Des chercheurs ont fini par reconnaître les avantages de parler directement aux enfants de leur expérience quant à l'expression de leur point de vue sur le plan parental, au lieu de se fier à des rapports obtenus par l'intermédiaire d'adultes⁴⁵. La participation des enfants est jugée essentielle à la prise de bonnes décisions touchant les enfants, que l'enfant soit une partie à la procédure judiciaire, qu'il soit l'objet de la procédure judiciaire ou qu'il soit un témoin ou une tierce partie touchée par une décision⁴⁶. Les expériences vécues par les enfants sont considérées comme

⁴⁰ Maria Coley, « Children's Voices in Access and Custody Decisions: The Need To Reconceptualize Rights and Effect Transformative Change », 12 *Appeal*, 2017, p. 49-72,

<https://journals.uvic.ca/index.php/appeal/article/viewFile/5454/3397>.

⁴¹ P. Grootens-Wiegers, I. M. Hein, J. M. van den Broek et M. C. de Vries, « Medical Decision-Making in Children and Adolescents: Developmental and Neuroscientific Aspects », *BMC Pediatrics*, 17:1, 2017, p. 120.

⁴² Joanne Paetsch, Lorne Bertrand, Jan Walker, Leslie MacRae et Nicholas Bala, *Consultation on the Voice of the Child at the 5th World Congress on Family Law and Children's Rights*, 2009 [non publié]

⁴³ Kirk Weir, « High Conflict Disputes: Evidence of the Extreme Unreliability of Some Children Ascertainable Wishes and Feelings », *Family Court Review*, 49:4, 2011, p. 788-800.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Carrie Brand, Greg Howcroft et Christopher Norman Hoelson, « The Voice of the Child in Parental Divorce: Implications for Clinical Practice and Mental Health Practitioners », *Journal of Child & Adolescent Mental Health*, 29:2, 2017, p. 169-178.

⁴⁶ Précité à la note 40.

distinctes de celles des adultes, et leur prise en compte peut contribuer à prendre de meilleures décisions judiciaires pour les enfants.

Des chercheurs signalent que les enfants considèrent généralement que leur participation aux services de justice familiale a procuré des avantages⁴⁷. L'inclusion du point de vue des enfants dans le processus décisionnel contribue directement à leur bien-être et à leur adaptation, et peut les aider à gérer plus efficacement les transitions liées à la séparation et au divorce⁴⁸. L'inclusion des enfants dans les décisions sur le plan parental peut aussi les aider à se sentir plus compétents et indépendants⁴⁹. Les thèmes les plus importants ressortant des recherches sont l'importance de tenir les enfants informés, de respecter leur point de vue, de les écouter et de les prendre en compte dans le processus décisionnel.

À l'inverse, le fait d'empêcher les enfants de participer de façon significative à la prise de décisions sur le plan parental peut avoir une incidence négative sur leur adaptation en général et sur leur compréhension du processus de séparation. Des recherches révèlent que lorsque les enfants sont exclus de la prise de décisions sur le plan parental, ils peuvent éprouver de plus grands sentiments de détresse, d'insécurité, de rejet et de colère⁵⁰. Les enfants signalent un sentiment d'impuissance attribuable à leur manque de contrôle et à leur apport limité concernant les décisions liées au divorce⁵¹. De nombreux enfants éprouvent une confusion du fait que leurs parents ne leur ont pas expliqué les décisions liées au divorce⁵².

Conseils des enfants

Le principal conseil des enfants à l'intention d'autres enfants vivant la séparation de leurs parents est le suivant : ne pas laisser leurs parents décider seuls des arrangements parentaux et parler à des adultes, y compris leurs parents, des professionnels de la santé et des professionnels du droit, de leurs désirs à l'égard du plan parental applicable après la séparation et le divorce. Des études révèlent que les enfants estiment que les autres enfants devraient être consultés et devraient avoir quelqu'un à qui parler de leurs problèmes d'adaptation (p. ex. parents, amis, conseiller, juge⁵³). Les enfants affirment qu'ils devraient participer à la prise de décisions, avoir l'occasion de donner leur point de vue et être en mesure de parler de leurs sentiments concernant la séparation et le divorce. Ils laissent aussi entendre que l'expression de leur point de vue ne devrait pas compromettre leur relation avec leurs parents.

⁴⁷ Précité à la note 6.

⁴⁸ Joan Kelly, « Psychological and Legal Interventions for Parents and Children in Custody and Access Disputes: Current Research and Practice », 10 *Va. J. Soc. Pol'y & L.*, 2002, p. 12.

⁴⁹ Précité à la note 46.

⁵⁰ Précité à la note 48.

⁵¹ Nancee, Biank et Catherine Ford Sori, « Encouraging Children's Stories of Divorce », 4 *Journal of Clinical Activities Assignments & Handouts in Psychotherapy Practice Assignments & Handouts in Psychotherapy Practice*, 2012, p. 15-40.

⁵² Wendy Sturgess, Judy Dunn et Lisa Davies, « Young Children's Perceptions of Their Relationships with Family Members: Links with Family Setting, Friendships, and Adjustment », *International Journal of Behavioral Development*, 25:6, 2001, p. 521-529.

⁵³ Précité à la note 36.

Les conseils des enfants à l'intention des professionnels travaillant avec des enfants à la suite d'une séparation sont les suivants : parler moins et écouter plus, et apprendre à connaître les enfants à l'extérieur du conflit parental, y compris apprendre à connaître leurs passe-temps et leurs intérêts. Les enfants veulent aussi obtenir davantage de rétroaction sur ce qui se passe dans le processus décisionnel concernant les plans parentaux⁵⁴.

Résumé

Ce chapitre fait un survol de l'expérience d'enfants qui ont donné leur point de vue dans des affaires de droit de la famille. Les enfants expriment de plus en plus le désir de donner leur point de vue dans le cadre des processus décisionnels en matière de justice familiale ayant une incidence fondamentale sur leur vie après la séparation. Les recherches soulignent l'importance de tenir compte du point de vue des enfants, de leur donner l'occasion d'exprimer leur point de vue et d'accorder une importance suffisante au point de vue des enfants en fonction de leur âge, de leur stade de développement et de leur capacité à prendre des décisions les touchant. Le chapitre suivant porte sur les différentes méthodes qui ont été conçues au Canada et à l'étranger pour tenir compte du point de vue des enfants dans les services de justice familiale.

Chapitre 4 : Méthodes d'intégration du point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille

Les méthodes d'intégration du point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille sont très variées dans le cadre du litige; elles varient de services externes au processus judiciaire (p. ex. services de médiation incluant les enfants) jusqu'à des méthodes intégrées dans le contexte du litige (p. ex. entretiens avec un juge). La conception de méthodes d'intégration du point de vue des enfants dans la totalité du processus juridique contribue à mettre l'accent sur les nombreux services offerts aux enfants pendant que leurs parents naviguent dans le système de justice familiale. Les services offerts tout au long du processus contribuent aussi à cerner les différentes occasions d'exprimer un point de vue et des préférences concernant les décisions relatives au plan parental qui sont offertes aux enfants, et à en tenir compte. Cet ensemble de services souligne les lacunes dans les services visant à tenir compte du point de vue des enfants dans le cadre d'une séparation ou d'un divorce.

L'étude des occasions d'intégrer le point de vue des enfants dans l'ensemble du processus juridique crée un cadre permettant d'examiner non seulement les occasions d'entendre le point de vue des enfants dans les tribunaux, mais aussi les occasions d'accorder une plus grande importance à leur point de vue plus rapidement après la séparation et plus tôt dans le processus. Ce ne sont pas tous les parents qui régleront leurs différends par l'entremise du système de justice familiale, et on s'efforce actuellement de faire sortir rapidement les familles du système judiciaire afin qu'elles utilisent des services de règlement des différends sans l'intervention des tribunaux⁵⁵. Comme la grande majorité des parents qui se séparent règlent leurs différends relatifs au plan parental sans

⁵⁴ Bessner, Ronda, *Le point de vue des enfants dans les procédures en matière de divorce, de garde et de droit de visite*, Ottawa (Ontario), ministère de la Justice, Canada, 2002, 2002-FCY-1F.

⁵⁵ Michael Saini, Rachel Birnbaum, Nicholas Bala et Brenden McLarty, « Understanding Pathways to Family Dispute Resolution and Justice Reforms: A Court File Analysis & Survey of Views of Professionals in Ontario », *Family Court Review*, 54:3, 2016, p. 382-397.

l'intervention importante d'un tribunal et comme ils règlent généralement leurs différends dans l'année suivant la présentation de la demande initiale aux tribunaux⁵⁶, le fait de prévoir uniquement des méthodes judiciaires pour tenir compte du point de vue des enfants empêche de nombreux enfants de voir leur point de vue pris en compte dans les décisions relatives au plan parental.

Bien qu'on accorde beaucoup moins d'attention aux occasions d'entendre le point de vue des enfants plus rapidement dans le processus (surtout en raison du fait que la jurisprudence est plus précise sur l'aspect juridique du point de vue des enfants), il importe d'examiner les possibilités d'entendre le point de vue des enfants tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du processus judiciaire. Pour soutenir le point de vue des enfants au sein du processus judiciaire et à l'extérieur de celui-ci, il convient d'étudier les différentes méthodes d'intégrer le point de vue des enfants dans un éventail de services, de processus à l'extérieur des tribunaux à des méthodes intégrées dans le contexte des litiges.

Méthodes d'inclusion des enfants à l'extérieur du processus judiciaire

Bien que les approches externes au processus judiciaire permettant d'intégrer le point de vue des enfants ne fassent pas directement partie du système de justice familiale, il convient de s'y intéresser, car la majorité des enfants n'auront pas l'occasion de parler à un juge, à un avocat, à un médiateur rattaché à un tribunal ou à un professionnel de la santé mentale de leur point de vue sur le plan parental⁵⁷. Lorsque les parents ne participent pas directement au processus de justice familiale pour régler leurs différends parentaux, il se peut que les enfants n'aient pas l'occasion de s'exprimer dans le processus décisionnel.

Discussion entre les enfants et leurs parents

Les problèmes liés au droit de la famille peuvent être réglés de différentes façons, et les tribunaux ne sont pas la seule avenue pour les parents. Certains considèrent que les ententes et les processus de règlement des différends hors cours constituent la méthode privilégiée pour régler les conflits parentaux, et que les processus judiciaires de règlement des différends sont utiles, mais pas toujours nécessaires⁵⁸. Les écrits traitent peu de la meilleure façon d'inclure le point de vue des enfants dans les décisions lorsque des parents s'entendent sur des plans parentaux à l'extérieur du tribunal.

Les enfants expriment leur désir de participer à la prise de décisions rapidement au cours du processus de divorce, y compris au moment où les parents décident de se séparer⁵⁹. Pour certains enfants, particulièrement lorsque leurs parents règlent leurs conflits à l'extérieur du système judiciaire, c'est en discutant avec leurs parents qu'ils peuvent avoir l'occasion de donner leur avis sur le plan parental et d'exprimer leur point de vue et leurs préférences.

⁵⁶ Mary Allen, *Le profil des causes de droit de la famille visant les enfants portées devant les tribunaux civils*, 2013, <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2013001/article/11781-fra.htm>.

⁵⁷ Précité à la note 55.

⁵⁸ Peter Salem et Michael Saini, « A Survey of Beliefs and Priorities About Access to Justice of Family Law: The Search for a Multidisciplinary Perspective », *Family Court Review*, 55:1, 2017, p. 120-138.

⁵⁹ Précité à la note 36.

Il existe plusieurs enjeux liés au fait que les enfants expriment leur point de vue à leurs parents. La plupart des enfants signalent que leurs parents ne leur offrent pas une possibilité suffisante de participer aux conversations sur les plans parentaux à la suite de la séparation⁶⁰. Des études portant sur le point de vue des enfants à la suite de la séparation de leurs parents révèlent que les enfants ne reçoivent pas un soutien adéquat pendant la séparation de leurs parents et ne reçoivent pas d'explications suffisantes sur ce qui se produit au sein de leur famille, et que la plupart ne donnent pas leur avis sur les décisions relatives au plan parental⁶¹. Il se peut que les parents ne soient pas prêts sur le plan émotif à écouter ce que leurs enfants ont à dire, car il s'avère que les parents voient leur compétence parentale diminuer à la suite d'une séparation⁶². Il se peut que la sensibilité et la disponibilité émotionnelles des parents à l'égard de leurs enfants soient moindres pendant cette période⁶³. Il est aussi possible qu'un parent continue de blâmer l'autre parent pour la rupture familiale, et formule des commentaires négatifs sur l'autre parent, ce qui a une incidence sur la proximité de l'enfant avec ses parents et son degré de satisfaction envers eux-ci⁶⁴. Lorsqu'un enfant est au milieu du conflit de ses parents, il peut se sentir dépassé et éprouver de la culpabilité.

Les enfants peuvent être encore plus au milieu du conflit de leurs parents si ceux-ci décident de s'adresser aux tribunaux pour régler des différends et utilisent le point de vue de leurs enfants pour faire valoir leurs arguments en cour. Dans les affaires de cette nature, les tribunaux ont souligné la possibilité que les parents aient un intérêt substantiel à représenter faussement le point de vue de leur enfant ou à exercer des pressions sur l'enfant pour que celui-ci exprime un certain point de vue. Comme la cour l'a souligné dans l'affaire *M(DG) v M(KM)*⁶⁵, puisque les parents « ont manifestement un intérêt personnel dans l'issue des procédures », les tribunaux devraient faire preuve de prudence lorsqu'un parent rapporte le point de vue de son enfant. En outre, certains tribunaux peuvent mettre en doute le point de vue d'un enfant lorsque celui-ci ressemble trop à celui d'un parent dans le litige, et leur accorder moins d'importance dans cette situation, car ils considèrent que cela révèle que le point de vue de l'enfant est influencé indûment par celui de son parent⁶⁶.

La plupart des provinces et des territoires du Canada offrent des programmes d'éducation aux parents qui se séparent et qui divorcent afin qu'ils obtiennent des renseignements, acquièrent des compétences et participent à des activités de développement qui les aideront à mieux gérer la rupture familiale et à se concentrer sur les besoins de leurs enfants. Très peu de ces programmes sont en fait axés sur la façon de parler avec les enfants de leur point de vue sur les questions relatives au plan parental tout en les protégeant du conflit. Par exemple, le programme Parenting After Separation offert en Colombie-Britannique⁶⁷ vise à aider les parents à prendre des décisions prudentes et éclairées sur leur séparation et à veiller à ce que ces décisions soient fondées sur

⁶⁰ Judith Cashmore et Patrick Parkinson, « Children's and Parents' Perceptions on Children's Participation in Decision Making after Parental Separation and Divorce », 46 *Family Court Review*, 2008, p. 91-104.

⁶¹ M. Gollop, A.B. Smith et N.J. Taylor, « Children's Involvement in Custody and Access Arrangements », *Child and Family Law Quarterly*, 12:4, 2000, p. 396-399.

⁶² Michael Saini, « Reconceptualizing High-Conflict Divorce as a Maladaptive Adult Attachment Response », *Families in Society: The Journal of Contemporary Social Services*, 93:3, 2012, p. 173-180.

⁶³ Katie E. Sutherland, Shannon Altenhofen et Zeynep Biringen, « Emotional Availability during Mother-Child Interactions in Divorcing and Intact Married Families », *Journal of Divorce & Remarriage*, 53:2, 2012, p. 126-141.

⁶⁴ Tamara D. Afifi et Tara McManus, « Divorce Disclosures and Adolescents' Physical and Mental Health and Parental Relationship Quality », *Journal of Divorce & Remarriage*, 51:2, 2010, p. 83-107.

⁶⁵ 2000 ABQB 593, paragr. 24. [traduction]

⁶⁶ *Milliker v Milliker*, 2005 SKQB 455, paragr. 32.

⁶⁷ *Parenting After Separation*, <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/life-events/divorce/family-justice/who-can-help/pas>.

l'intérêt supérieur de l'enfant. On ne mentionne pas si les parents sont informés de la meilleure façon d'écouter leurs enfants à la suite de la séparation.

Enfants exprimant leur point de vue à des professionnels

Lorsque les enfants ne sont pas à l'aise de parler à leurs parents de leur expérience relative à la séparation et de donner leur avis sur le plan parental, ils peuvent s'adresser à des professionnels. Par exemple, des recherches récentes mentionnent que des enfants parlent avec leurs enseignants et des professionnels de la santé mentale de leur point de vue et de leurs préférences concernant les modalités du plan parental. Il se peut que les enseignants ne soient pas les adultes les mieux placés pour écouter les enfants qui expriment leur point de vue sur les plans parentaux, car les recherches révèlent que les membres du personnel des écoles sont souvent mal outillés pour écouter les enfants parler de la séparation de leurs parents. Ils n'ont souvent pas l'expertise nécessaire pour aiguiller les enfants vers les services appropriés⁶⁸. Les enseignants peuvent être exposés à des enjeux juridiques et éthiques lorsqu'ils travaillent en collaboration avec des élèves et leur famille, et de nombreux ne souhaitent pas être impliqués dans les questions relatives à la garde des enfants⁶⁹.

Le rôle des professionnels de la santé mentale (p. ex. travailleurs sociaux préposés à la protection de la jeunesse, thérapeutes) dans l'écoute du point de vue des enfants sur les ententes postérieures au divorce prend de plus en plus d'importance⁷⁰. Cependant, il se peut que les professionnels de la santé mentale n'aient pas la formation nécessaire pour travailler avec des enfants à la suite d'une séparation et d'un divorce. Par exemple, un sondage mené récemment auprès des travailleurs sociaux préposés à la protection de la jeunesse en Ontario a révélé qu'ils se sentent souvent obligés de choisir un camp dans les conflits des parents et de fermer leur dossier sans tenir compte du point de vue des enfants dans ces conflits⁷¹.

L'encadrement des parents, un service spécialisé, est offert depuis peu aux parents qui se séparent et qui divorcent par une personne qui agit à titre d'enseignant averti et d'expert-conseil auprès des parents. Le responsable de l'encadrement des parents, généralement un professionnel de la santé mentale, a habituellement des connaissances spécialisées sur les effets de la rupture familiale, des connaissances sur le système juridique et les compétences nécessaires pour offrir un encadrement efficace⁷². Lorsque l'encadrement des parents comporte des structures d'intégration des enfants, ceux-ci participent généralement et reçoivent des renseignements instructifs et du soutien pour exprimer leur point de vue à leurs parents.

⁶⁸ Linda Mahony, Kerryann Walsh, Joanne Lunn et Anne Petriwskyj, « Teachers Facilitating Support for Young Children Experiencing Parental Separation and Divorce », *Journal of Child and Family Studies*, 24:10, 2015, p. 2841-2852.

⁶⁹ C. E. Hatton, *The Experiences of School Counselors with Court Involvement Related to Child Custody*, 2015, accessible à partir de PsycINFO (1694709828; 2015-99131-088).

⁷⁰ C. van Nijnatten et E. Jongen, « Professional Conversations with Children in Divorce-Related Child Welfare Inquiries », *Childhood: A Global Journal of Child Research*, 18:4, 2011, p. 540-555.

⁷¹ Michael Saini, Tara Black, Elizabeth Godbout et Sevil Deljavan, « Feeling the Pressure to take Sides: A Survey of Child Protection Workers' Experiences about Responding to Allegations of Child Maltreatment within the Context of Child Custody Disputes », 96 *Children and Youth Services Review*, 2019, p. 127-133.

⁷² Lindsey N. Plante, *Ending in A Way that Allows for New Beginnings: A Divorce Coaching Curriculum*, 2014, Massachusetts School of Professional Psychology, Ann Arbor.

Il existe aussi une variété de programmes offerts aux enfants touchés par une séparation et un divorce, et la plupart d'entre eux visent à donner aux enfants l'occasion d'exprimer leur point de vue et leurs besoins dans le contexte du conflit de leurs parents lié à la séparation et au divorce. Ces programmes ne semblent pas être offerts à grande échelle au Canada⁷³, et ils n'offrent pas aux enfants la possibilité de donner leur avis sur les décisions relatives au plan parental.

Services de médiation incluant l'enfant

La participation des enfants à la médiation, un processus de règlement des différends visant à aider les parents à régler leurs conflits, varie beaucoup d'une région à l'autre du Canada, même au sein d'une même province et d'un même territoire. De nombreuses provinces canadiennes offrent désormais des services de médiation aux parents qui se séparent ou divorcent pour aider les familles à régler hors cours des questions relatives au plan parental.

La médiation incluant les enfants fait participer les enfants au processus de règlement des différends familiaux. Par exemple, dans un modèle, un spécialiste pour enfants participe au processus afin de discuter avec l'enfant pour comprendre ses besoins affectifs et lui permettre d'exprimer ses désirs⁷⁴. Le spécialiste pour enfants participe ensuite aux séances de médiation avec les parents et donne le point de vue de l'enfant sur les questions le concernant sans exposer l'enfant à cette séance et sans exiger que les parents modifient la séance en raison de la présence de l'enfant⁷⁵.

Les commentateurs et les chercheurs sont divisés sur la question de savoir si, et comment, les enfants devraient participer aux séances de médiation de leurs parents sur les questions relatives au plan parental. Les personnes en faveur de la participation des enfants font valoir que lorsque les enfants participent, ils ont un sentiment de contrôle sur leur destin, ont un endroit où ils peuvent exprimer et gérer des sentiments qu'ils n'exprimeraient pas nécessairement à leurs parents, et ont la possibilité de savoir ce qui se produit⁷⁶. Les personnes s'opposant à la participation des enfants font valoir qu'il est dans l'intérêt supérieur des enfants de ne pas participer à la médiation, car cela place les enfants au milieu du conflit de leurs parents et leur impose la responsabilité de prendre des décisions d'adultes⁷⁷.

Les recherches en sciences sociales révèlent que la participation des enfants à la médiation peut avoir une incidence positive sur les résultats de la médiation, y compris des ententes prévoyant un temps de parentage accru pour les parents non gardiens et davantage de dispositions concernant les communications⁷⁸. Selon certaines recherches, lorsque les parents et les enfants participent à des séances de médiation incluant les enfants, ils estiment que les enfants ressentent du soulagement, se

⁷³ O'Connor, précité à la note 1.

⁷⁴ Jennifer McIntosh, « Child-Inclusive Divorce Mediation: Report on a Qualitative Research Study », *Mediation Quarterly*, 18:1, 2000, p. 55-69.

⁷⁵ Stacey Platt, « Set another Place at the Table: Child Participation in Family Separation Cases », 17 *Cardozo*, 2016, p. 749-765.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Robert Emery, « Children's Voices: Listening—and Deciding—is an Adult Responsibility », 45 *Ariz. L. Rev.*, 2003, p. 621.

⁷⁸ R. H. Ballard, « A Randomized Controlled Trial of Child Informed Mediation », 2013, accessible à partir de ProQuest Dissertations & Theses Global: Health & Medicine; ProQuest Dissertations & Theses Global: Social Sciences. (1425265132).

sentent plus légers, ont un point de vue plus clair et vivent l'expérience d'être entendus⁷⁹. Il a aussi été conclu que la médiation incluant les enfants diminue le nombre de requêtes déposées au tribunal après le règlement définitif des questions abordées pendant la médiation⁸⁰.

La médiation incluant les enfants offre aux enfants dont les parents se séparent l'occasion d'être entendus. De plus, il s'agit d'une occasion essentielle pour les parents en conflit de se concentrer sur les besoins et les désirs de leurs enfants.

Lorsque la médiation donne de bons résultats, les avantages qu'elle procure sur le plan financier et émotionnel peuvent fort bien justifier les coûts supplémentaires liés à l'intégration des enfants dans le processus de médiation, car elle permet d'éviter des procès et des processus judiciaires longs, coûteux et profondément négatifs. Le fait d'offrir aux familles exposées à un conflit moindre la possibilité d'utiliser des services de médiation incluant les enfants peut aussi libérer les juges, de sorte que ceux-ci peuvent entendre et trancher uniquement les affaires les plus difficiles. Même lorsqu'aucun règlement n'est conclu, les enfants profitent de leur participation au processus de médiation, car ils savent que leurs parents se soucient de la façon dont ils se sentent et tentent de régler leurs conflits pacifiquement. Parmi les inconvénients de la médiation incluant les enfants, mentionnons l'instabilité du financement gouvernemental soutenant ces programmes. La participation des enfants au processus de médiation peut aussi faire monter le coût de la médiation compte tenu des frais supplémentaires associés à la participation d'un spécialiste pour enfants qui discute avec les enfants, puis présente un compte rendu au médiateur⁸¹.

Méthodes incluant les enfants qui sont rattachées à un tribunal

Beaucoup de méthodes incluant les enfants qui sont rattachées à un tribunal visent principalement à aider le tribunal à prendre une décision, et non à permettre aux enfants de contribuer à la prise de décisions de concert avec leurs parents. Plusieurs études pilotes menées au Canada et à l'étranger ont été conçues afin de mieux tenir compte du point de vue des enfants dans le contexte des conflits judiciaires concernant les plans parentaux. De nombreuses semblent prometteuses, mais une évaluation approfondie est nécessaire pour évaluer l'incidence d'écouter les enfants et d'intégrer leur point de vue dans la résolution des conflits sur les plans parentaux.

Entretiens incluant les enfants

Dernièrement, les tribunaux de la famille australiens ont élaboré un nouveau service destiné à intégrer le point de vue des enfants dans la résolution des conflits de leurs parents au début du processus judiciaire. Dans le cadre des entretiens incluant les enfants, les parents et les enfants rencontrent un intervenant familial, des travailleurs sociaux qualifiés ou des psychologues, conformément à une ordonnance du tribunal, en l'absence d'avocat. Les entretiens incluant les

⁷⁹ Précité à la note 74.

⁸⁰ B. N Rudd, R. K. Ogle, A. Holtzworth-Munroe, A. G. Applegate et B.M. D'Onofrio, « Child-Informed Mediation Study Follow-Up: Comparing the Frequency of Relitigation Following Different Types of Family Mediation », *Psychology, Public Policy and Law*, 21:4, 2015, p. 452-457.

⁸¹ Précité à la note 75.

enfants visent à permettre au tribunal de comprendre la situation familiale, particulièrement l'expérience que vivent les enfants⁸².

Conformément à ce modèle, l'intervenant familial effectue un entretien avec chaque parent et avec les enfants, puis formule des suggestions sur les éléments à prendre en compte pour les enfants dans l'objectif d'aider le tribunal. L'intervenant familial offre aussi aux parties la possibilité de discuter des modalités relatives aux enfants et de négocier leur propre entente. Dans le cadre de ce processus, l'intervenant familial discute d'abord avec les adultes, puis avec les enfants, de ce qui s'est produit et de ce qui compte pour eux. Après avoir rencontré les enfants, il peut donner une rétroaction aux parents en ce qui concerne le point de vue et les préférences des enfants.

Les entretiens incluant les enfants existent uniquement en Australie et ont été élaborés par des professionnels de la santé mentale rattachés à des tribunaux qui avaient très peu de directives sur le plan législatif et réglementaire. Bien qu'il n'existe à notre connaissance aucun entretien incluant les enfants au Canada, une recherche menée récemment en Australie⁸³ décrit de façon détaillée comment cette solution pourrait être mise en œuvre efficacement. Selon les résultats obtenus à partir d'un petit échantillon, les intervenants familiaux mettent en équilibre le droit de l'enfant d'être entendu et la responsabilité d'assurer la sécurité de l'enfant et la défense de l'intérêt supérieur de l'enfant. En outre, les intervenants familiaux laissent entendre que pour écouter réellement le point de vue de l'enfant, celui-ci doit jouer un rôle plus important dans la détermination de ce qui est dans son intérêt supérieur et dans la décision de savoir quelles questions le touchent. Les intervenants familiaux ont déclaré qu'ils s'étaient interrogés sur l'importance que le tribunal pouvait accorder au point de vue d'un enfant dans la prise d'une décision.

Selon ces conclusions, les entretiens incluant les enfants pourraient servir de cadre pour orienter le rôle des intervenants familiaux ou d'autres professionnels semblables au sein des processus de justice familiale au Canada. Les entretiens incluant les enfants semblent offrir un modèle important d'inclusion du point de vue des enfants dans les services judiciaires et sont susceptibles d'offrir aux enfants la possibilité de contribuer de façon significative à la prise de décisions sur le plan parental tout en protégeant leur sécurité et leur relation avec leurs parents. Cependant, il faudrait effectuer des recherches au Canada dans le cadre d'un projet pilote pour déterminer si les entretiens incluant les enfants sont adaptés aux services de justice familiale actuels.

Désignation d'un avocat pour les enfants

Les provinces offrent différentes options en ce qui concerne la représentation des enfants. L'Ontario dispose de la méthode la plus complète pour représenter les enfants, par l'entremise du Bureau de l'avocat des enfants, qui a le pouvoir de trancher les questions relatives à la garde et au droit de visite. À l'Île-du-Prince-Édouard, aucune loi ne régit la représentation des enfants dans les affaires de droit de la famille, mais il existe un bureau de l'avocat des enfants. Au Québec, les enfants ont le droit d'être entendus, c'est-à-dire qu'un avocat sera désigné pour les enfants dès qu'ils souhaitent se prévaloir de ce droit. En Nouvelle-Écosse, les ressources permettant de désigner un avocat pour les

⁸² Family Court of Australia, *Child Inclusive Conferencing Fact Sheet*, (s.d.), <http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/reports-and-publications/publications/child+dispute+services/child-inclusive-conferences>.

⁸³ Vicki Banham, Alfred Allan, J. Bergman et Jasmin Jau, « Acknowledging Children's Voice and Participation in Family Courts: Criteria that Guide Western Australian Court Consultants », *Social Inclusion*, 5:3, 2017, p. 155-163.

enfants sont limitées. Ces observations sont en comparaison avec l'Alberta, le Québec, le Nouveau-Brunswick, le Nunavut et le Yukon, qui n'ont pas de bureau gouvernemental équivalent et qui désignent des avocats de l'aide juridique pour les enfants au besoin. En Colombie-Britannique, les enfants ne sont pas considérés comme des parties aux fins de l'aide juridique et, par conséquent, il leur arrive plus souvent de faire l'objet d'une évaluation que d'être représentés pleinement.

Selon des études menées au Canada et à l'étranger, la plupart des enfants appuient l'idée d'être représentés par un avocat en cour. La plupart des enfants sont satisfaits de leur représentation juridique, car ils estiment que leurs avocats sont neutres, objectifs et dignes de confiance⁸⁴. En revanche, d'autres études ont révélé que le fait de parler à des avocats ne procure aucun avantage aux enfants, car les enfants estiment que la représentation se rapprochait surtout d'une intervention et que les discussions ressemblaient à des interrogatoires⁸⁵.

Comme il existe au Canada différentes possibilités en ce qui concerne la désignation d'un avocat pour un enfant, les tribunaux ont eu aussi adopté des approches différentes. Par exemple, dans la décision *Collins v Petric* de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, la cour énonce trois situations dans lesquelles il n'est pas nécessaire de désigner un avocat pour un enfant, à savoir : une évaluation complète a été effectuée; la désignation d'un avocat retarderait considérablement la procédure; l'arrivée d'une nouvelle partie pourrait perturber l'enfant⁸⁶.

Dans l'arrêt *F(M) c L(J)*, la Cour d'appel du Québec a affirmé que si un enfant est assez mature pour avoir une opinion, soit un seuil peu élevé, son avocat a l'obligation de défendre sa position⁸⁷. La désignation d'un avocat ne peut pas être liée au litige entre les parties. Autrement, on craint avec raison que le représentant de l'enfant ne soit pas neutre à l'égard des intérêts des parents.

Lorsque les enfants ont leur propre avocat, celui-ci peut leur expliquer les procédures judiciaires, y compris les issues possibles de l'affaire, ce qui fait partie des avantages de la représentation juridique des enfants. La représentation juridique des enfants peut aider officieusement les parents à régler des différends et à recentrer leur attention sur les besoins des enfants. Parmi les inconvénients de la représentation juridique des enfants, mentionnons que certains enfants ne sentent pas que le fait de discuter avec un avocat leur procure des avantages et qu'ils préféreraient plutôt que les problèmes familiaux demeurent au sein de la famille. En outre, certains enfants réagissent mal aux échanges avec leur avocat⁸⁸. Il importe aussi de souligner que le coût élevé de la représentation juridique et que les ressources et les fonds publics limités pour soutenir ces programmes limitent le nombre d'enfants pouvant avoir accès à ces services.

Entretien avec les enfants dans le cadre d'évaluations du plan parental

Un moyen beaucoup moins direct d'intégrer le point de vue d'un enfant dans un processus judiciaire est d'avoir recours à un évaluateur du plan parental privé ou désigné par le tribunal. Cet évaluateur effectue une évaluation complète du plan parental et produit un rapport à l'intention du tribunal.

⁸⁴ Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « The Child's Perspective on Legal Representation: Young Adults Report On Their Experiences with Child Lawyers », *Revue canadienne de droit familial*, 25:1, 2009, p. 11-71.

⁸⁵ Alan Campbell, « For Their Own Good: Recruiting Children for Research », *Childhood*, 15:1, 2008, p. 30-49.

⁸⁶ [2003] W.D.F.L. 328, paragr. 19.

⁸⁷ [2002] R.J.Q. 676, paragr. 35.

⁸⁸ Précité à la note 75.

Des psychiatres, des psychologues, des travailleurs sociaux et d'autres professionnels de la santé mentale font régulièrement de telles évaluations des plans parentaux.

Il existe différents modèles au Canada pour répartir les coûts liés à l'évaluation des plans parentaux. Par exemple, en Nouvelle-Écosse, les coûts de ces évaluations sont répartis entre le tribunal, le ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse et les parents si ceux-ci gagnent plus de 20 000 \$ par année⁸⁹. Au Manitoba, des rapports d'évaluation du plan parental sont fournis gratuitement par Conciliation familiale, une division de Services à la famille et Logement⁹⁰. En Ontario, les évaluations du plan parental peuvent être effectuées soit gratuitement par le gouvernement, soit contre rétribution par un évaluateur du secteur privé.

Le principal objectif d'inclure un entretien avec l'enfant dans le rapport d'évaluation du plan parental consiste à aider les juges, les avocats et les familles en leur fournissant un avis d'expert sur l'ampleur du conflit entre les parents, le fonctionnement parental, la relation entre l'enfant et les parents et les besoins de l'enfant sur le plan du développement, ainsi que sur le plan social, émotionnel et éducatif à la suite d'une séparation et d'un divorce. Les entretiens avec les enfants sont considérés comme un élément essentiel de l'évaluation des plans parentaux, devancés uniquement par les entretiens avec les parents⁹¹.

Dans le cadre de l'évaluation des plans parentaux, le point de vue des enfants aide le tribunal à établir un plan parental. Le point de vue des enfants est l'un des principaux facteurs dont tiennent compte les recommandations de l'évaluateur en ce qui concerne le temps de parentage et la responsabilité décisionnelle. Il est aussi pratique courante d'accorder une plus grande importance au point de vue et aux préférences de l'enfant à mesure qu'il vieillit. L'arrêt *Alexander v Alexander* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique fournit un exemple de cette pratique. Dans cet arrêt, la cour s'est exprimée en ces termes : « Le moment vient cependant où, à l'approche de l'âge adulte, l'enfant capable de pensée responsable doit être tenu pour apte à décider de son propre avenir sur ce point déterminant. Du même coup, il doit assumer la responsabilité de ses propres actions⁹² ».

Dans l'arrêt *Kaplanis v Kaplanis*, la Cour d'appel de l'Ontario revient succinctement sur l'importance de l'âge : « Plus l'enfant est élevé, plus une ordonnance concernant la garde nécessite la coopération de l'enfant et la prise en compte de ses désirs⁹³ ». Ce principe est généralement accepté dans la jurisprudence canadienne⁹⁴; la principale exception est liée à la présence d'aliénation, qui peut l'emporter sur l'autonomie de l'enfant aux yeux du tribunal⁹⁵.

⁸⁹ Linda Tippett-Leary, *La voix de l'enfant au cours d'un procès*, ministère de la Justice Canada, 2017.

⁹⁰ *Family Conciliation Services*, https://www.gov.mb.ca/fs/childfam/family_conciliation.html.

⁹¹ James N. Bow et Francella A. Quinnell, « Psychologists' Current Practices and Procedures in Child Custody Evaluations: Five Years after American Psychological Association Guidelines », *Professional Psychology: Research and Practice*, 32:3, 2001, p. 261-268.

⁹² *Alexander v Alexander*, 1988 CanLII 338. [traduction]

⁹³ (2005) 249 DLR (4th) 620, paragr. 13. [traduction]

⁹⁴ *O'Connell v McIndoe*, [1998] B.C.J. No. 2392, paragr. 13; *C(AJ) v C(R)*, 2003 BCSC 664; *Ellis v Ismond*, [2000] O.J. No. 206; *Berman v Berman*, 2017 ONCA 905; *Roloson v Clyde*, 2017 ONSC 3642, paragr. 59; *Jackson v Jackson*, 2017 ONSC 1566, paragr. 65; *Kavaner v Jancsurak*, 2012 ONCJ 543, paragr. 29; *Lavallee v Moggy*, 2018 ONCJ 801, paragr. 140-1; *L(N) c M(RR)*, 2016 ONCA 915, paragr. 36; *Henderson v Winsa*, 2018 ONSC 3378.

⁹⁵ *G(L) v G(R)*, 2012 BCSC 1365, paragr. 270; *Fernandes v Vukovic*, [2006] W.D.F.L. 1155;

Williamson v Williamson, 2016 BCCA 87; *B(EM) v B(JR)*, 2016 BCPC 366, paragr. 160.

L'un des avantages de l'évaluation des plans parentaux réside dans le fait que les tribunaux estiment qu'il s'agit d'une solution viable pour connaître le point de vue des enfants, car elle permet au tribunal de prendre connaissance du point de vue et des préférences des enfants sans que ceux-ci soient exposés à toute la pression pouvant être associée à une comparution devant le tribunal⁹⁶. Généralement, l'évaluateur a une formation spécialisée qui lui permet de comprendre les enfants et les familles et de réaliser des entretiens avec ceux-ci. Comme les autres méthodes judiciaires d'intégration du point de vue des enfants, l'évaluation des plans parentaux peut faciliter un règlement entre les parents en conflit. En outre, l'évaluation d'un plan parental est plus susceptible d'être prise en compte et appliquée dans une plus grande mesure si elle comprend des citations textuelles de l'enfant⁹⁷. Le temps nécessaire à la réalisation d'une évaluation approfondie, qui peut retarder davantage le processus judiciaire, fait partie des contraintes liées à l'évaluation des plans parentaux. Le coût élevé de ces évaluations peut aussi faire en sorte qu'elles ne soient pas une solution viable pour la plupart des familles. En outre, l'importance accordée aux désirs d'un enfant dans une évaluation effectuée par un spécialiste sera déterminée par l'évaluateur; elle peut être entièrement prise en compte ou expliquée ou non, selon le point de vue et la pratique de l'évaluateur⁹⁸.

Rapports sur la parole de l'enfant

Un rapport sur la parole de l'enfant est une nouveauté qui permet à l'enfant d'exprimer son point de vue dans les conflits familiaux d'une façon relativement rapide et économique sans nécessairement inclure la participation d'un avocat ou une évaluation complète effectuée par un professionnel de la santé mentale. Bien que les rapports sur la parole de l'enfant ne soient pas appropriés dans tous les cas, leur utilisation devient de plus en plus courante au Canada, car leur préparation nécessite moins de temps que les évaluations exhaustives du plan parental et ils fournissent tout de même des renseignements essentiels sur l'enfant au tribunal⁹⁹. Ils ont été instaurés dans le cadre d'un projet pilote en Colombie-Britannique et leur utilisation est répandue partout au Canada. En 2016, la Fondation du droit de l'Ontario a réalisé un projet pilote afin de permettre aux tribunaux d'ordonner la production de rapports sur la parole de l'enfant, et a depuis intégré ces rapports dans les services offerts par le Bureau de l'avocat des enfants du ministère du Procureur général.

Les rapports sur la parole de l'enfant visent à offrir à l'enfant une occasion de s'exprimer sans que son point de vue fasse l'objet d'une évaluation. Il a été avancé que l'objectif du rapport sur la parole de l'enfant consiste à permettre à l'enfant de parler en toute franchise à un tiers neutre et qualifié

⁹⁶ *Woodhouse v Woodhouse*, [1996] W.D.F.L. 2137, paragr. 45; *Rockel v Kent*, 2011 ONSC 4034, paragr. 80; *Wilson v Wilson*, 1999 ABQB 786, paragr. 54-56.

⁹⁷ *Catholic Children's Aid Society of Toronto v R.(M.)*, [2003] O.J. No. 4385, paragr. 19.

⁹⁸ Précité à la note 75.

⁹⁹ La jurisprudence sur les rapports sur la parole de l'enfant augmente considérablement : *Svirsky v Svirsky*, 2013 ONSC 6290; *Svirsky v Svirsky*, 2013 ONSC 5564; *Walton v Sommerville*, 2010 ONSC 2765; *B.T.O. v A.A.*, 2013 ONCJ 708 (seule affaire en Ontario où un avocat a interrogé l'enfant); *Sheldrick v Bates*, 2015 ONSC 2337; *Vieira v Dos Santos Trillo* 2016 ONSC 8050; *Stacey v Stacey* 2017 ONSC 1226; *F.(V.) v. F.(J.)* 2016 CarswellOnt 21166, 2016 ONCJ 759, [2017] W.D.F.L. 1492, [2017] W.D.F.L. 1495; *Religa v Nesrallah*, 2017 ONSC 1491; *Neger v Dalfen*, 2016 ONCJ 751; *Peter Alexis Mills Henderson v Kelly Ann Winsa*, 2015 ONSC 6322; *Mitchell v Mitchell*, 2016 ONSC 8083; *F.(V.) v F.(J.)* 2016 CarswellOnt 21166, 2016 ONCJ 759, [2017] W.D.F.L. 1492, [2017] W.D.F.L.

sans qu'il subisse des pressions pour dire ce que les parents veulent entendre¹⁰⁰. Ce rapport contient uniquement des renseignements probants, et aucune opinion d'expert, car son seul objectif est de répéter le point de vue des enfants de façon structurée¹⁰¹. Pour rédiger ce rapport, on rencontre généralement l'enfant à deux reprises : l'enfant est conduit sur place par un parent la première fois, puis par l'autre la deuxième fois, et les propos qu'il tient constituent le fondement du rapport. Ces rapports sont généralement produits uniquement si les enfants ont au moins sept ans. Les tribunaux ont conclu qu'un rapport sur la parole de l'enfant est une solution de rechange viable aux entretiens des juges avec des enfants¹⁰².

En Ontario, une incertitude semble planer sur le pouvoir légal des tribunaux d'ordonner la production d'un rapport sur la parole de l'enfant. Plusieurs juges ont conclu qu'il n'existe aucun pouvoir légal d'ordonner la production d'un tel rapport¹⁰³. D'autres se sont appuyés sur le pouvoir énoncé à l'article 30 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, qui prévoit la réalisation d'évaluations du plan parental¹⁰⁴. Dans une affaire, un tribunal a conclu qu'il avait un pouvoir réglementaire, aux termes du paragraphe 20.1(3) des *Règles en matière de droit de la famille*, de nommer un expert responsable d'approfondir une question de fait se rapportant à une question juridique pertinente. Depuis que le rapport sur la parole de l'enfant a ce mandat, il a été conclu qu'il s'agit de la source de pouvoir¹⁰⁵.

La jurisprudence énonce certains critères sur la façon dont les juges devraient évaluer un rapport sur la parole de l'enfant. Dans l'affaire *D(KR) v K(CK)*, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a adopté les critères de Nicholas Bala pour l'évaluation de ces rapports, à savoir :

1. la capacité des deux parents de donner des soins adéquats;
2. la clarté et la non-ambivalence des souhaits exprimés par l'enfant;
3. le caractère informé des souhaits exprimés par l'enfant;
4. l'âge de l'enfant;
5. le degré de maturité de l'enfant;
6. la solidité du souhait;
7. la durée dans le temps de la préférence est exprimée;
8. les aspects pratiques;
9. l'influence des parents sur le souhait ou la préférence qu'exprime l'enfant;
10. le contexte général;
11. les circonstances entourant la préférence en question, du point de vue de l'enfant¹⁰⁶.

Les rapports sur la parole de l'enfant ont entre autres l'avantage d'être une méthode relativement rapide et efficace pour présenter le point de vue de l'enfant aux tribunaux, ce qui peut contribuer à la conclusion d'ententes respectant le point de vue de l'enfant¹⁰⁷ et fournir un aperçu précis de ce

¹⁰⁰ 2012 BCSC 282, paragr. 17.

¹⁰¹ *S(MA) v S(JS)*, 2012 NBBR 285, paragr. 44.

¹⁰² *R(BT) v A(U)*, 2014 BCSC 1012, paragr. 38.

¹⁰³ *Ibid.*, paragr. 21.

¹⁰⁴ *Religa v Nesrallah*, 2017 ONSC 1491, paragr. 12.

¹⁰⁵ *Gajda v Canepa*, [2018] O.J. No. 4534, 2018 ONSC 5154.

¹⁰⁶ 2013 NBQB 211, paragr. 142. [traduction]

¹⁰⁷ Rachel Birnbaum, Nicholas Bala et John-Paul Boyd, « The Canadian Experience with Views of the Child Report: A Valuable Addition to the Toolbox? », *International Journal of Law Policy and the Family*, 30:2, 2016, p. 158-178.

point de vue¹⁰⁸. Il peut être préoccupant que la production d'un rapport sur la parole de l'enfant soit ordonnée lorsqu'il est nécessaire d'analyser en profondeur un plan parental afin de tenir compte du point de vue de l'enfant relativement à l'intérêt supérieur de l'enfant, particulièrement lorsque le point de vue de l'enfant qui est rapporté est jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. C'est pourquoi les rapports sur la parole de l'enfant ne sont pas nécessairement appropriés dans les affaires hautement conflictuelles, les affaires de violence du partenaire intime, les affaires comportant l'abus d'alcool ou d'autres drogues, les affaires comportant des conflits de loyauté majeurs (p. ex. aliénation) et les affaires où la santé de l'enfant peut être menacée.

Droit collaboratif incluant l'enfant

Le droit de la famille collaboratif est un processus de règlement des différends juridiques axé sur le règlement dans le cadre duquel les parents et les avocats travaillent de concert pour régler le différend des parents. Les parents et leurs avocats s'entendent dès le départ sur le fait qu'ils ne s'adresseront pas aux tribunaux. Les parents participent à une démarche conjointe de résolution de problèmes au lieu d'utiliser le processus adversatif traditionnel¹⁰⁹. Si les parents souhaitent s'adresser aux tribunaux, les avocats des deux parents doivent se retirer de l'affaire¹¹⁰.

Il existe une nouvelle tendance en droit collaboratif, selon laquelle les parents et leurs avocats intègrent un spécialiste pour enfants au sein de l'équipe collaborative. Le spécialiste pour enfants est souvent un psychologue ou un travailleur social ayant des connaissances spécialisées sur les enfants, le développement des enfants, les relations familiales et le parentage. Au sein de l'équipe collaborative, le spécialiste pour enfants est un tiers neutre qui se concentre exclusivement sur le point de vue et les intérêts des enfants. Sa tâche dans l'équipe consiste à discuter avec les enfants, puis à faire un compte rendu à l'équipe collaborative pour veiller à ce que les intérêts des enfants soient pris en compte dans la résolution des problèmes relatifs au plan parental.

Comme le droit collaboratif et le recours à un spécialiste pour enfants sont des domaines de pratique relativement nouveaux au Canada, très peu de choses ont été écrites sur le recours au spécialiste pour enfants, les limites de cette méthode et le rôle de ce spécialiste dans le processus. Selon une étude portant sur le droit collaboratif en Colombie-Britannique, le recours à un spécialiste pour enfants au sein du processus collaboratif peut offrir aux enfants la possibilité de donner leur point de vue tout en assurant la sécurité des enfants. Plus précisément, lorsque le spécialiste pour enfants demeure neutre et défend uniquement les intérêts des enfants, il se trouve dans une position unique lui permettant de transmettre le point de vue des enfants aux parents et à leurs avocats de droit collaboratif d'une façon qui protège les enfants et réduit au minimum les conflits pouvant découler des propos des enfants¹¹¹.

¹⁰⁸ Rachel Birnbaum, « Views of the Child Reports: Hearing Directly from Children Involved in Post-Separation Disputes », *Social Inclusion*, 5:3, 2017, p. 148-154.

¹⁰⁹ Christopher M. Fairman, « Growing Pains: Collaborative Law and the Challenge of Legal Ethics », *Campbell Law Review*, 2008; *Ohio State Public Law Working Paper No. 109*, accessible à partir de SSRN, <https://ssrn.com/abstract=1026675>.

¹¹⁰ Birnbaum, précité à la note 1.

¹¹¹ M. Ledger, *The Best Interests of the Child and the Potential of Collaborative Family Law: A Critical Analysis of Collaborative Lawyers' Perspectives on Important Issues in Collaborative Law*, dissertation non publiée, 2017.

Les avocats de droit collaboratif signalent que les spécialistes pour enfants jouent un rôle important dans la réussite du processus. On a recours aux services de tels spécialistes surtout si les parents ont une divergence d'opinions sur des questions parentales, s'il existe des ententes parentales dysfonctionnelles, s'il existe des problèmes liés à l'aliénation parentale ou au comportement, ou si les parents comprennent mal le développement de l'enfant. Il serait utile d'effectuer des recherches sur la mesure dans laquelle l'intervention d'un spécialiste pour enfants dans un dossier entraîne une augmentation ou une baisse des coûts pour le client¹¹². Le droit collaboratif incluant les enfants est jugé moins coûteux que le processus de règlement d'un litige, mais des recherches sont nécessaires pour déterminer la mesure dans laquelle les parents considèrent que le droit collaboratif n'est pas une solution viable en raison de son coût élevé.

Entretiens des enfants avec un juge

À certains endroits, les juges peuvent désormais s'entretenir avec les enfants dans les affaires de droit de la famille pour connaître leurs désirs. Ces entretiens peuvent être effectués dans les chambres judiciaires (comme c'est souvent le cas au Québec), en l'absence des parents de l'enfant, et souvent, en l'absence des avocats des parents. Les termes « rencontre » et « entretien » du tribunal avec les enfants sont utilisés de façon interchangeable¹¹³. Peu d'auteurs établissent une distinction entre, d'une part, les « entretiens » effectués par le tribunal, qui peuvent permettre au juge d'obtenir des renseignements ou des idées qu'il peut utiliser pour prendre une décision, particulièrement en ce qui concerne le point de vue et les préférences d'un enfant, et d'autre part, une « rencontre » entre le juge et un enfant à une autre fin, comme pour répondre à des questions que peut avoir l'enfant ou pour informer l'enfant de la décision du tribunal¹¹⁴.

Les juges ont l'autorisation légale de rencontrer un enfant en droit de la famille partout au Canada. Dans certaines provinces, cette autorisation est énoncée explicitement, tandis qu'elle s'appuie sur la common law dans d'autres. En Ontario, l'article 64 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* prévoit explicitement que « (1) [...] le tribunal tient compte, si possible, du point de vue et des préférences de l'enfant dans la mesure où celui-ci peut les exprimer [...] (2) le tribunal peut s'entretenir avec l'enfant pour établir son point de vue et ses préférences¹¹⁵ ». La loi prévoit également que l'entretien doit être enregistré¹¹⁶. Il existe une disposition législative semblable à l'Île-du-Prince-Édouard, soit le paragraphe 8(2) de la *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, qui prévoit que « le tribunal peut avoir un entretien avec l'enfant pour déterminer le point de vue et les préférences de l'enfant¹¹⁷ ». Aussi, aux termes de la *Children's Law Act* en vigueur à Terre-Neuve-et-Labrador, un juge peut avoir un entretien avec un enfant pour déterminer son point de vue et ses préférences, l'entretien doit être enregistré sauf si toutes les parties et le juge en ont convenu autrement, et l'enfant a le droit d'être conseillé par son avocat et d'être accompagné par celui-ci au cours de l'entretien¹¹⁸.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « Judicial Interviews with Children in Custody and Access Cases: Comparing Experiences in Ontario and Ohio », *International Journal of Law, Policy and the Family*, 24:3, 2010, p. 300-337.

¹¹⁴ Dan Goldberg, *Judicial Interviews of Children in Custody and Access Cases: Time to Pause and Reflect*, 2017; Law Society of Upper Canada, *Voice of the Child Education Program*, 8 avril 2011, Toronto.

¹¹⁵ *Loi portant Réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1990, ch. C.12, par. 64(1) et (2).

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 64(3).

¹¹⁷ *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, RSPEI 1988, ch. C-33, art. 8. [traduction]

¹¹⁸ *Children's Law Act*, RSNL 1990 ch. C-13, par. 71(2) et (3).

Il n'y a pas de disposition législative semblable dans la plupart des autres provinces. Cependant, il existe en common law des précédents qui autorisent explicitement les entretiens avec un juge, comme *Jandrisch v Jandrisch*¹¹⁹ au Manitoba et *S(ME) v S(DA)*¹²⁰ en Alberta. Il importe cependant de souligner que le juge n'est pas tenu de mener un entretien; il a uniquement le pouvoir de le faire s'il estime que cela est approprié¹²¹. Les juges sont plus susceptibles de rencontrer les enfants s'il n'y a aucune évaluation du plan parental ni aucun rapport sur la parole de l'enfant ou si l'enfant n'est pas représenté, particulièrement s'il doit rendre sa décision rapidement¹²².

La jurisprudence comporte plusieurs mesures de protection en ce qui concerne la pratique des entretiens avec un tribunal. Si un avocat de l'enfant est désigné, celui-ci peut participer à la prise de la décision à savoir si un entretien avec un tribunal est conseillé. Il y a aussi la question de l'enregistrement de l'entretien. Bien que la nécessité d'enregistrer l'entretien soit énoncée dans les lois applicables à bien des endroits, dans certains cas, elle s'appuie sur la jurisprudence. Par exemple, dans l'arrêt *Jandrisch v Jandrisch*, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que bien que le juge de première instance ait le pouvoir discrétionnaire de s'entretenir avec l'enfant, si cet entretien contrevient aux droits des parties, il doit être enregistré pour faciliter toute procédure d'appel éventuelle.

En outre, dans l'arrêt *G(LE) v G(A)*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a établi un principe, maintenant largement appliqué dans cette province et dans certaines autres¹²³, selon lequel bien que le juge de première instance ait le pouvoir discrétionnaire de s'entretenir avec l'enfant s'il estime que cet entretien est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, cette technique devrait être utilisée uniquement au besoin, lorsqu'il n'existe aucun autre moyen approprié de connaître le point de vue et les préférences de l'enfant. Dans cet arrêt, la juge Martinson s'est exprimée ainsi :

Bien que le pouvoir discrétionnaire du tribunal de s'entretenir avec un enfant, même en l'absence de consentement, soit fondé sur la compétence *parens patriae* (un pouvoir inhérent d'agir dans l'intérêt supérieur des enfants) [...], il faut déterminer si un entretien avec un enfant est nécessaire. Pour ce faire, le tribunal doit se pencher sur les autres solutions possibles et sur le caractère approprié de celles-ci dans l'affaire dont il est saisi¹²⁴.

Ce principe a été approfondi dans *Ali v Williams*¹²⁵, qui laisse entendre que l'entretien du tribunal avec les enfants doit être compatible avec l'apparence de justice, en tenant compte du fait qu'il peut être inapproprié d'avoir recours à un tel entretien s'il risque de compromettre l'action en justice. La jurisprudence appuie aussi le droit de l'enfant de cacher le contenu d'un entretien avec le tribunal à

¹¹⁹ [1980] M.J. No. 6, paragr. 43.

¹²⁰ 2002 BCSC 1455, paragr. 4.

¹²¹ *Uldrian v Uldrian*, [1988] O.J. No. 1139.

¹²² Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « A Survey of Canadian Judges About Their Meetings With Children: Becoming More Common but Still Contentious », *Revue du barreau canadien*, 91:3, 2014, p. 637.

¹²³ *J(CJ) v J(A)*, 2016 BCSC 676; *Tonowski v Tonowski*, 2002 ABQB 1018; *CJA v EMA*, 2018 BCSC 2175.

¹²⁴ 2002 BCSC 1455, paragr. 4 et 50. [traduction]

¹²⁵ [2008] W.D.F.L. 2631, paragr. 51.

ses parents pour ne pas s'aliéner un parent ou l'autre¹²⁶. En outre, dans l'objectif de protéger les enfants, l'arrêt *S(ME) v S(DA)* rendu en Alberta laisse entendre que les tribunaux devraient s'entretenir avec les enfants uniquement lorsqu'il existe des motifs de croire que l'entretien ne comprend pas de renseignements qui devraient autrement faire partie de la preuve à un procès¹²⁷. Dans la décision *Ward v Swan* rendue récemment par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, le juge s'est exprimé ainsi :

À mon avis, il est inapproprié d'avoir recours aux entretiens avec un juge pour contester des éléments de preuve. Le préjudice causé aux parties en litige l'emporte largement sur toute valeur probante éventuelle [...] Je ne placerais pas l'enfant au cœur d'une tempête causée par les questions posées par le juge qui est susceptible de détruire les relations familiales au lieu de préserver la possibilité d'assurer la réintégration familiale¹²⁸.

La jurisprudence confirme également le pouvoir d'un juge de mener des entretiens. Ce principe a été appliqué récemment en Colombie-Britannique, dans les affaires *H(MA) v H(CM)*¹²⁹ et *Re L*¹³⁰, et en Ontario, dans l'affaire *Demeter v Demeter*¹³¹. Des juges ont aussi déjà laissé entendre que les entretiens menés avec des enfants plus âgés sont plus fructueux¹³², car ces enfants peuvent fournir davantage de renseignements et apporter une contribution plus significative.

Bien que le bien-fondé et les risques des entretiens avec un tribunal ne fassent pas l'unanimité chez les professionnels et les commentateurs du milieu universitaire¹³³, il existe peu de données empiriques sur le point de vue des enfants et des parents en ce qui concerne les entretiens avec un tribunal. Selon les recherches en matière de sciences sociales menées à ce jour, la majorité des enfants ont indiqué qu'ils devraient être en mesure de discuter avec un juge s'ils le souhaitent¹³⁴. Voici des raisons pour lesquelles les enfants veulent parler avec le juge : faire connaître leur point de vue à la personne responsable de la prise de décision; permettre au juge de prendre une meilleure décision; être en mesure de faire connaître son point de vue en privé et confidentiellement; éviter que le juge interprète mal leurs désirs; l'importance de donner leur avis et d'être reconnus (même si le juge rend finalement une décision qui ne respecte pas leurs suggestions). Voici des raisons pour lesquelles les enfants ne veulent pas parler avec le juge : ils ont l'impression que cela est inapproprié ou inutile (sentiment généralement exprimé par les enfants touchés par les affaires non contestées); ils souhaitent que les affaires concernant la famille demeurent au sein de la famille; ils ont peur ou sentent que cette solution est trop officielle¹³⁵.

¹²⁶ *Andrusiek v Andrusiek*, 2002 BCCA 161, paragr. 21-22.

¹²⁷ 2001 ABQB 1015, paragr. 54. Ce principe est aussi appliqué dans *B(GE) v B(PA)*, 2002 ABQB 476.

¹²⁸ 2009, 95 OR (3d) 475 (Cour suprême de l'Ontario), paragr. 25. [traduction]

¹²⁹ 2008 BCPC 14, paragr. 20-21.

¹³⁰ [1999] B.C.J. No. 629, paragr. 11.

¹³¹ [1996] W.D.F.L. 2076.

¹³² *A(G) v B(K)*, 2014 ONSC 3913, paragr. 40.

¹³³ W. Dunbar, *Hearing a Child's Voice in Divorce: A Judge's Experience*, 2017, accessible à partir de PsycINFO (1884866874; 2016-53065-083).

¹³⁴ Rachel Birnbaum et Nicholas Bala, « Judicial Interviews with Children in Custody and Access Cases: Comparing Experiences in Ontario and Ohio », *International Journal of Law, Policy, and the Family*, 24:3, 2010, p. 300-337.

¹³⁵ Patrick Parkinson, Judy Cashmore et Judi Single, « Parents' and Children's Views on Talking to Judges in Parenting Disputes in Australia », *International Journal of Law, Policy, and the Family*, 21:1, 2007, p. 84-107.

Témoignage des enfants en cour (à titre de témoins)

En ce qui concerne le témoignage d'un enfant, celui-ci doit témoigner en personne dans la salle d'audience. Dans certains cas, il peut s'agir de la seule façon dont un tribunal peut faire respecter ses ordonnances et protéger les enfants contre les préjudices qu'ils pourraient subir ultérieurement. Il faut cependant prendre en considération des éléments particuliers comme le risque que le témoignage d'un enfant crée un conflit entre celui-ci et un de ses parents, voire les deux. L'enfant peut même être contre-interrogé par un parent ou l'avocat d'un parent, ce qui peut être une expérience traumatisante.

Dans toutes les provinces, il est possible qu'un enfant soit convoqué comme témoin. Par exemple, l'article 18 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario permet d'admettre le témoignage d'un enfant, même s'il ne comprend pas la nature d'un serment, mais qu'il comprend ce que dire la vérité signifie. Cependant, il arrive rarement que des enfants témoignent en audience publique dans le cadre de procédures de séparation ou de divorce, même si toutes les précautions ont été prises pour protéger l'enfant. Dans la plupart des cas, on estime que le fait de témoigner en cour est un fardeau trop lourd pour un enfant. C'est peut-être pour cette raison que lorsqu'un enfant livre un témoignage, une grande importance y est accordée¹³⁶. Le juge peut toujours empêcher un enfant de témoigner, même lorsque les parties, les avocats et l'enfant sont d'accord avec l'idée que l'enfant témoigne¹³⁷, si le juge estime que cela est approprié. Les tribunaux ont reconnu cette préoccupation. Dans la décision *Stefureak v Chambers*¹³⁸ rendue en 2004, la cour a relevé les « principaux obstacles à permettre à un jeune enfant de témoigner dans les affaires portant sur la garde d'enfants et le droit de visite [...] en raison de la formation insuffisante de la magistrature et du barreau sur la façon de poser des questions appropriées en fonction du stade de développement de l'enfant¹³⁹ ».

Le fait d'obliger un enfant à témoigner n'est pas nécessairement toujours dans l'intérêt supérieur de l'enfant s'il existe une quelconque indication qu'il prend le parti d'un parent, car cela peut faire subir une pression indue à l'enfant. Cette préoccupation est étudiée en profondeur dans la décision *Sparks v Sparks*, dans laquelle la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que « comme la cour doit éviter de placer les enfants dans une position où ils devraient choisir un parent plutôt qu'un autre », « toutes les autres solutions raisonnables devraient être examinées avant de donner suite à une telle demande¹⁴⁰ ». Dans le même ordre d'idées, des universitaires ont souligné que « comme les procédures en droit de la famille visent à promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant, il serait incompatible avec cet objectif de permettre à un enfant de participer aux procédures si cela lui était préjudiciable ou était préjudiciable à ses relations¹⁴¹ ».

Lorsque le témoignage éventuel d'un enfant n'apporte pas grande chose à l'affaire en question, il est peu probable que le juge fasse témoigner l'enfant. Il en est ainsi parce que « l'obligation de témoigner serait probablement traumatisante [...] et bien qu'il soit possible qu'elle ne cause pas de

¹³⁶ *A(M) v L(D)*, [2003] O.J. No. 4174, paragr. 34; *Kalaserk v Nelson*, 2005 NWTSC 4, paragr. 15-23.

¹³⁷ *Dudman v Dudman*, [1990] O.J. No. 3246; *S(ME) v S(DA)*, 2001 ABQB 1015.

¹³⁸ *Stefureak v Chambers*, [2004] O.T.C. 922, paragr. 56. [traduction]

¹³⁹ Ce principe est appliqué dans *Wilsonc v Wickham*, 2018 ONSC 2574, paragr. 30.

¹⁴⁰ *Sparks v Sparks*, [1994] A.W.L.D. 873, paragr. 4-5. [traduction]

¹⁴¹ Nicholas Bala, Victoria Talwar et Joanna Harris, « The Voice of Children in Canadian Family Law Cases », 24 *Canadian Family Law Quarterly*, 2005, p. 221. [traduction]

dommages à long terme, elle causerait néanmoins un véritable préjudice qui pourrait durer un certain temps¹⁴² ». Cela caractérise l'équilibre que les tribunaux tentent d'atteindre lorsqu'ils veulent connaître le point de vue des enfants tout en les protégeant des expériences traumatisantes qu'ils peuvent vivre. Ce principe établit aussi que du point de vue de l'enfant, dans la détermination de la question de savoir s'il faut admettre la preuve par oui-dire d'un enfant, il faut se demander si le fait de témoigner traumatisera l'enfant. Si c'est le cas, la preuve par oui-dire est plus susceptible d'être admise, car elle est plus nécessaire¹⁴³.

Cependant, il convient de souligner qu'il est beaucoup plus fréquent que les enfants témoignent en cour au Québec. L'article 34 du *Code civil du Québec* prévoit que « le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent¹⁴⁴ ». Cela peut faire en sorte que des enfants âgés seulement de neuf ou dix ans aient la possibilité de témoigner plus souvent que dans d'autres provinces et territoires. Des modifications peuvent être apportées pour les enfants, car le tribunal examine les questions qui seront posées aux enfants, et il arrive qu'on invite les parents à sortir de la salle d'audience et qu'on ne leur remette pas une copie de la transcription¹⁴⁵.

Dans le domaine des sciences sociales, de plus en plus d'écrits sur les conséquences psychologiques et physiologiques d'une comparution devant le tribunal appuient la modification des procédures applicables dans une salle d'audience. Il existe divers moyens de diminuer le stress que peuvent subir les enfants lorsqu'ils comparaissent en cour¹⁴⁶, comme leur permettre de tenir des objets les réconfortant ou d'être accompagnés par une personne de soutien pendant leur témoignage¹⁴⁷. Des recherches ont révélé une variabilité considérable des points de vue sur la compétence des enfants témoins et la nécessité d'appliquer des mesures de protection particulière pour ces témoins. Comme très peu de conflits familiaux sont réglés à l'issue d'un procès, le témoignage en cour est rarement utilisé pour entendre le point de vue des enfants; cette méthode demeure donc l'exception, et non la norme.

Occasions d'écouter le point de vue des enfants une fois l'ordonnance du tribunal rendue

Après que le tribunal a rendu une ordonnance définitive sur le temps de parentage et les responsabilités décisionnelles, certaines familles continuent d'avoir besoin de services liés à la justice familiale. De même, les parents ne devraient pas cesser d'écouter le point de vue de leurs enfants uniquement parce que le tribunal a rendu une décision définitive. Les occasions d'écouter le point de vue des enfants après le procès sont importantes, car les enfants continuent de se développer et de gagner en maturité pendant que la famille tente d'intégrer le nouveau régime. Des services spécialisés ont été établis partout au Canada pour travailler avec les familles une fois l'ordonnance du tribunal rendue afin de veiller à ce que les enfants demeurent en sécurité et à ce

¹⁴² *Collins v Petric*, [2003] W.D.F.L. 328, paragr. 32. [traduction]

¹⁴³ *Ward v Swan*, [2009] W.D.F.L. 2907, paragr. 13; *Avakian v Natiotis*, 2012 ONCJ 584, paragr. 28; *George v Nyugen*, 2017 ONCJ 161, paragr. 13, *Romero v Malecka*, 2018 ONCJ 128, paragr. 13.

¹⁴⁴ *Code civil du Québec*, 1991, c. 64, a. 33; 2002, c. 19, art. 34.

¹⁴⁵ Précité à la note 141.

¹⁴⁶ Susan McDonald, *Projet de loi C-2, loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) : revue de la jurisprudence et des perceptions des juges*, ministère de la Justice Canada, 2017, <http://publications.gc.ca/site/fra/9.639071/publication.html>.

¹⁴⁷ R.H. Pantell, « The Child Witness in the Courtroom », *Pediatrics*, 139:3, 2017, p. 4008.

que les parents respectent les exigences de l'ordonnance, et de faciliter la mise en œuvre de modifications mineures en fonction de l'évolution des besoins de la famille.

Coordination parentale incluant l'enfant

La coordination parentale est une forme de résolution des conflits axée sur les parents séparés qui demeurent déchirés par un conflit et continuent d'éprouver de la difficulté à appliquer les ordonnances du tribunal et les plans parentaux¹⁴⁸. Les coordonnateurs parentaux peuvent être des avocats ou des professionnels de la santé mentale dont la tâche consiste à apaiser le conflit entre les parents et à garder le conflit à l'extérieur de la salle d'audience. La coordination parentale gagne en popularité en Amérique du Nord, et bien qu'il y ait encore peu de recherches sur son efficacité, la littérature révèle des résultats prometteurs, y compris la réduction du nombre de familles se trouvant dans une situation hautement conflictuelle¹⁴⁹, la diminution des dépôts au tribunal¹⁵⁰ et la réduction du temps que consacrent les tribunaux à la gestion de ces affaires¹⁵¹.

La pratique d'inclure les enfants dans le processus de coordination parentale est relativement nouvelle et est susceptible d'offrir aux enfants davantage d'occasions de voir leur point de vue pris en compte dans les décisions relatives au plan parental. L'écoute du point de vue des enfants aide les parents à régler leurs différends relatifs à l'enfant et réduit les conflits parentaux. Dans le cadre d'un projet pilote réalisé dans la région de Montréal¹⁵², dix familles se trouvant dans une situation hautement conflictuelle ont reçu gratuitement des services de coordination parentale incluant les enfants. Selon l'évaluation du programme, les enfants ont signalé une diminution de l'intensité du conflit entre leurs parents au cours de la période de coordination parentale. Environ la moitié des enfants ont donné des exemples d'améliorations dans leur vie, qui se rapportaient principalement à la communication entre leurs parents. Les enfants qui ont évalué négativement le processus ont indiqué qu'ils ne s'étaient pas sentis écoutés par le coordonnateur parental et avaient l'impression que celui-ci n'était pas neutre.

Malgré les avantages perçus de la coordination parentale incluant les enfants, il n'existe pas de consensus sur la question de savoir si les enfants devraient avoir leur mot à dire dans la coordination parentale. Dans les lignes directrices sur la coordination parentale publiées par l'Association of Family and Conciliation Courts en 2005, les directives sur l'inclusion des enfants sont vagues et la décision de les inclure revient au coordonnateur parental.

Joan Kelly, une pionnière dans le domaine de la coordination parentale, a souligné l'importance de rencontrer les enfants dans le cadre du processus de coordination parentale, mentionnant de

¹⁴⁸ Michelle Mitcham-Smith et Wilma J. Henry, « High-Conflict Divorce Solutions: Parenting Coordination as an Innovative Co-Parenting Intervention », *The Family Journal*, 15:4, 2007, p. 368-373.

¹⁴⁹ Wilma J. Henry, Linda Fieldstone et Kelly Bohac, « Parenting Coordination and Court Relitigation: A Case Study », *47 Family Court Review*, 2009, p. 682-697.

¹⁵⁰ Wilma J. Henry, Linda Fieldstone, Maryann Thompson et Kimberly Treharne, « Parenting Coordination as an Antidote for High-Conflict Divorce and Court Relitigation », *Journal of Divorce & Remarriage*, 52:7, 2011, p. 455-471.

¹⁵¹ Karey O. Brewster, Connie J.A. Beck, Edward R. Anderson et G. Andrew H. Benjamin, « Evaluating Parenting Coordination Programs: Encouraging Results from Pilot Testing a Research Methodology », *Journal of Child Custody*, 8:4, 2011, p. 247-267.

¹⁵² Catherine Quigley et Francine Cyr, « Children's Perspectives on Parenting Coordination: Insights from the Montreal Parenting Coordination Pilot Project », *Journal of Child Custody: Research, Issues, and Practices*, 14:2-3, 2017, p. 151-174.

nombreux avantages, dont le renforcement du pouvoir des enfants et l'efficacité accrue de l'intervention. Pour bénéficier des avantages éventuels, on peut approfondir les recherches et développer la pratique de la coordination parentale. Par exemple, des recherches et des directives relatives à la pratique pourraient traiter de l'absence de formation et des normes quant à l'expérience nécessaire pour s'entretenir avec des enfants à titre de coordonnateur parental. En outre, des questions demeurent sur le coût de cette option de paiement à l'acte offerte aux familles pour gérer les exigences de leur ordonnance du tribunal, qui peut faire en sorte que la coordination parentale ne soit pas une option pour la majorité des Canadiens.

Le point de vue des enfants dans les services relatifs à l'accès surveillé

Les services de visite surveillés, aussi appelés services d'échange et d'accès surveillé ou services de contact pour les enfants, sont offerts par l'entremise d'une variété de programmes distincts dans le monde. Tous ces services ont le même objectif, soit de faciliter le contact entre les parents et leurs enfants. Les visites surveillées permettent aux parents de voir leur enfant sous la supervision de fournisseurs de services formés dans un endroit sûr et neutre. Les services d'échange surveillé permettent à un parent de laisser l'enfant dans un endroit neutre où le récupérera l'autre parent pour passer du temps avec lui à l'extérieur de ces locaux et sans supervision, sans que les parents aient à se rencontrer¹⁵³. Bien que les services gouvernementaux d'accès surveillé ne soient pas offerts partout au Canada, ces services servent à prévenir les mauvais traitements infligés aux enfants, à réduire le risque de préjudice pour les deux parents et les enfants, à améliorer la relation entre les parents et l'enfant, et à fournir un compte rendu détaillé des observations effectuées au cours de la visite¹⁵⁴.

On suppose que la majorité des services d'échange et d'accès surveillé procure aux enfants l'avantage de passer du temps avec leurs deux parents¹⁵⁵. Cependant, il existe peu d'études empiriques dans le cadre desquelles les enfants ont été consultés directement pour étudier leur expérience et leur compréhension des services d'échange et d'accès surveillé. Des études ont révélé que les enfants ne sont généralement pas au courant des décisions sur les services surveillés, ce qui peut créer une ambivalence quant à l'utilisation de ces services¹⁵⁶. En fait, la plupart des enfants ont signalé que la décision d'utiliser des services surveillés a été prise sans qu'on leur demande leur avis, et de nombreux n'ont reçu aucun renseignement sur les services surveillés avant la première visite. Par conséquent, de nombreux enfants ont signalé qu'ils étaient perplexes quant aux motifs justifiant l'utilisation des services surveillés, et la plupart des enfants ont indiqué qu'ils ne sentaient pas qu'ils pouvaient parler à leurs parents ou aux membres du personnel de leurs sentiments et de leurs expériences concernant l'utilisation des services surveillés¹⁵⁷.

¹⁵³ Michael Saini, Melissa Van Wert et Jacob Gofman, « Parent-Child Supervised Visitation within Child Welfare and Custody Dispute Contexts: An Exploratory Comparison of Two Distinct Models of Practice », *Children and Youth Services Review*, 34:1, 2012, p. 163-168.

¹⁵⁴ Wendy P. Crook et Karen Oehme, « Characteristics of Supervised Visitation Programs Serving Child Maltreatment and Other Cases », *Brief Treatment and Crisis Intervention*, 7:4, 2007, p. 291-304.

¹⁵⁵ Rachel Birnbaum et Romona Alaggia, « Supervised Visitation: A Call for A Second Generation of Research », *Family Court Review*, 44:1, 2006, p. 119-134.

¹⁵⁶ Grania Sheehan, Australia Attorney-General's Department et Griffith University, Socio-Legal Research Center, *Children's Contact Services Expectations and Experience: Final Report*, Canberra, Attorney-General's Department, 2005, <http://nla.gov.au/nla.arc-52122>.

¹⁵⁷ Robert Fitzgerald et Ann Graham, « "Something Amazing I Guess": Children's Views on Having a Say About Supervised Contact », *Australian Social Work*, 64:4, 2011, p. 487-501.

Résumé des méthodes

L'étude des occasions d'intégrer le point de vue des enfants dans l'ensemble du processus juridique crée un cadre permettant d'examiner deux types de méthodes, y compris les occasions d'entendre le point de vue des enfants dans les tribunaux (p. ex. méthodes d'inclusion des enfants qui sont rattachées à un tribunal) et les occasions d'entendre leur point de vue au début du processus de justice familiale (méthodes d'inclusion des enfants à l'extérieur du processus judiciaire). Il n'existe aucune méthode adaptée pour toutes les façons dont les parents et les enfants peuvent régler des conflits parentaux. Il importe d'évaluer les besoins de la famille au début du processus judiciaire pour utiliser des méthodes précises afin d'accorder une plus grande importance au point de vue des enfants tout en aidant les parents à régler leurs différends relatifs au plan parental sans l'intervention prolongée d'un tribunal.

L'examen des méthodes décrites ci-dessus révèle qu'il faut réfléchir à la meilleure façon d'intégrer le point de vue des enfants aux approches non adversatives afin qu'ils puissent participer plus pleinement à la prise des décisions sur le plan parental même si les parents arrivent à s'entendre à l'extérieur des tribunaux. Pour les familles qui n'arrivent pas à régler seules leurs problèmes relatifs au plan parental et ont besoin de l'aide du tribunal, différentes solutions sont offertes pour entendre le point de vue des enfants et l'intégrer dans la décision du tribunal. La méthode choisie pour l'enfant dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont il sera question dans les chapitres subséquents.

Chapitre 5 : Prévalence des méthodes incluant les enfants en droit de la famille

Des sondages menés récemment auprès de professionnels ont permis de recenser les méthodes utilisées pour intégrer le point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille. Un sondage en ligne mené récemment auprès de professionnels dans l'objectif d'obtenir leur avis sur les divers services offerts dans les tribunaux et sur les questions relatives à l'accès à la justice a révélé que les avocats préféraient généralement connaître le point de vue et les préférences des enfants dans le cadre de l'évaluation du plan parental, ce qui porte à croire que les rapports contribuent à régler des affaires qui auraient autrement pu être soumises à un tribunal. Cette pratique peut éviter aux familles d'avoir à composer avec le coût élevé d'un procès et ses lourdes conséquences sur le plan émotif¹⁵⁸.

En 2016, l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille a mené un sondage auprès d'avocats et de juges du Colloque national sur le droit de la famille, qui a révélé que les juges (35,9 %) sont proportionnellement beaucoup plus nombreux que les avocats (19,7 %) à demander souvent ou presque toujours le point de vue des enfants qui sont en cause dans un dossier de droit de la famille qu'ils traitent. Le sondage a aussi révélé que la façon dont le point de vue de l'enfant est présenté le plus souvent par la plupart des avocats est le rapport d'évaluation préparé par un professionnel en santé mentale (62,9 %); viennent ensuite la représentation de l'enfant par un avocat

¹⁵⁸ Bertrand, précité à la note 1.

(46,6 %) et le rapport non évaluatif préparé par un avocat ou un professionnel en santé mentale (41,0 %) ¹⁵⁹.

Un sondage a été effectué récemment auprès des juges afin de connaître leur avis sur les meilleurs mécanismes permettant aux enfants d'exprimer leur point de vue. Le sondage a révélé que la majorité des juges (85 %) considéraient que le rapport sur la parole de l'enfant préparé par un professionnel de la santé mentale était le meilleur mécanisme, suivi par un rapport d'évaluation du plan parental préparé par un professionnel de la santé mentale (70 %). La représentation de l'enfant par un avocat (65 %) et un rapport non évaluatif sur la parole de l'enfant préparé par un professionnel de la santé mentale ou du droit (60 %) faisaient aussi partie des meilleurs mécanismes selon la majorité des juges. Seulement un cinquième des répondants (20 %) ont indiqué que l'entretien d'un juge avec l'enfant était l'un des meilleurs mécanismes, et seulement un juge (5 %) estimait que la représentation de l'enfant par une personne autre qu'un juriste faisait partie des meilleurs mécanismes. Aucun juge n'estimait qu'une disposition législative prévoyant que les parents devraient consulter respectueusement leurs enfants pour prendre des arrangements parentaux à la suite de la séparation faisait partie des meilleurs mécanismes pour permettre aux enfants d'exprimer leur point de vue ¹⁶⁰.

Les juges ont aussi été invités à indiquer les méthodes que le tribunal utilisait pour permettre aux enfants d'exprimer leur point de vue. La majorité des juges a répondu que les méthodes suivantes étaient utilisées dans leur tribunal : représentation de l'enfant par un avocat (100 %); rapport sur la parole de l'enfant (95 %); évaluation du plan parental (90 %); témoignage d'un professionnel de la santé mentale ou d'un travailleur social qui s'est entretenu avec l'enfant (80 %). Un peu plus de la moitié des juges ont répondu qu'un entretien du juge avec l'enfant (55 %) et que le témoignage d'autres adultes connaissant l'enfant (comme un parent ou un enseignant) concernant les désirs de l'enfant étaient utilisés dans leur tribunal. Relativement peu de répondants ont affirmé que le témoignage de l'enfant en cour (15 %) ou une médiation volontaire incluant l'enfant et ses parents (15 %) étaient utilisés par le tribunal, et seulement un juge a indiqué que la médiation obligatoire incluant l'enfant et ses parents (5 %), la représentation de l'enfant par une personne autre qu'un juriste (5 %) et une disposition législative obligeant la prise en compte du point de vue des enfants (5 %) étaient des mécanismes utilisés dans leur tribunal ¹⁶¹.

Bien que la réalisation d'un sondage auprès des professionnels du droit pour connaître les méthodes qu'ils utilisent constitue une étape importante pour estimer la fréquence d'utilisation des différentes méthodes, il faut faire preuve de prudence pour évaluer l'utilisation réelle de ces différentes méthodes d'intégration du point de vue des enfants ¹⁶². Une étude menée récemment au moyen de 2 000 dossiers du tribunal clos au Québec et en Ontario a révélé qu'on avait utilisé les services offerts pour soutenir le point de vue des enfants, y compris la représentation de l'enfant par un

¹⁵⁹ J. Paetsch, J. Bertrand, J. Walker, L. MacRae et N. Bala, *Consultation of the Voice of the Child at the 5th World Congress on Family Law and Children's Rights*, National Judicial Institute and Canadian Research Institute for Law and the Family, 2009.

¹⁶⁰ Bertrand, précité à la note 1.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Précité à la note 55.

avocat et l'évaluation du plan parental, dans un petit pourcentage seulement des dossiers du tribunal en droit de la famille¹⁶³.

Malgré la sensibilisation accrue à la nécessité de tenir compte du point de vue et des préférences des enfants dans la prise de décisions sur leurs modalités de vie¹⁶⁴ et malgré l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant de l'Organisation des Nations Unies, il n'existe aucune méthode systématique pour assurer la prise en compte du point de vue des enfants. En outre, il n'y a pas de consensus sur la façon dont le point de vue des enfants devrait être entendu, et il existe encore un débat sur les forces et les limites des différentes approches nouvellement utilisées pour intégrer le point de vue des enfants dans les processus de justice familiale. Par conséquent, bien que l'intégration du point de vue des enfants dans les processus de justice familiale demeure importante et qu'il existe de nombreuses méthodes facilitant l'intégration de leur point de vue en justice familiale, il reste encore beaucoup d'occasions de faire des recherches et de développer des pratiques à ce sujet.

Chapitre 6 : Décisions concernant l'utilisation de méthodes incluant les enfants

Compte tenu de la sensibilisation accrue à la nécessité de tenir compte du point de vue et des préférences des enfants à la suite d'une séparation et d'un divorce, plusieurs méthodes et approches ont été analysées dans les écrits du domaine des sciences sociales et dans la jurisprudence canadienne comme des occasions prometteuses d'inclure le point de vue des enfants dans la prise de décisions les touchant. Ces approches offrent divers niveaux de participation des enfants dans le processus décisionnel aux différentes étapes que franchissent les parents dans le système de justice familiale.

On accorde de plus en plus d'importance à l'écoute du point de vue des enfants à l'extérieur des tribunaux. Les principales méthodes d'inclusion du point de vue des enfants dans le système de justice familiale au Canada demeurent rattachées à des tribunaux, y compris les évaluations de la garde d'enfants, les rapports sur la parole de l'enfant, la désignation d'un avocat représentant l'enfant et les entretiens avec un juge. On estime que ces méthodes aident le tribunal à prendre une décision sur l'intérêt supérieur de l'enfant et à veiller à ce que le point de vue des enfants soit pris en compte dans ces décisions. En outre, la prise en compte du point de vue des enfants dans les tribunaux est confirmée par des dispositions législatives en droit de la famille en vigueur dans presque la totalité des provinces et des territoires canadiens; ces lois prévoient explicitement qu'il faut tenir compte du point de vue des enfants pour prendre des décisions fondées sur l'« intérêt supérieur de l'enfant ». Elles comportent aussi souvent une condition, comme « dans la mesure où cette opinion peut être raisonnablement déterminée », ou compte tenu de l'âge et de la maturité de l'enfant¹⁶⁵.

Un arbre décisionnel est fourni pour examiner les différentes options concernant l'inclusion du point de vue des enfants en fonction de la jurisprudence et des recherches effectuées dans le domaine des sciences sociales. Il s'agit d'un outil destiné à aider les professionnels de la santé

¹⁶³ Les dossiers ont été choisis au hasard et sortis par le personnel du tribunal. Les dossiers devaient avoir été clos en octobre 2011 ou après, et concernaient au moins un enfant.

¹⁶⁴ Précité à la note 2.

¹⁶⁵ Nicholas Bala et Rachel Birnbaum, « Rethinking the Role of Lawyers for Child: Child Representation in Canadian Family Relationship Cases », *Les Cahiers de Droit*, 59:4, 2018, p. 787-829.

mentale et du droit à examiner les différentes options tout au long du processus judiciaire et les occasions d’inclure le point de vue des enfants dans ces approches (voir [la figure 1](#)).

Lorsqu’on utilise l’arbre décisionnel, il est nécessaire d’envisager tous les types de méthodes qui ont été élaborées ou qui sont mises en œuvre actuellement pour comprendre le point de vue des enfants. La première question de l’arbre décisionnel devrait consister à savoir si la famille participe à un processus judiciaire. Si les parents ne participent pas à un processus judiciaire, il peut s’avérer plus difficile d’intégrer le point de vue des enfants dans les plans parentaux les touchant. Lorsqu’aucun tribunal n’intervient, il faut accorder une attention particulière à la situation pour comprendre et évaluer le niveau de risque auquel sont exposés les enfants lorsqu’ils racontent leur histoire et leurs expériences, et expriment leur point de vue. Les enfants doivent être en mesure d’exprimer leur point de vue sans être au cœur de conflits de loyauté entre leurs parents qui se séparent et sans les exposer au risque de nuire à leur relation avec un de leurs parents.

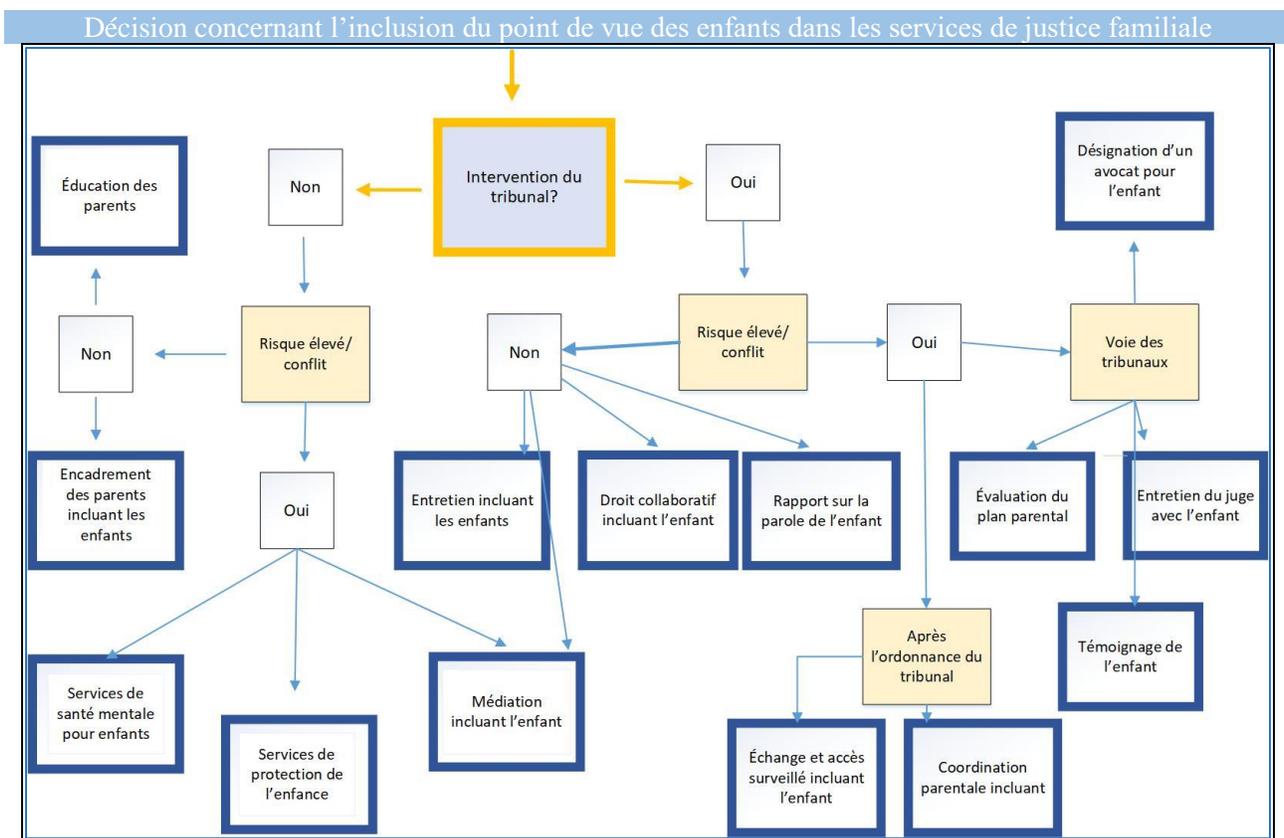


Figure 1 : Arbre décisionnel pour la sélection d’une méthode d’inclusion du point de vue de l’enfant

Il faut protéger les enfants des problèmes pouvant découler de l’incapacité ou du manque de volonté de leurs parents de les écouter. Des programmes d’éducation des parents et des services d’encadrement des parents incluant les enfants devraient être offerts pour mieux aider les parents à écouter leurs enfants et à discuter avec eux de la façon dont ils vivent la séparation. Il faut aussi écouter les enfants donner leur point de vue sur les questions relatives au plan parental pouvant affecter leur quotidien. Les professionnels qui travaillent auprès des enfants après une séparation et

un divorce devraient savoir si les familles participent à un processus judiciaire et si les enfants ont eu l'occasion d'exprimer leur point de vue sur les décisions relatives au plan parental qui les touchent. Lorsque des professionnels (p. ex. services spécialisés dans la santé mentale des enfants, travailleurs sociaux préposés à la protection de la jeunesse) s'impliquent, il est important qu'ils demeurent neutres aux différends parentaux tout en offrant aux enfants un cadre sûr où ils peuvent raconter leurs expériences.

Lorsqu'un conflit oppose les parents ou lorsque les parents se trouvent dans une situation hautement conflictuelle, les parents devraient offrir à leurs enfants l'occasion de parler avec un professionnel de la santé mentale. Ces professionnels peuvent écouter les enfants à l'extérieur du processus judiciaire et ont l'occasion de discuter avec eux de leur point de vue sur la séparation de leurs parents, des possibilités relatives au parentage et des frustrations qu'ils peuvent éprouver du fait qu'ils sont pris dans le conflit de leurs parents.

Les professionnels de la santé mentale peuvent également travailler en collaboration avec les parents pour faciliter le maintien de relations parent-enfant saines après la séparation et pour élaborer des stratégies d'adaptation. Les parents qui n'arrivent pas à régler leurs différends parentaux peuvent aussi envisager l'utilisation de services de médiation pour les aider à le faire à l'extérieur du processus judiciaire. Les parents devraient envisager la possibilité de s'adresser à un médiateur qui applique un modèle de médiation incluant les enfants pour assurer la participation des enfants à ce processus.

Pour les familles s'adressant aux tribunaux, on a établi des méthodes spécialisées d'inclusion des enfants et du soutien législatif pour leur application. Cependant, il faut évaluer la situation au cas par cas pour déterminer la méthode qui est susceptible d'aider le mieux un enfant en particulier à raconter ses expériences afin que la méthode choisie soit adaptée aux besoins uniques de l'enfant en question.

Lorsqu'une famille s'adresse à un tribunal, qu'elle a un conflit de moindre envergure et qu'il est peu probable qu'un conflit de loyauté oppose l'enfant à ses parents, il peut être possible d'utiliser un rapport sur la parole de l'enfant ou un principe du droit collaboratif afin d'offrir aux enfants l'occasion de raconter leur vécu. Bien qu'il ne soit actuellement pas offert au Canada, le modèle australien d'entretiens incluant les enfants est susceptible d'offrir aux enfants l'occasion de discuter avec un spécialiste pour enfants de leur point de vue et de leurs expériences concernant les décisions relatives au plan parental.

Les rapports sur la parole de l'enfant sont un moyen peu coûteux de prendre connaissance de l'expérience des enfants et de contribuer au plan parental. Pour que la rétroaction donnée aux parents sur le point de vue de leurs enfants soit significative, les parents doivent être prêts et disposés à accepter le point de vue de leurs enfants, et prêts à l'intégrer dans le plan parental.

Lorsqu'une famille ayant un conflit de moindre envergure s'adresse à un tribunal, il peut être utile que les parents utilisent les services de médiation et de règlement des différends familiaux offerts dès qu'ils entrent dans le système de justice familiale. Les processus de règlement des différends offrent souvent des moyens efficaces et rapides de créer un plan parental répondant aux besoins des enfants et intégrant le point de vue de ceux-ci dans le processus décisionnel. Lorsque les parents sont disposés à s'entendre, même lorsqu'ils se trouvent dans une situation hautement conflictuelle, l'occasion de rencontrer un médiateur qui utilise une approche incluant l'enfant peut offrir à la

famille la possibilité de régler le conflit et de s'entendre sur un plan parental tout en tenant compte du point de vue des enfants.

Lorsque la dynamique familiale comporte des risques accrus, y compris lorsqu'un enfant a été victime de mauvais traitements, lorsqu'un partenaire intime est victime de violence, ou en présence d'aliénation, les rapports sur la parole de l'enfant peuvent exercer une pression supplémentaire sur les enfants, car ils font en sorte qu'on accorde une trop grande importance au point de vue de l'enfant dans l'établissement du plan parental optimal. Lorsque des ressources sont accessibles, on devrait désigner un avocat pour les enfants afin que celui-ci représente leur point de vue dans l'action en justice. L'évaluation du plan parental peut aussi permettre aux enfants de faire part de leur expérience et d'exprimer leur point de vue sur le plan parental optimal, car ces évaluations comportent généralement l'examen systématique et détaillé des différents facteurs et points de vue sur le conflit, y compris les entretiens avec les enfants. L'évaluation du plan parental peut s'avérer particulièrement importante lorsqu'il faut tenir compte de questions cliniques (p. ex. abus d'alcool ou d'autres drogues, maladie mentale). L'évaluation du plan parental s'appuie généralement sur différentes sources de données, y compris les entretiens avec les enfants, afin que l'évaluateur puisse formuler des recommandations sur l'intérêt supérieur de l'enfant après avoir pris connaissance de son point de vue. Malgré les avantages de l'évaluation du plan parental pour les familles se trouvant dans une situation hautement conflictuelle, la réalisation d'une telle évaluation peut nécessiter beaucoup de temps et retarder ainsi le processus judiciaire. En outre, en raison des ressources limitées pour les évaluations financées par l'État, ces évaluations peuvent être trop coûteuses et ne pas constituer une option viable pour la plupart des familles.

Il peut s'avérer judicieux de réserver les entretiens avec un juge aux affaires qui passent à l'étape de la préparation au procès; le juge a alors l'occasion de parler avec l'enfant pour comprendre son point de vue et mieux connaître les facteurs de l'affaire pour déterminer s'il convient de tenir un procès, et si oui, à quel moment.

Comme très peu de familles demeurent engagées dans un litige pendant une longue période et comme de nombreuses familles règlent leurs différends dans l'année suivant le dépôt initial au tribunal, il est prévisible que le témoignage de l'enfant ne joue pas un rôle important dans la promotion de son point de vue. Malgré les nombreuses mesures mises en place pour protéger les enfants contre les défis liés à la présentation d'un témoignage en cour, le témoignage en cour d'un enfant devrait être considéré comme le dernier recours. Cette méthode devrait être utilisée uniquement lorsqu'aucune autre méthode d'inclusion du point de vue de l'enfant ne semble raisonnable afin de permettre à l'enfant de faire part de son expérience.

Lorsqu'un tribunal a rendu une ordonnance, la famille peut continuer de recevoir des services de justice familiale destinés à l'aider à respecter les attentes énoncées dans l'ordonnance. La coordination parentale incluant les enfants est une méthode de règlement des différends qui aide les familles à gérer leurs ordonnances du tribunal tout en intégrant le point de vue des enfants dans le processus de coordination parentale. Bien que les coordonnateurs parentaux n'utilisent pas tous une approche incluant les enfants, ceux qui le font peuvent offrir régulièrement aux enfants l'occasion d'exprimer leur point de vue et de signaler tout changement pendant qu'ils grandissent et évoluent au sein du plan parental.

Pour certains enfants, les services d'échange et d'accès surveillé sont le seul moyen sûr de conserver une relation avec un parent, particulièrement s'ils ont été victimes de violence ou de

mauvais traitements. La plupart des programmes qui offrent ces services ont des protocoles d'écoute du point de vue des enfants, qui s'appuient en partie sur les recherches menées récemment sur l'importance d'inclure le point de vue des enfants dans les programmes d'échange et d'accès surveillé. L'utilisation d'activités d'orientation des enfants au début de la prestation de ces services et la formulation d'une rétroaction constante s'appuyant sur la participation des enfants permettent aux enfants de prendre part à la prise de décisions sur la façon d'utiliser ces services et dans quel objectif.

Résumé

Compte tenu de la sensibilisation accrue à la nécessité de tenir compte du point de vue et des enfants dans la prise de décisions les touchant, il existe désormais une variété d'options permettant d'écouter le point de vue des enfants tant dans le cadre des services rattachés à un tribunal qu'avant l'arrivée des familles dans le système de justice familiale. Bien qu'il n'existe pas de solution universelle pour écouter le point de vue des enfants à la suite d'une séparation et d'un divorce, les professionnels de la santé mentale et du droit disposent de plusieurs options lorsqu'ils choisissent une méthode pour écouter le point de vue des enfants dans le système judiciaire et à l'extérieur de celui-ci.

L'examen de ces méthodes donne à penser qu'aucune approche ne garantit la prise en compte du point de vue des enfants dans la prise de décisions les touchant. Le choix de la méthode appropriée en fonction de la présence de la famille dans le système de justice familiale peut contribuer à faciliter la prise en compte du point de vue des enfants, car elle permet d'aiguiller les familles vers les services les mieux adaptés à leur situation. Il faut accorder une attention spéciale à la pertinence et à l'accessibilité de la méthode, y compris du revenu de la famille et du coût pouvant être lié à l'utilisation de ces approches. La prise en compte de ces facteurs est particulièrement importante lorsque les approches incluant les enfants comportent des frais supplémentaires liés à la participation d'un spécialiste pour enfants dans le cadre de méthodes traditionnelles (p. ex. le coût d'obtention des services d'un spécialiste pour enfants qui rencontrera l'enfant au cours d'une démarche de médiation incluant les enfants). Les autres facteurs dont il faut tenir compte comprennent l'âge de l'enfant et son stade de développement, y compris tout besoin spécial à combler pour lui permettre d'acquérir la capacité d'exprimer son point de vue sur le plan parental, l'envergure du conflit entre les parents et la question de savoir si l'enfant est capable d'exprimer librement son point de vue sans subir de pression de la part d'un parent.

Chapitre 7 : Analyse et répercussions

Bien que la majorité des enfants veuillent que leur point de vue soit pris en compte dans les décisions de droit familial les touchant, il a été conclu que les enfants ont des sentiments mitigés sur les méthodes utilisées pour inclure le point de vue (p. ex. entretien avec un juge, représentation par un avocat, etc.). L'intégration du point de vue des enfants dans les décisions de droit de la famille est incontestablement importante, mais il existe encore un débat important sur le rôle que jouent les professionnels du droit familial en la matière¹⁶⁶.

D'un point de vue stratégique plus large, les praticiens (du domaine de la santé mentale et du droit), les chercheurs et les analystes des politiques ont eu peu de discussions approfondies sur la question de savoir s'il est possible de faire participer plus efficacement les enfants à la prise de décisions découlant de la rupture de leurs parents, et si oui, de quelle manière. Seulement une fraction des couples qui se séparent et divorcent et qui entrent dans le système de justice familiale pour s'entendre sur la garde des enfants et le droit de visite voient leurs différends tranchés par un juge. La plupart des couples en conflit parviennent à un règlement soit par eux-mêmes, soit avec l'aide de médiateurs ou de conseillers. De nombreux couples qui parviennent à un règlement par eux-mêmes le font rapidement. La majorité des couples qui n'arrivent pas à s'entendre pendant la médiation ou qui n'ont pas recours à la médiation finissent par s'entendre avant la dernière audience. Cela se produit souvent après la réalisation d'une évaluation du plan parental et l'application des recommandations par les parents, parfois avec l'aide d'autres interventions offertes dans le cadre d'un programme judiciaire.

Il existe peu d'analyses et de recherches empiriques sur les meilleurs moyens : d'écouter et de comprendre les enfants provenant de cultures et de milieux différents, ou ayant des barrières linguistiques; d'utiliser d'autres formes de communication avec les enfants (c.-à-d. dessin, jeux, rédaction de lettres); d'éliminer les obstacles éventuels liés à l'apprentissage et au développement qui empêchent les enfants d'exprimer leur point de vue dans le processus décisionnel. De plus, la diversité accrue sur le plan ethnique et racial est l'un des changements sociodémographiques les plus importants qui touchent les familles nord-américaines à l'heure actuelle¹⁶⁷. Le niveau d'immigration élevé en provenance de divers pays¹⁶⁸ et les changements importants quant à la composition des familles transforment les notions de multiculturalisme, de services multilinguistiques et de respect des pratiques multireligieuses¹⁶⁹. L'immigration accrue au Canada complexifie la tâche de travailler avec des enfants et des familles d'origines culturelles diverses, car les enfants des familles immigrantes subissent généralement des malheurs supplémentaires découlant de la migration de leur famille et de leurs expériences d'acculturation. Cependant, dans les écrits sur le point de vue de l'enfant, très peu d'importance a été accordée aux questions se rapportant à la culture, à la religion et au sexe.

La participation des enfants et les méthodes destinées à inclure le point de vue des enfants dans le

¹⁶⁶ Nicholas Bala, Rachel Birnbaum et Lorne Bertrand, « Controversy about the Role of Children's Lawyers: Advocate or Best Interests Guardian? Comparing Practices in Two Canadian Jurisdictions with Different Policies for Lawyers », *Family Court Review*, 51:4, 2013, p. 681-697.

¹⁶⁷ G. Bhatia et M. Saini, « Cultural Dynamics of Divorce and Parenting », dans Leslie Drozd, Michael Saini et Nancy Olesen (dir.), *Parenting Plan Evaluations: Applied Research for the Family Court (2nd edition)*, New York New York, Oxford University Press, 2016.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

contexte du droit de la famille continuent d'être au centre des études. Il y a beaucoup d'écrits sur l'importance du point de vue de l'enfant et sur la consultation des enfants et des adolescents sur les enjeux qui les touchent particulièrement durant la séparation et le divorce.

Amélioration d'un système de justice familiale axé sur l'enfant

Pour intégrer de façon significative le point de vue des enfants dans le système de justice familiale, il faut que les deux parents et les professionnels de la justice familiale créent des occasions véritables et authentiques d'écouter les enfants et de les inclure dans le processus décisionnel. Le simple fait d'accroître l'accessibilité des méthodes visant à augmenter la participation des enfants dans les services de justice familiale n'aidera pas nécessairement les enfants à avoir davantage leur mot à dire dans les décisions les touchant sans un effort concerté pour examiner les différentes façons dont les familles peuvent utiliser le plus efficacement possible les processus à leur disposition à l'intérieur et à l'extérieur du système judiciaire¹⁷⁰. Cela permettra de veiller à ce que les enfants aient des occasions significatives d'exprimer leur point de vue et leurs préférences et de raconter leurs histoires sur l'incidence de la séparation et du divorce.

Il est possible de soutenir les approches de règlement hâtif des différends et les services qui ne sont pas rattachés à un tribunal afin d'offrir aux enfants davantage d'occasions d'exprimer leur point de vue sur les décisions relatives au plan parental.

Si un différend parental donne lieu à un procès, il revient au tribunal de prendre les décisions sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Les tribunaux pourraient par conséquent s'assurer que des mesures sont prises, le cas échéant, pour tenter de rendre des décisions sur les enfants représentant le mieux possible leur point de vue. Cela peut aider les tribunaux à prendre des décisions parfaitement éclairées. L'augmentation du nombre d'occasions offertes aux enfants d'exprimer leur point de vue aide les juges à prendre des décisions dans l'intérêt supérieur des enfants.

L'inclusion du point de vue des enfants dans les décisions sur la garde et le droit de visite est justifiable pour plusieurs motifs : la participation accrue des enfants est susceptible d'avoir une incidence positive sur ceux-ci; l'intégration du point de vue des enfants se traduira par des décisions judiciaires de meilleure qualité; les enfants ont clairement affirmé qu'ils veulent participer à la prise de décisions les touchant.

Pour écouter efficacement les enfants, il est primordial que les professionnels de la santé mentale et du droit travaillant en collaboration avec le système de justice familiale soient formés sur la façon d'écouter les enfants et de s'entretenir avec eux sur des questions relatives au droit de la famille. Tous les professionnels travaillant avec les enfants devraient avoir une formation suffisante pour comprendre le développement normal des enfants, les particularités des enfants ayant des besoins spéciaux, les répercussions de la culture, la capacité décisionnelle des enfants, l'incidence du conflit et l'existence d'un conflit de loyauté sur leur capacité à s'exprimer librement et de façon indépendante dans ces situations complexes.

¹⁷⁰ Précité à la note 40.

Considérations liées à la pratique

Les enjeux relatifs au point de vue des enfants tournent autour de questions visant à déterminer comment permettre aux enfants de participer aux actions en justice de façon à optimiser les chances que les décisions soient dans leur intérêt supérieur et à minimiser les chances que les décisions leur causent préjudice. Par exemple, les enfants sont exposés à des préjudices lorsqu'ils subissent des représailles de leurs parents ou lorsque leurs parents leur font sentir qu'ils sont les seuls décideurs et qu'ils sont responsables que tout fonctionne. Des considérations pratiques particulières tournent autour de la question de savoir quand, et si, les enfants devraient participer directement à l'action en justice (et si oui, à quelle partie). Une autre question consiste à savoir quand, et si, les enfants devraient être entendus indirectement par l'entremise d'un tiers indépendant, comme un médiateur, un évaluateur de garde ou un témoin expert, ou une tierce partie défendant l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il n'existe pas de « meilleure façon » d'entendre les enfants pendant le processus de justice familiale. Toutes les approches décrites ci-dessus ont leurs points forts et leurs points faibles. La méthode choisie tiendra compte d'un certain nombre de facteurs, comme les suivants : les enjeux du conflit de droit de la famille; les ressources accessibles et l'efficacité du système de justice; l'objectif de présenter les meilleurs renseignements possible au décideur; l'âge et la capacité de l'enfant; l'attitude de l'enfant; l'étape du processus (intérimaire ou finale); la nature du processus de règlement des différends (p. ex. médiation, négociation, litige); les préoccupations quant à l'équité pour les parties; les préoccupations quant à l'équité pour l'enfant; le cadre juridique; l'attitude des décideurs.

Les professionnels de la justice familiale peuvent encourager les parents à écouter le point de vue et les désirs de leur enfant, et à bien les connaître. En tant que parents, ils connaissent la façon de s'exprimer de leurs enfants, les vulnérabilités qu'ils peuvent avoir et leurs préoccupations. Comme il l'est mentionné ci-dessus, de nombreux parents arrivent à s'entendre d'eux-mêmes à la suite d'une séparation et d'un divorce, parfois grâce à des mesures de soutien supplémentaires qui les aident à assimiler l'information importante fournie par leurs enfants.

Facteurs que doivent prendre en compte les parents qui entendent le point de vue de leurs enfants

Pour que les parents écoutent activement leurs enfants pendant le processus de séparation et de divorce, ils doivent tous deux reconnaître et comprendre l'importance d'écouter leurs enfants sans exercer de pression sur ceux-ci pour qu'ils prennent un parti ou l'autre dans le conflit. Les parents devraient aussi se demander l'importance qu'ils souhaitent accorder au point de vue de l'enfant dans les décisions concernant le plan parental. Les parents doivent aussi manifester leur appui pour veiller à ce que le point de vue de leur enfant soit au moins un des facteurs déterminants dans la création du plan parental, car cela aura d'importantes répercussions sur l'enfant et sur le temps qu'il passera avec ses deux parents. Les parents doivent également rassurer leurs enfants sur le fait qu'ils ne seront pas obligés de prendre la décision définitive même s'ils donnent leur avis sur le plan parental. Ils doivent préciser à leurs enfants qu'ils tiendront compte de leur point de vue et de leurs préférences lorsqu'ils concevront le plan parental.

Les parents doivent également s'assurer d'écouter plus qu'ils ne parlent lorsqu'ils offrent à leurs enfants la possibilité de donner leur avis sur des décisions concernant le plan parental, ce qui peut être problématique pour les parents, car ils sont eux-mêmes touchés par la rupture familiale. Si les parents n'arrivent pas à écouter le point de vue de leurs enfants indépendamment de leurs propres sentiments de perte, de déception et de colère, ils devraient demander l'aide de professionnels de la santé mentale. La participation de professionnels peut contribuer à offrir aux enfants des occasions d'exprimer leur point de vue sans crainte de représailles ou de détérioration que leur relation avec leurs parents lorsque le point de vue des enfants ne correspond pas aux attentes des parents.

Recherches futures

Il n'y a pas suffisamment de recherche de grande qualité sur ces différentes approches, en partie en raison des défis liés à la réalisation de recherches comparatives sur les différentes méthodes et de l'absence de financement continu soutenant ce type de recherches. Bien que de nombreux projets pilotes aient été lancés partout au Canada, il est difficile de déterminer quelles méthodes sont les plus efficaces pour faire participer les enfants aux processus de justice familiale. Il est nécessaire de réaliser des recherches continues sur les différentes méthodes d'intégration du point de vue des enfants, particulièrement des recherches traduisant un effort concerté d'évaluer les différentes approches offertes aux enfants, et non d'autres projets de recherche disparates sur des méthodes individuelles.

Annexe A – Méthode

Un groupe de travail comptant des représentants de la Section de la famille, des enfants et des adolescents (SFEA) et de la Division de la recherche et de la statistique (DRS) du ministère de la Justice du Canada (le Ministère) ont apporté leur appui dans le cadre du projet. Le groupe de travail a été consulté en permanence afin qu'il puisse fournir des conseils techniques tout au long du projet.

Pour recueillir et compiler des recherches et des renseignements ainsi que les mesures prises actuellement pour connaître le point de vue des enfants dans le droit de la famille au Canada, une méthode d'évaluation rapide des données probantes (ERPD) a été utilisée afin d'effectuer une recherche systématique, de récupérer et d'analyser les études et les écrits en droit de la famille au Canada et de tenir compte des données probantes accessibles ailleurs dans le monde sur les tendances éventuelles relatives au point de vue des enfants dans le contexte du droit de la famille.

La première stratégie consistait à chercher les études citées dans les écrits universitaires publiés dans des bases de données électroniques au cours des dix dernières années (2008-2018)¹⁷¹. La recherche était axée sur le contenu canadien, mais n'était pas limitée à un seul pays. Cependant, seules les études en français et en anglais étaient incluses, car l'objectif de l'ERPD est de donner rapidement une liste d'études à examiner. Pour les études publiées, des recherches ont été effectuées dans les bases de données électroniques pour trouver des études empiriques portant sur des questions liées au droit de la famille, y compris PsychInfo, Sociological Abstracts, Social Science Abstracts, Dissertation Abstracts, ERIC et Medline.

La deuxième stratégie consistait à effectuer une recherche dans la littérature grise (rapports qui ne sont généralement pas cités dans les bases de données électroniques universitaires) afin de trouver des rapports de recherche canadiens, des points saillants relevés par des organisations internationales du droit de la famille, ainsi que des exemples d'approches et de meilleures pratiques quant à l'inclusion du point de vue des enfants dans des cadres juridiques ou des pays semblables (p. ex. Australie, Royaume-Uni, États-Unis, Nouvelle-Zélande). Cette revue a examiné toutes les possibilités, et dans la mesure du possible, a porté sur le rapport coût-efficacité et l'efficacité en général.

La troisième stratégie consistait à examiner la jurisprudence canadienne concernant le point de vue des enfants. Les affaires judiciaires ont été examinées au moyen de LexisNexis (Quicklaw). L'examen des affaires judiciaires est présenté en fonction des décisions concernant l'inclusion du point de vue des enfants dans les affaires de droit de la famille et sert à déterminer l'orientation des tribunaux.

Évaluation rapide des données probantes

L'ERPD sert à effectuer une recherche dans la littérature électronique et imprimée de la façon la plus complète possible compte tenu des contraintes temporelles d'une politique ou d'une pratique; à compiler les sommaires descriptifs des données accessibles sur un sujet; à évaluer les données

¹⁷¹ L'utilisation d'un filtre de dix ans pour la recherche dans les bases de données électroniques visait à préciser suffisamment la recherche pour trouver les écrits les plus pertinents et actuels. Cependant, cette recherche a été complétée par des recherches dans la littérature grise au-delà des dix années si les écrits trouvés avaient une importance relative à ce sujet.

probantes de façon critique; à donner un aperçu de ce que les données probantes révèlent (Davies, 2003). L'ERDP suit les lignes directrices établies en ce qui concerne l'inclusion des rapports publiés, l'analyse et la synthèse des données pour s'assurer que le processus de récupération de l'information est explicite et que les critères d'inclusion et d'exclusion des études sont transparents. Les critères d'inclusion sont adaptés à différents modèles de recherche, documents conceptuels et rapports des médias. Les rapports qui n'ont pas été évalués par des pairs (p. ex. rapports gouvernementaux, lignes directrices, études de cas) n'ont pas été exclus, car l'objectif de la présente revue consiste à effectuer une analyse de l'environnement et à résumer les tendances actuelles.

Nous avons admis les ouvrages publiés et non publiés aux fins de notre analyse. La recherche a révélé l'existence de 1 479 requêtes éventuelles en fonction du processus de récupération de l'information sur les principaux thèmes pertinents en ce qui a trait à la participation des enfants dans les affaires de droit de la famille (voir le tableau 1). Les titres et les résumés ont été sauvegardés pour Refworks, une base de données d'une bibliothèque en ligne, et les redondances ont été éliminées. Les titres et les résumés ont ensuite été examinés.

Tableau 1 : Résultats préliminaires de l'activité de récupération des renseignements

Recherche	Critère de recherche	Requêtes
PsychInfo	(enfant* ou adolescent* ou jeune*) ET (divorce ou séparation familiale Rupture) ET (point de vue ou entretien ou participation ou préférences) Résultats limités aux évaluations par les pairs, « étude empirique »	1190
Sociological Abstracts/Social Science Abstracts	(enfant* ou adolescent* ou jeune*) ET (divorce ou séparation familiale Rupture) ET (point de vue ou entretien ou participation ou préférences) Résultats limités aux évaluations par les pairs, « étude empirique »	816
Dissertation Abstracts	(enfant* ou adolescent* ou jeune*) ET (divorce ou séparation familiale Rupture) ET (point de vue ou entretien ou participation ou préférences)	315
ERIC	(enfant* ou adolescent* ou jeune*) ET (divorce ou séparation familiale Rupture) ET (point de vue ou entretien ou participation ou préférences) Résultats limités aux évaluations par les pairs	857
Medline	(enfant* ou adolescent* ou jeune*).mp. [mp=titre, résumé, titre original, nom de substance, mot de l'en-tête, mot de sous-titre flottant, mot-clé de l'en-tête, mot concept protocole supplémentaire, mot concept supplément maladie rare, identifiant unique, synonymes] ET (divorce ou séparation familiale Rupture).mp. [mp=titre, résumé, titre original, nom de substance, mot de l'en-tête, mot de sous-titre flottant, mot-clé de l'en-tête, mot concept protocole supplémentaire, mot concept supplément maladie rare, identifiant unique, synonymes] ET (point de vue ou entretien	317

	ou participation ou préférences).mp. [mp=titre, résumé, titre original, nom de substance, mot de l'en-tête, mot de sous-titre flottant, mot-clé de l'en-tête, mot concept protocole supplémentaire, mot concept supplément maladie rare, identifiant unique, synonymes] ET (divorce ou séparation familiale Rupture).mp.	
	Redondances éliminées	2016
	Nombre de requêtes pour la présélection initiale	1479

Au cours du processus d'évaluation rapide des données probantes, un article doit franchir plusieurs étapes pour déterminer s'il faut l'intégrer ou non à l'analyse finale. Les étapes devraient être des « niveaux » consistant à approfondir progressivement l'examen des articles selon les critères d'inclusion et d'exclusion à l'analyse.

Notre analyse compte trois étapes de présélection : 1) présélection initiale; 2) présélection rigoureuse; 3) extraction des données.

- 1) **Présélection initiale (niveau 1)** : La première étape, la présélection initiale, consiste à déterminer rapidement si une étude peut convenir à l'analyse d'après son titre, son résumé et ses données bibliographiques. Le but de cette présélection initiale est d'inclure toutes les études pertinentes possibles en rapport avec les objectifs de l'évaluation rapide des données probantes. Deux questions ont orienté la présélection initiale à cette étape :
 - 1) La population est-elle liée à des enfants? Oui/Non
 - 2) L'article porte-t-il sur le point de vue d'enfants et leurs préférences dans le contexte de questions, de services ou de procédures se rapportant au droit de la famille? Oui/Non

- 2) **Présélection rigoureuse (niveau 2)** : Lors de la deuxième étape, la présélection rigoureuse, les assistants à la recherche lisent les articles en entier pour décider s'il faut les conserver. Les articles conservés seront divisés en deux catégories :
 - 1) données empiriques;
 - 2) articles conceptuels.

- 3) **Extraction de données (niveau 3)** : La troisième étape, l'extraction de données, consiste à enregistrer les données des articles qui ont franchi les deux étapes de la présélection. Les résultats des données empiriques seront présentés dans un plan d'établissement de la portée de la littérature pour classer les résultats en fonction de l'emplacement de l'étude, des méthodes utilisées, de l'échantillonnage et des principales constatations. Pour les articles conceptuels, une bibliographie annotée a été créée.

Limites de la méthode utilisée pour la réalisation du projet

Le fait d'entreprendre un examen systématique prend du temps, habituellement deux ans. Les utilisateurs de recherches et de données probantes ont souvent besoin d'avoir rapidement accès aux conclusions des données existantes. À cette fin, l'ERDP a été élaborée dans le but d'être utilisée

dans le domaine de la recherche et de l'évaluation des politiques publiques. Les ERDP sont fondées sur les principes d'un examen systématique. Cependant, l'ERDP est axée sur l'ampleur, et non sur la profondeur. Bien que des procédures systématiques aient été utilisées pour le processus de récupération des renseignements, les résultats s'appuient sur les rapports publiés (p. ex. articles de journaux, rapports de recherche, travaux d'un congrès, jurisprudence) et il se peut qu'ils n'incluent pas les études qui n'étaient pas publiées lors de la collecte des renseignements des études.