

La prohibition du oui-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes

Léo Ducharme

Volume 18, numéro 3, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058693ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058693ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ducharme, L. (1987). La prohibition du oui-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes. *Revue générale de droit*, 18(3), 563–600. <https://doi.org/10.7202/1058693ar>

Résumé de l'article

Devant le Tribunal de la jeunesse, est-il permis de recourir aux déclarations extrajudiciaires d'un enfant en vue de prouver que cet enfant a été victime d'abus sexuels de la part de son père ou de sa mère ? L'auteur, après avoir fait état du débat qui a cours présentement à ce sujet dans la jurisprudence du Tribunal de la jeunesse, explore certaines avenues de solution. Il remet tout d'abord en question l'opinion généralement reçue selon laquelle la prohibition du oui-dire s'appliquerait devant le Tribunal de la jeunesse. Il s'emploie ensuite à démontrer, en s'appuyant sur la jurisprudence des provinces de common law, que, même dans l'hypothèse où la règle du oui-dire s'appliquerait devant le Tribunal de la jeunesse, il y aurait lieu de créer une exception particulière à cette règle afin de permettre le recours aux déclarations d'un enfant qui n'est pas en âge de témoigner en vue de prouver les abus sexuels dont il a été victime. Enfin, l'auteur analyse dans quelle mesure il serait possible de recourir aux exceptions reconnues à l'interdiction du oui-dire pour rendre recevables en preuve les déclarations extrajudiciaires d'un enfant au sujet des abus sexuels dont il a été victime.

DOCTRINE

La prohibition du ouï-dire et les déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes

LÉO DUCHARME
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Devant le Tribunal de la jeunesse, est-il permis de recourir aux déclarations extrajudiciaires d'un enfant en vue de prouver que cet enfant a été victime d'abus sexuels de la part de son père ou de sa mère? L'auteur, après avoir fait état du débat qui a cours présentement à ce sujet dans la jurisprudence du Tribunal de la jeunesse, explore certaines avenues de solution. Il remet tout d'abord en question l'opinion généralement reçue selon laquelle la prohibition du ouï-dire s'appliquerait devant le Tribunal de la jeunesse. Il s'emploie ensuite à démontrer, en s'appuyant sur la jurisprudence des provinces de common law, que, même dans l'hypothèse où la règle du ouï-dire s'appliquerait devant le Tribunal de la jeunesse, il y aurait lieu de créer une exception particulière à cette règle afin de permettre le recours aux déclarations d'un enfant qui n'est pas en âge de témoigner en vue de

ABSTRACT

In the Youth Court, could extrajudicial admissions of a child be used in order to prove that this child has been sexually abused by either his father or his mother? Having stated the facts of the debate presently taking place in Youth Court, the author explores certain solutions. First, he questions the generally accepted opinion that the prohibition of hearsay applies to the Youth Court. He then refers to case law from common law provinces. In this examination, he demonstrates that, even if the rule on hearsay applied to the Youth Court, an exception to this rule should be created to permit the testimony of a child who is not of age to stand in court as a witness, to prove the sexual abuses of which he has been a victim. Finally, the author analyses to what extent the existing exceptions of the rule on hearsay could render admissible a child's extra-

prouver les abus sexuels dont il a été victime. Enfin, l'auteur analyse dans quelle mesure il serait possible de recourir aux exceptions reconnues à l'interdiction du oui-dire pour rendre recevables en preuve les déclarations extrajudiciaires d'un enfant au sujet des abus sexuels dont il a été victime.

judiciary admissions that he was sexually abused.

SOMMAIRE

Introduction	565
I. État de la jurisprudence du Tribunal de la jeunesse concernant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires des enfants victimes d'abus sexuels	566
II. Examen critique des diverses conceptions	574
A. La prohibition du oui-dire s'applique-t-elle devant le Tribunal de la jeunesse?	574
B. Y a-t-il lieu de reconnaître une exception spéciale à propos des déclarations des enfants en bas âge victimes d'abus sexuels?	579
C. De la recevabilité des déclarations des enfants victimes d'abus sexuels dans l'hypothèse où le régime normal concernant la preuve par oui-dire leur serait applicable	583
1. Les cas dans lesquels la déclaration d'un enfant pourrait être recevable en vertu d'une exception reconnue	583
a) Le cas de la déclaration spontanée	584
b) Le cas de la déclaration antérieure compatible	584
La plainte spontanée de la victime d'un crime sexuel	585
La recevabilité de la déclaration antérieure d'un témoin en réfutation de l'imputation de fabrication de témoignage	586
c) Le cas des déclarations en présence de l'accusé	589
d) Le cas des déclarations révélant l'état physique ou psychologique de son auteur	590
e) Le cas des déclarations admissibles par le biais d'un témoignage d'expert	591
2. Les cas dans lesquels la déclaration d'un enfant pourrait être recevable en tant que fait pertinent au litige	594
a) La déclaration d'un enfant ne peut être admissible en tant qu'élément constitutif des actes reprochés ou d'un moyen de défense	595
b) La déclaration d'un enfant peut-elle être admissible en tant que fondement d'une présomption servant à prouver soit un élément constitutif des actes reprochés, soit un moyen de défense?	595
Conclusion	598

INTRODUCTION

La *Loi sur la protection de la jeunesse*¹ vise à assurer la protection des enfants dont la sécurité ou le développement est ou peut être compromis². Aux termes des articles 38 et 38.1 de cette loi, il y a présomption que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être compromis dans les cas suivants : lorsqu'un enfant est abandonné, privé de soins, exploité, gardé par des personnes dont le comportement ou le mode de vie présente un danger, abusé physiquement ou sexuellement ou encore lorsqu'un enfant présente des troubles du comportement sans que des mesures correctrices soient prises à cet égard. De toutes ces situations énumérées, c'est le cas de l'abus sexuel d'un enfant par son père ou sa mère qui soulève sur le plan de la preuve le plus de difficultés. En effet, comme le plus souvent ces abus se produisent privément, en l'absence de témoin, et sans laisser de traces apparentes, c'est seulement par les déclarations de l'enfant que la situation peut être connue. D'où la question de savoir si aux fins de preuve le recours à ces déclarations peut être permis.

Il faut savoir qu'aux termes de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, tout signalement que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être compromis doit être transmis au directeur de la protection de la jeunesse³. Si le directeur est d'avis que le signalement est bien fondé, il doit prendre la situation de l'enfant en charge et décider de son orientation. À cette fin il doit proposer l'application de mesures volontaires. Si les mesures proposées ne reçoivent pas l'adhésion des parents et en plus celle de l'enfant, lorsque celui-ci a 14 ans ou plus, le directeur doit saisir le Tribunal de la jeunesse de la situation et le fardeau de prouver le bien-fondé du signalement lui incombera.

C'est alors que va se poser la question de savoir si, en vue d'établir l'existence des abus sexuels allégués dans un signalement, le directeur de la protection de la jeunesse peut recourir aux déclarations extrajudiciaires que l'enfant a faites à ce sujet. Il s'agit d'une question qui a beaucoup préoccupé les juges du Tribunal de la jeunesse ces dernières années et qui a donné lieu à l'expression de points de vue divergents. Nous allons tenter, dans une première partie, de rendre compte de cette jurisprudence, puis dans une deuxième partie, de rechercher les avenues de solution par un examen critique de cette jurisprudence.

1. L.R.Q. c. P-34.1. [Ci-après cité *L.P.J.*].

2. Art. 2 *L.P.J.*

3. Art. 45 *L.P.J.*

I. ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL DE LA JEUNESSE
CONCERNANT LA RECEVABILITÉ DES DÉCLARATIONS
EXTRAJUDICIAIRES DES ENFANTS VICTIMES D'ABUS SEXUELS

Tel que nous venons de le mentionner, le problème de l'admissibilité en preuve des déclarations des enfants en bas âge au sujet des abus sexuels dont ils auraient été victimes a été abondamment débattu devant le Tribunal de la jeunesse au cours des deux dernières années. La diversité des points de vue exprimés témoigne de la complexité du sujet. En effet, nous avons relevé pas moins de six orientations différentes qui vont de l'exclusion de ces déclarations au nom de l'interdiction du ouï-dire, à leur libre admissibilité à titre de présomption de fait et sans que le problème de l'interdiction du ouï-dire ne soit évoqué en passant par des conceptions dans lesquelles on a cherché à justifier la recevabilité de ces déclarations tout en proclamant que la règle interdisant le ouï-dire doit s'appliquer devant le Tribunal de la jeunesse.

Première conception : les déclarations sont irrecevables par application de la prohibition du ouï-dire.

Dans cette conception, lorsque l'enfant victime d'abus sexuels ne témoigne pas, il n'est pas permis de prouver les déclarations que l'enfant a faites aux personnes de son entourage au sujet des abus sexuels dont il aurait été victime. C'est cette conception qui paraît avoir inspiré la décision dans l'affaire *Protection de la jeunesse — 186*⁴. Dans cette affaire, les enfants avaient été appelés à témoigner devant le tribunal, hors la présence des parties. Dans leurs témoignages ils n'ont fait aucunement mention d'abus, d'actes ou de jeux sexuels de quelque nature. Le directeur de la protection de la jeunesse a voulu faire entendre le témoignage de la travailleuse sociale, de certains médecins, de la sœur aînée des enfants relativement aux abus sexuels commis sur les deux enfants. Cette preuve a été écartée au motif que ces témoignages ne seraient que du ouï-dire et qu'on ne peut corroborer un témoignage inexistant.

Deuxième conception : les déclarations sont recevables à titre de présomption de fait et sans que la recevabilité de cette preuve ne soit appréciée au regard de la règle de l'interdiction du ouï-dire.

À l'opposé de la première conception qui applique purement et simplement l'interdiction du ouï-dire à la preuve d'abus sexuel, une deuxième conception consiste à tenir pour acquis que les déclarations faites par de jeunes enfants au sujet d'abus sexuels dont ils auraient été

4. *Protection de la jeunesse — 186*, J.E. 86-150, T.J. Montréal (j. Éline DEMERS).

victimes sont admissibles en preuve à titre d'indices d'une présomption de fait. On trouve une illustration de cette deuxième conception dans un jugement du juge Claude Crête en date du 18 avril 1985⁵. Dans cette affaire, il s'agissait d'un enfant de 3 ans qui aurait été victime d'abus sexuels de la part de son père lors de l'exercice par ce dernier de ses droits de visite. Le tribunal a permis que la gardienne, la grand-mère, la cousine de la mère et la mère viennent témoigner au sujet des déclarations que l'enfant leur aurait faites concernant la conduite du père à son endroit. Le juge, sans analyser le problème sous l'angle de l'interdiction du oui-dire, a considéré qu'il y avait là un indice qui, joint à d'autres indicateurs, permettait de conclure à l'existence des abus sexuels. Commentant notamment les déclarations de l'enfant, le juge déclare : « Chose certaine, c'est qu'un enfant alors âgé d'à peine trois ans, ne peut inventer avec autant de précision un tel récit⁶. »

Un jugement du juge Louise Galipeau Moisan, rendu le 6 janvier 1986⁷, considère également les confidences faites par une fille de 4 ans au sujet des attentions d'ordre sexuel dont elle a été l'objet de la part de son père, comme faisant partie d'un ensemble d'indices sérieux, précis et concordants montrant que cette enfant a été soumise à des abus sexuels de la part de son père. C'est également en tant que possibles indices d'une présomption de fait que le juge Andrée Bergeron, dans deux affaires qui lui ont été soumises⁸, a analysé les plaintes de jeunes enfants au sujet d'abus sexuels dont ils auraient été victimes.

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Droit de la famille — 316*⁹, n'a pas agi différemment. Dans cette affaire, cette cour avait à se prononcer sur le bien-fondé d'un jugement disposant de quatre requêtes en modification de mesures accessoires à un divorce. Elle était notamment appelée à déterminer si le premier juge avait eu raison, eu égard à la preuve qui lui fut soumise, d'augmenter les droits de visite et de sortie du père et de modifier le *statu quo* quant à la garde de l'enfant en substituant une garde conjointe avec garde physique à la mère. Sur ces deux points, la Cour d'appel a cru devoir infirmer le jugement de première instance au motif, notamment, qu'il y avait une preuve inéluctable que l'intimé avait

5. T.J. D'Iberville, n° 755-41-000012-84, le 18 avril 1985 (j. Claude CRÊTE).

6. *Id.*, texte intégral du jugement, p. 15.

7. T.J. Beauce, n° 350-41-000027-857, le 6 janvier 1986 (j. Louise GALIPEAULT MOISAN).

8. *Protection de la jeunesse — 233*, J.E. 87-94, T.J. Québec (j. Andrée BERGERON); T.J. Granby, n° 200-41-000224-865, le 28 novembre 1986 (j. Andrée BERGERON). Voir également T.J. Montréal, *Protection de la jeunesse — 177*, [1985] T.J. 2074 (j. Michèle RIVEST).

9. [1986] R.D.J. 651 (C.A.).

eu une conduite homosexuelle envers l'enfant. Voici comment s'exprime à ce sujet le juge Bernier :

Mais ce qui est intolérable, c'est la conduite homosexuelle de l'intimé dont l'enfant fut témoin et même l'objet. La preuve à ce sujet est inéluctable. Je partage l'opinion des psychologues Corbeil et Côté que l'enfant n'a pu inventer ce qu'il a dessiné, ni les propos qu'il leur a tenus; il faut qu'il ait été personnellement témoin de ces choses pour donner de tels détails qu'un enfant de son âge n'a pu imaginer. Il n'est pas question que sa mère ait pu lui en faire la leçon¹⁰.

Le raisonnement repose sur une présomption dont la prémisse est qu'un enfant en bas âge est ignorant des questions sexuelles. Il s'ensuit que s'il fait le récit d'activités sexuelles auxquelles il aurait participé, c'est soit qu'il relate une expérience vécue, soit qu'il récite une leçon apprise. S'il existe de bonnes raisons d'écarter cette seconde hypothèse, on doit en déduire que l'enfant a dit la vérité. Le raisonnement est échafaudé à titre de présomption et sans référence aucune à la prohibition du ouï-dire.

Troisième conception : les déclarations sont admissibles à titre d'exception à l'interdiction du ouï-dire.

Cette troisième conception est exposée par le juge André Sirois dans un jugement du 20 février 1986¹¹. Dans cette affaire, la preuve des abus sexuels dont le père se serait rendu coupable à l'égard de ses deux fillettes, résidait notamment dans les déclarations que ces enfants avaient faites à leur mère et à leurs trois gardiennes. Le juge Sirois se pose tout d'abord la question de savoir si la prohibition du ouï-dire s'applique devant le Tribunal de la jeunesse. Sur la base de l'article 85 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* qui déclare applicables aux enquêtes devant le Tribunal de la jeunesse certains articles du *Code de procédure civile*, dont l'article 294 *C.p.c.*, le juge Sirois déclare qu'une réponse affirmative s'impose. À ce propos, il rappelle que le juge Louis-Philippe Pigeon, dans l'arrêt *Royal Victoria Hospital c. Morrow*¹², a cité l'article 294 *C.p.c.* comme affirmant implicitement l'irrecevabilité du ouï-dire en règle générale.

Dans un deuxième temps, le juge Sirois se demande s'il n'existerait pas en droit anglais une exception à l'interdiction du ouï-dire au profit des déclarations des enfants en bas âge victimes d'abus sexuels. Cette démarche lui paraît essentielle vu que la Cour suprême, dans l'arrêt précité *Royal Victoria Hospital*, a déclaré qu'il fallait reconnaître l'application, en droit québécois, des exceptions admises en droit anglais

10. *Id.*, p. 659.

11. *Protection de la jeunesse* — 207, J.E. 86-384, T.J. Frontenac (j. André SIROIS).

12. [1974] R.C.S. 501.

dans la mesure où il n'y a pas de disposition expresse à cet égard ou incompatibilité avec une règle expresse. En s'appuyant sur deux décisions de la Cour d'appel de la Colombie britannique¹³ et sur les deux arrêts du Conseil privé auxquels l'une de ces décisions réfère¹⁴, il croit pouvoir affirmer qu'il existe une telle exception en common law et que cette exception doit, par voie de conséquence, s'appliquer en droit québécois. Le juge Sirois s'empresse toutefois d'ajouter que les déclarations des enfants en bas âge qui sont ainsi recevables en preuve nécessitent toutefois d'être corroborées par d'autres éléments de preuve avant que le tribunal puisse y ajouter foi.

Selon lui, il ne faut pas accorder à la preuve par ouï-dire plus de poids qu'elle n'en mérite. C'est seulement lorsque celle-ci est soutenue de facteurs indicateurs et de faits corroborants, légalement établis en preuve, qu'elle atteindra toute sa valeur probante¹⁵.

Quatrième conception : les déclarations sont admissibles parce que la prohibition du ouï-dire ne s'applique pas devant le Tribunal de la jeunesse, ce tribunal exerçant une fonction de protection.

Cette quatrième conception a été exposée par le juge Jacques Lamarche dans un jugement rendu le 22 avril 1986¹⁶. Ce jugement a été rendu en réaction à la décision de M. le juge Sirois à laquelle nous venons de faire allusion. Si, tout comme le juge Sirois, le juge Lamarche conclut à l'admissibilité des déclarations des enfants en bas âge, il se démarque de la position de ce dernier sur deux points. Tout d'abord, ces déclarations selon lui sont admissibles, non pas par l'effet d'une exception spéciale à l'interdiction du ouï-dire, mais parce que le Tribunal de la jeunesse, dans l'exercice de sa juridiction de protection sur les enfants, ne serait pas lié par la règle interdisant le ouï-dire. En deuxième lieu, il considère qu'une preuve par ouï-dire n'a pas besoin d'être corroborée par d'autres éléments pour entraîner la conviction du tribunal.

Sur le premier point, le juge Lamarche procède d'abord à une analyse de la jurisprudence de la Cour d'appel de la Colombie britannique¹⁷

13. *Regina c. Arbuckle*, [1967] 3 C.C.C. 385; (1967) 59 W.W.R. 605 (B.C.C.A.); *D.R.H. c. Superintendent of Family and Child Services*, (1984) 41 R.F.L. (2d) 337; (1984) 14 D.L.R. (4th) 105 (B.C.C.A.).

14. *Official Solicitor to Supreme Court c. K.*, [1965] A.C. 201; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] All. E.R. 109.

15. M. le juge Sirois a réaffirmé sa position dans plusieurs jugements subséquents : *Protection de la jeunesse — 216*, [1986] R.J.Q. 2233; *Protection de la jeunesse — 240*, J.E. 87-167, T.J. Kamouraska; *Protection de la jeunesse — 257*, J.E. 87-538, T.J. Frontenac; *Protection de la jeunesse — 259*, J.E. 87-594, T.J. Rimouski.

16. T.J. Laval, n° 540-41-000087-85.7, le 22 avril 1986 (J. Jacques LAMARCHE).

17. *G.H. c. Superintendent of Family and Child Services*, (1984) 44 R.F.L. (2d) 179 (B.C.C.A.); *D.R.H. c. Superintendent of Family and Child Services*, (1984) 41 R.F.L. (2d) 337; (1984) 14 D.L.R. (4th) 105 (C.B.C.A.).

sur laquelle le juge Sirois s'est notamment appuyé pour conclure à l'existence en droit anglais d'une exception spéciale au sujet des déclarations des enfants en bas âge. Selon lui, il se dégage de cette jurisprudence que ce n'est pas en vertu d'une exception spéciale à la règle du oui-dire que les déclarations des enfants ont été jugées recevables, mais en raison de la fonction particulière exercée par le Tribunal présidant les enquêtes tenues en vertu du *Family and Child Service Act*¹⁸ de la Colombie britannique. Le juge Lamarche souligne à ce propos que c'est à cause de l'article 2 de cette loi que cette conception a prévalu, cet article s'énonçant ainsi :

In the administration and interpretation of this Act, the safety and well-being of a child should be the paramount consideration.

Dans un deuxième temps, le juge Lamarche s'interroge pour savoir si le même argument ne vaudrait pas dans le cas des enquêtes tenues en vertu de notre *Loi sur la protection de la jeunesse*. Après avoir recherché quel a été à l'origine et quel est présentement l'objet de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, il croit pouvoir conclure que l'article 3 de la loi actuelle énonce le principe dominant en la matière, à savoir que les décisions prises en vertu de cette loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits. Ce qui l'amène à la conclusion suivante :

En conséquence, l'enquête prévue à l'article 77 de la Loi actuelle est une enquête en « la forme judiciaire » devant permettre au tribunal qui y procède de parvenir à une décision « dans l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits ». Toute disposition du Code de procédure civile empêchant le tribunal de parvenir à une telle décision doit, le cas échéant, être considérée incompatible¹⁹.

Le juge Lamarche poursuit en ces termes :

Pour ces motifs, considérant qu'en la présente instance, par suite de l'incapacité de la victime de témoigner à cause de son très jeune âge, la seule preuve concernant les abus sexuels et partant la meilleure, en est une de oui-dire, le tribunal la déclare admissible et, le cas échéant, suffisante. L'article 294 étant dans les circonstances déclaré incompatible avec les articles 3 et 77 de la Loi sur la protection de la jeunesse²⁰.

Sur le deuxième point, à savoir le poids à accorder à la preuve par oui-dire, le juge Lamarche estime que cette preuve ne nécessite, en tant que telle, aucune corroboration. Tout comme l'avait fait la Cour d'appel de la Colombie britannique dans l'affaire *D.R.H. c. Superintendent*

18. 1980 (B.C.), c. 11.

19. Jugement précité de M. le juge Lamarche, *supra*, note 16, texte intégral du jugement, p. 21.

20. *Ibid.*

*of Family and Child Service*²¹, il affirme que c'est seulement dans le cas du témoignage rendu par un enfant non assermenté que la loi impose la corroboration et que cette règle ne joue pas lorsque l'enfant ne témoigne pas²². En l'espèce, il a admis en preuve un vidéo montrant l'enfant reproduisant à l'aide de poupées sexuées les événements qu'elle avait vécus avec son père, de même que le témoignage de la tante qui a recueilli les premières confidences de l'enfant. Le tribunal devait par la suite considérer que les révélations faites par l'enfant à sa tante présentaient suffisamment de garanties de fiabilité pour lui permettre de conclure que l'enfant avait été victime d'abus sexuels de la part de son père.

Cinquième conception : les déclarations sont irrecevables en tant que preuve par oui-dire; elles sont recevables à titre de simples faits, mais à ce titre, elles peuvent faire présumer la vérité des faits énoncés.

Cette cinquième conception a été exposée par le juge Élane Demers dans un jugement rendu le 27 novembre 1986²³. Dans ce jugement, le juge Élane Demers commence par déclarer qu'elle ne peut se rallier ni à la position adoptée par le juge André Sirois, ni à celle du juge Lamarche. Elle déclare ne pouvoir adopter la théorie du juge Lamarche parce que cette théorie aurait comme conséquence d'écarter totalement toutes les règles de preuve au nom de l'intérêt de l'enfant alors que le législateur a plutôt voulu que l'intérêt de l'enfant soit recherché en appliquant les règles de preuve civile en autant que ces règles ne sont pas incompatibles avec les règles de preuve ou de procédure se retrouvant dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*. Elle se dissocie, par ailleurs, de la position du juge Sirois, pour les mêmes raisons que le juge Lamarche, à savoir qu'il n'existerait pas en droit anglais d'exception à l'interdiction du oui-dire au profit des déclarations des enfants en bas âge. Le juge Demers se demande ensuite s'il est possible de trouver ailleurs dans notre droit quelques assises juridiques pour régler l'épineuse question de l'admissibilité en preuve des déclarations des enfants en bas âge. Selon elle, la solution doit être recherchée dans la distinction faite par le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. O'Brien*²⁴, entre la déclaration extrajudiciaire qui est prouvée en vue d'établir la véracité des faits qu'elle énonce et la déclaration qui est prouvée en tant que simple fait. En s'appuyant sur cette distinction, elle croit pouvoir affirmer ce qui suit :

La déclaration extrajudiciaire d'un enfant tout comme celle d'un adulte n'est donc pas admissible pour faire la preuve de la véracité du contenu de la

21. *Supra*, note 17.

22. Voir dans le même sens : *Protection de la jeunesse* — 264, J.E. 87-652, T.J. Bedford (j. Michel DURAND).

23. *Protection de la jeunesse* — 256, [1987] R.J.Q. 1207, T.J. Montréal (j. Élane DEMERS).

24. [1978] 1 R.C.S. 591.

déclaration. L'admission d'une telle preuve serait contraire à la prohibition du ouï-dire. Cependant, cette règle permet quand même de faire la preuve d'une déclaration extrajudiciaire pour prouver non pas le contenu mais le fait que la déclaration a été faite. *Le tribunal considère que le fait de la déclaration constitue alors une présomption de fait de la véracité de la déclaration. Cependant, la présomption de fait à elle seule ne peut évidemment nous mener à une conclusion définitive quant au fait en litige. Il faudra donc rechercher ailleurs des éléments de preuve ou des indices qui, ajoutés à la présomption de fait, pourront emporter la conviction du juge que la déclaration est vraie*²⁵.

Le juge Demers devait en l'espèce, après avoir analysé la preuve, conclure qu'il n'y avait pas eu de preuve prépondérante d'abus sexuel et encore moins d'abus sexuel de la part du père à l'égard de l'enfant et a rejeté la requête.

Sixième conception : les déclarations sont inadmissibles en tant que preuve par ouï-dire, mais admissibles à titre de simples faits sans plus.

Cette sixième conception est énoncée dans un jugement du juge Michèle Rivest rendu le 27 novembre 1986²⁶. Dans ce jugement, le juge Rivest commence par souligner que le problème de l'admissibilité en preuve des déclarations faites par des jeunes enfants à des tiers ne concernent pas uniquement le cas des enfants victimes d'abus sexuels mais se pose à l'égard de l'ensemble des causes de compromission prévues à l'article 38 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, de sorte que la solution retenue dans les cas d'abus sexuels est susceptible de s'appliquer dans les autres cas. Le juge Rivest entreprend ensuite de démontrer qu'on ne saurait invoquer le droit anglais pour justifier l'admissibilité de ces déclarations à titre d'exception à la prohibition du ouï-dire.

Selon elle, non seulement l'existence en droit anglais d'une telle exception au profit des déclarations des jeunes enfants n'a pas été établie, mais il serait douteux que les exceptions du droit anglais puissent s'appliquer dans les procédures relevant du Tribunal de la jeunesse. À l'appui de cette proposition, elle fait valoir que dans l'arrêt *Royal Victoria Hospital*²⁷, la Cour suprême s'est fondée sur un article du *Code civil*, l'article 1206 C.c.B.-C., pour justifier l'incorporation au droit québécois des exceptions du droit anglais à la prohibition du ouï-dire. Comme aucune disposition de la *Loi sur la protection de la jeunesse* ne rend l'article 1206 C.c.B.-C. applicable aux procédures devant le Tribunal

25. *Protection de la jeunesse* — 256, *supra*, note 23, pp. 1213-1214.

26. *Protection de la jeunesse* — 235, [1987] R.J.Q. 485, T.J. Montréal (j. Michèle RIVEST).

27. [1974] R.C.S. 501.

de la jeunesse, il en résulterait que, devant ce tribunal, les exceptions du droit anglais ne peuvent s'appliquer.

Par ailleurs, le juge Rivest considère que notre *Loi sur la protection de la jeunesse* est trop différente de la loi correspondante de la Colombie britannique pour que les décisions des tribunaux de cette province puissent servir de guide ou d'instrument de réflexion dans l'interprétation des dispositions de notre propre loi. Les deux lois diffèreraient notamment en ce que, en Colombie britannique, l'intervention du juge ne se situerait pas dans le cadre d'un débat contradictoire. De plus, le juge Michèle Rivest estime qu'on ne saurait recourir à la notion de l'intérêt de l'enfant en vue d'écarter la règle du oui-dire rendue applicable par le jeu combiné des articles 85 *L.P.J.* et 294 *C.p.c.* Selon elle, l'intérêt de l'enfant n'est jamais un concept qui peut permettre de passer outre aux prescriptions de la loi. Elle ajoute, par ailleurs, qu'on ne saurait prétendre que le Tribunal de la jeunesse s'apparente davantage à un tribunal de nature quasi administrative et partant où les règles du *Code de procédure civile* ne doivent s'appliquer que comme références et avec beaucoup de souplesse. Une telle interprétation, selon elle, irait directement à l'encontre de l'article 77 *L.P.J.* qui vient en quelque sorte renforcer la portée de l'article 294 *C.p.c.* en n'excluant, dans le cas d'une enquête devant le Tribunal de la jeunesse, que l'application de certaines exceptions applicables aux enquêtes judiciaires, telles les exceptions reconnues par les articles 287, 320, 404 et 426 à 437 *C.p.c.* Le juge Rivest de conclure :

Ni l'analyse de l'art. 294 du *Code de procédure civile* ni la notion même du oui-dire, ni les définitions particulières de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, ni la nature du Tribunal de la jeunesse lorsqu'il siège en matière de protection, rien ne peut nous permettre de passer outre au principe énoncé à l'art. 294 du *Code de procédure civile*.

Aussi, les déclarations d'un jeune enfant faites à des tiers ne pourraient jamais selon nous, être admises en preuve pour prouver leur contenu, mais pourraient seulement être retenues par le Tribunal comme étant des déclarations qui ont été faites comme devenant alors, pour reprendre les expressions du professeur Fortin, des « faits indirects »²⁸.

Tout comme le juge Éline Demers, le juge Rivest, après avoir vigoureusement affirmé que les déclarations des enfants sont irrecevables par application de la prohibition du oui-dire, n'en permet pas moins la démonstration à titre de « simples faits ». Même si elle ne va pas jusqu'à affirmer, comme l'a fait le juge Demers que le fait de la déclaration pourrait éventuellement permettre d'en induire la vérité des faits affirmés, le juge Rivest, dans l'arrêt en question, ne s'interroge pas moins sur le sens des déclarations de l'enfant.

28. *Protection de la jeunesse* — 235, *supra*, note 26, p. 497.

II. EXAMEN CRITIQUE DES DIVERSES CONCEPTIONS

L'étude des implications de la règle de la preuve par ouï-dire démontre avec évidence qu'elle constitue une entrave sérieuse à la recherche de la vérité dans le cas d'abus sexuels commis sur de jeunes enfants. L'entrave nous apparaît dans cette situation beaucoup plus sérieuse que dans le cas d'abus physiques. L'abus physique est susceptible de laisser des traces visibles qui permettront d'établir par présomption les sévices dont un enfant a été victime. Tel que nous l'avons déjà souligné, les abus sexuels n'affectent pas normalement le physique mais le psychique, domaine où l'investigation est beaucoup plus difficile. De plus, il n'est pas possible de prendre en compte l'état psychique d'une personne sans tenir compte des déclarations qu'elle a pu faire au sujet de son état psychologique. Dès que, pour les fins d'une enquête, il est nécessaire de recourir aux déclarations d'une personne, la règle de l'interdiction du ouï-dire est susceptible d'intervenir pour limiter la liberté d'investigation.

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le Tribunal de la jeunesse, dans les cas où il a été saisi de demande de protection concernant de jeunes enfants victimes d'abus sexuels, ait eu à s'interroger sur la question de savoir s'il était lié par la règle interdisant le ouï-dire. Quelle que soit toutefois la réponse qui a été donnée à cette question initiale, dans tous les cas, le tribunal saisi du problème a cherché à minimiser l'impact de cette règle et à justifier son droit d'être informé des déclarations que l'enfant, victime des abus sexuels, a pu faire soit à ses proches, soit à des tiers, soit à des professionnels de la santé au sujet des abus dont il aurait été victime. Cela manifeste bien que la prohibition du ouï-dire est perçue comme une entrave à la recherche de la vérité, entrave qu'il faudrait minimiser le plus possible.

Trois questions doivent donc être posées. Tout d'abord, la prohibition du ouï-dire s'applique-t-elle devant le Tribunal de la jeunesse? En deuxième lieu, si la prohibition s'applique, existe-t-il une exception qui rendrait admissibles en preuve les déclarations des enfants, et troisièmement si la prohibition s'applique et qu'il n'existe pas d'exception spéciale en ce qui concerne les déclarations de jeunes enfants, la preuve de ces déclarations demeure-t-elle quand même recevable?

A. LA PROHIBITION DU OUÏ-DIRE S'APPLIQUE-T-ELLE DEVANT LE TRIBUNAL DE LA JEUNESSE?

Il semble exister un consensus dans la jurisprudence du Tribunal de la jeunesse comme quoi la prohibition du ouï-dire s'applique devant ce tribunal par l'effet de l'article 85 *L.P.J.* Comme l'objet de cet article est de rendre applicables aux procédures devant le Tribunal de la

jeunesse certaines dispositions du *Code de procédure civile* et que parmi ces articles se trouve l'article 294 *C.p.c.* que le juge Pigeon a cité dans l'arrêt *Victoria Hospital c. Morrow*²⁹ comme codifiant implicitement, en droit québécois, la prohibition du ouï-dire, on en déduit que la règle de la preuve par ouï-dire s'applique devant le Tribunal de la jeunesse. Ce raisonnement s'apparente à celui fait par la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *W.M. c. Director of Child Welfare for P.E.I.*³⁰, pour déclarer qu'un tribunal de cette province qui tient une enquête en vertu de la loi intitulée *Family and Child Services Act*³¹ pour l'application de mesures de protection envers un enfant qui aurait été victime d'abus sexuels est régi par la règle prohibant le ouï-dire. Dans cette affaire, le tribunal s'est appuyé sur le paragraphe 30(3) de cette loi qui énonce que, sauf dans les cas où il est autrement prévu par la loi, les règles de la procédure civile s'appliquent dans les causes visant la protection des enfants. Dans cette affaire, la preuve des abus avait été faite exclusivement par des travailleurs sociaux qui étaient venus témoigner sur les observations qu'ils avaient faites lorsque les enfants avaient été appelés à jouer avec des poupées sexuées et sur ce que les enfants leur avaient déclaré au cours d'entrevues sur les événements qui s'étaient passés à la maison. Le tribunal a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en acceptant cette preuve par ouï-dire pour établir la vérité des faits affirmés, vu qu'aucune des exceptions reconnues n'y donnait ouverture et qu'aucune preuve n'avait été faite tendant à démontrer sa recevabilité pour des raisons de nécessité et de fiabilité. En l'espèce, les enfants concernés étaient âgés de 11, 9 et 5 ans et aucune raison valable n'avait été donnée pour expliquer pourquoi on n'avait pas fait témoigner les deux aînés.

Ce qui est cependant très significatif, c'est que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est déclarée favorable à la création d'une exception spéciale dans le cas de déclarations de jeunes enfants inaptes à rendre témoignage lorsque, par ailleurs, ces déclarations présenteraient de sérieuses garanties d'exactitude. Ce tribunal reconnaissait ainsi qu'en matière de protection des enfants, l'interdiction du ouï-dire ne devait pas s'appliquer avec la même rigueur que dans les affaires ordinaires.

Cette Cour d'appel s'est déclarée incapable cependant d'écarter complètement en cette matière la règle du ouï-dire, comme l'avait fait la Cour d'appel de la Colombie britannique dans deux arrêts rendus en 1984³². Ce sont précisément ces arrêts qui ont servi d'inspiration au juge Sirois pour déclarer qu'il existait en droit anglais une exception à

29. *Supra*, note 27.

30. (1986) 3 R.F.L. (3d) 181 (P.E.I., S.C. [A.D.]).

31. R.S.P.E.I. 1974, c. F-2.01.

32. *Supra*, note 17.

l'interdiction du oui-dire au profit des déclarations des enfants en bas âge et au juge Lamarche pour affirmer que, dans l'exercice par le Tribunal de la jeunesse de sa fonction de protection, la règle du oui-dire ne s'applique pas.

Il faut reconnaître que dans les affaires en question, la Cour d'appel de la Colombie britannique a fondé sa décision sur deux motifs : premièrement, sur l'article 2 du *Family and Child Services Act*³³ de cette province qui déclare que dans l'administration et l'interprétation de cette loi, la sécurité, le bien-être et l'intérêt de l'enfant seront les considérations principales et deuxièmement, sur le caractère non contradictoire de l'enquête visant à déterminer si un enfant a besoin de protection. Ce sont ces motifs qui ont permis à ce tribunal d'affirmer que le juge qui préside une telle enquête n'est pas lié par les règles de preuve normalement applicables dans les affaires civiles et qu'il peut, notamment, déclarer que des enfants ont été victimes d'abus sexuels en se fondant sur les révélations que ces enfants ont faites à leurs professeurs et qu'il a même discrétion pour refuser aux parents de ces enfants la possibilité de les assigner aux fins de les contre-interroger.

Le caractère contradictoire reconnu par notre loi aux procédures devant le Tribunal de la jeunesse empêche que l'on puisse adopter telles quelles les décisions des tribunaux de la Colombie britannique dans l'interprétation de cette loi. Ces arrêts n'en manifestent pas moins que, lorsqu'il s'agit de la protection des enfants, certains tribunaux de common law acceptent assez volontiers d'écarter l'application de l'interdiction du oui-dire.

Plus significatif encore à ce sujet, nous paraît le jugement rendu par la Cour suprême de la Colombie britannique³⁴ à propos d'une demande incidente à une instance en divorce. Il s'agissait d'une mère qui demandait la suppression des droits de visite du père concernant une fillette de 4½ ans, fondée sur des allégations d'abus sexuels. Même si dans une telle procédure les règles ordinaires du procès civil doivent en principe s'appliquer, le tribunal a quand même jugé recevable, à l'appui de cette requête, un affidavit de la mère et d'une gardienne relatant les déclarations faites par l'enfant au sujet des abus sexuels dont elle aurait été victime. Selon le tribunal lorsque l'intérêt d'un très jeune enfant est en cause, celui qui témoigne au procès doit être admis à répéter ce que l'enfant a déclaré au motif qu'une application inflexible de la règle prohibant le oui-dire n'est pas appropriée dans les cas où le tribunal exerce sa juridiction *parens patriae*. Au sujet de la latitude dont bénéficie un tribunal exerçant la juridiction *parens patriae*, le jugement se réfère à

33. *Supra*, note 18.

34. *Foote c. Foote*, [1986] 6 W.W.R. 474 (B.C.S.C.).

la décision du Conseil privé dans l'affaire *Official Solicitor to the Supreme Court c. K.*³⁵

Il nous paraît évident que la tendance des tribunaux de common law est de ne pas appliquer avec rigueur la règle du ouï-dire lorsque ces tribunaux exercent une fonction de protection à l'égard des enfants en général et plus spécialement à l'égard de très jeunes enfants. Si les tribunaux de common law font preuve de tolérance dans l'application d'une règle qu'ils ont eux-mêmes façonnée, il faudrait, semble-t-il, de bien bonnes raisons pour que nos tribunaux ne fassent pas de même. On peut même ajouter que c'est seulement en présence d'une volonté clairement exprimée en ce sens par le législateur que nos tribunaux devraient faire montre d'intransigeance dans l'application de la prohibition du ouï-dire, surtout dans le cas où cette intransigeance risquerait de compromettre la sécurité d'un enfant. Or, selon nous, on peut difficilement voir dans l'article 85 *L.P.J.* la manifestation d'une telle volonté. Cet article a pour objet de soumettre la procédure devant le Tribunal de la jeunesse à un certain nombre de dispositions du *Code de procédure civile* et plus spécialement de rendre applicables aux enquêtes devant ce tribunal, les règles d'administration de la preuve applicable dans les procès civils. Or, la règle de la prohibition du ouï-dire n'est pas une règle d'administration de la preuve, c'est-à-dire une règle définissant la procédure à suivre pour faire valoir un moyen de preuve en justice, mais une règle de fond, c'est-à-dire une règle visant à définir la nature, la force probante et la recevabilité d'un moyen de preuve. Parce que la prohibition du ouï-dire vise à priver de toute force probante les déclarations par lesquelles une personne exprime hors de cour sa connaissance d'un fait, il s'agit sans conteste d'une règle de fond.

Au sujet de la source législative de la prohibition du ouï-dire, en droit québécois, le juge Pigeon affirme dans l'affaire *Royal Victoria Hospital c. Morrow*³⁶, ce qui suit :

Il me paraît qu'il faut admettre en principe la règle que la preuve par ouï-dire est interdite et cela essentiellement par déduction des dispositions du Code de procédure auxquelles renvoie l'article 1205 C.c. plutôt que par interprétation de la règle de l'article 1204³⁷.

C'est parce que l'article 1205 *C.c.B.-C.* affirme que la preuve peut être faite par écrit, par témoin, par présomption, par l'aveu de la partie adverse ou par son serment, suivant les règles énoncées dans ce chapitre et *en la manière indiquée dans le Code de procédure* qu'on peut en déduire que la prohibition du ouï-dire existe dans notre droit. C'est

35. [1965] A.C. 201 (C.P.).

36. *Supra*, note 27.

37. *Id.*, p. 508.

pourquoi, nous croyons que la disposition fondamentale n'est pas l'article 294 *C.p.c.*, mais l'article 1205 *C.c.B.-C.* puisque c'est cet article qui rend impératif que tout témoin soit entendu en la manière indiquée à l'article 294 *C.p.c.*

Dans la *Loi sur la protection de la jeunesse* il n'y a aucune disposition rendant applicables les règles de fond de la preuve dans le cadre des enquêtes tenues en vertu de cette loi³⁸. Ne peut-on pas en déduire que la volonté du législateur était de rendre applicables exclusivement les règles d'administration de la preuve. À tout le moins, il nous semble qu'on ne peut invoquer la référence aux dispositions du *Code de procédure civile* comme empêchant le Tribunal de la jeunesse de faire montre en ce qui concerne la recevabilité du ouï-dire de la même flexibilité que les tribunaux de common law. Pour arriver à ce résultat il n'est pas nécessaire, nous semble-t-il, de faire du principe énoncé à l'article 3 de la *Loi sur la protection de la jeunesse* un principe dominant auquel toutes les autres règles seraient subordonnées. En effet, tel que certains jugements l'ont souligné³⁹, il apparaît difficile de prétendre qu'au nom de l'intérêt de l'enfant, il est permis de déroger aux dispositions du *Code de procédure civile* auxquelles renvoie l'article 85 *L.P.J.* C'est plutôt par le respect des règles de l'enquête prévue au *Code de procédure civile* que l'intérêt de l'enfant doit être recherché⁴⁰.

Toutefois c'est seulement lorsque l'on projette dans l'article 294 *C.p.c.* la codification de la règle prohibant le ouï-dire que toute dérogation à la règle du ouï-dire est perçue comme une pratique incompatible avec l'article en question. Il en va autrement si on prend cet article pour ce qu'il est : une règle d'administration de la preuve qui a pour objet d'obliger toute personne qui a une information à transmettre au tribunal à venir s'exprimer sous serment devant le tribunal. Dans le cas des personnes qui ont entendu un enfant se plaindre d'abus sexuels dont il aurait été victime, ces personnes ont une information à transmettre au tribunal et lorsqu'elles le font sous serment dans le cadre de l'enquête tenue par le Tribunal de la jeunesse, l'article 294 *C.p.c.* est respecté. La question de savoir si le tribunal peut recevoir cette information et si, une fois qu'il l'a reçue, il peut considérer comme prouvés les faits affirmés par l'enfant, met en jeu une règle de fond distincte de la règle d'administration de la preuve énoncée à l'article 294 *C.p.c.*

La règle énoncée à l'article 77 qui oblige le tribunal à procéder lui-même à toute l'enquête qui donne ouverture à sa décision, implique, selon nous, que dans les cas des enfants aptes à témoigner, on ne puisse se

38. Cf. *Protection de la jeunesse* — 256, *supra*, note 26, pp. 492 et 493.

39. *Protection de la jeunesse* — 256, *supra*, note 23; *Protection de la jeunesse* — 235, *supra*, note 26.

40. Voir les jugements cités à la note précédente.

contenter de faire recueillir leurs déclarations par un travailleur social ou un psychologue qui va venir ensuite relater ce que les enfants lui ont déclaré⁴¹. On ne saurait s'inspirer de la jurisprudence des tribunaux de la Colombie britannique pour justifier une telle façon de procéder. Ces jugements, comme on l'a vu, sont motivés par le fait que les enquêtes faites en vertu de la loi de la Colombie britannique correspondant à notre *Loi sur la protection de la jeunesse*, n'ont aucun caractère contradictoire. Sur cette question, il faudrait plutôt s'en référer à la décision de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *W.M. c. Director of Child Welfare*⁴².

Parce que, selon nous, l'article 85 *L.P.J.* n'a pas pour effet d'imposer au Tribunal de la jeunesse l'obligation de respecter dans toute sa rigueur la prohibition du ouï-dire, il devrait être permis à un témoin dans le cas des enfants victimes d'abus sexuels qui ne sont pas en âge de témoigner, de venir rapporter les révélations que ces enfants lui ont faites. Pour ce qui est des enfants aptes à témoigner, l'article 294 *C.p.c.* ne s'oppose pas davantage, selon nous, à ce que le tribunal soit informé des déclarations extrajudiciaires qu'ils ont pu faire pourvu toutefois que cette preuve ne vise pas à remplacer le témoignage que ces enfants seraient en mesure de donner. Cette preuve s'avérerait notamment très pertinente dans tous les cas où il y a allégation que les accusations ont été inventées ou ont été portées à la suggestion de tiers.

Ces considérations reposent sur le postulat que l'article 85 *L.P.J.* n'impose pas au Tribunal de la jeunesse de respecter l'interdiction du ouï-dire dans toute sa rigueur. Aussi convient-il d'envisager l'hypothèse inverse et de se demander alors s'il n'y aurait pas lieu de créer une exception spéciale en ce qui concerne les déclarations des enfants qui sont inaptes à témoigner en justice.

**B. Y A-T-IL LIEU DE RECONNAÎTRE UNE EXCEPTION
SPÉCIALE À PROPOS DES DÉCLARATIONS DES ENFANTS
EN BAS ÂGE VICTIMES D'ABUS SEXUELS?**

Dans l'hypothèse où la règle de l'interdiction du ouï-dire devrait s'appliquer devant le Tribunal de la jeunesse par l'effet combiné des articles 85 *L.P.J.* et 294 *C.p.c.*, y aurait-il lieu de reconnaître une exception spéciale à propos des déclarations des enfants en bas âge victimes d'abus sexuels? Mais avant de répondre à cette question, il convient de se demander si en matière d'exception, le Tribunal de la

41. Voir en ce sens : *Protection de la jeunesse* — 258, [1987] R.J.Q. 1223 (j. Michel DURAND).

42. *Supra*, note 30.

jeunesse pourrait, comme c'est le cas dans les affaires ordinaires, se référer au droit anglais à titre de droit supplétif dans la mesure où il n'y a pas, dans notre droit, de règle expresse ou implicite au contraire. Rappelons à ce sujet que le juge Rivest dans l'affaire *Protection de la jeunesse* — 235⁴³ a mis en doute la possibilité pour le Tribunal de la jeunesse de donner effet aux exceptions de common law. Son hésitation provient de ce que c'est par interprétation de l'article 1206 *C.c.B.-C.* que la Cour suprême, dans l'affaire *Victoria Hospital c. Morrow*⁴⁴, aurait déclaré applicables en droit québécois les exceptions de common law. Or, comme l'article 85 *L.P.J.* ne renvoie qu'aux dispositions du *Code de procédure civile*, et non aux règles du *Code civil*, elle en a déduit que ces exceptions ne devraient pas s'appliquer devant le Tribunal de la jeunesse.

Disons tout d'abord que lorsque le juge Pigeon, dans l'arrêt *Victoria Hospital c. Morrow*⁴⁵, discute de l'article 1206 *C.c.B.-C.* à propos des exceptions du droit anglais qui seraient applicables en droit québécois, c'est moins, selon nous, en vue de justifier que ces exceptions y sont applicables, mais afin de démontrer que ces exceptions doivent s'appliquer non seulement dans les matières commerciales, mais également dans les matières civiles. Si le juge Pigeon a déclaré que ces exceptions sont applicables en droit québécois, c'est sur la base que la codification a laissé subsister beaucoup de droit antérieur, motif qui est également valable lorsqu'il s'agit de décider si les exceptions de common law sont susceptibles de s'appliquer devant le Tribunal de la jeunesse.

L'argument déterminant à ce sujet tient à la nature même de la règle du ouï-dire. Cette règle, en effet, en droit anglais, domine l'ensemble des règles de preuve et a pour effet d'empêcher que le tribunal puisse se fonder sur une déclaration qui n'est pas faite par un témoin dans l'instance pour conclure à l'existence du fait qui y est affirmé. Non restreinte par des exceptions, cette règle priverait, par exemple, de toute valeur probante l'aveu extrajudiciaire. Elle rendrait également irrecevables en preuve tous les écrits, y compris les écrits authentiques. C'est la portée générale de la prohibition du ouï-dire qui explique pourquoi, en droit anglais, l'aveu extrajudiciaire et les mentions dans un document public sont présentés comme des exceptions à cette règle. Faire de l'interdiction du ouï-dire un principe absolu ne comportant aucune exception, aurait théoriquement pour conséquence que, devant le Tribunal de la jeunesse, les écrits authentiques de même que les aveux extrajudiciaires seraient irrecevables et que les seuls moyens de preuve autorisés seraient le témoignage et l'aveu judiciaire. À moins de vouloir condamner le

43. *Supra*, note 26.

44. *Supra*, note 27.

45. *Ibid.*

Tribunal de la jeunesse à la paralysie, il n'est pas possible d'affirmer que, devant ce tribunal, la prohibition du ouï-dire a un caractère absolu et ne souffre d'aucune exception. Si la prohibition du ouï-dire doit y recevoir application par l'effet de l'article 85 *L.P.J.*, ce doit être nécessairement avec ses modalités, tout comme dans les affaires civiles ordinaires. Il s'ensuit que la preuve par ouï-dire doit y être admise dans tous les cas où en common law, elle est recevable en vertu d'une exception reconnue ou par l'effet d'une nouvelle exception qu'il conviendrait de créer.

Au sujet de la création de nouvelles exceptions, il est bon de souligner que la Cour suprême dans l'arrêt *Ares c. Venner*⁴⁶ a refusé de suivre le jugement majoritaire de la Chambre des Lords dans l'affaire *Myers c. D.D.P.*⁴⁷ Dans cette dernière affaire, la Chambre des Lords, sur division, a jugé que la liste des exceptions à la prohibition du ouï-dire avait définitivement été arrêtée par la jurisprudence au siècle dernier et qu'il n'appartenait plus aux tribunaux de créer de nouvelles exceptions. La Cour suprême a préféré suivre l'opinion des juges minoritaires et a affirmé le pouvoir des tribunaux d'intervenir pour créer de nouvelles exceptions afin d'adapter la règle du ouï-dire aux besoins de la société moderne. Dans cette affaire, la Cour suprême devait décider que les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par quelqu'un qui a une connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou à rédiger les dossiers, doivent être reçus en preuve, comme preuve *prima facie* des faits qu'ils relatent.

Cette attitude libérale de la Cour suprême explique sans doute l'ouverture dont a fait preuve la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard dans l'affaire *W.M. c. Director of Child Welfare for P.E.I.*⁴⁸, au sujet de la création éventuelle d'une exception spéciale dans le cas des déclarations d'enfants qui sont trop jeunes pour venir témoigner.

Les auteurs⁴⁹ reconnaissent que deux considérations ont présidé à la création des exceptions à l'interdiction du ouï-dire : la nécessité et la fiabilité. Dans le cas des abus sexuels sur des enfants qui ne sont pas aptes à venir témoigner, la condition de nécessité est évidemment satisfaite. Comme ces abus sont généralement commis en privé en l'absence de témoins et qu'ils n'entraînent que rarement chez la victime des dommages apparents, il est à toutes fins pratiques impossible d'en connaître l'existence

46. [1970] R.C.S. 608.

47. [1965] A.C. 1001.

48. *Supra*, note 30.

49. J. FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, pp. 430 et s., n^{os} 559 et s.; J. SOPINKA et S.N. LEDERMAN, *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974, p. 49; WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3^e éd., Boston, Little Brown, 1940, t. 5, pp. 204 et s., par. 1421 et s.

autrement que par les confidences de la victime. Empêcher la preuve des déclarations de la victime, c'est rendre à toutes fins pratiques impossible la démonstration d'abus sexuels commis à l'égard de très jeunes enfants.

Reste le problème de la fiabilité des déclarations. Les enfants en bas âge sont par la force des choses nécessairement ignorants de toutes les questions se rapportant au sexe. Si un enfant relate une expérience sexuelle en donnant des détails précis, détails qui ne sont pas normalement à la connaissance d'un enfant de son âge, sa déclaration acquiert de ce fait de sérieuses garanties d'exactitude. En effet, ou bien l'enfant a vraiment vécu les événements qu'il relate ou bien il récite une leçon qu'on lui a apprise. Il suffit qu'on puisse écarter cette deuxième hypothèse pour que la conclusion que l'enfant a dit la vérité s'impose. C'est par un tel raisonnement que la Cour d'appel, dans l'affaire *Droit de la famille — 316*⁵⁰, a pu conclure que l'enfant dont le père et la mère se disputaient la garde avait vraiment été victime d'abus sexuels de la part de son père.

La fiabilité de la déclaration ne devrait pas cependant être une condition d'admissibilité, mais une question laissée à l'appréciation du tribunal.

Reste le problème de la corroboration. Rappelons que selon le juge Sirois⁵¹, la corroboration s'impose, tandis que le juge Lamarche⁵² la considère non impérative. Comme une déclaration extrajudiciaire d'un enfant ne saurait être assimilée à un témoignage non assermenté, il n'y a pas lieu d'appliquer à cette déclaration la règle de l'article 301 C.p.c.⁵³ C'est pourquoi, dans les cas où la déclaration offre, par elle-même ou par les circonstances dans lesquelles elle a été faite, de sérieuses garanties d'exactitude, le tribunal aurait raison de s'y fier. Si, par contre, la déclaration ne comporte pas toute la garantie de fiabilité souhaitable, il serait normal que le tribunal ne se contente pas de cette preuve. D'ailleurs, l'analyse de la jurisprudence du Tribunal de la jeunesse révèle que les juges de ce tribunal ont toujours été très soucieux de ne pas accorder aux déclarations des enfants plus de poids que cette preuve n'en méritait⁵⁴.

50. *Supra*, note 9.

51. *Protection de la jeunesse — 207*, *supra*, note 11.

52. *Supra*, note 16. Voir dans le même sens *Protection de la jeunesse — 264*, *supra*, note 22.

53. Voir *G.H. c. Superintendent of Family and Child Services* précité, note 17, où la Cour d'appel de la Colombie britannique a jugé qu'une disposition analogue à celle de l'article 301 C.p.c. ne s'appliquait pas aux déclarations extrajudiciaires d'un enfant en bas âge.

54. Voir notamment les décisions suivantes dans lesquelles le tribunal n'a pas ajouté foi aux déclarations de l'enfant : *Protection de la jeunesse — 216*, *supra*, note 15; *Protection de la jeunesse — 233*, *supra*, note 8; *Protection de la jeunesse — 256*, *supra*, note 23.

Dans l'hypothèse, donc, où le Tribunal de la jeunesse s'estimerait lié par la règle du ouï-dire, il devrait à tout le moins reconnaître l'existence d'une exception à cette règle au profit des déclarations des enfants qui ne sont pas en âge de témoigner. Comme cette position est combattue et que certains jugements⁵⁵ insistent sur une stricte observance de l'interdiction du ouï-dire, il y a donc lieu d'envisager quel serait le sort réservé aux déclarations extrajudiciaires des enfants victimes d'abus sexuels dans l'hypothèse où la preuve, devant le Tribunal de la jeunesse, serait régie par les règles ordinaires de la preuve concernant le ouï-dire.

**C. DE LA RECEVABILITÉ DES DÉCLARATIONS DES ENFANTS
VICTIMES D'ABUS SEXUELS DANS L'HYPOTHÈSE OÙ
LE RÉGIME NORMAL CONCERNANT LA PREUVE PAR OUI-DIRE
LEUR SERAIT APPLICABLE**

Le professeur Jacques Fortin énonce avec justesse la portée de la règle du ouï-dire en ces termes : « la règle du ouï-dire est fondamentalement une règle d'exclusion de preuve que la jurisprudence assortit de nombreuses exceptions. Elle s'énonce comme suit : toute preuve par ouï-dire doit être exclue à moins qu'une règle de droit n'en permette l'admissibilité »⁵⁶. Dans l'hypothèse, où devant le Tribunal de la jeunesse, la preuve des abus sexuels devrait se faire dans le respect rigoureux de la règle de la prohibition du ouï-dire, une déclaration extrajudiciaire de la victime ne serait admissible que dans les cas où une exception reconnue en autoriserait la preuve ou encore si cette déclaration était en tant que telle un fait pertinent au litige.

1. Les cas dans lesquels la déclaration d'un enfant pourrait être recevable en vertu d'une exception reconnue

Si l'on examine le problème de la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire d'un enfant sous l'angle des exceptions reconnues, on constate qu'une telle déclaration pourrait théoriquement être recevable en preuve sous l'un des cinq chefs suivants : a) à titre de déclaration spontanée; b) à titre de déclaration antérieure compatible; c) à titre de déclaration en présence de l'accusé; d) à titre de déclaration révélant l'état physique ou psychologique de son auteur; e) à titre de déclaration faite à un témoin expert.

55. Voir : *Protection de la jeunesse* — 256, *supra*, note 23; *Protection de la jeunesse* — 235, *supra*, note 26; *Protection de la jeunesse* — 264, *supra*, note 22.

56. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, p. 407, n° 528.

a) *Le cas de la déclaration spontanée*

Théoriquement, la déclaration d'un enfant pourrait être admissible à titre de déclaration spontanée. Il faudrait cependant que les conditions suivantes soient satisfaites : la déclaration devrait avoir été faite alors que l'enfant était en état de choc, que la déclaration se rapporte aux circonstances de l'événement qui l'a provoquée et qu'elle soit concomitante de cet événement. La contemporanéité et la spontanéité sont deux conditions exigées de la déclaration⁵⁷. La jurisprudence anglaise ainsi que la jurisprudence canadienne se montrent beaucoup plus exigeantes que la jurisprudence américaine en ce qui concerne le caractère de contemporanéité de la déclaration. En droit américain, l'insistance est surtout sur la spontanéité; c'est ce qui a permis à la jurisprudence américaine d'admettre en preuve, dans un certain nombre de cas, la déclaration faite par un enfant quelque temps après une agression sexuelle dont il avait été victime sur la base de son caractère spontané⁵⁸. Malgré le libéralisme dont fait preuve la jurisprudence américaine au sujet de la recevabilité des déclarations spontanées, les auteurs⁵⁹ soulignent qu'il est difficile d'invoquer cette exception particulière dans les cas où l'abus procède de personnes qui sont en relation de confiance avec l'enfant vu que le plus souvent les abus auront eu lieu dans des circonstances qui ne sont pas susceptibles d'entraîner chez l'enfant cet état de choc psychologique caractéristique de la déclaration spontanée⁶⁰. La même remarque vaut également en ce qui concerne le droit québécois. C'est pourquoi, en pratique, il est fort improbable qu'une déclaration extrajudiciaire d'un enfant puisse devenir recevable du chef de l'exception des déclarations spontanées.

b) *Le cas de la déclaration antérieure compatible*

Un témoin doit témoigner directement au sujet des faits dont il a eu connaissance et la prohibition du oui-dire s'oppose à ce qu'il puisse,

57. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, pp. 467 et s., n^{os} 626 et s.

58. Pour une revue de ces arrêts, voir J.L. KELLY, « Legislative Responses to Child Sexual Abuse Cases : the Hearsay Exception and the Videotape Deposition », (1985) 34 *Cath. U.L. Rev.* 1021, pp. 1027 et s.; E. ROY, « A Tender Years Doctrine for the Juvenile Courts : an Effective Way to Protect the Sexually Abused Child », (1984) 61 *U. Det. J. Urb. L.* 249, pp. 251 et s.; S.A. WILSON, « The Sexually Abused Infant Hearsay Exception : a Constitutional Analysis », (1984) 8 *J. Juv. L.* 59, aux pp. 64 et s.; J. YUN, « A Comprehensive Approach to Child Hearsay Statements in Sex Abuse Cases », (1983) 83 *Colum. L. Rev.* 1745, aux pp. 1753 et s.

59. J.L. KELLY, *loc. cit.*, note 58, à la p. 1052; C.B. MCNEIL, « The Admissibility of Child Victim Hearsay in Kansas : a Defense Perspective », (1984) 23 *Washburn L.J.* 265, à la p. 273; J. YUN, *loc. cit.*, note 58, pp. 1755 et s.

60. WIGMORE, *op. cit.*, note 49, t. 6, par. 1750, pp. 202 et s.

en vue de prouver l'existence de ces faits, se référer aux déclarations extrajudiciaires antérieures qu'il a pu faire à leur sujet. Il ne peut davantage, en vue de confirmer sa déposition devant le tribunal, démontrer que celle-ci est conforme à ses déclarations extrajudiciaires antérieures⁶¹. Cette règle souffre toutefois exception dans deux cas : lorsqu'il s'agit d'une preuve d'identification et lorsqu'il s'agit de réfuter une allégation de fabrication de témoignage⁶². Il existait, jusqu'à tout récemment, en droit criminel, une troisième exception au profit de la plainte spontanée de la victime d'un crime sexuel⁶³. Même si cette exception a été abrogée par l'article 246.5 du *Code criminel*, il convient d'en dire quelques mots vu l'analogie qui existe entre le crime sexuel et l'abus sexuel. Il n'y a pas lieu en revanche de s'attarder sur la preuve d'identification vu le peu d'intérêt qu'elle présente pour notre sujet.

La plainte spontanée de la victime d'un crime sexuel. En common law, la plainte de la victime d'un crime sexuel était admissible à la condition qu'elle ait été faite à la première occasion raisonnable après la commission du crime. Dans le cas de plaintes successives, seule la preuve de la première plainte était recevable⁶⁴. L'exception s'appliquait dans le cas de toute victime de crime sexuel, même aux crimes au sujet desquels le consentement de la victime ne pouvait pas être un moyen de défense⁶⁵. C'est la victime qui devait témoigner en premier au sujet de la plainte. Celui à qui elle avait été faite pouvait également venir témoigner⁶⁶. La preuve pouvait porter non seulement sur le fait qu'une plainte avait été faite mais également sur son contenu⁶⁷. La preuve de la plainte spontanée n'était admissible qu'à la seule fin de prévenir une présomption défavorable résultant du silence de la victime. Elle avait pour objet de nier le consentement de la victime et démontrer la cohérence de son attitude. Il s'ensuivait que si la victime ne témoignait pas, la plainte de la victime était irrecevable. C'est ainsi qu'on a jugé irrecevable, au nom de l'interdiction du ouï-dire, la preuve de la plainte d'une victime qui était décédée au moment du procès⁶⁸ et la preuve de la plainte faite à sa mère, par une fillette de sept ans, victime d'un viol, qui n'avait pas été appelée à témoigner au procès⁶⁹.

61. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, p. 482, n° 651; *Corke c. Corke*, [1958] 1 All. E.R. 224; *Fox c. General Medical Council*, [1960] 3 All. E.R. 225.

62. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, p. 484, n° 653.

63. *Ibid.*

64. *Regina c. Belliveau*, (1978) 41 C.C.C. (2d) 52 (N.S.C.A.).

65. *Charles Camelleri*, (1922) 16 Cr. App. R. 162; *R. c. Hurst and Miller*, [1966] 3 C.C.C. 399 (B.C.C.A.).

66. *Timm c. R.*, (1980) 21 C.R. (3d) 209.

67. *R. c. Lillyman*, (1896) 2 L.R. 167 (Q.B.).

68. *R. c. Megson*, (1840) 9 C. & P. 420.

69. *R. c. Brasier*, (1777) 1 East 443; 1 Leach C.C. 199.

Tel que nous l'avons précédemment mentionné, la règle relative à la plainte spontanée a été abrogée par l'art. 246.5 du *Code criminel*⁷⁰. Suite à l'abolition de cette règle spéciale, la preuve de la plainte d'une victime d'un crime sexuel doit suivre les règles générales. C'est dire qu'en principe la victime ne devrait pas être admise à faire état de la plainte qu'elle a pu faire à la première occasion à la suite de la commission du crime en vue de réfuter par avance toute présomption défavorable pouvant résulter de son silence. Il y a lieu de souligner, toutefois, que le juge Ewaschuk, dans un arrêt rendu après la promulgation de l'article 246.5 C. cr.⁷¹ affirme qu'il doit être permis à la victime d'un crime sexuel, comme à toute autre victime, de dire quand la première plainte a été faite parce que ce fait est pertinent à sa crédibilité. En l'espèce, le juge Ewaschuk a permis à la victime d'un viol de faire état qu'elle avait fait appeler la police presque immédiatement après être sortie de l'automobile de l'accusé, mais lui a interdit de rapporter le contenu de sa déclaration ainsi que la nature de la plainte qu'elle aurait faite. Il l'a toutefois autorisée à dire qu'elle avait fait une plainte. Dans son arrêt, le juge Ewaschuk déclare que si le procureur de l'accusé avait cherché à contre-interroger la plaignante ou la personne à qui elle s'est confiée, sur le contenu de la plainte, il aurait permis cet interrogatoire sur la base d'une allégation de déclaration antérieure incompatible tel que le permet les articles 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁷². Il ajoute que si la déclaration, au contraire, se fut avérée compatible, c'est l'accusé qui eût lui-même abordé le sujet et la Couronne aurait pu profiter de son erreur.

Selon un auteur⁷³ toutefois, l'interprétation proposée par le juge Ewaschuk a pour effet de faire régresser le droit à l'état qu'il était avant l'arrêt *R. c. Lillyman*⁷⁴, puisqu'avant cet arrêt, on ne pouvait interroger la victime que sur le fait qu'une plainte avait été faite et sans qu'on puisse l'interroger sur le contenu de celle-ci. Cet auteur doute que l'intention du législateur en supprimant la règle relative à la plainte spontanée, ait été d'effectuer un tel retour en arrière. Quoiqu'il en soit, il est certain que la preuve du contenu de la plainte de la victime deviendrait recevable s'il y avait de la part de l'accusé imputation de fabrication récente de témoignage.

La recevabilité de la déclaration antérieure d'un témoin en réfutation de l'imputation de fabrication de témoignage. En common law, un témoin peut invoquer ses propres déclarations antérieures compatibles avec son

70. S.C. 1980-81-82, c. 125, art. 19.

71. *R. c. Page*, (1984) 40 C.R. (3d) 85.

72. S.R.C. 1970, c. E-10.

73. R.J. DELISLE, « Note sous l'arrêt *R. c. Page* », (1984) 40 C.R. (3d) 85.

74. *Supra*, note 67.

témoignage, lorsque la partie adverse allègue que ce témoignage est de « fabrication récente »⁷⁵. Dans l'arrêt précité⁷⁶, le juge Ewachuk exprime l'avis qu'une interprétation de « fabrication récente » implique, dans le cas de la victime d'un crime sexuel, que la plainte de cette victime n'aurait pas été faite à la première occasion raisonnable, et que son témoignage aurait été fabriqué ou inventé après le moment où elle aurait dû normalement se plaindre⁷⁷. C'est pourquoi, selon lui, la déclaration antérieure devrait avoir été faite suffisamment tôt après l'événement pour être incompatible avec la suggestion qu'elle aurait été inventée par après⁷⁸.

Il y a également imputation de fabrication récente de témoignage lorsqu'on prétend que le témoin a inventé une histoire en agissant de concert avec un tiers ou parce qu'il avait un mobile particulier, telle la corruption ou les préjugés, de donner une version mensongère des faits⁷⁹.

L'imputation de fabrication récente peut être expresse, comme lorsqu'au cours du contre-interrogatoire du témoin, on évoque avec lui la possibilité qu'il se soit entendu avec un tiers pour témoigner dans le sens qu'il l'a fait⁸⁰ ou que son témoignage ne soit qu'une histoire inventée après coup. La jurisprudence reconnaît cependant qu'une imputation expresse de fabrication récente durant le contre-interrogatoire n'est pas nécessaire pour que l'exception s'applique, mais qu'une telle imputation peut résulter des circonstances mêmes de l'affaire, de la nature du témoignage rendu et du déroulement du procès⁸¹.

La question de l'admissibilité en preuve de la plainte de la victime d'une agression sexuelle en vue de repousser une imputation de fabrication de témoignage a été discutée dans l'affaire *Rex c. Owens*⁸². Dans cette affaire, il s'agissait d'un professeur qui avait été condamné sous trois chefs d'agression sexuelle sur de jeunes garçons contrairement aux dispositions de l'art. 246.1 du *Code criminel*. Devant la Cour d'appel, l'accusé se plaignait de ce que le juge du procès avait commis une erreur en s'appuyant sur les déclarations antérieures compatibles des jeunes témoins en évaluant leur crédibilité. Dans un premier temps, le juge Lacoursière, qui a rendu jugement au nom de la Cour, relève que

75. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, p. 498, n° 668; M.T. MACCRIMMON, « Consistent Statements of a Witness », (1979) 17 *Osgoode Hall L.J.* 285.

76. *Supra*, note 71.

77. *Id.*, p. 90.

78. *Ibid.*

79. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, p. 499, n° 670.

80. *Nominal Defendant c. Clements*, (1961) 104 C.L.R. 476.

81. *R. c. Giraldi*, (1975) 28 C.C.C. (2d) 248 (B.C.C.A.); *R. c. Racine*, (1977) 32 C.C.C. (2d) 468 (O.C.A.); *Regina c. Campbell*, (1977) 38 C.C.C. (2d) 6 (O.C.A.).

82. (1986) 18 O.A.C. 125 (O.C.A.).

l'appelant ne fait pas grief au juge du procès d'avoir admis en preuve les déclarations faites par les enfants à leurs parents. Selon lui, d'ailleurs, cette preuve, en l'espèce, était recevable vu qu'il y avait eu, à l'égard des victimes, imputation de fabrication récente de témoignages. À ce propos, il rappelle qu'une telle imputation peut être simplement implicite et résulter de la conduite du procès, que c'est ce qui s'est produit vu que la défense a prétendu que le témoignage des enfants était incompatible sur des points importants avec leurs déclarations antérieures et que cette divergence était le résultat de l'incitation et des suggestions des parents. Le juge Lacoursière aborde ensuite la question de savoir si le juge du procès a accordé une importance indue aux déclarations antérieures des victimes. L'appelant reprochait notamment au juge du procès d'avoir, dans son jugement, fait les remarques suivantes au sujet de ces déclarations :

The statements then provide a basis for comparing what the child said in the witness box, thereby enabling me to assess the credibility of the child and the weight of the evidence to be given to such statements made in the witness box⁸³.

Selon le juge Lacoursière, il eut été préférable que le juge de première instance se fût exprimé différemment et qu'au lieu de dire que les déclarations antérieures de l'enfant lui ont fourni une base de comparaison pour évaluer sa crédibilité, il eût parlé d'une base de comparaison pour apprécier la consistance de ses propos. Le juge Lacoursière exprime toutefois l'avis qu'il s'agit uniquement d'une erreur au niveau de l'expression, vu qu'il ressort bien des remarques faites antérieurement par le juge qu'il a eu recours aux déclarations hors cour des enfants non pour rehausser leur crédibilité, mais uniquement, comme il se devait, pour disposer de l'argument selon lequel les témoignages des enfants étaient le résultat des incitations et des suggestions des parents. C'était bien afin de vérifier si le témoignage des enfants était consistant avec leurs déclarations hors cour que ces dernières avaient été examinées.

Selon le juge Lacoursière, le fait que la preuve des déclarations antérieures des enfants avaient été faites sans objection revêtait à ce sujet une importance capitale :

I can only assume that the defence either recognized that such evidence would eventually become relevant to rebut an allegation of recent fabrication or wanted the evidence in an attempt to prove an inconsistency in the childrens' testimony at trial⁸⁴.

Il ressort donc bien de cet arrêt que les déclarations hors cour de la victime d'un acte criminel deviennent admissibles s'il y a allégation

83. *Id.*, p. 129.

84. *Id.*, p. 130.

que son témoignage a été fabriqué après coup. Mais pour qu'il y ait ouverture à cette exception particulière, il est essentiel que cette victime témoigne. D'où l'on voit que cette exception n'est d'aucun secours dans les cas où la victime est trop jeune pour venir témoigner, comme c'est très souvent le cas dans les causes d'abus sexuels.

c) Le cas des déclarations en présence de l'accusé

En matière criminelle, depuis la décision du Conseil privé dans l'affaire *The King c. Christie*⁸⁵, il est bien établi qu'en vue de prouver un acquiescement exprès ou tacite de la part d'un accusé, il est permis de faire la preuve de la façon dont il a réagi à une déclaration incriminante faite en sa présence, d'où la possibilité de faire la preuve de la déclaration en question⁸⁶.

Dans les cas de crimes sexuels, lorsque celui qui confronte l'accusé avec une déclaration incriminante n'est pas la victime, mais un tiers à qui la victime s'est plainte, il est permis, semble-t-il, de faire une certaine preuve au sujet de la plainte émanant de la victime elle-même. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie britannique dans l'affaire *R. c. George*⁸⁷. Dans cette affaire, un jeune homme de 17 ans était accusé d'avoir eu des relations sexuelles avec sa cousine âgée de 14 ans, sans son consentement. La poursuite prétendait que lors d'une confrontation avec le père de la victime, l'accusé avait reconnu les faits. Devant la Cour d'appel, l'accusé prétendait que la Couronne avait enfreint les dispositions de l'article 246.5 du *Code criminel* qui, comme on le sait, a aboli l'exception relative à la plainte spontanée en matière de crime sexuel, en faisant la preuve du contenu de diverses conversations au sujet de la prétendue agression entre la victime et diverses personnes, à savoir sa grand-mère, ses parents, le médecin et quelques autres personnes. La Cour, tout en reconnaissant que la preuve de ces conversations était en grande partie irrecevable, a tenu à ajouter ce qui suit :

However, I think that some of the evidence was admissible as a necessary part of the narrative, and for a limited purpose. To understand what the appellant had admitted when he was confronted by the family with the girl's story, it was necessary for the jury to know that the girl had complained of a sexual assault, and what had led to the confrontation. It would have been sufficient if the prosecutor had led evidence that the girl had made a complaint to her grandmother, and to her parents, without giving the details

85. [1914] A.C. 545.

86. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, pp. 648 et s., n^{os} 879 et s.

87. (1985) 23 C.C.C. (3d) 42.

of the complaint, and that the girl's father had confronted the appellant with this charge : « Martin, did you force yourself on Crystal sexually? »⁸⁸.

Selon cet arrêt, lorsque la preuve de la plainte est recevable comme partie de la description des faits (*as a necessary part of the narrative*), cette preuve doit être restreinte au minimum. Elle doit se limiter au fait qu'elle a été faite et sans qu'on puisse en donner les détails.

Même si l'exception concernant les déclarations en présence de l'accusé a été élaborée dans le contexte du procès criminel, rien ne s'oppose à ce qu'elle s'applique dans les causes d'abus sexuels. Aussi, lorsqu'il y a lieu devant le Tribunal de la jeunesse de prouver un acquiescement de la part de la personne fautive, il devrait être permis, aux mêmes conditions que dans le procès pénal, de faire la preuve des déclarations incriminantes faites en sa présence. De plus, lorsque c'est une tierce personne qui a procédé à la confrontation, la plainte de la victime à ce tiers deviendrait alors un fait essentiel à la description des événements pertinents et la preuve du contenu de la plainte demeurerait toutefois inadmissible : ce qui démontre la portée relativement restreinte de l'exception.

d) *Le cas des déclarations révélant l'état physique ou psychologique de son auteur*

La règle de l'interdiction du oui-dire ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de démontrer l'état physique ou psychologique d'une personne à l'aide des déclarations qu'elle a faites pourvu que ces révélations se rapportent à un état physique ou psychologique actuel, par opposition à un état passé⁸⁹. Pour établir, par exemple, qu'une personne ressentait à un moment donné une douleur dans un bras, on peut faire la preuve qu'au moment en question, cette personne a déclaré qu'elle avait mal au bras. Même s'il existe certains arrêts qui affirment qu'une déclaration portant sur la condition physique vaut également pour établir la cause de cet état, lorsque celle-ci y est exprimée, le poids de la jurisprudence et de la doctrine⁹⁰ est en sens contraire. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Megson*⁹¹, on n'a pas permis à la poursuite de faire la preuve de l'identité des auteurs d'un viol à l'aide d'une déclaration que la victime aurait faite en arrivant

88. *Id.*, p. 45.

89. J. FORTIN, *op. cit.*, note 49, pp. 473 et s., n^{os} 634 et s.; J. SOPINKA et S.N. LEDERMAN, *op. cit.*, note 49, pp. 112 et s.; PHIPSON, *On Evidence*, 13^e éd., par J.H. Buzzard, R. May et M.N. Howard, London, Sweet & Maxell, 1982, pp. 92 et s., par. 7-34 et s.

90. Voir les auteurs cités à la note 89.

91. (1840) 1 C. & P. 419.

à la maison, après l'incident en question, pour expliquer comment il se faisait qu'elle soit blessée et que ses vêtements soient en désordre.

Par application de cette jurisprudence, lorsqu'un enfant se plaint de douleur ou d'irritation dans les parties génitales et attribue la cause de ces malaises aux abus dont il aurait été victime de la part d'une personne qu'il nomme, la déclaration dans sa première partie serait admissible, mais non dans sa seconde partie. De même, lorsqu'un enfant fait part à un tiers de son désir de se livrer à certaines activités d'ordre sexuel en lui nommant la personne qui l'a initié à ces pratiques, la déclaration, dans sa première partie, est recevable en vue d'établir l'intérêt que porte l'enfant aux questions sexuelles. Elle est toutefois irrecevable dans sa deuxième partie vu qu'elle tend alors à prouver la cause de l'intérêt en question.

*e) Le cas des déclarations admissibles par le biais
d'un témoignage d'expert*

Les déclarations des enfants au regard de l'expertise soulèvent essentiellement deux problèmes. Premièrement, un expert peut-il être appelé à se prononcer sur le caractère véridique ou non d'une déclaration d'un enfant et deuxièmement dans quelle mesure est-il permis à un expert de recourir aux déclarations d'un enfant pour former son opinion? Au sujet du domaine de l'expertise, il est indéniable que, dans les causes d'abus sexuels, il y a ouverture à une expertise médicale en vue de déterminer si les abus allégués n'ont pas causé chez la victime des dommages physiques ou physiologiques. Il est également acquis que le recours à une ou à des évaluations par des spécialistes du comportement, tels les travailleurs sociaux, les psychologues et les psychiatres, est permis afin de vérifier les conséquences qu'ont pu provoquer sur le plan psychologique et sur le plan du comportement, les abus allégués. Mais peut-on faire des déclarations par lesquelles un enfant a affirmé avoir été victime d'abus sexuels, l'objet même d'une expertise par un psychologue afin de déterminer si cet enfant a dit la vérité? Le juge R.J. Abbey de la Cour provinciale de l'Ontario, dans un jugement rendu le 13 juin 1986⁹², affirme que la chose est possible.

Dans cette affaire, le juge Abbey était saisi d'une requête demandant à ce que, pour cause d'abus sexuels, des parents soient privés de la garde de leur enfant âgé de trois ans. Lors de l'audition de la demande, le problème s'est soulevé de savoir si un psychologue pouvait exprimer son opinion sur la fiabilité de certaines déclarations faites par

92. *In the matter of Tiffany G. and Lilian G. and Rick G.*, Provincial Court (Family Division), Windsor, Ontario, 13 juin 1986 (j. R.J. ABBEY).

l'enfant au psychologue et à certaines autres personnes, concernant les abus en question. Malgré l'objection des parents, cette preuve a été jugée recevable. Selon le juge Abbey, le psychologue est une personne qui possède l'expertise voulue pour déterminer si une déclaration faite par un enfant est véridique ou non. Comme l'enfant en question n'était pas apte à témoigner devant le tribunal et qu'en conséquence les techniques du procès n'étaient pas disponibles pour évaluer sa crédibilité et comme, par ailleurs, le psychologue concerné avait été déclaré qualifié, du consentement des parties, pour exprimer une opinion sur la fiabilité des déclarations de l'enfant, le juge a estimé que le psychologue était autorisé à exprimer son avis sur la véracité des déclarations de l'enfant.

Ce jugement soulève la question de savoir quels sont les sujets sur lesquels l'opinion d'un expert peut être reçue. La règle en la matière est que le recours à l'avis d'un expert doit être limité aux sujets sur lesquels la compétence pour se former une opinion ne peut être acquise que par des études spéciales ou par l'expérience⁹³. Si le sujet n'est pas en dehors de la connaissance et de l'expérience du jury, le recours à une expertise n'est pas permis. C'est ainsi qu'en Angleterre, la Cour d'appel, dans l'affaire *R. c. Turner*⁹⁴, a jugé qu'en règle générale les psychologues ou les psychiatres ne peuvent être appelés à exprimer une opinion sur la véracité du témoignage d'une personne vu qu'il est du ressort exclusif du juge ou du jury d'évaluer la crédibilité d'un témoin.

À plus forte raison le recours à l'expertise doit-il être écarté lorsqu'il s'agit d'un sujet sur lequel le juge du fait n'est pas admis à se former une opinion comme c'est le cas en ce qui concerne le ouï-dire. Pour des raisons de politique judiciaire, la loi déclare sans valeur et inadmissible en preuve le ouï-dire. Il n'y a donc pas là une matière sur laquelle le jury est appelé à se former une opinion. Une telle preuve est réputée par la loi non fiable de manière irréfragable et cette présomption ne peut être repoussée au moyen d'une preuve par expert.

Reste la question de savoir si pour les fins d'une expertise médicale ou d'une évaluation psychologique concernant un enfant victime d'abus sexuels, l'expert peut, en vue de se former une opinion, recourir aux déclarations que cet enfant lui a faites ou aux déclarations qu'il aurait faites à des tiers. Il est bien admis qu'un médecin, un psychologue ou un psychiatre peut se fonder sur les déclarations de son patient pour se former une opinion⁹⁵. Il est nécessaire cependant, dans ce cas, qu'il en fasse état dans son témoignage et qu'il fasse connaître la nature des déclarations en question. En effet, pour qu'une cour puisse évaluer la

93. PHIPSON, *op. cit.*, note 89, par. 27-07.

94. (1974) 60 Crim. App. R. 80; [1975] Q.B. 834.

95. *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24.

valeur d'une opinion, elle doit connaître les faits sur lesquels elle est fondée⁹⁶. C'est dire que si un travailleur social, un psychologue ou un autre expert a, pour les fins de son évaluation, fait participer l'enfant à des jeux impliquant, par exemple des poupées sexuées, non seulement il peut, mais il doit rendre compte au tribunal du comportement et des déclarations de l'enfant au cours de l'entrevue en question.

Cependant, tel que l'affirme le juge Dickson dans l'affaire *R. c. Abbey*⁹⁷, les déclarations qui sont recevables en preuve par le biais d'un témoignage d'expert, ne font pas preuve pour autant des faits qu'elles énoncent. Voici notamment ce qu'énonce à ce sujet le juge Dickson :

Bien qu'on ne conteste pas le droit des experts médicaux de prendre en considération tous les renseignements possibles pour former leurs opinions, cela ne dégage en aucune façon la partie qui produit cette preuve de l'obligation d'établir, au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables, les faits sur lesquels se fondent ces opinions⁹⁸.

Donc, si un médecin, un psychologue ou un autre expert tient pour avérés, pour les fins de son expertise, un certain nombre de faits que l'enfant lui a déclarés, la preuve de ces faits devra être rapportée « au moyen d'éléments de preuve régulièrement recevables » ce qui exclut les déclarations de l'enfant dans l'hypothèse où ces déclarations constitueraient une preuve par oui-dire ne bénéficiant d'aucun régime d'exception. D'où la question de savoir qu'est-ce qui arrivera si, en totalité ou en partie, ces faits ne peuvent être établis ? L'opinion de l'expert perdra-t-elle de ce fait toute valeur ?

Évidemment, s'il existe certains autres faits légalement prouvés qui viennent étayer l'opinion de l'expert, cette opinion pourra conserver toute sa valeur malgré l'absence de preuve directe des actes d'abus révélés par l'enfant. C'est ainsi que dans certaines évaluations qui ont été déposées devant le Tribunal de la jeunesse, l'expert, en plus de s'appuyer sur les déclarations de l'enfant, se fondait également sur certains autres faits légalement prouvés, tels l'intérêt exagéré de l'enfant pour les questions sexuelles, les formes d'expression de la sexualité et la modification de son comportement à l'égard de l'auteur présumé des abus. Dans la mesure où le tribunal estime que les faits légalement prouvés sont suffisants pour étayer l'opinion de l'expert, il peut certes la retenir comme fondement de sa propre conviction. Mais qu'arrivera-t-il dans le cas contraire ?

Dans l'affaire *La Reine c. Abbey*⁹⁹, le juge Dickson en conclusion du passage que nous avons cité précédemment affirme : « Pour que

96. *R. c. Turner, supra*, note 94.

97. *Supra*, note 95.

98. *Id.*, p. 46.

99. *Supra*, note 95.

l'opinion d'un expert puisse avoir une valeur probante, il faut d'abord conclure à l'existence des faits sur lesquels se fonde l'opinion »¹⁰⁰. De cette affirmation, il semble découler que si un expert pour former son opinion s'est fondé uniquement sur des faits non prouvés, son opinion est sans valeur et doit être écartée. Ce qui implique que, dans l'appréciation de l'opinion d'un expert, il est nécessaire de rechercher dans quelle mesure il a pu être influencé par les faits non légalement prouvés.

Or la Cour d'appel dans l'affaire *Lortie c. La Reine*¹⁰¹ traitant du rôle des jurés concernant l'appréciation du témoignage d'un psychiatre déclare que les jurés ont à apprécier l'ensemble du témoignage du psychiatre « qu'il ait ou n'ait pas été influencé par des faits qui n'ont pas été mis en preuve, et ils ont toute liberté d'y accorder le poids qu'ils veulent »¹⁰².

Il nous semble y avoir une contradiction entre cette dernière proposition et la position de la Cour suprême dans l'affaire *La Reine c. Abbey*, telle qu'exprimée par le juge Dickson dans le passage que nous avons cité. C'est pourquoi, selon nous, tel que la Cour suprême paraît l'avoir affirmé, c'est seulement dans la mesure où l'opinion de l'expert peut se justifier sur la seule base des faits légalement prouvés que son opinion peut être retenue. Autrement, cela voudrait dire que l'opinion d'un expert, en tant que moyen de preuve, se suffit à elle-même et qu'un tribunal sur le seul *ipse dixit* d'un expert et sans plus, pourrait décider du sort d'un litige. Une telle position nous paraît contraire au caractère rationnel de notre droit de la preuve.

2. Les cas dans lesquels la déclaration d'un enfant pourrait être recevable en tant que fait pertinent au litige

Certains arrêts croient pouvoir échapper aux contraintes imposées par la règle de la preuve par oui-dire en recourant à la distinction entre la déclaration-moyen-de-preuve, c'est-à-dire servant à prouver la vérité des faits qu'elle énonce, et la déclaration-simple-fait, la preuve de la déclaration étant rapportée uniquement pour établir que la déclaration a été faite. Il est évident que cette distinction entre la déclaration moyen de preuve et la déclaration simple objet de preuve est capitale et a été rappelée par plusieurs arrêts et plus spécialement par l'arrêt *Subramaniam c. Public Prosecutor*¹⁰³. Mais pour qu'une déclaration en tant que simple fait puisse être établie, encore faut-il qu'il s'agisse d'un fait pertinent au

100. *Id.*, p. 46.

101. [1986] R.J.Q. 2787 (C.A.).

102. *Id.*, 2795.

103. [1956] 1 W.L.R. 965 (H.L.).

litige. Il faut, en d'autres termes, qu'elle soit l'un des éléments constitutifs des actes reprochés ou d'un moyen de défense ou qu'elle serve à établir l'un de ces faits au moyen d'une présomption. Or, la déclaration d'un enfant au sujet des abus sexuels dont il aurait été victime ne peut pas se qualifier sous l'un ou l'autre des deux chefs que nous venons d'énoncer comme nous allons tenter maintenant de le démontrer.

a) La déclaration d'un enfant ne peut être admissible en tant qu'élément constitutif des actes reprochés ou d'un moyen de défense

Dans les cas d'abus sexuels, les déclarations de l'enfant ne peuvent pas être comme telles un des éléments constitutifs des actes allégués. Nous ne voyons pas davantage comment elles pourraient être invoquées à titre de moyen de défense. Dans les crimes sexuels dans lesquels l'absence de consentement de la victime est l'un des éléments essentiels de l'infraction, la déclaration de la victime, dans la mesure où elle peut établir un acquiescement, devient de ce chef un fait pertinent. L'exception relative à la plainte spontanée de la victime d'un acte criminel trouvait là en partie sa justification. Si on admettait la preuve de la plainte spontanée c'était en vue de réfuter par avance toute présomption de consentement fondée sur le silence de la victime. Dans les cas d'abus sexuels concernant les enfants, le consentement ne peut jamais être un motif disculpatoire et en conséquence les déclarations de la victime ne peuvent jamais être admissibles en vue d'établir un tel consentement.

b) La déclaration d'un enfant peut-elle être admissible en tant que fondement d'une présomption servant à prouver soit un élément constitutif des actes reprochés, soit un moyen de défense?

Disons tout d'abord qu'il est bien établi qu'une déclaration en tant que simple fait peut servir à établir par présomption un des éléments constitutifs d'une infraction ou un moyen de défense lorsque l'élément ou le moyen de défense en question est un fait psychologique, comme une intention, la connaissance, la crainte, la bonne foi, etc. Par exemple, celui qui plaide avoir agi par contrainte peut faire la preuve des menaces dont il a été l'objet tel que l'a affirmé le Conseil privé dans l'affaire *Subramaniam c. Public Prosecutor*¹⁰⁴. Dans cette affaire, une personne accusée de possession illégale de munition plaidait qu'elle avait agi sous la contrainte

104. *Ibid.*

et à cette fin voulait prouver les menaces dont elle avait fait l'objet de la part de terroristes malais. Le juge du procès avait déclaré cette preuve irrecevable en vertu de l'interdiction du ouï-dire. Le Conseil privé a infirmé ce jugement au motif que la déclaration visait uniquement à prouver l'état psychologique de contrainte que cette déclaration avait provoqué chez l'accusé et non à établir la vérité de son contenu.

En l'espèce, l'état psychologique de l'accusé était un fait directement pertinent vu que la loi exonérait de toute responsabilité la personne qui avait commis un acte criminel sous menace de mort.

Lorsqu'il s'agit de faire présumer la réaction produite chez une personne par une déclaration qu'elle a entendue, il est sans importance que cette déclaration soit vraie ou fausse de sorte que c'est uniquement le fait même de la déclaration qui est en cause. Il n'est nullement question alors de ouï-dire, c'est-à-dire de la preuve qu'un fait s'est produit à partir d'une déclaration par laquelle une personne affirme avoir eu connaissance de ce fait.

Dans les causes d'abus sexuels, il ne fait pas de doute que, dans la mesure où un fait psychologique est lui-même pertinent, cette preuve peut se faire à l'aide des déclarations qui permettent d'en présumer l'existence. Mais peut-on, sans enfreindre la prohibition du ouï-dire, se servir d'une déclaration par laquelle un enfant affirme avoir été victime d'abus sexuels pour établir par présomption le fait même de l'abus?

Le juge Demers, dans son jugement du 27 novembre 1986¹⁰⁵, affirme expressément que la chose est possible. Selon elle, la prohibition du ouï-dire ne s'applique pas lorsqu'on traite la déclaration d'un enfant comme un simple fait; ce qui permet dans un premier temps, d'en faire la preuve, puis, dans un deuxième temps, de dégager une présomption de fait de la véracité de cette déclaration. Le juge Demers ajoute, cependant, que cette présomption de fait ne peut mener à une conclusion définitive et que d'autres éléments de preuve doivent venir s'y ajouter pour qu'elle puisse emporter la conviction du juge. Voici comment elle s'exprime à ce sujet :

En application de ce principe, la déclaration extrajudiciaire d'un enfant tout comme celle d'un adulte n'est donc pas admissible pour faire preuve de la véracité du contenu de la déclaration. L'admission d'une telle preuve serait contraire à la prohibition du ouï-dire. Cependant, cette règle permet quand même de faire la preuve d'une déclaration extrajudiciaire pour prouver non pas le contenu mais le fait que la déclaration a été faite. *Le Tribunal considère que le fait de la déclaration constitue alors une présomption de fait de la véracité de la déclaration. Cependant, la présomption de fait à elle seule ne peut évidemment nous mener à une conclusion définitive quant au fait en litige. Il faudra donc rechercher ailleurs des éléments de preuve ou des*

105. *Supra*, note 23.

*indices qui, ajoutés à la présomption de fait, pourront emporter la conviction du juge que la déclaration est vraie*¹⁰⁶.

Selon nous, il n'est pas possible de recourir à la présomption de fait pour contourner la prohibition du ouï-dire. En matière de preuve, tous les procédés peuvent à la limite s'analyser comme une présomption. Si l'écrit sous seing privé fait foi de son contenu, c'est qu'on présume que les parties ne l'auraient pas signé s'il n'avait pas reflété fidèlement leur volonté. La force probante de l'aveu repose sur la présomption que pour reconnaître l'existence de faits contraires à ses intérêts, il faut les croire vrais. La foi due aux témoignages repose sur la présomption que les gens disent naturellement la vérité.

Cette dernière présomption conduirait à admettre toute déclaration extrajudiciaire comme preuve des faits qu'elle atteste. Or, la prohibition du ouï-dire vise précisément à restreindre la portée de la présomption et à empêcher qu'un tribunal puisse conclure à la vérité d'un fait en se fondant sur la simple affirmation de l'existence de ce fait, et à exiger de plus que cette affirmation soit contenue dans un témoignage rendu dans l'instance même où l'existence de ce fait est débattue.

Chaque fois que la jurisprudence a créé une exception à la prohibition du ouï-dire, ce fut toujours, du moins pour partie, à raison d'une présomption de vérité tenant aux circonstances particulières dans lesquelles la déclaration a été faite. Il serait facile, par exemple, de démontrer quelle est la présomption qui est la base de l'exception des déclarations contre l'intérêt, de l'exception des déclarations dans l'exécution des fonctions et de l'exception des déclarations spontanées, pour ne mentionner que quelques exemples. S'il suffisait d'élaborer une présomption de vérité autour d'une déclaration pour que celle-ci échappe aussitôt à la prohibition du ouï-dire, il n'y aurait pas eu lieu pour la jurisprudence de créer toute la série des exceptions que nous connaissons actuellement.

Si l'existence d'une présomption permettant de conclure à la vérité d'une déclaration peut constituer un motif de créer au profit de celle-ci une exception à l'interdiction du ouï-dire, comme la Cour suprême l'a fait dans la cause *Ares c. Venner*¹⁰⁷ à propos des dossiers hospitaliers, elle ne peut retirer à cette déclaration sa qualité de preuve par ouï-dire.

À notre avis, on ne peut affirmer, d'une part, que la prohibition du ouï-dire s'applique dans toute sa rigueur devant le Tribunal de la jeunesse et prétendre, d'autre part, que les déclarations d'un enfant au sujet des abus sexuels dont il a été victime sont admissibles en preuve à

106. *Id.*, texte intégral du jugement, p. 16.

107. *Supra*, note 46.

titre de présomption de fait dont on peut déduire la vérité de la déclaration.

C'est pourquoi nous considérons que la jurisprudence qui voit dans les déclarations d'un enfant qui se plaint d'avoir été victime d'abus sexuel un « fait indicateur » se trouve à affirmer implicitement une exception à l'interdiction du ouï-dire au profit de ce genre de déclaration¹⁰⁸. Nous interprétons dans le même sens l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille* — 316¹⁰⁹.

Par ailleurs la règle de la pertinence s'oppose à ce qu'on puisse faire la preuve des déclarations extrajudiciaires des victimes d'abus sexuels uniquement en vue de démontrer que ces déclarations ont été faites. Dans l'affaire *Protection de la jeunesse* — 256¹¹⁰, le juge Michèle Rivest, après avoir affirmé que la règle prohibant le ouï-dire doit s'appliquer avec rigueur devant le Tribunal de la jeunesse, allant même jusqu'à mettre en doute qu'on puisse devant ce tribunal donner effet aux exceptions que le droit anglais a apportées à cette règle, n'en conclut pas moins que les déclarations d'un enfant sont recevables à titre de « faits indirects »¹¹¹. Si par « faits indirects » elle entend des faits sur lesquels le tribunal pourrait éventuellement se fonder pour conclure que les choses ont dû se passer comme l'enfant l'a affirmé, c'est une preuve par ouï-dire qui se trouve par là même autorisée pour les raisons que nous avons données plus haut. Si par « faits indirects » elle réfère à des déclarations qui seraient prouvées à titre de simples faits sans plus, c'est-à-dire sans que cette preuve ne serve à d'autres fins, c'est d'une preuve de faits non pertinents qu'il s'agirait alors.

CONCLUSION

Les tribunaux des provinces de common law ont fait montre de beaucoup d'ingéniosité pour justifier que, malgré la règle prohibant le ouï-dire, les plaintes de jeunes enfants sont recevables comme preuve des abus sexuels dont ils auraient été victimes. Ainsi, en Colombie britannique, lorsque la question de l'admissibilité des déclarations des enfants s'est soulevée dans le cadre d'une enquête tenue en vertu de la *Family and Child Act* de cette province, on a eu recours, pour écarter la règle du ouï-dire, au caractère non contradictoire de l'enquête¹¹² et à la primauté

108. Voir les jugements cités aux notes 5, 7 et 8.

109. *Supra*, note 9.

110. *Supra*, note 26.

111. *Id.*, p. 497.

112. *G.H. c. Superintendent of Family and Child Services*, *supra*, note 17.

accordée par cette loi à l'intérêt de l'enfant ¹¹³. Lorsque, par ailleurs, le problème s'est soulevé au sujet du droit de garde d'un enfant à l'occasion d'une cause en divorce, le tribunal a permis le recours aux déclarations de l'enfant au motif que la règle du ouï-dire ne s'applique pas lorsqu'un tribunal exerce sa juridiction *parens patriae*, la fonction de protection du tribunal prenant alors le pas sur sa fonction judiciaire ¹¹⁴.

Quant à la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard, tout en affirmant que, dans les enquêtes tenues en vertu de la *Family and Child Services Act* de cette province, la règle de la preuve par ouï-dire s'applique, elle s'est néanmoins déclarée favorable à la création d'une exception spéciale au profit des déclarations de jeunes enfants qui ne sont pas aptes à venir témoigner lorsque, par ailleurs, ces déclarations offrent de bonnes garanties de fiabilité ¹¹⁵.

Enfin, un tribunal de l'Ontario a estimé que, par le biais d'une expertise, il était possible à un tribunal d'ajouter foi aux déclarations extrajudiciaires de jeunes enfants sans pour autant enfreindre la règle prohibant le ouï-dire et qu'il suffisait à cette fin d'obtenir d'un psychologue un avis comme quoi ces déclarations étaient fiables ¹¹⁶.

Cette jurisprudence des tribunaux des provinces de common law a amené le Tribunal de la jeunesse à réexaminer sa position concernant la recevabilité en preuve des déclarations extrajudiciaires des jeunes enfants victimes d'abus sexuels. Tout en réaffirmant qu'en principe, devant ce tribunal, le ouï-dire est prohibé par l'effet de l'article 294 *C.p.c.* auquel renvoie l'article 85 *L.P.J.*, on a considéré que le recours à de telles déclarations devait être autorisé. Trois motifs ont été proposés comme justification : premièrement, que ces déclarations font l'objet en common law d'une exception à l'interdiction du ouï-dire ; deuxièmement, que la règle prohibant le ouï-dire ne s'applique pas lorsqu'elle vient en contradiction avec l'intérêt de l'enfant, et troisièmement, que l'interdiction du ouï-dire n'empêche pas la preuve de ces déclarations à titre de présomptions ou à titre de simples faits.

La solution du problème tient tout d'abord à l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 85 *L.P.J.* Selon nous, et contrairement à l'opinion reçue, cet article n'a pas pour effet d'astreindre le Tribunal de la jeunesse au strict respect de la règle interdisant le ouï-dire et pour ce motif le recours aux déclarations extrajudiciaires de jeunes enfants victimes d'abus sexuels devrait être permis.

Si, toutefois, l'interprétation actuelle de l'article 85 *L.P.J.* devait être maintenue, il conviendrait de reconnaître une nouvelle exception

113. *D.R.H. c. Superintendent of Family and Child Services, supra*, note 13.

114. *Foote c. Foote, supra*, note 34.

115. *W.M. c. Director of Child Welfare for P.E.I., supra*, note 30.

116. *In the matter of Tiffany G. and Lilian G. and Rick G., supra*, note 92.

à l'interdiction du oui-dire au profit des déclarations extrajudiciaires des enfants qui sont trop jeunes pour venir témoigner. Enfin, si cette hypothèse devait être écartée, le recours aux déclarations extrajudiciaires d'un enfant ne devrait être permis que dans les cas où ces déclarations satisferaient aux conditions d'une exception déjà consacrée et plus spécialement aux conditions des exceptions suivantes : les déclarations spontanées, les déclarations antérieures compatibles d'un témoin, les déclarations en présence de la partie adverse, les déclarations révélant l'état physique ou psychologique de son auteur et les déclarations admissibles par le biais d'un témoignage d'expert. Hors ces cas d'exception le recours aux déclarations extrajudiciaires d'un enfant devrait être prohibé. Il ne serait pas possible de les prouver à titre de simples faits, vu qu'on enfreindrait alors la règle de la pertinence, et encore moins de s'en servir comme indices d'une présomption de véracité de leur contenu, vu qu'on enfreindrait alors la règle prohibant le oui-dire.