LA PREUVE D'ABUS SEXUEL : ALLÉGATIONS, DÉCLARATIONS ET L'ÉVALUATION D'EXPERT

Luc Morin and Claude Boisclair

Volume 23, Number 1, 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108294ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/13388>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Morin, L. & Boisclair, C. (1992). LA PREUVE D'ABUS SEXUEL : ALLÉGATIONS, DÉCLARATIONS ET L'ÉVALUATION D'EXPERT. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 23(1), 27–72. <https://doi.org/10.17118/11143/13388>

Article abstract

In North America, child protection laws have translated into a large number of newly identified cases of child sex abuse. In many instances however, the allegations of sexual abuse from children or parents could not be substantiated and on occasion, the allegations were false. The evaluation of the child and the parent in cases of suspected sexual abuse requires not only taking into consideration various circumstances particular to each situation, but also potential motivational factors which could have lead the child or the parent to allege sexual abuse.

LA PREUVE D'ABUS SEXUEL : ALLÉGATIONS, DÉCLARATIONS ET L'ÉVALUATION D'EXPERT

par Luc MORIN*
Claude BOISCLAIR**

La promulgation des lois pour la protection des enfants a été suivie en Amérique du Nord par l'identification d'un plus grand nombre de situations d'abus sexuels chez l'enfant. Dans un certain nombre de cas cependant, les propos de l'enfant ou du parent dénonçant l'abus sexuel se sont révélés non fondés. La crédibilité d'un enfant s'évalue en tenant compte de plusieurs facteurs de compétence intrinsèque à l'enfant, d'une multitude de facteurs propres à chacune des situations ainsi que des motifs possibles ayant conduit l'enfant ou l'adulte à signaler un abus sexuel.

In North America, child protection laws have translated into a large number of newly identified cases of child sex abuse. In many instances however, the allegations of sexual abuse from children or parents could not be substantiated and on occasion, the allegations were false. The evaluation of the child and the parent in cases of suspected sexual abuse requires not only taking into consideration various circumstances particular to each situation, but also potential motivational factors which could have lead the child or the parent to allege sexual abuse.

*. Médecin et professeur au Département de psychiatrie de l'Université McGill et Directeur du Programme de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent à l'hôpital Douglas.

** . Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Carmen Lavallée, qui vient de compléter sa formation professionnelle au Barreau du Québec, a agi comme assistante de recherche pour les aspects juridiques.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	29
CHAPITRE I LA NÉCESSITÉ D'UNE UTILISATION JUDICIEUSE DES DÉCLARATIONS DE L'ENFANT	30
A) L'abus sexuel, mythes et réalités	30
1- La fréquence des abus sexuels, une évaluation diffi- cile	31
2- Les conséquences possibles d'une évaluation défi- ciente en matière d'abus sexuels	32
B) La fiabilité des déclarations de l'enfant	36
1- La suggestibilité et les stades de développement de l'enfant	36
2- La mémoire contextuelle de l'enfant	37
3- Bref rappel de l'évolution des tribunaux concernant les déclarations faites par des enfants	40
4- Les modifications législatives relatives à la recevabilité des déclarations faites par l'enfant à un tiers.	43
CHAPITRE II LES LIMITES DE L'EXPERTISE EN MA- TIÈRE D'ABUS SEXUEL	49
A) La fiabilité relative des techniques diagnostiques	50
1- Les profils de l'enfant victime d'abus sexuel et de l'agresseur	50
2- Les évaluations par tests psychologiques	52
3- Les dessins d'enfants	53
4- Les poupées sexuées	54
B) Les comportements typiques de l'enfant et abus sexuels: une corrélation peu sûre	58
C) Le rôle du témoin expert	60
1- La recevabilité et l'admissibilité des témoignages des témoins experts par les tribunaux	60
a) La recevabilité du témoignage d'un expert	61
b) L'admissibilité du témoignage d'un expert	63
2- Les qualités d'une expertise valable	67
CONCLUSION	71

INTRODUCTION

L'augmentation des situations où l'on soupçonne que des enfants sont victimes d'abus sexuels résulte à la fois d'une plus grande sensibilisation de la société et des lois qui obligent les citoyens à signaler ces situations. Toutefois, l'étude des signalements d'abus sexuels et des circonstances qui sont à l'origine de ceux-ci nous amène à constater que bon nombre¹ d'entre eux ne sont pas retenus par le directeur de la protection de la jeunesse ou par le tribunal saisi du dossier, parce que l'enquête sociale ou judiciaire n'en a pas démontré le fondement à cause de l'insuffisance de la preuve, de l'inaptitude de l'enfant à témoigner, de la non-crédibilité des témoignages, des rétractations, des techniques d'évaluation inadéquates ou inadaptées aux circonstances, ou encore parce que, selon toute évidence, l'abus sexuel n'a pas eu lieu. Dans une proportion de 6% à 8% des cas, et davantage lorsque le contexte du signalement est celui de conflits sur la garde ou les droits de visite², l'affirmation d'abus sexuel est fausse car l'enfant, mais plus souvent l'adulte, a délibérément porté de fausses accusations ou encore mal perçus les événements³.

Notre étude montrera pourquoi une *prudence raisonnable* doit guider les tribunaux dans le domaine de la preuve en matière d'abus sexuel, notamment à l'égard des «*croyances*», des théories ou des conceptions des travailleurs sociaux et des témoins experts ou encore à l'égard des techniques

-
1. D.J. BESHAROV, «Doing something about child abuse : The need to narrow the grounds for state intervention», (1985) *Harvard Journal of law and public policy*, 8: 539-589.
 2. K. BURTON et N. MYERS, «Child Sexual Abuse and Forensic Psychiatry, *Bull. Am. Acad. Psychiatry Law*, vol. 20, No 4, (1992), p. 445.
 3. A. GREEN and D. SCHETKY, *True and false allegations of sexual abuse : A Handbook for health care and legal professionals*, Eds. Dr. Schetky and A. Green, New York : Brunner/Mazel, Inc., (1988), p. 104-124. M. EVERSON and B. BOAT, «False allegations of sexual abuse by children and adolescents», (1989) *Journal of the Am. Acad. Child & Adoles. Psychiatry*, 28:320-235. Voir à ce sujet, *Protection de la jeunesse-329*, (1988) R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.). À la page 1743, on note ce passage : «Quant à la mère, marquée par une dynamique maniaco-dépressive... cette dernière pouvait, dans une situation très confrontante, percevoir de façon distordue certaines réalités susceptibles de lui rappeler son propre passé d'enfant abusé». *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166 à 174 (C.S.). Dans cet arrêt, la mère souffre du syndrome d'*aliénation parentale*. En dépit des enquêtes, la mère maintient ses fausses accusations d'agressions sexuelles et physiques dans le but de faire échec aux droits de visite du père.

scientifiques et des «indicateurs» d'abus sexuels. La découverte d'un abus sexuel chez un enfant en bas âge dépend souvent d'une preuve fondée sur des probabilités résultant des divers témoignages ou des explications données sur les comportements de l'enfant ou du présumé «agresseur». Autant, il est essentiel de faire cesser un abus sexuel, autant il est important de déceler les situations où l'abus sexuel dénoncé ne s'est pas produit. En effet, à défaut de pouvoir distinguer les véritables situations d'abus sexuels des autres, on risque, non seulement de détruire le milieu familial, ou ce qu'il en reste, mais aussi de pénaliser sévèrement l'enfant qui se verra imposer des conditions ou des traitements inappropriés à sa situation, sans compter que la personne soupçonnée à tort d'abus sexuel ne pourra pas s'en remettre ou s'en remettra difficilement.

Nous allons, en premier lieu, traiter de la nécessité d'une utilisation judicieuse des déclarations de l'enfant. Puis, nous discuterons des critères de l'évaluation de l'expert en matière d'abus sexuel, notamment lorsqu'on utilise des moyens dont le caractère scientifique est parfois discutable.

CHAPITRE I LA NÉCESSITÉ D'UNE UTILISATION JUDICIEUSE DES DÉCLARATIONS DE L'ENFANT

Dans la plupart des situations d'abus sexuels, l'enfant sera à l'origine des déclarations qui deviennent alors la source première d'informations sur le drame qu'il vit. Cependant, la mauvaise interprétation de ses déclarations, comme toute demande inadéquate ou pressante d'informations supplémentaires, risque d'embrouiller les dires de l'enfant. Dans cette perspective, examinons d'abord comment il est présentement difficile de démystifier la question de l'abus sexuel chez l'enfant. Par la suite, nous nous interrogerons sur la fiabilité des déclarations de l'enfant.

A) L'abus sexuel, mythes et réalités

De nombreux préjugés entourent encore les abus sexuels à l'égard des enfants. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une situation nouvelle, la société actuelle semble toujours incapable de la percevoir avec justesse. En effet, nous avons de la difficulté à évaluer la fréquence réelle des abus. De plus, il faut montrer les conséquences possibles d'une évaluation déficiente en matière d'abus sexuels.

1- La fréquence des abus sexuels, une évaluation difficile

Les services fournis par la direction de la protection de la jeunesse ont donné naissance à des structures relativement jeunes, enthousiastes, déterminées mais peu expérimentées et qui, trop souvent, redécouvrent et réaffirment que les enfants ne mentent pas. Toutefois, l'acceptation de la théorie que «l'enfant ne peut dire que la vérité» est la cause d'un certain nombre de difficultés en matière d'abus sexuel.

Les statistiques sur la fréquence des abus sexuels sont approximatives. Nous savons, cependant, que la promulgation de nouvelles lois partout en Amérique du Nord, obligeant les citoyens à déclarer, entre autres, les situations d'enfants soupçonnés d'être victimes d'abus sexuels, a été suivie d'une hausse importante des signalements, et par le fait même d'un certain pourcentage d'erreurs. Cette marge d'erreur s'est révélée, depuis environ cinq ans, beaucoup plus grande qu'on ne l'avait d'abord imaginée. Dans un nombre significatif de cas, il s'avère impossible de démontrer ou de se convaincre de la véracité des déclarations de l'enfant ou de l'adulte qui ont signalé un abus sexuel. Parfois, une évaluation minutieuse effectuée selon des critères professionnels précis, révélera la fausseté des allégations et permettra de découvrir qu'il existe d'autres explications possibles pour des symptômes ou comportements qui, à l'origine, ont soulevé la vraisemblance d'abus sexuel⁴.

L'augmentation des allégations d'abus sexuels a conduit tous les groupes professionnels tels, les pédiatres, psychiatres d'enfants et d'adolescents, psychologues et travailleurs sociaux à traiter un nombre croissant de demandes d'évaluation afin de déterminer s'il y a eu ou non abus sexuel. Beaucoup de ces experts, confrontés à un nouveau phénomène, ont eu tendance initialement à exagérer leur certitude, par manque de formation et à cause de préjugés existant dans les divers milieux de notre société à l'égard des abus sexuels⁵. Nous savons maintenant jusqu'à quel point l'enfant est

4. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 277 : dans cette décision, un expert reconnaît que l'anxiété, l'insécurité et l'angoisse présentées par l'enfant peuvent provenir de multiples causes et non nécessairement d'un abus sexuel.

5. *Protection de la jeunesse*, T.J., Beauharnois, no 760-41-000038-870, 19 novembre 1987. Dans cette décision, un premier expert déclare que les indices d'enfants «abusés» retracés chez l'enfant sont tout aussi compatibles avec les caractéristiques d'un enfant aux prises avec un conflit de fidélité (p. 11 et 12), tandis qu'un second, à partir de symptômes tels

vulnérable à la suggestion, souvent exercée involontairement par l'adulte ou par l'expert dans le cadre d'une évaluation⁶.

Nous connaissons mieux les circonstances qui amènent l'enfant à faire état d'un abus sexuel et à adopter des comportements ou des symptômes, qui bien que présents chez certains enfants victimes d'abus sexuels, ne permettent pas de conclure, de façon systématique, à la commission d'une agression sexuelle. Une mauvaise perception et évaluation peuvent avoir souvent, dans ce domaine, de graves conséquences.

2- Les conséquences possibles d'une évaluation déficiente en matière d'abus sexuels

S'il est des indicateurs d'abus sexuels, les indicateurs physiques ne devraient-ils pas être parmi les plus fiables? À cet égard, l'affaire «Cleveland» est particulièrement révélatrice⁷. L'examen physique avait montré un assouplissement anormal du passage anal, après observation de l'enfant couché sur le côté, en position foetale. Cela avait suffi pour conclure à la preuve d'un abus sexuel. Ainsi, sans autre élément de preuve, les services de protection des enfants retirèrent 202 enfants de leurs familles, en huit semaines. On soupçonnait les parents de conduite indécente et d'avoir eu des rapports sexuels avec leurs enfants. Des descriptions de rougeurs sur les parties génitales et des variations de tonus du sphincter anal ont été à l'origine de plusieurs allégations d'abus sexuels⁸ et ce n'est que relativement récemment que d'autres normes ont pu être établies démontrant qu'il peut exister un

l'énurésie, des troubles du sommeil et la peur de la noirceur, parle d'un syndrome dit «de l'enfant abusé». Le tribunal rejette cette dernière prétention dans ce cas, en soulignant qu'au-delà des apparences ou des techniques utilisées, la preuve montrait que les comportements de l'enfant résultaient plus de sa très grande lassitude, à la suite de nombreuses interventions effectuées auprès de lui, que de signes ou symptômes se rapportant à une catégorie exclusive d'enfants victimes d'abus sexuels.

6. Voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.) 2705 à 2707 et 2709.

7. C.J. HOBBS and J.M. WYNNE, *Buggery in childhood - a common syndrome of child abuse*, *Lancet*, (1986), 2:792-796.

8. D.C. GEDDIS, «The diagnosis of sexual abuses of children», *New Zealand Medical Journal*, March 8, 1989, p. 90-100.

écart important dans les variations normales de l'anatomie génito-urinaire et périnéale de l'enfant⁹.

Cependant, de nombreuses questions persistent encore. Dans une décision récente de la Chambre de la Jeunesse, on ne peut manquer de constater qu'un pédiatre, après un examen gynécologique, a conclu que les deux fillettes avaient été abusées sexuellement. Pourtant, une gynécologue, après avoir noté chez l'une d'elles un hymen atténué, effectua une colposcopie qui révéla que l'irrégularité de l'hymen était en fait une déviation normale chez les deux fillettes. Nous savons par ailleurs que des enfants, particulièrement avant la puberté, peuvent avoir des examens normaux, même lorsqu'il y a eu des abus répétés et chroniques¹⁰. Le plus souvent, l'examen physique ne permet ni d'infirmer ni de confirmer¹¹ qu'il y a eu abus sexuel.

L'une des pires choses qui puisse arriver à un enfant est d'être victime d'abus sexuels. L'une des pires choses qui puisse arriver à un adulte est d'être accusé à tort d'un crime aussi grave. Illustrons ce propos par deux exemples pour montrer jusqu'où peut conduire la crédulité, avant d'aborder la question de la fiabilité des déclarations de l'enfant. Même si les deux exemples qui suivent sont particuliers, ils font comprendre pourquoi on ne peut se contenter, dans le domaine de l'abus sexuel, de «vraisemblance» ou de transformer en «présomption d'abus sexuel» le seul fait de le signaler.

En janvier 1990, aux États-Unis, prenait fin un procès¹² à l'issue duquel la mère, qui tenait une école pré-maternelle, et son fils ont été acquittés d'une accusation d'agression sexuelle après avoir passé respectivement deux et cinq ans en prison. La mère d'un enfant de deux ans et demi avait déclaré que son fils avait été victime d'attouchements sexuels à quatorze reprises alors qu'il fréquentait la pré-maternelle des accusés. Elle affirmait que

-
9. D. PAUL, «The Pitfalls which may be encountered during an examination for signs of sexual abuse», *Med. Sci. Law* (1990), Vol. 30, No 1, pp. 3-11.
 10. G. FORTIN, M.D., *L'Actualité Médicale*, 17 mars 1993, p. 8; M. A. REINHART, «Medical Evaluation of Young Sexual Abuse Victims: A View Entering the 1990s», *Med. Sci. Law* (1991), Vol. 31, No 1, pp. 81-86.
 11. A. GREEN and D. SCHETKY, *The Medical Evaluation of Child Sexual Abuse*, in *Child Sexual Abuse : A Handbook for Health Care and Legal Professionals*, Eds. D. Schetky and A. Green, New York : Brunner/Mazel Inc., (1988), p. 97.
 12. *Time*, January 29, 1990, p. 32-33.

son fils avait été sodomisé, que l'accusé l'avait promené nu sur ses épaules et torturé avec un boyau de caoutchouc. Elle porta aussi des accusations similaires contre son ex-mari et trois employés d'un studio de santé.

Les policiers, saisis du dossier, ont enquêté sur ces présumés abus sexuels auprès de tous les enfants ayant fréquenté la pré-maternelle pour arriver à cette conclusion incroyable que 369 des 400 enfants interrogés avaient été victimes d'abus sexuels. Les enfants racontèrent comment ils étaient allés déterrer des morts au cimetière, comment ils s'étaient sauvés en se jetant en bas des avions, ou comment ils avaient tués des animaux avec des bâtons de «*baseball*». Ils identifièrent également comme leurs agresseurs plusieurs personnes dignes de confiance incluant le procureur en chef de la ville.

L'un des enfants était âgé de quatre ans au moment de l'abus présumé. Il avait sept ans lorsqu'il raconta son histoire pour la première fois à une travailleuse sociale. À huit ans, il témoigna une première fois, puis une deuxième fois à onze ans. Aujourd'hui, âgé de 15 ans, il maintient encore que ce qu'il a dit était vrai en dépit de l'invraisemblance des abus décrits plus haut et de l'identification fantaisiste des présumés agresseurs.

Au Canada, on retrouve un cas semblable. L'affaire débute en 1985¹³. La mère, nouvellement arrivée dans une ville, demande au Centre des services sociaux de placer temporairement ses fillettes, âgées de cinq et sept ans, afin qu'elle puisse trouver un emploi. On lui propose une famille d'accueil habituée à ce genre de dépannage. Après le départ de la mère, la responsable du foyer s'inquiéta de l'apparence physique et de l'état psychologique des enfants. Plus tard, elle raconta au tribunal que les enfants dégageaient une odeur d'urine et de sperme, et que la plus jeune souffrait d'une infection urinaire. En outre, elle se montrait anormalement pudique. Elle remarqua une rougeur dans la région vaginale de l'enfant. *D'après son expérience*, les deux enfants avaient été abusées sexuellement. En outre, elle avait fait part au Centre des services sociaux que les enfants étaient terrifiées par leur mère et son ami que les deux fillettes accusaient de toutes sortes d'activités sexuelles

13. Voir, à ce sujet, M. KENDRICK, *An Anatomy of a Nightmare : A Failure of Society to deal with Child Sexual Abuse*, McMillan, (1988).

illicites. Dans les trois mois qui suivirent, les enfants racontèrent qu'elles avaient participé à la réalisation de films pornographiques, à des meurtres, à des actes de mutilations et à des rituels sataniques. Était-il possible que de telles souffrances aient été imposées à ces enfants? Le médecin qui les examina affirma qu'elles avaient été abusées sexuellement, mais qu'il n'en n'avait trouvé aucune preuve physique. Il était convaincu, comme la plupart des témoins experts, que les enfants de moins de douze ans racontent rarement de telles histoires et que plus l'enfant est jeune, plus son récit est détaillé, plus il est crédible. Le procès a duré deux ans. Le tribunal a entendu 161 témoins, dont 19 témoins experts. Finalement, le tribunal acquitta la mère des accusations d'abus sexuels.

Comment ces deux situations ont-elles pu durer des années sans que personne ne s'interroge sur les aspects invraisemblables des verbalisations de tous ces enfants sur de possibles abus? L'une des explications possibles viendrait du fait que, malgré l'apparition d'une jurisprudence prudente et d'un développement remarquable des connaissances, *trop de cliniciens continuent encore de faire des diagnostics hâtifs et peu étoffés en matière d'abus sexuels*¹⁴. Les préjugés favorables aux enfants conduisant à la théorie qu'ils ne mentent pas ont la vie dure¹⁵. Il arrive encore que l'on demande la version des faits à un seul des parents tout en ignorant l'autre. Parfois, on ne se demande pas si le parent ou l'enfant a déjà été victime d'abus sexuels et on ne s'informe pas sur l'ensemble des circonstances de la vie de l'enfant. On peut aussi donner une interprétation erronée des faits, ou pire une interprétation faussée par des observations cliniques, physiques, psychologiques et psychiatriques inadéquates. Nous constatons que trop souvent les questions posées aux enfants sont facilement suggestives, coercitives, trop nombreuses, trop courtes ou trop longues. Il arrive même que l'enfant soit «récompensé» pour les «bonnes réponses» lorsqu'elles correspondent aux convictions et aux intérêts de l'évaluateur-expert.

14. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Abitibi, 605-41-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9. Dans cette décision, on apprend que la travailleuse sociale s'est contentée de constater chez l'enfant de la tristesse, de l'inquiétude et une peur des hommes pour conclure à un abus sexuel.

15. *Ibid.* La travailleuse sociale déclare «Quand un enfant aborde une question d'abus sexuel, on le croit». Pourtant, les enfants ont nié formellement les abus sexuels et la preuve n'a pu, non plus, les établir.

B) La fiabilité des déclarations de l'enfant

L'importance et le degré de fiabilité que l'on peut accorder aux déclarations de l'enfant varient selon plusieurs éléments, tels l'âge de ce dernier, ses expériences antérieures et les influences dont il a pu être l'objet.

1- La suggestibilité et les stades de développement de l'enfant

L'enfant, âgé de deux à sept ans, est particulièrement suggestible et possède une mémoire fragile. En conséquence, l'enfant se rappelle de l'événement au moment où il se produit, mais sa mémoire reste sujette à des distorsions causées par l'intégration d'informations postérieures à l'événement initial¹⁶. Lorsqu'un événement est mémorisé, l'enfant doit pouvoir le retracer librement et le communiquer facilement. Mais à cet âge, tout le processus intellectuel pour s'en rappeler n'est pas très développé. La capacité d'attention est faible, la compréhension des événements et les connaissances de base sont limitées. La difficulté du jeune enfant de se rappeler et de communiquer un événement, pourra inciter l'expert à utiliser des questions suggestives. Il voudra aider l'enfant à se souvenir. Mais une telle pratique comporte beaucoup de risques. En effet, l'adulte exerce une influence certaine sur l'enfant et, pour cette raison, ce dernier aura tendance à se conformer aux désirs de l'adulte tels qu'il les perçoit¹⁷. De plus, les efforts déployés pour préparer l'enfant à rendre un témoignage plus exact peuvent aussi entraîner de sérieuses conséquences. L'adulte risque, en effet, de modifier la mémoire de l'enfant et de modeler ses réponses. Lorsque de telles altérations ou modifications ont eu lieu, il devient très difficile, et probablement impossible, de retrouver la mémoire initiale des événements.

-
16. S.J. CECI, ROSS and TOGLIA, M.P., «Suggestibility of children memory : Psycholegal implications», (1987) *Journal of Experimental Psychology*, 116,3849. Voir P.E. HILL, S.M. HILL, «Videotaping Children Testimony : an Empirical View», (1986-1987) 85 *Mich. L. Rev.*, 809, 814 : les auteurs démontrent comment les enfants peuvent être influencés par le lieu où on les interroge.
17. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (T.J.). Dans cette décision, on rapporte des témoignages qui montrent comment la mère et la travailleuse sociale ont suggéré les réponses à l'enfant. Le tribunal ajoute qu'il aurait accordé plus de valeur à la déclaration de l'enfant si elle avait été faite lors d'une entrevue effectuée avant que ces interventions ne se soient produites. Les déclarations de l'enfant ne sont pas spontanées.

2- La mémoire contextuelle de l'enfant

Les études actuelles sur la mémoire du jeune enfant sont encore préliminaires, parfois ambiguës et contradictoires. Cependant, on peut retenir de celles-ci les éléments suivants :

- *L'enfant se rappelle mieux les événements qu'il comprend et qui lui sont plus familiers. À l'inverse, il se souvient moins bien des événements qui dépassent sa compréhension et avec lesquels il n'est pas familier ou qui sont pour lui une source de malaises.*
- *L'enfant se rappelle mieux l'événement lui-même plutôt que les personnes présentes, l'endroit, le moment, les détails périphériques ou abstraits¹⁸.*
- *L'enfant est davantage capable de décrire une série d'événements, telle la répétition de gestes abusifs par une personne familière, que de fournir un exemple en particulier d'une agression.*
- *Le rappel des événements est plus exact quand l'enfant s'exprime spontanément que lorsqu'il doit répondre à une série de questions¹⁹.*

Les particularités de la mémoire du jeune enfant, et les nombreux facteurs intervenant dans son élaboration, nous permettent de comprendre qu'il faut beaucoup d'habileté, de doigté et de prudence lors de l'évaluation d'un enfant susceptible d'avoir été victime d'abus sexuel.

Les comportements des enfants tendent à varier selon les influences et les contraintes du moment et selon leurs intérêts. Ainsi, les comportements

18. J.C. YUILLE, «L'entrevue de l'enfant dans un contexte d'investigation et l'évaluation systématique de sa déclaration», dans *L'enfant mis à nu*, (1992), Ed. du Méridien, p. 77.

19. G.S. GOODMAN and R.S. REED, «Age differences in eyewitness testimony», (1986) *Law and human behavior*, 10,317-332. L. BERLINER, «Deciding whether a child has been sexually abused» in E.B. Nicholson and J. Bucheley (E.D.S.) *Sexual abuse allegations in custody and visitation cases : A resource book for judges and Court personnel*, pp.48-69, (1988) Washington, D.C. : American Bar Association. D.A. POOLE and L.T. WHITE, *Effects of question repetitions on the eyewitness testimony of children and adults* (Manuscript), (1990).

des enfants tendent à se calquer sur les situations du moment, du moins jusqu'à ce que leur personnalité soit mieux développée. Plus l'enfant est mature, plus son comportement est prévisible et indépendant des influences extérieures. De façon générale, avant l'âge de neuf ans, l'enfant n'a pas encore intégré et fait siennes les règles et les valeurs de la société²⁰, de sorte que les personnes qui l'entourent, l'interrogent ou s'intéressent à lui pourront l'influencer grandement.

Ainsi, on comprend mieux pourquoi on scrute l'aptitude de l'enfant à témoigner *lorsqu'il ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle*. Autant devant la Chambre de la Jeunesse que devant la Cour supérieure, on doit établir son aptitude à témoigner c'est-à-dire déterminer que, conformément à la loi «*il est capable de rapporter les faits dont il a eu connaissance et s'il comprend le devoir de dire la vérité*»²¹.

Le législateur fixe les deux conditions pour déterminer si l'enfant est apte à témoigner devant les tribunaux. On doit donc faire la preuve de «l'aptitude à témoigner» et habituellement²², on satisfait à cette exigence en montrant que l'enfant possède :

- *La capacité de percevoir les faits d'une façon exacte, c'est-à-dire la capacité intellectuelle d'observer ou de lire avec exactitude l'événement au moment où il se produit;*

20. L. KOHLBERG, «Stage and sequence : The cognitive-developmental approach to socialization» in D.A. Gaslin (Ed.), *Handbook of Socialization Theory and Research*, Chicago : Rand McNally, (1969). Voir, à titre d'exemple, *Droit de la famille*, C.S., Montréal, 500-04-000413-573. Le juge explique comment l'expert avait suggéré à un enfant, âgé de trois ans, qu'il y avait eu abus sexuel.

21. L.R.Q., c. P.-34.1, art. 85.1 et 85.2 et le nouvel article 2844 al. 2 *C.c.Q.* En protection de la jeunesse, la loi distingue selon que l'enfant a 14 ans et plus ou moins de 14 ans.

22. Les auteurs suivants ont étudié ce qu'on pourrait considérer comme une preuve «d'aptitude à témoigner» d'un enfant. J. BULKLEY, «Legal proceedings, reforms, and emerging issues in child sexual abuse cases», (1988) *Behavioral Science and Law*, 6, 153-180. J.J. HAUGAARD, N.D. REPPUCI, J. LAIRD et T. NAUPEL, «Children's Definitions of the Truth and Their Competency as Witnesses in Legal Proceedings», *Legal and Human Behavior*, Vol. 15, No. 3 (1991), p. 253-271.

- *La capacité de se rappeler, c'est-à-dire posséder une mémoire suffisante pour conserver ce qu'il a observé, et la capacité de rapporter lui-même cette observation;*
- *La capacité de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle ou, à défaut, de faire la différence entre la vérité et le mensonge, de comprendre le devoir de dire la vérité et de comprendre les conséquences de ne pas dire la vérité;*
- *La capacité de rapporter les faits dont il a eu connaissance personnellement c'est-à-dire la capacité de communiquer les faits observés dont il se rappelle et de comprendre des questions simples sur ce qui s'est produit.*

Le niveau de développement de l'enfant constitue donc un facteur déterminant pour évaluer son aptitude à témoigner^{22a}. *Son âge chronologique, son niveau de fonctionnement social, son état émotionnel et mental, autant que la nature et la qualité de la dynamique familiale, auront une influence décisive sur la possibilité du jeune enfant de satisfaire aux exigences d'une aptitude minimale pour témoigner. La preuve par expert, dans ce dernier cas, pourra aider le tribunal à déterminer si l'enfant est apte à témoigner²³.*

22a L. GÉLINAS et B. M. KNOPPERS, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection», (1993) 53 *R. du B.*, 3, 54 et 55 : Les auteurs indiquent que le rôle des experts est important en ce qui a trait à la preuve de l'aptitude à témoigner.

23. Voir 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 et enfant, Formation permanente du Barreau du Québec*, Les Éditions Yvon Blais inc., Cowansville, (1990), p. 73 et 75. L'auteur rapporte que l'enquête conduit le tribunal à poser des questions simples à l'enfant «sur son âge, sa famille, ses études, sur la différence entre le vrai et le faux...» (voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 275. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-471*, [1993] R.J.Q. 564 à 571 (C.Q., C. de la J.), 567 : l'expert, dans cette décision, manifeste son inquiétude quant à la capacité de l'enfant de rapporter les faits, non qu'elle veuille mentir, mais que la colère, l'anxiété et son trouble profond peuvent altérer la précision de ses propos. Voir également, *Droit de la famille*, C.S., Montréal, 500-04-001135-899, 5 décembre 1989. Le tribunal explique que l'enfant, âgé de 5 ans, est inapte à témoigner parce qu'il souffre d'une *paralysie de l'expression*, résultant des abus sexuels, ce qui rendait ses propos confus et mêlés, voire invraisemblables. *Note* : Même si certains enfants victimes d'abus peuvent devenir à ce point

Quant à sa crédibilité, que ce soit devant le tribunal ou lors d'une entrevue faite par des intervenants extrajudiciaires, elle s'évaluera en tenant compte de plusieurs facteurs de compétence intrinsèque à l'enfant, d'une multitude de facteurs propres à chacune des situations ainsi que des motifs possibles ayant conduit l'enfant ou l'adulte à signaler l'abus sexuel. Ainsi, un enfant, dont la mémoire des événements aurait été influencée par des raisons d'intérêt personnel ou des facteurs externes, hors de son contrôle, pourrait être non crédible. Il pourrait aussi être déclaré inapte à témoigner si le tribunal, saisi du dossier, constate qu'il n'a pas les aptitudes requises pour témoigner²⁴.

3- Bref rappel de l'évolution des tribunaux concernant les déclarations faites par des enfants

La perception des tribunaux à l'égard de la fiabilité du témoignage des enfants a évolué au fil du temps. Autrefois, on recevait avec suspicion le témoignage des enfants. On leur accordait peu de crédibilité car souvent, ils étaient trop jeunes pour être assermentés. Le témoignage non assermenté devait être corroboré pour être admissible en preuve. À cette époque, on considérait les enfants comme des témoins peu fiables, et plus particulièrement dans les affaires d'abus sexuels²⁵.

Or, on a assisté depuis quelques années à des changements importants dans ce domaine. Premièrement, nous allons rappeler brièvement le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Khan*²⁶ avant d'aborder certaines modifica-

traumatisés, il faut prendre garde de conclure que la présence d'un symptôme particulier, y compris celui de la paralysie de l'expression, constitue nécessairement une preuve d'abus sexuel.

24. Devant le tribunal, on doit distinguer la recevabilité, qui se résume à la question de l'aptitude, de l'admissibilité qui concerne la fiabilité et la crédibilité des déclarations de l'enfant. Voir, à ce sujet, *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 281. C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 81.

25. T. WALSH, «Abus sexuels et témoignages», *Journal du Barreau*, 1 février 1993, p. 24. Sur le peu de considération accordée autrefois au témoignage de l'enfant, voir C. DUBREUIL, *Le témoignage des enfants en droit pénal et en droit privé*, Montréal, Les Éditions Thémis, (1991), p. 22.

26. [1990] R.C.S. 531.

tions législatives concernant le *oui-dire* devant la Chambre de la Jeunesse²⁷ ou devant la Cour supérieure, notamment²⁸.

Dans l'affaire *Khan c. La Reine*²⁹, un médecin était accusé d'agression sexuelle sur une enfant de trois ans et demi. Quinze minutes après l'événement, l'enfant raconte les faits à sa mère. Au procès, le Ministère public a tenté de mettre en preuve les déclarations de l'enfant faites à sa mère, en invoquant une exception à la règle du *oui-dire*, soit les déclarations spontanées. Le premier juge a refusé d'admettre ces déclarations puisqu'elles n'étaient pas contemporaines de l'événement. Concernant le témoignage de l'enfant, âgée de quatre ans et demi lors du procès, le juge de première instance a décidé qu'elle était inhabile à témoigner sans être assermentée selon l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*³⁰.

La Cour d'appel a annulé le verdict d'acquiescement prononcé par le premier juge, et ordonna la tenue d'un nouveau procès. L'accusé porta ce jugement en appel à la Cour suprême qui confirma la décision de la Cour d'appel de l'Ontario. D'après la Cour suprême, le témoignage de l'enfant non assermenté est admissible *s'il satisfait aux exigences d'intelligence suffisante et de la compréhension du devoir de dire la vérité*. Une fois le témoignage reçu, il revient au juge d'évaluer le degré de crédibilité qu'il accordera aux déclarations de l'enfant.

Concernant le témoignage de la mère de l'enfant, la Cour, constate que les tribunaux ont fait preuve de souplesse, au cours des dernières années, quant à l'application de la règle du *oui-dire* et déclare que le témoignage de la mère sera admissible s'il rencontre les critères de *nécessité* et de *fiabilité*.

27. L.R.Q., c.P-34.1, art. 85.5.

28. Voir, art. 2844 al. 2 *C.c.Q.* et art. 4 paragr. (i) *C.p.c.*

29. Voir à ce sujet sur l'évolution de la recevabilité du *oui-dire* en matière de protection de la jeunesse, L. BACHAND, «Les enfants victimes d'abus sexuels et la réponse judiciaire à la sanction de leurs droits», Prix Charles-Coderre, Les Éditions Yvon Blais inc., (1987), p. 51 à 54. L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, (1993), no 1306, p. 424. L. DUCHARME, «La prohibition du *oui-dire* et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils avaient été victimes», (1987) 18 *R.G.D.* 577 à 579. Voir aussi, C. DUBREUIL, *op. cit.*, note 25, p. 89 à 93. C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 64 à 67.

30. S.R.C. 1970, c. E-10 (abrogé depuis et remplacé par L.C. 1987, ch. 24).

On satisfait au critère de «nécessité» lorsque la situation rend difficile l'obtention d'autres éléments de preuve. Le désintéressement de l'enfant suffit pour justifier la «fiabilité» de ses déclarations.

«T. était désintéressée, en ce sens que sa déclaration ne servait pas son intérêt personnel. Elle a fait la déclaration avant même qu'il ne soit question du litige.(...). En outre, la déclaration d'un enfant en bas âge sur ces questions peut comporter en soi sa propre marque de fiabilité»³¹.

La Cour suprême reprend, à son compte, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario :

«Lorsque le déclarant est un enfant en bas âge et que les événements reprochés portent sur une infraction de nature sexuelle, des considérations particulières s'appliquent pour déterminer l'admissibilité de la déclaration de l'enfant. Il en est ainsi parce que les jeunes enfants, comme celui dont il est question en l'espèce, ne sont généralement pas des experts en matière de raisonnements réfléchis ou pour inventer des histoires de perversion sexuelle. Manifestement, il est peu probable qu'ils utilisent leur capacité de raisonnement pour inventer délibérément un mensonge, et surtout un mensonge concernant un acte sexuel qui, selon toute vraisemblance, dépasse leur entendement»³².

En d'autres termes, si l'allégation d'abus sexuel ne sert aucun intérêt personnel, et que le contexte est tel que l'enfant ne peut pas avoir d'intérêt personnel sur le sujet, nous devons considérer qu'il s'agit d'indices convaincants de la crédibilité du témoignage de l'enfant.

Cependant, si l'assouplissement de la règle du *oui-dire* était devenu nécessaire pour recevoir les déclarations de l'enfant faite à des tiers, une mise en garde s'imposait également concernant l'étendue de la règle proposée par la Cour suprême.

En effet, il peut arriver, précisément à cause de sa naïveté, que l'enfant puisse, dans certaines circonstances, tenir un discours d'abus sexuels parce qu'il

31. *Abdullah Khan c. Sa majesté la Reine*, (1990) R.C.S. 531, 542.

32. *Ibid.*

a été influencé, le plus souvent sans malveillance, par son entourage ou par toute personne chargée de l'évaluation de la situation³³. Il suffit parfois de bien peu chez l'enfant en bas âge et de quelques maladresses pour orienter ses déclarations alors que sa naïveté est *a priori* l'assise même de la fiabilité de ses déclarations ou de son témoignage.

Pour mettre un terme à ces incertitudes, le législateur québécois créait en 1989 une exception à la règle interdisant le *oui-dire*, en modifiant la *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁴ et en codifiant, dans le *Code civil du Québec*, l'état du droit actuel pour les témoignages de certains enfants concernant la recevabilité de ses déclarations.

4- Les modifications législatives relatives à la recevabilité des déclarations faites par l'enfant à un tiers.

La *Loi sur la protection de la jeunesse*³⁵ vise la protection des enfants et non la poursuite des agresseurs³⁶. Cependant, les mêmes problèmes se posent quant à la recevabilité et l'admissibilité du témoignage des enfants ou des déclarations faites à des tiers.

Avant le premier octobre 1989, lorsque l'enfant ne pouvait être assermenté, la corroboration était exigée. À cette première difficulté s'ajoutait celle de la preuve par *oui-dire* lorsque le jeune enfant était inapte à témoigner particulièrement dans les cas de mauvais traitements et d'abus sexuels prévus par la *Loi sur la protection de la jeunesse*^{36a}. Le législateur est donc intervenu pour ajouter de nouvelles dispositions, soit les articles 85.1 à 85.6, afin d'uniformiser les règles du témoignage de l'enfant qui avaient donné lieu à de nombreuses contradictions jurisprudentielles³⁷.

33. Voir, à titre d'exemple, *Droit de la famille-1717*, [1993] R.J.Q. 166 à 174 (C.S.), 171 : l'enfant a raconté que c'était sa mère qui l'avait incité à raconter les actes à caractère sexuel.

34. L.R.Q. c.P.34.1 : arts. 85.1 à 85.6.

35. *Id.*

36. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.), 741.

36a. L.R.Q., c. P-34.1.

37. Voir C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 64 à 67. L. BACHAND, *loc. cit.*, note 29, p. 51. C. DUBREUIL, *op. cit.*, note 25, p. 89 à 92.

On peut maintenant résumer la règle du témoignage de l'enfant de la façon suivante, selon que celui-ci est âgé de moins de quatorze ans ou de quatorze ans et plus³⁸.

On présume que l'enfant *âgé de quatorze ans ou plus* est apte à témoigner, c'est-à-dire qu'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle (art. 85.1 L.P.J.). On peut le contraindre à témoigner (art. 85.3 al .1 L.P.J.). *Son témoignage n'aura pas besoin d'être corroboré* et il sera évalué selon les règles habituelles du témoignage des adultes concernant son degré de probabilité et de crédibilité. Pour empêcher l'adolescent de quatorze ans ou plus de témoigner, on doit renverser la présomption d'aptitude en démontrant qu'il est inapte physiquement ou mentalement de rapporter les faits dont il a eu connaissance (art. 85.1 L.P.J.). La présomption d'aptitude s'applique donc en l'absence de cette preuve puisqu'elle est obligatoire pour faire obstacle au témoignage de l'adolescent.

Par contre, *l'enfant âgé de moins de quatorze ans* pourrait témoigner, même s'il ne comprend pas la nature du serment ou l'affirmation solennelle, si l'on établit au préalable *sa capacité de rapporter les faits et de comprendre le devoir de dire la vérité* (art. 85.2 L.P.J.)³⁹. *Cette disposition couvre autant la capacité psychologique que mentale ou physique*⁴⁰. L'enfant de 14 ans et plus ou de moins de 14 ans et apte à témoigner pourra en être exempté si le tribunal considère que son témoignage va à l'encontre de son intérêt et du respect de ses droits⁴¹. Il s'agit toutefois d'une mesure exceptionnelle et l'article 85.3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁴² précise que le préjudice envisagé doit concerner le développement mental ou affectif de l'enfant. La dispense ne sera donc pas accordée facilement d'autant plus que l'enfant peut être entendu hors la présence de toute personne partie à l'instance⁴³.

38. Voir, à ce sujet, C. BOISCLAIR, Cours sur les droits de l'enfant, Université de Sherbrooke, 1991-1992, p. 3.49 à 3.52 et la jurisprudence citée. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-471*, [1991] R.J.Q. 564 à 571 (C.Q., C. de la J.), 566 et 567.

39. *Protection de la jeunesse-471* [1991], R.J.Q. 564 (C.Q., C. de la J.). *Protection de la jeunesse-492*, T.J., Montréal, 500-41-001109-894, 28 février 1991, J.E. 91-829.

40. *Protection de la jeunesse-471*, (1991) R.J.Q. 564 à 571 (C.Q., C. de la J.), 567.

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

42. L.R.Q., c. P-34.1.

43. *Id.*, voir *Protection de la jeunesse-434*, [1990] R.J.Q. 1190 à 1194 (C.Q., C. de la J.). Dans cette décision, le tribunal déclare contraignable à témoigner un enfant de sept ans, en dépit des craintes manifestées par un psychologue, au motif que la dispense constitue

Lorsque l'enfant ne peut témoigner pour l'un des motifs indiqués précédemment, *la preuve par oui-dire des déclarations antérieures de l'enfant peut être faite par une personne qui en a eu personnellement connaissance*, et ce pour établir l'existence des faits allégués dans la demande de protection⁴⁴. Toutefois, l'admissibilité de ces déclarations, pour établir que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis, est soumise à la règle de la corroboration par d'autres éléments qui en confirment la fiabilité⁴⁵. *La corroboration n'est pas une preuve supplémentaire ni une preuve indépendante sur la crédibilité du témoin. Elle doit porter sur les faits ayant une certaine importance*⁴⁶. *Elle constitue, d'abord et avant tout, une règle de prudence qui permet de distinguer, parmi les faits rapportés, ceux qui résultent de l'imaginaire ou des influences impropres et ceux qui correspondent à la réalité des faits.*

Les exemples de corroboration trouvés dans la jurisprudence ne devraient pas servir à constituer une liste de «*indicateurs*» d'abus sexuels⁴⁷ susceptibles de conduire les intervenants à conclure à la commission d'un abus sexuel sans avoir obtenu et compris les explications possibles ou vraisemblables de l'ensemble des faits et de les situer dans leur contexte. Ainsi, à titre d'exemple, des intervenants scolaires et un psychologue, appelé en consultation, avaient diagnostiqué un abus sexuel à la lumière d'attitudes, de propos et d'«*indicateurs*», soit disant habituels alors qu'il s'agissait, en réalité, d'une *phobie scolaire* chez une enfant handicapée présentant un certain nombre de problèmes d'apprentissage⁴⁸.

Les modifications législatives ont été faites pour faciliter la preuve des abus sexuels. Elles reprennent d'ailleurs en grande partie les solutions déjà

une mesure exceptionnelle à sa contraignabilité. Le préjudice doit être tel qu'il justifie de faire une exception. *Note* : Il doit donc s'agir plus que de simples appréhensions ou hypothèses.

44. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1, art. 85.6.

45. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1, art. 85.5 al. 2.

46. Voir, *Protection de la jeunesse*, C.S., Montréal, 500-24-000024-819, 17 mai 1982, p. 9 à 13. Voir aussi L. BACHAND, *loc. cit.*, note 29, p. 54.

47. Voir C. BOIES, *loc. cit.*, note 23. À la page 92, l'auteur propose un tableau de faits physiques, psychologiques et médicaux considérés comme des faits alarmants «*indicateurs*» d'abus sexuels. *Note* : Cette liste de «*faits*», relevés par Me J. GAUTHIER à partir de treize jugements, n'ont aucune signification propre lorsque isolés de l'ensemble des autres éléments de la preuve.

48. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988, p. 4, 5, 8 à 12.

imaginées par les tribunaux pour déroger à l'interdiction du *oui-dire* et déterminer quand la corroboration était nécessaire⁴⁹. Rappelons qu'auparavant, l'article 301 *C.p.c.*, auquel référait l'ancien article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁵⁰ couvrait le témoignage de l'enfant capable de rapporter des faits dont il avait eu connaissance, s'il comprenait le devoir de dire la vérité même s'il ne comprenait pas la nature du serment, et cela peu importe son âge; on exigeait alors que son témoignage soit corroboré puisqu'un «jugement ne pouvait être rendu sur la foi de ce seul témoignage».

La nouvelle disposition sur le témoignage de l'enfant, âgé de moins de quatorze ans et déclaré apte à témoigner devant la Chambre de la Jeunesse, est maintenant prévue à l'article 85.2 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁵¹, mais on n'exige plus la corroboration de son témoignage qui sera apprécié comme tout autre témoignage. La corroboration sera donc requise dorénavant uniquement pour les déclarations de l'enfant, âgé de moins de quatorze ans et inapte à témoigner, rapportées par des personnes auxquelles l'enfant s'est confié. Bref seul le *oui-dire* doit être corroboré⁵².

Par contre, ce régime dérogatoire ne s'applique pas au témoignage de l'enfant rendu devant une autre cour de justice, telle la Cour supérieure saisie d'un litige sur la garde d'un enfant alors que l'un des parents accuse l'autre d'agression sexuelle pour l'empêcher d'obtenir la garde ou d'exercer des droits de visite. En effet, le nouvel article 2844 al. 2 du *Code civil du Québec* exige la corroboration du témoignage de l'enfant jugé apte à témoigner, s'il est capable de rapporter les faits et comprend le devoir de dire la vérité alors qu'il ne

49. Voir à ce sujet, C. BOIES, *loc. cit.*, note 23, p. 64 à 67. L. BACHAND, *loc. cit.*, note 29, p. 54.

50. L'article 85 *L.P.J.* a été amendé en 1989; on a supprimé la référence à l'article 301 *C.p.c.* en lui substituant de nouvelles dispositions sur le témoignage de l'enfant en matière de protection de la jeunesse (art. 85.1 à 85.6 *L.P.J.*). Signalons que l'article 301 *C.p.c.* a été abrogé par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, Projet de loi 38 (1992, *L.Q.C.* 57), sanctionné le 18 décembre 1992, art. 259. Il est remplacé par le nouvel article 2844 *C.c.Q.* qui reprend textuellement l'article 301 *C.p.c.* Ainsi, cette disposition sur le témoignage de l'enfant non assermenté continuera de s'appliquer, dans les mêmes conditions incluant la corroboration, lorsque l'enfant capable de rapporter des faits et de dire la vérité témoignera dans tous les litiges autres que ceux relevant de la *Loi sur la protection de la jeunesse* (protection et adoption - art. 38 et 72 *L.P.J.*), comme son témoignage en matière de garde lors d'un divorce.

51. L.R.Q., c. P-34.1.

52. *Id.*, art. 85.5.

comprend pas la nature du serment⁵³. S'il est inapte à témoigner, on revient aux critères de nécessité et fiabilité du témoignage de la personne qui rapporte les déclarations de l'enfant à la condition qu'elles soient «spontanées et contemporaines» aux événements relatifs à l'abus sexuel⁵⁴.

Cependant, si l'enfant ne peut témoigner ou lorsque son témoignage n'est pas assez probant, le rôle du témoin expert revêt alors une grande importance. L'expert permet de rechercher des faits qui deviennent parfois des présomptions de fait pouvant, comme les témoignages, servir de moyens de preuve pour établir s'il y a eu ou non abus sexuels. La preuve par présomption, fondée sur un ensemble de faits, permet aux tribunaux de passer «de la vraisemblance à la certitude et d'en déduire la réalité du fait litigieux»⁵⁵. Les présomptions de fait sont laissées à la discrétion des tribunaux qui doivent, d'après le nouvel article 2849 C.c.Q., ne «les prendre en considération que si elles sont graves, précises et concordantes» pour rendre probable l'abus sexuel⁵⁶. Cette disposition, nouvelle seulement quant à sa présence dans le *Code civil* reprend, dans une certaine mesure, les critères déjà élaborés par les tribunaux. Nous ne rappelons que les principales caractéristiques de ce que l'on doit comprendre par une preuve valable d'abus sexuel.

53. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, nos 501 et 504, p. 166 et 167.

54. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, nos 1314, 1315 et 1316, p. 426 à 428. Il doit y avoir, entre autres, une «relation de cause à effet» entre l'événement et la déclaration et sans que le déclarant ait pu réfléchir à la déclaration. L'auteur souligne, toutefois, au no 1326 que l'article 2870 C.c.Q., traitant de ces questions, pourrait ne pas s'appliquer à l'enfant inapte à témoigner.

55. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.) 1745. Voir aussi, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 597, p. 198 : L'auteur explique à quelles conditions minimales on peut utiliser une présomption : recherche d'indices, l'existence d'un lien entre les faits connus et celui qu'on recherche et l'induction qui est la certitude plus ou moins grande du fait induit. Perrot, *Encyclopédie Dalloz, Preuve*, Paris : Jurisprudence générale Dalloz, no 945. La plupart des jugements s'inspirent de cet auteur lorsqu'ils réfèrent à la valeur des présomptions tirées des faits. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.) 278, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Montréal, 500-41-000288-871, 1er novembre 1988, p. 17, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988, p. 12 et 13.

56. *Protection de la jeunesse-584*, [1993], R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.), 278. Voir aussi, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 603, p. 200.

La preuve doit être *sérieuse et indiscutable*⁵⁷, fondée sur des *probabilités raisonnables*⁵⁸. On doit, pour conclure à la prépondérance de la preuve, autant devant la *Chambre de la Jeunesse* que devant la *Cour supérieure*, dépasser l'hypothèse, même vraisemblable⁵⁹ que l'abus ait eu lieu. Le professeur Ducharme écrit, à propos de l'acceptation des «probabilités» comme preuve suffisante en matière civile, et à partir du nouvel article 2804 *C.c.Q.*⁶⁰, que la norme de la «probabilité» raisonnable s'applique au parent soupçonné d'agression sexuelle et que la Cour suprême avait déjà décidé qu'un tribunal civil pourrait exiger un degré plus élevé de probabilité que celui habituellement requis dans certains litiges, ce qui, à notre avis, pourrait s'appliquer en matière d'abus sexuel, compte tenu des conséquences graves qui en découlent.

La Cour suprême est donc d'avis que «*les degrés de probabilité pouvaient varier en fonction de chaque espèce*»⁶¹. Aussi, il ne faut pas s'étonner que les tribunaux soient prudents avant de conclure à l'existence d'un abus sexuel et qu'ils se fondent sur des probabilités élevées pour la reconnaître. Il ne s'agit pas

-
57. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.) 278. Voir la jurisprudence et les auteurs cités par le tribunal. *Droit de la famille-1763*, [1993] R.D.F. 111 à 112 (C.S.). Le tribunal estime qu'il est peu probable que l'enfant ait été agressée sexuellement par sa mère et qu'elle ait assisté à des rites sataniques. Le tribunal indique que le père était sincère, mais qu'il n'était pas d'une bonne foi objective. Les allégations d'abus sexuels ne sont pas fondées. Ce jugement a été confirmé en appel à *Droit de la famille-1763*, (1993) R.J.Q. 2076 à 2086 (C.A.).
58. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.), 741. Dans ce jugement, le tribunal indique, à propos des détails donnés par l'enfant, qu'il doit traiter son témoignage avec prudence et distinguer la réalité des faits décrits avec précision de la fiction fondée sur des faits fantaisistes. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 605-41-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9. Le tribunal estime qu'il doit faire preuve de «beaucoup de prudence» pour évaluer les déclarations de l'enfant. *Protection de la jeunesse*, (C.Q., C. de la J.), Montréal, 500-41-000288-871, 1er novembre 1988, p. 7. Le tribunal se réfère à différents auteurs sur la preuve par présomptions de fait qui conduisent «de la vraisemblance à la certitude».
59. *R.C.A. Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Co.*, (1984) R.D.J. 523 (C.A.), p. 527 et 528.
60. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, nos 141 à 149, p. 53 à 56. L'article 2804 *C.c.Q.* prévoit que «*La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante*».
61. *R. c. Oakes*, (1986) 1 R.C.S. 103, 137. Voir, dans ce sens, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Montréal, 500-41-000783-905, 9 avril 1992, p. 40. Le tribunal estime devoir exiger un degré plus élevé en matière d'abus sexuel.

d'une situation donnant lieu à un litige ordinaire⁶². Toutefois, il faut prendre garde de confondre les degrés de probabilités, que certains faits se soient produits ou non, avec la prépondérance de la preuve. Cette dernière existe ou n'existe pas^{62a} : il n'y a pas de plus ou moins grande «prépondérance» de preuve^{62b}. Le fait de se montrer plus exigeant, à l'égard de certains faits, pour conclure à la probabilité d'un abus sexuel n'influe donc pas sur le niveau d'exigence de la «prépondérance» de la preuve.

On doit également vérifier les critères d'évaluation utilisés par l'expert puisque la crédibilité de ses conclusions reposent à leur tour, et en bonne partie, sur la fiabilité des techniques utilisées.

CHAPITRE II LES LIMITES DE L'EXPERTISE EN MATIÈRE D'ABUS SEXUEL

Depuis quelques années, les différentes personnes impliquées dans l'évaluation des cas d'abus sexuels ont eu recours à de nombreuses techniques diagnostiques et cela avec un succès mitigé. On a tenté de démontrer que l'enfant victime d'abus sexuel présentait des comportements typiques établissant l'existence d'abus sexuel. Or, les études récentes jettent un doute sur l'utilisation de ces techniques et obligent les intervenants à se montrer prudents pour déterminer s'il y a eu abus sexuel. Nous allons, d'abord, discuter de *la fiabilité des techniques diagnostiques*. Nous verrons, par la suite, que *les comportements des enfants* peuvent, dans certains cas, être le symptôme de l'abus sexuel alors qu'ils peuvent également être le symptôme d'une autre problématique. En dernier lieu, nous examinerons *le rôle de l'expert* auquel on demande une opinion sur l'existence ou non d'abus sexuels.

62. *Protection de la jeunesse*, C.S., Bedford, 460-24-000001-913, 27 octobre 1992; ce jugement a été porté en appel. Voir aussi, *Protection de la jeunesse*, C.S., St-François, 450-24-000001-914, 15 mai 1992, p. 22, 28 et 29 : Il s'agit, à propos de la prépondérance de preuve «d'un test plus sévère» (en matière d'abus sexuel) «que simplement trouver qu'un fait est plus probable qu'un autre».

62a *American Home Ass. c. Auberge des Pins inc.*, (1990) R.R.A. 152 (C.A.Q.).

62b J.-G. BERGERON, *Les contrats d'assurance*, (1992), Les Éditions SEM inc., tome II, p. 48.

A) La fiabilité relative des techniques diagnostiques

On a cru à tort que certains moyens, tels les dessins d'enfants, les poupées sexuées et les tests psychométriques pouvaient permettre de déterminer qu'un enfant avait été victime d'un abus sexuel. On s'est aussi persuadé qu'on y arriverait par l'élaboration d'un profil de l'enfant victime d'abus sexuel ou encore par celui de l'adulte agresseur.

1- Les profils de l'enfant victime d'abus sexuel et de l'agresseur

Souvent le témoin expert, dans le but d'aider le tribunal à décider s'il y a eu ou non un abus sexuel, indiquera si l'enfant ou l'agresseur présumé correspondent à des caractéristiques de l'enfant victime d'abus sexuel ou de l'adulte agresseur. On en est venu ainsi, au fil des cas d'espèce, à tirer certaines caractéristiques supposément propres à l'enfant victime d'un abus sexuel ou à l'agresseur et à proposer un cadre théorique, appelé profil, de l'enfant agressé ou de l'agresseur, et la tentation est grande alors de les arrimer l'un à l'autre. Ainsi, entend-t-on des experts affirmer qu'il existerait certains profils valides et généralement acceptés de l'enfant victime d'abus sexuels et de l'agresseur. Pourtant, il n'en est rien⁶³.

Il n'y a pas suffisamment d'éléments convergents fiables, historiques et démographiques, ou encore de types de personnalités ou d'autres facteurs qui permettent de caractériser adéquatement l'enfant victime d'abus sexuel ou l'agresseur. Il n'existe pas non plus de tests physiques ou psychologiques, ni de méthodes absolument fiables pour déterminer qu'un enfant a été victime d'abus sexuel ou qu'une personne a commis un acte d'abus sexuel⁶⁴.

Les tribunaux ont donc, à juste titre, tendance à faire preuve d'un certain scepticisme à l'égard des profils de l'enfant, victime d'abus sexuel, et de l'agresseur.

63. *People v. Ruiz* (1990) 90 Daily Journal D.A.R. 5480, Superior Court, No. C19661. *State v. Rimmasch* (1989) No. 58 U.S.L.W. 2011, (Supreme Court of Utah, May 17, 1989). *Protection de la jeunesse-468* [1991] R.D.F. 94, J.E. 91-154 (C.Q.). *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.) 749.

64. L. BERLINER, *loc. cit.*, note 19, p. 48 à 69. Voir aussi, à ce sujet, G.B. MELTON, J. PETRILLA, N.G. POYTHRESS and C. SLOBOGIN, *Psychological evaluations for the Court : A handbook for mental health professionals and lawyers*, New York : Guilford, (1987).

Ainsi, dans un jugement récent⁶⁵, la Chambre de la Jeunesse rejette la preuve selon laquelle le père n'aurait pas le profil d'un «agresseur» sexuel. Le père avait mandaté un médecin psychiatre et un sexologue clinicien pour établir qu'il ne pouvait y avoir eu abus sexuel, et ce par présomption fondée sur le fait qu'il n'avait pas le profil de l'«agresseur» à partir de l'analyse des résultats d'une pléthysmographie⁶⁶. Le Tribunal déclare inadmissible la preuve des résultats obtenus ainsi que le témoignage de l'expert au motif qu'il n'existe pas de liens de connexité entre le fait que le père s'éloigne du profil d'un agresseur et le fait qu'il n'aurait pas abusé de son enfant. De plus, le but de l'expérience visait à renforcer la crédibilité du témoignage du père. La Cour suprême avait déjà statué dans l'arrêt *R. c. Béland*⁶⁷ que la preuve obtenue par *polygraphe* dans le but d'augmenter la crédibilité d'un témoin était inadmissible, et ce indépendamment de la fiabilité de ce test. Les principes énoncés par la Cour suprême doivent, selon le juge, s'appliquer en matière de protection de la jeunesse. Ainsi, l'expert ne peut se prononcer sur le fait que la personne évaluée dit la vérité. Cette preuve ne serait admissible que si l'on attaquait la crédibilité ou la moralité du témoin. Elle est donc généralement inutile⁶⁸. C'est le juge qui est le seul compétent pour apprécier la crédibilité et la fiabilité d'une preuve⁶⁹. Le témoin expert fait connaître son opinion sur des faits qui dépassent les connaissances du juge et non pour dire, à l'aide de tests, que le témoin dit la vérité. Dans cette optique, à quoi peut servir l'expérience du pléthysmographe s'il a pour objet de permettre à l'expert de dire que le présumé agresseur s'éloigne plus ou moins du profil d'un «agresseur» et qu'en conséquence il n'a pu de ce fait commettre un abus sexuel et qu'on devrait le croire lorsqu'il nie les avoir commis. Il s'agit d'une simple opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin⁷⁰.

Déjà en 1987, la Chambre de la Jeunesse était arrivée à la même conclusion à propos des profils d'agresseur, alors que deux témoins experts cherchaient à établir que le père ne présentait pas les caractéristiques d'un «agresseur»

65. *Protection de la Jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 à 1151 (C.Q., C. de la J.).

66. Ce test consiste à fixer un anneau autour du pénis afin de capter les variations de son volume et ainsi constater s'il réagit à certains stimuli.

67. [1987] 2 R.C.S. 398.

68. *Protection de la jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 à 1151 (C.Q., C. de la J.), 1148 à 1150.

69. *Id.*, 1150 à 1151.

70. *Id.*

«Avec toute la déférence et le respect que le Tribunal doit à ces deux témoins experts, il nous faut préciser et clarifier qu'il n'a pas à déterminer d'une situation hypothétique.

Le Tribunal n'a pas à déterminer si ce père entre dans le cadre ou la catégorie du père abuseur, mais bien de statuer si ce père en particulier, et dans les circonstances soumise, a abusé de ses enfants.

Cette discussion, aussi intéressante soit-elle, nous apparaît purement académique, distrayante (...) voire hasardeuse car, sans avoir le profil et la personnalité d'un père abuseur, ce dernier peut avoir effectivement abusé de ses enfants⁷¹.»

En conséquence, l'utilisation de cette preuve s'avère peu utile au plan judiciaire pour déterminer, même par présomption, l'existence ou l'absence d'abus sexuels. Les tribunaux doivent s'en tenir aux faits et à la prépondérance des «probabilités», qu'il y ait eu ou non abus sexuel, et les caractéristiques attachées au profil stéréotypé «d'un agresseur» n'a de valeur que si les faits rendent probables l'abus sexuel. À l'inverse, une personne peut abuser sexuellement d'un enfant même si sa personnalité ne correspond pas au profil standard ou à aucun profil «d'agresseur»

2- Les évaluations par tests psychologiques

L'évaluation par tests psychologiques⁷² peut être indiquée si l'on se pose des questions sur la compétence intellectuelle de l'enfant, sa perception de la réalité ou son degré de perturbation affective. Mais, comme moyen diagnostique dans le but de déterminer s'il y a eu ou non abus sexuel, ce type d'évaluation est peu utile⁷³,

71. René Lapointe (D.P.J.) et J.B. et J.P. et Comité de la protection de la Jeunesse, (T.J.), St-François, 450-41-000205-86, 27 avril 1988, p. 64.

72. Les tests les plus fréquemment cités sont le Minnesota Multiphasic Personality Inventory, le Rorschach, le Children's Apperception Test et le Patte Noire.

73. A. GREEN and D. SCHETKY, *op. cit.*, note 3, p. 78. Voir, *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Arthabaska, 415-41-000003-917, 10 septembre 1991 : Dans ce jugement, un psychologue concluait, à partir de trois tests psychologiques (Rorschach, Patte-Noire, et le Children Apperception Test), qu'il était «arrivé quelque chose que l'enfant, âgé de trois ans, ne parvient pas à "digérer" et, de là, il inférait qu'il y avait eu abus sexuel».

L'évaluation par tests psychologiques du parent soupçonné d'abus sexuel ne permet pas non plus de diagnostiquer s'il y a eu ou non abus sexuel. À notre avis, l'une des preuves d'expert les plus discutables consiste à suggérer qu'un profil particulier obtenu à l'aide du M.M.P.I. (Minnesota Multiphasic Personality Inventory) ou à partir d'un autre test soit «compatible» ou «incompatible» avec la commission ou la non commission d'un abus sexuel. Comme à peu près n'importe quels résultats obtenus aux tests psychologiques, ou encore l'absence de résultats particuliers, sont «compatibles» avec la présence d'abus sexuel, cette forme d'expertise reste donc sans utilité réelle pour répondre aux questions du tribunal dans les situations d'abus sexuels. Les tribunaux, les psychiatres et les psychologues, qui travaillent dans un cadre juridique, sont devenus, à juste titre, très sceptiques à l'égard des évaluations par tests psychologiques⁷⁴.

L'évaluation par tests psychologiques peut être utile dans l'évaluation d'un enfant ou d'un parent, mais à nul moment permet-elle d'inférer qu'il y a eu ou non abus sexuel^{74a}. Toutefois, là où l'on soupçonne que les allégations d'abus sont fausses, l'administration de tests psychologiques pourra s'avérer utile dans la compréhension du fonctionnement des adultes impliqués et dans l'élaboration de recommandations⁷⁵.

3- Les dessins d'enfants

Les dessins d'enfants ont été étudiés d'une façon approfondie. Certains auteurs concluent que les enfants ajoutent rarement des organes génitaux aux personnages de leurs dessins, mais aucune étude ne permet de conclure à l'abus sexuels à partir du fait de l'ajout d'organes génitaux dans

-
74. M. GUYER, *Sexual Abuse of Children and Adolescents*, in *Review of Psychiatry*, American Psychiatric Press Inc., Washington, D.C., vol. 10, (1991), p. 375. Voir, *Protection de la jeunesse*, C.S., Montréal, 405-41-000027-891, 3 décembre 1992, p. 84. Le tribunal souligne, à la suite de nombreux tests effectués par plusieurs experts, que «le portrait que les tests permettent de dégager constitue la réalité subjective du sujet, mais ne sont pas le reflet de la réalité objective». Dans cette cause, le juge devait décider si les allégations d'abus sexuels d'un enfant de huit ans étaient vraies ou fausses.
- 74a B. CLARK and C. CLARK, *Psychological Testing in Child Forensic Evaluations*, in *Clinical Handbook of Child Psychiatry and the Law*, Williams and Wilkins, (1992), p. 39.
75. H. WAKEFIELD et R. UNDERWAGER, «*Personality characteristics of parents making false accusations of sexual abuse in custody disputes*», in *Issues in Child Abuse Accusations*, (1990), 2, 121-136.

un dessin d'enfants. En 1987, Hibbard⁷⁶ a examiné les dessins de 52 enfants âgés de 3 à 7 ans, présumés avoir été victimes d'abus sexuels. Elle les compara à un autre groupe de 52 enfants du même âge qui, selon toutes probabilités, ne l'avaient pas été. Dans les deux groupes, 10% des enfants dessinèrent des organes génitaux à leurs personnages. En 1990, elle reprenait la même étude, cette fois auprès de 109 enfants⁷⁷. Et encore une fois, elle mentionnait que seul un petit nombre d'enfants ont dessiné un pénis ou un vagin à leurs personnages. L'ajout d'organes génitaux peut suggérer la possibilité d'abus sexuels, mais il ne constitue d'aucune façon une preuve d'abus sexuel. D'une façon générale, et plus encore lors d'une évaluation pour déterminer s'il y a eu des abus sexuels, *l'importance des dessins d'un enfant tient davantage à la description qu'il en fait et aux explications qu'il en donne, qu'à l'analyse libre et éclairée, mais trop souvent subjective de l'expert*. Les verbalisations de l'enfant deviennent donc essentielles pour conclure à la possibilité d'un abus sexuel. Les seules explications des experts peuvent varier considérablement et conduire à de la spéculation sur les motifs ayant conduit l'enfant à faire tel type de dessins avec certaines caractéristiques sexuelles. Il serait, en conséquence, très aléatoire de faire des déductions, des conclusions et des recommandations à partir des dessins d'enfants^{77a}.

4- Les poupées sexuées

L'utilisation des poupées anatomiques a fait régulièrement partie du processus d'évaluation d'abus sexuel. Leur popularité s'est généralisée bien avant que des recherches ne soient effectuées sur leur valeur et leur fiabilité comme outil d'évaluation. Jusqu'à récemment, on ne disposait pas de données normatives sur les agissements et les réactions des enfants de différents groupes d'âge à l'égard de ces poupées dont les organes génitaux sont bien en évidence. Leur utilisation, lorsqu'on soupçonne des abus sexuels, a soulevé de grandes controverses. Certains professionnels affirmaient qu'à partir des jeux des enfants, il était possible de conclure à l'abus sexuel. D'autres s'objectaient à l'utilisation des poupées sexuées, surtout chez le jeune

76. R.A. HIBBARD, K. ROGHMANN, R.A. HOEKELMAN, «Genitalia in children's drawings : An association with sexual abuses» *Journal of Pediatrics*, (1987), 79,129-137.

77. R. HIBBARD, G. HARTMAN, «Genitalia in human figure drawings : Childrearing practices and child sexual abuses» *Journal of Pediatrics*, May 1990, 116(5) : 822-828.

77a. B. CLARK and C. CLARK, *op. cit.*, note 74a, p. 45.

enfant, du fait qu'elles pouvaient entraîner et faciliter l'expression de fantaisies ou de jeux sexuels qui pourraient ensuite être interprétés comme des éléments de preuve d'abus sexuels. Le problème provient de l'interprétation des gestes des enfants qui peut être exacerbée quand leur présentation s'accompagne de questions suggestives de la part de l'expert qui montre son intérêt pour les déshabiller, ou lorsqu'il encourage l'enfant verbalement ou autrement à les manipuler d'une certaine façon⁷⁸.

Il existe actuellement plusieurs études sur les comportements d'enfants lorsqu'ils sont mis en présence de ces poupées sexuées utilisées dans le cadre d'une expertise⁷⁹. *L'opinion la plus répandue est que leur manipulation ne constitue ni un test ni une preuve valable d'abus sexuel*^{79a}. Un bon nombre d'enfants qui n'ont pas été victimes d'abus sexuels n'hésitent pas à toucher aux organes génitaux, aux seins ou à frotter les poupées les unes contre les autres allant même, dans 5 à 10% des cas, jusqu'à mettre leur doigt dans les orifices anatomiques des poupées^{79b}. Même le très jeune enfant, normal et non abusé sexuellement, peut imposer des conduites sexuelles très explicites à ces poupées⁸⁰. En conclusion, leur utilisation devient très aléatoire et les agissements de l'enfant à l'égard des poupées sexuées n'ont aucune valeur

-
78. Voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.), 2705 à 2707.
79. D. GLASER, C. COLLINS, «The Response of Young, Non-Sexually Abused Children to Anatomically Correct Dolls», *J. of Child Psychology and Psychiatry*, Vol. 30, No. 4, (1989). J.M. LEVENTHAL et al. «Anatomically Correct Dolls Used in Interviews of Young Children Suspected of Having Been Sexually Abused», *Pediatrics*, Vol. 84, Nov. 5, (1989). D.P. SCHOR et al., «Interpreting Children's Labels for Sexually Related Body Parts of Anatomically Explicit Dolls», *Child Abuse and Neglect*, Vol. 13, (1989). G.M. REALMITE et al., «Specificity and Sensitivity of Sexually Anatomically Correct Dolls in Substantiating Abuse: A Pilot Study», *J. of the A.A.C.P.*, Vol. 29, No. 5, Sept. 1990, p. 743-746.
- 79a C. MAAN, *Assessment of Sexually Abused Children with Anatomically Detailed Dolls : A Critical Review*, Behavioral Sciences and the Law, vol. 9, (1991), p. 43-51; K. QUINN et S. WHITE, «Interviewing Children for Suspected Sexual Abuse» in *Clinical Handbook of Child Psychiatry and the Law*, Williams and Wilkins, (1992), p. 134; H. VAN GIJL-SEGHEM, dans *L'enfant mis à nu*, Éd. Méridien, (1992), p. 135-137.
- 79b D. COHN, *Anatomical Doll Play of Preschoolers Referred for Sexual Abuse and those not referred*, Child Abuse and Neglect, vol. 15, (1991), p. 455-466.
80. M. EVERSON, B. BOAT, «Sexualized doll play among young children : Implications for the use of anatomical dolls in sexual abuse allegations», *J. Am. Acad. Child and Adolescent Psych.* Vol. 29, No. 5, Sept. 1990, pp. 736-742.

probante, sauf s'ils sont accompagnés de verbalisations spontanées d'abus sexuels. Toutefois, le simple fait d'orienter l'enfant à manipuler ces poupées ou de les lui présenter, bien souvent toutes nues, suffit généralement à entacher la crédibilité de l'enfant ou celle du témoin expert.

La Chambre de la Jeunesse du Québec et la Cour d'appel de l'État de la Californie⁸¹ ont été parmi les premiers tribunaux à se prononcer clairement sur la non recevabilité des poupées sexuées comme preuve d'abus sexuel. En effet, en 1986, la Chambre de la Jeunesse avait rejeté la preuve faite au moyen des poupées anatomiques à cause de la suggestibilité utilisée par l'expert pendant l'entrevue. Le tribunal notait, concernant l'entrevue de l'expert, que :

«On assiste là à un jeu fort dirigé avec des questions qui suggèrent non seulement la réponse, mais qui parfois les donnent ... le fait qu'il fut obligé de questionner de façon si suggestive et insistante pour obtenir les réponses ... fait perdre aux réponses leur caractère spontané et, partant, ce qui fut dit par les enfants n'était plus des "déclarations", ayant perdu leur caractère volontaire»⁸².

Le Tribunal ajoutait, qu'en l'absence de règles scientifiques sur la manière de mener une entrevue avec les poupées sexuées, leur utilisation ne pouvait constituer un élément de preuve crédible⁸³. Plus loin, le tribunal soulignait que cette technique pouvait donner lieu à des entrevues et que, si elles avaient eu lieu sous forme d'interrogatoire *devant la Cour, il aurait «fait*

81. Dans *re: Amber B 236 Cal. Rptr. 623 (Cal. Ct. App. 1987)*.

82. *Protection de la Jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.), 2709. Voir aussi, *Protection de la jeunesse*, T.J., Arhabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988. On peut lire à la page 7 qu'en aucun cas, l'enfant n'est allée chercher naturellement les poupées mâles ... on a dû les lui remettre déhabillées pour l'inciter à jouer avec celles-ci. À trois reprises, le tribunal note que l'expert doit «insister» pour avoir des réponses. À la page 14, le tribunal refuse d'accorder de la crédibilité à l'expertise. Le tribunal conclut que : «L'entrevue n'a pas les éléments de fiabilité et de spontanéité nécessaires à cette expertise ... L'entrevue a été dirigée et à plusieurs reprises».

83. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (T.J.).

*droit aux objections vu le caractère dirigé de l'interrogatoire... Cette façon de procéder est inacceptable*⁸⁴.

En 1988, la Chambre de la Jeunesse constate que la technique des poupées sexuées était, à cette époque, de plus en plus utilisée dans le but d'évaluer les fondements d'allégations d'abus sexuels à l'égard de très jeunes enfants⁸⁵. S'inspirant de la doctrine⁸⁶, le Tribunal, dans le but de fournir un cadre scientifique quant à l'acceptation de la preuve par poupées sexuées, reprend les trois éléments nécessaires dont dépend la force probante d'une preuve dérivée d'un principe scientifique, à savoir :

- «1. la validité du principe scientifique justifiant des déductions de faits connus à un fait que l'on cherche à connaître;*
- 2. la fiabilité de la technique en regard du «degré d'acceptabilité» de cette technique par la communauté scientifique pertinente;*
- 3. l'application selon les règles de la science de cette technique faisant ainsi référence également à la formation et à l'expérience de l'utilisateur comme de l'analyste, le cas échéant⁸⁷».*

Le Tribunal estime que la nouveauté de la technique d'entrevue, à partir des poupées sexuées, oblige la partie sur laquelle repose le fardeau de la preuve à établir de façon prépondérante chacun de ces trois éléments afin de permettre au Tribunal de décider de l'admissibilité de la preuve. Or, dans ce litige, le tribunal a conclu à l'absence presque totale de preuve concernant ces éléments⁸⁸. Signalons, enfin, que la technique des poupées n'est plus que rarement utilisée aujourd'hui dans notre milieu.

84. *Id.*, 2710. On peut lire également que «*la façon dont les enfants ont été amenés à répondre fait perdre toute valeur probante au vidéo et au témoignage des enfants s'y trouvant*».

85. *Protection de la Jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753, 1747.

86. P. PATENAUDE, «*De la recevabilité des preuves fondées sur des techniques non consacrées par la communauté scientifique*», (1983) 43 *R. du B.* 51-60.

87. *Id.*, p. 60.

88. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753. «*Des prémisses peu sûres, une technique incertaine appliquée par une personne (...) peu expérimentée, dans des conditions particulièrement oppressantes pour un enfant de cet âge et ne révélant finalement que des indices imprécis et équivoques*».

On constate de plus en plus que la problématique des abus sexuels ne cesse de prendre de l'importance. On sait également que la corroboration lorsque nécessaire, est particulièrement difficile à obtenir, notamment à cause des maladroites des personnes chargées d'évaluer ces cas, et qui ont dû devenir, sans préparation adéquate, des experts dans un domaine très complexe. La croyance en des techniques non reconnues scientifiquement, comme l'utilisation des dessins d'enfants et des poupées sexuées, l'administration de tests psychométriques et l'absence d'une démarche d'évaluation globale est ce qui a généralement favorisé un diagnostic à la hausse des abus sexuels⁸⁹. Cette situation résulte des conclusions malencontreuses de certains experts ou autres personnes qui associent invariablement certains comportements particuliers chez les enfants à l'existence d'abus sexuels.

B) Les comportements typiques de l'enfant et abus sexuels: une corrélation peu sûre

On retrouve une grande diversité de symptômes chez un petit nombre d'enfants victimes d'abus sexuels; parfois, les symptômes sont légers, parfois, ils sont très sévères. Les symptômes les plus fréquemment observés sont la crainte, l'anxiété, la colère, le retrait, les préoccupations et la précocité sexuelle, les difficultés scolaires et les troubles du sommeil.

La présence de symptômes ne permet pas, toutefois, d'en inférer la cause et aucune convergence des symptômes n'a pu être associée à l'abus sexuel d'une façon suffisante pour constituer un syndrome. *Tous les symptômes énumérés plus haut se rencontrent fréquemment chez de nombreux enfants sur lesquels il ne pèse aucun soupçon d'abus sexuels.* Les comportements et les symptômes que certains affirment être des «indicateurs» d'abus sexuels peuvent très bien l'être, mais ils peuvent également être attribuables à des variations normales du développement de l'enfant, à des problèmes graves d'apprentissage scolaire⁹⁰, à des abus physiques, à la négligence

89. «The Netherlands : Child sexual abuse», *International Bulletin of Law and Mental Health*, Vol. 2, No. 1, Spring, 1990. p. 21-23.

90. *Protection de la jeunesse*, T.J., Arthabaska, 415-41-000017-88, 24 novembre 1988, p. 8 à 12. Le pédopsychiatre, à l'aide d'une expertise élaborée, démontre que l'enfant handicapée, depuis son jeune âge, souffrait d'une phobie scolaire simple l'amenant à avoir des attitudes de nature à la dispenser de l'école, et à tenir des propos, lorsqu'elle était

affective, à des conflits familiaux, à la discorde parentale, à des comportements d'imitation d'adultes ou d'enfants observés personnellement ou à partir de vidéocassettes ou d'émissions de télévision⁹¹. Certains symptômes ou comportements peuvent aussi résulter du stress que génèrent les batailles judiciaires à propos de l'enfant, surtout lorsqu'elles n'en finissent plus.

Les études rétrospectives et les études cliniques sur les effets à longs termes suggèrent que la dépression est le symptôme le plus souvent observé chez les adultes victimes d'abus sexuels dans leur enfance⁹². D'autres études font état d'anxiété, de dévaluation de l'estime de soi et de l'incapacité à établir des relations inter-personnelles et sexuelles. Toutefois, même si les victimes démontrent collectivement un plus haut niveau de perturbation que les «groupes contrôles» composés de personnes n'ayant pas été victimes d'abus sexuels, moins de 20% d'entre eux souffrent de psychopathologies sérieuses⁹³. En conséquence, ces études nous incitent à beaucoup de prudence lorsqu'on discute des effets à long terme des abus sexuels, d'autant plus que les conséquences à court terme ne sont pas toujours facilement identifiables.

L'impact d'un abus sexuel chez un enfant requiert une évaluation bien personnalisée de celui-ci. *Il serait erroné de tenir pour acquis que des expériences d'abus sexuels auront les mêmes conséquences chez tous les enfants.* Les facteurs à considérer lors de l'évaluation sont la présence ou l'absence de symptômes, la nature même de l'agression, sa sévérité, le contexte de l'abus, l'histoire antérieure de mauvais traitements, le niveau de développement de l'enfant, la dynamique familiale, la vulnérabilité de l'enfant et ses capacités d'adaptation ainsi que la qualité de support disponible dans les circonstances. La présence d'une grande variété de symptômes n'est pas

-
91. J. BULKLEY, «Legal proceedings, reforms, and emerging issues in child sexual abuse cases», (1988) *Behavioral Sciences and the law*, 6,153-180. G.B. MELTON and S. LIMBER, «Psychologists involvement in cases of child maltreatment. Limits of role and expertise.», (1989) *American Psychologists* 44,1225-1233.
92. A. BROWNE and D. FINKELHOR, «Impacts of child sexual abuses : A review of the research», (1986) *Psychological Bulletin*, 99,66-77.
93. Tufts New England Medical Center, Division of Child Psychiatry, *Sexually exploited children: service and research project*. Final Report for the Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice (1984).

nécessairement révélatrice de l'abus sexuel⁹⁴. À l'inverse, il est tout aussi erroné de prétendre que la présence d'un symptôme ou encore son absence puisse permettre d'établir qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu abus sexuel^{94a}. Me Thomas Walsh, sans doute avec un certain cynisme, illustre ce propos en faisant remarquer que, pour certains experts et procureurs :

«Tout symptôme pourra potentiellement faire croire que l'enfant a été abusé; si l'enfant ne dit rien, il protège son agresseur; s'il parle, puis se rétracte, il fait de même; s'il n'a pas de symptômes, il les sublime, et cette absence de symptômes est elle même symptomatique⁹⁵».

C) Le rôle du témoin expert⁹⁶

Nous allons discuter du rôle du témoin expert au plan de son utilité et des limites de l'expertise lorsqu'il s'agit d'établir s'il y a eu ou non abus en nous demandant quand son témoignage est recevable et admissible par les tribunaux. Mais il n'est pas sans intérêt non plus d'indiquer comment l'expert peut arriver à fournir une expertise scientifiquement valable, compte tenu des aléas et des limites de toutes formes d'expertise.

1- La recevabilité et l'admissibilité des témoignages des témoins experts par les tribunaux

On doit distinguer la recevabilité du témoignage d'un expert de la crédibilité ou de la valeur probante qu'on doit lui reconnaître avant de l'admettre.

Les auteurs J.-L. Baudouin et Y. Renaud précisent à ce sujet :

94. J. R. CONTE and J. R. SHUERMAN, «Factors associated with an increased impact of child sexual abuse», *Child Abuse and Neglect*, Vol. 11, (1989), p. 201-211.

94a. *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 à 537 (C.S.) 536. Dans ce jugement, le tribunal fait remarquer qu'il n'y avait aucune preuve prépondérante de séquelles chez l'enfant. Note : cela ne prouve rien, en tout état de cause, ni qu'il n'y a pas eu d'abus sexuel ni qu'il y en a eu un.

95. T. WALSH, *loc. cit.*, note 25, p. 19.

96. Les experts en matière d'abus sexuels sont généralement des gynécologues, des pédiatres ou encore des pédopsychiatres ou des psychologues et des travailleurs sociaux. On trouve aussi des sexologues à l'occasion.

«Qu'il y a lieu de distinguer entre l'admissibilité d'une preuve par témoins et l'acceptation d'une telle preuve. Admettre la preuve testimoniale, c'est la recevoir pour lui reconnaître des effets juridiques que le tribunal apprécie en fonction de la crédibilité des témoins. Recevoir la preuve testimoniale, c'est accepter de l'entendre sans nécessairement avoir décidé qu'elle est admissible»⁹⁷.

Pour les fins de notre exposé, nous allons distinguer la recevabilité de l'admissibilité du témoignage d'un expert même si les tribunaux semblent parfois considérer ces deux expressions comme des synonymes⁹⁸.

a) La recevabilité du témoignage d'un expert

Quel que soit le tribunal devant lequel il témoigne, l'expert, à la suite de son évaluation, peut témoigner en donnant son avis sur la commission ou non d'un abus sexuel⁹⁹. Parfois, l'expert donne aussi son opinion sur la crédibilité de l'enfant ou du présumé agresseur. Enfin, il peut aussi vouloir se prononcer sur les expertises faites par d'autres, ou donner son avis sur des théories en matière d'abus sexuel¹⁰⁰. Sauf dans les hypothèses où l'expert constate par lui-même des *faits cliniques* ou encore s'il donne son opinion sur

-
97. J.-L. BAUDOIN et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, vol. 4, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1990, p. 124 sous l'ancien article 589 C.c.Q.
98. *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750 (C.S.). Voir, entre autres, à la page 743 où l'on distingue la recevabilité de la valeur probante d'une preuve alors qu'à la page 744 on parle «d'admissibilité» au sens de la «recevabilité» tandis qu'à la page 745, on donne vraiment au terme «recevabilité» le sens qu'il doit recevoir en droit civil en matière de preuve.
99. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-308*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1057 (C.Q., C. de la J.), 1043. Les deux gynécologues, dans cette décision, ne peuvent relier les traumatismes causés aux parties génitales à un abus sexuel. *Protection de la jeunesse*, T.J., Charlevoix, 240-41-000016-87, 18 décembre 1987, p. 3. Le pédiatre conclut que la maladie ne pouvait expliquer les lésions vulvaires chez l'enfant, lesquelles n'ont pu être causées par celle-ci, mais plutôt par des manipulations des organes génitaux par une autre personne. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.) 277 : le sexologue témoigne sur les traumatismes et les attitudes de l'enfant.
100. Voir, à titre d'exemple, *Protection de la jeunesse-605*, [1993] R.J.Q. 739 à 750, (C.S.), 743. Le tribunal autorise l'expert à donner son avis sur «les fausses allégations d'abus sexuels dans les causes de divorce, de garde d'enfants et autres» à commenter «les rapports et les témoignages des autres experts au dossier» et à «donner son opinion sur la manière dont les divers interrogatoires de l'enfant ont été menés». Le nouvel article 2843 C.c.Q. réfère à la «déclaration par laquelle un expert donne son avis».

la qualité des expertises effectuées par d'autres, son témoignage est fondé sur du *oui-dire* puisqu'il n'a pas été témoin directement des événements qui lui sont rapportés, d'où la question de la «recevabilité» de son témoignage.

Le juge Brian Dickson, parlant au nom de la Cour suprême, s'exprime ainsi sur la recevabilité du témoignage d'un expert.

«Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge ou au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION] L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui selon, toute vraisemblance dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury»¹⁰¹.

En d'autres termes, le témoignage de l'expert sera irrecevable s'il est inutile pour permettre au tribunal de tirer ses propres conclusions sur les faits établis devant lui. C'est donc une question de *nécessité et non d'utilité*¹⁰² concernant des connaissances particulières qui autorisent l'expert à donner son opinion sur des aspects susceptibles d'aider le tribunal à décider s'il y a eu non commission d'un abus sexuel¹⁰³. Ainsi, le témoignage d'opinion sur la crédibilité, laquelle relève de la seule compétence du tribunal, doit être exclu¹⁰⁴, sauf si cette preuve permet d'expliquer certains comportements particuliers pouvant expliquer les déclarations ou propos contradictoires de l'enfant^{104a}. Le témoignage ne doit porter également que sur des faits liés intimement à la preuve de *la commission ou non d'un abus sexuel et aux*

101. *R. c. Abbey*, (1982) 2 R.C.S. 24, 42.

102. *Ibid.*

103. Voir, J.C. ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1987, p. 169. Voir, *Graat c. R.*, (1982) 2 R.C.S. 819, 839. Voir aussi, *Protection de la jeunesse-539*, [1992] R.J.Q. 1144 à 1151 (C.Q., C. de la J.), 1150. L. GÉLINAS et B. M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 26. Les auteurs associent le témoignage de l'expert «à la pleine compréhension des faits mis en preuve».

104. Voir à ce sujet, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 738, p. 244 et no 1363, p. 445.

104a. L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 57 à 61.

diverses explications possibles et non sur des questions de droit¹⁰⁵ ou sur d'autres aspects sans lien direct avec l'objet du litige¹⁰⁶.

L'expert peut donc donner son opinion sur le lien de causalité entre un abus sexuel possible et les verbalisations, les réactions et les attitudes de l'enfant puisque les abus sexuels sont d'abord une question de faits¹⁰⁷ qui exigent une preuve complète, incluant autant les faits physiques, cliniques, psychologiques ou médicaux que les déclarations de l'enfant et des témoins ordinaires.

Bref, de façon générale, le problème de l'expertise n'existe pas vraiment au niveau de sa *recevabilité*, mais plutôt, comme l'indique la Cour suprême, au niveau de son *admissibilité* qui soulève la question de la *valeur probante* à accorder à l'opinion de l'expert¹⁰⁸.

b) L'admissibilité du témoignage d'un expert

Reconnaître des effets à un témoignage, c'est décider d'abord de sa valeur ou de sa valeur probante. Le tribunal devra donc évaluer *la crédibilité de l'expert, sa compétence, son expérience, la manière dont il a procédé ou effectué l'entrevue, les objectifs poursuivis et la validité c'est-à-dire le caractère scientifique, le cas échéant, de tests utilisés, de son aptitude à rapporter des faits ou des déclarations et, enfin, les conceptions personnelles de l'expert à l'égard de l'abus sexuel ou de certains gestes à caractère sexuel*¹⁰⁹. En effet, il n'est pas sans intérêt d'indiquer la différence importante

105. *Graat c. R.*, (1982) 2 R.C.S. 819, 839. Le juge distingue entre l'opinion sur une question de droit et celle concernant les faits. Voir la discussion au sujet du témoignage d'opinion sur des faits ou l'issue du litige dans *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-41-000830-870, 28 mars 1988, p. 7 à 9. Même si l'expert, par exemple, peut indiquer si certains gestes paraissent abusifs ou non, c'est au tribunal qu'il revient de préciser la définition de l'abus sexuel c'est-à-dire quand *légalement* on est en présence d'un abus sexuel peu important les théories des uns ou des autres.

106. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 738, p. 244 et no 1363, p. 445. Le tribunal n'est pas tenu de recevoir une preuve n'ayant aucun rapport avec le litige.

107. *Protection de la jeunesse-323*, [1988] R.J.Q. 1473 à 1479 (T.J.).

108. *R. c. Abbey*, (1982) 2 R.C.S.

109. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 508, p. 168. L'auteur parle aussi des connaissances de l'expert, de son sens d'observation, de la fidélité de sa mémoire. Le nouvel article 2845 C.c.Q. précise que «la force probante du témoignage est laissée à la discrétion du

entre la «probabilité juridique» et la «probabilité scientifique» de l'existence d'un abus sexuel. L'expert peut s'abstenir de répondre s'il n'est pas certain alors que le tribunal doit trancher. Ainsi, au plan juridique la *force probante* repose, en réalité, sur une plus grande probabilité que l'abus sexuel ait eu lieu plutôt qu'il n'ait pas eu lieu^{109a}. En revanche, au plan scientifique, la probabilité conduit les experts à conclure à son existence que s'il est possible dans une proportion très élevée^{109b}. Il faut chercher chez l'expert, compte tenu de la quasi-certitude à laquelle il peut arriver, tous les éléments susceptibles de faire comprendre ou d'expliquer ses conclusions puisque sa «probabilité» n'est pas évaluée comme celle du tribunal^{109c}.

À la lumière des expertises contradictoires produites dans un même dossier, on constate combien il est essentiel de vérifier non seulement la compétence de l'expert en regard du genre d'expertise effectuée par lui et des conclusions recherchées, *mais il nous apparaît imprudent de ne pas aussi s'informer des conceptions ou des théories partagées par l'expert*. Celles-ci peuvent, dans certains cas, expliquer les contradictions, sans compter que l'interprétation des déclarations, des tests, des faits cliniques pourra conduire un expert à accepter, par exemple, que certains gestes à connotation sexuelle ne soient pas considérés comme un abus sexuel, alors que pour un autre, les mêmes gestes en constituent un¹¹⁰.

-
- tribunal».
- 109a K. LIPPEL, «L'incertitude des probabilités en droit et en médecine», (1992) 22 R.D.U.S. 445, 450. Même si l'auteur traite de l'expertise médicale, on peut étendre ses propos à tous les experts en matière d'abus sexuel. Voir aussi, art. 2804 C.c.Q.
- 109b K. LIPPEL, *loc. cit.*, note 109a, p. 450.
- 109c *Snell c. Farrell*, (1990) R.C.S. 311, 330.
110. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1052 (C.Q., C. de la J.). Dans ce dossier il y a eu neuf experts. Deux gynécologues ne peuvent conclure à l'abus sexuel, l'enfant semblant souffrir, de façon chronique de vulvo-vaginite et de dermatite. Parmi les quatre psychologues ayant témoigné, trois concluent à l'absence de relations incestueuses entre sa mère et sa fille compte tenu des valeurs de la mère, alors que l'autre estime qu'il y a bien abus sexuel en raison des séquelles importantes et nuisibles constatées chez l'enfant. L'un des deux psychiatres, compte tenu des théories sur le sujet ne peut conclure à l'abus sexuel alors que l'autre estime qu'il s'agit de gestes inappropriés pouvant causer des problèmes plus tard à l'enfant. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 277 à 284 (C.Q., C. de la J.) 277. On peut lire qu'un psychologue, qui a eu de la difficulté à obtenir des verbalisations de l'enfant, constate que ce dernier est perturbé par le présumé agresseur anxieux, insécure et angoissé, attitude conduisant à la vraisemblance d'un abus. L'autre psychologue, qui a rencontré plusieurs fois l'enfant, ne

Ainsi, dans une décision récente, la Chambre de la Jeunesse déclare avoir des réticences à accepter le témoignage d'un expert pour les motifs suivants :

«Le psychiatre ... a soutenu qu'il ne voyait pas de problème à ce qu'une mère embrasse son enfant sur la vulve si cela était dans un contexte global d'affection alors qu'à la mère, qui s'informe quoi faire avec son fils qui lui demande de l'embrasser sur le pénis, il ne lui conseille certainement pas de passer à l'action»¹¹¹.

Le tribunal s'intéresse également aux assises sur lesquelles s'appuie un autre expert qui ne voit rien de particulier dans le geste posé par la mère en faisant état du «mouvement naissant pour le respect des droits de l'enfant et la libération de l'enfant». Le psychologue partage aussi les vues que l'enfant doit avoir une «expérience sexuelle extensive» et être «encouragé à se masturber et parler des choses sexuelles»¹¹². À la lumière de ce passage, le tribunal réalise que les conceptions de l'expert, en matière sexuelle, influenceront sur l'interprétation qu'il pourra fournir pour expliquer certains gestes à caractère sexuel.

La question de la compétence soulève aussi plusieurs interrogations. Ainsi, à titre d'exemple, le tribunal s'interroge sur la compétence d'un travailleur social pour analyser la personnalité de la personne soupçonnée d'avoir commis un abus sexuel. Tout expérimenté qu'il soit, il avait néanmoins, à partir d'une grille concernant les pères agresseurs dans les situations d'inceste, dressé la liste des caractéristiques du père sur la seule foi des constatations d'une tierce personne¹¹³. Dans un autre dossier, le travailleur social procédait suivant des modalités «pré-établies», notamment «quand un enfant aborde une question d'abus sexuel, on le croit», ce qui l'avait amené à ne pas requérir de consultation ou d'autres expertises, se contentant de

peut conclure ni positivement ni négativement qu'il y a eu abus alors qu'un sexologue estime que l'enfant n'est pas traumatisé, mais qu'il a vécu les jeux sexuels. Enfin, un autre psychologue ajoute qu'il n'a pas décelé chez le père de signes caractéristiques d'une sexualité perturbée.

111. *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1052 (C.Q., C. de la J.), p. 1749.

112. *Ibid.*

113. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (T.J.), 2709.

quelques indices généraux comme la tristesse et la peur des hommes chez l'enfant¹¹⁴.

Dans un autre jugement, le tribunal constate que l'expert avait eu une carrière orientée vers le domaine de la narcomanie, n'ayant eu que peu de cas d'abus sexuels dans sa pratique professionnelle¹¹⁵. On peut aussi s'étonner qu'un pédiatre, n'ayant trouvé aucune trace physique pouvant laisser croire à un abus sexuel, s'était quand même autorisé à donner ses impressions sur l'existence de cet abus à partir des verbalisations de l'enfant, outrepassant possiblement son champ de compétence¹¹⁶.

Au-delà de la compétence, de l'expérience et des conceptions de l'expert, sa crédibilité dépendra de la fiabilité des techniques utilisées tel qu'expliquées plus haut¹¹⁷. Le tribunal doit donc considérer plusieurs éléments avant de donner effet au témoignage de l'expert, c'est-à-dire de l'admettre comme un élément important de la preuve pour déterminer s'il y a eu ou non abus sexuel. Enfin, rappelons que son témoignage doit être en rapport avec le domaine dans lequel il a reçu une formation. S'il se prononce sur d'autres aspects, ne relevant pas de sa compétence, il devient un témoin ordinaire sans plus pour cette partie de son témoignage. En conclusion, l'admissibilité de son témoignage relève de la compétence exclusive du tribunal qui doit tenir compte :

«... 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 recours»¹¹⁸.

La fiabilité des évaluations de l'expert, une fois sa compétence établie, relève plutôt des pratiques professionnelles essentiellement variables par

114. *Protection de la jeunesse*, T.J., Abitibi, 605-414-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9.

115. *Protection de la jeunesse*, T.J., Montréal, 500-41-000830-879, 28 mars 1988, p. 12 et 13.

116. *Protection de la jeunesse*, T.J., St-François, 450-41-000205-86, 27 avril 1988, p. 30 à 33.

117. *Supra*, p. 23 à 32.

118. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.), 1747.

définition. Toutefois, il est possible d'en arriver à proposer des jalons pour établir quand une expertise répond à des critères de qualité générale^{118a}.

2- Les qualités d'une expertise valable

En juin 1988, l'Académie américaine de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent expédiait à tous ses membres un document intitulé *Guidelines for the Clinical Evaluation of child and Adolescent Sexual Abuse*¹¹⁹. L'Académie voulait ainsi mettre en garde le public et la communauté scientifique contre l'apparition et l'utilisation de toute une série de méthodes d'investigation et d'évaluation qui ne rencontraient pas les normes et les standards d'excellence nécessaires, risquant de causer des torts et des injustices irréparables à l'enfant et à sa famille¹²⁰. En matière d'abus sexuel, toute erreur risque de compromettre la vie future de l'enfant, de détruire sa famille, la carrière et la réputation du présumé «agresseur», ainsi que la relation parent-enfant. La même année, la Chambre de la Jeunesse dégageait à son tour la règle de prudence suivante à l'égard d'un abus sexuel :

«Bien qu'il soit normal de considérer toute déclaration d'un enfant de bonne foi, et donc crédible, la nature même de l'abus sexuel, la gravité objective d'une telle situation et les conséquences très importantes qu'elle peut entraîner sur le processus d'intervention obligent à beaucoup de prudence»¹²¹.

Nous savons maintenant avec exactitude que l'enfant placé dans des situations où la suggestion et la contrainte son présentes, peut tenir des propos laissant croire à l'existence d'un abus sexuel qui, dans les faits, n'a jamais eu lieu. L'enfant, jusqu'à l'âge de 6 ou 7 ans, est particulièrement vulnérable à

118a L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 70 à 75. Les auteurs font état de l'influence des expertises sur l'issue d'un litige et discutent en général de la qualité d'une bonne expertise. Note : Leurs réflexions nous amènent précisément à circonscrire les qualités essentielles d'une expertise valable en matière d'abus sexuel.

119. Document préparé par le «Committee on Rights and Legal Matters of the American Academy of child and Adolescent Psychiatry» et approuvé par l'exécutif de l'A.A.C.A.P. le 10 juin 1988, 3615 Wisconsin Avenue, N.W. Washington, D.C. 20016.

120. M. GUYER, «*Child Psychiatric and Legal Liability Implications of Recent Case of Law*», *J. Am. Acad. Child Adolesc. Psychiatry*, vol. 29, no 6, nov. 1990, p. 961.

121. *Protection de la jeunesse*, C.Q., (C. de la J.), Abitibi, 605-41-000006-882, 2 septembre 1988, p. 9 et 10.

la suggestion, au désir de plaire, aux marques d'affection et au désir excessif d'être le centre d'intérêt. *Il pourra admettre ce qu'un parent ou un expert, même bien intentionné, lui demande d'admettre.* L'abus sexuel d'un enfant soulève tellement de sentiments négatifs que l'on voudrait croire que l'enfant ne ment jamais sur ce sujet. Nous devons être très vigilants en présence d'un adulte vivant une période de stress intense et qui, pour compenser cette difficulté, peut trouver une explication nouvelle à sa détresse et découvrir des éléments d'une réalité qui jusqu'alors avait semblé lui échapper¹²². L'individu paranoïde ou histrionique devient, dans ce contexte, particulièrement susceptible d'interpréter différemment la réalité, surtout s'il reçoit un appui de l'enfant qui, pour calmer l'agitation du parent ou éviter d'être en situation de conflit avec ce dernier, reprend à son compte les préoccupations, les perceptions, les convictions ou les délires de ce parent.

La condition essentielle pour faire une évaluation complète de la situation est de pouvoir rencontrer toutes les parties, incluant l'enfant, et non seulement une ou deux personnes. En second lieu, et surtout quand la déclaration d'abus sexuel est liée à un conflit sur la garde et les droits de visite, l'expert doit pouvoir évaluer simultanément *l'enfant et son milieu de vie* afin d'être en mesure de témoigner personnellement et directement de ces observations, faits ou preuves cliniques devant le tribunal. L'évaluation de l'enfant et de son contexte de vie permet souvent *de comprendre des phénomènes, symptômes, comportements ou problèmes qui, autrement, ne trouveraient pas d'explications*¹²³. Le refus d'un parent de participer à une

122. *Protection de la jeunesse-329*, [1988] R.J.Q. 1739 à 1753 (T.J.). Il s'agit d'un couple perturbé avec des problèmes d'alcool pour le père et de dépression pour la mère. Ils se sont séparés quatre fois avant la séparation définitive. La garde fut confiée au père. La mère voulait obtenir la garde de sa fille. C'est dans ce contexte qu'arrive le signalement d'abus sexuel fait par la mère. D'après la preuve faite devant le tribunal, on constate que la mère déformait la réalité pour donner à des indices une signification qu'ils n'avaient pas.

123. G. AWAD, «The assessment of custody and access disputes in cases of sexual abuse allegations», *Can. J. Psychiatry*, Vol. 32, Oct. 1987, p. 539-544. L. MORIN, «Les techniques d'évaluation de l'intervenant psychosocial devant le tribunal de la jeunesse et la Cour supérieure», (1981) 11 *R.D.U.S.*, p. 591. D. SCHETKY and A. GREEN, *op. cit.*, note 3, p. 58. A.H. GREEN, «True and false allegations of sexual abuse in child custody disputes», *Amer. Acad. Child Psychiatry*, (1986), Vol. 25, pp. 449-451. A.J. SALNIT, «Developments in Child Psychoanalysis in the Last Twenty Years, Pure and Applied : A Vital Balance», in *Studies in Child Psychoanalysis : Pure and Applied*, Monograph Series

évaluation familiale ou conjointe ne constitue pas une raison suffisante pour l'exclure du processus. L'expert, qui ne cherche pas à rencontrer toutes les parties, commet généralement une grave erreur¹²⁴. Quant à l'enfant lui-même, il faut s'assurer qu'il se sente à l'aise, quitte à le rencontrer seul initialement pour établir un climat de confiance. On doit, en outre, ne pas imposer de contraintes à l'enfant *en lui permettant d'aller et de venir à son gré pendant l'entrevue*.

Le grand nombre d'expertises, dans certains dossiers, laisse parfois songeur¹²⁵. Toutefois, les critères de qualité de l'évaluation, de compétence de l'expert et le respect des droits fondamentaux de chaque partie doivent avant tout guider les tribunaux à recevoir les expertises produites par les parties. L'expert doit rencontrer l'enfant le moins de fois possibles, dans un environnement accueillant, sans avoir déjà présumé que les allégués d'abus sexuels sont vrais ou faux. Il importe de recueillir les informations à partir du point de vue de chaque parent; il peut même s'avérer nécessaire de passer un certain temps seul avec un parent, surtout si l'allégation s'avère fausse ou si l'un des parents a été lui-même victime d'abus sexuel. Il arrive trop souvent que les difficultés rencontrées pour établir s'il y a eu abus sexuel proviennent du fait que l'expert n'a pas rencontré l'enfant dans le contexte de sa famille.

Il est nécessaire que l'expert évite toute alliance avec l'un ou l'autre parent ou toute autre partie¹²⁶. Le manque d'objectivité devient apparent, par exemple, quand l'expert ne rencontre qu'un seul parent. Cette erreur

-
- of the Psychoanalytic Study of the Child, Yale University Press, (1975), p. 4 et 5.
124. M. ELTERMAN and M. EHRENBERG, «*Sexual Abuse Allegations in Child Custody Disputes*», *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 14, 1991, p. 269 à 286.
125. Pourtant dans le domaine de l'abus sexuel, les experts sont nombreux. Voir, à titre d'exemples, *Protection de la jeunesse-380*, [1989] R.J.Q. 1037 à 1052 (C.Q., C. de la J.) et *Protection de la jeunesse-380*, [1990] R.J.Q. 529 à 537 (C.S.) p. 532 : il y a eu au moins neuf experts dans ce dossier. *Protection de la jeunesse-584*, [1993] R.J.Q. 274 à 284 (C.Q., C. de la J.). On a fait entendre quatre experts. *Protection de la jeunesse*, (T.J.), St-François, 450-41-000205-86, 27 avril 1988. On peut compter au moins cinq experts. Voir aussi, L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 500, p. 166. L'auteur signale que le nombre de témoins «*déposant en faveur de l'existence d'un fait n'est pas déterminant en soi... les témoignages se pèsent et ne se comptent point*».
126. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 29, no 508, p. 168. L'auteur associe la «*crédibilité*» à l'indépendance, entre autres, du témoin à l'égard des parties en cause. Voir aussi, L. GÉLINAS et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 22a, p. 72 à 73.

devient encore plus sérieuse quand les déclarations d'abus sexuels sont faites à l'occasion d'une séparation de corps, d'un divorce ou d'un conflit sur les droits de visite. Trop souvent, l'expert prend pour acquis que les allégations sont vraies et perçoit la demande d'évaluation comme une demande de confirmation de ses conclusions présumées. Si l'expert n'adopte pas consciemment une position de neutralité, il y a alors un risque élevé que celui-ci interprète les données de façon idiosyncrasique et crée, pour ainsi dire, un abus sexuel inexistant¹²⁷. Aussi paradoxalement que cela puisse paraître, l'expert doit éviter les questions qui ne demandent comme réponses qu'un «oui» ou un «non». En effet, l'enfant répondra facilement par «oui» ou «non» en croyant qu'il s'agit de la réponse attendue par l'adulte ou encore pour simplement ne pas avoir à répondre réellement à la question. Ce type d'interrogations a aussi le défaut d'empêcher l'enfant de décrire ses propres expériences. De plus, *la répétition de questions peut être vécue par l'enfant comme l'indication qu'il n'a pas encore donné la bonne réponse*. Dans les situations où l'enfant doit répondre successivement à plusieurs questions qui lui sont posées par différentes personnes chargées de l'évaluation et par des parents inquiets, nous pouvons facilement comprendre comment il *arrive à modifier ou à altérer ses perceptions initiales et même à créer de nouveaux événements et à élaborer un tout nouveau discours*. Enfin, les longues questions présentent également des inconvénients particuliers; trop souvent, elles donnent à l'enfant des repères qu'il pourra utiliser pour élaborer ses réponses, se privant ainsi de choisir ses propres mots ou phrases pour raconter le récit des événements.

L'expert doit également s'interroger sur les pratiques et les attitudes familiales à l'égard de la nudité, sur les expériences des enfants en regard des jeux sexuels entre eux et sur les habitudes parentales, surtout au moment du bain, de même que le vocabulaire utilisé par les membres de la famille lorsqu'il est question de sexualité. Souvent, lorsque les parents vivent séparés, certaines habitudes, jugées acceptables quand ils vivaient ensemble, deviennent une source d'inquiétude ou de suspicion et sont à l'origine de fausses allégations d'abus sexuels. Toutefois, l'expert doit se rappeler que le signalement d'un abus sexuel vise à protéger l'enfant, le cas échéant, et cela indépendamment des valeurs personnelles (religieuses, psychologiques,

127. «The Netherlands: Child Sexual Abuse», *International Bulletin of Law and Mental Health*, Vol. 2, No. 1, Spring 1990, p. 22-23.

physiques et éducationnelles) et des conceptions des parents à propos de l'éducation sexuelle de l'enfant.

Finalement, le fait pour un enfant d'être témoin d'actes sexuels, de pouvoir regarder des programmes de télévision et des vidéocassettes érotiques, de participer à des programmes de prévention d'abus sexuels, d'avoir eu connaissance d'abus sexuels ou d'avoir déjà été victime d'abus sexuels peut créer un état de «sur-stimulation» sexuelle qui pourrait être à l'origine de fausses déclarations d'abus sexuels. Encore une fois, seule l'évaluation globale pourra établir la réalité des abus sexuels. Dans une décision, le tribunal constatait, en visualisant l'expertise faite à partir de poupées sexuées, que manifestement la plus jeune des fillettes avait «reproduit ... le jeu qu'elle a vu faire à sa soeur aînée (avec la poupée sexuée)»¹²⁸.

Il ne suffit pas d'affirmer que l'abus sexuel n'a probablement pas eu lieu, si tel est le cas. Il faut de plus être capable d'expliquer le fonctionnement particulier de l'enfant et de sa famille. *L'expert doit appuyer ses informations sur des faits cliniques et sur des éléments positifs de preuve.* Il doit expliquer pourquoi l'enfant n'est ni mauvais, ni malicieux ou menteur parce que, dans la plupart des cas, la réalité psychique de l'enfant est beaucoup plus complexe. Il doit faire comprendre aux parents, qui souvent ne comprennent pas, d'où viennent les propos de l'enfant, surtout quand il n'a pas été victime d'abus sexuel. Il est de toute première importance de ne pas aliéner l'enfant à l'égard de ses parents ou vice versa et d'éviter de poser des gestes qui risqueraient d'accroître sa détresse.

CONCLUSION

On constate combien la preuve d'un abus sexuel, en raison de ses conséquences sur toutes les personnes impliquées, doit être entourée d'une prudence qui vise autant la protection de l'enfant que d'éviter les erreurs susceptibles de détruire l'affection entre les parents et les enfants. Les tribunaux n'acceptent de conclure à l'abus sexuel que s'il existe des *probabilités raisonnables* fondées sur des faits physiques, psychologiques ou médicaux réels pour rendre crédibles les déclarations de l'enfant et le témoignage des experts ou encore, lorsque cela est nécessaire pour corroborer

128. *Protection de la jeunesse-233*, [1987] R.J.Q. 2701 à 2713 (C.Q., C. de la J.) 2711.

les verbalisations de l'enfant inapte à témoigner devant la Chambre de la Jeunesse, ou apte à témoigner devant les autres tribunaux civils, lorsqu'il ne comprend pas la portée du serment et s'il peut rapporter les faits et dire la vérité¹²⁹.

Les experts peuvent contribuer à éclairer les tribunaux sur des particularités dont la connaissance leur échappent. Si la majorité des abus sexuels signalés sont réels, on constate que les abus sexuels apparents ou inexistantes peuvent semer le doute et la confusion. À ce titre, trop d'experts souscrivent au mythe que les enfants ne mentent pas en dépit du fait qu'ils sont eux-même parents d'enfants normaux. Nous sommes loin de l'époque de Freud où les déclarations des enfants sur les abus sexuels étaient considérées comme des fantaisies d'enfant. Mais limiter ces déclarations à la possibilité de mensonge de la part de l'enfant est une erreur. Le mensonge présuppose une intention volontaire, intentionnelle et malicieuse. En réalité, peu d'enfants ont la capacité ou l'audace d'agir ainsi, sauf parfois les adolescents. *À chaque fois qu'un enfant est interrogé au sujet d'un abus sexuel, il découvre un peu plus ce qu'on s'attend de lui.* Il apprend l'histoire qu'on lui raconte et par répétition, il peut découvrir une nouvelle réalité, celle d'un abus sexuel qui n'a jamais eu lieu. Essentiellement, la vérité est un concept qui varie selon des groupes d'âge différent, tout comme la vérité peut être déformée par les techniques utilisées et les préjugés de l'expert. Lorsque l'enfant ne dit pas la vérité, il ne ment pas pour autant. Dans certains cas, l'enfant réaffirme ce que l'expert désirait entendre.

Les cliniciens, qui font des évaluations en matière d'abus sexuels, sans être préparés, devraient savoir qu'ils risquent à leur tour de transformer l'enfant et sa famille en victimes. Il ne faudrait pas se surprendre que le problème des évaluations erronées, inadéquates ou incomplètes soit plus répandu encore que celui des fausses allégations d'abus sexuels. Il y a même des enfants qui reçoivent des traitements pour des abus qui n'ont jamais eu lieu, à qui l'on dit de continuer le traitement et de rester en famille d'accueil, par exemple, jusqu'à ce qu'ils aient dit toute la vérité. Des enfants sont même placés en thérapie de groupe avec d'autres enfants qui ont été victimes d'abus sexuels avant même que la Cour ait statué sur l'existence d'un abus sexuel

129. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P.-34.1 et 2844 C.c.Q., art. 85.2 et 2844 C.c.Q.