

ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT LA PREUVE DE L'EXISTENCE D'ABUS SEXUELS EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE, FAMILIALE OU CRIMINELLE

Bernard Gratton et Alexandra Dragomir

Volume 23, numéro 2, 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108264ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13399>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Gratton, B. & Dragomir, A. (1993). ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT LA PREUVE DE L'EXISTENCE D'ABUS SEXUELS EN MATIÈRE DE PROTECTION DE LA JEUNESSE, FAMILIALE OU CRIMINELLE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 23(2), 305–359. <https://doi.org/10.17118/11143/13399>

Résumé de l'article

Le texte traite de la preuve requise devant les tribunaux (Cour supérieure, Chambre de la jeunesse, Chambre criminelle) lors de plaintes découlant d'agressions sexuelles ou de requêtes pour garde ou droit d'accès auprès d'enfants présumément victimes de telles agressions. Chacun des chapitres est traité de la même façon : la nature ou l'objet du débat, les moyens de preuve, le fardeau de la preuve et la force probante de la preuve. Cette preuve peut être documentaire, testimoniale, par présomption, aveu, rapports d'experts, etc...

**ASPECTS JURIDIQUES CONCERNANT LA PREUVE
DE L'EXISTENCE D'ABUS SEXUELS
EN MATIÈRE DE
PROTECTION DE LA JEUNESSE,
FAMILIALE OU CRIMINELLE**

par Bernard GRATTON*
avec la collaboration de Alexandra DRAGOMIR**

Le texte traite de la preuve requise devant les tribunaux (Cour supérieure, Chambre de la jeunesse, Chambre criminelle) lors de plaintes découlant d'agressions sexuelles ou de requêtes pour garde ou droit d'accès auprès d'enfants présumément victimes de telles agressions. Chacun des chapitres est traité de la même façon: la nature ou l'objet du débat, les moyens de preuve, le fardeau de la preuve et la force probante de la preuve. Cette preuve peut être documentaire, testimoniale, par présomption, aveu, rapports d'experts, etc...

This paper deals with the degree of proof required before various courts, including the Superior Court, the Youth Division and the Criminal Division of the Court of Québec in cases involving the sexual abuse of children. Each chapter of the article is divided in a similar fashion and discusses in turn the nature and object of the hearing, the means of proof, the burden of proof and the persuasiveness of the evidence. Proof may be adduced by way of writings, testimony, presumptions, reports of experts, admissions etc....

*. Conférence prononcée par l'Honorable juge Bernard Gratton, Cour supérieure du Québec, Longueuil.

** La recherche pour rédiger ce document a été effectuée par Me Alexandra Dragomir, grâce à une subvention de la Fondation Charles-Coderre.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	309
CHAPITRE I: LA PREUVE DEVANT LA CHAMBRE DE LA JEUNESSE	310
A) La nature et l'objet du débat	310
B) Bref rappel de la notion d'abus sexuel	312
C) Les moyens de preuve	317
1. La preuve testimoniale	318
a) Le témoin ordinaire	318
i) Le témoin ordinaire adulte	318
ii) L'enfant témoin	320
b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise	324
i) Le témoin expert	324
ii) L'expertise et la contre-expertise	330
iii) L'expert désigné par la cour	334
2. La preuve documentaire et matérielle	334
3. La preuve par présomption	336
4. La preuve par aveu	337
D) Le fardeau de la preuve	339
E) La force probante de la preuve	341
CHAPITRE II: LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA COUR SUPÉRIEURE	345
A) La nature et l'objet du débat	345
B) Les moyens de preuve	348
1. La preuve testimoniale	348
a) Le témoin ordinaire	348
i) Le témoin adulte	348
ii) L'enfant témoin	349
b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise	352
2. La preuve documentaire	354
3. La preuve par présomption	355

(1993) 23 R.D.U.S.	<i>Aspects juridiques concernant la preuve de l'existence d'abus sexuels en matière de protection de la jeunesse, familiale ou criminelle</i>	307
4.	La preuve par aveu	357
C)	Le fardeau de la preuve	357
D)	La force probante de la preuve	358
CHAPITRE III:	LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE ET PÉNALE DE LA COUR DU QUÉBEC ...	359
A)	L'objet et la nature du débat	360
B)	Les moyens de preuve	361
1.	La preuve testimoniale	362
a)	Le témoin ordinaire	362
i)	Le témoin adulte	362
ii)	Le témoin enfant	363
--	La corroboration	364
--	Le témoignage derrière écran ...	365
--	Le témoignage de l'enfant par enregistrement magnétoscopique	366
b)	Le témoin expert	366
2.	La preuve documentaire et matérielle	367
3.	Les présomptions	368
4.	L'aveu	370
5.	Le fardeau de la preuve	370
6.	La force probante	371
C)	Des perspectives d'avenir et conclusion	372

INTRODUCTION

Les agressions et les abus sexuels commis sur des enfants ont longtemps été considérés comme un sujet tabou et on en a même souvent nié l'existence. Les signalements et les dénonciations ont considérablement augmenté au cours des dernières années¹. D'une part, il semblerait que le nombre d'enfants qui subissent de tels sévices soit plus élevé qu'il ne l'était par le passé et, d'autre part, la population a été davantage conscientisée sur le phénomène et sur les dommages souvent irréparables qui peuvent en résulter pour l'enfant agressé sexuellement.

La prise de conscience collective du phénomène a amené à l'adoption de diverses législations² permettant davantage de circonscrire le phénomène des agressions et des abus sexuels à l'égard des enfants et d'établir des mécanismes permettant d'assurer à l'enfant une certaine protection lorsqu'il se retrouve dans de telles situations.

Les allégations d'abus sexuels peuvent surgir dans diverses circonstances et, par conséquent, exiger une approche différente selon la nature spécifique du cas.

Qu'il s'agisse de la déclaration de compromission en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*³, (Chambre de la jeunesse), de conflit sur la garde lors d'instances de séparation ou de divorce (Cour supérieure) ou de la détermination de la culpabilité du présumé agresseur dans le cadre de procédures criminelles (Chambre criminelle et pénale), le défi rencontré par les intervenants et par les tribunaux est sans doute celui d'établir l'existence de l'abus ou de l'agression sexuelle.

Dans le cadre du présent exposé, nous nous proposons de traiter des exigences de la preuve requise devant les différentes instances lorsqu'il y a nécessité d'établir si l'enfant a ou non été victime d'abus sexuels. Nous allons donc analyser la nature et l'objet des débats, les moyens de preuve, le rôle

-
1. Voir, à ce sujet, L. MORIN et C. BOISCLAIR, «*La preuve d'abus sexuel: allégations, déclarations et l'évaluation d'expert*» (1992-93) 23 R.D.U.S. 27.
 2. Notamment, la *Loi sur la protection de la jeunesse* et les divers amendements qui lui ont été apportés au cours des années, dont ceux récemment apportés par le projet de loi 142, *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, 1989, L.Q., c. 53, la *Loi C-15*, venue modifier certaines dispositions du Code criminel en matière d'infractions sexuelles et des règles de preuve applicables, dont les dispositions relatives à la corroboration, à la possibilité pour le mineur témoin de témoigner hors de la présence de l'accusé, de la possibilité d'enregistrer le témoignage de la victime sur magnétocassette lorsqu'elle est âgée de moins de 18 ans lors de l'agression sexuelle.
 3. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c P-34.1, ci-après *L.P.J.*

dévolu à l'expertise et à la contre-expertise, le fardeau de la preuve qui incombe aux diverses parties, et la nature de la force probante de la preuve.

En dernier lieu, nous examinerons quelles pourraient être les perspectives d'avenir et proposerons certaines solutions envisageables relativement aux diverses difficultés identifiées lorsqu'il y a lieu d'établir l'existence d'abus sexuels subis par un enfant.

CHAPITRE I: LA PREUVE DEVANT LA CHAMBRE DE LA JEUNESSE

A) La nature et l'objet du débat

Règle générale, on présume que les titulaires de l'autorité parentale, les parents de l'enfant, sont les plus aptes à veiller sur ses intérêts et à s'occuper de ses besoins⁴.

En vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, l'intervention auprès de l'enfant, dont la sécurité ou le développement est compromis⁵, et auprès de sa famille peut être sociale ou judiciaire. Lors de l'intervention sociale, après évaluation du cas, le directeur de la protection de la jeunesse peut proposer des mesures volontaires à l'enfant et à sa famille⁶. Lorsqu'une telle entente s'avère impossible, le tribunal est saisi du dossier⁷ et il appartiendra au directeur de la protection de la jeunesse de prouver le bien-fondé des motifs de compromission.

La Chambre de la jeunesse⁸, saisie d'une demande de déclaration de compromission, devra décider si la sécurité et le développement de l'enfant sont

-
4. Voir notamment les dispositions des articles 597 et s. du *C.c.Q.*, 2.2, 3, et 4 *L.P.J.* et l'article 39 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12). Voir également *Rapport de la Commission parlementaire spéciale sur la protection de la jeunesse*, Direction générale des publications gouvernementales du Ministère des Communications, Québec, novembre 1982, p. 54; *Un Québec fou de ses enfants: rapport du groupe de travail pour les jeunes*, Gouvernement du Québec, Ministère de la Santé et des Services Sociaux, 1991.
 5. En effet, rappelons que l'article 2 de la *L.P.J.* prévoit que: «La présente loi s'applique à un enfant dont la sécurité ou le développement est ou peut être considéré comme compromis.» Voir aussi art. 38 et 38.1 *L.P.J.*
 6. Voir C. BOISCLAIR, «L'entente sur les mesures volontaires dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*», (1982-83) 13 *R.D.U.S.* 143 à 210. L'auteur étudie en profondeur tous les aspects relatifs aux mesures volontaires. Voir aussi, C. BOISCLAIR «La nature juridique de l'entente sur les mesures volontaires dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*» dans *Droit et enfant*, Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, p. 123 à 154.
 7. *Ibid.*, 151 à 154.
 8. Suivant la réforme portant sur l'unification des tribunaux provinciaux en 1989, le Tribunal de la jeunesse (antérieurement connu comme la Cour du Bien-être Social) est devenu la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec.

compromis⁹ en donnant à l'enfant, à ses parents et à toute personne voulant intervenir dans son intérêt le droit d'être entendus¹⁰. Les diverses parties impliquées dans le dossier de l'abus sexuel devront être présentes et incluront notamment l'enfant, les père et mère et toute autre personne intéressée¹¹. Chaque partie a le droit d'être représentée par avocat et on doit en désigner un d'office à l'enfant dont les intérêts sont opposés à ceux de ses parents¹².

B) Bref rappel de la notion d'abus sexuel

L'article 38 g) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹³ prévoit que :

«Aux fins de la présente loi, la sécurité ou le développement d'un enfant est considéré comme compromis :

g) s'il est victime d'abus sexuels ou est soumis à des mauvais traitements physiques par suite d'excès ou de négligence.»

Bien que cette loi ne définisse pas l'abus sexuel, celui-ci a néanmoins fait l'objet de nombreuses interprétations de la part des juges de la Chambre de la jeunesse¹⁴. On peut dégager certaines constantes de la jurisprudence.

9. Le tribunal fera enquête conformément à l'article 77 *L.P.J.* Voir J. MERCIER, «*La procédure applicable en matière de protection de la jeunesse: régime contradictoire, inquisitoire ou mixte?*», (1991-92) 22 R.D.U.S. 369.

10. Art. 6 *L.P.J.*

11. En effet, conformément aux dispositions de l'article 81 *L.P.J.*, «Le tribunal entend les personnes intéressées ainsi que les avocats qui les représentent.» De plus, conformément au deuxième alinéa de cette disposition, le d.p.j., la Commission de protection des droits de la jeunesse et le procureur général peuvent, d'office, intervenir lors de l'enquête et à l'audition, comme s'ils étaient des parties. Il en va également de même pour la personne qui se voit reconnaître le statut de personne intéressée. Par ailleurs, dans le cadre de décisions émanant de la Cour supérieure, on a reconnu que le présumé agresseur de l'enfant, particulièrement lorsqu'il était susceptible d'être affecté par une ordonnance de la Chambre de la jeunesse en matière de protection, avait aussi le droit d'être entendu. À cet effet, voir notamment *Protection de la jeunesse-590*, [1993] R.J.Q. 196 (C.S.); *Protection de la jeunesse-512*, (C.S.), J.E. 91-1371; *Protection de la jeunesse-467*, J.E. 91-44.

12. Art. 80 *L.P.J.*

13. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

14. Voir notamment J.-F. BOULAIS, «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», 2^e édition, SOQUIJ, 1990, p. 150 et s.; J. A. ULYSSE, «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants» dans *L'enfant abusé: psychologie et droit (1992)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1992, aux p. 64 à 68; *T.J.: 350-41-000027-85*, Beauce, L. Galipeault-Moisan, 1986-01-06; *T.J.: 200-41-000203-869*, Québec, L. Galipeault-Moisan, 1986-10-20; *T.J.: 760-41-000044-860*, Beauharnois, O. D'Amours, 1987-11-09; *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739; *C.Q. 500-41-000809-882*, Montréal, E. Demers, 1988-11-21; *C.Q. 200-41-000351-890*, Québec, Andrée Bergeron, 1989-12-05; *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 (C.Q.); *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.); *Protection de la jeunesse-443*, C.Q. 520-41-000063-892, Montréal (Kirkland) 1990-04-04, J.E. 90-966. Lorsque la

On doit, en premier lieu, qualifier la nature des gestes posés. S'agit-il de gestes que l'on peut objectivement considérer comme à caractère sexuel¹⁵?

Selon plusieurs, la notion d'abus sexuels comprendrait non seulement les diverses infractions à caractère sexuel prévues au *Code criminel*, mais serait beaucoup plus large¹⁶ et comprendrait, selon le contexte, «l'usage mauvais, excessif ou injuste d'une personne ou d'une chose»¹⁷. De plus, l'abus c'est aussi «toute atteinte à l'intégrité sexuelle d'un enfant».¹⁸ Toutefois, il importe de distinguer entre le comportement de tendresse, telles certaines marques d'affection ou l'acte posé à des fins d'hygiène de l'enfant, à des fins médicales, éducatives ou autres et les autres actes qui ont un caractère nettement sexuel¹⁹. L'abus peut aussi résulter de l'exploitation sexuelle de l'enfant ou le recours à la

preuve s'est avérée insuffisante sur l'existence des abus sexuels, mais qu'elle indiquait d'autres motifs justifiant une déclaration de compromission, le tribunal n'a pas hésité à déclarer la compromission afin d'assurer à l'enfant la protection nécessaire. À cet effet, voir notamment: *T.J.: 500-41-000567-860*, Montréal, André Saint-Cyr, 1986-09-25 confirmé par *C.S.: 500-24-000051-861*, Marcel Belleville, 1987-09-22.

15. Voir «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», *supra*, note 14, p. 152, alors qu'on réfère à la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, où la cour précisait en quoi consistait une agression sexuelle. Selon la cour, un élément important de l'infraction constitue la nature sexuelle de l'acte reproché. En l'occurrence, il s'agit d'un test objectif, en ce que l'on doit se demander si une personne raisonnable, en regard des circonstances, aurait été en mesure de percevoir le caractère sexuel de l'agression. Voir notamment *Protection de la jeunesse-443*, C.Q. 520-41-000063-892, Montréal (Kirkland), 1990-04-25, J.E. 90-966.
16. Voir notamment *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté, supra*, note 14, p. 153; «*L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?*», Texte préparé en vue d'une présentation à la journée d'étude de l'Association des avocats de la défense, Montréal, 1er avril 1993. Voir notamment *T.J.: 200-41-000003-814*, Québec, 1981-06-29; où le tribunal conclut que le fait pour le père d'avoir procédé à des attouchements sur la vulve de l'enfant, par dessus de son pantalon, ne pouvait en l'espèce être considéré comme constituant un abus, puisque n'ayant pas eu pour but de procurer une stimulation sexuelle. Voir également *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q 529 (C.S.) où l'on conclut que, malgré la connotation sexuelle des gestes reprochés à la mère à l'égard de son enfant, ces derniers ne sauraient être considérés comme constituant des abus sexuels mais devraient plutôt être assimilés à des marques d'affection d'une mère envers son enfant; *Protection de la jeunesse-568*, C.Q., R.D.F. [1992] 707: 200-41-000048-92, Québec, J.E. 92-1372; *C.Q.: 500-41-000201-924*, Montréal, 1992-09-25; *C.Q. 520-41-000144-882 et autre*, Montréal, 1993-04-07.
17. «*Loi sur la protection de la jeunesse annotée*», *supra*, note 14, p. 153, faisant référence aux décisions dans *T.J.: 250-41-000020-79 et autres*, Kamouraska, 1980-01-16; *T.J.: 755-41-000002-83*, Iberville, 1983-09-22. Par ailleurs, Me Boulais souligne que les tribunaux ont davantage retenu trois concepts permettant de cerner la notion d'abus, soit: la gratification, la domination et les normes sociales relatives au développement de l'enfant.
18. *T.J. 500-41-000809-882*, Montréal, 1988-11-21.
19. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739. Voir par exemple *Protection de la jeunesse-558*, C.S. 450-24-000001-914, Saint-François, 1992-05-15, J.E. 92-1123.

domination pour obliger l'enfant à se soumettre à une relation sexuelle inappropriée à son âge²⁰.

L'une des définitions longtemps suivie peut être résumée en ces termes :

«L'enfant abusé sexuellement est celui envers qui une personne pose des gestes d'ordre sexuel qui sont définitivement non appropriés en raison de son âge et de son développement; ces gestes peuvent procurer une gratification sexuelle et porter atteinte à l'intégrité personnelle de l'enfant.»²¹

Plus tard, en 1989, on a tenté d'éliminer de cette définition le critère de la gratification, porteuse de certaines ambiguïtés quant à la preuve d'intention requise:

«...les abus sexuels comprennent essentiellement les gestes d'ordre sexuel inappropriés en raison de l'âge et du développement de l'enfant»²²

Au cours de la même année, la Chambre de la jeunesse, exprime les mêmes réserves à propos du critère de la gratification lorsqu'elle affirme dans un jugement rendu en décembre 1989 que:

-
20. Voir notamment *«Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté»*, supra, note 14, p. 154-155. Voir également, *C.Q. 520-41-000144-882 et autre*, Montréal, 1993-04-07, où le tribunal, saisi d'une demande de révision où sont allégués des abus sexuels de la part de la mère à l'égard de son fils adolescent âgé de 17 ans, conclut qu'il n'y a pas eu agression, puisque les deux parties étaient consentantes. Toutefois, la nature des gestes posés et le contexte dans lesquels ces rapports se sont répétés peuvent être assimilés à des attouchements sexuels qu'une personne en autorité pose sur un adolescent ou qu'elle l'y incite à poser, infraction par ailleurs prévue par l'article 153 *C.cr.* En l'occurrence, le tribunal fut d'avis que dans la mesure où ce type de comportement est réprimé par le Code criminel, à plus forte raison doit-il être considéré comme constituant un comportement compris dans la définition de ce que constitue un abus sexuel.
21. *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037, p. 1047. Bien que cette décision fut renversée en appel dans *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529, il n'en demeure pas moins qu'on a suivi la décision renversée pour déterminer si l'enfant avait été l'objet d'abus sexuels de la part de sa mère, alors qu'on affirme que s'il n'y a pas de gratification sexuelle, au sens où cette expression a été employée par le Comité de la protection de la jeunesse dans sa définition de l'abus sexuel, il ne peut y avoir d'abus sexuel. En effet, de l'avis de la cour (p. 534): «Nous croyons que la preuve ne révèle pas une gratification d'ordre sexuel, mais bien une marque d'affection qu'une petite fille de cet âge aime bien recevoir de la part de sa mère, dans les circonstances telles que décrites plus loin par le témoignage de la mère.»
22. Citée dans *«La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants»*, supra, note 14, p. 66. Il s'agirait là de la définition d'abus sexuel couramment suivie par la jurisprudence de la Chambre de la jeunesse.

«Le mot "gratification" signifie accorder une faveur, une récompense, et nous soumettons avec déférence pour l'opinion contraire que ce mot ne correspond pas à la réalité d'un abus sexuel à l'égard d'un enfant...

Il s'agit d'une preuve irréaliste, impossible à obtenir dans la majorité des cas...

Nous soumettons, avec déférence pour l'opinion contraire, que la gratification d'ordre sexuel est bien souvent absente de l'abus sexuel, que celui-ci provoque plus généralement des traumatismes et des perturbations chez l'enfant.

La soussignée croit que les abus sexuels comprennent essentiellement des gestes d'ordre sexuel, inappropriés en raison de l'âge et du développement de l'enfant. L'intention de l'abuseur pourrait ne pas être fautive et le juge s'inspirera des valeurs sociétales généralement acceptées.»²³

Enfin, on a comparé les exigences en droit pénal avec celles en matière de protection de la jeunesse en affirmant que:

«[...] Exiger, en matière de protection, que la définition d'abus sexuel comporte obligatoirement la notion de gratification sexuelle, c'est être plus sévère qu'en matière pénale puisque ceci revient à exiger la preuve que le but poursuivi par l'abuseur était la stimulation sexuelle.

Les notions "d'agressions" et "d'abus sexuels" telles qu'interprétées par la jurisprudence sont, à notre avis, très similaires et, par voie de conséquence, les propos du juge McIntyre dans l'arrêt Chase devraient servir de guide en matière de protection de la jeunesse.»²⁴

Il appert de l'état de la jurisprudence que la définition de l'abus sexuel, en matière de protection de la jeunesse, n'est pas encore définitive. On semble au moins s'accorder sur certains des éléments essentiels qui devraient être compris dans une telle définition, à savoir qu'il s'agirait de gestes à caractère

23. C.Q.: 200-41-000351-890, Québec, 1989-12-05, Louise Galipeault-Moisan, citée dans *«Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté»*, supra, note 14, p. 159; voir également *Protection de la jeunesse-534*, C.Q. 200-41-000098-91, 1991-12-17, J.E. 92-475. Dans le document *«L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?»*, supra, note 16, l'honorable juge Elaine Demers conclut qu'en dépit de la décision de la Cour supérieure dans *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529, qui fait de la gratification sexuelle un élément essentiel de la notion d'abus, il n'en demeure pas moins que les juges de la Chambre de la jeunesse ne considèrent pas la notion de gratification comme étant essentielle pour leur permettre de conclure à l'existence d'abus sexuels.

24. *«L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?»*, supra, note 16, p. 17 à 18.

sexuel posés sur un enfant, jugés inappropriés en raison de son âge et de son développement²⁵.

Rappelons qu'il n'est pas essentiel que les abus allégués soient contemporains. La preuve que le développement ou la sécurité de l'enfant ait été et soit toujours compromis en raison des conséquences des abus subis, même lorsque ces derniers ont cessé, peut suffire pour conclure à une situation de compromission²⁶.

C) Les moyens de preuve

Le tribunal, qui procède lui-même à l'enquête, peut poser des questions même s'il s'agit d'une enquête revêtant la forme judiciaire²⁷. Il appliquera de façon générale, en dépit du caractère limitatif de l'article 85 de la loi²⁸, les règles du *Code de procédure civile*²⁹, ainsi que les mêmes règles de preuve applicables à toute autre matière civile.³⁰

25. Voir toutefois la définition élaborée par Jacques Ulysse dans «La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants», *supra*, note 14, p. 68: «Toute activité à caractère sexuel où un geste est posé par une personne donnant ou recherchant une stimulation sexuelle; où l'enfant, ou l'adolescent est incité à participer par manipulation affective, physique, matérielle ou usage d'autorité ou de force; alors que l'abuseur a un lien de consanguinité avec la victime, ou qu'il est en position de responsabilité, d'autorité ou de domination avec elle; ou que la victime est en situation de dépendance vis à vis cette personne; qu'il y ait ou non évidence de lésion, de traumatisme physique, peu importe le sexe des personnes impliquées.»
26. Voir notamment *T.J. : 500-41-000892-85*, Montréal, 1986-04-07; *C.S. : 500-24-000008-853*, Montréal, Luc Parent, 1986-02-17; *C.Q. : 550-41-000057-89*, Hull, 1989-05-31; *Protection de la jeunesse-538*, C.Q. 540-41-000046-911. Laval, 1992-02-14, J.E. 92-648
27. Art. 77 *L.P.J.*. Voir à ce sujet «*La procédure applicable en matière de protection de la jeunesse: régime contradictoire, inquisitoire ou mixte?*», *supra*, note 9, p. 402 et 407. Voir notamment Andrée RUFFO, «Le rôle du juge en matière de protection», dans *Les enfants devant la justice*, Éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 25-44; *Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté, supra*, note 14, p. 262 et s.; C. TREMBLAY, «Les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils ont été victimes: une preuve admissible par exception», (1989) 30 *Les Cahiers de Droit*, 257; *Protection de la jeunesse-235*, [1987] R.J.Q. 485; *Protection de la jeunesse-264*, T.J. : 460-41-000059-865, Bedford, 1987-02-04, J.E. 87-652.
28. Voir, à ce sujet, l'article 85 *L.P.J.*, dans J. MERCIER, *supra*, note 9, p. 394 à 402.
29. Tel qu'il appert de l'article 85 *L.P.J.*: «Les articles 2, 14 à 20, 46, 49 à 54, 279 à 300 et 302 à 331 du Code de procédure civile (chapitre C-25) s'appliquent devant le tribunal en autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi.» En l'espèce, ces dispositions traitent, entre autre, de la marche de l'instruction, de l'ajournement, de l'audition des témoins et de la production du rapport médical.
30. Ainsi que le souligne L. DUCHARME dans *Précis de la Preuve*, 4^e édition, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1993, p. 8, «Les règles de preuve énoncées au Code civil ont une portée générale et s'appliquent dans tous les litiges de nature civile dont la solution dépend d'une loi provinciale». Voir notamment *C.Q. : 350-41-000032-899*, Beauce, 1989-12-13.

Le fardeau de la preuve repose donc sur la partie requérante, qui devra établir, selon la règle de la prépondérance de la preuve, prouver que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis. Dès la preuve de l'abus sexuel établie, l'article 38 de cette loi crée une présomption de compromission³¹. Il va sans dire que dans un tel cadre, la preuve testimoniale ainsi que la preuve par témoin-expert jouent un rôle prédominant.

1. La preuve testimoniale

La preuve testimoniale, apportée par témoin devant le tribunal, peut se définir comme suit:

«une déclaration par laquelle une personne affirme l'existence d'un fait qu'elle a perçu par ses propres sens. Sauf dans des cas exceptionnels, cette déclaration est faite oralement devant le tribunal. Un témoin peut également être contraint de produire un document ou un objet en sa possession.»³²

Pour sa part, le professeur Ducharme dit la même chose lorsqu'il écrit que:

«une déclaration faite sous serment dans une instance conformément aux règles du Code de procédure civile par laquelle une personne affirme l'existence de faits dont elle a eu personnellement connaissance.»³³

a) Le témoin ordinaire

i) Le témoin ordinaire adulte

En principe, toute personne est considérée apte à rendre témoignage³⁴. Toutefois, cette règle prévoit trois exceptions: les personnes souffrant d'une incapacité physique ou mentale, l'enfant en bas âge qui n'est pas suffisamment développé pour rapporter les faits ou qui ne comprend pas l'obligation de dire la vérité et le huissier.³⁵ Toute personne apte à témoigner peut être contrainte à le faire.³⁶

31. Art. 38 (est compromis) et 38.1 (peut être compromis) *L.P.J.*

32. J.-C. ROYER, *«La preuve civile»*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1987, p. 164.

33. L. DUCHARME, *«Précis de la preuve»*, 2^e édition, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 87 et s.

34. Art. 295 *C.p.c.*

35. *«La preuve civile»*, *supra*, note 32, p. 183.

36. Voir notamment *Protection de la jeunesse-258*, [1987] R.J.Q. 1223, où le tribunal, saisi d'une objection relative à l'assignation des enfants comme témoins en vient à la conclusion que les enfants sont non seulement aptes à témoigner, mais qu'ils seraient également contraignables. Voir, toutefois, *T.J.*: 460-000012-872, Bedford, 1987-11-10, où le tribunal

Le témoin ordinaire est un témoin des faits et ce n'est qu'exceptionnellement qu'il exprime son opinion (par exemple lorsqu'il y a lieu d'établir l'âge, le caractère ou la condition physique d'une personne ou d'identifier une écriture)³⁷. Par conséquent, il ne doit témoigner que sur les faits dont il a personnellement eu connaissance.

«La valeur probante de la preuve testimoniale relève de l'appréciation du juge de première instance.»³⁸ En principe, un seul témoin pourrait suffire pour établir les faits³⁹. Hormis les cas prévus par la loi, la corroboration n'est pas exigée⁴⁰, mais le juge n'est pas tenu de croire un témoin qui n'a pas été contredit⁴¹. La preuve testimoniale peut parfois s'avérer contradictoire, auquel cas le juge devra en évaluer la valeur en tenant compte de la quantité et surtout de la qualité des témoignages entendus. En l'espèce, certains facteurs, dont les liens de parenté ou d'alliance et l'intérêt du témoin, peuvent influencer le juge dans l'appréciation de la crédibilité des témoins.⁴²

Le témoin ordinaire pourrait donc être n'importe quelle personne ayant eu une connaissance personnelle des faits. Dans les litiges concernant l'abus sexuel, il pourrait, notamment, s'agir de l'enfant, de ses parents, de ses soeurs ou ses frères, d'un membre de la parenté élargie, de moniteurs de garderie, de voisins, de professeurs, d'intervenants sociaux, de professionnels de la santé, de psychologues, en rappelant que chacun ne peut témoigner que de ce qu'il a «vu ou entendu».

ii) L'enfant témoin

L'enfant peut donc être appelé à témoigner. Toutefois, les règles régissant son témoignage diffèrent de celles applicables au témoin ordinaire⁴³.

En matière de protection de la jeunesse, le témoignage des enfants, son caractère contraignant et l'admissibilité de leurs déclarations antérieures relèvent

a décidé que de permettre à une enfant âgée de 6 ans d'être contrainte à témoigner et, par conséquent, de s'exposer au contre-interrogatoire irait à l'encontre de son intérêt. Voir également «*Les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils ont été victimes: une preuve admissible par exception*», *supra*, note 27, p. 264 à 266.

37. «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 88.

38. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 168.

39. Art. 293 C.p.c.

40. Rappelons que suivant la règle édictée à l'article 301 C.p.c., le témoignage d'un enfant non assermenté doit être corroboré et que l'on ne saurait fonder un jugement sur la foi de ce seul témoignage. Toutefois, tel qu'il appert des articles 85.1 et s. *L.P.J.*, en matière de protection, on n'exige pas que le témoignage de l'enfant non assermenté soit corroboré.

41. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 168.

42. *Ibid.*, p. 169.

43. *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q., 1989, c. 53.

maintenant de nouvelles dispositions⁴⁴ qui apportent une solution à «l'épineuse question du oui-dire»⁴⁵.

Le législateur a cherché à faciliter la preuve des situations de compromission de l'enfant et, en particulier, celle de l'abus sexuel. Cependant, l'admissibilité de ses déclarations antérieures constitue l'exception et ne le sera que lorsque l'enfant est considéré comme inapte à témoigner. En effet, comme le tribunal le souligne, «dispenser un enfant apte à témoigner constitue donc une mesure exceptionnelle à sa contraignabilité.»⁴⁶

L'admission des déclarations antérieures de l'enfant dépend donc de la décision préalable de considérer l'enfant comme inapte à témoigner et de ce fait non contraignable. À cette fin, le tribunal doit faire une enquête préalable pour vérifier l'inaptitude⁴⁷.

Les dispositions relatives à l'aptitude à témoigner de l'enfant se retrouvent aux articles 85.1 et 85.2 *L.P.J.* En l'espèce, on présume que l'enfant, âgé de 14 ans et plus, est apte à témoigner, s'il est en mesure de prêter serment⁴⁸,

44. Art. 85.1 à 85.6 *L.P.J.*

45. Pour un portrait de la situation qui prévalait en matière de l'admissibilité en preuve des déclarations extra-judiciaires (oui-dire) d'enfants en bas âge relativement aux abus sexuels dont ils auraient été victimes, voir notamment: L. DUCHARME, «*La prohibition du oui-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes*», texte d'une communication présentée en mai 1987; «*Les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils ont été victimes: une preuve admissible par exception*», *supra*, note 27; C. BOIES, «*Réflexions sur les nouvelles dispositions de la Loi sur la protection de la jeunesse touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des déclarations extrajudiciaires d'enfants*» dans «*Droit des enfants*», Les Éditions Yvon Blais inc., 1990, p. 61-92; C. DUBREUIL, *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*, Les Éditions Thémis, 1991; L. MORIN et C. BOISCLAIR, *supra*, note 1, p. 43 à 47.

46. Il n'existe pas moins de six écoles sur cette question appliquées par la Chambre de la jeunesse. Voir notamment sur cette question: *Protection de la jeunesse-186*, T.J.: 500-41-000316-854 et autre, Montréal, 1986-06-07, J.E. 86-150; T.J.: 755-41-000012-84, Iberville, 1985-04-18; *Protection de la jeunesse-207*, T.J. 235-41-000004-859 et autre, Frontenac, André Sirois, 1986-02-20, J.E. 86-384; *Protection de la jeunesse-216*, [1986] R.J.Q. 2233; T.J.: 540-41-0000870857, Laval, 1986-04-22; *Protection de la jeunesse-256*, [1987] R.J.Q. 1207; *Protection de la jeunesse-235*, [1987] R.J.Q. 485; *Protection de la jeunesse-314* [1988] R.J.Q. 1060 (C.S.). Rappelons que dans *Protection de la jeunesse-314*, la Cour supérieure fut d'avis qu'il y avait lieu de reconnaître une exception à la règle prohibant le oui-dire dans le cas des enfants d'âge tendre à condition qu'il y ait nécessité et qu'il y ait des indicateurs corroborants fiables. Une telle déclaration, une fois jugée admissible en preuve, ferait preuve de son contenu. *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190, 1193.

47. L. MORIN et C. BOISCLAIR, *supra*, note 1, p. 37 à 40. Voir notamment la décision dans *Protection de la jeunesse-492*, C.Q.: 500-41-001109-894, Montréal, 1991-02-28, J.E. 91-829.

48. Voir notamment *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564. Voir toutefois l'avis exprimé par Me C. Boies dans C. BOIES, «*Réflexions sur les nouvelles dispositions de la Loi sur la protection de la jeunesse touchant le témoignage des enfants et la recevabilité des*

à moins que sa condition physique ou mentale ne l'empêche de rapporter les faits dont il a eu la connaissance.

Pour celui âgé de moins de 14 ans, il peut être considéré étant apte à témoigner si, de l'avis du tribunal, il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. Dans les deux cas, l'enfant sera un témoin contraignable⁴⁹.

Enfin, si l'enfant, âgé de moins de 14 ans, ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, mais s'il comprend néanmoins le devoir de dire la vérité et s'il est capable de rapporter les faits, on peut recevoir son témoignage.

Notons que la corroboration n'est pas requise pour l'enfant admis à témoigner. En l'occurrence, le tribunal pourrait donc conclure à la compromission en se fondant uniquement sur le seul témoignage de l'enfant apte à témoigner⁵⁰.

L'enfant apte à témoigner⁵¹ peut en être dispensé, à titre exceptionnel, lorsque l'obligation de témoigner pourrait porter un préjudice à son développement mental ou affectif⁵². En effet,

«... la discrétion judiciaire doit s'appliquer en considérant qu'il s'agit d'un pouvoir exceptionnel, même si le critère d'appréciation (préjudice mental ou affectif) est en soi très large. Sinon, les demandes de dispense pourraient se voir automatiquement accordées, ce qui n'est pas l'interprétation que nous croyons pouvoir donner à ces nouvelles dispositions adoptées justement pour favoriser le témoignage des enfants.»⁵³

déclarations extrajudiciaires d'enfants», supra, note 45, p. 71, où l'auteur affirme que la loi crée une présomption légale quant à l'inaptitude à témoigner de l'enfant âgé de moins de 14 ans.

49. Art. 85.3 *L.P.J.*

50. Voir notamment *Protection de la jeunesse-501*, [1991] R.J.Q. 1800.

51. Tant l'enfant dont l'aptitude est constatée en vertu de l'article 85.1 *L.P.J.* que celui dont la capacité de rendre témoignage est reconnue en vertu de l'article 85.2 serait contraignable au sens de l'article 85.3 *L.P.J.* Voir *C.Q.200-41-000157-85*, Québec, 1989-10-17 où l'on peut lire: «*L'enfant âgé de 14 ans ou plus est apte à témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle. L'enfant âgé de moins de 14 ans est aussi apte à témoigner s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle ou à défaut d'une telle compréhension, s'il est capable de rapporter les faits dont il a eu connaissance et qu'il comprend le devoir de dire la vérité.*»

52. Art. 85.3 *L.P.J.*

53. *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190, 1193.

Parmi les divers motifs retenus pour déclarer l'enfant inapte à témoigner, signalons le jeune âge de l'enfant⁵⁴, son incapacité de rapporter les faits en raison de l'anxiété et de l'impulsion agressive⁵⁵ ou encore s'il souffre d'incontinence fécale, a des phases d'agitation, des réactions émotives confuses, ou s'évade dans la fantaisie⁵⁶.

Terminons sur le témoignage de l'enfant en soulignant qu'il peut exceptionnellement être entendu hors de la présence de toute partie à l'instance lorsque les circonstances le justifient, comme le fait pour l'enfant de se sentir intimidé par la présence du présumé agresseur ou le refus de témoigner devant ses parents⁵⁷. Dans de telles circonstances, le procureur de l'enfant pourra néanmoins demeurer présent lors du témoignage de l'enfant. Une personne exclue lors d'un tel témoignage pourra toutefois prendre connaissance de son contenu à moins d'indication contraire de la part du tribunal⁵⁸.

L'enfant qui ne rencontre les exigences requises par la loi ne peut témoigner. Sa déclaration antérieure à l'instance pourra conséquemment être admise pour faire preuve de son contenu à condition, toutefois, qu'elle soit corroborée par d'autres éléments de preuve qui en confirment la fiabilité⁵⁹. En l'occurrence, les règles définies en matière de corroboration⁶⁰ par la jurisprudence antérieure continuent de s'appliquer afin d'établir la fiabilité des déclarations faites par l'enfant⁶¹.

54. *Protection de la jeunesse-513*, C.Q. 460-41-000001-917, Bedford, 1991-08-13, J.E. 91-1409.

55. *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564.

56. *Protection de la jeunesse-514*, C.Q.500-41-000078-918, Montréal, 1991-08-13, J.E. 91-1410.

57. Art. 85.4 *L.P.J.*

58. Voir notamment *Protection de la jeunesse-492*, C.Q. 500-41-001109-894, Montréal, 1991-02-28; J.E. 91-829. Bien qu'il s'agisse d'une décision rendue avant les modifications apportées par le P.L. 142, soulignons que dans *T.J. 500-41-000246-879 et autres*, Montréal, 1987-05-20, le tribunal s'est déplacé au B.S.S. de l'Est pour entendre le témoignage des deux enfants, ces derniers étant plus à l'aise dans un décorum davantage adapté à leurs besoins.

59. Art. 84.5 *L.P.J.*

60. Voir notamment *Protection de la jeunesse-409*, [1989] 2007; C.S.: 500-24-000024-819, Montréal, 1982-05-17, où le tribunal définit la corroboration en matière civile de la manière suivante: «*La preuve apportée en corroboration doit donc tendre, en matière civile, à appuyer la véracité du témoignage et non pas, comme en matière criminelle, à couvrir chaque élément de l'infraction... Il y a donc corroboration, en matière civile, lorsqu'on réussit à établir la preuve d'un élément important du témoignage à corroborer de sorte que le tribunal puisse conclure à la véracité de tout le témoignage et par là, apprécier sa force probante...*»

61. Voir notamment *Protection de la jeunesse-459*, C.Q.: 200-41-00317-89, Québec, 1990-08-08, J.E. 90-1544; *Protection de la jeunesse-427*, C.Q. 200-41-000157-85, Québec, 1989-10-24, J.E. 90-7; *Protection de la jeunesse-513*, C.Q.: 460-41-000001-917, Bedford, 1991-08-13, J.E. 91-1409; *Protection de la jeunesse-468*, [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154; *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564; *confirmé à C.S. 500-24-000004-928*, Montréal,

La déclaration antérieure de l'enfant peut être prouvée par le témoignage de ceux qui en ont personnellement eu connaissance ou, lorsqu'elle a été enregistrée sur bande magnétique ou un autre moyen d'enregistrement fiable, par la preuve de ce moyen, à la condition qu'on établisse son authenticité. Dans l'hypothèse où l'un des témoins de telles déclarations serait lui aussi un enfant, les dispositions indiquées plus haut pour déterminer s'il est apte à témoigner s'appliqueront à ce dernier.

b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise

«L'augmentation du nombre des enfants impliqués dans les procès concernant des abus sexuels, a amené les plaideurs à faire appel à des experts, psychologues ou psychiatres, afin d'expliquer les symptômes des enfants abusés, les raisons pour lesquelles ils ne portent pas plainte dans bien des cas et leur comportement général.»⁶²

i) Le témoin expert

Dans le cadre de l'enquête relative à l'abus sexuel, la preuve d'expert est souvent utilisée par la partie requérante pour en établir l'existence. Parfois, la preuve viendra corroborer les déclarations antérieures faites par l'enfant et, dans d'autres cas, elle permettra de démontrer de façon non équivoque l'existence d'un tel abus.

Contrairement au témoin ordinaire, qui est un témoin des faits et qui ne peut qu'exceptionnellement exprimer son opinion, le témoin expert pourra, puisque c'est là l'essence même de son rôle,⁶³ émettre son opinion sur les faits qu'il a lui-même observés ou qui ont été prouvés devant la cour⁶⁴.

Ainsi que l'affirme le professeur Royer,

«Le témoin expert est celui qui possède une compétence spécialisée dans un secteur donné d'activité et qui a pour rôle d'éclairer le tribunal et de l'aider dans l'appréciation d'une preuve portant sur des questions scientifiques ou techniques. Cette définition atteste l'existence de deux conditions préalables à la recevabilité de ce témoignage, soit l'utilité de l'expertise et la qualification du témoin.

1993-02-19; *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274. Voir également P. DE BOUCHERVILLE, «*Abus sexuel d'enfants: réponse judiciaire*», *J. du B.*, 1993-03-01, p. 23

62. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 87.

63. Voir notamment *R. c. Abbey* (1982) 2 R.C.S. 24.

64. ROYER, *supra*, note 32, p. 171.

Les règles générales relatives à l'admissibilité de la preuve testimoniale s'appliquent au témoin expert.»⁶⁵

La recevabilité du témoignage de l'expert dépend donc de sa nécessité et de sa pertinence en regard des faits soumis au tribunal⁶⁶. Le recours à l'expert implique que le litige à résoudre porte sur des questions d'une certaine complexité et que, en l'absence du témoin expert, le tribunal ne pourrait comprendre les faits ou les interpréter de façon appropriée⁶⁷.

La partie qui désire faire témoigner un témoin expert devra, au préalable, établir l'objet de son témoignage, ses compétences et plus particulièrement son expérience ainsi que le degré de ses connaissances (titres, diplômes, publications, étendue des études et recherches, expérience pratique, etc.) pour le faire qualifier à ce titre⁶⁸. Elle pourrait en être dispensée sauf si les autres parties consentent à reconnaître sa qualité d'expert. Le témoin expert peut être disqualifié lorsqu'il est manifeste qu'il manque d'expérience ou qu'il ne possède pas les compétences requises⁶⁹. Si l'une des parties fait défaut de s'objecter au témoignage de l'expert, elle ne peut, par la suite, en demander l'exclusion, sauf

65. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 169. Voir également LANDRY, «*De la preuve par expert: la jurisprudence*», (1980) 40 R. du B. 652, p. 659, quant aux qualités exigées de l'expert. Selon Landry, l'expert doit être:

« 1. expérimenté;

2. impartial;

3. admis à fournir son opinion si elle n'est pas frivole et à condition qu'elle soit fondée sur des faits pertinents;

4. cependant soumis aux mêmes critères de force probante et de crédibilité que le témoin ordinaire.

C'est donc à cause de sa formation particulière et en rapport avec le cas en litige que l'expert est amené à fournir son opinion, fondée sur une expérience vécue, de façon impartiale.»

66. Voir notamment *Lortie c. R.*, (1986) R.J.Q. 2787, où la Cour d'appel rappelle que toute expertise pertinente au débat est admissible en preuve à moins que sa recevabilité ne soit interdite par une quelconque disposition législative. Voir au même effet, *C.Q.: 540-41-0000822-890*, Montréal (Laval), 1990-02-15, où le tribunal déclare inadmissible, vue l'absence d'une autre preuve, la preuve d'un expert visant à établir que l'enfant présentait le profil d'une enfant abusée.

67. Voir notamment *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473; *Protection de la jeunesse-530*, [1992] R.J.Q. 814.

68. En ce qui concerne les qualités requises de l'expert appelé à témoigner en matière d'abus sexuels, voir notamment John C. YUILLE, «*L'expert et la loi*», conférence présentée dans le cadre du Stage de formation spécialisée sur les abus sexuels envers les enfants, à Montebello, du 22 au 26 novembre 1987.

69. Voir toutefois dans *Protection de la jeunesse-79*, (T.J.: 200-41-000104-802, Québec, 1982-12-07, J.E. 83-56, où le tribunal a rejeté une objection à l'encontre du témoignage d'un médecin généraliste, alléguant qu'il n'avait pas une connaissance spécialisée en psychiatrie. En l'occurrence, le tribunal fut d'avis qu'il y avait néanmoins lieu de permettre à ce témoin de répondre aux questions concernant les tendances psychopathiques de l'enfant.

qu'elle pourra en attaquer la valeur probante, notamment lors du contre-interrogatoire⁷⁰.

Le témoin expert jouit d'un statut particulier⁷¹ qui découle des attentes qu'on entretient à son égard et du rôle qu'il est appelé à remplir auprès du tribunal. Pour ces raisons, le témoin-expert n'est pas obligé de quitter la salle d'audience lorsque l'exclusion des témoins est ordonnée par le tribunal⁷².

L'expert doit donner son avis. En effet,

«Le témoin expert ne peut se contenter d'énoncer une opinion purement théorique, scientifique ou abstraite. Celle-ci doit être fondée sur des faits qu'il a observés ou qui ont été légalement prouvés.»⁷³

Le tribunal n'est pas lié par le témoignage de l'expert⁷⁴ et il n'est pas obligé d'y accorder une valeur probante plus grande qu'il n'accorderait au témoignage du témoin ordinaire:

«... l'appréciation de l'opinion d'un témoin expert relève du domaine exclusif du juge des faits, qui devra prendre en considération non seulement les facteurs de crédibilité du témoin en général, mais également la compétence de celui-ci de même que la fiabilité des instruments d'évaluation et des techniques auxquels il aura eu recours.»⁷⁵

Les règles relatives à la recevabilité et à l'administration de la preuve testimoniale et matérielle s'appliquent au témoin expert. Par ailleurs, son témoignage ne saurait être utilisé pour introduire une preuve qui autrement serait illégale⁷⁶.

70. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 170.

71. *Hôtel-Dieu de Québec et autre c. Bois et autre*, (1977) C.A. 563.

72. Voir notamment A. DRAGOMIR, *«Le témoin-expert et le huis clos»*, Direction de la recherche, Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, 1990-04-19, 90MCJ-012; Voir également la décision rendue dans *Protection de la jeunesse-567*, [1992] R.D.F. 730, J.E. 92-1338.

73. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 171.

74. *Ibid.*, p. 45.

75. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739, p. 1747.

76. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 172.

Dans plusieurs cas, le tribunal a jugé que la force probante de la preuve d'expert était faible parce que les techniques utilisées n'étaient pas éprouvées ou fiables ou qu'il s'agissait tout simplement d'une preuve inadmissible⁷⁷.

La jurisprudence semble partagée sur l'étendue de l'opinion pouvant être émise par le témoin expert. De façon générale, on reconnaît qu'elle ne saurait porter sur une question de droit. Par contre, on a reconnu que l'opinion du témoin expert pouvait aller jusqu'à se prononcer sur la question principale faisant l'objet du litige que doit trancher le tribunal⁷⁸.

On exige du témoin expert qu'il soit impartial⁷⁹, ce qui peut parfois se révéler une tâche difficile étant donné les pressions qui peuvent parfois être exercées par les parties⁸⁰.

Les professionnels sont parfois tenus au secret professionnel⁸¹. Il convient donc de voir en quoi consiste cette obligation et quelle est sa portée dans le cadre d'évaluations ou d'expertises consenties aux fins d'application de

77. Voir notamment *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739, relativement à l'utilisation des poupées anatomiques; *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701, quant à l'utilisation d'une entrevue filmée; *Protection de la jeunesse-438*, 540-41-000082-890, Laval, 1990-02-15, J.E. 90-765, où la preuve d'expert relative au profil d'enfant agressée ne fut pas admise parce qu'on ne pouvait établir un lien de connexité permettant d'inférer l'agression; *Protection de la jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 quant à l'admissibilité en preuve des résultats d'un pléthysmographie visant à établir que le père de l'enfant n'était pas l'agresseur.

78. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 172. Voir également *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473, p. 1477, où de l'avis de l'honorable juge Durand-Brault: «...rien n'empêche la psychologue, en puisant dans son expérience professionnelle auprès des enfants, d'émettre son opinion sur le lien de causalité possible entre les perturbations diagnostiquées chez l'enfant et l'abus sexuel et de conclure que la cause de ce qu'il constate est ou n'est pas, selon lui, l'abus sexuel.»

79. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 170.

80. Voir à cet effet notamment Lucille L. Arès, «Le psychologue et la protection de l'enfant» dans *Les enfants devant la justice*, *supra*, note 27, p. 107 à 119, plus particulièrement à la p. 110, où l'auteure affirme que:

«Il est primordial de bien connaître les attentes de la personne qui fait une demande d'expertise. Il arrive parfois que le mandataire fasse des pressions quant aux conclusions recherchées ou quant aux suggestions d'orientation à émettre devant le tribunal. Le psychologue doit alors refuser une telle expertise, car il lui sera impossible d'intervenir d'une façon objective et libre de toute contrainte. L'honnêteté et l'objectivité sont les deux assises de la crédibilité devant un tribunal.»

81. Sur le secret professionnel, voir notamment: MORISSETTE et SHUMAN, «*Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve*», (1984) 25 *C. de D.* 501; N. VALLIERES, «Le secret professionnel inscrit dans la Charte des droits et libertés de la personne au Québec», (1985) 26 *C. de D.* 1019; L. DUCHARME, «Le secret médical et l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*», (1984) 44 *R. du B.* 955; A. DRAGOMIR, «*Le secret professionnel*», Service de recherche du Tribunal de la jeunesse, 1987-08-03, 87 M CJ-009; «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 405 à 439.

la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Soulignons qu'une jurisprudence volumineuse a traité de cette question et de son application en matière de protection de la jeunesse⁸².

L'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* reconnaît à toute personne le droit au respect du secret professionnel. Il ne s'agit pas, toutefois, d'un droit absolu et son étendue a largement été circonscrite par la jurisprudence. Il ne suffit pas d'invoquer le secret professionnel pour que le «professionnel» puisse se soustraire de son obligation de témoigner sur certains faits devant le tribunal. De même, ce ne sont pas tous les «professionnels» qui peuvent invoquer ce droit, mais uniquement ceux faisant partie de corporations professionnelles qui ont intégré cette obligation dans le cadre de leur code de déontologie⁸³. Le droit au secret professionnel existe en faveur de celui qui s'est confié au «professionnel» dans le but d'obtenir une aide ou un service⁸⁴.

La jurisprudence majoritaire de la Chambre de la jeunesse s'accorde pour dire que le consentement à une évaluation professionnelle dans le cadre de l'intervention du directeur de la protection de la jeunesse emporte une renonciation implicite au respect du secret professionnel. On devra, toutefois, distinguer ces cas de ceux où il y a existence d'une relation «professionnel-enfant» ou «professionnel-parent» dans le cadre d'un «suivi» ou de consultations à des fins professionnelles. Dans de telles situations, le secret professionnel devrait normalement être protégé à moins que la personne recevant ces services n'ait consenti à renoncer au secret professionnel⁸⁵.

ii) L'expertise et la contre-expertise

Rappelons qu'en matière de protection, la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit que l'enquête doit se dérouler en deux temps.

La première étape concerne l'enquête sur la compromission. La loi ne précise pas les circonstances qui justifient de recourir à la preuve par expert. On

82. Voir notamment les décisions suivantes: *A. c. B.*, (1981) R.P. 14; *Protection de la jeunesse-91*, (1983) T.J. 2040; *Protection de la jeunesse-91*, (1983) C.S. 1072; *T.J.: 500-41-000585-839*, Montréal, 1983-11-02; *T.J.: 450-000862-83*, Saint-François, 1983-12-08; *T.J.: 250-41-000004-833*, Kamouraska, 1983-11-14; *C.S.: 250-24-000001-835*, Kamouraska, 1984-08-27; *Protection de la jeunesse-197*, (1985) T.J. 2025; *C.S.: 450-24-000001-85*, Saint-François, 1985-05-29; *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218; *Protection de la jeunesse-435*, [1990] R.D.F. 297, J.E. 90-766.

83. Voir notamment *C.S.: 250-24-000001-835*, Kamouraska, 1984-08-24; *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218.

84. Voir «Le secret professionnel inscrit dans la *Charte des droits et libertés de la personne*», *supra*, note 81.

85. Voir notamment *Protection de la jeunesse-435*, [1990] R.D.F. 297, J.E. 90-766.

doit alors se référer aux règles d'administration de la preuve qui circonscrivent la recevabilité et l'admissibilité de ce moyen de preuve, dont la nécessité et la pertinence. Par contre, lorsque l'enquête porte sur des mesures, l'article 86 de cette loi indique clairement que le tribunal devra demander au directeur de la protection de la jeunesse de procéder à l'étude de la situation sociale de l'enfant et qu'il peut même demander qu'il y soit jointe une évaluation psychologique, médicale ou toute autre expertise qui pourrait s'avérer utile.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* ne définissant pas en quoi consiste l'expertise⁸⁶, il y a lieu de recourir à la définition couramment utilisée du terme ainsi qu'à son emploi par la jurisprudence. À cet égard, *Le Petit Larousse illustré*⁸⁷ définit la notion d'expertise comme suit:

«constatation ou estimation effectuée par un expert; ... examen de questions purement techniques confié par le juge à un expert; rapport établi par cet expert; ... rapport d'un expert...»⁸⁸

Plus souvent qu'autrement, l'expertise consiste en un rapport préparé par un expert⁸⁹ pour la partie qui a requis ses services. Les champs d'expertise pouvant éclairer le tribunal en matière de protection de la jeunesse sont fort nombreux. Il peut notamment s'agir d'expertises préparées par des psycho-

86. En effet, malgré que les articles 86 et 88 *L.P.J.* traitent de la production d'expertises devant la Chambre de la jeunesse, ces dispositions ne s'appliquent qu'aux évaluations ou expertises qui sont exigibles par le tribunal une fois qu'il a conclu à la compromission et qu'il est appelé à décider des mesures applicables au cas. Ces dispositions ne traitant pas de l'enquête sur la compromission, il s'ensuit que les parties au litige disposent de toute liberté en ce qui a trait à leur choix de recourir ou non à des évaluations ou expertises lors de cette étape des procédures. Voir également le commentaire de Me J.-F. Boulais relativement au témoignage de l'expert et à la production préalable du rapport (art. 402.1 *C.p.c.*) ainsi que sur l'expertise (art. 414 et s. *C.p.c.*) dans «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», *supra*, note 14, p. 318, alors que l'auteur affirme que les règles édictées par ces dispositions, dont le fait que le témoin-expert ne puisse être entendu si son rapport n'a pas été préalablement été signifié aux parties, ne trouveraient pas d'application en matière de protection de la jeunesse parce que jugées incompatibles avec les autres dispositions de la loi. Voir également la décision dans *T.J.: 500-41-000571-813*, Montréal, Jacques Lamarche, 1982-04-21, où l'on distingue entre l'étape de l'enquête sur compromission et celle portant sur les mesures à prendre à l'égard de l'enfant.

87. *Le Petit Larousse illustré 1992*, Larousse, 1991.

88. *Ibid.*, p. 410.

89. Voir notamment P. DE BOUCHERVILLE, «*Abus sexuel: l'expertise psychologique*», *J. du B.*, 1993-02-15, p. 22; M. HUARD et C. JODOIN-PILON, «*L'expertise psychologique en situation d'abus sexuel*», dans *L'enfant abusé: psychologie et droit (1992)*, *supra*, note 14, p. 1 à 26, où les auteurs traitent de l'évaluation psychologique et de ses diverses composantes.

logues⁹⁰, des psychiatres, des médecins⁹¹ ou autres professionnels de la santé, des criminologues ou des intervenants sociaux.

La *Loi sur la protection de la jeunesse* ne limite aucunement le nombre d'experts que peut présenter une partie. Chaque partie peut donc, à sa discrétion, présenter ou non une preuve d'expert dans le cadre de l'enquête sur compromission. Ainsi, le tribunal peut parfois se retrouver littéralement submergé de rapports d'experts divers préparés à l'intention des multiples parties et contenant quelquefois des conclusions contradictoires. Par ailleurs, ces expertises contiennent souvent des recommandations relatives aux mesures, alors qu'à cette étape des procédures, le tribunal ne devrait pas être saisi de telles informations.

Quant à la contre-expertise,⁹² les règles régissant sa recevabilité sont difficiles à cerner eu égard, l'utilisation qui en est faite devant la Chambre de la jeunesse. En effet, dans la mesure où la contre-expertise consiste en une seconde expertise destinée à vérifier ou à contredire les conclusions d'une première expertise, que doit-on considérer comme étant une contre-expertise en matière de protection? S'agit-il de toutes les expertises soumises par les parties autres que le directeur de la protection de la jeunesse lors de l'enquête sur la compromission? Ou s'agit-il uniquement des évaluations ou des expertises présentées par les parties en contestation de l'évaluation requise par le tribunal lors de l'enquête sur mesures, tel que le permet implicitement l'article 88 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*?

L'analyse des dispositions de cette loi et la revue de la jurisprudence⁹³ nous amènent à constater que l'on peut recourir à la contre-expertise tant au niveau de l'enquête sur la compromission que sur celle relative aux mesures de

90. Voir notamment *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739.

91. Voir notamment *Protection de la jeunesse-530*, [1992] R.J.Q. 814; *Protection de la jeunesse-513*, J.E. 91-1409.

92. Cette notion n'est aucunement définie dans la loi. Selon *Le Petit Larousse illustré 1992*, *supra*, note 87, la contre-expertise consiste en «une seconde expertise destinée à vérifier les conclusions d'une première expertise; les conclusions, le rapport de cette seconde expertise».

93. Voir notamment *T.J.*, 600-41-000007-865, Rouyn, 1986-06-27; *T.J.*, 500-41-000191-885 *et autre*, Montréal, 1988-07-20; *T.J.*, 500-41-000406-804, Montréal, 1980-09-12; *Protection de la jeunesse-432*, C.Q.: 350-41-000032-899, 1989-12-13, J.E. 90-446.

protection⁹⁴. Toutefois, il est néanmoins difficile de cerner avec précision les circonstances et les conditions qui justifient son utilisation.

En ce qui concerne l'enquête sur compromission, les parties sont libres de présenter la preuve qu'elles jugent appropriée et nécessaire pour permettre au tribunal de décider du litige. La loi ne prévoit pas de délai obligatoire de transmission des expertises aux autres parties⁹⁵, même si l'article 88 *L.P.J.* oblige les parties à transmettre le contenu d'une expertise aux autres afin de leur permettre, s'il y a lieu, d'en contester les données ou les conclusions. Toutefois, dans le cadre d'une conférence préparatoire (prévue dans les cas où l'on estime que l'enquête durera plus d'une journée), les rapports des divers experts sont habituellement transmis aux autres parties à ce stade. Dans les autres cas, il y a lieu de présumer que les parties n'en prendront connaissance qu'au moment de l'enquête sur la compromission devant le tribunal.

Dans le cadre de l'enquête sur les mesures de protection, le tribunal doit, conformément à l'article 86 de la loi, demander au directeur de faire une étude sur la situation sociale de l'enfant. De même, le directeur peut, à sa discrétion, ou il doit, lorsque le tribunal lui en fait spécifiquement la demande, joindre à l'étude sociale une évaluation psychologique ou médicale de l'enfant et des membres de sa famille ou toute autre expertise qui pourrait se révéler utile.

L'article 87 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit la situation de l'enfant âgé de plus de 14 ans ou des parents qui refuseraient de se soumettre à l'évaluation exigée conformément à l'article 86 de cette loi. En cas de refus de l'enfant, l'évaluation ne pourra avoir lieu et le refus sera constaté dans le rapport. De même, en cas de refus des parents, celui-ci sera également consigné dans un rapport transmis au tribunal. Malgré un refus des parents, l'enfant âgé de plus de 14 ans pourrait consentir à se soumettre à une telle évaluation.

-
94. Voir notamment la décision dans *Protection de la jeunesse-432*, J.E. 90-446. En l'espèce, les parties s'étaient soumises à une évaluation psychologique demandée par le d.p.j. La mère a procédé à une contre-expertise mais le père refusa de s'y soumettre. Ainsi que le souligne le tribunal, la compromission n'ayant pas été déclarée, le tribunal ne peut recourir aux articles 86 à 88 pour ordonner au père de s'y soumettre. Toutefois, le tribunal est d'avis qu'en vertu de la règle *audi alteram partem*, chaque partie doit avoir la possibilité de répondre aux prétentions de l'autre, ce qui comprendrait la possibilité de contredire l'expertise. Le tribunal fut d'avis qu'étant donné que le père s'était déjà soumis à l'expertise du d.p.j., il devait conséquemment se soumettre à la contre-expertise demandée par la mère.
95. Ainsi que nous l'avons souligné précédemment à la note 86, les dispositions du *Code de procédure civile* relatives au témoignage d'un expert et à la production préalable du rapport n'ont pas à être suivies devant le tribunal puisque ne faisant pas partie de l'énumération prévue à l'article 85 *L.P.J.* Voir, à ce sujet, C.S., 405-24-000001-80, Drummond, 1980, 23 sept., p. 4 et 5. *Contra*, J. MERCIER, *supra*, note 9, p. 394 à 397.

Quant à l'enfant âgé de moins de quatorze ans, le refus des parents ne constitue pas nécessairement un empêchement puisque la jurisprudence reconnaît que l'avocat représentant l'enfant peut consentir au nom de son client⁹⁶. Aussi, lorsque les parents sont séparés, le consentement donné par le titulaire de l'exercice de l'autorité parentale qui assume la garde physique de l'enfant s'avère suffisant pour permettre l'évaluation⁹⁷.

La loi prévoit toutefois une exception à la règle de «non-contraignabilité» à l'évaluation lorsque la situation concerne un abus physique ou sexuel. Dans ces cas, les parents et l'enfant ne pourront refuser et devront se soumettre à l'évaluation, l'étude ou l'expertise requise⁹⁸.

Conformément aux dispositions de l'article 88 de cette loi, les résultats de l'évaluation ou de l'expertise doivent être transmis aux parties qui pourront en contester les données ou les conclusions, ce qui donne ouverture à la contre-expertise.

iii) L'expert désigné par la cour

La preuve par expert n'étant admissible que lorsqu'elle est nécessaire et pertinente, on peut se demander s'il ne serait pas parfois plus efficace et expéditif devant la Chambre de la jeunesse, qu'un ou des experts neutres soient nommés par la cour pour mener les diverses expertises requises pour l'éclairer. Les dispositions des articles 414 et suivants *C.p.c.* permettent au tribunal d'ordonner une expertise de sa propre initiative⁹⁹. Bien que les juges de la Chambre de la jeunesse ordonnent parfois de telles expertises, il semblerait qu'ils n'ont pas recours à ces dispositions pour le faire.

2. La preuve documentaire et matérielle

La preuve documentaire comprend toute preuve faite au moyen d'un document, mais vise plus particulièrement celle où l'on veut prouver la véracité de son contenu¹⁰⁰.

96. Voir notamment *Protection de la jeunesse-438*, C.Q.: 540-41-000082-890, Laval, 1990-02-15, J.E. 90-765.

97. Voir notamment *Protection de la jeunesse-295*, [1988] R.J.Q. 218.

98. Voir notamment *Protection de la jeunesse-339*, T.J.: 615-41-000013-887, Abitibi, 1988-06-16, J.E. 88-883.

99. Voir à ce sujet, les commentaires de J.-C. Royer dans «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 177 et s.

100. J. BELLEMARE, L. VIAU, «*Droit de la preuve pénale*», Les Éditions Thémis, 1991, p. 321 et s.

En principe, les règles d'administration de la preuve du *Code de procédure civile* exigent que le témoin soit entendu devant le tribunal afin que la partie adverse puisse le contre-interroger. Par conséquent, une personne ne pourrait rédiger un écrit pour tenir lieu de son témoignage même s'il est accompagné d'un affidavit¹⁰¹.

La règle de l'irrecevabilité du témoignage écrit comporte, toutefois, certaines exceptions. Ainsi, l'article 294.1 *C.p.c.*, prévoit que le tribunal peut accepter un rapport médical pour tenir lieu du témoignage du médecin¹⁰². Le paragraphe (b) de cette disposition s'applique également au rapport d'un policier. Une partie pourra néanmoins requérir la présence du médecin ou du policier lorsqu'elle estime que la seule production du document s'avère insuffisante. Rappelons que l'article 294.1 *C.p.c.* s'applique, en vertu de l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, à l'abus sexuel¹⁰³.

Dans le cas des autres intervenants, tels les psychologues ou travailleurs sociaux, la règle à suivre devrait normalement être celle prévue à l'article 402.1 *C.p.c.*, qui exige la production du rapport avec avis et copies signifiés aux parties, avant que le témoin ne puisse témoigner. L'article 88 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* produit le même effet. Toutefois, en l'espèce, les rapports de psychologues ou autres sont habituellement déposés en preuve au moment de la conférence préparatoire ou lors de leur témoignage lors de l'enquête.

Les enregistrements magnétiques constitueraient plutôt une preuve matérielle.¹⁰⁴ Selon le professeur Royer, la preuve matérielle aurait une valeur probante supérieure aux autres modes de preuve. En effet, elle permet au juge de constater un fait par ses propres sens¹⁰⁵.

Lorsque l'enregistrement magnétique vise à faire la preuve de la déclaration antérieure à l'instance de l'enfant, on applique alors l'article 85.6 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Ainsi, l'enregistrement ne pourra être admis en preuve que si l'on a préalablement établi son authenticité. Il faudra donc, à l'aide de témoins, établir l'identité et l'intégralité de l'enregistrement.

101. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 233 et s.

102. Dans cette hypothèse, le rapport produit au greffe doit être signifié aux autres parties conformément aux règles de pratique. Toutefois, les règles de pratique de la Chambre de la jeunesse (B-69 à B-86 *C.p.c.*) ne prévoient pas ces modalités. Cependant, l'article 88 *L.P.J.* pourrait recevoir une telle portée.

103. À ce titre, les règles de pratique concernant l'article 294.1 *C.p.c.* devraient donc s'appliquer.

104. *«La preuve civile»*, supra, note 32, p. 331.

105. *Ibid.*, p. 331.

Les tribunaux exigent généralement, pour établir l'authenticité de l'enregistrement, que l'on démontre le bon fonctionnement de l'appareil, la qualification de l'utilisateur et l'absence d'altération du contenu¹⁰⁶.

3. La preuve par présomption

«La preuve par présomption, qualifiée également de preuve indirecte ou indiciaire, est une «conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu [...]»

«Les présomptions sont établies par la loi ou résultent des faits qui sont laissés à la discrétion du tribunal.»¹⁰⁷

L'article 38 paragraphe (g) crée une présomption légale de compromission, une fois la situation de danger prouvée par le directeur de la protection de la jeunesse¹⁰⁸. Il appartient alors à l'autre partie, habituellement les parents, à établir l'absence de compromission. Il s'agit donc d'une présomption *juris tantum*, réfutable par la preuve contraire¹⁰⁹. En effet,

«La preuve par présomptions est un procédé de preuve qui permet au juge de conclure à l'existence du fait contesté, en prenant pour base un ensemble de faits connus, encore appelés indices. Sans doute, ces indices n'apportent pas au juge une certitude totale; mais du moins lui permettent-ils, en se fortifiant mutuellement de passer "de la vraisemblance à la certitude" et d'en déduire la réalité du fait litigieux.»¹¹⁰

106. *Ibid.*, p. 335. Par ailleurs ainsi que le fait remarquer l'auteur à la page 336: «*La nature juridique de ce moyen de preuve n'est pas encore clairement définie. Parfois, il est assimilé à une preuve documentaire. Le courant jurisprudentiel qui considère l'enregistrement sonore comme un procédé autonome et distinct de la preuve écrite ou testimoniale est plus juridiquement fondé. Il s'agit d'une preuve matérielle qui n'est pas visée par la règle de la meilleure preuve applicable à la preuve documentaire. Elle n'est pas davantage assujettie aux règles relatives à l'administration de la preuve testimoniale, sauf en ce qui a trait à son authenticité...*»

107. *Ibid.*, p. 271.

108. Voir, notamment, «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 58 où est définie la notion de présomption légale. «*La présomption légale est la conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu. Elle allège l'obligation de convaincre qui incombe à un plaideur.*»

109. *Ibid.*, p. 272 et s.; «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 101 et s.; «*Loi sur la protection de la jeunesse, texte annoté*», *supra*, note 14, p. 124-125; T.J.: 100-41-000004-80, Rimouski, 1980-02-12; T.J.: 450-41-000032-85, Saint-François, 1985-06-25, confirmé par C.S.: 450-24-000003-852, Saint-François, 1986-01-16; T.J.: 500-41-001050-858, Montréal, 1986-09-03; *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739. Voir aussi: *Protection de la jeunesse-461*, C.Q.: 500-41-001183-899, 1990-12-13, J.E. 91-255; C.S.: 500-24-000004-928, Montréal, 1993-02-19.

110. Cité dans «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 101 à 102.

En matière de protection, la preuve par présomptions de faits est souvent le seul moyen pour établir l'existence des abus sexuels à l'égard de l'enfant.

4. La preuve par aveu

«L'aveu est la reconnaissance d'un fait de nature à produire des conséquences juridiques contre son auteur. Il est judiciaire ou extrajudiciaire.

L'aveu judiciaire est celui qui est fait dans l'instance même où il est invoqué; tout autre aveu est extrajudiciaire.»¹¹¹

L'aveu porte habituellement sur un acte ou un fait juridique préjudiciable à son auteur et de nature à lui nuire. Conformément à l'article 1245 C.c.B.C., l'aveu judiciaire est opposable à celui qui l'a fait et il n'a pas besoin d'être prouvé puisqu'il est fait dans le cadre de l'instance où il a été invoqué. L'aveu judiciaire peut être écrit ou verbal. Il découle souvent du témoignage des parties rendu avant ou lors de l'enquête. Il peut notamment s'agir des admissions des parties quant au bien-fondé d'une allégation de la déclaration.¹¹²

Ainsi que le souligne M. Royer:

«L'aveu judiciaire est le meilleur moyen de preuve qu'un plaideur puisse obtenir. Il constitue une preuve complète et suffisante du fait admis. Il ne peut être révoqué pour cause d'erreur de droit. Sa valeur probante est équivalente à une confession de jugement.»¹¹³

En matière de protection de la jeunesse, les aveux complets sont plutôt rares (sauf s'il y a eu mesures volontaires), même s'ils peuvent parfois alléger la preuve que doit faire le directeur¹¹⁴. Ainsi, l'admission par les parties que si

111. *«La preuve civile», supra, note 32, p. 303 et s.*

112. Toutefois, ainsi que le souligne Royer, *ibid.*, p. 316, «L'avocat possède un mandat général pour représenter un client dans la conduite d'un procès. Il est autorisé à faire des aveux, sauf lorsque le législateur exige expressément un mandat spécial. Ces admissions se retrouvent principalement dans les procédures écrites, les certificats d'état de cause et les procès-verbaux relatant les aveux faits lors d'une conférence préparatoire ou lors de l'instruction. *Cependant une affirmation, faite par un procureur dans sa plaidoirie verbale, ne constitue pas un aveu opposable à son client.*» (nos italiques)

113. *Ibid.*, p. 319.

114. Voir notamment les décisions suivantes, qui font mention d'admissions ou d'aveux divers : T.J.: 450-41-000409-86 et autres, Saint-François, 1987-01-06; T.J. 450-41-000561-86, Saint-François, 1986-11-19, où le père affirmait que les abus sexuels qu'il avait commis sur sa fille lui avaient été dictés par Satan; T.J.: 500-41-000398-86, Montréal, 1986-05-29; T.J.: 500-41-000307-879, Montréal, 1987-12-09, où, malgré les aveux, le tribunal a jugé qu'il n'y avait plus lieu d'intervenir puisque les services sociaux avaient trop tardé et que la situation avait été prise en main par les parents, alors que le père était suivi en thérapie; T.J.: 200-41-

l'enfant témoignait, la substance de son témoignage correspondrait à ses déclarations antérieures, dispense le directeur de la protection de la jeunesse de devoir prouver les déclarations antérieures de l'enfant relatives à l'abus sexuel.

L'aveu extrajudiciaire est fait en dehors de l'instance ou dans une autre cause. Il devra être expressément allégué et prouvé.¹¹⁵ L'aveu extrajudiciaire peut être écrit ou verbal. Lorsqu'il est écrit, sa preuve s'effectue habituellement par la production de l'écrit qui le contient. La preuve de l'aveu extrajudiciaire verbal se fait par le témoignage d'une personne qui a entendu la déclaration de la partie à qui on impute cet aveu.

Est notamment considéré comme constituant un aveu extra-judiciaire, le plaidoyer de culpabilité donné par la partie adverse dans le cadre d'une cause pénale ou criminelle. Le fait pour le présumé agresseur de reconnaître sa culpabilité à la suite d'une accusation d'une infraction à caractère sexuel commise à l'égard de l'enfant, faisant l'objet de procédures en matière de protection, pourrait donc être mis en preuve.

D) Le fardeau de la preuve

Contrairement à la règle applicable en matière criminelle, où l'on doit prouver, hors de tout doute raisonnable, la culpabilité de l'accusé, la règle applicable en matière civile est celle de la prépondérance de la preuve¹¹⁶, c'est-à-dire par la preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que celle de son inexistence. En l'occurrence, le recours à la preuve par présomption sera fréquent¹¹⁷.

Il s'agit de prouver les abus par «des indices précis, graves et concordants pouvant rendre l'existence des abus plus probables que leur inexistence.»¹¹⁸ Toutefois, il semblerait qu'une nouvelle tendance se dessine quant au degré de probabilité qui serait nécessaire pour établir l'existence des abus sexuels. Selon certains, le degré de preuve requis en matière d'abus sexuels devrait être plus exigeant qu'il ne l'est relativement à d'autres motifs de

000076-885, Québec, 1988-05-17, où le père admit qu'il avait fait usage de force physique sur ses enfants mais ne la considérait pas comme abusive.

115. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 304 et s.

116. *Ibid.*, p. 62 et s; «*Précis de la preuve*», *supra*, note 33, p. 18 et s.

117. «*Abus sexuel d'enfants: réponse judiciaire*», *supra*, note 61.

118. Voir notamment les décisions suivantes: *Protection de la jeunesse-256*, [1987] R.J.Q 1207; *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701; *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q 1473; *Protection de la jeunesse-391*, [1989] R.J.Q. 1341; *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.); *Protection de la jeunesse-530*, [1992] R.J.Q. 814; *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274.

compromission et exigerait une attention spéciale¹¹⁹. Rapportons, à ce sujet, la théorie de l'honorable juge Elaine Demers¹²⁰ qui, après avoir analysé la jurisprudence relative à la prépondérance de preuve, affirme que:

«En matière de protection, un jugement prononçant la situation d'un enfant compromise aux motifs d'abus sexuels emporte de graves conséquences pour l'enfant puisque celui-ci peut être retiré de la cellule familiale dans laquelle il vit ou bien alors se voir privé de contact avec l'abuseur, souvent son géniteur.

À la lumière de ce qui précède, nous soutenons, comme l'honorable juge Dickson dans l'arrêt Oakes, qu'en matière civile il y a divers degrés de probabilité qui varient en fonction des circonstances. Nous sommes également d'avis qu'en matière de protection, le juge des faits doit, plus particulièrement dans les cas où l'enfant n'est pas apte à témoigner, exiger un degré de probabilité plus élevé dans la preuve d'abus sexuels [...].»¹²¹

Bien que cette tendance ne soit pas partagée par tous¹²², les questions ainsi soulevées laissent présager la nécessité d'un débat permettant de mesurer la portée réelle d'une telle exigence et ses répercussions sur la preuve requise en matière d'abus sexuels.

E) La force probante de la preuve

On peut définir la «force probante» comme la valeur ou la force de persuasion, voire de conviction que le tribunal accorde aux divers moyens de preuve qui lui ont été présentés au moment où il est appelé à évaluer la preuve.

119. Voir J. ULYSSE, «*La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuel des enfants*», *supra*, note 14, plus particulièrement aux p. 80 à 86, où l'auteur traite de la règle de «*spécial scrutiny*» et de ses implications en matière de protection de la jeunesse, particulièrement en ce qui concerne la preuve d'abus sexuels.

120. «*L'abus sexuel et l'agression sexuelle: l'un peut-il exister sans l'autre?*», *supra*, note 16.
121. *Ibid.*, p. 42.

122. *Ibid.*, p. 44, citant l'honorable juge Georges Savoie (dans C.S.: 460-24-000001-913, Saint-François, 1992-10-27), qui affirme que la norme applicable est celle de la simple prépondérance de la preuve. Voir également les réserves exprimées à cet effet par Me J. Ulysse dans «*La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuels des enfants*», *supra*, note 14, p. 80 et s.; ainsi que l'opinion de l'honorable juge Barrette citée dans «*La réponse judiciaire au problème de l'abus sexuels des enfants*», *ibid.*, p. 82, dans C.Q.: 500-41-000108-913, Montréal, 1991-11-28, où ce dernier affirme que: «*C'est qu'il est important de comprendre précisément que le régime de preuve retenu est le même qu'en matière civile et la Cour n'a pas à distinguer ou être plus "tatillonne" si on me permet l'expression, sous prétexte qu'il s'agit d'un abus sexuel.*»

En ce qui concerne les témoignages, la force probante découle non pas de leur quantité, mais davantage de leur qualité et de leur crédibilité¹²³.

Relativement au témoignage de l'enfant, le tribunal accorde habituellement une importance marquée à l'aptitude de l'enfant à relater et à rapporter les faits avec honnêteté, sincérité, précision, clarté et conviction. La constance du contenu de son témoignage, le vocabulaire utilisé, ainsi que le fait que d'autres éléments de preuve viennent soutenir ses propos sont souvent considérés pour donner au témoignage de l'enfant une force probante certaine¹²⁴.

Les techniques d'interrogatoire et de contre-interrogatoire de l'enfant peuvent grandement influencer la teneur de son témoignage et il est essentiel que les avocats des diverses parties sachent adapter leurs techniques d'entrevue à la réalité de l'enfant témoin¹²⁵. À cet égard, le juge devrait s'assurer, dans les limites qui lui sont imposées par la loi, que l'enfant ne soit pas l'objet d'une «inquisition abusive»¹²⁶. De même, il est tout aussi important que le juge, qui préside l'enquête, fasse les distinctions qui s'imposent au niveau de son appréciation entre le témoignage du témoin enfant et celui du témoin adulte, notamment en ce qui concerne certaines contradictions pouvant être révélées lors du contre-interrogatoire¹²⁷.

123. Voir *Le précis de la preuve*, supra, note 33, p. 103; Relativement à la crédibilité du témoignage d'enfants, voir notamment M. WELLS, «*L'enfant peut-il être crédible?*», conférence prononcée dans le cadre du Stage de formation spécialisée sur les abus sexuels envers les enfants, Montebello, 22 au 26 novembre 1987.

124. Voir P. DE BOUCHERVILLE, «*L'enfant abusé: un témoin crédible?*», *J. du B.*, 1993-03-15, p. 20-21; Voir également les décisions suivantes relativement à l'appréciation du témoignage des enfants par le tribunal: *T.J.: 615-41-000012-871*, Amos, 1987-07-30; *T.J.: 200-41-000226-860*, Québec, 1988-01-07; *T.J.: 540-41-000092-877 et autre*, Laval, 1988-02-17; *T.J.: 455-41-000007-880*, Bedford, 1988-08-29; *Protection de la jeunesse-561*, C.Q. 500-41-001111-916, Montréal, 1992-05-15, J.E. 92-1225; *Protection de la jeunesse-576*, C.Q. 550-41-000055-929, Hull, 1992-07-24, J.E. 92-1671; *Protection de la jeunesse-578*, C.Q.: 500-41-000099-922, Montréal, 1992-09-09, J.E. 92-1710.

125. Voir notamment «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», supra, note 45; H. VAN GIJSEGHM, «*L'enfant témoin: facteurs cognitifs*», dans *L'enfant abusé: psychologie et droit* (1992), supra, note 14, p. 27 à 42; W. HARVEY, «*La préparation de l'enfant appelé à témoigner*», conférence présentée dans le cadre du Stage de formation spécialisée sur les abus sexuels envers les enfants, Montebello, Québec, 22 au 26 novembre 1987.

126. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», supra, note 45, p. 80.

127. *Ibid.*, p. 80. Voir à cet effet la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux p. 54 à 55, relativement à la crédibilité des témoins enfants. À ce sujet, l'honorable juge Wilson écrit: «... Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait. Ces dernières années, nous avons adopté une attitude beaucoup plus bienveillante à l'égard du témoignage des enfants, réduisant les normes strictes du serment et de la corroboration et, à mon avis, il s'agit d'une amélioration souhaitable. Évidemment, il faut apprécier soigneusement la crédibilité de chaque témoin qui dépose devant la Cour mais la norme de

Conformément à l'article 85.5 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, les déclarations antérieures de l'enfant peuvent être recevables en preuve et faire preuve de leur contenu. Toutefois, elles doivent être corroborées par d'autres éléments qui en confirment la fiabilité. À cet égard, la force probante des déclarations antérieures dépendra largement de la constance des propos, des circonstances dans lesquelles elles furent faites, ainsi que de leur fiabilité. La corroboration joue un rôle primordial pour établir cette fiabilité.¹²⁸ La déclaration de l'enfant faite à la suite d'une sollicitation ou d'une suggestion n'est pas appréciée de la même façon qu'une déclaration dite «spontanée» et se verra conséquemment accorder une force probante moindre¹²⁹.

Ainsi, on tiendra compte, lorsqu'il y a eu enregistrement des déclarations de l'enfant, de la conduite de l'entrevue et des méthodes d'évaluation employées¹³⁰. La nature des propos de l'enfant ainsi que sa spontanéité seront aussi considérés comme des facteurs importants pour juger de la valeur qui sera accordée au document.

La force probante du témoignage d'expert ou son expertise relève de l'appréciation du tribunal¹³¹. Ainsi que le souligne le professeur Royer:

«Le tribunal doit apprécier tant la crédibilité que la valeur scientifique ou technique des faits relatés ou des opinions émises. Pour ce faire, il utilise les critères généraux relatifs à l'évaluation d'une preuve ordinaire. Il tient compte plus particulièrement de la nature et de l'objet de l'expertise, de la qualification et de l'impartialité de l'expert, de l'ampleur et du sérieux de ses recherches ainsi que du lien entre les opinions proposées et la preuve. Certaines expertises présentent une valeur probante supérieure parce qu'elles laissent moins de place à l'appréciation subjective... L'opinion d'une personne compétente, expérimentée et impartiale est manifestement

"l'adulte raisonnable" ne convient pas nécessairement à l'appréciation de la crédibilité de jeunes enfants.» (nos italiques)

Par ailleurs, ainsi que le souligne YUILLE, *supra*, note 68, les études démontrent que seulement 5% à 10% des allégations d'abus sexuels seraient non fondées. Voir également M. WELLS, «*L'enfant peut-il être crédible?*» conférence présentée dans le cadre du Stage de formation professionnelle sur les abus sexuels envers les enfants, Montebello, 22 au 26 novembre 1987.

128. Voir notamment *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q 564; *Protection de la jeunesse-362*, [1987] R.J.Q. 256; *Protection de la jeunesse-314*, [1988] R.J.Q. 1060 (C.S.); *Protection de la jeunesse-459*, J.E. 90-1544; *Protection de la jeunesse-443*, J.E. 90-966; *Protection de la jeunesse-468*, [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154; *Protection de la jeunesse-427*, J.E. 90-7; *Protection de la jeunesse-513*, J.E. 91-1409.

129. Voir notamment *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701.

130. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701; *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q 1739.

131. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 175 et s.

supérieure à celle du témoin qui possède peu de connaissances ou d'expérience ou qui a intérêt à favoriser un plaideur. L'opinion qui est fondée sur des faits légalement prouvés est plus convaincante que celle qui s'appuie sur des théories générales ou abstraites ou sur du oui-dire.»¹³²

Bien qu'en principe le tribunal accorde une plus grande importance au témoin expert, le juge préfère parfois le témoignage du témoin ordinaire à celui de l'expert dont l'expertise est discutable¹³³.

En matière d'abus sexuels, on constate que le tribunal accorde une force probante plus grande à la preuve d'expert lorsque celle-ci est claire, équivoque et qu'elle lui permet de tirer des conclusions précises¹³⁴. Lorsque la preuve d'expert se révèle contradictoire et que les expertises se valent, le tribunal devra rechercher d'autres éléments de preuve susceptibles de soutenir l'une des expertises. Lorsque cela s'avère impossible, il devra conclure que le fait n'a pas été prouvé.¹³⁵

Pour ce qui est de la force probante de l'aveu judiciaire, elle équivaut à une confession de jugement. En ce qui concerne l'aveu extrajudiciaire, M. Royer constate que:

«Le Code civil du Bas-Canada ne réglemente pas expressément la valeur probante de l'aveu extrajudiciaire. La doctrine et la jurisprudence ont souvent erronément affirmé qu'une admission extrajudiciaire avait la même force qu'un aveu judiciaire. Cette opinion n'est pas unanime et fut justement critiquée. [...] Aussi, nos tribunaux ont souvent suivi le droit français et décidé que l'aveu extrajudiciaire relève de l'appréciation du tribunal.»¹³⁶

132. *Ibid.*, p. 175-176.

133. *Ibid.*, p. 176.

134. Voir notamment *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 323; *Protection de la jeunesse-513*, J.E. 91-1409. Voir également *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'une preuve médicale.

135. «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 175; voir notamment *Protection de la jeunesse-468*, [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154.

136. *Ibid.*, *La preuve civile*, p. 320 à 321.

CHAPITRE II: LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA COUR SUPÉRIEURE

A) La nature et l'objet du débat

La Cour supérieure¹³⁷ peut aussi, comme la Chambre de la jeunesse, être appelée à se prononcer sur des allégations d'abus sexuels lors d'une instance en séparation¹³⁸ ou en divorce¹³⁹, alors qu'elle doit décider de la garde et des droits de visite de l'enfant ou encore dans le cadre d'une déclaration de déchéance de l'autorité parentale¹⁴⁰ ou de litiges reliés à l'exercice de l'autorité parentale¹⁴¹.

Les parties en matière de séparation ou de divorce sont habituellement le père et mère de l'enfant, bien que des tiers puissent parfois être impliqués¹⁴².

Malgré la séparation ou le divorce, il n'en demeure pas moins que leurs droits et obligations à l'égard de l'enfant persistent et que tous deux demeurent titulaires de l'autorité parentale à son égard. Les changements qui découlent de cette nouvelle situation nécessitent toutefois des aménagements au niveau de la garde de l'enfant. Il s'agira pour le tribunal de déterminer quels arrangements sont les plus susceptibles de répondre à ses besoins. De façon générale, on reconnaît que l'enfant devrait, à moins de circonstances exceptionnelles, pouvoir entretenir des rapports avec ses deux parents.

Le fait que l'un des parents ait possiblement abusé sexuellement de l'enfant aura des répercussions certaines sur l'attribution de la garde et sur les droits de visite du parent agresseur.

En ce qui concerne la déchéance de l'autorité parentale, elle est habituellement demandée par l'un des parents même si elle peut être demandée par toute personne intéressée¹⁴³, y compris le directeur de la protection de la jeunesse. La loi présument que les titulaires de l'autorité parentale sont les plus aptes à répondre aux besoins de l'enfant, on ne prononcera la déchéance de

137. Bien que la Cour supérieure ne soit pas une cour familiale, à titre de tribunal de droit commun, elle entend, en première instance, toutes les affaires familiales qui ne sont pas du ressort exclusif de la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec (art. 31 *C.p.c.*).

138. Art. 501 et 514 *C.c.Q.*

139. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3, (2e supp.), art. 16 et s.

140. Art. 606 et s. *C.c.Q.*

141. Art. 605 *C.c.Q.*

142. Art. 16(3) *Loi sur le divorce*.

143. Art. 606 *C.c.Q.*

l'autorité parentale que pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant¹⁴⁴. La déchéance n'est pas nécessairement définitive, puisque le parent déchu peut, lorsque les circonstances le justifient, être restitué dans ses droits¹⁴⁵.

Parmi les motifs de déchéance qui ont déjà été retenus par la jurisprudence, soulignons notamment le fait que le parent fut condamné pour un crime sur la personne de l'enfant, la négligence ou l'abandon et l'abus de l'autorité¹⁴⁶. En l'occurrence, des situations d'abus sexuels seront considérées comme pouvant donner lieu à une déclaration de déchéance de l'autorité parentale.

Bien que la résolution de tels litiges puisse produire des effets directs quant au respect et à l'exercice de certains des droits reconnus à l'enfant, ce dernier n'est toutefois pas, à proprement parler, une partie au litige. L'enfant pourra néanmoins être entendu¹⁴⁷, mais cela relève de la discrétion du juge¹⁴⁸.

Lorsque le tribunal constate que l'intérêt de l'enfant est en jeu et qu'il est nécessaire de lui nommer un avocat pour sauvegarder son intérêt, l'article 816 *C.p.c.* prévoit que le tribunal peut procéder à la nomination d'un procureur pour le représenter¹⁴⁹. Par ailleurs, un tuteur *ad hoc* devra être nommé à l'enfant lorsque son intérêt est opposé à celui du ou des titulaires de l'autorité parentale ou lorsque l'enfant est incapable de déterminer son propre intérêt¹⁵⁰.

144. Voir notamment R. JOYAL, «*Précis de droit des jeunes*», t. 1, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1986, aux p. 85 et s.; M. D.-CASTELLI, «*Précis du droit de la famille*», Les Presses de l'Université Laval, 1987, p. 208 et s. Voir notamment *Droit de la famille-1173*, [1988] R.D.F. 332; *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531; Quant à la portée de l'article 30 C.c.B.C., voir notamment la décision dans *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244. Soulignons, par ailleurs, que les termes de l'article 16(8) de la *Loi sur le divorce*, sont au même effet que ceux de l'article 33 C.c.Q., alors que la loi édicte que le tribunal ne doit tenir compte que de l'intérêt de l'enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, ses besoins et de sa situation.

145. Art. 610 C.c.Q.

146. Voir notamment «*Précis du droit de la famille*», *supra*, note 146, p. 209; *Précis de droit des jeunes*, *supra*, note 146, p. 85.

147. Voir les articles 34 C.c.Q. et 816.3 C.p.c. (article abrogé).

148. Voir notamment R. LESAGE, «*L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure*», dans *Les enfants devant la justice*, *supra*, note 27, p. 215 à 238.

149. Toutefois, ainsi que le souligne l'honorable juge Lesage, dans «*L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure*», *supra*, p. 226, lorsque les parties consentent à l'expertise psychosociale, l'on ne nommera habituellement pas un procureur pour représenter l'enfant. Dans le cas contraire, à savoir en cas de refus de consentement des parents, la nomination d'un avocat à l'enfant pourra permettre à l'enfant de procéder à l'expertise.

150. Article 816.1 C.p.c. Toutefois, il a déjà été décidé que cette disposition ne s'appliquerait que lorsque l'enfant devient partie à la procédure ou qu'il rechercherait une conclusion en sa faveur contre le titulaire de l'autorité parentale; (article abrogé).

En matière familiale, comme dans les autres affaires civiles, le débat contradictoire demeure la règle et les parties sont libres dans le choix de leur preuve et dans leur manière de la présenter¹⁵¹. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 318 *C.p.c.*, le juge peut néanmoins poser toute question qu'il croit utile et, en vertu de l'article 815.1 *C.p.c.*, il peut exiger une preuve additionnelle. Par ailleurs, le tribunal peut aussi demander une expertise de sa propre initiative¹⁵².

B) Les moyens de preuve

1. La preuve testimoniale

La preuve testimoniale est l'un des moyens de preuve les plus couramment utilisés en matière familiale. Les règles régissant l'administration et l'admissibilité de la preuve testimoniale sont les mêmes que pour toute autre affaire civile. En ce qui concerne l'audition des témoins en matière de séparation de corps et de déchéance de l'autorité parentale, les règles applicables sont celles édictées par le *Code de procédure civile*¹⁵³. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une matière visée par la *Loi sur le divorce*¹⁵⁴, ce sont les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁵⁵ qui doivent être appliquées relativement au serment et à l'affirmation solennelle ainsi qu'aux règles concernant la corroboration¹⁵⁶.

a) Le témoin ordinaire

i) Le témoin adulte

Les règles prévues au *Code de procédure civile* et par la *Loi sur la preuve* sont similaires quant à l'audition des témoins adultes. Dans les deux cas, le témoignage est fait sous serment ou affirmation solennelle et le témoin est contraignable.

Dans les affaires familiales, le témoin ordinaire adulte peut être toute personne ayant eu une connaissance personnelle des faits et qui est susceptible d'éclairer le tribunal sur leur existence. Lorsqu'il s'agit d'allégations d'abus sexuels à l'égard d'un enfant, diverses personnes peuvent témoigner. Ainsi, outre les parents, on pourrait notamment avoir recours au témoignage des

151. «L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure», *supra*, note 148, p. 217.

152. Art. 414 et s. *C.p.c.*

153. Art. 293 et s. *C.p.c.*

154. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), c. 3, (2^e supp.)

155. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

156. Voir les propos de C. Dubreuil dans «Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil», *supra*, note 45, p. 19.

membres de la famille immédiate ou élargie, d'amis de la famille, des gardiens ou moniteurs de garderie, des professeurs, des intervenants sociaux, des professionnels de la santé. Quant à celles qui auraient entendu les déclarations de l'enfant, ces déclarations rapportées doivent être corroborées afin d'en établir la fiabilité, lorsqu'une telle preuve s'avère nécessaire.

ii) L'enfant témoin

Contrairement au régime spécial s'appliquant au témoignage de l'enfant en matière de protection de la jeunesse, les règles régissant l'audition des témoins dans les matières familiales où l'assermentation est régie par les dispositions prévues au *Code de procédure civile* (séparation et déchéance de l'autorité parentale) s'appliquent également au témoin enfant. Il est donc présumé apte à témoigner et peut être contraint à le faire¹⁵⁷.

Toutefois, lorsque le tribunal est d'avis que l'enfant ne comprend pas la nature du serment, ce dernier peut néanmoins être admis à témoigner, sans cette formalité, s'il est suffisamment développé pour rapporter les faits dont il a eu connaissance et s'il comprend le devoir de dire la vérité. Dans le cas du témoignage d'un enfant non assermenté, l'article 301 *C.p.c.* précise que le tribunal ne pourra décider de l'issue du litige en se fondant uniquement sur ce témoignage s'il n'a pas été corroboré¹⁵⁸.

Dans les affaires qui relèvent de l'application de la *Loi sur le divorce*, la corroboration de l'enfant témoin non assermenté n'est pas exigée. La seule distinction posée par la *Loi sur la preuve* quant au témoignage de l'enfant concerne sa capacité de prêter ou non serment et de rapporter les faits. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un témoin âgé de moins de quatorze ans, le tribunal devra s'enquérir auprès de ce dernier, d'une part, s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et, d'autre part, s'il est capable de communiquer les faits dans son témoignage¹⁵⁹. L'enfant qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle pourra témoigner sous serment.

Celui qui ne comprend pas la nature du serment, mais qui est néanmoins capable de communiquer les faits pourra témoigner sur promesse de dire la

157. Art. 295 *C.p.c.* Bien qu'il s'agisse d'une affaire en matière de protection, voir néanmoins la décision dans *Protection de la jeunesse-258*, [1987] R.J.Q 1223, où le tribunal fait une analyse des dispositions relatives à la contraignabilité des témoins et de leur application à l'égard de l'enfant témoin.

158. À cet égard, il n'y a pas de doute que la jurisprudence élaborée relativement à la corroboration en matière de protection de la jeunesse peut se révéler d'un intérêt certain pour les juges de la Cour supérieure appelés à juger de telles causes.

159. Art. 16(1) a), b) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

vérité¹⁶⁰. Lorsque l'enfant ne comprend pas la nature du serment et qu'il est incapable de communiquer les faits, il ne pourra pas témoigner¹⁶¹.

Quant aux déclarations extrajudiciaires de l'enfant à des tiers, elles constituent du *oui-dire* et ne sauraient qu'exceptionnellement être admises en preuve. En matière familiale, il n'existe pas, à ce jour, de dispositions particulières ayant traité de cette problématique¹⁶².

La décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Khan*¹⁶³ vient, toutefois, créer une nouvelle exception en matière de *oui-dire*. Bien qu'il s'agisse d'une cause en matière criminelle, il n'en demeure pas moins que les principes établis pourront, selon toute vraisemblance, s'appliquer à la règle prohibant le *oui-dire* en matière civile¹⁶⁴.

En l'occurrence, la Cour suprême favorise l'assouplissement des restrictions à la règle prohibant le *oui-dire* dans le cas du témoignage des jeunes enfants. Selon la Cour, la preuve par *oui-dire* de la déclaration d'un enfant peut être reçue en preuve lorsqu'elle rencontre deux exigences, soient celles de la nécessité et de la fiabilité.

En ce qui concerne la question de la nécessité, l'honorable juge McLachlin affirme:

«La première question devrait être de savoir si la réception de la déclaration relatée est nécessaire. À ces fins, la nécessité doit être interprétée dans le sens de [TRADUCTION] "raisonnablement

160. Art. 16(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cela laisse toutefois sous-entendre que le tribunal devra vérifier si l'enfant comprend ou non en quoi consiste le devoir de dire la vérité.

161. Art. 16(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

162. Voir toutefois les dispositions prévues aux articles 2869 et s. *C.c.Q.* En l'occurrence, l'article 2870 prévoit que: «*La déclaration faite par une personne qui ne comparait pas comme témoin, sur des faits au sujet desquels elle aurait pu légalement déposer, peut être admise à titre de témoignage, pourvu que, sur demande et après qu'avis en ait été donné à la partie adverse, le tribunal l'autorise. Celui-ci doit cependant s'assurer qu'il est impossible d'obtenir la comparution du déclarant comme témoin, ou déraisonnable de l'exiger, et que les circonstances entourant la déclaration donnent à celle-ci des garanties suffisamment sérieuses pour pouvoir s'y fier. Sont présumés présenter ces garanties, notamment...les déclarations spontanées et contemporaines de la survenance des faits.*»

163. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. Voir également «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 85 et s.; T. WALSH, «*Abus sexuels d'enfants : développements récents en droit criminel*», dans *L'enfant abusé: psychologie et droit (1992)*, *supra*, note 14, p. 96 et s.; T. WALSH, «*Hearsay-Children's Statements*», *J. du B.*, 1993-02-15, p. 8.

164. Voir «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 237-238.

nécessaire" L'inadmissibilité du témoignage de l'enfant pourrait être une raison de conclure à l'existence de la nécessité. Mais une preuve solide fondée sur des évaluations psychologiques que le témoignage devant le tribunal pourrait être traumatisant pour l'enfant ou lui porter préjudice pourrait également être utile. Il peut y avoir d'autres exemples de circonstances qui pourraient établir l'exigence de la nécessité.»¹⁶⁵

La notion de «nécessité», telle que définie par la Cour suprême, n'est pas sans rappeler les conditions imposées par le législateur québécois dans le cadre des dispositions prévues aux articles 85.1 et s. de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, qui prévoient que la déclaration antérieure de l'enfant ne peut être admise en preuve que lorsque l'enfant est considéré comme inapte à témoigner.

Quant au caractère fiable des déclarations de l'enfant, la Cour estime :

«Plusieurs considérations comme le moment où la déclaration est faite, le comportement, la personnalité de l'enfant, son intelligence et sa compréhension des choses et l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination peuvent être pertinentes à l'égard de la question de la fiabilité. Je ne voudrais pas établir une liste précise des considérations applicables à la fiabilité ni laisser entendre que certaines catégories de preuves (par exemple le témoignage de jeunes enfants en matière sexuelle) devraient être considérées comme dignes de foi. Les questions relatives à la fiabilité vont varier avec l'enfant et les circonstances et relèvent davantage du juge du procès.»¹⁶⁶

b) Le témoin expert, l'expertise et la contre-expertise¹⁶⁷

Le témoignage d'expert en matière familiale peut se révéler indispensable pour établir que l'enfant a été abusé sexuellement, d'autant plus que c'est souvent dans le cadre de litiges mettant en cause la garde de l'enfant que des fausses allégations d'abus sont les plus susceptibles de se présenter¹⁶⁸.

165. *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, 546.

166. *Ibid.*, p. 547.

167. Les règles régissant la preuve par expert ont déjà été traitées plus haut; il ne nous apparaît pas nécessaire de reprendre ici l'ensemble de ces règles.

168. En effet, ainsi que l'affirme YUILLE, *supra*, note 68, p. 17: «...la proportion des fausses allégations serait à la hausse dans certains contextes, particulièrement - comme vous en avez sans doute fait l'expérience - dans celui des litiges portant sur la garde des enfants ou le droit de visite. En effet, les fausses allégations seraient fréquentes et même à la hausse dans ce contexte.» Voir notamment les décisions dans: *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 (C.S.); *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.), (portée en appel).

Le recours à la preuve d'expert relève non seulement de la liberté des parties, qui peuvent choisir de présenter ou non une telle preuve, mais également de la discrétion du juge, celui-ci pouvant exiger une preuve d'expert. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le nombre de témoins experts autorisé dans les affaires relevant de la *Loi sur le divorce* est limité à cinq par partie, sauf permission du tribunal.

Le témoignage et le dépôt du rapport sont régis par les dispositions du *Code de procédure civile*¹⁶⁹. Ainsi, à moins qu'il ne s'agisse d'une des exceptions prévues, la présence et le témoignage de l'expert sont normalement requis en cour. Le témoin expert ne peut, sauf permission, être entendu par le tribunal si son rapport n'a pas été produit au greffe, avec avis et copies signifiés aux parties¹⁷⁰.

Par ailleurs, le tribunal peut ordonner une expertise de sa propre initiative, auquel cas l'expert est mandaté par le tribunal quant à la portée et à la nature de l'expertise¹⁷¹. Une partie peut demander le rejet du rapport pour cause de nullité ou d'irrégularité. Lorsque le rapport n'a pas été attaqué ou mis à l'écart, le rapport, les témoignages et les pièces qui l'accompagnent font partie de la preuve. Le tribunal n'est toutefois pas tenu de suivre l'opinion émise par l'expert¹⁷².

En vertu de l'article 815.1 *C.p.c.*, le tribunal est autorisé à ordonner la production de toute preuve additionnelle ainsi que l'assignation de toute personne dont il estime le témoignage utile, ce qui inclurait notamment le recours à une expertise ou au témoignage de l'enfant lorsque les circonstances l'exigent.

Tel qu'il appert des *Règles de pratiques de la Cour supérieure en matière familiale*¹⁷³, c'est au Service d'expertise psycho-sociale¹⁷⁴ rattaché à la Cour supérieure qu'incombe la tâche de procéder à l'expertise des enfants mineurs impliqués dans des litiges devant cette cour¹⁷⁵. Une telle ordonnance

169. Voir les articles 294.1, 402 et s., *C.p.c.* Voir également «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 172 et s.

170. Art. 402.1 *C.p.c.* Voir, à ce sujet, les règles de pratique.

171. Art. 414 *C.p.c.* Sur l'expert nommé par la cour, voir «*La preuve civile*», *supra*, note 32, p. 177 et s. Les règles régissant la production d'un tel rapport sont prévues à l'art. 421 *C.p.c.*

172. Art. 423 *C.p.c.*

173. *Règles de pratiques de la Cour supérieure en matière familiale* (R.S.Q., c. C-25, a. 47)

174. Sur l'expertise psycho-sociale, voir notamment P. LAMONTAGNE, «*L'expertise psycholégale au tribunal de la famille (Cour supérieure)*», dans *Les Enfants devant la justice*, *supra*, note 27, p. 257 à 275.

175. Art. 23.1 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

ne peut être rendue que du consentement des parties¹⁷⁶ et doit être précédée d'une preuve permettant au tribunal de décider de son opportunité¹⁷⁷. L'ordonnance doit indiquer l'objet spécifique de l'expertise. Le rapport de l'expert fait partie de la preuve et celui-ci peut être appelé à témoigner¹⁷⁸. Le rapport d'expertise préparé est transmis au juge qui a signé l'ordonnance et ce dernier le distribue aux procureurs des parties ou aux parties elles-mêmes lorsqu'elles ne sont pas représentées¹⁷⁹.

En l'occurrence, la contre-expertise peut s'avérer nécessaire pour contredire une expertise présentée par l'une des parties ou pour contester celle qui aurait été ordonnée par la cour. Le même critère applicable à l'admissibilité de l'expertise s'applique à la contre-expertise, à savoir qu'elle devra être nécessaire.

2. La preuve documentaire

La preuve documentaire comprend, telle qu'indiquée précédemment, toute preuve faite au moyen d'un document et plus particulièrement celle qui vise à prouver la véracité de son contenu.

Les rapports du médecin et de l'officier de police peuvent tenir lieu du témoignage de leur auteur¹⁸⁰, alors que les rapports préparés par d'autres personnes, tels les psychologues, les psychiatres, les travailleurs sociaux ou autres experts doivent être produits conformément aux exigences du *Code de procédure civile*¹⁸¹.

Le rapport de l'expert désigné par la cour, incluant l'expertise du service psycho-social, doit être produit dans les délais et en la manière prescrits par le tribunal¹⁸².

En dernier lieu, soulignons que le jugement rendu dans une autre affaire peut aussi être considéré comme constituant une preuve documentaire et faire preuve de son contenu¹⁸³. Bien qu'en matière civile, le tribunal ne soit pas lié

176. Art. 23.2 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

177. Art. 23.3 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

178. Art. 23.6 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

179. Art. 24 des *Règles de pratique de la Cour supérieure en matière familiale*.

180. Art. 294.1 *C.p.c.*

181. Art. 402.1 et s. *C.p.c.*

182. Art. 421 *C.p.c.*

183. Voir notamment «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 30. Selon L. Ducharme, *Précis de la preuve*, *supra*, note 33, p. 28, le jugement serait considéré comme un acte authentique aux fins d'application de l'article 1207 C.c. et par conséquent, il ferait preuve à l'égard de tous des faits qui y sont constatés. Voir également Royer, «*La preuve civile*»,

par le jugement d'une cour criminelle, la preuve que l'un des parents fut déclaré coupable d'une infraction à caractère sexuel commise à l'égard de l'enfant peut constituer un élément important de la preuve pour établir l'existence d'un abus sexuel. Il en est de même du jugement prononcé par la Chambre de la jeunesse et déclarant la compromission à la suite d'un abus sexuel.

3. La preuve par présomption

«On peut supposer que le législateur n'aurait pas soumis les enfants à l'autorité de leur père et mère s'il n'existait pas une présomption de fait que ceux-ci agissent habituellement dans l'intérêt de leurs enfants. C'est dans cette présomption que ce retrouve la cohérence entre l'article 30 (C.c.) et l'article 646 (C.c.Q.). Cette présomption n'est en définitive que le reflet de l'ordre naturel des choses. Il s'agit à mon sens d'une proposition qui n'a pas à être démontrée.

[...] la loi consacre le principe que les père et mère ou, le cas échéant, le survivant d'entre eux, sont présumés agir dans le meilleur intérêt de leurs enfants.»¹⁸⁴

La séparation et le divorce remettent en question la présomption selon laquelle les titulaires de l'autorité parentale peuvent exercer ensemble les divers attributs qui la composent, dont la garde de l'enfant.

Les parents de l'enfant étant présumés également aptes à répondre à ses besoins, le tribunal doit déterminer, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et du respect de ses droits, lequel pourra le mieux s'en occuper quotidiennement¹⁸⁵.

Le tribunal doit donc tenir compte des allégations d'abus sexuels par l'un des parents en raison des effets dévastateurs que l'existence d'une telle situation pourrait avoir sur l'enfant advenant qu'elle soit réelle et que l'enfant continue à avoir des contacts avec son agresseur.

Cependant, on doit établir clairement, selon la règle de la prépondérance de la preuve, l'existence des abus sans quoi le tribunal ne pourra pas priver sans motif le parent, présumément agresseur ou étant soupçonné d'avoir un comportement sexuel marginal, des droits qui découlent normalement de

supra, note 32, p. 87 et s.

184. *Droit de la famille-320*, (1987) R.J.Q. 9 (C.A.), 14.

185. Voir notamment *«Précis de Droit des jeunes»*, *supra*, note 144 p. 89 et s.; *«Précis du droit de la famille»*, *supra*, note 144, p. 316 et s.; M.-J. BLONDIN, D. DÉSY, F. DESROCHERS, A. LE MONIER, C. LUSSIER, *«Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants»*, (1986) 46 R. du B., 105.

l'autorité parentale dont il est toujours le titulaire¹⁸⁶. Si la Chambre de la jeunesse est déjà saisie du dossier, la Cour supérieure suspendra habituellement sa décision pour éviter des ordonnances contradictoires. Elle attendra de connaître l'issue des procédures en matière de protection de la jeunesse.

En ce qui concerne la déclaration de déchéance de l'autorité parentale, la partie qui la demande doit renverser la présomption d'aptitude des parents, prouver un motif grave et démontrer en quoi la déchéance est nécessaire pour préserver l'intérêt de l'enfant. Malgré la preuve d'un motif grave, le parent peut néanmoins soulever une excuse légitime pour justifier sa conduite ou, encore alléguer que l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits n'exigent pas qu'il soit déchu de son autorité parentale¹⁸⁷.

En matière familiale, comme en matière de protection, la preuve par présomption de faits permettra d'établir l'existence des abus sexuels à l'égard de l'enfant.

4. La preuve par aveu

L'aveu par une partie reconnaissant qu'elle a abusé sexuellement de son enfant dans le cadre d'une instance en séparation de corps ou en divorce est plutôt rare. Il faut, le plus souvent, s'en remettre à la preuve d'un aveu extrajudiciaire. Il appartiendra à la partie qui allègue l'existence de l'aveu de le prouver. Lorsque l'aveu découle d'un plaidoyer de culpabilité relatif aux faits en litige, sa mise en preuve pourrait permettre d'établir de façon prépondérante l'existence d'un abus sexuel. Toutefois, le parent ne peut consentir à être déchu. La Chambre de la jeunesse a déjà considéré comme suffisant, pour déclarer la déchéance parentale¹⁸⁸, la preuve que la sécurité et le développement de l'enfant étaient compromis pour abus sexuel.

C) Le fardeau de la preuve

La règle applicable est, comme dans tout litige en matière civile, celle de la prépondérance de la preuve. Ainsi, la preuve de l'existence d'abus sexuels susceptibles de compromettre l'exercice du droit de garde ou des droits de visite incombe à la partie qui allègue l'existence de ces abus. Elle devra, par une

186. Voir notamment *Droit de la famille-316*, (C.A.), J.E. 86-1127; *Droit de la famille-1114*, [1988] R.D.F. 50; *Droit de la famille-1153*, [1988] R.D.F. 129; *Droit de la famille-663*, [1989] R.J.Q. 1550; *Droit de la famille-703*, [1989] R.D.F. 609, J.E. 89-1409; *Droit de la famille-1287*, [1989] R.D.F. 625.

187. Voir notamment *Droit de la famille-1173*, [1988] R.D.F. 332; *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531.

188. *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531.

prépondérance de la preuve, démontrer au tribunal que l'enfant est ou a été abusé sexuellement et qu'il est dans son intérêt que ses contacts avec le parent agresseur soient, sinon interdits, à tout le moins restreints ou supervisés¹⁸⁹.

Le fardeau de la preuve incombe donc au parent qui veut empêcher ou restreindre les contacts de l'enfant avec le parent agresseur. Il doit persuader le tribunal que, selon toute probabilité, l'autre parent a abusé de son enfant et que l'exercice des droits de garde ou de visite de ce parent serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

En matière de déchéance parentale, la partie requérante doit, lorsqu'il s'agit d'abus sexuels, prouver outre leur existence que l'intérêt de l'enfant sera mieux servi en mettant définitivement fin aux liens existant entre l'enfant et le parent agresseur¹⁹⁰.

D) La force probante de la preuve¹⁹¹

Plus le témoin déclare de façon claire et précise les faits dont il a eu la connaissance, plus la force probante accordée au témoignage sera grande. En matières familiales, le tribunal peut toutefois se montrer prudent lorsque le témoin a un lien de parenté avec l'une des parties, laissant supposer un certain degré de partialité quant à la perception et l'interprétation des faits¹⁹².

En ce qui concerne le témoin enfant, la force probante de son témoignage dépend en grande partie de sa capacité de rapporter les faits avec précision et constance. En effet,

«En toute circonstance, le juge devra jauger la crédibilité d'un enfant appelé à s'exprimer dans un environnement inhabituel et à répondre à des questions formelles. Les avocats expérimentés sont alors d'un grand secours pour n'exiger de l'enfant que ce qu'il veut dire, comme il veut le dire.

Le comportement des enfants suite à la séparation de leurs parents peut, la plupart du temps, se prouver autrement. La loi ouvre au tribunal des moyens de s'en enquérir par d'autres voies, telle la représentation par avocat (art. 816 C.p.c.) ou l'expertise

189. Voir notamment *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166, (C.S.), (portée en appel).

190. Voir notamment *Droit de la famille-1343*, [1990] R.D.F. 531.

191. Comme cette question a déjà été traitée de façon élaborée à la section E, chapitre I, elle ne sera abordée que brièvement dans la présente section.

192. Le deuxième alinéa de l'article 295 C.p.c. précise que la parenté, l'alliance, et l'intérêt peuvent constituer des causes de reproches contre un témoin, mais uniquement quant au degré de crédibilité accordé à son témoignage.

*psychosociale. Le juge exerce, même d'office, un pouvoir discrétionnaire à cet égard.»*¹⁹³

La force probante des déclarations antérieures de l'enfant à des tiers dépend largement de leur constance et des circonstances dans lesquelles elles ont été faites. La corroboration par des témoignages et des expertises devrait s'avérer suffisante pour convaincre le tribunal du bien fondé et de la fiabilité des déclarations faites par l'enfant.

*«La recevabilité mais surtout la valeur probante de ces preuves dépendent de la possibilité d'inférer en toute logique une connexité entre les données recueillies et l'abus sexuel.»*¹⁹⁴

La force probante de la preuve d'expert en matière d'abus sexuels dépend non seulement de l'objet de l'expertise, mais aussi des méthodes employées, des qualifications de l'expert et de son impartialité¹⁹⁵. Lorsque les faits sur lesquels l'expertise s'appuie ont été prouvés de façon prépondérante, l'expertise aura une valeur d'autant plus convaincante et probante.

CHAPITRE III: LA PREUVE DE L'ABUS SEXUEL DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE ET PÉNALE DE LA COUR DU QUÉBEC

*«Il y a à peine plus d'une décennie, les enfants-témoins n'étaient pas bienvenus dans les cours criminelles. Il était difficile de les faire assermenter. Non assermenté, leur témoignage exigeait une forme stricte de corroboration comme préalable à son admissibilité. Même assermenté, leur témoignage devait faire l'objet d'une mise en garde spéciale au jury. En bref, la soi-disant sagesse était à l'effet qu'ils étaient des témoins foncièrement indignes de confiance et ce particulièrement en ce qui a trait aux témoignages concernant les abus sexuels.»*¹⁹⁶

Entrées en vigueur depuis le 1er janvier 1988, les modifications apportées par la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*¹⁹⁷, sont venues faciliter le témoignage des enfants victimes d'infractions sexuelles.

193. «L'enfant dans les instances mues en Cour supérieure», dans *Les Enfants devant la justice*, supra, note 148, p. 225-226.

194. Me J. Ulysse, cité dans «*Abus sexuel d'enfants: réponse judiciaire*», supra, note 61.

195. Voir notamment, «*L'expertise psycho-légale au Tribunal de la famille (Cour supérieure)*», dans *Les enfants devant la justice*, supra, note 27, aux p. 261 et s.

196. T. WALSH, «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», dans *Enfants abusés: psychologie et droit (1992)*, supra, note 14, p. 89.

197. *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, S.C., 1987, c. 24.

A) L'objet et la nature du débat

Le nombre d'infractions et d'agressions à caractère sexuel à l'égard des enfants a augmenté considérablement au cours des dernières années. Certaines infractions donnent à l'enfant la possibilité de témoigner hors de la présence de l'accusé ou de faire une déclaration par enregistrement sur bande magnétoscopique. Dans d'autres cas, le témoignage de l'enfant n'a plus à être corroboré et la preuve relative à la plainte spontanée n'est plus requise.

Parmi ces infractions, on retrouve notamment les contacts sexuels¹⁹⁸, l'inceste¹⁹⁹, les relations sexuelles anales²⁰⁰, la bestialité²⁰¹, la corruption²⁰², les actions indécentes et l'exhibitionnisme²⁰³, et les agressions sexuelles à divers degrés²⁰⁴.

En matière criminelle, non seulement la présomption d'innocence confère à l'inculpé certains droits, dont ceux qui lui sont garantis par la *Charte*, mais elle a aussi des répercussions directes sur l'ensemble des règles d'administration de la preuve pénale²⁰⁵. Le procès de tout accusé doit se dérouler conformément aux règles prescrites par le *Code criminel*, dans le respect de son droit à une défense pleine et entière et des règles de justice naturelle, ainsi que des droits fondamentaux qui sont garantis à tous par la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰⁶. Sauf les cas exceptionnels, l'accusé d'un acte criminel doit être présent devant le tribunal durant toute la durée de son procès²⁰⁷. L'accusé ne peut être contraint de témoigner²⁰⁸ et le droit au silence lui est garanti par l'article 11 (c) de la *Charte*.

Lorsque l'accusé ne plaide pas coupable, le procureur de la poursuite pourra recourir à divers moyens de preuve, dont l'audition de témoins, pour

198. Art. 151 *C.cr.*

199. Art. 155 *C.cr.*

200. Art. 159 *C.cr.*

201. Art. 160 *C.cr.*

202. Art. 172 *C.cr.*

203. Art. 173 *C.cr.*

204. Art. 271 et s. *C.cr.* J. FORTIN, L. VIAU, «*Traité de droit pénal général*», Les Éditions Thémis, 1982, p. 45: L'infraction est définie comme étant «toute violation de la loi pour laquelle celui qui en est l'auteur est passible d'une peine». Les procédures sont de nature accusatoires.

205. «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p.7.

206. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11], proclamée en vigueur le 17 avril 1982, rapportée L.R.C. (1985), App. II, no. 44.

207. Article 650(1) *C.cr.* Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un procès par voie sommaire, l'article 800(2) *C.cr.* prévoit que le défendeur peut comparaître en personne ou par voie de son procureur.

208. Art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

établir la culpabilité de l'accusé. On doit prouver hors de tout doute raisonnable les divers éléments constitutifs de l'infraction, notamment l'élément matériel - l'*actus reus*, et l'élément mental - la *mens rea*, ainsi que toute autre allégation pouvant être contenue dans l'acte d'accusation. L'accusé peut ensuite présenter une défense et il peut néanmoins contre-interroger les témoins de la poursuite et présenter une plaidoirie même s'il ne présente pas de défense.

B) Les moyens de preuve

En matière pénale, les parties peuvent recourir à divers moyens de preuve. Il peut notamment s'agir de la preuve testimoniale, de la preuve des déclarations antérieures, de la preuve documentaire ou de la preuve réelle ou dite matérielle. Bien que le choix des moyens de preuve relève de la discrétion des parties, toute preuve pertinente est admissible à moins qu'elle ne soit interdite par une règle spéciale d'exclusion. «On entend par pertinence la relation qui doit exister entre le fait que l'on veut mettre en preuve et le fait en litige»²⁰⁹. Peut notamment être exclue la preuve obtenue illégalement ou en violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

1. La preuve testimoniale

L'article 118 du *Code criminel* définit le témoin comme étant toute:

*«Personne qui témoigne oralement sous serment ou par affidavit dans une procédure judiciaire, qu'elle soit habile ou non à être témoin, y compris un enfant en bas âge qui témoigne sans avoir été assermenté parce que, de l'avis de la personne qui préside, il ne comprend pas la nature d'un serment.»*²¹⁰

a) Le témoin ordinaire

i) Le témoin adulte

Une personne ne peut habituellement pas témoigner à moins d'avoir prêté serment ou fait l'affirmation solennelle²¹¹. En effet, la personne doit être capable et habile²¹². Toute personne âgée de plus de 14 ans est présumée capable

209. *«Droit de la preuve pénale»*, supra, note 100, p. 112

210. Par ailleurs, le témoignage, également défini à l'article 118 C.cr. consisterait en une «assertion de fait, opinion, croyance ou connaissance, qu'elle soit essentielle ou non et qu'elle soit admissible ou non.»

211. Art. 540 C.cr.

212. *«Droit de la preuve pénale»*, supra, note 100, p. 241.

de témoigner. Toutefois, cette présomption peut être réfutée, en vertu de l'article 16(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit que l'on peut mettre en doute la capacité mentale du témoin âgé de plus de 14 ans à comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. «*L'habilité est la qualité légale permettant à une personne de déposer en justice à la demande d'une partie au litige.*»²¹³ En principe, toute personne susceptible de fournir une preuve pertinente et admissible est considérée comme habile à témoigner. Par ailleurs, suivant l'article 3 de la *Loi sur la preuve au Canada*, nul n'est inhabile à témoigner pour cause d'intérêt ou de crime. En dehors de l'accusé et hormis certaines exceptions prévues par la loi²¹⁴, toute personne capable et habile est contraignable.

En matière d'infractions à caractère sexuel contre l'enfant, le témoin adulte pourrait être n'importe quelle personne susceptible de fournir une preuve pertinente sur les circonstances entourant la commission de l'infraction ou sur les réactions de l'enfant victime de l'abus sexuel.

Bien que la corroboration ne soit plus exigée relativement au témoignage non assermenté de l'enfant, elle pourrait néanmoins être exigée relativement à l'admissibilité en preuve des déclarations antérieures de l'enfant. En effet, d'après l'affaire *R. c. Khan*²¹⁵, l'exception à la règle du *oui-dire* permettant l'admissibilité en preuve de la déclaration antérieure de l'enfant dépend non seulement de sa nécessité, mais aussi de sa fiabilité, laquelle sera grandement accrue lorsqu'elle sera soutenue par une preuve de nature corroborative apportée par d'autres témoins²¹⁶.

ii) Le témoin enfant

En vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'enfant âgé de plus de 14 ans est présumé apte à témoigner. S'il est âgé de moins de 14 ans, la loi impose au tribunal de tenir une enquête afin de déterminer s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et s'il est capable de rapporter les faits²¹⁷.

213. *Ibid.*

214. Voir notamment l'article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit la non-contraignabilité de l'accusé et de son conjoint. Toutefois, dans les cas de certaines infractions à caractère sexuel, le conjoint de l'accusé est considéré comme habile et devient par conséquent contraignable. Soulignons que les conjoints de fait ne sont pas considérés comme mari et femme et qu'ils ne pourront conséquemment invoquer la non-contraignabilité pour se soustraire au témoignage. Voir à ce sujet «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 254 et s.

215. Précitée, *supra* note 163. Au même effet, voir notamment *R. v. P(J.)*, (1992) 74 C.C.C. (3d) 276 (C.A.Q.).

216. Voir notamment *L.(A.) c. R.*, (C.A.) J.E. 91-798.

217. Art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

L'enfant qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, mais qui est en mesure de reporter les faits peut être admis à témoigner sur promesse de dire la vérité. S'il ne comprend ni la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et s'il est incapable de rapporter les faits, il ne pourra pas témoigner.

-- La corroboration

La corroboration n'est plus nécessaire pour le témoignage de l'enfant non assermenté²¹⁸. De plus, elle a été également supprimée pour la plupart des infractions à caractère sexuel à l'égard d'enfants²¹⁹. Toutefois²²⁰, en dépit de la clarté des dispositions du *Code criminel* à ce sujet, les tribunaux se montrent toujours récalcitrants à appliquer pleinement cette règle et persistent à s'inspirer de la règle de *common law* exigeant la corroboration dans l'hypothèse du témoignage non assermenté de l'enfant.

Rappelons, cependant que la décision de la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *R. c. Khan*, a créé une nouvelle exception rendant admissible la déclaration antérieure de l'enfant lorsque celle-ci rencontre les critères de la nécessité et de la fiabilité.

Pour faciliter le témoignage de l'enfant victime d'abus sexuel, le *Code criminel* fut modifié de façon à permettre certaines mesures de nature à rendre cette expérience moins pénible pour l'enfant.

218. Ainsi que le souligne T. Walsh, «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p.115: «*Les exigences de la corroboration statutaire ont été éliminées et la définition de la corroboration a été assouplie pour n'exiger qu'une preuve qui rend le témoignage plus probable. Les deux questions qui ne semblent pas résolues sont: dans quels cas sera-t-il permis au juge des faits de rechercher la corroboration pour étayer le témoignage d'un enfant, et comment la règle prévue par R. c. B.(G.), (1990) 56 C.C.C. (3d) 161 se développe-t-elle? Celle-ci n'était pas une règle permettant à une Cour de rechercher de la corroboration pour éviter de s'appuyer périlleusement sur le seul témoignage d'un enfant, mais plutôt une règle exigeant que la Cour recherche une corroboration avant d'acquitter.*»

219. Art. 274 et 275 *C.cr.* Il en est de même des règles relatives à la plainte spontanée.

220. Voir notamment *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*, *supra*, note 45, p. 23-30; «*Abus sexuels d'enfant: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 115 et s.; M. MISENER, «*Children's Hearsay Evidence in Child Sexual Abuse Prosecutions: A Proposal for Reform*», (1990-91) 33 *Criminal Law Quarterly* 364; N. BALA, «*Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System*», (1990-91) 15 *Queen's Law Journal* 3. Voir aussi la décision de la Cour suprême *R. c. W.*, [1992] 2 R.C.S. 122, J.E. 92-909.

-- Le témoignage derrière écran

L'article 486 (2.1) *C.cr.* prévoit que le plaignant âgé de moins de 18 ans, dans le cadre du procès d'une personne accusée pour l'une des infractions à caractère sexuel énumérées à cet article, peut témoigner à l'extérieur de la salle d'audience, à l'aide d'une caméra à circuit fermée, ou derrière un écran qui le met à l'abri des regards de l'accusé²²¹. Avant de permettre à l'enfant de témoigner de cette façon, le juge doit au préalable déterminer si l'enfant serait intimidé ou mal à l'aise au point que son témoignage serait perturbé s'il ne témoignait pas hors de la présence de l'accusé²²².

Dans la mesure où cette manière de procéder déroge indirectement à la règle selon laquelle l'accusé doit être présent durant toute la durée de son procès²²³, il n'est pas étonnant qu'elle ait été contestée. Toutefois, dans *R. c. Legiovannis*²²⁴, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que les dispositions de l'article 486 (2.1) *C.cr.* ne violent pas les droits prévus aux articles 7 ou 11 (d) de la *Charte canadienne*.

-- Le témoignage de l'enfant par enregistrement magnétoscopique

Conformément aux dispositions de l'article 715.1 *C.cr.*, lorsque le plaignant est âgé de moins de 18 ans, un enregistrement magnétoscopique, réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'infraction, sera admissible en preuve si le plaignant confirme le contenu de l'enregistrement lors de son témoignage²²⁵. Par ailleurs, selon l'auteur C. Dubreuil²²⁶, le tribunal devrait tenir un *voir-dire* pour décider de l'admissibilité de l'enregistrement.

L'introduction de ce moyen particulier de preuve visait, d'une part, à recueillir la déclaration de l'enfant victime alors que le déroulement et les faits

221. Voir notamment «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 63 et s. Voir également une décision rendue avant l'entrée en vigueur du P.L. C-15, mais néanmoins d'intérêt de par les questions soulevées, *Protection de la jeunesse-226*, [1986] R.J.Q. 2920, renversée en appel dans *Protection de la jeunesse-226*, [1987] R.J.Q. 326 (C.S.).

222. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 63.

223. Art. 650 *C.cr.*

224. *R. c. Levogiannis*, (1990) 62 C.C.C. (3d) 59 (C.A. Ontario), rapportée dans «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p.120.

225. Voir notamment «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 118 et s.; «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 56 et s.; «*Double victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System*», *supra*, note 220, p. 8 et s.

226. «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 59 et s.

des événements sont encore frais à sa mémoire et, d'autre part, à lui éviter d'avoir à témoigner sur ces faits lors du procès. Toutefois, bien que l'enfant ne sera pas appelé à témoigner relativement à sa déclaration, autrement que pour en confirmer le contenu devant le tribunal, il devra néanmoins se soumettre au contre-interrogatoire de la défense²²⁷.

b) Le témoin expert

L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada* limite à cinq le nombre d'experts que chaque partie peut appeler à témoigner. Le tribunal peut, toutefois, en autoriser un nombre supérieur.

La preuve d'expert est admissible aux conditions déjà indiquées antérieurement. La qualité et ses qualifications doivent être établies par le tribunal à la suite de la tenue d'un *voir-dire*. Si la partie adverse admet les qualifications de l'expert, l'autre partie sera dispensée d'en faire la preuve. Il appartiendra au juge de décider si la question en litige donne ouverture à la nécessité de l'expertise. Contrairement au témoin ordinaire, l'expert n'a pas besoin d'avoir une connaissance personnelle des faits sur lesquels il fonde son opinion²²⁸.

En matière d'infractions à caractère sexuel à l'égard d'enfants, le témoignage de l'expert peut s'avérer utile pour confirmer l'existence des abus subis par l'enfant. En effet, il peut permettre d'expliquer des signes physiques²²⁹ ou des types de comportements caractéristiques de l'enfant abusé²³⁰ ou une dynamique familiale qui est susceptible de conduire à de tels abus. Il peut, de plus, expliquer les réticences de l'enfant, notamment quant à la divulgation des faits entourant les gestes sexuels. Le témoignage de l'expert ne peut, cependant, servir pour attester de la crédibilité de l'enfant témoin²³¹.

227. Voir la décision dans *R. v. Laramee*, (1991) 65 C.C.C. (3d) 465, (C.A. Manitoba), où l'article 715.1 *C.cr.* fut déclaré inconstitutionnel parce que contraire aux articles 1, 7 et 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

228. «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 155 et s.

229. Voir notamment *C.(A.) c. R.*, C.Q. 200-10-000108-907, Québec, 1992-03-12, J.E. 92-549. Cette décision a été portée en appel.

230. Voir notamment *R. c. Bois*, C.A. Québec, 200-10-000045-901, 1992-10-23, J.E. 92-1675; *R. c. B(G)*, [1990] 2 R.C.S. 30;

231. Voir la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; voir également: «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 87 et s.; et l'analyse de la jurisprudence faite par T. Walsh dans «*Abus sexuels d'enfants: développements récents en droit criminel*», *supra*, note 196, p. 106 et s.

2. La preuve documentaire et matérielle

L'admissibilité de la preuve documentaire est régie par les dispositions des articles 19 et s. de la *Loi sur la preuve au Canada*. Selon la *common law*, lorsque le contenu du document est pertinent, on applique la règle de la meilleure preuve, c'est-à-dire la production de l'original. Lorsqu'on désire établir la véracité des déclarations contenues dans un document, il faut prouver leur authenticité²³². Conformément à l'article 23 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la preuve d'une procédure judiciaire se fait en déposant une copie certifiée portant le sceau de la cour ou la signature de l'un des juges.

L'absence de dispositions, dans la *Loi sur la preuve au Canada*, traitant spécifiquement du dépôt du rapport d'expert, nous amène à conclure que celui-ci devra être déposé en preuve au moment du témoignage de l'expert qui l'a produit.

En ce qui concerne la mise en preuve d'enregistrements magnétoscopiques, le *Code criminel* ne précise aucune modalité particulière²³³. Toutefois, dans la mesure où il s'agit d'une preuve matérielle, il y a lieu de croire que les règles habituelles, s'appliquant à l'admissibilité en preuve d'un objet, trouveront ici application. Ainsi, il faudra notamment établir le contexte dans lequel ce moyen de preuve a été obtenu, sa fidélité, les conditions de conservation, le fait que le document n'a été d'aucune façon altéré, etc.²³⁴

La preuve matérielle peut aussi consister en la mise en preuve de divers échantillons (tels du sang, du sperme, des vêtements ou des cheveux), permettant d'établir un lien entre l'agresseur et la victime. En raison du droit à l'inviolabilité de sa personne, reconnu implicitement à l'accusé par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui reconnaît à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (ce qui comprend notamment les prélèvements sanguins), le tribunal devra se montrer particulièrement prudent en ce qui concerne les conditions d'obtention de cette preuve et du respect des droits de l'accusé lors du prélèvement de tels échantillons.

232. «*Droit de la preuve pénale*», *supra*, note 100, p. 321 et s.

233. Voir à cet effet les commentaires de C. Dubreuil dans «*Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit civil*», *supra*, note 45, p. 59 et s., où l'auteure constate l'absence de marche à suivre quant à la mise en preuve de l'enregistrement.

234. Voir, toutefois, la décision dans *C.(A.) c. R.*, J.E. 92-549, où la Cour d'appel fut d'avis que le fait que le juge de première instance ait visionné une magnétocassette non admise conformément à l'article 715.1 *C.cr.* relevait de sa discrétion. En l'occurrence, il s'agissait d'une magnétocassette enregistrée dans le cadre de procédures en matière de protection et, sur laquelle les témoins experts se sont appuyés pour faire part de leur opinion.

3. Les présomptions

La *présomption légale* découle de la loi et dispense la poursuite de prouver un fait en litige²³⁵. Elle oblige le juge des faits à conclure à l'existence du fait sur la preuve de cette présomption. La présomption légale peut être réfutable, ce qui permet à l'accusé de prouver le contraire, ou irréfutable, auquel cas il sera impossible de la contredire par une preuve contraire.

Les *présomptions de fait* découlent d'une déduction fondée sur les circonstances entourant la commission de l'infraction, comme cela peut être le cas en ce qui concerne la présomption d'intention, alors qu'on peut en déduire l'existence à partir de la preuve faite relativement à la commission de l'acte reproché²³⁶.

Lorsque le substitut du Procureur général a complété la preuve de tous les éléments essentiels, l'accusé qui ne la contredit pas ou qui ne la réfute pas sera fort probablement condamné.

Dans le cas d'infractions à caractère sexuel à l'égard d'enfants âgés de moins de 14 ans, la preuve des éléments constitutifs de l'infraction peut s'avérer suffisante pour faire condamner l'accusé, puisqu'il lui sera très difficile de réfuter la présomption de faits qui pèse contre lui. En effet, l'un des moyens de défense souvent invoqué pour disculper l'accusé en matière d'infractions sexuelles est celui du consentement de la victime. Or, en ce qui concerne les enfants âgés de moins de 14 ans, l'article 150.1 *C.cr.* précise que le consentement de la victime ne peut constituer un moyen de défense.²³⁷ Toutefois, lorsque la victime et l'accusé sont sensiblement du même âge et que l'accusé n'exerce aucune autorité sur l'enfant, l'article 150.1 (2) *C.cr.* prévoit que son consentement pourra constituer un moyen de défense.

4. L'aveu

«On entend par "aveu judiciaire" la reconnaissance par une partie, devant le tribunal, du fait qui est allégué contre elle. L'aveu judiciaire peut être total (le plaidoyer de culpabilité) ou partiel (l'admission

235. «Droit de la preuve pénale», *supra*, note 100, p. 23.

236. *Ibid.*, p. 24

237. Voir notamment la décision dans *R. c. Paquette*, C.Q.: 450-01-000837-901, Saint-François, 1992-02-13, J.E. 92-623, où une femme de 37 ans fut déclarée coupable d'attouchements sexuels par une personne en autorité, en raison des rapports sexuels qu'elle a eu avec un adolescent âgé de 14 ans qui aurait prétendument consenti à ses rapports. En l'occurrence, l'adolescent agissait à titre de gardien auprès des enfants de l'accusée. Bien qu'il s'agisse d'une décision en matière de protection, voir néanmoins *C.Q. : 520-41-000144-882 et autre*, Montréal, 1993-04-07, où le tribunal se réfère aux dispositions de l'article 153(1) *C.cr.*

judiciaire). L'aveu judiciaire est un substitut de la preuve puisqu'il a pour effet de dispenser la partie en faveur de qui il est fait, de l'obligation de présenter une preuve formelle du fait avoué.»²³⁸

Le plaidoyer de culpabilité de l'accusé²³⁹ est considéré comme étant un substitut total à la preuve en ce qu'il dispense le tribunal de son obligation d'entendre la preuve de l'accusation²⁴⁰. Le tribunal n'est toutefois pas tenu d'accepter le plaidoyer de culpabilité de l'accusé.

En ce qui concerne l'admission judiciaire, les auteurs Bellemare et Viau affirment que:

«L'admission judiciaire, à la différence du plaidoyer de culpabilité, n'est qu'un substitut partiel de la preuve. En effet, son but est de dispenser une partie de l'obligation de faire la preuve du fait admis.»²⁴¹

L'admission de certains faits par l'accusé aura donc pour effet de dispenser la poursuite de devoir en faire la preuve.

5. Le fardeau de la preuve

La présomption d'innocence et les conséquences pouvant résulter d'une condamnation exigent que la preuve présentée par la poursuite soit de nature à convaincre le tribunal hors de tout raisonnable de la culpabilité de l'accusé. La poursuite devra donc prouver hors de tout doute raisonnable chaque élément de l'infraction, peu importe le mode de preuve utilisé. La preuve devra présenter une force probante telle que le juge n'entretiendra aucun doute sur la culpabilité de l'accusé.

S'il subsiste un quelconque doute, à la lumière de la preuve présentée de l'esprit fondé sur la preuve, l'accusé devra bénéficier du doute raisonnable et être acquitté.

6. La force probante

En matière pénale, la force probante de la preuve est intimement liée à la norme de preuve qui incombe à la poursuite pour prouver la culpabilité de l'accusé. Afin de prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments

238. *«Droit de la preuve pénale», supra, note 100, p. 44*

239. Art. 606(1) et 801(1) (2) C.cr.

240. *«Droit de la preuve pénale», supra, note 100, p. 45.*

241. *Ibid.*, p. 49

de l'infraction, l'on devra avoir recours aux moyens de preuve disponibles. Certains de ces moyens seront jugés plus probants que d'autres.

La force probante du témoignage est directement reliée au degré de crédibilité que le juge accorde au témoignage du témoin. Lorsque le témoin rapporte la preuve des faits de façon précise, impartiale et soutenue, son témoignage se verra accordé une force probante plus grande. En ce qui concerne le témoignage des enfants victimes d'abus sexuels, il est intéressant d'observer, qu'en dépit des réserves manifestées par les tribunaux jusqu'à récemment quant à la crédibilité de l'enfant témoin, particulièrement s'il est en bas âge, l'on commence maintenant à observer un changement d'attitude. Lorsque le témoignage de l'enfant est constant et qu'il est par ailleurs soutenu par une preuve indiscutable, sa force probante sera très grande²⁴².

De la même façon, lorsque la preuve d'expert est pertinente et qu'elle permet de conclure à l'existence d'une infraction à caractère sexuel, le tribunal lui accordera une force probante certaine²⁴³.

C) Des perspectives d'avenir et conclusion

La preuve d'abus sexuels est très complexe et les moyens disponibles pour les prouver sont, ainsi que l'on a pu le constater, relativement restreints. Le témoignage de l'enfant victime est souvent le seul, mais, probablement aussi le meilleur moyen pour permettre d'élucider des soupçons relatifs à l'existence d'abus sexuels. Son témoignage, lorsqu'il est en âge de rapporter les faits correctement, doit être favorisé par tous les moyens possibles. Toutefois, l'enfant n'est pas toujours disponible pour témoigner de sa propre situation ou il peut être dans l'incapacité de le faire.

Le recours aux témoignages de personnes qui côtoient l'enfant régulièrement peut permettre de révéler certains indices susceptibles d'éclairer le tribunal sur l'existence ou non des abus sexuels. Toutefois, ils s'avèrent trop souvent insuffisants pour en établir l'existence.

De par leur formation et leur expérience, certains experts tels les psychologues, les psychiatres, les médecins et les intervenants sociaux, sont davantage en mesure d'interpréter les indices qui laissent supposer l'existence d'une situation d'abus sexuels. Souvent appelés à titre de témoins experts, ils peuvent éclairer le tribunal sur des indices qui demeureraient autrement obscurs.

242. Voir notamment *C (A.) c. R.*, (C.A.), J.E. 92-549; *R. c. W.(R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, J.E. 92-909.

243. Voir notamment *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30.

Aussi, il n'apparaît pas exagéré d'affirmer que la preuve d'expert, en matière d'abus ou d'agressions sexuels à l'égard d'enfants, est très souvent utilisée pour permettre d'établir l'existence de tels abus. Toutes les parties au litige sont conscientes de cette réalité - c'est pourquoi elles y ont recours. Toutefois, ce moyen de preuve, qui est censé éclairer le tribunal sur l'existence ou non d'abus, peut aussi créer une certaine confusion. Parfois, les rapports d'experts sont contradictoires, les méthodes utilisées pour évaluer la situation ne sont pas nécessairement uniformes et certains experts ont tendance à favoriser, dans la mesure du possible, la partie qui les a mandaté pour effectuer l'évaluation ou expertise.

Que peut, et que doit faire le tribunal dans des situations semblables, alors que devant une telle divergence d'opinions, il lui devient à toutes fins pratiques impossible de déterminer le bien-fondé des allégations d'abus sexuels sur l'enfant?

Devant le constat que la prolifération exagérée d'expertises peut mener à certains abus, particulièrement lorsque ces dernières visent à soutenir les diverses thèses des parties en présence, le recours aux expertises ordonnées par le tribunal pourrait constituer un outil particulièrement efficace. Dans la mesure où le mandat de l'expert lui est confié par le tribunal et que ce dernier en précise les paramètres, l'on peut présumer que l'objectivité et l'impartialité seront davantage assurées. En procédant à une expertise plutôt qu'à plusieurs, l'on évitera aussi d'exposer inutilement l'enfant à de multiples évaluations, dans certains cas traumatisantes, et dont les effets sont parfois comparables à ceux des abus sexuels subis par l'enfant.

Dans l'éventualité où l'une des parties désirerait contester les conclusions de l'expert nommé par le tribunal, la contre-expertise apparaît comme une réponse satisfaisante en ce qu'elle permet d'assurer le respect des règles de justice naturelle, et particulièrement le droit de contredire la preuve présentée.

En matière de protection de la jeunesse, la mise en place de mécanismes appropriés et uniformes, ainsi que la création d'une banque d'experts indépendants attirés à la cour pourraient se révéler comme étant des solutions intéressantes et davantage respectueuses de l'intérêt de l'enfant et de ses droits.