

"Source: *Les enfants victimes et le système de justice pénale: document d'information technique*, Ministère de la Justice du Canada, novembre 1999. Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010."

Les enfants victimes



et le système de justice pénale

Document d'information technique

Ministère de la Justice du Canada
Section de la famille, des enfants et des adolescents

Novembre 1999

Table des matières

INTRODUCTION	3
<i>Aspects non abordés dans le présent document</i>	7
ÉVOLUTION DES DISPOSITIONS DU DROIT PÉNAL VISANT À PROTÉGER	
LES ENFANTS	7
Période antérieure au rapport du Comité Badgley	7
Le rapport du Comité Badgley	8
Réponse du gouvernement au rapport du Comité Badgley	9
Projet de loi C-15 (1988)	10
Projet de loi C-126 (1993)	11
Le projet de loi C-41(1996)	12
Projet de loi C-27 (1997)	13
Tendances devant les tribunaux	13
DOMAINES À ENVISAGER	15
I. CRÉER D'AUTRES INFRACTIONS CRIMINELLES VISANT	
SPÉCIFIQUEMENT LA PROTECTION DES ENFANTS	15
A. Contexte	15
B. Réformes possibles pour traiter les risques et définir les infractions	17
1. Abus physique criminel à l'égard d'un enfant	18
2. Négligence criminelle à l'égard d'un enfant	19
3. Abus psychologique criminel à l'égard d'un enfant	20
4. Homicide d'enfant	22
5. Omission de signaler les crimes d'abus ou de négligence commis à l'égard d'un enfant	23
II. DÉTERMINER LA PEINE DE MANIÈRE À PROTÉGER LES ENFANTS	24
A. Contexte	25
1. Objectif et principes de la détermination de la peine	25
2. Condamnation à l'emprisonnement avec sursis	26
3. Ordonnances d'interdiction	27
4. Pouvoir judiciaire d'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle	27
5. Pouvoir des autorités correctionnelles de retarder la libération	28
6. Contrevenants visés par une surveillance de longue durée	29
7. Engagements de ne pas troubler l'ordre public	30
B. Réformes possibles des politiques et des options en matière de détermination de la peine	30
1. Répondre aux besoins et aux intérêts des enfants dans la politique relative à la détermination de la peine	30
2. Mention de l'enfant dans l'énoncé de l'objet et des principes fondamentaux de la détermination de la peine	34

3.	Autres principes de détermination de la peine - article 718.2.....	35
4.	Accroître les pouvoirs des tribunaux pour leur permettre de structurer les conditions en matière de détermination de la peine.....	37
5.	Condamnations avec sursis uniquement dans les cas exceptionnels.....	39
6.	Mieux reconnaître le préjudice affectif et psychologique causé aux enfants.....	40
7.	Exploitation à des fins sexuelles : article 153 du <i>Code criminel</i>	41

III. FACILITER L'EXPÉRIENCE DES ENFANTS TÉMOINS ET LA RECEVABILITÉ DE LEURS TÉMOIGNAGES DANS LES INSTANCES CRIMINELLES

		41
A.	<i>Habilité des enfants à témoigner</i>	43
1.	Contexte	43
2.	Réformes complémentaires des conditions d'habilité à témoigner	47
B.	<i>Modes de présentation des témoignages d'enfants</i>	52
1.	Témoignage à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran	52
	Contexte	52
	Possibilités de modification	55
2.	Utilisation d'enregistrements sur bande vidéo.....	57
a.	<i>Déclarations et entrevues sur bande vidéo</i>	57
	Contexte.....	57
	Possibilités de modification.....	61
b.	<i>Dépositions sur bande vidéo</i>	62
3.	Déclarations relatées (ouï-dire).....	63
	Contexte.....	63
	Possibilités de réforme.....	67
4.	Autres types d'assistance aux enfants témoins.....	69
5.	Des âges différents pour des objectifs différents : l'âge du consentement.....	70
6.	Consentement non valide : son effet sur la condamnation.....	72

INTRODUCTION

Les deux dernières décennies ont connu une quasi-révolution dans la reconnaissance publique de la véritable portée des abus, de la négligence et de l'exploitation à l'égard des enfants, et des préjudices durables qu'ils entraînent.¹ Au même moment, le droit criminel et le processus pénal en sont venus à reconnaître la nécessité de prévoir des infractions spéciales et d'autres mesures en vue de protéger les enfants contre les formes extrêmes de préjudice, et de traiter les enfants victimes et témoins en tenant compte de leur âge et de leur développement. Grâce à des mesures appropriées, les enfants auront la possibilité de se développer en toute sécurité et de devenir des adultes capables de bien contribuer à la société. En outre, le *Code criminel*, qui relève du gouvernement du Canada, est un appui important pour les projets des provinces et des territoires visant à assurer une protection aux enfants.

Le droit reconnaît depuis longtemps le rôle fondamental des parents qui est de subvenir aux besoins de leurs enfants, de les protéger et d'assurer leur instruction. Il définit aussi les devoirs dont les parents doivent s'acquitter pour répondre aux besoins de leurs enfants, qui deviennent moins dépendants de leurs parents au fur et à mesure qu'ils grandissent.

Le pouvoir *parens patriae* que les tribunaux et l'État ont à l'égard des enfants était à l'origine la prérogative de la Couronne de prendre soin des biens hérités par les enfants dont les parents étaient décédés. Maintenant, l'État a le pouvoir d'intervenir afin de protéger les enfants sur le plan physique et du développement. La décision d'intervenir repose sur la pondération entre les pouvoirs de l'État (qui découlent des devoirs des parents) et les intérêts des enfants, qui doivent être à l'abri de tout préjudice. Au Canada, les cours supérieures exercent actuellement le pouvoir *parens patriae* à titre de pouvoir de contrôle général dans l'intérêt des enfants. Le droit pénal offre à l'État le moyen de dissuader et de punir les formes extrêmes de comportement qui causent des préjudices graves aux enfants.²

¹ Les enfants victimes de mauvais traitement sont plus susceptibles que d'autres de devenir des agresseurs ou des victimes d'abus, quand ils deviennent adultes. Voir *Grandir ensemble : Plan d'action canadien pour les enfants*, ministère de la Santé nationale et du Bien-être social, 1992, p. 31; C.S. Widom, *The Cycle of Violence* (Washington, D.C. : National Institute of Justice, 1992); C.S. Widom et M.A. Ames, « Criminal Consequences of Child Sexual Victimization », (1994) 18 *Child Abuse and Neglect* 303.

² Récemment, on a recommandé que la compétence *parens patriae* de la couronne provinciale soit invoquée pour soustraire à des procédures pénales les personnes accusées d'actes de violence familiale qui ne remplissent pas les conditions minimales à cet égard (la culpabilité doit être établie « hors de tout doute raisonnable » afin d'obtenir une condamnation) et de les renvoyer à des procédures civiles, pour lesquelles la norme de preuve est moins exigeante (« prépondérance des probabilités ») : W.A. McTavish, c.r. (avocat de l'enfance dans la province de l'Ontario) et G. Nwabuogu, *Holistic Service Delivery for Domestic Violence in Ontario* (avril 1998), présenté au Comité de révision

Le droit et la société s'attendent à ce que les personnes auxquelles les enfants et les jeunes puissent faire confiance, c'est-à-dire les membres de leur famille, leurs tuteurs et les personnes qui, en vertu de leur âge ou de leur situation d'autorité spéciale, peuvent exercer une influence sur eux, respectent des normes de conduite élevées. La société a aussi compris que certains individus cherchent des enfants vulnérables pour assouvir leurs désirs et leurs frustrations malsaines, ou encore leur besoin de domination. Pour de tels délinquants, il se peut qu'une surveillance systématique et un traitement soient nécessaires pendant leur incarcération et pendant un certain temps après leur incarcération afin de les empêcher de s'attaquer de nouveau à des enfants et à des jeunes.

Les provinces, les territoires et le gouvernement du Canada doivent faire de leur mieux pour élaborer et appliquer des mesures efficaces visant la protection complète des enfants contre la mort et les préjudices graves causés par des adultes. Il incombe aux provinces et aux territoires de fournir des services aux enfants qui ont besoin de protection. Le gouvernement du Canada est, quant à lui, chargé de veiller à ce que des infractions et des peines appropriées soient en place afin de protéger les enfants contre les préjudices graves. Le Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le Comité Badgley), nommé par le gouvernement du Canada, a déclaré que les deux paliers de gouvernement doivent faire le nécessaire pour protéger les enfants. Son rapport, publié en 1984, comprenait un examen approfondi des services de protection de l'enfant, ainsi que de l'application du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les provinces et les territoires ont tous collaboré à l'enquête nationale sur la protection des enfants victimes d'abus sexuels du Comité, qui était une des nombreuses études sur lesquelles reposait le rapport. Le besoin persistant de collaboration entre les deux paliers de gouvernement en vue de la protection des enfants et des jeunes a été réitéré dans le cadre de la Stratégie nationale pour le développement sain des enfants.³

Le Comité Badgley a précisé que le statut particulier des enfants au Canada repose principalement sur trois considérations du programme d'action, à savoir :

[. . .] les *besoins particuliers des enfants* qui, en raison de leur âge et de leur immaturité, ont besoin des soins et des conseils d'autrui pour devenir un jour des adultes équilibrés et conscients de leurs responsabilités; la *grande vulnérabilité des enfants* face à leurs aînés qui, à bien des égards, sont plus puissants qu'eux; et l'*incapacité réelle ou présumée des enfants* d'accomplir certains actes juridiques de la vie courante. Ces besoins particuliers, cette grande vulnérabilité et cette incapacité juridique (éléments qui, dans une certaine mesure, diminuent en importance au fur et à mesure que l'enfant devient adolescent, puis jeune adulte)

de la justice pénale, ministère du Procureur général de l'Ontario.

³ *Création d'une stratégie nationale pour le développement sain des enfants* – Ce rapport du Comité consultatif fédéral-provincial-territorial sur la santé de la population, Groupe de travail pour la stratégie nationale pour le développement sain des enfants, Santé Canada, (Ottawa, 1997), établit comme objectif spécifique la protection des enfants et des jeunes contre les mauvais traitements, la violence, l'iniquité et la discrimination.

entraînent, pour l'enfant, sur le plan juridique, la privation de droits juridiques dont jouissent normalement les adultes et, en revanche, l'imposition à la société de responsabilités et de devoirs particuliers envers lui. Même si la nature et la portée de ces devoirs envers les enfants varient en fonction du lien qui unit chaque enfant et l'adulte intéressé, le statut juridique de l'enfant est, en un sens, absolu du fait qu'il touche toutes les personnes avec lesquelles l'enfant est en contact. [nous soulignons]⁴

Le Comité a aussi fait remarquer qu'en attribuant ce statut particulier aux enfants, l'État :

[...] se propose de favoriser leur bien-être et leur protection de deux façons complémentaires : l'incapacité juridique de l'enfant lui est imposée essentiellement pour sa propre protection tandis que les divers devoirs et responsabilités que la loi impose au restant de la société envers l'enfant élèvent l'intérêt de celle-ci pour l'entretien, l'éducation et la protection des enfants au plan juridique, ce qui, on espère, les renforce.⁵

En 1988, le gouvernement du Canada a reconnu de nouveau l'existence de ces obligations envers les enfants en créant de nouvelles mesures de protection substantielles, notamment des infractions sexuelles contre les enfants, et des dispositions visant à les aider à témoigner à l'instance contre leurs agresseurs. Selon les recherches réalisées en 1993 par le ministère de la Justice sur la mise en œuvre de ces modifications du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada*, celles-ci ont été efficaces et ont amélioré la protection des enfants. Des modifications supplémentaires y ont été apportées la même année. Toutefois, certains incidents inquiétants se sont produits depuis lors et ont soulevé des préoccupations au sujet de la sécurité des enfants. Des adultes se sont servis de diverses méthodes pour aborder des enfants, pour avoir des relations sexuelles avec eux. Parmi ces enfants, ont également été abordés ceux âgés de quatorze ans et plus soit l'âge minimal général du consentement à l'activité sexuelle. Dans plusieurs ressorts, des adultes se sont rendus coupables de la mort d'enfants en les agressant directement ou en les soumettant aux formes les plus abjectes de négligence. Des enfants ont été aussi victimes de blessures et de préjudices physiques et moraux graves, durables et souvent permanents.

Ces incidents ont entraîné des propositions et recommandations officielles de modification du *Code criminel* et des lois provinciales sur la protection de l'enfance afin d'assurer aux enfants une protection supplémentaire. La protection des enfants est un secteur de responsabilité conjointe. D'une part, il incombe au gouvernement du Canada de veiller dans toute la mesure du possible à ce que le *Code criminel* protège les enfants contre les formes extrêmes de comportement abusif, de négligence et d'exploitation. D'autre part, les provinces et les territoires ont la compétence exclusive de fournir les

⁴ Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services, Canada, 1984), vol. n° 1, p. 291.

⁵ *Ibid.*, vol. 1, p. 292.

soins et les services nécessaires au bien-être et à la sécurité des enfants. Les questions et les propositions de réforme en réponse aux cas signalés de préjudices graves causés à des enfants et de décès d'enfants ont été formulées par des juges, des procureurs de la Couronne, des avocats de la défense, la police, des travailleurs de la santé (y compris ceux qui travaillent dans le domaine de la santé mentale), des équipes qui s'occupent des cas d'abus à l'égard des enfants dans les hôpitaux, des infirmières de centres de santé publics, des universitaires, des travailleurs sociaux et d'autres personnes directement concernées par la protection des enfants. Elles découlent aussi des recommandations faites par les enquêtes judiciaires, les enquêtes de jury du coroner, les comités d'examen sur les accidents mortels où les victimes sont des enfants, et d'autres organes d'examen.

Pour déterminer la façon la plus efficace de régler ces questions, les fonctionnaires du ministère de la Justice ont engagé des consultations dans divers territoires et provinces en 1997, avec des représentants de divers fournisseurs directs de services dans le secteur de la santé, des services sociaux et de la justice pénale, et de nombreux spécialistes qui ne travaillaient pas pour le gouvernement. Les participants se sont accordés à dire que le gouvernement du Canada, les provinces et les territoires devraient œuvrer ensemble dans plusieurs domaines et secteurs afin d'établir des liens entre les questions relatives au *Code criminel* (responsabilité du gouvernement du Canada) et de la mise en application des étapes du dépistage précoce, de la prévention et d l'application des lois dans la protection des enfants (responsabilité provinciale et territoriale). À l'heure actuelle, des équipes de projet aux échelons fédéral, provincial et territorial collaborent dans le cadre d'une initiative visant à améliorer l'échange d'information entre les organismes gouvernementaux sur les dangers que doivent affronter les enfants; d'autres projets semblables sont envisagés.

Il a été aussi précisé que le *Code criminel* devrait servir à appuyer les efforts de protection des enfants déployés par les provinces et les territoires, en cernant les comportements extrêmes qui causent des préjudices considérables et des décès chez les enfants. Le ministère de la Justice se demande si le droit pénal doit prévoir de nouvelles mesures de protection des enfants contre les préjudices graves causés par des adultes, et s'il est possible d'améliorer leur protection contre tous les types d'infraction.

Le présent document constitue une analyse des possibles modifications suggérées au *Code criminel* et à la *Loi sur la preuve au Canada*, qui visent à améliorer la protection des enfants contre les préjudices graves causés par des adultes. L'analyse porte sur trois aspects qui soulèvent de nombreuses questions pouvant donner lieu à des réformes :

- la création d'autres infractions visant particulièrement la protection des enfants, comme l'homicide et la négligence criminelle visant les enfants;
- la détermination de la peine comme moyen d'améliorer la protection des enfants contre les récidivistes potentiels;
- faciliter le témoignage des enfants, leur prêter assistance et traiter les questions se rapportant à l'âge, notamment l'âge considéré légalement acceptable pour donner un consentement.

Aspects non abordés dans le présent document

La pornographie et la prostitution juvéniles constituent des activités criminelles au moyen desquelles des adultes exploitent sciemment des enfants et leur causent des préjudices graves. Toutefois, ces activités soulèvent aussi des questions sociales et de droit complexes qui débordent du cadre du présent document. Les dispositions du *Code criminel* relatives à la pornographie juvénile sont maintenant devant les tribunaux dans des poursuites au criminel. Le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la prostitution a procédé à une vaste analyse de la prostitution juvénile dans le document intitulé *Rapport et recommandations relatives à la législation, aux politiques et aux pratiques concernant les activités liées à la prostitution*, qui a été publié au mois de décembre 1998. Par conséquent, ces deux sujets, soit la pornographie et la prostitution juvéniles, ne sont pas abordés dans le cadre de notre présente consultation.

Le *Code criminel* prévoit un moyen de défense que pourrait invoquer un enseignant, un parent ou une personne remplaçant un parent qui emploie la force de façon raisonnable pour corriger un élève ou un enfant. Ce moyen de défense fait maintenant l'objet d'une contestation en vertu de la Constitution devant les tribunaux. Il ne sera non plus abordé ici. Le présent document porte sur les formes extrêmes de comportement et des préjudices injustifiables. Il n'analyse donc ni cette défense ni aucune autre. Il vise plutôt à contribuer à la création d'infractions pénales visant particulièrement la protection des enfants, qui sanctionnent les formes de comportement abjectes et permettent au ministère public d'intenter des poursuites dans lesquelles il aura, le cas échéant, gain de cause.

ÉVOLUTION DES DISPOSITIONS DU DROIT PÉNAL VISANT À PROTÉGER LES ENFANTS

Période antérieure au rapport du Comité Badgley

Les réformes du droit pénal à caractère plus général de 1968⁶ et de 1983⁷ ont porté sur les infractions d'ordre sexuel mais sans viser plus particulièrement celles qui sont commises à l'encontre des enfants, ni le traitement réservé aux enfants victimes et aux témoins dans le processus pénal. Au début des années 1980, le public s'est inquiété de la fréquence des infractions d'ordre sexuel à l'encontre d'enfants et des lacunes de la loi en ce qui concerne la protection des enfants et le traitement des enfants victimes. Parmi les points à corriger à l'époque, on dénombrait les constats suivants : (i) la loi ne protégeait pas les enfants contre certains types de comportements qui pouvaient constituer de l'abus sexuel à leur égard; (ii) les difficultés résultant de l'existence de nombreuses variantes dans l'âge minimal de consentement à des actes sexuels; (iii) un certain nombre de règles de preuve amenaient souvent les tribunaux à considérer le témoignage des enfants comme

⁶ *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, ch. 38, art. 7.

⁷ *Projet de loi C-127 (1983) Loi modifiant le droit pénal*, L.C. 1980-1981-82, ch. 125, art.19; *Code criminel*, L.R.C. 1985 ch. 46, art. 151, 153, 156.

suspect, ce qui rendait moins probable la condamnation de certains contrevenants; (iv) les enfants témoins, placés dans la catégorie des enfants « en bas âge », étaient présumés inaptes à témoigner et devaient subir une enquête particulière visant à déterminer s'ils comprenaient « la nature du serment »; (v) le témoignage non rendu sous serment d'un enfant devait être corroboré, ce qui était rarement possible parce que l'abus sexuel est habituellement commis en privé, là où l'enfant en cause est le seul témoin, et qu'il provoque souvent un traumatisme psychologique plutôt que des blessures corporelles; (vi) la loi ne faisait pratiquement rien pour reconnaître les problèmes, la vulnérabilité et les stades de développement des jeunes victimes et témoins appelés à témoigner à des procès criminels (par exemple, le traumatisme causé par la confrontation visuelle ou des questions posées par l'accusé).⁸

Le rapport du Comité Badgley

Les préoccupations soulevées par le nombre croissant d'incidents d'abus sexuels à l'égard des enfants et les doutes au sujet de l'efficacité des infractions prévues au *Code criminel* pour protéger les enfants contre ces abus ont donné lieu à la création du Comité Badgley en 1981. Le Comité était prié d'examiner la question de l'exploitation sexuelle des enfants et des jeunes et leur fréquence, de déterminer dans quelle mesure les lois pouvaient les protéger contre les infractions sexuelles et de faire des recommandations en vue d'améliorer leur protection. En 1984, le Comité a publié un rapport⁹ contenant 52 recommandations destinées à tous les paliers de gouvernement et au secteur privé, notamment des recommandations en vue d'améliorer le droit pénal afin de mieux protéger les enfants. Les conclusions et les recommandations du Comité sont à l'origine des réformes ultérieures et elles ont servi à les justifier à de nombreuses reprises.

Le Comité a conclu que les réformes antérieures du régime des infractions sexuelles ne tenaient pas bien compte de la vulnérabilité particulière des enfants, ni des réalités des abus sexuels à leur égard, et qu'elles n'offraient pas une protection suffisante aux jeunes victimes de tels abus. À son avis, ces lacunes découlaient de « l'habitude séculaire » d'appliquer aux enfants victimes d'agressions sexuelles un cadre juridique conçu pour les adultes.¹⁰ Le Comité a déclaré que les objectifs essentiels de la réforme du droit et la justification de l'intervention juridique devaient être :

- la protection des enfants contre les mauvais traitements ou l'exploitation qui portent atteinte à leur intégrité physique et à leur sécurité;
- la dissuasion d'autrui de violer la confiance qui caractérise de façon implicite toutes les relations entre adultes et enfants en exploitant la vulnérabilité affective et sexuelle

⁸ Voir, en général, J.P. Hornick et F. Bolitho, *Étude sur la mise en œuvre des dispositions relatives à l'exploitation sexuelle d'enfants dans certaines localités*, ministère de la Justice, Ottawa, Canada, 1992, pages 4 à 7.

⁹ Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *op. cit.* note 4.

¹⁰ *Ibid.*, Vol. 1, p. 336.

de l'enfant ou en faisant participer des personnes n'ayant pas atteint la maturité de leur développement à des actes sexuels dont ils ne comprennent pas parfaitement les conséquences;

- la dissuasion d'autrui d'amener les jeunes à prendre part à des actes sexuels qui peuvent leur porter préjudice sur le plan physique et affectif.¹¹

Le Comité a fait remarquer que l'abus sexuel à l'égard des enfants était un phénomène complexe, comportant de nombreuses formes de conduite sexuelle inacceptable, et que ce comportement inacceptable devait être clairement circonscrit.¹² Le Comité a aussi conclu que la politique de détermination des peines en matière d'infractions commises à l'égard des jeunes n'était pas adaptée et que, pour beaucoup d'infractions, il n'y avait qu'une « correspondance partielle » entre la nature des actes sexuels en cause, les accusations portées et les peines infligées.¹³ Considérant la fréquence des comportements sexuels déviants commis à l'encontre des enfants par des personnes ayant une grande importance dans leur vie, le Comité a souligné avec insistance que le rôle du droit pénal dans la répression et la dissuasion des violations des relations de confiance et de famille devrait être explicite, et que les violations de ces relations de confiance devraient constituer des circonstances aggravantes dans la détermination de la peine.¹⁴

En ce qui concerne le témoignage des enfants et le traitement des enfants témoins, le Comité a conclu que le peu de foi que l'on accorde aux témoignages des jeunes enfants et le doute jeté sur leur capacité de se souvenir des détails relatifs aux infractions d'ordre sexuel étaient « largement sans fondement », qu'il fallait « modifier fondamentalement » le droit pour écarter la méfiance qui existait antérieurement et pour autoriser les témoignages directs d'enfants lors des procédures judiciaires, et que le témoignage d'un enfant devrait être reçu et traité comme celui d'un adulte, sa force dépendant de l'importance qu'on lui accorde et non d'une question de recevabilité.¹⁵

Réponse du gouvernement au rapport du Comité Badgley

Le gouvernement du Canada a notamment réagi au rapport du Comité Badgley en lançant une réforme législative (projet de loi C-15) et des projets éducatifs, et en ordonnant de plus amples recherches pour déterminer la dimension sociale des questions et insister sur la nécessité d'une approche en plusieurs étapes pour les régler.¹⁶ Par la

¹¹ *Ibid.*, Vol. 1, p. 292.

¹² *Ibid.*, Vol. 1, p. 29 à 30.

¹³ *Ibid.*, Vol. 1, p. 31-32.

¹⁴ *Ibid.*, Vol. 1, p. 57-58.

¹⁵ *Ibid.*, Vol. 1, p. 32 et 373.

¹⁶ Comme projets éducatifs, citons la vaste gamme de documents d'information sur la nouvelle loi distribués dans l'ensemble du pays. Parmi ces documents, citons un livre d'histoires pour les enfants (*Le secret du petit cheval*), une brochure pour les adolescents et les adultes (*Si un enfant est victime d'exploitation sexuelle ... Les*

suite, le gouvernement du Canada a financé un nombre important d'études juridiques axées sur l'application de la nouvelle Loi. Ces activités ont conduit à l'adoption de lois supplémentaires en 1993. En novembre 1994, le solliciteur général du Canada a annoncé la création d'un système d'information national sur les auteurs d'agressions sexuelles à l'endroit des enfants qui consistait dans une réforme du Centre d'information de la police canadienne (CIPC) et visait à mettre l'information à la disposition des organismes afin de les aider à repérer les auteurs d'abus sexuels à l'endroit d'enfants lorsque ceux-ci se portent candidats à des emplois rémunérés ou bénévoles auprès d'enfants.¹⁷ Des améliorations supplémentaires ont depuis été apportées au système d'information.

Projet de loi C-15 (1988)

Le projet de loi C-15 est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Ce projet de loi qui contenait un ensemble de mesures de réforme du droit pénal et des règles de preuve, constituait la première réaction d'ordre législatif au rapport du Comité Badgley. Parmi les objectifs des nouvelles mesures législatives, énoncés dans les débats parlementaires et dans des énoncés de politique officiels du gouvernement, citons une meilleure protection des enfants victimes et témoins, une plus grande efficacité dans la poursuite des auteurs d'abus sexuels à l'endroit des enfants, une amélioration du traitement des enfants victimes et témoins, et une meilleure corrélation entre les peines et la gravité de l'infraction.¹⁸

Sans mettre en œuvre en détail toutes les recommandations du Comité Badgley visant à modifier le *Code criminel* et la *Loi sur la preuve au Canada*, le projet de loi C-15 a créé de nouvelles infractions. Ces infractions visent spécifiquement la conduite dans les cas d'abus sexuels à l'endroit d'enfants (contacts sexuels, incitation à des contacts sexuels, exploitation à des fins sexuelles d'une jeune personne âgée de 14 ans au moins mais de moins de 18 ans par des personnes en situation d'autorité ou de confiance, et exhibition des organes génitaux à des fins d'ordre sexuel devant un enfant de moins de quatorze ans).¹⁹ Des modifications ont été apportées à certaines infractions prévoyant un âge minimal du consentement à l'activité sexuelle et aux dispositions ayant trait à

dispositions de la Loi) et un guide juridique à l'intention des travailleurs sociaux et autres (*L'exploitation sexuelle des enfants et la législation canadienne*). Plus de quatre millions d'exemplaires de ces documents ont été distribués.

¹⁷ Le CIPC a été adapté pour qu'il contienne davantage d'informations, y compris des données sur les personnes condamnées pour des infractions d'ordre sexuel, sur les ordonnances d'interdiction rendues contre les auteurs d'infractions d'ordre sexuel et leurs engagements de ne pas troubler l'ordre public, des données sur l'âge et le sexe des enfants victimes d'abus sexuels et des renseignements dactyloscopiques sur les personnes condamnées pour des infractions d'ordre sexuel mixtes à l'endroit d'enfants.

¹⁸ J.P. Hornick et F. Bolitho, note 8, p. 8.

¹⁹ *Code criminel*, articles 151, 152, 153 et paragraphe 173(2) respectivement.

l'aptitude des enfants à témoigner.²⁰ Des mesures ont été adoptées afin d'améliorer le traitement et de faciliter la tâche des enfants plaignants de moins de 18 ans appelés à témoigner devant le tribunal. Elles leur permettent notamment de témoigner en dehors de la salle d'audience ou derrière un écran²¹ et autorisent l'utilisation de leur témoignage sur vidéo dans certains cas.²² L'exigence de la loi concernant la corroboration obligatoire du témoignage non rendu sous serment des jeunes enfants a été abrogée.

Projet de loi C-126 (1993)

Le projet de loi C-126, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, entré en vigueur le 1^{er} août 1993, comportait plusieurs réformes visant à protéger les enfants des risques posés par les délinquants sexuels, ainsi que d'autres changements afin d'améliorer la façon dont sont traités les enfants qui comparaissent à titre de victimes ou de témoins devant les tribunaux.

Des mesures pour mieux protéger les enfants des risques posés par les auteurs d'infractions d'ordre sexuel ont permis aux tribunaux d'interdire aux auteurs d'infraction, qui ont été condamnés, d'avoir des contacts avec des enfants ou de se trouver en certains lieux où des enfants peuvent être présents.²³ L'interdiction peut être à perpétuité ou pour une période plus courte. Une autre disposition de protection autorisait quiconque avait des motifs raisonnables de craindre qu'une infraction sexuelle désignée soit commise à l'encontre d'un enfant ou d'un adolescent de moins de quatorze ans, à demander à un tribunal de contraindre le délinquant éventuel à contracter un engagement de ne pas troubler l'ordre public pour une durée maximale de douze mois.²⁴

Les mesures concernant les enfants témoins comprenaient « l'abrogation » de ce qu'on appelait la règle de *Kendall*, établie par la jurisprudence et selon laquelle les juges, dans tous les cas où un enfant témoignait, même sous la foi du serment, devaient informer

²⁰ Adoptées respectivement comme l'article 150.1 du *Code criminel* et l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

²¹ *Code criminel*, paragraphe 486 (2.1).

²² *Code criminel*, article 715.1.

²³ *Code criminel*, article 161. Avant l'adoption de l'article 161, il y avait des dispositions identiques dans l'article du *Code criminel* sur le vagabondage. Toutefois, cette disposition a ensuite été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 94 C.C.C.(3d) 481, 34 C.R. (4th) 133.

²⁴ *Code criminel*, article 810.1. L'engagement peut être assorti de conditions interdisant à l'auteur potentiel de se livrer à toute activité entraînant des contacts avec des enfants de moins de quatorze ans ou de se trouver dans des lieux où des enfants de moins de quatorze ans sont habituellement présents, comme des parcs publics, des piscines et des terrains d'école.

du danger qu'il y avait à accepter le témoignage non corroboré d'un enfant.²⁵ Des modifications antérieures permettant à l'enfant victime de témoigner derrière un écran ou sur un circuit de télévision fermé visaient à lui éviter l'angoisse de voir l'accusé dans la salle d'audience.²⁶ Toutefois, l'accusé qui se représente lui-même ne peut pas se voir empêcher d'interroger ou de contre-interroger l'enfant. Dans le projet de loi C-126, le tribunal devait nommer un avocat pour représenter l'accusé à la seule fin de mener le contre-interrogatoire de l'enfant victime âgé de moins de quatorze ans lors de l'instruction.²⁷ Le projet de loi permettait aussi au juge, sur demande, d'autoriser une personne de confiance choisie par l'enfant victime ou témoin d'être aux côtés de celui-ci pendant qu'il témoigne, reconnaissant ainsi l'importance de rassurer et de soutenir l'enfant pendant son témoignage, de diminuer la gêne qu'il pourrait éprouver et de faciliter une déposition claire.²⁸

Le projet de loi C-41 (1996)

Le projet de loi C-41, entré en vigueur le 3 septembre 1996, apportait des réformes importantes au régime de détermination de la peine de la partie XXIII du *Code criminel*. Les modifications énoncent directement dans le *Code criminel*, pour la première fois, les objectifs et les principes de la détermination de la peine et imposent, dans certains cas, au tribunal qui détermine la peine de considérer comme une circonstance aggravante le fait que la victime est un enfant. D'autres mesures ont été adoptées par la suite pour la détermination de la peine infligée à l'auteur d'une infraction. (Les dispositions des diverses réformes de la détermination de la peine et du régime correctionnel sont examinées plus en détail dans la suite du présent document.)

²⁵ *R. c. Kendall* (1962), 132 C.C.C. 216 (C.S.C.). Les tribunaux ont continué à donner cet avertissement même après que le projet de loi C-15 eut abrogé l'exigence légale en ce qui concerne les témoignages non rendus sous serment.

²⁶ *Code criminel*, paragraphe 486(2.1).

²⁷ *Code criminel*, paragraphe 486(2.3). Le projet de loi C-79 (1999), *Loi modifiant le Code criminel (victimes d'actes criminels) et une autre loi en conséquence*, ferait passer de quatorze à dix-huit ans l'âge auquel un enfant témoin peut être contre-interrogé par l'accusé lui-même.

²⁸ *Code criminel*, paragraphe 486(1.2). Le paragraphe prévoit que le témoin doit être âgé de moins de quatorze ans *au moment du procès ou de l'enquête préliminaire*. Aux termes du projet de loi C-79 (1999), qui concerne les victimes d'actes criminels, l'âge demeure à quatorze ans mais un témoin qui a une déficience physique ou mentale peut, quel que soit son âge, demander d'être accompagné d'une personne de confiance. Il n'est pas inhabituel qu'un enfant témoin ait atteint l'âge de quatorze ans lors du procès ou de l'enquête préliminaire et ne puisse ainsi être accompagnée d'une personne de confiance. Il serait plus approprié, ont avancé certains, d'exiger que le témoin ait moins de seize ans, à titre d'exemple, lors du procès ou de l'enquête préliminaire, ce, pour s'assurer qu'un retard ne le prive pas de l'appui dont il a besoin.

Projet de loi C-27 (1997)

Les dispositions du projet de loi C-27 sont entrées en vigueur en mai 1997. En plus de prévoir des mesures spécifiques en matière de prostitution juvénile, le projet de loi comportait une disposition imposant au tribunal qui détermine la peine de l'auteur de harcèlement criminel de considérer comme circonstance aggravante la violation d'une ordonnance d'interdiction rendue en vertu de l'article 161 du *Code criminel* ou d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public contracté en vertu de l'article 810 ou de l'article 810.1 (engagement interdisant les contacts avec les enfants). De plus, les articles du *Code criminel* autorisant le témoignage des plaignants enfants âgés de moins de dix-huit ans en dehors de la salle d'audience ou derrière un écran et prévoyant la recevabilité de leur témoignage recueilli sur bande vidéo ont été étendus aux enfants témoins de moins de dix-huit ans.

Tendances devant les tribunaux

À partir de 1990, différentes décisions judiciaires ont décrit la nature de l'abus sexuel à l'endroit des enfants et réexaminé les règles traditionnelles applicables aux dépositions des jeunes enfants.²⁹ Par exemple, les tribunaux ont déclaré :

- qu'ils reconnaissent l'objectif de l'interprétation et de l'adaptation des règles de preuve pour tenir compte des étapes et des besoins de développement des jeunes victimes et témoins;
- que la crédibilité du témoignage des jeunes enfants ne devrait pas être jugée avec les mêmes normes et critères que ceux qui permettent d'apprécier celle des adultes témoins. La crédibilité de tous les témoins doit être évaluée selon les critères correspondant à leur niveau mental, à leur compréhension et à leur aptitude à communiquer;
- qu'il importe avant tout pour les tribunaux de chercher la vérité sur les allégations d'abus sexuels à l'égard d'enfants et qu'à cette fin, les témoignages que les enfants et les jeunes peuvent donner sur le détail des incidents et conduites abusifs devraient être admis;
- que le tribunal commettrait une erreur s'il écartait de façon systématique les témoignages des enfants sur le fondement d'opinions préconçues sur les caractéristiques des jeunes et des enfants ou la qualité de leur témoignage;
- que la fonction de recherche de la vérité par les tribunaux peut être compromise si les règles de preuve et la procédure infligent ou permettent d'infliger encore plus de

²⁹ Voir, par exemple, *R. c. B.(G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; 56 C.C.C. (3d) 200; 77 C.R. (3d) 347; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; *R. c. W.(R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; 74 C.C.C. (3d) 134; 13 C.R. (4th) 257; *R. c. Levogiannis* [1993] 4 R.C.S. 475; -(1993), 25 C.R. (4th) 325; 85 C.C.C. (3d) 327 (C.S.C.); *R. c. L.(D.O.)*, (1993), 25 C.R. (4th) 285 à la page 318; [1993] 4 R.C.S. 419, Madame la juge L'Heureux-Dubé. Voir aussi *Re Khan and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 76 C.C.C. (3d) 10 (C.A.Ont.).

traumatisme aux enfants et aux jeunes personnes, ce qui, par la suite, les empêche de faire un compte rendu complet devant les tribunaux;

- qu'ils approuvent, tant en principe que sur le plan constitutionnel, la création de mécanismes pour rendre la participation au processus pénal moins difficile et traumatisante pour les plaignants enfants et adolescents, et qu'ils reconnaissent que de telles mesures d'aide permettent aux tribunaux de faciliter la présentation des témoignages et la recherche de la vérité;
- que le problème essentiel qui accroît la gravité des infractions actuelles qui criminalisent l'abus sexuel à l'égard des enfants tient à l'abus des relations où l'une des parties peut manipuler à son avantage le déséquilibre de pouvoir lorsque l'autre est plus faible et plus vulnérable.

DOMAINES À ENVISAGER

I. CRÉER D'AUTRES INFRACTIONS CRIMINELLES VISANT SPÉCIFIQUEMENT LA PROTECTION DES ENFANTS

Le droit peut procéder de diverses façons pour protéger les enfants contre toute exploitation des adultes et améliorer leur sécurité. La première ligne de protection demeure les lois provinciales sur la protection de l'enfance. Toutefois, dans le cas des formes extrêmes de comportement qui causent un préjudice grave, voire la mort de l'enfant, le droit pénal doit jouer un rôle d'appui et de complément aux lois provinciales sur la protection de l'enfance en ciblant et en dissuadant les types de comportements et de préjudices qui posent le plus grand risque pour les enfants. En 1988, en réponse aux recommandations du Comité Badgley,³⁰ de nouvelles infractions ont été créées visant particulièrement l'abus sexuel à l'égard des enfants. Cette partie de l'étude a permis de rassembler les préoccupations et les propositions pour déterminer s'il existe d'autres types extrêmes de comportements ou de préjudices auxquels les enfants sont particulièrement vulnérables et qui ne sont pas correctement traités par le droit pénal actuel. Si tel est le cas, il faudrait envisager de créer de nouvelles infractions ou de redéfinir les éléments des infractions actuelles afin d'améliorer la protection des enfants.

A. Contexte

Les types extrêmes de comportements ou de préjudices auxquels les enfants sont particulièrement vulnérables et contre lesquels le droit pénal actuel peut ne pas fournir une protection adéquate sont notamment le préjudice affectif et psychologique grave, la négligence « non violente » et l'homicide « involontaire ». Il faut aussi se demander si la création d'un nouveau crime de défaut de signaler des crimes possibles à l'endroit d'enfants servirait à améliorer leur sécurité.

Le droit pénal a toujours eu pour objectif de réprimer les conduites extrêmes causant des préjudices physiques. Cela reflète en partie le fait que le préjudice physique est plus facile à prouver et que les effets du préjudice affectif et psychologique ne sont pas très bien compris. Or, on se rend compte et on se préoccupe de plus en plus de l'incidence à long terme du préjudice affectif et psychologique grave causé aux enfants. Une enquête nationale portant sur l'expérience de 7 000 enfants et adolescents victimes d'agression sexuelle a montré qu'une plus grande proportion souffrait d'un préjudice affectif que de blessures physiques.³¹ Tous les paliers de gouvernement et les tribunaux reconnaissent de plus en plus l'importance du grave préjudice affectif et psychologique causé aux enfants par toutes les formes d'abus et cherchent des moyens de les en

³⁰ Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *op. cit.*, note 4.

³¹ *Ibid.*, Vol. 1, p. 213.

protéger.³² En 1995, l'Ontario a promulgué une Déclaration des droits de la victime qui, pour que la victime puisse demander un dédommagement à l'auteur de l'infraction, reconnaît que les victimes des agressions familiales et sexuelles sont présumées avoir subi des troubles affectifs.³³ Pratiquement toutes les lois provinciales sur la protection de l'enfance reconnaissent maintenant que le préjudice affectif causé par l'abus peut servir de fondement à une réclamation devant les tribunaux.³⁴ Un examen législatif récent effectué à la demande de la province de l'Ontario a recommandé que le critère du préjudice affectif s'attache au comportement des personnes qui prodiguent les soins, et que le préjudice affectif puisse être établi lorsqu'un parent manifeste l'habitude de rejeter, d'humilier, de menacer ou d'accuser un enfant.³⁵

La même commission d'examen a conclu que la négligence et le risque de négligence devraient être inclus de façon explicite dans la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario parmi les motifs qui permettent de déclarer qu'un enfant a besoin de protection. La commission a également conclu que la négligence devrait être définie comme un défaut de fournir à l'enfant, de façon adéquate, les choses nécessaires que sont une maison, une alimentation, une éducation, des soins médicaux, de la surveillance, de l'affection, ainsi que des stimulations et du soutien affectifs.³⁶ Cette recommandation reflète le fait que l'on reconnaît de plus en plus que les enfants peuvent souffrir d'un grave préjudice, non seulement à cause de l'abus physique, mais aussi en raison d'une négligence « non violente ». On a pu s'inquiéter du fait que le droit pénal n'appuie pas adéquatement les initiatives provinciales dans ce domaine.

Mentionnons parmi les cas les plus tragiques dont la justice a été saisie les cas où il y a eu mort d'enfant. Statistique Canada a signalé qu'entre 1974 et 1996, il y a eu en moyenne chaque année 87 victimes d'homicide âgées de moins de 18 ans, pour un total de 1 994 pendant la période. Cinquante huit pour cent de ces homicides ont été commis par des membres de la famille, et 78 pour 100 de ceux-ci ont été commis par un parent.³⁷ Il y a eu 1 164 homicides d'enfants âgés de moins de douze ans. Des antécédents de violence familiale contre la victime et de la part de l'accusé ont constitué un facteur dans un quart des cas d'homicide d'enfants liés à la famille de 1991 à 1996. Dans la plupart

³² *R. c. Berard*, (1994) CCL 11034 (C.A. Alta.); *R. v. B.(A.)* (1997), 33 O.R. (3d) 321 (C.A.); *R. c. N.(W.L.)* (1993), 21 W.C.B. (2d) 22 (C.A.Alb.). Voir aussi *R. c. Ireland and R. c. Burstow*, [1998] A.C. 147 (C.L.), jugeant que le dommage corporel incluait le dommage mental.

³³ J. Rusk, « New set of rights for victims introduced », *Toronto Globe and Mail*, 24 novembre 1995, p. A6A.

³⁴ Centre canadien de la statistique juridique, Juristat, *Assaults Against Children and Youth in the Family*, 1996, Catalogue de Statistique Canada numéro 85-002 XPE, vol. 17, page 3.

³⁵ Rapport du Groupe d'experts sur la protection de l'enfance (mars 1998), *Protecting Vulnerable Children* (Ontario, ministère des Services communautaires et sociaux).

³⁶ *Ibid.*, p. 19.

³⁷ Juristat, *Assaults Against Children and Youth in the Family*, précité, note 34, p. 9.

des cas, les homicides sur des victimes de moins de deux ans avaient été précédés de ce type d'abus.

Ces statistiques illustrent l'importance de signaler en temps opportun les actes d'abus à l'égard des enfants ou le risque d'abus, ainsi que l'importance d'une intervention efficace. La recherche montre que bon nombre de cas d'abus à l'égard des enfants ne sont jamais signalés aux autorités compétentes, ou que l'information donnée n'est pas toujours partagée avec les différents organismes d'enquête de façon opportune ou utile. Le défaut de signaler l'abus envers les enfants peut être imputable à la crainte ou à la coercition par les auteurs d'infractions ou à la honte, qui incite les membres de la famille conscients de l'abus à ne pas le signaler.³⁸ Mais on s'est aussi inquiété de ce que l'omission de signaler soit attribuable à l'absence de sanctions efficaces pour ceux qui ne signalent pas les abus. Dans certains cas, la confusion au sujet des exigences de la confidentialité peut empêcher divers professionnels de dénoncer, lorsqu'ils les constatent, les situations qui peuvent être dangereuses pour un enfant dans une maison.

La question du signalement des abus dans le contexte de la législation sur la protection de l'enfance a été traitée dans un examen récent de la législation en Ontario. Le comité d'examen a recommandé que tous les citoyens, et non seulement les professionnels, soient tenus, sous peine de sanction, de signaler aux services d'aide à l'enfance tout cas d'abus ou de négligence à l'égard d'enfants.³⁹

B. Réformes possibles pour traiter les risques et définir les infractions

L'une des options proposées pour mieux protéger les enfants consisterait à utiliser le droit pénal afin de mieux appuyer les initiatives provinciales dans ce domaine en définissant de nouvelles infractions ou en améliorant le domaine d'application des infractions actuelles de façon à viser plus directement et plus clairement les actes précis et les dangers que nos enfants doivent affronter, comme on l'a fait avec les réformes du projet de loi C-15 qui portait sur le comportement sexuel abusif. Il faudrait cerner toutes les formes extrêmes de comportement, de préjudice ou d'abus qui mettent les enfants en danger et dont devrait traiter, mais ne traite pas adéquatement, le droit pénal. Cela fait, il faudrait déterminer si les enfants peuvent être mieux protégés par la création de nouvelles infractions ciblant de façon spécifique le comportement en cause, par une nouvelle définition des infractions existantes, ou une meilleure façon de les appliquer, ou par de nouvelles règles de preuve pour faciliter la preuve des éléments des infractions.

Les résultats d'une recherche récente montrent un exemple de conduite que des infractions spéciales pourraient régler. Par exemple, signalons la disparité entre la conduite des auteurs d'infractions portée à l'attention du système de justice pénale et

³⁸ Le Comité Badgley a déclaré qu'environ la moitié des mères qui constatent une situation d'abus ne le signale à personne, *op. cit.*, note 4.

³⁹ *Op. cit.*, note 35.

poursuivie par lui, et celle de personnes qui peuvent effectivement poser le plus grand danger pour les enfants. Une étude a montré que, selon les registres d'un service d'aide aux victimes d'agression sexuelle, soixante-dix-sept pour cent des cas d'agressions sexuelles contre des enfants étaient le fait de membres de la famille dans la maison, et qu'en général, il n'y a pas d'abus physique. Toutefois, les cas qui ont donné lieu à des poursuites portaient de façon disproportionnée sur des agressions sexuelles commises par des étrangers et des personnes connues, comme des amis de la famille et des gardiens; ces agressions avaient été commises ailleurs qu'à la maison, et on signalait surtout l'abus physique et la résistance opposée par l'enfant. Les chercheurs ont conclu que les doctrines juridiques actuelles servent à excuser ou à minimiser la conduite et les risques auxquels les enfants sont confrontés, en insistant de façon inopportune sur le préjudice physique, le danger et la faute.⁴⁰ On s'est aussi inquiété du fait que des peines moins sévères sont infligées lorsque l'auteur de l'infraction est lié plus étroitement à l'enfant, alors que les abus les plus graves peuvent être attribués aux membres de la famille proche. On a aussi signalé que, parce que l'infraction à l'encontre de l'enfant commise au domicile peut comporter, outre l'infraction elle-même, un grave abus de confiance, elle peut entraîner pour l'enfant un préjudice encore plus grave.

1. Abus physique criminel à l'égard d'un enfant

On pourrait créer une infraction spécifique ciblant l'abus physique grave à l'égard d'un enfant, par exemple le comportement qui entraîne un handicap physique pouvant être permanent. À première vue, la création d'une telle infraction semblerait inutile compte tenu des autres infractions, comme les voies de fait, que prévoit déjà le *Code criminel*. Toutefois, avec l'adoption d'une telle disposition, le droit pénal pourrait définir et traiter de façon plus spécifique les cas extrêmes de comportement et de préjudice, et prévoir des peines d'une sévérité appropriée qui aideraient à protéger les enfants contre ceux qui pourraient récidiver. De nombreux États aux États-Unis ont adopté cette approche en ce qui concerne l'abus grave à l'égard des enfants, même s'ils ont des lois d'application générale qui interdisent tous les comportements en cause ou une partie de ceux-ci.

Les différentes lois américaines qui portent sur l'abus physique à l'égard des enfants reflètent la vaste gamme de questions et d'éléments qui pourraient être envisagés. Bon nombre d'États ont précisé différents niveaux d'infraction selon la gravité du préjudice infligé. Dans certains cas, la gravité de l'infraction varie selon la différence d'âge entre la personne qui commet l'infraction et l'enfant. Par exemple, en Caroline du Nord, les infractions perpétrées contre un enfant de treize, quatorze ou quinze ans sont traitées de façon plus rigoureuse si l'auteur de l'infraction a plus de six ans de plus que l'enfant.

⁴⁰ K.E. Renner, C. Alksnis, L. Park, « The Standard of Social Justice as a Research Process » (1997) 38 *Psychologie canadienne*, n° 2 (pages 7 et 8 de l'exemplaire anticipé de l'article).

Certaines lois traitent spécifiquement du défaut, pour un parent ou un gardien, de protéger l'enfant contre tout abus physique infligée par autrui. Dans l'État de l'Utah, tout parent qui permet sciemment à une autre personne d'infliger des blessures à un enfant commet une infraction. On suppose que le parent pourrait s'acquitter de sa responsabilité dans tel cas en signalant les faits aux autorités compétentes en temps opportun.

2. Négligence criminelle à l'égard d'un enfant

Tous les ans au Canada, il y a de nombreux cas très médiatisés où la négligence commise par un membre de la famille ou un gardien cause un préjudice grave à l'enfant ou même sa mort. On s'est inquiété de ce que certains tribunaux sont moins susceptibles de traiter les cas de négligence extrême avec autant de sérieux que s'il s'agissait d'abus physique à l'égard d'un enfant.⁴¹ Il faut dans ces cas se demander s'il est nécessaire de réévaluer le caractère adéquat du droit pénal lorsqu'il traite de la négligence qui cause un préjudice grave aux enfants ou qui les expose à un risque de préjudice grave.

La plupart des formes de négligence continueront à être convenablement traitées en vertu du droit provincial, et certaines formes de négligence peuvent justifier des accusations de négligence criminelle ou d'homicide involontaire coupable. Mais une infraction qui porte de façon précise sur la négligence grave ou criminelle à l'encontre d'un enfant pourrait plus facilement confronter les risques auxquels sont exposés les enfants et signalerait clairement qu'une négligence « non violente » peut, dans certaines situations, être aussi grave que l'abus physique. Une telle infraction pourrait aussi compléter les initiatives provinciales de protection de l'enfance (comme celles déjà abordées en ce qui concerne l'Ontario) visant à faire de la négligence et du risque de négligence des motifs permettant de déclarer que l'enfant a besoin de protection. On pourrait façonner une nouvelle infraction de négligence criminelle sur le modèle de l'infraction actuelle qui consiste à ne pas fournir les choses nécessaires à l'existence au sens de l'article 215 du *Code criminel*. L'article 215 définit l'obligation de toute personne, en qualité de « père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille », de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de 16 ans, et prévoit que telle personne commet une infraction si elle omet, sans excuse légitime, de remplir cette obligation. La peine maximale pour une omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (deux ans d'emprisonnement, même dans les cas où l'enfant subit un préjudice grave) a été critiquée comme étant inadéquate. Une nouvelle infraction spécifique de négligence à l'encontre d'un enfant pourrait être assortie d'une peine maximale plus sévère.

Aux États-Unis, bon nombre d'États ont créé des infractions de négligence criminelle à l'encontre d'enfants, que l'on appelle souvent « l'atteinte au bien-être d'un mineur ». Ces lois traitent souvent de questions semblables à celles qui sont visées à l'article 215 du *Code criminel* du Canada. Elles apportent parfois des précisions sur la

⁴¹ « Crowd enraged by sentence in N.B. child's death », *Toronto Globe and Mail*, 18 décembre 1997, p. A6.

conduite interdite visée. Par exemple, en Arkansas, une partie de l'article pertinent porte sur « l'omission par insouciance » du père ou de la mère, du tuteur ou de la personne légalement chargée de la garde de l'enfant, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher le mauvais traitement d'un enfant âgé de moins de onze ans.⁴² D'autres lois visent le cas d'un gardien qui met un enfant dans une situation dangereuse pour son intégrité physique ou sa santé.⁴³

3. Abus psychologique criminel à l'égard d'un enfant

Les études ont montré que les préjudices infligés aux enfants qui sont les plus graves et les plus longs à disparaître et qui découlent de l'abus sexuel peuvent comporter des préjudices plus psychologiques que physiques, plus faciles à constater.⁴⁴ Selon des enquêtes et des rapports d'enquête, il ne suffit pas que le droit pénal actuel mette l'accent sur le préjudice physique, et il faudrait que le droit pénal reconnaisse plus efficacement le préjudice affectif ou psychologique grave. Il faudrait envisager de définir dans le *Code criminel* une infraction distincte qui interdise l'abus psychologique grave ou le fait de causer un préjudice affectif ou psychologique grave à un enfant. De plus, et à titre subsidiaire, il faudrait envisager d'inclure le fait de causer un préjudice affectif ou psychologique grave à un enfant dans la définition des infractions actuelles ou de toute nouvelle infraction créée pour contrer l'abus physique criminel ou la négligence criminelle.

Bon nombre de lois pénales aux États-Unis portent précisément sur le fait d'infliger un préjudice affectif en définissant l'abus comme causant un préjudice mental ou affectif à un enfant ou plaçant l'enfant dans une situation qui met en danger sa santé mentale ou affective.⁴⁵ Dans certains États, l'abus psychologique constitue une infraction distincte tandis que dans d'autres, elle est intégrée dans la définition générale de l'abus.

⁴² Ark. Code Ann. #5-27-221 (Michie 1993).

⁴³ Par exemple, dans l'État du Wisconsin, une personne responsable du bien-être d'un enfant est coupable d'un « felony » (une infraction plus grave) si elle a connaissance du fait qu'une autre personne a l'intention de causer, cause ou, volontairement ou par insouciance, a causé des lésions corporelles à l'enfant, si elle est physiquement et émotionnellement capable de prendre une mesure pour prévenir et empêcher que des blessures physiques ne se reproduisent, si elle omet de prendre les mesures utiles et si cette omission d'agir expose l'enfant à un risque déraisonnable de lésions corporelles infligées par l'autre personne ou facilite l'infliction de ces lésions corporelles par l'autre personne : Wis. Stat. Ann #948.03 (West 1996).

⁴⁴ Voir K.E. Renner, C. Alksnis, L. Park, précité, note 40, p. 7 à 10.

⁴⁵ Par exemple, en Arizona, l'abus est défini comme le fait d'infliger, d'autoriser ou de permettre que soit causé un « préjudice affectif grave, attesté par une grande angoisse, une dépression, un repli sur soi ou un comportement agressif, lorsque ce préjudice affectif est diagnostiqué par un médecin ou un psychologue et qu'il est causé par les actes ou omissions d'une personne qui a le soin, la garde ou le contrôle d'un enfant » : Ariz. Rev. Stat. Ann # 8-0546(A) (West Supp. 1996).

Même si le droit pénal traitait de façon plus complète l'abus grave sur le plan affectif ou psychologique à l'endroit des enfants, des problèmes de preuve ne seraient pas réglés pour autant. Dans la plupart des cas, les tribunaux exigent des éléments de preuve spécifiques du fait que la victime a subi le préjudice allégué. Le préjudice affectif est souvent difficile à prouver car ce n'est souvent que bien longtemps après le fait générateur du préjudice que ses effets se manifestent dans toute leur ampleur. De même, il est souvent difficile pour un enfant d'exprimer ce préjudice. La preuve que le préjudice affectif est causé par un acte en particulier peut aussi être compliquée et exiger le témoignage de psychologues ou de psychiatres. Par ailleurs, il peut y avoir des cas où le préjudice affectif et ses causes sont virtuellement évidents. Certains tribunaux canadiens acceptent de présumer qu'une agression sexuelle et certaines formes d'abus à l'égard d'un enfant causent un préjudice affectif, en particulier lorsque l'existence d'un contexte d'abus continu ou à long terme est constatée.⁴⁶ La Cour suprême du Canada a conclu que le préjudice affectif peut être un élément de l'infraction d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, mais qu'il incombe à la poursuite d'en faire la preuve.⁴⁷

Compte tenu des difficultés que pose la démonstration du préjudice affectif ou psychologique causé aux jeunes victimes d'abus, on pourrait aussi envisager de faciliter la preuve du préjudice en énonçant le type d'éléments de preuve qui indiqueraient la présence d'un préjudice affectif, en employant des définitions axées sur la conduite de l'auteur de l'abus⁴⁸ ou, en plus de tout élément de preuve du préjudice réel qui peut être produit, en établissant des présomptions légales que certains types de comportement entraînent un préjudice affectif. Certains modèles pourraient être informatifs. Par exemple, au Nevada, le préjudice affectif est défini comme étant « le préjudice à la capacité intellectuelle ou psychologique ou à l'état affectif d'un enfant qu'atteste un handicap observable et substantiel de son aptitude à fonctionner et à se comporter normalement⁴⁹ ». En Floride, l'abus à l'égard des enfants est définie comme étant « a) le fait d'infliger de façon délibérée des blessures physiques ou mentales à un enfant ; b) un acte délibéré qui peut raisonnablement causer une blessure physique ou mentale à un enfant ; ou c) le fait d'encourager activement une personne à commettre un acte qui cause ou pourrait raisonnablement causer une blessure physique ou mentale à un enfant » [nous soulignons]. La loi de la Floride précise que commet une infraction quiconque, sciemment ou de propos délibéré, pose un acte d'abus à l'égard d'un enfant, même si l'acte ne cause pas à l'enfant un grand préjudice corporel, une invalidité permanente ou un défigurement permanent.⁵⁰

⁴⁶ Voir la jurisprudence susmentionnée, note 32.

⁴⁷ *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948.

⁴⁸ Pour un exemple dans un contexte autre que le droit pénal, voir le Rapport du groupe d'experts sur la protection de l'enfance, *op. cit.*, note 35, p. 20.

⁴⁹ Nev. Rev. Stat. #432B.070 (1995).

⁵⁰ Fla. Stat. Ann. #827.03 (West Supp., 1997).

4. Homicide d'enfant

Le meurtre et l'homicide involontaire coupable sont deux formes d'homicide. (Une autre est l'infanticide, qui est abordée ci-après.) Dans le cas du meurtre, il faut qu'il y ait intention spécifique de causer la mort, ce qui est souvent difficile à prouver et, dans le cas de l'homicide involontaire coupable, il ne le faut pas. Récemment, un jury d'enquête du coroner a recommandé l'adoption d'une infraction d'homicide d'enfant qui ne nécessiterait pas l'intention spécifique de causer la mort, soit une forme d'homicide involontaire coupable visant particulièrement les enfants. Cette recommandation laissait entendre qu'une telle infraction pourrait entraîner une augmentation du nombre de déclarations de culpabilité et des peines plus sévères que ne le font les types existants d'homicide involontaire coupable.⁵¹

Les lois spéciales sur l'homicide d'enfant aux États-Unis précisent que, lorsque l'enfant décède en conséquence d'un acte d'abus, les poursuivants n'ont qu'à établir que l'auteur de l'infraction a agressé physiquement l'enfant et que l'agression a causé sa mort.⁵² D'autres lois américaines sur l'homicide d'enfant exigent la preuve d'une certaine forme d'insouciance, de négligence grave ou d'indifférence extrême à la vie humaine.

La possibilité de créer des infractions d'abus physique criminel ou de négligence criminelle à l'égard d'un enfant a déjà été évoquée. Dans les cas d'abus ou de négligence, si les actes commis entraînaient la mort, une accusation d'homicide d'enfant pourrait être portée. Que la création d'une infraction d'homicide visant particulièrement les enfants occasionne ou non une augmentation du nombre de condamnations ou des peines plus sévères, cela permettrait de faire ressortir la réprobation de la société à l'égard de l'abus ou de la négligence qui cause la mort d'un enfant.

Le jury du coroner qui a recommandé la création d'une infraction d'homicide d'enfant est allé plus loin et a aussi proposé l'élimination de l'infraction d'infanticide, qui vise spécifiquement les enfants. La création de l'infraction d'infanticide en Angleterre et son adoption en conséquence au Canada, en Australie et dans d'autres pays du Commonwealth (cette infraction n'existe pas aux États-Unis) est le fruit d'efforts soutenus de la part des juges et des réformateurs du droit qui souhaitaient qu'une femme qui aurait tué son enfant nouveau-né âgé de moins d'un an, alors que son jugement était perturbé en conséquence de l'accouchement, ne soit pas accusée de meurtre. L'infraction (et la peine maximale moindre de cinq ans d'emprisonnement) vise à prendre en considération les conséquences des changements physiologiques causés par l'accouchement, et l'on insiste sur la nécessité d'un traitement ininterrompu pour les

⁵¹ Dans ces cas, la prévisibilité du décès n'est pas requise. Voir *R. c. Creighton* [1993] 3 R.C.S. 3 ; 83 C.C.C. (3d) 346 C.S.C., p. 371-372, arrêt de Madame la juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité. Il en serait de même advenant la création d'une infraction d'homicide d'enfant.

⁵² National Center for Prosecution of Child Abuse, « Legislation Regarding Child Homicide » (31 décembre 1996).

quelques femmes qui répondent aux conditions spéciales qui justifient une accusation relative à cette infraction plutôt qu'une accusation de meurtre. L'article 672.11 du *Code criminel* prévoit l'évaluation de l'état mental de l'accusée qui, si elle ne répond pas aux conditions spéciales de l'infraction, peut être accusée de meurtre.

L'infanticide est une infraction d'homicide d'enfant qui prend aussi en considération l'état mental et psychologique unique de la mère. C'est pourquoi, même si on créait une infraction plus générale d'homicide d'enfant, il pourrait toujours être nécessaire de reconnaître les circonstances spéciales de l'infanticide dans une infraction distincte. Parallèlement, il est important de mener, dans chaque cas, une enquête minutieuse pour déterminer s'il convient de porter une accusation d'infanticide.⁵³ Cette enquête pourrait être accompagnée d'une étude de cas véritables effectuée en collaboration par ceux qui sont chargés de mener des enquêtes et des examens dans le cas de décès d'enfants.

5. Omission de signaler les crimes d'abus ou de négligence commis à l'égard d'un enfant

Le signalement rapide aux autorités provinciales compétentes des cas de mauvais traitements constitue un élément essentiel de la protection des enfants. Dans la plupart des provinces, des dispositions légales exigent que les cas d'abus à l'égard d'enfants soient signalés aux services de protection de l'enfance ou, dans quelques cas, aux services de police. Dans certains cas, aucune peine n'est prévue si les personnes qui ne sont pas des professionnels omettent de signaler ces cas.

Toutefois, à l'heure actuelle, le *Code criminel* n'exige pas que l'on signale les cas d'infractions criminelles possibles à l'égard d'enfants, par exemple la mort suspecte d'un enfant. Malgré cela, un nombre considérable de tels incidents sont signalés directement à la police par des membres du public et par des spécialistes qui interviennent auprès des enfants.⁵⁴

Dans la plupart des provinces, des protocoles exigent des services de protection de l'enfance qu'ils informent la police si on leur signale des crimes possibles. Toutefois, l'on s'inquiète de la possibilité que dans certains cas, par exemple si le contrevenant a quitté le domicile ou si les parents ont convenu de coopérer dans le cadre d'une thérapie, les infractions criminelles ne soient pas signalées à la police.⁵⁵ À l'inverse, la police peut

⁵³ La meilleure pratique de mise en accusation est abordée dans l'ouvrage des auteurs E.A. Tollefson, c.r., et B. Starkman, *Mental Disorder in Criminal Proceedings*, Carswell, Toronto (1993), p. 45.

⁵⁴ Rapport au Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *op. cit.*, note 4, vol. 1, p. 195; *The Legal Response to the Sexual Abuse of Children*, document de travail préparé pour le Metropolitan [Toronto] Chairman's Special Committee on Child Abuse, Toronto, octobre 1982, p. 23.

⁵⁵ Metropolitan [Toronto] Chairman's Special Committee on Child Abuse, *ibid.*

hésiter à donner suite aux plaintes lorsque la famille en cause est déjà sous la surveillance des autorités de protection de l'enfance. Tous les niveaux de gouvernement ont signalé l'importance de préciser les responsabilités et de renforcer les protocoles de coopération entre les services de protection de l'enfance et les intervenants de la justice pénale.

On a déclaré que les enfants seraient mieux protégés si l'omission de signaler ces infractions à la police était un acte criminel. De tels signalements pourraient être exigés en plus de l'obligation actuelle de signaler ces incidents aux services de protection de l'enfance. Une disposition pourrait prévoir que toute personne qui a des motifs raisonnables de croire qu'un crime comportant d'abus ou une négligence à l'égard d'un enfant s'est produit ou est sur le point de se produire doit le signaler à la police. D'autres options pourraient consister à limiter l'obligation de signaler aux cas mettant en cause des victimes âgées de moins d'un certain âge, ou aux cas d'infractions spécifiques au *Code criminel*.

En criminalisant l'omission de signaler les actes d'abus à l'égard des enfants, et en clarifiant dans quelles circonstances ces actes doivent être signalés, on pourrait ainsi faire disparaître le doute et la confusion pour les spécialistes et les autres personnes. De même, les intervenants de la justice pénale seraient mieux en mesure d'examiner les véritables risques auxquels les enfants sont exposés, et l'on pourrait faire ressortir les cas qui pourraient autrement rester cachés ou passer inaperçus. Une obligation de signaler pourrait jouer un rôle important dans la prévention du crime; elle pourrait faciliter l'identification rapide des crimes comportant des actes d'abus et de négligence à l'égard d'enfants ainsi que les enquêtes et les poursuites relatives à ces crimes, et elle amènerait la création d'un système plus complet de tenue de registres en ce qui concerne ces crimes.

Pour encourager le signalement de ces crimes, les dénonciateurs pourraient jouir d'une immunité à l'égard des poursuites pénales et civiles, à la condition que les signalements ne soient pas faits par malveillance ou sans cause raisonnable. Les soupçons ou les allégations pourraient faire l'objet d'une enquête avant que des mesures ne soient prises.

II. DÉTERMINER LA PEINE DE MANIÈRE À PROTÉGER LES ENFANTS

La création de nouvelles infractions est l'une des méthodes que peut employer le système de justice pénale pour appuyer et renforcer les efforts des provinces pour mieux protéger les enfants et les jeunes. Une autre façon visible et directe consiste, pour le droit pénal, à aider les tribunaux en leur donnant les moyens de condamner le délinquant de manière appropriée et de faire en sorte que, grâce à la collaboration entre les systèmes et les administrations, tout soit fait pour empêcher la récidive, que ce soit à l'encontre de l'enfant qui a été sa victime ou à l'encontre des autres enfants menacés de devenir sa victime. Le fait d'imposer des peines adaptées aux crimes et au comportement des délinquants peut aussi servir à envoyer des messages de réprobation très clairs et peut-être même dissuader les autres potentiels délinquants.

Au cours des dernières années, les lois sur la détermination de la peine ont été modifiées et énoncent maintenant clairement l'objectif et les principes de la détermination de la peine. On a également donné aux tribunaux des options plus nombreuses dans la détermination de la peine afin de traiter de manière plus appropriée les divers cas dont ils sont saisis, qu'il s'agisse de délinquants violents et dangereux ou de délinquants qui ne présentent pas de danger de récidive, ou très peu.

A. Contexte

1. Objectif et principes de la détermination de la peine

Depuis la réforme importante et complète des dispositions législatives sur la détermination de la peine en 1996⁵⁶, l'objectif et les principes de la détermination de la peine au Canada se trouvent maintenant dans la Partie XXIII du *Code criminel*. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

- dénoncer le comportement illégal;
- dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.⁵⁷

Selon le principe fondamental de la détermination de la peine, la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.⁵⁸ Les autres principes mettent l'accent sur la modération dans le recours à l'emprisonnement : le tribunal a l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient,⁵⁹ et il doit examiner toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances.⁶⁰

Les tribunaux doivent aussi tenir compte du principe selon lequel la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant.⁶¹ La loi ne précise pas les circonstances qui

⁵⁶ Projet de loi C-41, entré en vigueur le 3 septembre 1996.

⁵⁷ *Code criminel*, article 718.

⁵⁸ *Code criminel*, article 718.1.

⁵⁹ *Code criminel*, paragraphe 718.2d).

⁶⁰ *Code criminel*, paragraphe 718.2e).

⁶¹ *Code criminel*, paragraphe 718.2a).

devraient toujours être considérées comme atténuantes, mais elle ordonne au tribunal qui détermine la peine de tenir compte de certaines circonstances aggravantes, notamment : que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés, entre autres facteurs, sur l'âge;⁶² que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;⁶³ que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard.⁶⁴

2. Condamnation à l'emprisonnement avec sursis

La condamnation à l'emprisonnement avec sursis est une peine qui permet aux délinquants, dans certaines circonstances, de purger leur peine dans la collectivité. Le fondement de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis figure au paragraphe 742.1 du *Code criminel* :

- la condamnation à l'égard d'une infraction non punissable par une peine minimale d'emprisonnement;
- l'imposition d'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;
- la conviction du tribunal qui détermine la peine que le fait de purger la peine dans la collectivité ne mettra pas en danger la sécurité de la collectivité.

Le paragraphe 742.3 du *Code criminel* précise les conditions obligatoires et facultatives liées à la détermination d'une peine d'emprisonnement avec sursis. Les conditions obligatoires comprennent l'obligation pour le délinquant de se présenter à l'agent de surveillance et de l'informer du lieu où il se trouve et de ses déplacements. Les conditions facultatives peuvent interdire la consommation d'alcool ou de drogues ou la possession d'armes, obliger le délinquant à prendre soin des personnes à sa charge et à subvenir à leurs besoins, à accomplir des travaux communautaires ou à accepter de suivre un programme de traitement approuvé par la province; ou encore à observer d'autres conditions raisonnables que le tribunal estime souhaitables, « pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions ».

Les conditions fixées par le tribunal qui détermine la peine en vertu du paragraphe 742.3 prennent fin en même temps que la période de sursis, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas être appliquées pendant plus de deux ans moins un jour. Toutefois, lorsqu'un tribunal impose une condamnation à l'emprisonnement avec sursis, il peut ordonner au délinquant de respecter les conditions établies dans une ordonnance de probation à la fin de la période de sursis.⁶⁵ La durée d'application maximale d'une ordonnance de probation est de trois ans.⁶⁶ Une ordonnance de probation peut aussi présenter des conditions, dont

⁶² *Code criminel*, alinéa 718.2a)(i).

⁶³ *Code criminel*, alinéa 718.2a)(ii).

⁶⁴ *Code criminel*, alinéa 718.2a)(iii).

⁶⁵ *Code criminel*, alinéas 731(1)b); et 732.2(1)c).

⁶⁶ *Code criminel*, alinéa 732.2(2)b).

l'objet est « [d'] assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant ». ⁶⁷ L'une des conditions d'une ordonnance de probation peut être l'obligation de participer activement à un programme de traitement approuvé par la province, mais l'expérience ayant démontré qu'en général, le traitement n'est efficace que si la personne souhaite changer, la condition ne peut être imposée que si le délinquant y consent et que le directeur du programme l'accepte. Ainsi, si un tribunal inflige une condamnation à l'emprisonnement avec sursis à un délinquant qui peut purger sa peine dans la collectivité, ce dernier peut exiger certaines formes de surveillance et de traitement pour une durée allant jusqu'à cinq ans à compter de la date d'imposition de la peine.

Du fait des différentes interprétations judiciaires de certains aspects de la nouvelle loi sur la détermination de la peine, une modification, entrée en vigueur le 2 mai 1997, exige qu'une décision d'infliger une condamnation à l'emprisonnement avec sursis soit cohérente avec l'objectif fondamental et les principes de la détermination de la peine énoncés aux articles 718 à 718.2 du *Code criminel*. ⁶⁸

3. Ordonnances d'interdiction

Aux termes de l'article 161 du *Code criminel*, un tribunal peut rendre une ordonnance distincte pour interdire à un délinquant déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant âgé de moins de quatorze ans de se trouver en contact avec des enfants ou d'occuper un emploi qui le placerait en position de confiance ou d'autorité vis-à-vis d'enfants. L'ordonnance d'interdiction peut être perpétuelle.

4. Pouvoir judiciaire d'augmentation du temps d'épreuve pour la libération conditionnelle

Bien qu'elles aient été complètes, les réformes de 1996 sur la détermination de la peine introduites par le projet de loi C-41 ont été réalisées dans le cadre de réformes précédentes ayant une incidence sur le traitement des délinquants après leur condamnation pour certaines infractions poursuivies par voie de mise en accusation. L'article 120 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* établit les périodes normales d'admissibilité à la libération conditionnelle qui, dans la plupart des cas, correspondent au moindre du tiers de la peine ou de sept ans. Les réformes précédentes, qui ont promulgué ce qui était alors le paragraphe 741.2 du *Code criminel*, permettaient au tribunal qui impose une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus, pour certaines infractions désignées (y compris l'agression sexuelle et les infractions sexuelles à l'encontre des enfants) poursuivies par voie de mise en accusation, d'ordonner que le délinquant purge, avant d'être admissible à la libération conditionnelle

⁶⁷ *Code criminel*, alinéa 732.1(3)h).

⁶⁸ Projet de loi C-95; L.C. 1997, ch. 18, article 107.1. La Cour suprême du Canada a depuis autorisé l'appel dans six affaires qui soulèvent des questions quant à l'interprétation qu'il faut donner aux dispositions sur la condamnation avec sursis.

totale, le moindre de la moitié de sa peine ou dix ans. Le tribunal peut rendre une ordonnance d'augmentation du temps d'épreuve s'il est convaincu que la réprobation de la société à l'égard de l'infraction commise ou l'objectif de la dissuasion générale ou spécifique l'exige. Dans le projet de loi C-41, il est précisé que « les principes suprêmes qui doivent guider le tribunal dans l'application du présent article sont la réprobation de la société et l'effet dissuasif, la réadaptation du délinquant étant, dans tous les cas, subordonnée à ces principes suprêmes ».⁶⁹

5. Pouvoir des autorités correctionnelles de retarder la libération

La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* a aussi été modifiée en profondeur en même temps que l'on modifiait le *Code criminel* pour permettre aux tribunaux de retarder la libération conditionnelle.⁷⁰ L'une des nouvelles dispositions permettait de retarder la libération conditionnelle et de maintenir en incarcération, jusqu'à la fin de sa peine, un délinquant condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus à l'égard de certaines infractions désignées, y compris les infractions sexuelles à l'égard des enfants, si le délinquant a été condamné pour une infraction ayant causé la mort d'une personne ou un « dommage grave » à celle-ci, et s'il existe des motifs raisonnables de croire que le délinquant est susceptible de commettre une infraction semblable avant la fin de la peine.⁷¹ L'expression « dommage grave » s'entend d'un « dommage corporel ou moral grave ».⁷²

En 1995, d'autres modifications ont été adoptées pour répondre à des préoccupations liées à la difficulté qu'il y a à appliquer la définition de « dommage grave » dans les cas mettant en cause des enfants.⁷³ Dans un communiqué de presse publié lors de la proclamation de cette modification, le ministre du Solliciteur général a déclaré que, bien que le gouvernement reconnaisse que « toutes les infractions sexuelles sont graves »,

Selon l'expérience, contrairement aux cas dans lesquels les victimes sont adultes, il a souvent été difficile de prouver le dommage grave lorsque la victime enfant devait fournir la preuve, car cette dernière ne pouvait exprimer l'incidence de cette expérience. De plus, des recherches ont démontré qu'il est possible que l'incidence d'un tel crime sur un enfant ne soit visible que plusieurs années plus tard. Cette modification représente bien le souhait du gouvernement d'augmenter

⁶⁹ Maintenant à l'article 743.6 du *Code criminel*.

⁷⁰ Projet de loi C-45, *Loi régissant le système correctionnel, la mise en liberté sous condition et le maintien en incarcération, et portant création du bureau de l'enquêteur correctionnel*, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1992.

⁷¹ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, paragraphe 129(1).

⁷² *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, article 99.

⁷³ Projet de loi C-45, entré en vigueur le 15 décembre 1995.

la protection des enfants et elle répond au rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur le dommage grave, publié en février 1993. Selon le nouveau mécanisme, il suffit seulement d'établir que l'infraction [commise par un délinquant sexuel à l'égard d'un enfant] a été commise et qu'il est possible que le délinquant agresse d'autres enfants une fois libéré.

Par l'effet de cette modification, il n'est plus nécessaire de prouver le « dommage grave » qui a été causé par l'infraction commise et par celle qui pourrait être commise si le contrevenant était libéré. Le maintien en incarcération peut être ordonné simplement si la Commission nationale des libérations conditionnelles est convaincue que le délinquant est susceptible de commettre à l'égard d'un enfant, avant l'expiration de sa peine, une infraction d'ordre sexuel prévue dans la Loi.⁷⁴

6. Contrevenants visés par une surveillance de longue durée

Le 17 septembre 1996, le gouvernement a adopté de nouvelles mesures pour renforcer les régimes de détermination de la peine et des services correctionnels applicables aux individus présentant un risque élevé de récidive et de violence. Ces mesures sont entrées en vigueur en juillet et en août 1997.⁷⁵ Des recherches avaient démontré que plus de quatre-vingt-dix pour cent des déclarations de délinquants dangereux qui avaient été couronnées de succès visaient des délinquants sexuels, mais que le recours à ces déclarations était exceptionnel et rarement utilisé. Il fallait en matière de détermination de la peine trouver une solution qui permette la surveillance intensive des délinquants sexuels après la fin de leur peine d'emprisonnement. La nouvelle procédure à l'égard des contrevenants visés par une surveillance de longue durée devait s'appliquer à l'ensemble des délinquants sexuels, mais aussi de façon plus spécifique à ceux qui avaient commis des infractions sexuelles à l'égard des enfants. Cette nouvelle procédure avait pour effet d'assujettir ces contrevenants à une période de surveillance pouvant atteindre dix ans à compter de leur libération et après la fin de toute période de libération conditionnelle.

Le tribunal doit être convaincu qu'il y a lieu d'imposer au délinquant une peine minimale d'emprisonnement de deux ans; que le délinquant présente un risque élevé de récidive; et qu'il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité. Le tribunal peut conclure qu'il y a un risque élevé de récidive si le délinquant a été déclaré coupable de contact sexuel, d'incitation à des contacts sexuels, d'exploitation sexuelle ou d'exhibitionnisme à l'égard d'un enfant de moins de quatorze ans, ou d'autres crimes sexuels précisés, et que le délinquant a démontré, par la répétition de ses actes, qu'il causera vraisemblablement la mort d'autrui, ou lui infligera des dommages ou des sévices psychologiques graves; ou que sa conduite dans le domaine sexuel laisse prévoir que, vraisemblablement, il causera à l'avenir des sévices ou autres

⁷⁴ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, article 129.

⁷⁵ Projet de loi C-55; L.C., 1997, ch.17; *Code criminel*, paragraphes 753.1 à 753.3.

maux à d'autres personnes. La violation d'une ordonnance de surveillance à long terme constitue un acte criminel punissable d'une peine d'emprisonnement d'au plus dix ans.

Cette procédure complète celle qui existe déjà à l'égard des délinquants dangereux. Le délinquant qui répond aux critères énoncés dans le *Code criminel* est emprisonné à perpétuité. Une demande visant à faire déclarer qu'un délinquant est un délinquant dangereux peut être modifiée pour demander que le délinquant soit déclaré contrevenant visé par une surveillance de longue durée si le tribunal conclut qu'il n'est pas un délinquant dangereux, à la condition que les critères applicables au contrevenant visé par une surveillance de longue durée soient respectés.

En imposant une période de surveillance supplémentaire dans la collectivité à la fin de la peine, la désignation de contrevenant visé par une surveillance de longue durée tente de donner au délinquant une occasion structurée de se réinsérer dans la société. La sécurité du public est augmentée car la Commission nationale des libérations conditionnelles, en collaboration avec Service correctionnel Canada, peut établir des conditions rigoureuses pour contrôler le comportement du délinquant.⁷⁶

7. Engagements de ne pas troubler l'ordre public

À vrai dire, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public n'est pas une peine car le tribunal peut l'imposer à une personne qui n'a pas été accusée ou déclarée coupable. Toutefois, les réformes ont reconnu que les objectifs de dissuasion et de protection pourraient bénéficier de la possibilité de présenter des demandes auprès du tribunal en l'absence d'accusations ou de déclarations de culpabilité. Dans les circonstances appropriées, si l'on craint qu'une personne commette à l'endroit d'un enfant une infraction d'ordre sexuel ou lui cause des sévices, les tribunaux peuvent imposer des conditions qui réglementent le comportement et les activités de la personne.⁷⁷

B. Réformes possibles des politiques et des options en matière de détermination de la peine

1. Répondre aux besoins et aux intérêts des enfants dans la politique relative à la détermination de la peine

Le Comité Badgley a constaté qu'à l'époque, la politique de détermination de la peine applicable aux infractions contre les enfants n'était pas adaptée, car il n'y avait qu'une correspondance partielle entre la nature des actes en cause, les accusations portées

⁷⁶ « La protection des Canadiens et de leur famille : mesures visant les délinquants violents à risque élevé », ministères de la Justice et du Solliciteur général, Canada, automne 1996.

⁷⁷ *Code criminel*, paragraphe 810(1), articles 810.1 et 810.2.

et les peines infligées.⁷⁸ On ne se préoccupait pas de cerner la véritable nature des infractions commises contre les enfants, les caractéristiques des délinquants les plus menaçants pour les enfants ni le préjudice causé, et d'y réagir. À présent, le *Code criminel* énonce comme principe fondamental de la détermination de la peine que la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Comme nous l'avons indiqué, les réformes récentes, qui visent les délinquants les plus dangereux, insistent sur la perpétration d'infractions contre les enfants et la répétition des actes d'agression à leur égard. La condamnation avec sursis permet aussi, pour une durée relativement longue, la surveillance et le traitement des délinquants qui ne sont pas considérés comme étant suffisamment dangereux pour qu'ils soient tenus à l'écart de la collectivité. Ces mesures démontrent la façon dont les politiques en matière de détermination de la peine et de services correctionnels du système de justice pénale peuvent reconnaître, prendre en considération et répondre aux besoins de protection des enfants par des mesures innovatrices. D'autres changements pourraient-ils être apportés pour améliorer la protection? Il y aurait lieu de considérer un certain nombre de facteurs.

En premier lieu, selon le principe fondamental de la détermination de la peine, énoncé au paragraphe 718.1 du *Code criminel*, une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. La plupart des gens s'attendent à ce que les tribunaux considèrent les infractions d'ordre sexuel commises contre les enfants comme des actes particulièrement répréhensibles car ils portent atteinte à l'obligation fondamentale de la société de protéger ceux qui ne peuvent se protéger eux-mêmes. Toutefois, les recherches démontrent que les peines infligées aux délinquants qui commettent des infractions contre les enfants ne répondent pas toujours à ces attentes. En 1984, le Rapport Badgley a constaté une tendance des tribunaux à faire preuve de plus d'indulgence dans les peines infligées aux délinquants sexuels.⁷⁹ Bien que la plupart des mesures susmentionnées aient été adoptées dans le but de contrer cette tendance, des recherches plus récentes, portant sur les infractions d'ordre sexuel actuellement prévues dans le *Code criminel*, démontrent que les agressions sexuelles commises contre les enfants sont encore punies moins sévèrement que les agressions sexuelles commises contre les adultes.⁸⁰

⁷⁸ Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *op. cit.*, note 4, Vol.1, p. 31-32.

⁷⁹ *Idem.*, vol. 1; p. 364.

⁸⁰ K.E. Renner, C. Alksnis, L. Park, précité, note 40. La comparaison entre les peines imposées dans les affaires d'agression sexuelle commise contre des enfants et d'agression sexuelle contre des adultes a fait ressortir des différences importantes dans la détermination de la peine entre les deux groupes. Les hommes condamnés pour agression sexuelle d'un enfant ont reçu des peines moins sévères que les hommes reconnus coupables d'agression sexuelle d'une adulte. L'examen des dossiers judiciaires révèle que seulement treize pour cent des délinquants ayant commis des infractions contre un enfant ont reçu une peine de deux ans ou plus, par opposition à trente pour cent des délinquants condamnés pour l'agression sexuelle d'une adulte. Par ailleurs, soixante et un pour cent des personnes reconnues coupables de l'agression sexuelle d'un enfant ont

Les chercheurs ont avancé un certain nombre de raisons pour expliquer ces différences, notamment :

- les circonstances de l'affaire - lorsque la victime est un enfant, il y a beaucoup moins de « violence », l'usage d'une arme est moins fréquent, les blessures sont plus rares, les contacts sexuels moins envahissants sur le plan physique, et la victime offre moins de résistance;
- les questions de procédure - dans les affaires mettant en cause des enfants, les accusés plaident plus souvent coupable, il y a moins d'éléments de preuve d'ordre médical, moins de témoins de la Couronne, moins de pièces sont produites à l'instance, les enfants qui témoignent sont davantage gênés par le contre-interrogatoire, et il est peu vraisemblable que la police témoigne en leur faveur au procès;
- les caractéristiques du délinquant - dans les affaires mettant en cause des enfants, contrairement à la plupart des infractions d'ordre sexuel commises contre des femmes adultes, l'accusé est généralement plus âgé, est moins susceptible d'avoir un casier judiciaire, est souvent marié, n'a probablement pas d'antécédents de toxicomanie et est fréquemment un membre de la famille ou une personne bien connue de celle-ci.⁸¹

Les conclusions de cette étude donnent à penser que ces facteurs influent sur la façon dont les tribunaux sanctionnent les délinquants dans les affaires d'abus sexuels à l'égard des femmes et des enfants. Il semblerait que les délinquants qui n'ont pas de casier judiciaire soient traités moins sévèrement. Les tribunaux considèrent que le préjudice affectif et psychologique à long terme, souvent « invisible », qui touche les enfants victimes est moins grave que des lésions physiques apparentes.⁸²

Les enfants sont particulièrement vulnérables aux personnes qui peuvent essayer de récidiver à leur endroit ou de causer un préjudice à d'autres enfants. Si le délinquant est un membre de la famille qui rentre chez lui après avoir purgé sa peine, ils peuvent courir le risque de subir un autre préjudice. Comme nous l'avons indiqué, d'aucuns s'inquiètent, surtout en ce qui concerne les infractions commises contre des enfants, que la bonne moralité antérieure des délinquants ou l'absence de casier judiciaire, et les autres facteurs signalés, puissent inciter les tribunaux à sous-estimer les risques auxquels les enfants sont exposés et à infliger des peines moins sévères.

Toutefois, plusieurs développements positifs ont récemment eu lieu. En premier lieu, certains tribunaux ont infligé des peines plus sévères dans des affaires d'abus

reçu une peine d'emprisonnement de moins d'un an, par opposition à quarante-quatre pour cent des personnes condamnées pour l'agression sexuelle d'un adulte, alors que la même proportion d'agresseurs d'adultes et d'enfants (vingt-six pour cent) se sont vu infliger une peine d'un à deux ans.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

sexuels à l'égard d'enfants. Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment alourdi la peine infligée à un homme reconnu coupable d'une série d'attentats à la pudeur contre des enfants. Bien que le délinquant n'ait pas fait usage de la force ni causé de préjudice physique, la Cour a reconnu le grave préjudice psychologique qui peut résulter des abus sexuels et elle a éprouvé le besoin d'infliger une peine exemplaire.⁸³

En second lieu, les spécialistes ont appris, de mieux en mieux, à déterminer quels sont les délinquants et quelles sont les caractéristiques des infractions comportant le plus de risques et de danger pour les enfants. Des études ont permis d'établir des catégories de délinquants qui s'attaquent aux enfants et particulièrement susceptibles de récidiver. La qualification de contrevenant visé par une surveillance de longue durée repose elle-même sur l'aptitude des spécialistes à identifier les délinquants et leur probabilité de récidive en fonction de leur conduite antérieure ou de leurs actes de violence répétés. Selon bon nombre de personnes, il n'y a pas d'autre solution que de retirer ces délinquants de la société, de les suivre, de les contrôler, de leur offrir un traitement, et les surveiller pendant de longues périodes tant pendant leur détention qu'après leur libération. On reconnaît mieux à présent l'importance et les avantages de la surveillance et du traitement à long terme des délinquants pour les empêcher de récidiver. On reconnaît également que l'incarcération, même de longue durée, ne peut à elle seule protéger les enfants aussi efficacement qu'un programme de traitement, de contrôle et de surveillance des délinquants pendant et après leur détention pour une période déterminée. Service correctionnel Canada affecte d'importantes ressources au traitement des délinquants sexuels. De nombreuses solutions de rechange en matière de détermination de la peine, notamment la condamnation avec sursis, la probation et la désignation de contrevenant visé par une surveillance de longue durée, permettent un traitement et une surveillance à plus long terme.

En troisième lieu, la recherche et l'expérience permettent de mieux connaître la nature et la portée véritables du préjudice causé aux enfants victimes d'abus, y compris le préjudice affectif qui peut subsister même en l'absence de préjudice physique apparent.

Compte tenu de ces facteurs et de ces préoccupations, on s'est demandé si la politique actuelle de détermination de la peine permettait vraiment de répondre aux besoins et intérêts des enfants. On a proposé d'apporter une ou plusieurs des modifications suivantes au régime actuel de la détermination de la peine :

- insister tout spécialement sur l'importance de la dénonciation et de la dissuasion des crimes contre les enfants;
- fournir aux tribunaux des moyens additionnels leur permettant de requérir une surveillance à plus long terme et d'imposer qu'un traitement soit disponible pour les délinquants qui présentent un risque permanent de commettre une nouvelle infraction contre des enfants;
- reconnaître la fréquence et la gravité des actes d'abus à l'égard des enfants que posent à la maison les parents et les gardiens;

⁸³ *R. c. Stuckless* (1998), 127 C.C.C. (3d) 225, 39 W.C.B. (2d) 309 (C.A.Ont.).

- reconnaître que, dans les cas de violence familiale à l'égard des enfants ou d'abus de position de confiance, il n'est pas rare que le délinquant ait été « de bonne moralité » ou n'ait pas de casier judiciaire, et qu'il conviendrait, par conséquent, que les tribunaux insistent moins sur ces facteurs lorsqu'ils déterminent la peine dans ces cas;
- exiger des tribunaux qu'ils insistent davantage sur le préjudice affectif et psychologique causé aux enfants lorsqu'ils évaluent la gravité des infractions et de la conduite en cause.

2. Mention de l'enfant dans l'énoncé de l'objet et des principes fondamentaux de la détermination de la peine

Les dispositions générales du *Code criminel* qui énoncent l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine (articles 718 et 718.1) visent aussi la protection et la sécurité des enfants, même si elles ne les mentionnent pas directement. Par exemple, l'objectif essentiel énoncé (le maintien d'une société juste, paisible et sûre) englobe nécessairement le maintien d'un environnement juste, paisible et sûr pour les enfants qui font partie de cette société. De la même façon, les objectifs de dissuasion et de dénonciation du comportement illégal englobent la dénonciation et la dissuasion de tout comportement illégal visant des enfants. Toutefois, ces énoncés généraux n'indiquent pas explicitement que la protection et la sécurité des enfants sont des objectifs essentiels. Des mentions plus précises pourraient aider les tribunaux, dans les cas indiqués, à déterminer la peine en fonction spécialement des besoins des enfants victimes.

Une modification de l'énoncé des objectifs et des principes permettrait de spécifier que le tribunal qui détermine la peine doit tenir compte d'autres objectifs si la victime est un enfant, notamment la protection de la victime et d'autres victimes potentielles contre le délinquant, la dissuasion des infractions à l'égard des enfants, la dénonciation des crimes commis contre les enfants, la surveillance des délinquants qui commettent des infractions contre des enfants et les possibilités de traitement pour ces personnes. Dans les cas indiqués, le tribunal qui détermine la peine pourrait être tenu de prendre de tels objectifs, ou d'autres éventuels objectifs, en considération, en plus des objectifs déjà définis.⁸⁴ La modification apportée récemment à l'article 742.1b) du *Code criminel*, qui prévoit que le tribunal est tenu de prendre en considération l'objectif et les principes de détermination de la peine pour infliger une condamnation avec sursis, obligerait donc plus clairement le tribunal à tenir compte de la sécurité de l'enfant victime au moment de déterminer s'il convient d'accorder au délinquant une condamnation avec sursis.

⁸⁴ Le paragraphe 10(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, énonce aussi l'objectif essentiel du prononcé de peines relativement aux infractions à cette Loi. Pour l'essentiel, il reprend les termes de l'article 718 du *Code criminel*, tout en ajoutant expressément les objectifs de réinsertion sociale et, dans les cas indiqués, de traitement des délinquants.

Une autre solution possible consisterait à modifier le principe fondamental de la détermination de la peine énoncé à l'article 718.1 pour faire en sorte que les infractions commises par des adultes à l'encontre d'enfants et qui leur causent un préjudice soient réputées graves, et que le degré de responsabilité du délinquant soit par conséquent réputé élevé. Ceci aurait pour effet de souligner la responsabilité qu'ont tous les adultes dans notre société à l'égard des enfants en raison de la vulnérabilité de ces derniers pendant leur croissance.

3. Autres principes de détermination de la peine - article 718.2

L'article 718.2 du *Code criminel* énonce les autres principes de détermination de la peine dont les tribunaux doivent tenir compte. Aux termes du sous-alinéa 718.2a)(ii) du *Code criminel*, sont considérés comme circonstances aggravantes les éléments de preuve établissant que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants (ce qui, actuellement, n'englobe pas d'autres enfants). De même, en vertu du sous-alinéa 718.2a)(iii), les éléments de preuve doivent établir un abus de confiance à l'endroit de la victime ou un abus d'autorité à son égard. Les recherches ont mis en évidence de nombreuses autres circonstances aggravantes qui pourraient aider le tribunal à déterminer la peine.⁸⁵ Certaines d'entre elles sont évoquées ci-après.

Étant donné que, dans notre société, tous les adultes ont une responsabilité à l'égard des enfants, il devrait aussi être possible de modifier l'article 718.2 pour prévoir que le fait que la victime d'un crime commis par un adulte est un enfant constitue une circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine. Cependant, compte tenu du récent arrêt *R. c. McDonnell*,⁸⁶ il pourrait être nécessaire de réserver l'application d'une telle disposition aux cas où la présence d'un enfant victime n'est pas déjà un élément de l'infraction.

Dans l'arrêt *R. c. McDonnell*, la Cour suprême du Canada a statué que rien ne justifiait, en droit, la création par les tribunaux, d'une nouvelle catégorie d'infractions à partir d'une infraction prévue par la loi, dans le but d'infliger des sanctions plus sévères pour une conduite ou un préjudice donné. Selon cet arrêt, quand une personne est accusée d'une agression sexuelle en vertu de l'article 271 du *Code Criminel*, lequel prévoit une peine d'emprisonnement maximal de 10 ans, et que cette agression cause un préjudice affectif supplémentaire, on ne peut utiliser un seuil de départ différent de celui prévu à l'article précité pour déterminer la condamnation. La raison en est que la personne aurait pu être accusée en vertu de l'article 272 (agression sexuelle causant des lésions corporelles) qui prévoit une peine d'emprisonnement maximal de 14 ans. Ceci peut signifier, par exemple, que, si un délinquant est reconnu coupable d'exploitation sexuelle, l'abus de confiance dans la perpétration de l'infraction ne peut pas constituer

⁸⁵ Voir C.-A. Bauman, « The Sentencing of Sexual Offences against Children », (1998), 17 C.R. (5th) 352.

⁸⁶ Précité, note 47.

une circonstance aggravante aux fins de la détermination de la peine parce que l'abus de confiance ou de pouvoir fait partie de la nature même de l'infraction. En faisant de cela une circonstance aggravante pour déterminer la peine à infliger à une personne reconnue coupable, on créerait en fait un nouveau seuil de détermination de la peine qui ne serait pas justifié par le texte actuel de l'article 153 du *Code criminel*.

On peut également soutenir que considérer comme circonstance aggravante pour la détermination de la peine le fait que la victime est un enfant, est contraire à l'esprit de l'arrêt *McDonnell* lorsque le délinquant est condamné à l'égard d'une infraction visant spécifiquement la protection des enfants, comme les contacts sexuels, l'incitation à des contacts sexuels et l'exploitation sexuelle. Toutefois, le fait que la victime soit un enfant pourrait être considéré comme une circonstance aggravante pour les infractions qui ne visent pas uniquement les enfants, telle que l'agression sexuelle. De plus, l'arrêt *McDonnell* ne s'intéressait qu'à la création *par les tribunaux*, aux fins de la détermination de la peine, d'une catégorie d'infractions à partir d'une infraction prévue par la loi. On pourrait toujours, par voie législative, créer une nouvelle catégorie d'infractions.

Si l'arrêt *McDonnell* s'applique lorsque l'infraction vise déjà la protection des enfants, il existe d'autres façons de faire ressortir les circonstances aggravantes qui ne sont peut-être pas contraires à l'esprit de l'arrêt. Par exemple, la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* prévoit que le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne reconnue coupable d'une infraction désignée est tenu de considérer comme circonstance aggravante le fait que le délinquant ait commis certaines infractions à l'intérieur d'une école, sur le terrain d'une école ou près de ce terrain ou dans tout autre lieu public normalement fréquenté par des personnes de moins de dix-huit ans ou près d'un tel lieu, qu'il a fait le trafic d'une substance interdite auprès d'une personne de moins de dix-huit ans, ou qu'il a eu recours aux services d'une personne de moins de dix-huit ans pour la perpétration de l'infraction ou l'y a mêlée.⁸⁷ Aux termes du paragraphe 10(3), le tribunal qui est convaincu de l'existence d'une circonstance aggravante mais qui décide de n'imposer aucune peine d'emprisonnement, est tenu de motiver sa décision. Ceci pourrait constituer un précédent pour des énoncés semblables dans le *Code criminel*. On a notamment proposé de considérer les modifications suivantes comme facteurs aggravants :

- la preuve de préjudice physique ou affectif causé à maintes reprises à un enfant à la maison dans le cadre de la perpétration d'une infraction;
- la preuve qu'un délinquant qui s'occupait d'un enfant a commis contre une autre personne, à la maison et en présence de l'enfant, une infraction comportant des actes d'abus physique;⁸⁸

⁸⁷ *Supra*, note 83, paragraphe 10(2).

⁸⁸ Le Rapport du Groupe d'experts sur la protection de l'enfance, qui recommande que l'exposition à la violence familiale soit reconnue comme motif de protection aux termes des lois sur la protection de l'enfance de l'Ontario, fait remarquer que « les éducateurs, les professionnels et les organismes de la santé, et l'analyse des documents sur le sujet,

- (si le délinquant est un adulte) l'âge de l'enfant victime, auquel il faut accorder plus d'importance pour les enfants plus jeunes.

4. Accroître les pouvoirs des tribunaux pour leur permettre de structurer les conditions en matière de détermination de la peine

Il faut se garder de croire que les options évoquées dans le présent document en vue de la modification du régime actuel de détermination de la peine constituent un plaidoyer en faveur d'un alourdissement des peines ou d'un emprisonnement systématique des délinquants comme uniques solutions aux problèmes soulignés. La dissuasion des infractions contre les enfants exigera toute une gamme de solutions bien plus complexes que la simple incarcération des délinquants. Les réformes récentes ont reconnu, et l'expérience l'a prouvé, que la dissuasion et la protection pourraient dans certains cas bénéficier du contrôle, de la surveillance et du traitement de certains délinquants pendant qu'ils sont en sursis et purgent leur peine dans la collectivité et pendant de longues périodes après leur libération. À l'heure actuelle, comme nous l'avons déjà indiqué, les tribunaux peuvent, à des fins de contrôle et de surveillance :

- infliger des peines d'emprisonnement (en maison de correction si la peine est inférieure à deux ans et dans un pénitencier si elle est de deux ans ou plus). Service correctionnel Canada offre un traitement aux délinquants sexuels qui purgent leur peine dans un pénitencier. On ne sait pas si des traitements spécialisés pour les délinquants sexuels sont régulièrement offerts en maison de correction;
- infliger des condamnations avec sursis (des peines d'emprisonnement purgées dans la collectivité);
- ordonner au délinquant condamné à moins de deux ans d'emprisonnement de respecter les conditions d'une ordonnance de probation pendant au plus trois ans après la fin de sa détention ou de sa condamnation avec sursis;
- rendre des ordonnances pour retarder l'octroi de la libération conditionnelle aux délinquants qui ont commis des crimes contre des enfants. Les autorités correctionnelles peuvent aussi retarder la libération de prison de ces délinquants si elles ont des motifs de croire qu'ils récidiveront;
- déclarer que le délinquant est un contrevenant visé par une surveillance de longue durée, et ordonner qu'il fasse l'objet d'une surveillance spéciale pendant une période allant jusqu'à dix ans après la fin de sa peine d'emprisonnement;
- prononcer une ordonnance d'interdiction aux termes de l'article 161 du *Code criminel*;
- ordonner à toute personne qui présente un danger pour les enfants de contracter un engagement de ne pas troubler l'ordre public.

indiquent que les enfants exposés à la violence risquent plus de subir des mauvais traitements et un préjudice émotionnel à long terme » : *op. cit.*, note 35, p. 20.

Ces pouvoirs donnent aux tribunaux de nombreuses possibilités en vue de la surveillance et du traitement des personnes qui menacent la sécurité des enfants. Toutefois, le régime actuel ne tient pas compte de toutes les possibilités proposées.

Lorsqu'il inflige une condamnation avec sursis, le tribunal peut l'assortir de conditions en vue d'assurer le contrôle et la surveillance du délinquant et lui offrir un traitement pendant la durée de sa peine et pendant trois ans après la fin de celle-ci, en rendant une ordonnance de probation applicable à compter de l'expiration de la peine. Le tribunal peut aussi rendre une ordonnance de probation à la fin d'une peine de moins de deux ans d'emprisonnement. Si le délinquant représente un danger pour la collectivité et s'il répond aux critères pour être désigné de contrevenant visé par une surveillance de longue durée, le tribunal peut le condamner à plus de deux ans d'emprisonnement et organiser une surveillance pouvant aller jusqu'à dix ans à compter de sa libération.

Toutefois, le tribunal saisi d'une infraction commise contre un enfant peut considérer que la gravité de l'infraction et le besoin de protéger l'enfant sont tels qu'une condamnation avec sursis ne convient pas, et qu'il lui faut infliger une peine de plus de deux ans. Si le délinquant ne répond pas aux critères permettant de le qualifier de contrevenant visé par une surveillance de longue durée, mais le tribunal souhaite assurer sa surveillance et la disponibilité d'un traitement à sa sortie de prison dans l'intérêt de la protection de la victime et d'autres enfants, le juge ne peut rendre aucune ordonnance de probation exigeant une surveillance et prévoyant un traitement après l'incarcération, car cette ordonnance ne peut être rendue que si la peine est de moins de deux ans d'emprisonnement. Ceci peut donner un curieux résultat, à savoir que les tribunaux peuvent ordonner une surveillance et une disponibilité de traitement de plus longue durée dans les cas où le délinquant *n'est pas* considéré comme présentant un danger pour la collectivité, mais ils n'ont pas le pouvoir de le faire lorsque le délinquant *est* considéré comme présentant un danger sans pour autant satisfaire aux critères permettant de le désigner comme contrevenant visé par une surveillance de longue durée.

On pourrait remédier à cette situation en modifiant le *Code criminel* pour permettre au tribunal de rendre une ordonnance de probation et d'ordonner la surveillance communautaire ou un traitement approprié, tout en infligeant une peine de plus de deux ans, lorsque ces mesures sont requises pour des motifs de protection de l'enfant. Dans ces cas, une autre modification pourrait prévoir que la période de probation, de surveillance et de traitement peut durer, par exemple, jusqu'à cinq ans.

Une telle modification permettrait aux tribunaux, dans l'intérêt de la protection de la victime et des autres enfants en danger, d'imposer une surveillance à long terme et un traitement pendant la détention et après la mise en liberté. Une fois que le délinquant aura suivi le traitement en prison, la commission des libérations conditionnelles pourrait décider de le mettre en liberté et il serait assujéti aux conditions de l'ordonnance rendue par le tribunal après la période de détention et toute période de liberté conditionnelle. La modification pourrait prévoir que le manquement éventuel à l'ordonnance doit être traité par le service correctionnel.

La possibilité de prolongation de la probation pourrait avoir des répercussions importantes sur les coûts, car la surveillance et le traitement de certains délinquants sur une plus longue période pendant leur détention et après leur mise en liberté exigeraient des dépenses additionnelles. Toutefois, les dépenses supplémentaires seraient compensées, dans une certaine mesure, par les économies réalisées advenant que la surveillance et le traitement réussissent à empêcher les délinquants de récidiver.

À titre de solution de rechange à l'imposition de la probation au moment de la détermination de la peine, ou en plus de celle-ci, le juge pourrait ordonner spécifiquement que la Commission des libérations conditionnelles tienne compte de certains facteurs dévoilés au procès et indiquant que la protection permanente de l'enfant victime est nécessaire. Ces facteurs devraient être pris en compte dans toute décision en vue d'une libération conditionnelle. L'ordonnance reconnaîtrait et préciserait les besoins spéciaux de l'enfant en cause en matière de protection, par exemple dans le cas où il est probable que le délinquant retournera au foyer où vit l'enfant. Le non-respect de l'ordonnance devrait être motivé, ou le juge pourrait être à nouveau saisi de l'affaire en cas de changement des circonstances. Ce processus aiderait la commission des libérations conditionnelles en précisant la nécessité de prendre en considération la protection continue de l'enfant au moment de décider d'accorder la libération conditionnelle et au moment d'imposer des conditions à la libération conditionnelle du délinquant.

Il serait souhaitable de déterminer dans quelle mesure les dispositions du *Code criminel* qui permettent aux juges et aux tribunaux d'imposer des mesures de contrôle et des conditions aux délinquants potentiels qui n'ont été ni accusés ni déclarés coupables (dispositions sur l'engagement de ne pas troubler l'ordre public) sont utilisées pour offrir une protection efficace aux enfants, ou s'il est possible de prendre des mesures pour en améliorer l'utilisation.

5. Condamnations avec sursis uniquement dans les cas exceptionnels

Pour imposer une condamnation avec sursis, le tribunal doit être convaincu que le fait de permettre au délinquant de purger une peine de moins de deux ans dans la collectivité (qui, implicitement, comprend les enfants) ne met pas celle-ci en danger. Le Parlement souhaitait que les condamnations avec sursis soient imposées principalement aux délinquants non violents. Si à l'origine certains ont dit s'inquiéter de ce que certains tribunaux imposent de telles condamnations dans des cas peu indiqués, il semble que, dans l'ensemble, les tribunaux d'appel aient commencé à élaborer des principes pour orienter les juges dans la prise de décisions. Tel que mentionné précédemment, la Cour suprême du Canada a accepté d'entendre six appels de condamnations avec sursis et devrait se prononcer sur la façon d'interpréter les dispositions applicables.⁸⁹ Dans les cas d'infractions sexuelles, d'infractions en matière de drogues et d'infractions comportant l'abus de la confiance d'un conjoint ou d'un enfant, les tribunaux ont déclaré, de façon

⁸⁹ *Supra*, note 67, S. Bindman, « House arrest rules coming », *Ottawa Citizen*, le 6 juin 1998, p. A3.

assez constante, que des principes de détermination de la peine comme la dénonciation ou la dissuasion rendent contre-indiquée l'imposition d'une condamnation avec sursis,⁹⁰ à moins que le cas du délinquant ou les circonstances de l'infraction ne soient exceptionnels. Des circonstances exceptionnelles peuvent se présenter lorsque le délinquant est très malade, très âgé ou qu'il souffre de problèmes de santé mentale, et l'on peut apaiser les inquiétudes relatives au danger possible pour la collectivité en imposant des conditions appropriées.⁹¹ Toutefois, la collectivité a exprimé des préoccupations à propos de certaines condamnations, même dans ces circonstances restreintes.

On pourrait envisager de modifier les critères d'imposition des condamnations avec sursis pour aider le tribunal à déterminer la peine en fonction du besoin de protection des enfants victimes. Pour ce faire, on pourrait, par exemple, exiger que le tribunal soit convaincu que le fait de permettre au délinquant de purger sa peine dans la collectivité ne met en danger la sécurité d'aucun enfant, ou lui demander de veiller à protéger constamment tout enfant victime en cause ou tout autre enfant en danger.

6. Mieux reconnaître le préjudice affectif et psychologique causé aux enfants

Le préjudice causé à un enfant par toute forme d'abus nuit souvent à son développement psychologique et affectif. Or, l'expérience montre qu'il est souvent difficile de prouver le lien de causalité entre ce préjudice et l'infraction, comme on l'a fait remarquer dans la réforme de 1995 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. Dans bien des cas, le préjudice affectif et psychologique ne se manifeste pas avant plusieurs années, et même bien après l'incident qui en est la cause. Même une fois qu'on a atteint l'âge adulte, il est souvent difficile de révéler le préjudice à long terme qui a été subi.

Lors d'enquêtes du coroner, le jury a recommandé dans ses rapports que le droit fasse une place plus importante au préjudice affectif et psychologique. Des recherches indiquent que le préjudice psychologique et affectif causé par une infraction contre un enfant peut être aussi grave que le préjudice physique, sinon plus, et qu'il devrait donner lieu à des peines plus longues ou bien à une certaine forme de protection permanente de la victime. Certains tribunaux ont reconnu le préjudice affectif qui résulte d'une agression sexuelle même en l'absence de préjudice physique.⁹² Nous avons déjà évoqué la *Charte des droits des victimes d'actes criminels* de l'Ontario, selon laquelle le délinquant est responsable envers la victime pour les troubles affectifs et les lésions corporelles qui résultent de l'agression, et les victimes de violence familiale ou d'agression sexuelle sont présumées avoir eu des troubles affectifs. Le préjudice psychologique est aussi l'un des critères qui permettent d'obtenir qu'un délinquant soit déclaré délinquant dangereux et contrevenant visé par une surveillance de longue durée.

⁹⁰ Voir *R. c. Biancofiore* (1998), 35 O.R. (3d) 782 (C.A.).

⁹¹ Voir, par exemple, *R. c. Waldner* (1998), 209 A.R. 297 (C.A. Alb.).

⁹² Voir, par exemple, *R. c. Nicholson*, [1993] A.J. N° 712 (C.A. Alb.).

Pour mieux reconnaître le préjudice affectif causé aux enfants, on pourrait prévoir que, dans la détermination de la peine d'un délinquant qui a causé des « sévices graves à la personne » d'un enfant (selon la définition de la partie XXIV du *Code criminel*), le préjudice affectif est présumé même en l'absence de préjudice physique.

7. Exploitation à des fins sexuelles : article 153 du *Code criminel*

L'infraction d'exploitation à des fins sexuelles interdit certains comportements sexuels à l'égard d'un plaignant âgé de quatorze ans au plus mais de moins de dix-huit ans, lorsque l'accusé est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, ou lorsque l'adolescent est en situation de dépendance vis à vis de l'accusé. Le coupable est passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans par voie de mise en accusation ou de six mois sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. On a proposé que la peine maximale soit augmentée à dix ans par voie de mise en accusation, comme dans le cas des articles 151 et 152, afin que la peine maximale soit applicable dans les cas les plus graves.⁹³ La peine maximale actuelle peut laisser entendre que les cas d'infractions sexuelles plus graves commises contre des plaignants âgés entre quatorze et dix-sept ans ne sont pas aussi graves que celles qui concernent des plaignants de moins de quatorze ans. Les tribunaux ont déclaré que le comportement donnant lieu à cette infraction est grave et mérite une condamnation.

III. FACILITER L'EXPÉRIENCE DES ENFANTS TÉMOINS ET LA RECEVABILITÉ DE LEURS TÉMOIGNAGES DANS LES INSTANCES CRIMINELLES

L'amélioration du traitement des enfants victimes ou témoins dans les poursuites criminelles et de la recevabilité de leur témoignage par les tribunaux est un autre domaine dans lequel il est possible d'élargir la protection que la loi offre aux enfants. Ce domaine a fait l'objet d'une attention particulière au cours des dix dernières années par le législateur (réformes législatives) et les tribunaux (initiatives innovatrices). On rencontre dans ce domaine la question de l'habilité des enfants à témoigner, des témoignages donnés à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran, de l'utilisation d'enregistrements sur bande vidéo, du oui-dire et des autres formes d'aide offertes aux enfants témoins.

Le législateur a également tenu compte de recherches mettant en lumière les besoins spéciaux et la vulnérabilité des enfants, ainsi que la nature, l'étendue et les effets du traumatisme causé par le contact de l'atmosphère d'affrontement de la salle

⁹³ Le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la prostitution a reconnu le bien-fondé de cet argument dans le document intitulé *Rapport et recommandations relatives à la législation, aux politiques et aux pratiques concernant les activités de la prostitution* (décembre 1998), p. 24.

d'audience. Les initiatives d'ordre législatif ont particulièrement tenu compte des effets indésirables que ce traumatisme peut avoir sur la mémoire des enfants, de la capacité de ceux-ci à formuler clairement leurs souvenirs des faits, ainsi que de l'exactitude et du caractère exhaustif de leur témoignage devant le tribunal. Les graves répercussions de ce traumatisme peuvent aussi nuire à la capacité des tribunaux de découvrir la vérité et leur poser des difficultés pour prononcer une déclaration de culpabilité à l'encontre du contrevenant.

Compte tenu de la gravité de cette question, certaines dispositions législatives ont été adoptées pour permettre aux enfants de témoigner en présence d'une personne de confiance, interdire le contre-interrogatoire des enfants par les accusés, permettre aux enfants de témoigner à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran et autoriser l'utilisation d'enregistrements sur bande vidéo montrant l'enfant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation.

Les tribunaux ont reconnu que les poursuites criminelles fondées sur un préjudice causé à un enfant présentent plusieurs caractéristiques particulières : d'une part, comme les infractions sont souvent commises en privé, elles ont rarement d'autres témoins que l'enfant et d'autre part, les preuves indépendantes d'ordre médical tendant à corroborer les faits sont rares. Par conséquent, l'issue de nombreux procès dépend presque exclusivement de l'appréciation que le tribunal fait de la crédibilité de l'enfant et de la capacité de ce dernier de donner un récit aussi complet et précis que possible. Les tribunaux se sont aperçus que, dans ces cas, le meilleur récit est peut-être la description des faits que l'enfant a donnée à une autre personne peu de temps après les faits en cause. Une série de décisions judiciaires a accueilli en preuve le récit antérieur d'un enfant si les circonstances donnaient à penser qu'il était probablement fiable.

Ces modifications ont grandement amélioré le traitement des enfants victimes ou témoins devant les tribunaux et aidé ces derniers en mettant à leur disposition des témoignages d'enfants. Combinées aux réformes législatives qui ont créé ou redéfini des infractions pour combattre plus efficacement les dangers auxquels les enfants sont exposés, ces modifications ont aussi entraîné une hausse marquée du nombre de poursuites dans lesquelles le ministère public a eu gain de cause.⁹⁴

Toutefois, certaines difficultés persistent. Par exemple, la présomption selon laquelle les enfants de moins de quatorze ans ne sont pas habiles à témoigner a encore cours. Dans chaque cas, il faut tenir un voir-dire (une audience spéciale) pour déterminer si l'enfant est habile à témoigner. Or, dans le cas d'un adulte, on ne prend cette mesure que s'il existe des motifs de croire qu'il n'est pas apte à témoigner. Les comparutions et interrogatoires successifs, ajoutés au procès à proprement parler, peuvent aussi avoir pour effet d'aggraver le traumatisme de l'enfant, ce qui va à l'encontre de l'objectif des

⁹⁴ Voir, en général, V. Schmolka, *Le projet de loi C-15 donne-t-il les effets voulus?* (Ottawa : Ministère des Approvisionnements et Services, Canada, 1992); J.P. Hornick et F. Bolitho, *supra*, note 8, p. 117.

réformes. Malgré les avantages certains que ces dernières présentent, de plus amples réformes et améliorations sont peut-être souhaitables.

A. *Habilité des enfants à témoigner*⁹⁵

1. Contexte

Au Canada, le législateur et les tribunaux ont toujours eu tendance à juger que le témoignage des enfants n'était pas fiable et qu'il fallait l'accueillir avec prudence. L'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoyait qu'avant qu'un enfant soit autorisé à témoigner, le juge devait mener une enquête spéciale pour déterminer s'il comprenait la « nature d'un serment ». Si, de l'avis du juge, l'enfant comprenait la nature d'un serment, il pouvait témoigner sous serment. Si, en revanche, le juge estimait que l'enfant ne comprenait pas la nature d'un serment, ce dernier pouvait être autorisé à témoigner sans serment, s'il était « doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage » et s'il comprenait le devoir de dire la vérité. Dans les cas où l'enfant était autorisé à témoigner sans serment, la Loi disposait que son témoignage devait être corroboré par quelque autre témoignage essentiel et que, à défaut de celui-ci, aucune cause ne pouvait être décidée sur le témoignage sans serment de l'enfant. La règle relative au témoignage sans serment des enfants a été renforcée par une autre règle, que la Cour suprême du Canada a énoncée en 1962 dans l'arrêt *R. c. Kendall*⁹⁶ : chaque fois qu'un enfant témoignait, le juge devait émettre un avertissement contre la recevabilité du témoignage non corroboré de l'enfant, même si celui-ci avait prêté serment. La Cour suprême a déclaré que cette exigence se justifiait en raison de « l'immaturation » des enfants, imputable à leur manque de capacité d'observer les faits, de s'en souvenir, de comprendre les questions et de formuler des réponses.

En 1984, le Comité Badgley a recommandé un changement fondamental dans la loi, afin de permettre aux enfants de s'exprimer en leur nom propre dans les poursuites fondées sur des allégations d'abus sexuels. Les membres du Comité ont été convaincus par leurs recherches que « le peu de foi que l'on attribue aux témoignages des jeunes enfants et le doute jeté sur leur capacité de se souvenir des détails relatifs aux infractions d'ordre sexuel sont largement sans fondement ».⁹⁷ Ils ont observé que, tout comme les adultes, les enfants présentaient d'importantes différences de capacité.⁹⁸ De l'avis du Comité, lier la question de l'habilité à celle de l'âge revenait à ne pas tenir compte des

⁹⁵ À noter que nous traitons ici de la nécessité d'une exigence d'habilité visant précisément les témoins. Le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la diversité, l'égalité et la justice a examiné les questions de savoir s'il fallait conserver le serment religieux obligatoire et si les enfants témoins devaient être tenus de prêter serment avant de témoigner. Ces questions ont été abordées dans les rapports du Groupe de travail.

⁹⁶ *Supra*, note 25.

⁹⁷ *Op. cit.*, note 4, Vol. 1, p. 32

⁹⁸ *Ibid.*, p. 68.

différences cognitives et des différentes phases de développement existant entre les enfants et était inadmissible par principe. Le Comité a conclu qu'il ne devrait y avoir aucune règle spéciale concernant la capacité juridique des enfants de témoigner devant un tribunal et recommandé que leur témoignage soit admissible et qu'on le considère de la même façon que celui des adultes. Il a notamment recommandé de modifier la *Loi sur la preuve au Canada*, la *Loi sur les jeunes contrevenants* et les lois provinciales régissant les témoignages afin qu'elles disposent que :

1. Tout enfant est capable de témoigner devant un tribunal et son témoignage est recevable. La force du témoignage de l'enfant serait une question de poids que doit déterminer le juge ou jury et non une question de recevabilité.
2. Un enfant qui n'a pas la capacité d'expression nécessaire pour répondre à des questions formulées simplement peut être déclaré incapable de témoigner.
3. La cour doit informer le juge ou jury de la nécessité d'être prudent chaque fois qu'il estime qu'une telle mise en garde s'impose.⁹⁹

Il s'agit là d'une des nombreuses recommandations faites par le Comité en vue d'améliorer le traitement des enfants comparaisant dans le cadre de poursuites criminelles à titre de témoins ou de victimes et de réduire le traumatisme qu'ils subissent. L'idée principale des recommandations du Comité relatives à la question de l'habilité était de supprimer les règles traduisant des hypothèses préconçues et injustifiées à propos des enfants et de garantir que le témoignage de ces derniers serait entendu dans la mesure du possible, en exigeant simplement qu'il leur soit permis de relater les faits, de comprendre des questions formulées simplement et d'y répondre. Pas plus que les adultes témoins, les enfants ne devraient être assujettis à des critères d'habilité préliminaires.

En 1988, le projet de loi C-15 a mis en œuvre les recommandations du Comité Badgley en modifiant l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le critère d'habilité était toujours présent, mais sous une forme modifiée. De plus, l'exigence de corroboration qui existait antérieurement à l'égard du témoignage sans serment des enfants a été supprimée, ce qui semble être le signe de l'acceptation de l'argument voulant que les témoignages des enfants ne sont pas intrinsèquement moins véridiques ou fiables que ceux des adultes et qu'ils doivent être étudiés au cas par cas. Toutefois, l'exigence de common law énoncée dans l'arrêt *Kendall* et relative à la mise en garde quant à la corroboration du témoignage a eu cours jusqu'en 1993, année où elle a été abrogée par une modification de l'article 659 du *Code criminel*. De la même manière, la modification apportée au critère d'habilité de la *Loi sur la preuve au Canada* a semblé indiquer un assouplissement des restrictions à la réception du témoignage des enfants en insistant sur la capacité du témoin éventuel de « communiquer les faits dans son témoignage », ce que le Comité Badgley avait défini comme la capacité de répondre à des questions formulées simplement. Cependant, la préservation partielle du critère

⁹⁹ *Ibid.*, p. 373 à 374.

d'habilité, contrairement aux recommandations du Comité Badgley, donne à penser que les préoccupations quant à la fiabilité du témoignage des enfants demeurent.

L'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte donc qu'un témoin âgé de moins de quatorze ans ne peut témoigner avant que le tribunal n'ait procédé à une enquête visant à déterminer s'il comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et s'il est capable de communiquer les faits dans son témoignage. Si le tribunal estime que ces deux conditions sont remplies, le témoin doit témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle. Si le témoin est capable, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, de communiquer les faits dans son témoignage, il peut témoigner en promettant de dire la vérité. Si le témoin n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage, il ne peut témoigner.

Dans l'arrêt *R. c. Marquard*,¹⁰⁰ la Cour suprême du Canada devait déterminer si le juge du procès avait appliqué le critère d'habilité de façon adéquate à l'égard du témoignage d'une enfant âgée de trois ans et demi au moment où sa grand-mère lui aurait fait subir des mauvais traitements. Le juge du procès a permis à l'enfant de témoigner sur promesse de dire la vérité (autrement dit, sans serment), après avoir déterminé qu'elle n'était pas capable de comprendre ce que signifie un serment. La Cour suprême a accueilli le pourvoi à l'encontre de la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Madame le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité, a appliqué aux enfants témoins le critère d'habilité à témoigner traditionnellement réservé aux témoins adultes dont l'habilité a été contestée. Elle a statué que, dans le cas d'un enfant témoin (ou d'un témoin adulte dont l'habilité a été contestée), l'enquête ne se limite pas à la capacité du témoin de communiquer au moment du procès mais porte aussi sur sa capacité d'observer ce qui s'est produit, de se souvenir de ce qu'il a observé et de communiquer ce dont il se souvient.¹⁰¹ La majorité a également approuvé les mises en garde répétées que le juge du procès avait adressées au jury à propos du danger d'accepter le témoignage de l'enfant, qui n'avait pas prêté serment mais témoignait sur promesse de dire la vérité.¹⁰²

Ainsi, la Cour a ajouté deux exigences (la capacité d'observer et la capacité de se souvenir) à la capacité de communiquer prévue à l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ce résultat est intéressant pour deux raisons. D'une part, l'exigence de la capacité de communiquer était une réponse à la recommandation du Comité Badgley voulant que tout enfant devait être autorisé à témoigner s'il était capable de répondre à des questions formulées simplement. Or, cette intention semble avoir été contrariée

¹⁰⁰ (1993), 25 C.R. (4th) 1; 85 C.C.C. (3d) 193 (C.S.C.).

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 10 (C.R.). Antérieurement, comme le souligne Madame le juge L'Heureux-Dubé dans son opinion dissidente, l'habilité à témoigner d'un enfant pouvait être établie en démontrant qu'il était doué d'une « intelligence suffisante » et comprenait le devoir de dire la vérité.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 13-14 (C.R.).

plutôt qu'appuyée par cette décision. D'autre part, bien que la Cour ait auparavant approuvé, dans l'arrêt *R. c. W.(R.)*,¹⁰³ l'abolition de la notion selon laquelle le témoignage des enfants était intrinsèquement peu fiable ou moins fiable que celui des adultes et qu'il fallait par conséquent le traiter avec un soin particulier, elle semble maintenant approuver la mise en garde émise par le juge du procès au motif que l'enfant n'avait pas prêté serment. Madame le juge L'Heureux-Dubé, dissidente, était d'avis que le jugement de la majorité contredisait à la fois l'objectif de la réforme législative et le libellé clair de l'article 16, ainsi que la tendance qui tend à supprimer la présomption que les témoignages des enfants sont moins fiables. Un commentateur a fait la remarque suivante à propos des commentaires approuvateurs de la majorité à l'égard des mises en garde émises par le juge du procès :

L'exigence de corroboration a été abrogée mais, de toute évidence, pour la Cour, un témoignage sans serment donné sur promesse [de dire la vérité] n'a pas la même valeur qu'un témoignage sous serment, et le juge du procès est tenu d'en aviser le jury.¹⁰⁴ [traduit par l'auteur]

D'autres décisions judiciaires ont tenté de venir à bout de l'interprétation du critère d'habilité. Dans l'arrêt *R. c. Caron*,¹⁰⁵ la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que la « capacité de communiquer » signifie plus que la simple capacité de parler. Elle signifie que le témoin est capable de relater indépendamment les points en litige de son témoignage, et pas seulement en réponse à des questions suggestives,¹⁰⁶ et qu'il fait montre d'une volonté de raconter l'essentiel de ce qui lui est arrivé.¹⁰⁷ D'après l'arrêt *Caron*, le fait de ne pas réagir (un obstacle qui ne nuirait qu'au poids à accorder au témoignage d'un adulte) rend un enfant inhabile à témoigner.

La Cour d'appel de l'Ontario a ajouté un autre élément dans son arrêt *R. c. Farley*.¹⁰⁸ On doit se rappeler qu'avant les réformes de 1988, un enfant pouvait témoigner sans serment si le juge était d'avis qu'il comprenait le devoir de dire la vérité et était doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage. Selon le critère d'habilité adopté en 1988, un enfant témoin qui est « capable de communiquer les faits dans son témoignage » peut témoigner sans serment s'il promet de dire la vérité. Dans l'arrêt *Farley*, la Cour d'appel a déclaré que les normes de réception des témoignages donnés sur promesse de dire la vérité, aux termes des nouvelles dispositions législatives, sont les mêmes que celles qui régissaient les témoignages sans serment en vertu de l'ancienne loi. La Cour a statué que, pour permettre à un enfant de témoigner sans serment, le juge du procès doit en arriver à la conclusion que l'enfant comprend l'importance de donner une promesse et de la tenir, autrement dit, qu'il

¹⁰³ *Supra*, note 29.

¹⁰⁴ R.J. Delisle, « Children as Witnesses: The Problems Persist » (1993), 25 C.R. (4th), p. 41.

¹⁰⁵ (1994), 94 C.C.C.(3d) 466; 19 O.R.(3d) 323 (C.A.Ont.).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 326 (O.R.).

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 327 (O.R.).

¹⁰⁸ (1995), 23 O.R. (3d) 445 (C.A.).

comprend ce que signifie le devoir de dire la vérité. La Cour suprême du Canada semble partager cet avis lorsqu'elle insiste sur le fait que les enfants pourraient avoir de la difficulté à comprendre l'obligation imposée par une promesse de dire la vérité.¹⁰⁹

Il semblerait donc que l'interprétation donnée dans l'arrêt *Farley* ramène le droit à son état antérieur, et qu'il soit par conséquent permis de croire que la mise en œuvre de la réforme a eu peu d'effet. La distinction entre les témoignages sous serment et sans serment demeure. En fait, il se pourrait que les exigences auxquelles le témoin doit se conformer pour pouvoir témoigner sans serment aux termes des nouvelles dispositions soient plus difficiles à remplir pour un enfant témoin et qu'elles demandent de sa part un niveau de compréhension supérieur à celui qui existait avant la réforme. Toute tentative supplémentaire visant à légiférer un standard de recevabilité de la preuve rendue sur promesse de dire la vérité pourrait également échouer.

2. Réformes complémentaires des conditions d'habilité à témoigner

De nombreux arguments ont été avancés à l'appui de l'élimination de l'obligation actuelle de tenir une audience en vue de déterminer l'habilité du témoin chaque fois qu'un enfant âgé de moins de quatorze ans est appelé à témoigner dans des poursuites au criminel. En l'absence d'une disposition législative exigeant qu'une enquête soit menée pour déterminer l'habilité de chaque enfant témoin, les facteurs évoqués ci-dessus (la capacité d'observer ce qui s'est produit, de s'en souvenir, de relater indépendamment les faits contestés, etc.) ne devraient pas faire l'objet d'une enquête automatique pour que l'enfant témoin soit autorisé à témoigner. Bien entendu, ces facteurs continueraient à influencer sur le poids à accorder au témoignage, comme c'est le cas pour les témoins adultes.

Il semblerait que l'exigence relative à l'habilité à témoigner qui ne vise que les enfants parte du principe que le témoignage de ces derniers est intrinsèquement moins fiable que celui des adultes et doit être considéré avec méfiance (ce qui revient à une inversion de la charge de la preuve), que les enfants ne sont pas présumés habiles à témoigner et doivent en apporter la preuve. Pourtant, cette hypothèse, qui a déjà été rejetée par les tribunaux, ne trouve aucune justification dans les recherches effectuées dans ce domaine. Selon certaines études concrètes réalisées dans des salles d'audience, les enfants sont dans l'ensemble tout à fait capables d'assumer le rôle de témoin. L'une d'entre elles indique que des observateurs de toutes les parties ont constaté la capacité des enfants de témoigner devant le tribunal dans des circonstances très difficiles.¹¹⁰

Outre les recommandations du Comité Badgley en faveur de l'abrogation des audiences visant à déterminer l'habilité des jeunes enfants à témoigner, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a recommandé, dans un rapport de 1991 intitulé *Report on*

¹⁰⁹ Dans l'affaire *R. c. F (W.J.)*, jugement rendu le 15 octobre 1999 par Madame la juge McLachlin, s'exprimant au nom de la majorité.

¹¹⁰ Voir J.P. Hornick et F. Bolitho, *supra*, note 8, p. 47.

Child Witnesses, l'abolition des critères d'habilité des enfants à témoigner dans les poursuites civiles, ainsi que de toute présomption d'incapacité des enfants témoins. Elle a mentionné des mesures semblables prises en Australie, ainsi que par le gouvernement du Canada et certains États des États-Unis, et l'absence de règles spéciales concernant l'habilité à témoigner des enfants dans bon nombre de pays d'Europe, notamment la France, l'Allemagne de l'Ouest et les pays scandinaves. Elle a cité de nombreuses études prouvant que les enfants sont tout aussi capables que les adultes de donner un récit véridique des faits, et elle a fait remarquer que les témoignages des adultes peuvent aussi être grevés de nombreuses faiblesses que l'on pense caractéristiques des témoignages des enfants.

La Commission a aussi critiqué les réformes apportées par le projet de loi C-15, en affirmant que la nouvelle promesse de dire la vérité ne parvenait pas à résoudre l'incertitude de l'ancien article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* à propos de la distinction entre les témoignages sous serment et les témoignages sans serment. Elle a soutenu que l'abolition de l'exigence de corroboration des témoignages sans serment éliminait la justification de l'enquête visant à établir l'habilité, puisqu'il n'y avait plus de véritable distinction entre les critères de réception des témoignages sous serment, par opposition aux témoignages sans serment. Elle a également fait remarquer que le critère était trop compliqué car il avait pour effet d'ajouter une troisième catégorie de témoignage.

La Commission a conclu que tous les témoins devaient être autorisés à témoigner sur promesse de dire la vérité. Les facteurs qui étaient auparavant pertinents pour résoudre la question de l'habilité, comme la défaillance de la mémoire et les faiblesses de la narration, devraient influencer sur le poids que le juge des faits doit accorder au témoignage. La présomption d'incapacité devrait être remplacée par une présomption d'habilité réfutable, pour traduire les résultats des recherches selon lesquelles les enfants sont aussi fiables que les adultes. La présomption pourrait être réfutée si le témoin tenait des propos incohérents, était incapable de communiquer ou n'était pas sain d'esprit. La Commission en est arrivée à la conclusion que la distinction entre les témoignages sous serment et les témoignages sans serment devait aussi être abolie, étant donné que l'abolition de l'exigence de corroboration nécessite d'accorder le même poids à ces deux sortes de témoignage. Abolir cette distinction permettrait aussi d'éliminer la possibilité que le juge ou le jury tire des inférences défavorables quant à la valeur des témoignages du fait que ceux-ci ont été donnés sous serment ou non. À la suite de ce rapport, l'Ontario a modifié sa *Loi sur la preuve* en 1995 pour qu'elle dispose que « [t]oute personne, quel que soit son âge, est présumée habile à témoigner ».¹¹¹

Les dispositions prévoyant la production en preuve d'enregistrements sur bande vidéo antérieurs d'enfants témoins (voir ci-dessous) viennent confirmer les arguments en faveur d'une présomption d'habilité des enfants témoins au Canada. Sous réserve de certaines conditions, un enregistrement sur bande vidéo est admissible en preuve, sans qu'il soit nécessaire d'établir que le témoin était habile au moment où l'enregistrement a

¹¹¹ *Loi sur la preuve* de l'Ontario, paragraphe 18(1).

été réalisé. On estime que les circonstances entourant l'enregistrement, la déclaration elle-même et la façon dont elle a été faite sont des éléments suffisants pour permettre au tribunal d'évaluer la fiabilité de la déclaration et le poids qui doit lui être accordé. En fait, non seulement aucun voir-dire n'est tenu en vue de déterminer l'habilité du témoin lorsque celui-ci a donné son récit sur bande vidéo (il n'est donc pas nécessaire d'établir sa capacité de percevoir et de se souvenir, etc.), mais il est inutile, pour confirmer le contenu de l'enregistrement, de prouver que l'enfant a observé ce qu'il a déclaré ni qu'il s'en souvenait. Toute question soulevée au sujet de la fiabilité globale de la preuve sera prise en considération par le juge ou le jury dans l'appréciation du poids qui doit être accordé à la déclaration.¹¹²

Il semblerait que le critère d'habilité et son interprétation par les tribunaux ajoutent inutilement de la complexité. La réforme peut avoir eu pour effets imprévus d'accroître, au lieu de le réduire, le traumatisme découlant du traitement des enfants témoins et de poser de nouveaux obstacles à l'admissibilité de leur témoignage. Les audiences préliminaires visant à déterminer si les enfants témoins peuvent rendre un témoignage sont de plus en plus fréquentes et compliquées. Les témoignages sans serment ou donnés sur promesse de dire la vérité continueront d'être marqués au fer rouge.

Certaines autres juridictions donnent des exemples de mesures novatrices qui pourraient être adoptées relativement à l'habilité des enfants à témoigner. Les *Federal Rules of Evidence* des États-Unis prévoient une présomption d'habilité pour tous les témoins et l'*United-States Code* porte qu'un examen visant à déterminer l'habilité d'un enfant ne peut être effectué que si le tribunal juge, d'après le dossier, qu'il existe des raisons impérieuses de le faire. L'âge de l'enfant ne constitue pas, en soi, une raison impérieuse. L'examen visant à déterminer l'habilité d'un enfant ne doit pas avoir lieu en présence d'un jury, et les questions posées à cette occasion doivent être adaptées à son âge et à son niveau de développement, ne pas porter sur les points en litige faisant l'objet de l'instruction et accorder une importance particulière à la capacité de l'enfant de comprendre des questions simples et d'y répondre.¹¹³

Certains États des États-Unis sont allés plus loin que l'abolition des présomptions d'incapacité par voie législative : ils ont adopté des dispositions particulières pour les enfants victimes de mauvais traitements. Par exemple, l'État du Connecticut a prévu ce qui suit :

Nul témoin ne saurait être déclaré inhabile à témoigner d'office en raison de son âge. Tout enfant qui est victime d'agression, d'agression sexuelle ou d'abus sexuel est habile à témoigner sans qu'il soit nécessaire de déterminer son habilité au préalable. Il incombe au juge ou au jury d'apprécier la crédibilité du témoin et le poids qui doit être accordé à la preuve.¹¹⁴ [traduit par l'auteur]

¹¹² *R. c. F.(C.C.)* (1997), 120 C.C.C. (3d) 225; 154 D.L.R. (4th) 13 (C.S.C.).

¹¹³ *Federal Rules of Evidence*, rule 601; USCA # 3509(c) (Supp. West: 1997).

¹¹⁴ Conn. Gen. Stat. Ann. s. 54-86h (West 1994).

L'Angleterre a aussi adopté une loi sur la justice pénale abolissant les exigences relatives à l'habilité à témoigner qui s'appliquaient jusqu'alors aux enfants.¹¹⁵ Aux termes de la nouvelle loi, l'enfant témoin n'est plus tenu, pour être autorisé à témoigner dans le cadre de poursuites au criminel, de se présenter à une audience en vue de déterminer son habilité. Au contraire, la loi dispose que le témoignage d'un enfant « est reçu à moins que le tribunal ne juge l'enfant incapable de rendre un témoignage compréhensible »¹¹⁶ [traduit par l'auteur]. L'obligation faite au tribunal d'être convaincu que l'enfant comprend le devoir de dire la vérité a été supprimée,¹¹⁷ et nul enfant n'est tenu de promettre de dire la vérité ni le tribunal de lui adresser une mise en garde à cet égard. Enfin, la loi dispose que les enfants âgés de moins de quatorze ans donnent leur témoignage sans serment.

Éliminer l'exigence d'une audience en vue de déterminer l'habilité mettrait les enfants témoins sur un pied d'égalité avec les témoins adultes. Le tribunal entendrait leur témoignage, puis évaluerait sa fiabilité et sa crédibilité. Un commentateur a fait la remarque suivante :

Si un enfant est trop immature pour comprendre la différence entre la vérité et le mensonge ou pour l'expliquer, le bon sens nous impose d'accueillir avec prudence ce qu'il nous dit. Mais cela ne veut pas dire que nous devons simplement refuser d'écouter, surtout si l'enfant semble être la victime d'un acte criminel et que, mis à part le contrevenant, il en est l'unique témoin. Pourtant, c'est bien là l'effet de l'exigence relative à l'habilité à témoigner [...].

Quel que soit notre scepticisme à l'égard du témoignage des enfants, celui-ci n'est sûrement pas dépourvu de toute valeur, même s'il émane d'un enfant en bas âge, et c'est pourquoi il vaut la peine de le soumettre au tribunal [...].¹¹⁸
[Traduit par l'auteur]

¹¹⁵ *Criminal Justice Act 1991*, paragraphes 52(1) et (2), modifiant la *Criminal Justice Act 1988* (en ajoutant l'article 33A) et la *Children and Young Persons Act 1933*, paragraphe 38(1). Pour une discussion des modifications apportées au droit relatif à l'habilité par les modifications de 1991, voir J.R. Spencer et R.H. Flin, *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*, 2^e éd. (Glasgow : Blackstone Press Ltd., 1993), pp. 62-65. La loi a été modifiée de nouveau en 1995 par l'article 168 et le paragraphe 33 de l'annexe 9 de la *Criminal Justice and Public Order Act 1994*, modifiant la *Criminal Justice Act 1988* (en ajoutant le paragraphe 33A(2A)).

¹¹⁶ Dans l'affaire *D.P.P. c. M.*, [1997] 2 Cr. App. R. 70 (Q.B. Div. Ct.), la cour a statué qu'un enfant est capable de donner un témoignage intelligible s'il peut comprendre les questions et y répondre de façon cohérente et intelligible (à la p. 75).

¹¹⁷ Voir *G. c. D.P.P.*, [1997] 2 Cr. App. R. 78 (Q.B. Div. Ct.). Dans cette affaire, la cour a aussi statué que l'expression « témoignage intelligible » s'entend simplement d'un témoignage susceptible d'être compris, et que l'avis d'un expert est inutile pour déterminer si un enfant est capable de donner un témoignage intelligible.

¹¹⁸ J.R. Spencer et R.H. Flin, *supra*, note 123, pp. 54 et 56.

Le paragraphe 16(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* énonce la procédure à suivre lorsque la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans est mise en question. L'auteur de la contestation doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. Si la présomption d'incapacité qui frappe les enfants de moins de quatorze ans était abrogée, ce paragraphe pourrait régir tous les cas de contestation de la capacité des témoins. Les motifs légitimes de contestation pourraient reprendre ceux du rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, dont l'incohérence et l'incapacité de communiquer.

La *Loi sur la preuve* de l'Ontario conserve le serment et la promesse de dire la vérité. Toutefois, si un éventuel témoin âgé de moins de quatorze ans ne comprend ni la nature du serment ni ce que dire la vérité signifie, le tribunal peut admettre son témoignage s'il est d'avis que celui-ci est suffisamment fiable et que l'enfant est capable de le communiquer.

L'article 714.5 du *Code criminel* autorise désormais la recevabilité, au Canada, de la déposition qu'un témoin a faite à l'extérieur du Canada, s'il a déposé sous serment, sous affirmation ou « de toute autre façon prouvant qu'il comprend l'obligation de dire la vérité ».¹¹⁹

Si le choix de témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle n'est pas conservé ou, s'il est conservé, un enfant est incapable de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, on peut toujours se demander si l'enfant témoin devrait être tenu d'indiquer, d'une façon ou d'une autre, qu'il comprend l'importance de donner un récit complet et précis de ce qui s'est produit. Il n'existe aucune exigence de la sorte en Angleterre, et l'on pourrait adopter la même position au Canada à l'égard des poursuites au criminel. Une autre possibilité consisterait à permettre aux enfants de témoigner après avoir été avertis par le juge de donner un récit complet et véridique des faits.¹²⁰

Enfin, il nous faut parler brièvement de la corroboration. Comme nous l'avons déjà indiqué, un certain nombre de tribunaux émettent toujours des mises en garde à propos du danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage

¹¹⁹ L.C. 1999, chap. 18, art. 95, entré en vigueur le 17 juin 1999.

¹²⁰ Tout en recommandant que les exigences d'habileté des enfants témoins soient supprimées et que ces derniers témoignent sans serment, l'Advisory Group on Video Evidence d'Angleterre a déclaré ce qui suit : « Bien que nous ne jugions pas qu'une exigence formelle soit nécessaire à cet égard, nous estimons que les juges pourraient trouver utile d'aviser les enfants de donner un récit complet et véridique de ce qui s'est produit, dans un langage qui convienne à leur âge et à leur niveau de compréhension. Ils pourraient leur dire : 'Dis-nous tout ce que tu sais sur ce qui s'est passé. N'invente rien et ne laisse rien de côté. C'est très important.' » [traduit par l'auteur] : *Report of the Advisory Group on Video Evidence* (Home Office, Londres, décembre 1989; Monsieur le juge Thomas Pigot, c.r., président), pp. 50-51.

non corroboré et sans serment d'un enfant, malgré l'abrogation des exigences formelles à cet égard. Pourtant, le fardeau de la preuve qui pèse sur le poursuivant dans les affaires où des enfants sont les victimes est le même que dans les autres affaires au criminel, à savoir la preuve de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il s'agit là d'une norme exigeante, à laquelle il peut être difficile de satisfaire dans les dossiers qui s'appuient sur le témoignage d'un seul témoin.¹²¹ Même en l'absence d'exigences de corroboration particulières ou de mises en garde à cet égard, il est peu probable que les juges et les jurés condamneront un accusé sur la foi du témoignage non corroboré d'un enfant, à moins que ce témoignage ne soit crédible et convaincant. On peut donc prétendre que le fardeau de la preuve donne à l'accusé toute la protection dont il a besoin dans les cas où le témoignage sans serment d'un enfant constitue la seule preuve du crime.

B. Modes de présentation des témoignages d'enfants

1. Témoignage à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran

Contexte

Le paragraphe 486(2.1) du *Code criminel* permet au plaignant ou à un témoin âgé de moins de dix-huit ans de témoigner à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran ou dispositif qui lui permet de ne pas voir l'accusé. Ces dispositions visent à remédier aux situations où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que l'enfant plaignant ou témoin soit intimidé par la présence de l'accusé, ou que celle-ci ait sur lui un effet indésirable pouvant le gêner dans sa déposition. Pour témoigner de cette façon, il faut demander une ordonnance au juge.

L'ordonnance est rendue seulement si un certain nombre de conditions sont remplies :

- 1) l'accusé doit être inculpé de l'une des infractions désignées, soit une agression ou une infraction sexuelle, y compris l'agression sexuelle, les contacts sexuels, l'incitation à des contacts sexuels, l'exploitation à des fins sexuelles, l'exhibitionnisme et le fait d'infliger des lésions corporelles;
- 2) le plaignant ou témoin doit être un enfant âgé de moins de dix-huit ans au moment du procès ou de l'enquête préliminaire;

¹²¹ Voir, par exemple, les commentaires de la cour sur l'improbabilité d'obtenir une condamnation sur la foi du témoignage non corroboré d'un enfant, même si le juge le croit, parce que généralement, ce genre de témoignage ne permet pas de s'acquitter du fardeau de la preuve : K. Makin, « Some sex-assault trials abuse children again: judge », *Globe and Mail* (Toronto), le 18 mai 1998, pp. A1 et A23.

- 3) le juge doit être d'avis que l'exclusion est nécessaire pour obtenir du témoin ou du plaignant qu'il donne « un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation »;
- 4) si le témoin témoigne à l'extérieur de la salle d'audience, l'accusé, le juge et le jury doivent avoir la possibilité d'assister au témoignage par télévision en circuit fermé « ou par un autre moyen », et l'accusé doit pouvoir communiquer avec son avocat pendant le témoignage.

Dans l'arrêt *R. c. Levogiannis*,¹²² la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité du paragraphe 486(2.1) en déclarant à l'unanimité que le processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité et que le témoignage de tous les participants à des poursuites judiciaires doit être donné de la façon la plus propre à faire éclater la vérité. La Cour a reconnu que, dans bien des cas, le processus judiciaire néglige les enfants, surtout ceux victimes de mauvais traitements, qui se voient de nouveau traumatisés en raison de leur participation au processus judiciaire, et que l'obligation de témoigner devant ceux qu'ils accusent occasionne souvent aux jeunes plaignants un stress énorme. L'objectif du paragraphe 486(2.1), qui est la recherche de la vérité, serait plus facile à atteindre si les jeunes victimes pouvaient se concentrer sur leur témoignage plutôt que sur les difficultés qu'ils éprouvent à faire face à l'accusé.¹²³

La Cour suprême a aussi tranché une question soulevée à propos de la violation, par le paragraphe en cause, du droit de l'accusé de confronter son accusateur, faisant remarquer qu'aux États-Unis, où il est consacré par la Constitution, la Cour suprême a statué que l'intérêt de l'État au bien-être physique et psychologique des enfants victimes d'abus peut l'emporter sur ce droit.¹²⁴ La Cour suprême du Canada a déclaré que le juge du procès dispose d'une latitude considérable lorsqu'il décide d'autoriser le recours à cette procédure, et que la preuve produite relativement à la question de savoir s'il faut permettre le témoignage à l'extérieur de la salle d'audience « n'a pas à être présentée sous une forme particulière ». Le juge du procès n'est pas tenu de conclure que l'enfant est en proie à un « stress exceptionnel et démesuré ».¹²⁵

La Cour suprême a accordé une attention particulière à l'importance de recevoir les témoignages les plus fiables qui soient. Elle a reconnu que des mesures visant à réduire le traumatisme subi par les enfants témoins pour leur permettre de présenter leur témoignage le plus efficacement possible iraient dans le sens de l'objectif de recherche de la vérité. Toutefois, comme l'a fait remarquer la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son *Report on Child Witnesses*, la réduction du stress occasionné au témoin n'est pas un objectif explicite de la loi. Même dans des circonstances où le fait de témoigner en présence de l'accusé causerait un préjudice psychologique au témoin, celui-ci n'a pas le droit de témoigner derrière un écran ou par télévision à circuit fermé s'il est

¹²² *Supra*, note 29.

¹²³ *Ibid.*, p. 331, 333 (C.R.).

¹²⁴ *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157, p. 3167 (1990).

¹²⁵ *Supra*, note 29, p. 338 (C.R.).

quand même capable de donner au tribunal un récit « complet et franc » de ce qui s'est produit.¹²⁶

Certains tribunaux ont interprété de façon restrictive le critère permettant l'usage de l'écran. Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le juge du procès avait commis une erreur en permettant à une plaignante âgée de douze ans de témoigner derrière un écran, parce qu'il était ressorti du voir-dire qu'elle hésitait à témoigner devant de nombreuses personnes et l'accusé, plutôt qu'à donner un récit complet et franc face à l'accusé. L'écran n'était donc pas « nécessaire » pour que l'enfant donne un récit complet et franc.¹²⁷

D'aucuns se sont inquiétés du fait que le voir-dire exigé à l'heure actuelle peut devenir compliqué et demander le témoignage et le contre-interrogatoire des parents, d'amis, de travailleurs sociaux et de psychologues à propos de la nature, de la portée et de la signification de la peur et du traumatisme subis par l'enfant.¹²⁸ L'enfant peut être appelé à exprimer clairement la nature de ses peurs, ce qui, en soi, peut aggraver le traumatisme.

D'autres se sont dits préoccupés des effets de l'utilisation d'écrans dans une affaire donnée. Certains poursuivants estiment que les écrans détournent l'attention des enfants ou qu'ils sont difficiles à manipuler, et ils choisissent de s'en passer. Certains estiment que le critère énoncé dans le paragraphe pose un obstacle considérable à l'utilisation de ces dispositifs, et ils préfèrent éviter d'entreprendre cette démarche. D'autres préfèrent ne pas se servir de ces dispositifs parce qu'ils ont l'impression que le témoignage donné par l'enfant en face de l'accusé ou devant le jury a davantage de force; d'autres encore craignent que le juge ne tire une inférence défavorable à l'enfant du fait que celui-ci semble avoir peur de faire face au tribunal ou à l'accusé. Par ailleurs, certains avocats de la défense laissent entendre que l'utilisation d'écrans peut, au contraire, être préjudiciable à l'accusé, en donnant l'impression que l'enfant a de bonnes raisons d'en avoir peur.

La recherche montre que l'application de cette disposition dans la pratique varie considérablement dans l'ensemble du pays.¹²⁹ Dans la plupart des emplacements, il faut prendre des arrangements au cas par cas pour les locaux et le matériel; or, ce côté logistique de la préparation des procès est à la fois long et coûteux. Même aux emplacements où une télévision en circuit fermé a été installée et est utilisée, il se peut qu'on ne se serve pas de ces installations dans les affaires où des enfants sont appelés à témoigner.

¹²⁶ Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Child Witnesses* (Toronto : Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1991), p. 74.

¹²⁷ *R. c. M.(P.)* (1990), 42 O.A.C. 153, 1 O.R. (3d) 341 (C.A.).

¹²⁸ Voir J. Castel, « The Use of Screens and Closed Circuit Television in the Prosecution of Child Sexual Abuse Cases » (1992) 10 Can. J. Fam.L. 283, p. 288.

¹²⁹ V. Schmolka, *supra*, note 93, pp. 63-64.

En revanche, une étude du London Child Witness Project sur les effets des réformes de 1988, publiée en 1993,¹³⁰ a indiqué, tout en admettant que ces dispositifs étaient rarement utilisés, que les enfants qui avaient témoigné derrière un écran « étaient heureux qu'on leur ait accordé cette concession »¹³¹ [traduit par l'auteur]. Les deux tiers des 144 enfants interrogés à l'occasion de cette étude ont déclaré que le fait de ne pas voir le défendeur leur aurait facilité les choses.¹³²

Il existe deux justifications de principe à l'utilisation systématique d'écrans et de la télévision en circuit fermé pour les enfants en bas âge et les adolescents : les enfants en bas âge ont besoin d'attentions particulières pour pouvoir donner leur récit au tribunal de la façon la plus complète possible. Pour les enfants plus âgés ou les adolescents, le raisonnement est différent. Ce que nous savons du développement psychologique et émotionnel des adolescents donne à penser que le traumatisme qu'ils subissent a non seulement à voir avec leur crainte de l'accusé, mais aussi avec la honte et la mortification liées aux révélations « publiques » qui sont parfois demandées à l'audience. Toutefois, étant donné que certains tribunaux mettent l'accent sur la peur de l'accusé et l'interprétation du terme « nécessaire » lorsqu'ils décident s'il y a lieu de permettre l'usage des aides au témoignage, ils peuvent estimer que ce traumatisme ne satisfait pas au critère actuel.

Possibilités de modification

On pourrait envisager plusieurs possibilités de réforme des règles relatives à l'utilisation d'écrans et aux témoignages à l'extérieur de la salle d'audience pour les enfants témoins afin d'améliorer le traitement de ces derniers et de faciliter la réception de leur témoignage.

La modification du libellé du critère permettant de recourir à ces procédures pourrait être étudiée. Elle pourrait préciser que ces aides au témoignage sont disponibles si au moins une des deux conditions suivantes est remplie : soit que cela aiderait l'enfant à donner un récit complet et franc des faits en cause, soit que cela servirait son intérêt véritable. La peur de l'accusé ou le traumatisme occasionné par le témoignage devant le tribunal, entre autres, seraient deux facteurs à l'appui d'une demande dans ce sens.

Cette double solution a plusieurs modèles. Le critère prévu par la *Loi sur la preuve* de l'Ontario demande seulement que le tribunal soit « d'avis que le fait de procéder ainsi aidera vraisemblablement le témoin à donner un témoignage complet et exact ou est dans l'intérêt véritable du témoin ».¹³³ Dans son *Report on Child Witnesses*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario fait référence à la législation du

¹³⁰ Child Witness Project, *Three Years After the Verdict* (London, Ontario : London Family Court Clinic Inc., 1993).

¹³¹ *Ibid.*, p. 119.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Loi sur la preuve* de l'Ontario, article 18.4.

Territoire de la capitale de l'Australie, qui dispose que le tribunal peut ordonner qu'un enfant témoigne au moyen d'une télévision en circuit fermé « [s'il] est probable que l'on pourrait mieux déterminer les faits en utilisant ce dispositif » ou si « [le tribunal] est convaincu que l'enfant subira un préjudice psychologique ou émotionnel s'il est obligé de témoigner dans la salle d'audience »¹³⁴ [Traduit par l'auteur].

Étant donné les préoccupations exprimées à propos de la complexité de la preuve qu'il faut produire à l'appui d'une demande d'utilisation de ces procédures, et compte tenu du fait que la nécessité de tenir un voir-dire peut empêcher leur utilisation, on pourrait envisager d'éliminer les exigences actuelles de la demande et de les remplacer par un droit plus automatique. Les enfants pourraient avoir le droit, sur demande, de témoigner au moyen d'une télévision en circuit fermé ou derrière un écran, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge d'ordonner une autre méthode. Il semblerait que cette condition soit nécessaire si des modifications devaient être apportées au processus, car il s'agit d'un des éléments clés de l'arrêt *Levogiannis*, dans lequel la Cour suprême a approuvé la procédure actuelle.

La justification de ces aides au témoignage, soit l'obtention d'un « récit complet », ainsi que l'objectif de réduction du traumatisme, pourraient militer en faveur d'une accessibilité de base. Toutefois, si ces dispositifs devenaient accessibles automatiquement, on peut se demander s'il ne conviendrait pas de ramener l'âge maximal au-dessous de dix-huit ans. On a fait valoir qu'il y a fort peu de raisons de s'attendre à ce que la plupart des personnes âgées de seize ou dix-sept ans, par exemple, soient à ce point traumatisées par leur comparution devant le tribunal que la cohérence de leur témoignage en souffre. Pour ce qui est des enfants plus âgés, des écrans ou la télévision en circuit fermé devraient être accessibles sur demande, si le juge est convaincu que cela permettra vraisemblablement d'obtenir une divulgation complète ou que cela est dans le meilleur intérêt du témoin.

Certaines juridictions sont même allées plus loin en rendant obligatoire le recours à des dispositifs comme les écrans et la télévision en circuit fermé pour certains enfants témoins. La Nouvelle-Galles du Sud, où des salles spécialement équipées d'appareils de liaison télévisuelle ont été installées pour que les enfants qui témoignent ne puissent voir que la personne qui leur parle, offrent un exemple de cette solution. La loi de cet État porte que, dans toute poursuite au criminel où il est allégué que l'accusé a commis une « agression contre la personne » d'un enfant âgé de moins de dix ans, l'enfant témoigne par télévision en circuit fermé.¹³⁵

Une autre possibilité consisterait à rendre les dispositifs obligatoires pour les enfants témoins au-dessous d'un âge déterminé et accessibles aux adolescents au-dessus de cet âge pour l'un ou l'autre des motifs susmentionnés, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge.

¹³⁴ *Supra*, note 124, p. 81, faisant référence à l'*Evidence (Closed Circuit Television) Ordinance 1989* (Territoire de la capitale de l'Australie).

¹³⁵ *Crimes Act 1900*, (N.-G.S.), art. 405D.

Les dispositions actuelles visent uniquement les enfants plaignants et témoins qui témoignent en ce qui concerne des infractions sexuelles et certains types d'agression déterminés. Or, il se peut que les enfants plaignants ou témoins de toutes les autres infractions avec violence soient également traumatisés et gênés dans leur témoignage. On pourrait donc envisager d'offrir ces dispositifs plus généralement dans le cadre des poursuites intentées contre d'autres infractions, notamment les infractions avec violence et celles qui causent préjudice à des enfants. Une autre possibilité consisterait à les offrir à tous les enfants au-dessous d'un certain âge, sans égard à l'infraction.

Parmi les autres mesures que l'on pourrait prendre pour favoriser une utilisation plus fréquente et régulière de ces procédures, mentionnons l'aménagement d'installations réservées aux affaires comportant des enfants témoins ou plaignants.

Lorsqu'un écran ou une télévision en circuit fermé est utilisé, il pourrait être utile que le juge explique au jury que la loi prévoit l'utilisation de ces dispositifs dans le cas d'enfants témoins, de façon à apaiser les inquiétudes éventuelles du jury, qui pourrait penser que la procédure « n'est pas très catholique ».

2. Utilisation d'enregistrements sur bande vidéo

a. Déclarations et entrevues sur bande vidéo

Contexte

L'article 715.1 du *Code criminel*, adopté en 1988 à la suite de la réforme (projet de loi C-15), puis modifié encore une fois pour en étendre la portée, prévoit l'admissibilité d'enregistrements sur bande vidéo antérieurs d'enfants témoins. Voici le libellé actuel de l'article :

715.1 Dans des poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 163.1, 170, 171, 172, 173, 210, 211, 212, 213, 266, 267, 268, 271, 272 ou 273 et qui aurait été commise à l'encontre d'un plaignant ou d'un témoin, selon le cas, alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement sur bande vidéo réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et le montrant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve s'il confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

Dans l'arrêt *R. c. L.(D.O.)*,¹³⁶ la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de cette disposition, en déclarant qu'elle constituait une réaction contre la domination et le pouvoir que les adultes, à cause de leur âge, ont sur les enfants. La disposition était conçue pour répondre aux besoins et protéger les intérêts des jeunes victimes de différentes formes d'agression sexuelle, indépendamment de leur sexe, rendre

¹³⁶ *Supra*, note 29.

la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, et favoriser la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.¹³⁷ La Cour a également déclaré que l'admission d'un témoignage sur bande vidéo ne porte pas atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par oui-dire et des déclarations antérieures compatibles. Selon elle, la disposition était compatible avec les principes de justice fondamentale parce que le juge conserve le pouvoir discrétionnaire d'épurer ou de refuser d'admettre en preuve un enregistrement sur bande vidéo si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. La Cour a aussi statué que l'âge maximal de dix-huit ans comme limite de l'admissibilité à cette procédure n'était pas arbitraire, mais compatible avec les lois qui fixent l'âge de la majorité et avec la vulnérabilité particulière des jeunes victimes.¹³⁸

Madame le juge L'Heureux-Dubé, dans des motifs concordants, a développé un certain nombre de questions soulevées par cette innovation législative. Selon elle, les enfants victimes qui tentent d'obtenir justice doivent encore surmonter des barrières dans l'appareil judiciaire. Leur situation particulière, à savoir le rapport de force inégal entre la victime et l'agresseur, combiné au fait qu'il n'y a vraisemblablement aucun autre témoin du crime que l'assaillant et sa jeune victime, fait en sorte de limiter la recherche de la vérité dans le processus judiciaire. L'objet de la disposition est d'aider à découvrir la vérité en faisant en sorte que le récit de l'enfant soit porté à la connaissance de la cour, en mettant l'accent tout spécialement sur les besoins des enfants et la protection particulière qu'il faut leur accorder pour exposer cette vérité, et en diminuant la tension imposée aux enfants obligés de témoigner en détail à plusieurs reprises sur les incidents.

Lors de l'adoption de cette mesure, les témoignages devant le comité parlementaire ont laissé entendre que le fait d'admettre en preuve la déclaration antérieure donnerait au tribunal un récit plus exact et plus complet de ce qui s'était produit, et que la déclaration recueillie dans un cadre familial et moins pénible, peu de temps après l'incident, serait plus crédible. Pour faire en sorte que le tribunal dispose de preuves aussi fiables et complètes que possible, le témoin peut se reporter à l'enregistrement même s'il se souvient des détails de l'incident, et l'enregistrement peut étayer le témoignage du témoin qui de la difficulté à s'exprimer ou dont la mémoire est défaillante au procès, quelle qu'en soit la cause. Le fait que l'enfant soit tenu de témoigner permet de répondre aux arguments selon lesquels il est impossible de contre-interroger l'enfant après qu'il a fait sa déclaration : une fois que le témoin a confirmé sa déclaration, celle-ci fait partie intégrante de son témoignage, comme si elle avait été faite devant le tribunal.¹³⁹

L'arrêt *L.(D.O.)* peut aussi présenter un intérêt pour les accusés. Il établit en effet que l'accusé a le droit de visionner avant le procès tout enregistrement d'une entrevue de l'enfant qui est en la possession de la police. De plus, l'accusé peut produire en preuve l'enregistrement de l'entrevue de l'enfant pour montrer l'incompatibilité entre les déclarations contenues dans l'enregistrement et celles faites par l'enfant à l'audience,

¹³⁷ *Ibid.*, p. 291 (C.R.).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, pp. 301-318 (C.R.).

même si le ministère public ne cherche pas à faire admettre cet enregistrement en preuve aux termes de l'article 715.1.¹⁴⁰

Les avantages que procure l'utilisation de déclarations enregistrées sur bande vidéo sont donc les suivants : (i) comme le témoignage a été « cristallisé » peu de temps après l'incident en cause, il est vraisemblable qu'il contiendra un récit plus complet et plus frais à l'esprit du témoin; (ii) bien que les enfants soient toujours assujettis au contre-interrogatoire, le recours à un enregistrement sur bande vidéo peut leur épargner l'obligation de réitérer leur récit devant le tribunal. La bande vidéo est visionnée dans la salle d'audience, puis le juge demande à l'enfant s'il se rappelle avoir fait la déclaration et s'il la confirme.¹⁴¹

Il semblerait que l'acceptation très répandue et l'usage fréquent des enregistrements sur bande vidéo (contrairement à la permission d'utiliser des écrans et la télévision en circuit fermé) soient fondés sur des considérations pratiques : le fait de visionner une bande vidéo ne demande pas un grand effort d'adaptation au juge et aux avocats. Contrairement à la télévision en circuit fermé, il ne requiert pas une réorganisation matérielle trop importante ni la formation des employés du tribunal à l'utilisation des appareils. En outre, comme l'usage d'enregistrements sur bande vidéo (comme des confessions sur bande vidéo) est devenu plus courant dans les affaires au criminel, l'idée de recevoir des témoignages de cette façon n'est pas nouvelle et ne se limite pas aux témoignages d'enfants.

Les questions soulevées par la jurisprudence à l'heure actuelle en ce qui concerne cet article tournent autour d'interrogations sur ce qui constitue une « confirmation » de l'enregistrement sur bande vidéo ou ce qu'est le délai « raisonnable » dans lequel l'enregistrement doit être réalisé après la perpétration de l'infraction reprochée. Certaines préoccupations d'ordre technique ont également été soulevées, par exemple la mauvaise qualité des entrevues ou le manque d'homogénéité des protocoles utilisés pour produire les enregistrements sur bande vidéo.

Dans un récent arrêt, *R. c. F.(C.C.)*,¹⁴² la Cour suprême du Canada a été saisie de l'exigence de confirmation prévue à l'article 715.1 et de son effet sur l'admissibilité en preuve de l'enregistrement vidéo, si l'enfant rend à l'audience un témoignage qui contredit les déclarations contenues dans l'enregistrement. La Cour d'appel de l'Ontario avait statué qu'une contradiction reviendrait à un désaveu de la partie en cause de la déclaration et que, par conséquent, la partie de la bande vidéo contenant la contradiction

¹⁴⁰ N. Bala et H. McCormack, « Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses », 25 C.R. (4th) 341, p. 346.

¹⁴¹ L'expérience montre que, dans certains cas, le fait de visionner l'enregistrement sur bande vidéo à l'audience peut raffermir la confiance de l'enfant. Certains comptes rendus isolés indiquent que ces enregistrements réduisent le temps passé par les enfants à la barre des témoins et qu'en règle générale, le contre-interrogatoire des avocats de la défense prend moins de temps lorsque l'article 715.1 est invoqué.

¹⁴² *Supra*, note 112.

ne pouvait pas être utilisée pour prouver la véracité de cette partie de la déclaration. La Cour suprême du Canada n'a toutefois pas souscrit à cette opinion.

Se reportant aux conclusions auxquelles elle avait abouti au sujet de l'objectif de la disposition dans son arrêt précédent *R. c. L.(D.O.)*, la Cour a statué qu'une bande vidéo est généralement plus précise qu'un témoignage à l'audience et qu'elle accroît la capacité du tribunal de découvrir la vérité. La Cour a réitéré les avantages que procure l'admission en preuve d'un enregistrement sur bande vidéo dans la réalisation des objectifs de recherche de la vérité et de réduction du traumatisme occasionné à l'enfant. Elle a indiqué que lorsque des voies de fait ont été commises sur un enfant de trois ou quatre ans, un compte rendu vidéo est peut-être le seul moyen de présenter le témoignage de l'enfant, qui peut très bien n'avoir conservé que très peu de souvenirs concrets des événements deux ans plus tard. La Cour a également cité les déclarations faites, au moment de la deuxième lecture du projet de loi C-15 au Parlement, selon lesquelles l'objectif de la disposition était de donner au tribunal la meilleure description possible de l'incident et de recueillir le récit de l'enfant à un moment où les événements sont encore frais à son esprit.

En ce qui concerne le critère de confirmation en tant que tel, la Cour a déclaré qu'il suffisait pour y satisfaire que l'enfant se souvienne d'avoir fait la déclaration enregistrée sur bande vidéo et qu'il déclare s'être efforcé de dire la vérité à ce moment-là. L'enfant n'est pas tenu d'attester l'exactitude et le contenu de sa déclaration antérieure. Étant donné l'objectif de l'article 715.1, toute défaillance de la mémoire de l'enfant lors de son témoignage, qu'elle soit due au traumatisme causé par l'environnement de la salle d'audience ou à l'émotion, accroît le besoin de prendre en considération la déclaration enregistrée sur bande vidéo. La Cour a fait observer que les enfants, particulièrement les plus jeunes, ont tendance à oublier les détails avec le temps, et qu'un enregistrement réalisé peu de temps après l'événement a plus de chance d'être fidèle. Elle a rejeté l'argument selon lequel on ne peut pas utiliser l'enregistrement si le témoin garde un souvenir indépendant de l'incident, et soutenu que la combinaison de la bande vidéo et du témoignage rendu devant le tribunal pouvait donner une version plus complète des faits. La question principale est celle de la fiabilité de la déclaration enregistrée, et l'article intègre des garanties à cet égard. L'enregistrement sur bande vidéo montre le comportement du témoin au moment de sa déclaration et peut donc remédier à l'absence de possibilité de le contre-interroger à propos d'incidents qu'il a oubliés. Si l'enfant n'a aucun souvenir indépendant, on peut donner au juge et au jury une mise en garde spéciale contre les risques que comporterait le fait de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi seulement de l'enregistrement sur bande vidéo.

Une fois que le juge du procès a statué que la déclaration a été confirmée, l'enregistrement devient un témoignage sur les événements qui y sont décrits, comme si l'enfant faisait les déclarations contenues dans l'enregistrement en salle d'audience. L'enregistrement ainsi confirmé devrait, avec le témoignage rendu au procès, constituer le témoignage en chef. Toute question qui est soulevée au sujet des circonstances dans lesquelles l'enregistrement a été fait, de la véracité des déclarations ou de leur fiabilité globale de la preuve sera prise en considération par le juge ou le jury dans l'appréciation

du poids qui doit y être accordé. Le fait que le témoin contredise certaines parties de l'enregistrement durant le contre-interrogatoire ne les rend pas inadmissibles en preuve, mais il se peut que l'on y accorde moins de poids. En revanche, le juge ou le jury peut conclure que l'enregistrement sur bande vidéo est plus fiable et le préférer au témoignage. Enfin, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour écarter l'enregistrement sur bande vidéo si le préjudice que pourrait causer son admission en preuve l'emporte sur sa valeur probante.

Possibilités de modification

Plusieurs questions se posent à la suite des décisions judiciaires rendues à propos de l'objectif et de l'application de l'article 715.1.

Étant donné la position adoptée par la Cour suprême, qui a insisté tout particulièrement sur les garanties de fiabilité inhérentes à un enregistrement sur bande vidéo réalisé conformément aux conditions prévues à l'article 715.1, on peut se demander s'il est toujours nécessaire que l'enfant confirme sa déclaration officiellement. Dans l'affaire *R. c. F. (W.J.)*, l'enfant témoin subissait un tel choc émotif qu'il était incapable de témoigner ni de donner sa confirmation à l'enregistrement sur bande vidéo.¹⁴³ La *Loi sur la preuve* de l'Ontario dispose qu'un enregistrement sur bande vidéo peut être admis en preuve si le tribunal est d'opinion que « le fait de procéder ainsi aidera vraisemblablement le témoin à donner un témoignage complet et exact ou est dans l'intérêt véritable du témoin ».¹⁴⁴

En revanche, on peut faire valoir que le critère de confirmation n'est pas indûment exigeant, car l'enfant n'a pas besoin de se rappeler qu'il a fait la déclaration et n'est pas tenu d'attester sa véracité et son contenu. En fait, la confirmation de la déclaration par l'enfant à l'audience pourrait très bien accroître sa crédibilité.

On peut également se demander s'il y a lieu de mettre la procédure de déclaration par enregistrement sur bande vidéo à la disposition de tous les enfants témoins dans les poursuites criminelles, quelle que soit l'infraction en cause. Dans son *Report on Child Witnesses*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario s'est déclarée en faveur de l'élargissement de l'admissibilité des entrevues d'enfants témoins enregistrées sur bande vidéo, sous réserve du pouvoir discrétionnaire du juge.¹⁴⁵ L'argument avancé par la Commission à l'appui de cet élargissement était que la procédure donne des preuves fiables, limite le nombre de répétitions du témoignage et la préparation de l'enfant, apaise les inquiétudes quant au risque de défaillance de la mémoire de l'enfant et encourage les plaidoyers de culpabilité.

¹⁴³ Voir *supra*, note 109.

¹⁴⁴ *Loi sur la preuve* de l'Ontario, paragraphe 18.3(1).

¹⁴⁵ *Supra*, note 124, pp. 83-90.

La modification des conditions d'âge serait aussi une solution. À l'heure actuelle, aux termes de l'article 715.1, l'enfant devait avoir moins de dix-huit ans au moment où l'infraction est censée avoir été commise pour que la déclaration sur bande vidéo puisse être admise en preuve. Bien que la Cour suprême ait statué que l'âge maximal de dix-huit ans soit une limite acceptable à l'application de la disposition, d'aucuns peuvent estimer que la procédure est inappropriée pour les enfants qui étaient âgés de seize ou dix-sept ans au moment de l'infraction présumée, parce qu'ils sont censément être mieux à même que des enfants plus jeunes de se souvenir des détails d'incidents passés, de les relater clairement et d'endurer le traumatisme de leur témoignage.

On pourrait également envisager l'élaboration de lignes directrices ou de normes, destinées à la police et aux spécialistes, qui préciseraient les bonnes méthodes à utiliser pour enregistrer des entrevues sur bande vidéo, pour faire en sorte qu'elles soient admises en preuve et fournir au tribunal des éléments de preuve pertinents. Parmi les questions qui pourraient être réglementées par des lignes directrices ou des normes, citons : le moment de l'entrevue (c'est-à-dire au début de l'enquête ou après que les autres entrevues ont déjà eu lieu), le style des questions (par ex. l'interdiction des questions insidieuses), l'ordre dans lequel les spécialistes devraient interroger l'enfant, le nombre d'entrevues qui doivent figurer sur la bande vidéo et le poids qui devrait être accordé aux différentes entrevues ou aux différents types de questions. On pourrait aussi s'efforcer de faire en sorte que les interrogateurs éventuels (par. ex. les policiers, les travailleurs des services à l'enfance) reçoivent une formation spécialisée sur la façon d'enregistrer sur bande vidéo les entrevues d'enfants témoins.

b. Dépôts sur bande vidéo

Une autre solution consisterait à élargir la portée de la loi pour permettre aux enfants de faire des dépositions sur bande vidéo, destinées à remplacer leur témoignage au procès. Un certain nombre de juridictions, dont l'Ontario et plusieurs États des États-Unis, ont été jusqu'à permettre que l'enregistrement sur bande vidéo du témoignage d'un enfant devienne sa preuve principale. Cette mesure pourrait dispenser les enfants témoins de comparaître plusieurs fois et de subir des interrogatoires à répétitions dans plusieurs procédures. Elle permettrait aussi d'obtenir d'eux un récit à un moment assez rapproché de l'incident.

Aux États-Unis, où cette procédure est utilisée dans les poursuites criminelles par plusieurs États, la clause de la confrontation contenue dans la Constitution exige que l'accusé assiste à l'enregistrement, mais l'enfant peut témoigner par télévision en circuit fermé pour éviter d'être en sa présence. En Ontario, la procédure est utilisée dans les poursuites civiles : le témoignage est enregistré dans un cadre sans formalité, en présence du juge du procès et des représentants des parties (mais apparemment pas des parties elles-mêmes), et il est permis de contre-interroger l'enfant.

Dans certains pays comme l'Écosse, le législateur est même allé plus loin en permettant que l'enfant fasse une déposition enregistrée sur bande vidéo et qu'un contre-

interrogatoire soit mené par la suite par un commissaire indépendant nommé par le tribunal.¹⁴⁶ Les parties soumettent les questions qui doivent être posées au commissaire. Cette procédure a été recommandée par le Royal College of Psychiatrists en Angleterre.¹⁴⁷ Une procédure à peu près équivalente est aussi utilisée en Israël.

Si les dépositions sur bande vidéo étaient adaptées aux affaires criminelles au Canada, la présence de l'accusé pourrait être requise. Dans ce cas, le paragraphe 486(2.1) (qui permet à l'enfant de témoigner derrière un écran ou par télévision en circuit fermé) pourrait être rendu applicable à ces instances. Le témoin serait à la disposition de l'avocat de l'accusé pour un contre-interrogatoire.

3. Déclarations relatives (ouï-dire)

Contexte

Pour réaliser l'objectif de « recherche de la vérité » du processus judiciaire, les tribunaux ont, au moins en partie, insisté sur la protection des enfants pour justifier la modification de la règle selon laquelle les déclarations faites à l'extérieur de la salle d'audience par les enfants à des tiers et décrivant les mauvais traitements qu'ils ont subis ne peuvent pas être admises en preuve pour établir la véracité de ces déclarations. Traditionnellement, les tribunaux n'ont pas admis ces déclarations en preuve parce qu'ils estimaient qu'il s'agissait de ouï-dire et qu'à ce titre, elles n'étaient pas les éléments de preuve les plus probants ou les plus fiables qui soient. Un témoignage direct de la victime sous la foi du serment à propos des faits était préférable au témoignage d'un tiers sur ce que la victime lui avait déclaré à l'extérieur de la salle d'audience, surtout parce que la victime pouvait être contre-interrogée si elle donnait un témoignage direct.

Toutefois, en 1990, dans l'affaire *R. c. Khan*,¹⁴⁸ qui concernait un médecin accusé d'agression sexuelle sur une patiente âgée de trois ans, la Cour suprême du Canada a jugé que la règle du ouï-dire pouvait être infléchie devant de nouvelles situations et de nouvelles exigences du droit : une déclaration extrajudiciaire d'un enfant alléguant des crimes à son endroit pouvait être admise en preuve afin d'établir sa véracité, à condition que les exigences de « nécessité » et de « fiabilité » soient respectées.

¹⁴⁶ *Prisoners and Proceedings (Scotland) Act*, 1993.

¹⁴⁷ Royal College of Psychiatrists: *The Evidence of Children*, Report CR44, janvier 1996.

¹⁴⁸ *Supra*, note 29 (C.S.C.). Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, la Cour suprême a expliqué que l'exception du ouï-dire exprimé pour la première fois dans l'arrêt *Khan* n'était pas limitée aux déclarations des enfants dans les affaires d'agression sexuelle. Dans cet arrêt, la Cour a admis certains appels téléphoniques faits par une adulte décédée à sa mère. La Cour a adopté le même critère de fiabilité et de nécessité et a fait valoir que les déclarations étaient nécessaires parce que leur auteur était décédé.

En l'espèce, l'admission de la déclaration antérieure de l'enfant à sa mère décrivant ce que lui avait fait le médecin avait été jugée « raisonnablement nécessaire » parce que le juge du procès avait statué que l'enfant était inhabile à témoigner et qu'il était nécessaire d'obtenir un compte-rendu exact et franc de la version de l'enfant des faits qui entouraient l'agression dont le tribunal était saisi. La cour a aussi jugé que l'exigence de nécessité pouvait être satisfaite même si l'enfant était capable de témoigner à condition qu'un témoignage d'expert établisse que le fait de témoigner en cour serait trop traumatisant pour l'enfant. Toutefois, la cour a indiqué que l'exigence de nécessité ne serait pas satisfaite si l'enfant était jugé habile à témoigner dans le cadre d'un nouveau procès.

En ce qui concerne la question de la « fiabilité », la Cour a déclaré qu'il appartenait au juge du procès de la trancher en tenant compte de toutes les circonstances. À cet égard, plusieurs considérations peuvent être pertinentes, notamment le moment de la déclaration, le comportement, la personnalité, l'intelligence de l'enfant et sa compréhension des choses, ainsi que l'absence de toute raison de croire que la déclaration est le produit de l'imagination. Selon la Cour, le critère de fiabilité était respecté en l'espèce parce que l'enfant n'avait aucune raison d'inventer son histoire et qu'elle était probablement trop jeune pour avoir une connaissance indépendante des événements décrits, qu'elle avait raconté son histoire naturellement et qu'il n'y avait pas de raison de soupçonner que sa mère lui avait posé des questions insidieuses ou l'avait entraînée.

Par la suite, un nouveau procès a eu lieu et l'accusé a été condamné. Au cours d'audiences disciplinaires devant l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario qui ont eu lieu quatre ans après l'incident allégué, l'enfant a été jugé habile à témoigner, mais pendant son témoignage, elle ne pouvait plus se souvenir des détails ou des circonstances de l'agression. La déclaration antérieure faite par l'enfant à sa mère a de nouveau été admise en preuve. Au cours de l'appel subséquent, il s'agit de savoir si le critère de nécessité avait été satisfait vu que l'enfant avait effectivement témoigné. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la déclaration avait été admise à bon droit. Malgré la suggestion antérieure de la Cour suprême selon laquelle une décision qui permet à l'enfant de témoigner pourrait entraîner le manquement au critère de nécessité, la cour ontarienne a jugé que le fait que l'enfant ait témoigné était pertinent mais n'avait pas une importance décisive pour trancher la question. La nécessité raisonnable ne veut pas dire l'indisponibilité. Dans le cas de l'agression sexuelle alléguée d'un enfant, la nécessité signifie le besoin de porter la version des faits de l'enfant à l'attention du tribunal chargé de décider si l'infraction s'est produite, et le besoin d'obtenir un récit exact et franc de la version des faits pertinents que l'enfant a donnée. En l'espèce, l'incapacité de l'enfant de se souvenir de toutes les circonstances montrait qu'elle ne pouvait pas donner une description complète, franche et indépendante des faits pertinents, ce qui rendait nécessaire l'admission de la déclaration extrajudiciaire qu'elle avait faite à sa mère.¹⁴⁹

¹⁴⁹ *Re Khan and College of Physicians and Surgeons of Ontario, supra*, note 29 (C.A.Ont.).

Dans l'affaire *R. c. Rokey*,¹⁵⁰ la Cour d'appel de l'Ontario a résumé les circonstances dans lesquelles la nécessité peut être établie : (i) l'enfant n'est pas présent pour témoigner ; ou (ii) l'enfant n'est pas habile à témoigner aux termes de l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*; ou (iii) le fait de témoigner causera un traumatisme démesuré à l'enfant; ou (iv) il est peu probable que l'enfant puisse donner un compte rendu cohérent et complet des événements à l'audience. Toutefois, la nécessité n'est pas établie seulement d'après la preuve que le ministère public a décidé de ne pas citer l'enfant à comparaître.

La Cour suprême du Canada a étendu l'exception à la règle du oui-dire aux affaires dans lesquelles un témoin fait effectivement une déposition, mais revient sur une déclaration extrajudiciaire antérieure. Dans l'affaire *R. c. B.(K.G.)*,¹⁵¹ une majorité de la Cour suprême a modifié une règle du oui-dire ancienne mais connexe qui interdisait l'admission, en vue d'établir sa véracité, d'une déclaration antérieure incompatible qu'un témoin avait faite à l'extérieur du tribunal et qu'il n'avait pas confirmée à l'audience. La majorité a statué que, même si elle n'était pas confirmée, une déclaration incompatible antérieure pouvait être admise pour prouver la véracité de son contenu à condition que certaines conditions soient remplies. Essentiellement, la nouvelle règle stipule que le critère de nécessité formulé dans l'arrêt *Khan* est rempli du fait que le témoin est revenu sur sa déclaration précédente. L'incapacité d'obtenir la preuve de témoins qui se rétractent a été jugée suffisante pour établir la nécessité d'admettre le oui-dire en preuve. Des garanties circonstanciellelles suffisantes concernant la fiabilité de la déclaration étaient encore exigées. Dans l'affaire *B.(K.G.)*, la déclaration était enregistrée sur bande vidéo, ce qui présentait des garanties circonstanciellelles inhérentes suffisantes de fiabilité, et le témoin pouvait être contre-interrogé au procès.¹⁵²

Dans l'affaire *R. c. B.(D.C.)*,¹⁵³ la Cour d'appel du Manitoba a fait un pas de plus en jugeant admissible une déclaration antérieure *compatible* d'une victime (il s'agissait d'un enfant de dix ans) faite à un conseiller scolaire à propos d'abus qu'elle avait subis. Les trois juges ont rendu chacun une décision différente. L'un était prêt à juger que la déclaration compatible antérieure de l'enfant au conseiller était admissible, dans le but d'accroître la crédibilité de l'enfant (mais pas pour établir la véracité de la déclaration) s'il s'agissait en fait d'une plainte antérieure d'abus sexuels de la part de l'enfant. Il a justifié cette approche essentiellement par le fait que ce changement correspondrait à l'évolution de l'attitude des tribunaux à l'égard des témoignages d'enfants, en particulier celle de la Cour suprême du Canada reconnaissant qu'il ne fallait pas nécessairement appliquer à la crédibilité d'un enfant les normes appliquées à l'évaluation de la crédibilité des adultes, que les témoignages d'enfants ne sont pas intrinsèquement dénués de fiabilité, qu'ils ne doivent pas automatiquement être sujets à caution ou écartés et que les témoignages de tous les témoins devraient être évalués en fonction des critères adaptés au

¹⁵⁰ (1995), 99 C.C.C.(3d) 31 (O.C.A.); conf. [1996] 3 R.C.S. 829, 110 C.C.C. (3d) 481.

¹⁵¹ [1993] 1 R.C.S. 740, 19 C.R. (4th) 1; 79 CCC (3d) 257.

¹⁵² Voir aussi *R. c. U.(F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; 42 C.R. (4th) 133.

¹⁵³ (1994), 91 C.C.C. (3d) 357 (C.A. Man.).

degré de développement mental de leur auteur, de leur compréhension des choses et de leur capacité de communiquer.

Un des autres juges de l'affaire *B.(D.C.)* est même allé plus loin en concluant que, à la condition que l'enfant qui avait fait la plainte antérieure et celui qui l'avait reçue témoignent tous les deux et puissent être contre-interrogés, la preuve de la plainte antérieure serait admissible à toute fin, notamment quant à la véracité de son contenu.¹⁵⁴ De l'avis du juge, que la déclaration antérieure soit enregistrée sur bande vidéo ou non, si elle ajoute quelque chose à la déposition faite par l'enfant en salle d'audience, par exemple lorsque l'enfant ne peut pas se souvenir de toute l'histoire, elle n'est pas redondante. Tout comme une bande vidéo rendue admissible par la loi, une déclaration semblable qui n'est pas transcrite sur bande vidéo devrait aussi être admissible en principe si son contenu peut être prouvé de façon fiable. Le juge n'a pas semblé exiger le respect d'un critère de « nécessité » en plus de la « fiabilité » comme élément indispensable de l'admissibilité. Le troisième juge a estimé que la déclaration avait été admise à bon droit, mais il n'était pas prêt à accepter le point de vue de ses deux confrères quant à l'utilisation qui pourrait être faite de la déclaration. Il a cependant conclu qu'il était temps que les tribunaux reconnaissent que la preuve constituée par la déclaration spontanée d'un enfant à propos d'abus sexuels pourrait être pertinente pour trancher la question de la crédibilité de l'enfant et devrait être admise.

Bien qu'il soit peut-être difficile d'appliquer cette règle aux autres affaires à cause des jugements différents et du fait que les décisions portaient sur une question qui n'était pas directement soulevée comme motif d'appel, l'affaire susmentionnée constitue un autre exemple de la nouvelle volonté des juges d'adapter des règles de preuves auparavant considérées comme rigides aux besoins et caractéristiques de développement des enfants. La tendance à reconnaître les difficultés auxquelles les enfants sont confrontés pour témoigner dans la salle d'audience et la nécessité d'assouplir les règles de preuve pour leur permettre de donner récit complet des événements, dans l'intérêt de la protection des enfants et de la recherche de la vérité, s'inscrivent dans une évolution progressive du droit vers la position du Comité Badgley qui, bien avant que les tribunaux aient commencé un mouvement de réforme des règles du oui-dire, avait recommandé l'adoption de la règle suivante :

1. Qu'une déclaration antérieure, faite par un enfant de moins de quatorze ans, qui décrit ou se rapporte à un acte sexuel qu'une autre personne a accompli avec l'enfant, sur sa personne ou en sa présence.
2. Est admissible en preuve pour établir la véracité des affirmations qu'elle contient.
3. Que l'enfant témoigne ou non au procès.

¹⁵⁴ Voir D. Deutscher, « *R. c. B.(D.C.): A Pigeonhole Without a Principle* », *Manitoba L. J.*, vol. 24, n° 2, pp. 477-478.

4. Pourvu que la cour considère, après avoir tenu une audience en l'absence du jury, que le moment, le contenu et les circonstances de la déclaration sont des indications suffisantes de fiabilité [...].¹⁵⁵

Le résultat de cette jurisprudence et des arrêts récents *F.(C.C.)* et *F. (W.J.)* est que le contenu de la déclaration faite par un enfant à un tiers alléguant des crimes à son endroit est admissible au procès dans certaines circonstances pour prouver la véracité de la divulgation. Par exemple, cela sera le cas lorsque l'enfant n'est pas disponible physiquement, est jugé inhabile à témoigner, l'expérience du témoignage est trop traumatisante pour lui, l'enfant est traumatisé au point où il est incapable de témoigner¹⁵⁶ ou lorsqu'il témoigne mais qu'il est peu probable que le tribunal recevra l'intégralité du récit (ce qui serait probablement aussi le cas évoqué dans l'affaire de *B.(K.G.)*, où le témoin est revenu sur une plainte antérieure). On ne sait pas très bien si la déclaration peut être admise lorsque l'enfant est jugé habile à témoigner et peut témoigner de façon raisonnablement cohérente à propos des faits. Cependant, la tendance de la jurisprudence est d'admettre les déclarations, soit à titre de déclarations antérieures compatibles, conformément à l'affaire *B.(D.C.)*, ou conformément à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Khan and College of Physicians and Surgeons of Ontario*, si le juge du procès estime pour quelque raison que ce soit (par exemple, la défaillance de la mémoire de l'enfant), que le témoignage de l'enfant à l'audience n'est pas le récit intégral ni le meilleur récit qui soit.

La justification avancée dans l'arrêt récent *F.(C.C.)*, bien que celui-ci porte sur l'admissibilité d'un enregistrement sur bande vidéo antérieur aux termes de l'article 715.1 du *Code criminel*, remet en cause la seule restriction du critère de nécessité qui, d'après la Cour suprême dans l'arrêt *Khan*, pourrait justifier le refus d'admettre une déclaration extrajudiciaire, à savoir le cas d'un enfant qui est jugé habile à témoigner et témoigne. L'arrêt *F.(C.C.)* a insisté sur le fait que, si la déclaration antérieure est jugée fiable dans les circonstances, elle doit être admise, de sorte que le juge du procès puisse disposer du meilleur récit possible des faits afin de pouvoir assumer sa fonction de recherche de la vérité. La déclaration antérieure doit être considérée comme une partie intégrante de la déposition de l'enfant, et il appartient au juge du procès d'apprécier sa valeur et de déterminer les parties de celui-ci qu'il y a lieu d'accepter ou de rejeter.

Possibilités de réforme

La jurisprudence récente qui traite de l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires d'enfants victimes semble s'être donné pour objectif de rendre la participation aux poursuites criminelles moins traumatisante pour les témoins enfants et d'aider les tribunaux à exercer leurs fonctions de recherche de la vérité. Elle reconnaît qu'une déclaration faite peu après la perpétration de l'infraction reprochée peut contenir

¹⁵⁵ *Op. cit.*, note 4, vol. 1, p. 71, rec. 21.

¹⁵⁶ *R. c. F. (W.J.)*, voir *supra* note 109. S'il est évident que l'enfant est incapable de témoigner, il n'est pas essentiel d'établir la nécessité.

un compte-rendu plus exact et plus complet des faits. Si on la combine avec l'article 715.1 du *Code criminel*, qui permet l'admission des enregistrements sur bande vidéo d'enfants témoins dans certains cas, on peut soutenir qu'il faut admettre en preuve les déclarations hors cour faites par des enfants à des tiers et alléguant des crimes à leur endroit pour prouver leur véracité, à condition qu'elles aient été faites dans des circonstances permettant de conclure à leur fiabilité. On peut également soutenir que le critère supplémentaire de « nécessité » présenté dans certaines de ces affaires pourrait être supprimé.

Certaines décisions de première instance montrent que certains avocats de la Couronne ont interprété la règle de l'arrêt *Khan* comme interdisant l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires relatées lorsque l'enfant témoigne parce que, dans ce cas, le critère de nécessité n'a pas été respecté. Par ailleurs, un des juges de l'arrêt *R. c. B.(D.C.)* a estimé qu'une déclaration antérieure compatible d'un enfant qui revenait à une plainte pour un crime commis à son endroit devrait être admise à titre de preuve de la véracité de sa déclaration antérieure pour garantir que les tribunaux reçoivent le compte rendu le plus complet qui soit.

Tel est essentiellement l'effet de l'article 715.1 du *Code criminel* dans sa forme actuelle en ce qui concerne les enregistrements sur bande vidéo des déclarations d'un enfant. Bien entendu, dans le cas des enregistrements sur bande vidéo antérieurs, le tribunal dispose d'un compte rendu mot à mot de ce que l'enfant a déclaré et il peut vérifier le comportement de l'enfant au moment où la déclaration a été faite. Sans enregistrement sur bande vidéo, le tribunal doit s'appuyer sur un autre témoin qui lui rapporte la déclaration hors cour de l'enfant et décrit son comportement. Toutefois, on peut soutenir qu'il n'y a aucune raison en principe de faire de distinction entre un compte rendu écrit ou mémorisé, d'une part, et une déclaration enregistrée sur bande vidéo, d'autre part, s'il existe des garanties circonstancielle de sa fiabilité.

Si la détermination de l'admissibilité a pour objectif la découverte de la vérité, il se peut que le juge ou le jury doive admettre en preuve les déclarations extrajudiciaires d'un enfant et apprécier le poids qui doit leur être accordé, que le témoin témoigne ou non et, s'il le fait, qu'il se souvienne ou non des événements ou en donne un récit cohérent et complet. Si le témoin est jugé inhabile à témoigner ou n'est pas disponible, la déclaration serait admissible à condition de satisfaire au critère de fiabilité, parce qu'il s'agit du seul compte rendu disponible de la version des faits selon l'enfant et que sa fiabilité circonstancielle compense l'absence de possibilité de contre-interroger. Si le témoin fait sa déposition, il peut être contre-interrogé, ce qui milite encore davantage en faveur de l'admissibilité de la déclaration. L'élimination du critère de nécessité n'entrerait pas en conflit avec les principes de la justice fondamentale, à condition que le juge du procès conserve un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser la déclaration s'il estime que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Admettre ces déclarations tiendrait compte du fait que le souvenir des détails que conservent les enfants est plus susceptible de s'effacer avec le temps et serait conforme à l'une des raisons de l'approbation, par les tribunaux, des dispositions législatives qui permettent l'utilisation d'enregistrements sur bande vidéo, soit le désir de préserver la preuve pendant qu'elle est

fraîche à l'esprit du témoin et de contribuer ainsi à la découverte de la vérité. De cette manière, on reconnaîtrait l'autre justification qui sous-tend la récente réforme du droit dans l'interprétation judiciaire, à savoir que les enfants doivent être protégés dans le processus judiciaire pour pouvoir efficacement dire ce qui leur est arrivé.

Dans son *Report on Child Witnesses*, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a recommandé qu'à condition que le juge qui préside soit convaincu de la fiabilité d'une déclaration relatée d'un enfant, celle-ci doit être admise en preuve.¹⁵⁷

Trente-trois États américains ont adopté des exceptions particulières à la règle du oui-dire pour les déclarations d'enfants, dont la plupart précisent, à titre de condition, que le juge doit seulement estimer que le temps, le contenu et les circonstances offrent suffisamment d'indications de fiabilité. La plupart de ces dispositions sont libellées de façon à s'appliquer tant lorsque l'enfant témoigne que lorsqu'il ne témoigne pas. Différentes limites d'âge de l'enfant au moment du procès sont spécifiées en vue de déterminer l'admissibilité des déclarations. Nombre de ces lois exigent que l'accusé soit averti que la déclaration sera utilisée et que l'enfant ne témoignera pas. Dans bon nombre de cas, la corroboration de la déclaration est exigée si celle-ci est admise en preuve lorsque l'enfant ne témoigne pas, sans doute pour respecter le droit constitutionnel de l'accusé à une confrontation et tenir compte de son incapacité de contre-interroger, soit au moment où la déclaration a été faite, soit au moment du procès, ou encore parce que l'on estime que l'apparence de justice serait compromise si un accusé était déclaré coupable uniquement sur la foi d'un témoignage sous forme de oui-dire à propos d'une plainte d'enfant.¹⁵⁸ Toutefois, cette dernière possibilité ne semble pas avoir gêné la Cour suprême du Canada dans des circonstances identiques dans les arrêts *Khan* et *B.(K.G.)*.

Une possibilité consisterait à adopter une disposition législative prévoyant que la déclaration extrajudiciaire d'un enfant, que celui-ci témoigne ou non, serait admise simplement si le juge de première instance détermine que le temps, le contenu et les circonstances de la déclaration offrent suffisamment d'indications de sa fiabilité. Une autre possibilité serait de laisser les tribunaux continuer à développer le droit d'après les principes qu'ils ont acceptés et avancés dans la jurisprudence susmentionnée.

4. Autres types d'assistance aux enfants témoins

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, sous la rubrique « Réponse du gouvernement au rapport du Comité Badgley » le *Code criminel* ordonne au tribunal de nommer un avocat pour représenter l'accusé à la seule fin de mener le contre-interrogatoire de l'enfant victime âgé de moins de quatorze ans lors de l'instruction. Le Code permet aussi à un juge, sur demande d'un enfant témoin âgé de moins de quatorze

¹⁵⁷ *Op. cit.*, note 124, p. 68.

¹⁵⁸ NCCAN Clearinghouse, Child Abuse and Neglect State Statute Series, *Child Hearsay Exceptions*, Vol IV # 22. (1996).

ans au moment du procès ou de l'enquête préliminaire, d'ordonner qu'une personne de confiance choisie par celui-ci soit présente à ses côtés pendant qu'il témoigne.

Ces types d'aide sont offerts à l'heure actuelle que dans les procès pour des infractions sexuelles ou accompagnées de violence contre la personne. Il serait peut-être préférable de les offrir aux enfants victimes et témoins, quelle que soit l'infraction reprochée, si cela peut aider à réduire le traumatisme et leur permet de témoigner de façon plus complète et plus exacte.

Une autre forme d'aide qui est nécessaire consiste à faire en sorte que les enfants n'aient pas, lors d'un contre-interrogatoire, à répondre à des questions qui ne sont pas adaptées à leur âge et à leur état de développement. Ces questions créent la confusion chez l'enfant et peuvent induire la cour en erreur.¹⁵⁹ On a proposé que ces difficultés soient réglées directement par les tribunaux, qui sont mieux placés pour ce faire, ainsi que pour élaborer des lignes directrices appropriées sur les interrogatoires et les faire appliquer.

5. Des âges différents pour des objectifs différents : l'âge du consentement

L'objectif que l'on cherche à atteindre en fixant des âges différents pour les différents types d'aide offerte aux enfants témoins est d'aider ces derniers à surmonter les difficultés auxquelles ils se heurtent quand ils témoignent et de seconder les tribunaux en leur fournissant un récit complet de ce qui s'est produit. La question de l'âge survient aussi en relation avec les infractions à l'endroit d'enfants qui sont prévues au *Code criminel*. L'âge du consentement à l'activité sexuelle fait partie de la définition des crimes à l'encontre d'enfants : pour la plupart des formes d'activités sexuelles, il est de 14 ans, tandis que dans les infractions qui ciblent des formes particulières d'exploitation à des fins sexuelles, il est de 18 ans. On trouve un exemple de ce dernier cas à l'article 153 du *Code criminel*, qui interdit l'activité sexuelle avec un adolescent âgé de quatorze ans au moins, mais de moins de dix-huit ans, si l'autre personne est en position de confiance ou d'autorité ou si l'adolescent est en situation de dépendance.

Les situations et les objectifs sont différents dans chacun de ces cas. Il semblerait que la raison pour laquelle l'âge général minimum du consentement a été fixé à quatorze ans soit pour éviter de criminaliser les activités sexuelles consensuelles entre les jeunes de cet âge ou un peu plus âgés.¹⁶⁰ Étant donné qu'en général, ce comportement n'est pas considéré comme de l'exploitation, l'âge minimum du consentement à la plupart des activités sexuelles n'est pas pertinent pour le choix de l'âge en ce qui concerne les infractions interdisant différentes formes d'exploitation. Par contre, comme nous le

¹⁵⁹ Voir « Children as Witnesses ». Child Abuse Prevention & Counselling Society of Greater Victoria (23 février 1999).

¹⁶⁰ Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, dans ses conclusions dissidentes dans l'affaire *R. c. Sharpe*, [1999] B.C.J. No. 1555 (C.A.C.-B.). Greffe de Vancouver, n° CA025488.

verrons, le fait que l'âge soit plus élevé dans ces dernières infractions peut militer en faveur de la hausse de l'âge général du consentement pour donner aux enfants une protection nécessaire contre l'exploitation par les adultes.

Afin d'éviter de criminaliser une conduite que le Parlement ne souhaitait pas criminaliser, il existe aussi une exception d' « âge proche » pour les jeunes personnes de douze ou treize ans qui se livrent à des activités sexuelles consensuelles avec des personnes de leur propre groupe d'âge, c'est-à-dire qui ont moins de deux ans de plus qu'elles. L'activité peut être inappropriée et condamnée par la société, mais on estime que cet aspect peut mieux être géré grâce à un encadrement familial et une éducation axée sur les valeurs.

Toutefois, d'aucuns s'inquiètent que l'âge général du consentement actuel, qui est le même dans le *Code criminel* depuis plus d'un siècle, ne soit trop bas pour fournir une protection efficace contre l'exploitation à des fins sexuelles par des adultes. (À une certaine époque, une infraction particulière interdisait les relations sexuelles avec une jeune fille de quatorze ans au moins, mais de moins de seize ans, qui pouvait seulement donner lieu à des poursuites dans un nombre limité de circonstances qui étaient difficiles à prouver.) Il est peu probable que des jeunes qui manquent de maturité et d'expérience aient une connaissance suffisante de la portée et des conséquences de l'activité sexuelle. L'âge minimum actuel du consentement, qui est relativement bas, peut permettre à des proxénètes de séduire des jeunes filles en vue de les attirer à la prostitution, sans craindre d'être poursuivis.

Les corps policiers craignent que l'âge minimum du consentement au Canada ait attiré l'attention d'adultes vivant dans des endroits où l'âge du consentement est plus élevé et désirant attirer des jeunes filles dans des activités sexuelles ou des relations malsaines sans crainte de conséquences sur le plan pénal. Par exemple, dans une affaire récente, un homme âgé de 43 ans qui vivait aux États-Unis est entré en rapport avec une jeune fille de quatorze ans par Internet et s'est arrangé pour la rencontrer dans un hôtel à Ottawa. La mère de la jeune fille a eu vent de l'affaire et a contacté la police, qui a trouvé l'homme attendant dans la chambre avec des jouets sexuels et des condoms. Cependant, il a été impossible d'inculper l'homme parce que la jeune fille avait quatorze ans, l'âge minimum du consentement au Canada.¹⁶¹

L'âge du consentement aux États-Unis et en Australie est en général de seize ans,¹⁶² ce qui est aussi le cas en Angleterre.¹⁶³ Dans les autres pays européens, l'âge varie selon le pays et le comportement en cause; il va de douze ans aux Pays-Bas à quinze ans

¹⁶¹ L. Futerman, « Ministers to tackle question of proper age for sex », *Ottawa Citizen*, 5 décembre 1997, p. 1.

¹⁶² Aux États-Unis, l'âge du consentement pour les crimes qui comportent la pénétration d'un enfant par un adulte est de seize ans ou plus dans tous les États, à l'exception de deux (l'âge est de quatorze ans dans un seul État, de quinze ans dans un autre). L'âge est de dix-sept ans dans six États et de dix-huit ans dans douze États.

¹⁶³ *Sexual Offences Act*, 1956, art. 6(1).

en France, à seize ans en Belgique et au Luxembourg et à dix-sept ans en Irlande. Au Canada, on a proposé de porter l'âge à seize, voire dix-huit ans. Le fait d'augmenter l'âge accorderait une mesure de protection supplémentaire aux enfants et aux jeunes jusqu'à ce qu'ils atteignent un degré de maturité plus élevé et qu'ils comprennent mieux les questions qui se posent lorsqu'on se livre à des activités sexuelles. La hausse de la limite d'âge serait plus conforme aux règles qui régissent la participation des enfants à d'autres activités, notamment l'arrêt de la scolarité, la conduite d'un véhicule, voire le mariage.

En augmentant l'âge du consentement, on reconnaîtrait que les jeunes qui ont plus de quatorze ans sont encore vulnérables à l'exploitation par les adultes, ce qui est le principal objectif de la fixation d'âges minimum plus élevés dans les articles du *Code* qui portent sur des cas particuliers d'exploitation. Toutefois, si l'âge est fixé trop haut (et bon nombre de personnes jugent que dix-huit ans est un âge trop avancé, en l'absence d'abus de situation de confiance, d'autorité ou de dépendance ou d'une autre position d'exploitation), il pourrait créer une contradiction avec le fait reconnu qu'au fur et à mesure que les adolescents mûrissent et deviennent des adultes, ils deviennent progressivement plus responsables et capables de faire des choix autonomes et éclairés en ce qui concerne l'activité sexuelle. Il est généralement reconnu que le droit pénal n'est pas un moyen efficace de contrôler le comportement sexuel des adolescents d'âge plus avancé.

6. Le consentement non valide : son effet sur la condamnation

Une question connexe importante qui concerne l'âge minimum général du consentement tient à l'effet du consentement de l'enfant victime sur la détermination de la peine, même lorsque l'enfant ne peut pas légalement donner un consentement valide. Récemment, un délinquant dans la vingtaine a été condamné pour l'agression sexuelle d'une jeune fille de quatorze ans qui gardait ses enfants; il a fait appel de la condamnation à neuf mois d'emprisonnement imposée par le juge du procès. Dans une décision très médiatisée, la Cour d'appel a substitué à cette peine une condamnation avec sursis permettant à l'auteur de l'infraction de purger sa peine dans la collectivité, et elle a annulé une condition de la peine antérieure qui interdisait à l'auteur de l'infraction de vivre dans une maison avec un enfant âgé de moins de dix-huit ans.

Ce jugement était fondé sur une observation de la Cour selon laquelle, bien que la jeune fille ne pouvait pas consentir en droit, elle était néanmoins une « participante volontaire ».¹⁶⁴ On s'est demandé s'il était justifié, dans ces cas, de traiter le consentement apparent ou le manque de résistance de l'enfant comme une circonstance atténuante aux fins de la détermination de la peine parce que cela faisait apparemment abstraction de l'objectif d'interdire les contacts sexuels d'adultes avec un enfant âgé de moins de quatorze ans. Il faudrait envisager la possibilité de modifier le *Code criminel*

¹⁶⁴ *R. c. Bauder*, (1997), 126 Man. R. (2d) 32; permission d'en appeler devant la Cour suprême du Canada refusée : [1997] 3 R.C.S. xiii.

pour préciser que, lorsqu'il est précisément énoncé que le consentement n'est pas un moyen de défense à une accusation d'infraction à l'égard d'un enfant, aucun consentement ou acquiescement constaté ne saurait être une circonstance atténuante aux fins de la détermination de la peine.

Le présent document vise à renseigner précisément le lecteur sur des questions se rapportant aux enfants témoins. Il convient de noter que tous les groupes et les parties intéressés sont invités à répondre par écrit au questionnaire figurant dans le document de consultation. Toutes les observations seront examinées attentivement pour qu'on puisse déterminer les mesures à prendre en vue d'améliorer les garanties que le droit pénal offre aux enfants et aux adolescents.