Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.30/2003 /pai

Arrêt du 16 avril 2003
Cour de cassation pénale

Composition
MM. les Juges Schneider, Président,
Wiprächtiger, Féraud, Kolly et Karlen.
Greffier: M. Denys.

Parties
X._____,
recourant, représenté par Me Yves Donzallaz, avocat, avenue de Tourbillon 3, case postale 387, 1951 Sion,
Parties

contre

A._____,
intimé, représenté par Me Stéphane Riand, avocat, avenue Ritz 33, case postale 2299, 1950 Sion 2,
Ministère public du canton du Valais, Palais de Justice, 1950 Sion 2.

Objet
Violation de la LAVI,

pourvoi en nullité contre la décision du Tribunal cantonal du Valais, Chambre pénale, du 14 janvier 2003.

Faits:
A.
Le 15 juin 2002, le juge d'instruction du Valais central a été avisé de l'existence d'une suspicion d'abus sexuels au préjudice de l'enfant X._____, né en mai 1998. Le voisin A._____ était mis en cause. Il a été prévu que la direction des entretiens serait confiée à une psychologue et que ceux-ci seraient enregistrés sur support vidéo.

Le 16 juin 2002, X._____ a été entendu par une psychologue et une agente de police. Fortuitement, l'enregistrement vidéo a été effacé. Le lendemain, la mère de l'enfant a remis à la police un enregistrement, dans lequel l'enfant, dialoguant avec ses parents, mettait en cause A._____. Une autre audition de l'enfant par la psychologue et l'agente de police s'est tenue le 20 juin 2002, à la demande des parents. Elle a été enregistrée sur bande vidéo et transcrite par écrit. Le 9 juillet 2002, la psychologue, dans un document intitulé "Commentaires et analyse de crédibilité" visé par son chef de service, lui-même psychologue-psychothérapeute, a indiqué que l'ensemble des éléments apportés par cette audition ne permettait pas de conclure avec certitude que les faits relatés par l'enfant étaient exacts ni de déclarer ces faits peu probables.

Le 31 juillet 2002, la représentante du ministère public a observé qu'il manquait au dossier une expertise de crédibilité répondant aux critères minima dégagés au cours de ces dernières années, l'analyse de la psychologue devant nécessairement être complétée par le point de vue d'un expert neutre qui n'ait pas assisté l'enquêteur dans son audition.

Le 18 septembre 2002, le juge d'instruction a confié l'expertise à R._____, psychanalyste, DESS de psychologie clinique et pathologique, psychologue et psychothérapeute FSP (enfants, adolescents et adultes), membre de l'école européenne de psychanalyse. Il lui a demandé de lui faire connaître la méthodologie dont elle enten-

dait faire usage et lui a annoncé qu'il lui préciserait sous peu les exigences posées par le Tribunal fédéral et la doctrine spécialisée en matière d'audition d'enfants. Le 1er octobre 2002, le juge a communiqué aux parties la méthodologie établie par l'experte. Dès le 10 octobre 2002, les parents X._____ sont intervenus à plusieurs reprises auprès du juge afin qu'il définisse clairement le statut et la mission exacte de l'experte. Le 13 novembre 2002, après que les parents X._____, le prévenu et le ministère public eurent chacun déposé leur liste de questions à l'experte, le nouveau juge d'instruction en charge du dossier a confirmé le mandat confié à celle-ci et lui a adressé son propre questionnaire.

A la suite de discussions préalables avec l'experte, les parents X._____ ont mis en cause "les méthodes et a priori" qu'elle manifestait en tant que praticienne de la psychanalyse. Le 15 novembre 2002, ils ont fait savoir au juge qu'ils n'entendaient absolument plus confier leur enfant à cette thérapeute et ont requis que le dossier d'expertise soit transféré en mains d'un véritable pédopsychiatre. Par courrier du 27 novembre 2002, ils ont indiqué au juge que l'expertise litigieuse ne correspondait pas aux réquisits d'une véritable expertise de crédibilité et qu'il pouvait interpréter leur requête comme une demande de récusation. Le ministère public et le prévenu s'y sont opposés.
B.
Le 3 décembre 2002, le juge d'instruction a rejeté la requête tendant à la récusation de l'experte.

X._____ et ses parents ont recouru contre cette décision. Ils ont invoqué notamment l'incompatibilité du mandat confié à l'experte avec les nouvelles dispositions de la LAVI (RS 312.5), son incompétence et manque d'expérience, et son défaut d'impartialité pour manque de sérénité.

Par décision du 14 janvier 2003, la Chambre pénale du Tribunal cantonal valaisan a rejeté le recours.
C.
Agissant par ses parents, X._____ se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral contre cette décision. Il conclut à son annulation et sollicite par ailleurs l'effet suspensif.

Le 31 janvier 2003, le Tribunal fédéral a signalé qu'aucune mesure d'exécution ne pourrait être entreprise jusqu'à décision sur la requête d'effet suspensif.

A._____ conclut au rejet du pourvoi dans la mesure où il est recevable.

Le Ministère public valaisan conclut au rejet du pourvoi.
La Chambre pénale du Tribunal cantonal valaisan se réfère à sa décision.
Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
1.1 La décision attaquée ne met pas fin à l'action pénale mais tranche une question de procédure soulevée par le recourant; il s'agit donc d'une décision incidente. En application de l'art. 268 PPF, la recevabilité d'un pourvoi en nullité contre une décision préjudicielle ou incidente, émanant d'une autorité cantonale de dernière instance, présuppose que cette dernière se soit prononcée définitivement sur un point de droit fédéral (ATF 128 IV 34 consid. 1a p. 35/36; 119 IV 168 consid. 2a p. 170). Cela est le cas en l'espèce. En effet, la décision attaquée tranche définitivement, sur le plan cantonal, la question de savoir si l'expertise de crédibilité ordonnée judiciairement est compatible avec les exigences limitatives de l'art. 10c LAVI quant au nombre d'auditions de l'enfant victime. Cette disposition est une norme de droit fédéral au sens de l'art. 269 al. 1 PPF (cf. ATF 119 IV 168 consid. 3 p. 171). La décision attaquée est donc susceptible d'un pourvoi en nullité, malgré son caractère incident (ATF 119 IV 168 consid. 2b p. 170/171).
1.2 Tant que les faits ne sont pas définitivement arrêtés, comme en l'espèce, il faut se fonder sur les allégués de celui qui se prétend lésé pour déterminer s'il est une victime au sens de l'art. 2 LAVI (ATF 126 IV 147 consid. 1 p. 149). Le recourant soutient avoir été sexuellement abusé. Directement atteint dans son intégrité sexuelle, il apparaît comme une victime (art. 2 al. 1 LAVI).

Aux termes de l'art. 270 let. e ch. 2 PPF, la victime peut faire valoir une violation des droits que lui accor-

de la LAVI. Cette disposition est une codification de la jurisprudence, laquelle a admis que la victime ou les personnes assimilées peuvent se pourvoir en nullité indépendamment de toute autre condition lorsqu'elles invoquent la violation d'un droit qui leur est garanti par la LAVI dans la procédure pénale, afin d'éviter qu'une violation de ces garanties du droit fédéral échappe à la connaissance du Tribunal fédéral (ATF 122 IV 79 consid. 1a p. 81, 71 consid. 2 p. 75, 37 consid. 1a p. 39/40). Le recourant est donc habilité à soulever une violation d'un droit procédural découlant de la LAVI, en l'espèce à propos de l'interprétation et de l'application de l'art. 10c LAVI. Savoir si la norme de la LAVI invoquée a été violée ou non est une question de fond, non de recevabilité.
2.
Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 10c LAVI.
2.1 Le 23 mars 2001, les Chambres fédérales ont adopté une modification de la LAVI, entrée en vigueur le 1er octobre 2002 (RO 2002 p. 2997). Y figure l'art. 10c, selon lequel l'enfant ne doit en principe pas être soumis à plus de deux auditions sur l'ensemble de la procédure (al. 1). La première audition doit intervenir dès que possible. Elle est conduite par un enquêteur formé à cet effet, en présence d'un spécialiste. Les parties exercent leurs droits par l'intermédiaire de la personne chargée de l'interrogatoire. L'audition a lieu dans un endroit approprié. Elle fait l'objet d'un enregistrement vidéo. L'enquêteur et le spécialiste consignent leurs observations particulières dans un rapport (al. 2). Une seconde audition est organisée si, lors de la première, les parties n'ont pas pu exercer leurs droits, ou si cela est indispensable au bon déroulement de l'enquête ou à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Dans la mesure du possible, elle doit être menée par la personne qui a procédé à la première audition. Pour le reste, les dispositions de l'al. 2 sont applicables (al. 3).
2.2 En l'espèce, la procédure pénale a été initiée avant l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, le recourant ayant en particulier été entendu par les autorités de poursuite pénale les 16 et 20 juin 2002 déjà. On peut donc se demander si l'art. 10c LAVI s'applique à une procédure en cours. Selon l'art 12 al. 2 de l'ordonnance sur l'aide aux victimes d'infraction (OAVI; RS 312.51), les dispositions relatives à la protection et aux droits de la victime dans la procédure pénale (art. 5 à 10 LAVI) sont applicables à tous les actes de procédure accomplis après l'entrée en vigueur de la LAVI. Cette disposition n'a pas formellement été modifiée lors de la révision et ne mentionne donc pas les art. 10a à 10d LAVI en vigueur depuis le 1er octobre 2002. Comme ces nouvelles dispositions complètent les art. 5 à 10 LAVI en s'attachant spécifiquement à la protection de la personnalité des enfants victimes dans la procédure pénale, il convient de leur appliquer par analogie l'art. 12 al. 2 OAVI. En conséquence, l'art. 10c LAVI régit la présente procédure et le recourant peut s'en prévaloir. Au demeurant, cette solution s'accorde avec la jurisprudence, selon laquelle les dispositions de procédure de la LAVI s'appliquent aux décisions
rendues après l'entrée en vigueur de cette loi (ATF 120 Ia 101 consid. 1 p. 102/103).
2.3 Le nouvel art. 10c LAVI tend notamment à restreindre le nombre d'interrogatoires auquel l'enfant victime peut être soumis. En principe, il ne devrait pas y en avoir plus de deux. Cette règle se fonde sur la constatation qu'un interrogatoire sur les circonstances de l'acte peut être traumatisant pour un enfant. Dans les cas d'abus sexuels par exemple, le traumatisme de l'enfant ne remonte pas uniquement à l'abus, mais est renforcé par les suites liées à l'événement. Cette victimisation secondaire, susceptible de causer un grave préjudice à l'enfant, doit être évitée au maximum (cf. FF 2000 p. 3525).
2.4 Selon l'art. 10c al. 1 LAVI, les interrogatoires visés par la nouvelle réglementation sont ceux menés dans le cadre de l'ensemble de la procédure, par quoi il faut bien sûr comprendre de la procédure pénale. Cela exclut donc une audition de l'enfant hors d'une telle procédure, par exemple celle menée dans le cadre d'une procédure civile (divorce des parents notamment) ou encore les questions posées à l'enfant par des particuliers avant la procédure pénale, comme ses parents, dans l'optique d'éclaircir des soupçons d'abus (cf. Eva Weishaupt, Besonderer Schutz minderjähriger Opfer im Strafverfahren, in RPS 120/2002 p. 231 ss, 239).

En l'espèce, le juge d'instruction a ordonné une expertise de crédibilité des déclarations du recourant, âgé de quatre ans. Ce type d'expertise s'impose surtout lorsqu'il s'agit des déclarations d'un petit enfant qui sont fragmentaires ou difficilement interprétables, lorsqu'il existe des indices sérieux de troubles psychiques, ou lorsque des éléments concrets font penser que la personne interrogée a été influencée par un tiers (cf. ATF 128 I 81 consid. 2 p. 84 ss; 118 Ia 28 consid. 1c p. 31/32; arrêt 1P.8/2002 du 5 mars 2002, consid. 4.3.1; cf. aussi Philipp Maier/Arnulf Möller, Begutachtungen der Glaubhaftigkeit in der Strafrechtspraxis, in PJA 2002 p. 682 ss, 685/686). La question à résoudre ici est de déterminer si la limitation des auditions prévues à l'art. 10c LAVI touche également une expertise de crédibilité ordonnée par les autorités de poursuite pénale.

Il ressort du message du Conseil fédéral qu'à l'occasion du deuxième interrogatoire - celui prévu par l'art. 10c al. 3 LAVI - les parties présentes au procès (autorités chargées de l'enquête, parquet, défense, expert chargé de vérifier la crédibilité des affirmations, représentants de la victime) disposent du droit de poser des questions (FF 2000 p. 3517); aussi, un deuxième interrogatoire de l'enfant selon l'art. 10c al. 3 LAVI peut-il en particulier répondre aux besoins d'une expertise de crédibilité. Dans le même sens, Weishaupt (op. cit., p. 240) mentionne qu'une deuxième audition selon l'art. 10c al. 3 LAVI peut être nécessaire en raison d'une expertise de crédibilité. Le message pas plus que la doctrine, même s'ils n'abordent pas directement cette question, ne laissent donc entendre qu'une expertise échapperait à l'art. 10c LAVI. Le but même de la nouvelle réglementation, qui se soucie d'éviter les traumatismes supplémentaires provoqués par la répétition d'interrogatoires, ne saurait être battu en brèche par un traitement différencié réservé à l'expertise. Que l'expert dispose d'une formation en règle générale à même d'éviter une victimisation secondaire (cf. Markus Hug, Glaubhaftigkeitsgutachten bei Sexualdelikten gegenüber
Kindern, in RPS 118/2000 p. 19 ss, 40) n'y change rien. En effet, conformément à l'art. 10c al. 2 LAVI, l'enquêteur de la police qui procède à la première audition est lui-même formé à cet effet et doit en plus être accompagné d'un spécialiste. Déjà à ce stade, tout est mis en oeuvre pour éviter une victimisation secondaire. Rien ne justifie véritablement une plus grande souplesse à l'égard de l'expert par rapport aux personnes spécialement formées qui interviennent au début de l'enquête. Il faut donc conclure qu'une expertise de crédibilité est soumise à l'art. 10c LAVI. Cette solution vaut lorsque l'expert est mandaté par le juge dans le cadre de la procédure et qu'il apparaît de la sorte comme un auxiliaire de la justice.
2.5 La difficulté consiste à concilier les exigences scientifiques requises pour mener à bien l'expertise et la protection prévue par la loi pour l'enfant victime. L'élément cardinal d'une expertise de crédibilité consiste en l'analyse des déclarations selon des critères prédéterminés. L'expertise intervient dans une phase de la procédure où l'enfant s'est déjà exprimé sur les faits de la cause. L'expert doit garder à l'esprit que sa manière de se comporter avec l'enfant dans une expertise judiciaire ne peut être identique à une approche clinique. Il doit en général entrer en contact avec l'enfant pour effectuer sa mission, par exemple pour se faire une idée propre quant à l'état physique et psychique de celui-ci ou pour se rendre compte de réactions qu'il a suscitées (cf. ATF 128 I 81 consid. 2 et 3 p. 84 ss; Hug, op. cit., p. 40; Max Steller/Renate Volbert, Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in Max Steller et Renate Volbert [éd.], Psychologie im Strafverfahren, 1997, p. 24-27; Günter Köhnken, Methodik der Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in Jörg M. Fegert [éd.], Begutachtung sexuell missbrauchter Kinder, Fachliche Standards im juristischen Verfahren, 2001, p. 45/46). D'après une enquête allemande, citée par Hug, dans 44% des cas étudiés
un seul rendez-vous avec l'expert a suffi; pour les autres cas, plusieurs rendez-vous ont eu lieu, jusqu'à quatre; au total, les auditions ont duré en moyenne trois heures (cf. Detlef Busse/Renate Volbert, Glaubwürdigkeitsgutachten in Luise Greuel, Thomas Fabian, Michael Stadler [éd.], Strafverfahren wegen sexuellen Missbrauchs, Ergebnisse einer Gutachtenanalyse, Psychologie der Zeugenaussage, 1997, p. 131 ss, 135). Il n'apparaît donc pas rare qu'une expertise de crédibilité requière plus d'une audition. Cela ne saurait exclure par avance la compatibilité d'une telle expertise avec l'art. 10c LAVI, cette hypothèse n'ayant manifestement pas été voulue par le législateur. Même si la formation spécifique de l'expert ne le soustrait pas à la réglementation de l'art. 10c LAVI (cf. supra, consid. 2.4 in fine), il ne faut pas non plus omettre qu'elle implique en principe une audition conduite dans les règles de l'art.

Outre le respect des droits de la défense, l'art. 10c al. 3 LAVI institue la possibilité de tenir une deuxième audition si cela est indispensable au bon déroulement de l'enquête ou à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Cette extension a été introduite lors des débats parlementaires (cf. BO 2000 CN p. 1173 ss). L'art. 10c al. 1 LAVI limite en principe le nombre d'auditions à deux durant la procédure. Selon la teneur même de cette disposition, des exceptions restent donc possibles, étant précisé qu'il ne s'agit pas de les systématiser. Par analogie avec le texte de l'art. 10c al. 3 LAVI, le bon déroulement de l'enquête ou l'intérêt de l'enfant peuvent constituer des critères justifiant plus de deux auditions (cf. Weishaupt, op. cit., p. 241). S'agissant d'une expertise de crédibilité, une telle justification pourrait résulter de la nécessité scientifique, et à travers elle du bon déroulement de l'enquête pénale, ou de la protection de l'enfant, si un fractionnement de l'audition apparaissait préférable pour lui. C'est au cas par cas, en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes, que l'admissibilité de plus de deux auditions doit être examinée. Il incombe au juge, autant que faire se peut, de prendre les mesures

nécessaires propres à harmoniser tant les droits des deux parties (accusé et victime) que les intérêts de la poursuite pénale. A noter que l'abandon d'une expertise de crédibilité pour éviter d'entendre encore l'enfant pourrait conduire à ce qu'il faille en dernier ressort libérer l'accusé au bénéfice du doute.
2.6 La présente procédure, y compris l'expertise ordonnée, est donc soumise à l'art. 10c LAVI. Le recourant a déjà été entendu les 16 et 20 juin 2002. Ces deux auditions sont antérieures à l'entrée en vigueur de l'art. 10c LAVI et la deuxième a été requise par les parents. Dans ce contexte particulier, il n'apparaît nullement exclu d'entendre encore le recourant, à supposer en particulier que le bon déroulement de l'enquête l'exige, voire l'intérêt propre de celui-ci.

Le recourant et l'intimé ne contestent pas la pertinence d'une expertise de crédibilité. Selon la décision attaquée, le juge d'instruction a communiqué aux parties le 1er octobre 2002 la méthodologie établie par l'experte. Au moins implicitement, la décision attaquée renvoie donc au contenu de ce document. Il en ressort que l'experte souhaite voir le recourant 2 fois par semaine (1/2 heure?) pendant une période dont [elle ne peut]fixer le terme mais qu'[elle]espère courte (1 mois?). Dès le 10 octobre 2002, les parents du recourant ont plusieurs fois demandé au juge d'instruction de préciser le statut et la mission exacte de l'experte. Le 13 novembre 2002, le juge a confirmé le mandat confié à l'experte. Le 15 novembre 2002, les parents du recourant ont fait savoir qu'ils n'entendaient pas confier leur enfant à cette experte et qu'ils souhaitaient l'intervention d'un véritable pédopsychiatre.

Contrairement à ce que laisse entendre la décision attaquée, il n'apparaît pas que le recourant (par l'entremise de ses parents) aurait tardé à soulever son opposition. L'art. 10c LAVI est entré en vigueur le 1er octobre 2002, soit le jour où la méthodologie de l'experte a été communiquée. Le recourant a ensuite demandé des précisions sur le déroulement de l'expertise avant de s'opposer à sa mise en oeuvre telle qu'elle était prévue par l'experte. Dans ces conditions, on ne voit pas que le recourant aurait agi de manière contraire à la bonne foi, au point de pouvoir lui dénier le bénéfice des droits procéduraux accordés par l'art. 10c LAVI. D'ailleurs, on ne saurait guère concevoir une renonciation aux droits précités, du moins de la part d'un jeune enfant supposé victime d'un acte d'ordre sexuel (cf. Weishaupt, op. cit., p. 244/245).

L'experte envisage plusieurs auditions. La manière dont elle les a annoncées fait penser à un nombre soutenu et indéterminé. Leur compatibilité avec l'art. 10c LAVI apparaît fortement suspecte. Le juge d'instruction devait veiller au respect de cette disposition, notamment en s'enquérant auprès de l'experte de l'éventuelle nécessité d'auditions répétées dans le cas concret et en lui rappelant les exigences légales restrictives en ce domaine. Le cas échéant, il lui incombait d'inviter l'experte à employer une méthode d'investigation mieux conciliable avec l'art. 10c LAVI et bien sûr respectueuse des standards scientifiques reconnus (ATF 128 I 81 consid. 2 p. 84 ss). L'analyse de la procédure cantonale ne permet pas de conclure à une véritable prise en compte du nouvel art. 10c LAVI. La méconnaissance de cette norme est attestée par la motivation de la décision attaquée, la Chambre pénale s'étant contentée de signaler qu'une violation de la LAVI pourrait éventuellement donner lieu à un complément d'expertise voire à une nouvelle expertise. Le pourvoi doit donc être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'autorité cantonale, qui veillera à la poursuite de l'instruction dans le respect des exigences de l'art. 10c
LAVI.
3.
Il ne sera pas perçu de frais judiciaires et une indemnité sera allouée au recourant pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 278 al. 3 PPF). Vu le sort du pourvoi, il n'y a pas lieu d'allouer d'indemnité à l'intimé.

La cause étant ainsi jugée, la requête d'effet suspensif n'a plus d'objet.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le pourvoi est admis, la décision attaquée est annulée et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.
2.
Il n'est pas perçu de frais.

3.
La Caisse du Tribunal fédéral versera au recourant une indemnité de 3’000 francs à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, au Ministère public du canton du valais, au Tribunal cantonal valaisan, Chambre pénale, ainsi qu’au Juge d’instruction pénale du Valais central.
Lausanne, le 16 avril 2003
Au nom de la Cour de cassation pénale
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: