

LES ENJEUX DES ANTÉCÉDENTS SEXUELS  
EN  
MATIÈRE D'AGRESSION SEXUELLE AU CANADA :  
UNE QUESTION DE JUSTICE POUR LES FEMMES

Chantal Collin-Dunn

492147

Présenté au Département de criminologie  
de l'Université d'Ottawa en complément  
des exigences de la maîtrise ès arts

1993

© Chantal Collin-Dunn, Ottawa, Canada, 1993



National Library  
of Canada

Acquisitions and  
Bibliographic Services Branch

395 Wellington Street  
Ottawa, Ontario  
K1A 0N4

Bibliothèque nationale  
du Canada

Direction des acquisitions et  
des services bibliographiques

395, rue Wellington  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0N4

*Your file* *Votre référence*

*Our file* *Notre référence*

**The author has granted an irrevocable non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of his/her thesis by any means and in any form or format, making this thesis available to interested persons.**

**L'auteur a accordé une licence irrévocable et non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de sa thèse de quelque manière et sous quelque forme que ce soit pour mettre des exemplaires de cette thèse à la disposition des personnes intéressées.**

**The author retains ownership of the copyright in his/her thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without his/her permission.**

**L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège sa thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.**

ISBN 0-612-15598-6

**Canada**



**UNIVERSITÉ D'OTTAWA**  
**UNIVERSITY OF OTTAWA**

*The first problem for all of us, men and women,  
is not to learn, but to unlearn.*

**Gloria Steinem**

**«A New Egalitarian Life Style»  
The New York Times  
26 août, 1971**

## Remerciements

Je tiens à remercier sincèrement Colette Parent, Ph.D., la directrice de cette thèse et Alvaro Pires, Ph.D., le co-directeur. Leurs précieux conseils et leur appui ont largement contribué à la réalisation de cette recherche.

Je désire aussi remercier le régime de bourses d'études supérieures de l'Ontario pour son apport financier à mes études de maîtrise.

J'aimerais de plus remercier de façon très particulière mes filles Marie-Eve et Catherine pour leur patience, leur aide et leur encouragement tout au long de mes années d'études. Un merci bien spécial également à mon fils Justin, mon rayon de soleil matinal, qui sait toujours me faire sourire même dans les moments les plus difficiles.

Enfin, un grand MERCI à ma mère pour le support inestimable et la confiance sans réserve qu'elle m'a accordés au fil des années.

## RÉSUMÉ

A travers l'histoire des luttes féministes, le droit a été un cheval de bataille privilégié par les groupes de femmes pour transformer les situations de domination et de subordination. Compte tenu du succès parfois limité de la revendication de droits légaux, les féministes constatent de plus en plus le caractère paradoxal du recours au droit pour défendre les intérêts des femmes et promouvoir une égalité véritable entre les sexes. D'une part la reconnaissance juridique de certains droits est essentielle à la lutte contre l'oppression des femmes; par contre, rien ne permet de croire que le droit soit le véhicule le plus efficace pour obtenir des changements sociaux concrets. Au contraire, on reconnaît de plus en plus que la revendication de droits légaux ne permet pas de mettre en cause la construction sociale des rapports entre les sexes et que le discours du droit, en fait, reconduit une certaine conception des rapports sociaux entre les sexes qui participe, dans une certaine mesure, au maintien des situations de domination et de subordination.

Notre recherche poursuit ce questionnement féministe et porte sur les réformes apportées au droit criminel canadien en matière d'infractions sexuelles en 1983. Plus spécifiquement, nous avons choisi d'analyser l'impact des revendications féministes sur l'évolution législative et juridique de l'article 276 du Code criminel canadien, adopté lors de ces réformes, et par lequel le législateur limitait l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle.

Cette mesure législative tentait d'éliminer en partie la discrimination sexuelle en ce domaine du droit et marquait une certaine reconnaissance législative du droit des femmes à l'autonomie sexuelle. Il était donc un noyau important des réformes apportées au droit criminel en matière d'infractions sexuelles et en tant que tel se situe au coeur des enjeux qui touchent les rapports sociaux entre les sexes. Cependant, dès l'entrée en vigueur de l'article 276, la constitutionnalité de cette mesure fut contestée devant les tribunaux canadiens. Le 22 août 1991, la Cour suprême du Canada déclara l'article 276 inopérant au motif qu'il allait à l'encontre du droit d'un accusé à une défense pleine et entière, droit protégé par l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Notre étude se divise en trois grands volets. Pour préciser le cadre de notre travail, nous introduisons dans un premier temps certaines analyses féministes qui ont porté sur l'idéologie et les valeurs sous-jacentes aux dispositifs pénaux sur les agressions sexuelles et sur l'application de la loi en ce domaine; nous exposons également des réflexions féministes sur le recours au droit pour mettre fin à l'oppression des femmes et leur permettre d'accéder à une égalité véritable avec les hommes. Ensuite, nous abordons notre thème spécifique de recherche en présentant un bref historique de l'évolution des règles de preuve sur les antécédents sexuels des plaignantes en *common law* et des réformes qui y ont été apportées par le législateur fédéral entre les années 1976 et 1983.

Dans un deuxième moment, nous analysons le processus de réforme du Code criminel qui mena à la promulgation de l'article 276 en janvier 1983; nous exposons d'abord le discours de divers acteurs sociaux qui sont alors intervenus auprès du législateur, puis nous présentons une analyse approfondie de la jurisprudence canadienne portant sur la constitutionnalité de l'article 276 entre 1983 et 1991. Nous allons voir qu'en dépit de la nouvelle loi qui limitait fortement l'évocation du passé sexuel de la plaignante dans les procès pour agression sexuelle et malgré l'accord de certains juges sur la non-pertinence d'une telle preuve, la vaste majorité des tribunaux ont continué d'appuyer leurs décisions sur des critères juridiques androcentriques qui minent les victimes d'agression sexuelle et profitent aux accusés. Cette analyse nous permet d'identifier le caractère répandu et profond des mythes et des préjugés à l'égard de la sexualité des femmes et de l'agression sexuelle, et de discuter sur la difficulté de les éliminer dans la formulation et l'application des lois.

Enfin, nous présentons les grandes lignes de la Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle) [Projet de loi C-49], entrée en vigueur en août 1992, par lequel le législateur fédéral tente à nouveau de circonscrire étroitement l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. L'avenir saura nous dire jusqu'où cette nouvelle loi sera appliquée sans reconduire à nouveau les mythes et les préjugés entourant l'agression sexuelle. Nous concluons par une réflexion sur l'appel au droit comme outil de lutte féministe et mettons de l'avant certaines recommandations qui ont pour but de renforcer le pouvoir collectif des femmes.

## TABLE DES MATIERES

Remerciements . . . . .	iii
Résumé . . . . .	iv
Introduction	
<b>Chapitre I</b> Analyses théoriques féministes : les dispositifs pénaux en matière d'agressions sexuelles et le droit comme outil de lutte . . . . .	9
1.1    Les approches féministes - Le modèle d'égalité formelle et d'égalité véritable . . . . .	14
1.2    Analyses théoriques . . . . .	22
1.2.1    Les pratiques discriminatoires du droit en matière d'infractions sexuelles . . . . .	22
1.2.2    Le droit - un recours pour les féministes . . . . .	31
<b>Chapitre II</b> Méthodologie . . . . .	41
2.1    Les grands principes de la recherche féministe . . . . .	42
2.2    La démarche méthodologique . . . . .	44
2.3    Échantillonnage et source de données . . . . .	51
<b>Chapitre III</b> Historique . . . . .	58
3.1    Le viol - un délit contre la propriété de l'homme . . . . .	60
3.2    La victime d'un viol - Qui peut-elle être? . . . . .	61
3.3    Le mouvement de réforme de la législation en matière d'infractions sexuelles . . . . .	67

<b>Chapitre IV</b>	La réforme du <u>Code criminel canadien</u> en matière d'infractions sexuelles . . . . .	82
4.1	Objectifs de la réforme du <u>Code criminel</u> en matière d'infractions sexuelles . . . . .	84
4.2	La prévalence des mythes et préjugés sexistes à l'égard des plaignantes et de l'agression sexuelle . . . . .	88
4.3	Position de l'Association nationale de la femme et le droit . . . . .	91
4.4	Position du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme . . . . .	95
4.5	Positions de l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario, du Metropolitan Board of Commissioners of Police et de l'Association du Barreau canadien . . . . .	101
4.6	Réponse du législateur fédéral . . . . .	109
<b>Chapitre V</b>	La constitutionnalité des articles 276 et 277 - jurisprudence canadienne . . . . .	117
5.1	Le cadre analytique privilégié par la Cour suprême du Canada . . . . .	125
5.1.1	L'examen de l'objet et de l'effet de la loi contestée . . . . .	131
5.1.2	L'examen d'une violation d'un droit en vertu de l'article premier de la Charte - Le Test Oakes . . . . .	133
5.2	Jurisprudence publiée sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 entre 1983 et 1991 . . . . .	141
5.2.1	Première série d'arrêts sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 . . . . .	145

5.2.2	Deuxième série d'arrêts sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 . . . . .	159
5.2.3	Troisième série d'arrêts sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 . . . . .	176
5.2.4	Conclusion . . . . .	196
5.3	Jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Seaboyer et Gayme . . . . .	204
5.3.1	Positions des intervenants à la cause Seaboyer et Gayme . . . . .	205
5.3.2	Décision majoritaire de la Cour suprême dans l'affaire Seaboyer et Gayme . . . . .	212
5.4	Opinion dissidente des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier dans l'affaire Seaboyer et Gayme . . . . .	232
5.4.1	Approche contextuelle  Approche finaliste . . . . .	248
5.5	La réaction du législateur canadien - Le Projet de Loi C-49 . . . . .	257
Conclusion	. . . . .	263
Recommandations	. . . . .	271
Références bibliographiques	. . . . .	277
Jurisprudence citée	. . . . .	289
Annexes	. . . . .	291

## **INTRODUCTION**

Le 22 août 1991, la Cour suprême, dans un jugement rendu par sept voix contre deux, a invalidé l'article 276 du Code criminel canadien qui limitait l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes<sup>1</sup> lors des procès pour agression sexuelle au motif qu'il allait à l'encontre des droits protégés par l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés<sup>2</sup>. Selon le raisonnement formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Seaboyer et Gayme* [1991] 2 R.C.S. 577, l'article 276 compromettait le droit d'un accusé à une défense pleine et entière, un droit fondamental dans notre société. Il découle de cette décision que l'exclusion des éléments de preuve portant sur le passé sexuel de la plaignante avec des tiers dépendra de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de chaque magistrat, du moins jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi en ce domaine.

L'article 276 avait été adopté lors de la réforme du *Code criminel* en matière d'infractions sexuelles en 1983. Cette réforme répondait, entre autres, aux pressions exercées par les groupes féministes depuis la fin des années 70 qui revendiquaient des changements majeurs aux lois sur le viol. En circonscrivant étroitement les possibilités de questionner les plaignantes sur leur passé sexuel lors d'un procès pour agression sexuelle, cette

---

<sup>1</sup> Dans la présente étude le féminin «plaignante» inclut le masculin. Nous avons choisi cette terminologie puisqu'elle reflète mieux la réalité sociale du phénomène de l'agression sexuelle : l'agresseur est dans la majorité des cas un homme et la victime une femme.

<sup>2</sup> Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de l'Acte du Canada 1982, c. 11 (R.U.)

mesure législative tentait de réparer le tort causé aux plaignantes par l'usage non restreint et illégitime de ce genre de preuve par la défense et tentait donc d'éviter que le procès d'un accusé pour agression sexuelle ne devienne celui de la victime. L'article 276 marquait ainsi une certaine reconnaissance législative du droit des femmes à l'autonomie sexuelle.

Une reconnaissance, nous disons bien, législative puisqu'il a été démontré qu'il faut distinguer la loi de son application effective. Tout changement législatif doit en effet être analysé à la lumière de l'interprétation et de l'application que lui donneront, entre autres, les tribunaux. Plusieurs groupes féministes ont critiqué en fait l'interprétation souvent étroite de la loi et son application parfois contradictoire et ont demandé qu'on circoncrive étroitement l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges lors des procès pour agression sexuelle.

Il va sans dire que la décision de la Cour suprême a fortement déçu et inquiété les groupes féministes. En accord avec certaines auteures féministes, cette récente décision nous amène à soulever la question du caractère paradoxal du recours au droit comme outil de lutte pour mettre fin aux situations de domination et de subordination. En outre, nous nous interrogeons sur le pouvoir du droit de définir et parfois de disqualifier l'expérience des femmes dans leurs relations avec les hommes, plus précisément dans le présent contexte, des femmes victimes d'agression sexuelle. Plusieurs analyses féministes ont démontré, en effet, que la loi sur les agressions sexuelles repose sur des mythes et des

stéréotypes concernant les plaignantes et l'agression sexuelle qui sont par la suite reconduits par le discours du droit qui leur confère un statut de vérité. D'autre part, le droit, de par sa structure, ne semble pas être capable d'intégrer le vécu des femmes victimes d'agression sexuelle tel qu'elles le perçoivent<sup>3</sup>. L'article 276 tentait d'éliminer, du moins en partie, la discrimination sexuelle en ce domaine du droit et était donc un noyau important des réformes apportées au droit criminel en matière d'infractions sexuelles par le législateur fédéral en 1983.

Nous avons choisi de questionner la capacité du droit d'intégrer l'expérience des femmes victimes d'agression sexuelle en examinant l'évolution législative et juridique des règles de preuve sur l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes au Canada, particulièrement des règles de preuve en vigueur depuis les années 80. Dans un premier temps, nous nous interrogeons sur l'impact qu'ont pu avoir les revendications féministes sur le processus législatif qui donna lieu à l'insertion de l'article 276 dans le Code criminel canadien. Nous analyserons également l'impact du discours du droit en ce domaine par un examen de la jurisprudence établie par les tribunaux canadiens, y compris la Cour suprême, dans leurs décisions portant sur la

---

<sup>3</sup> Plusieurs études, entre autres celles de Robert (1981, 1985) ont démontré que le registre pénal possède une logique qui lui est propre. Les affaires soumises au pénal donnent ainsi lieu à une reconstruction des rôles et des enjeux de façon à plier ceux-ci à la logique spécifique à l'intervention pénale. L'incapacité du droit d'intégrer l'expérience et le vécu des femmes n'est donc pas un phénomène unique à celles-ci, mais dans le cas particulier des femmes, la reconstruction d'objet s'opère non seulement en fonction des représentations collectives qui discriminent sur la base du statut socio-économique, de l'âge, ou de l'ethnie mais s'appuie également sur des mythes et des préjugés sexistes sur la féminité et la sexualité des femmes.

constitutionnalité de l'article 276 entre 1983 et 1991. Nous tâcherons plus précisément de répondre aux questions suivantes : Quelles critiques furent formulées à l'égard de l'article 276 et quelles conclusions en ont tirées les tribunaux? Comment les tribunaux ont-ils choisi d'interpréter et d'analyser les questions constitutionnelles qu'a soulevées l'article 276? Quelle est la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes et quels intérêts protégeons-nous en admettant une telle preuve? Quelle interprétation auraient privilégiée les groupes féministes face à l'article 276 et quelle était leur position à l'égard de la constitutionnalité de cet article? Quelle est la situation juridique actuelle en ce domaine? Dans quelle mesure celle-ci répond-elle aux revendications féministes et que peut-on faire pour l'améliorer?

Nous espérons ainsi soulever un questionnement, d'une part quant au potentiel et aux limites de l'appel au droit pour protéger les victimes d'agression sexuelle; et d'autre part, de façon plus globale, à savoir si l'on peut continuer de percevoir le système juridique comme un cadre à l'intérieur duquel l'on peut défendre les intérêts des femmes.

Il ne s'agit pas ici de produire des solutions «miracles» au dilemme auquel font face les groupes féministes chaque fois qu'ils font appel au droit pour lutter contre l'oppression des femmes mais, suivant la voie tracée par Carol Smart dans Feminism and the power of law (1989), plutôt de favoriser une prise de conscience du caractère androcentrique du droit et donc de ses limites comme

outil de lutte. De plus, en démythifiant la place privilégiée qu'occupe le droit comme outil de lutte, nous espérons contribuer à une remise en question qui permettrait de repenser les stratégies féministes de façon à faire place à d'autres discours et à d'autres modes possibles d'intervention. Cette recherche pourrait donc, parmi d'autres, permettre aux femmes de resituer le droit comme outil de lutte dans le cadre des revendications féministes. Quant à la problématique spécifique des agressions sexuelles, nous souhaitons que les informations recueillies au cours de cette étude puissent dans une certaine mesure être utiles à l'orientation des luttes féministes à venir en rapport à l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle.

Notre recherche se divise en cinq chapitres. Dans le premier chapitre, nous présentons certaines analyses théoriques féministes qui ont étudié les dispositifs pénaux sur les agressions sexuelles et leur application par le système de justice criminelle et qui ont examiné la question de l'appel au droit comme outil de lutte pour modifier les situations de domination et de subordination. Dans le second chapitre, nous expliquons le cadre méthodologique qui a guidé notre démarche de connaissance et présentons nos sources de données. Le troisième chapitre fait l'historique de l'évolution des règles de preuve sur les antécédents sexuels des plaignantes en *common law* et des réformes qui ont été apportées par le législateur fédéral entre les années 1976 et 1983.

Dans le quatrième chapitre, nous analysons le processus de réforme du Code criminel qui mena à la promulgation de l'article 276 en janvier 1983 à travers le discours de divers acteurs sociaux qui sont alors intervenus auprès du législateur. Nous allons également voir comment le législateur fédéral a répondu à ces nombreuses revendications. Le cinquième chapitre, divisé en cinq volets, présente une analyse approfondie de la jurisprudence canadienne portant sur la constitutionnalité des articles 276 et 277<sup>4</sup>, suivie de la réplique du législateur fédéral à ces jugements. Dans un premier volet, nous expliquons le cadre analytique que privilégie la Cour suprême du Canada lors de l'examen de contestations constitutionnelles en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés. Le deuxième volet porte sur les décisions rendues par les tribunaux canadiens, publiées entre 1983 et 1991, sur la question de la validité constitutionnelle des mesures législatives en question et le troisième sur le jugement rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* [1991]. Dans le quatrième volet, nous analysons l'opinion dissidente dans cette affaire et opposons l'approche adoptée par les juges dissidents à celle des juges de la majorité. Le cinquième volet présente les grandes lignes de la Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle) [Projet de loi C-49], entrée en vigueur en août 1992, par lequel le législateur fédéral tente à nouveau de circonscrire

---

<sup>4</sup> L'article 277 est également entré en vigueur en 1983 et interdit la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou défendre la crédibilité de la plaignante. Puisque la constitutionnalité de cet article a également été contestée dans certaines affaires portées devant les tribunaux, nous en discutons lorsque cela s'avère pertinent.

étroitement l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes.

Nous concluons par une brève réflexion sur l'appel au droit comme outil de lutte féministe et préconisons certains changements visant à créer une place véritable aux discours féministes.

CHAPITRE I

ANALYSES THÉORIQUES FÉMINISTES :

LES DISPOSITIFS PÉNAUX EN MATIÈRE

D'AGRESSIONS SEXUELLES

ET

LE DROIT COMME OUTIL DE LUTTE

Depuis les années 70, plusieurs auteures féministes ont analysé la question du droit criminel et dénoncé l'idéologie et les valeurs sous-jacentes à la formulation et à l'application du droit. On s'est particulièrement intéressé aux aspects discriminatoires de la procédure pénale; aux répercussions réelles sur les femmes de l'application d'un système de justice criminelle essentiellement masculin; à la source des inégalités de traitement; aux préjugés sexistes qui ont cours à toutes les étapes du processus pénal; à l'utilité du droit comme outil de lutte contre l'oppression des femmes ainsi qu'au rôle que joue le droit dans le maintien de la subordination des femmes.

Un des champs d'analyse privilégié par certains groupes féministes est celui de la violence envers les femmes car il «[...] contribue de façon marquée au maintien de la femme dans une condition inférieure et constitue un instrument d'oppression majeur» (Boyle et coll., 1985:57). La question des infractions d'ordre sexuel, en particulier du viol, a été jusqu'ici au coeur de ces préoccupations.

Certaines contributions théoriques féministes ont ainsi dénoncé les attitudes sociales et les processus légaux et judiciaires qui contribuent à faire du viol un fait quasi-naturel quoique regrettable, un problème individuel qui arrive à certaines femmes l'ayant plus ou moins consciemment voulu, et qui également empêchent les femmes d'exercer de façon efficace leurs droits

politiques et humains. On a voulu éduquer le public et les intervenants qui oeuvrent à tous les niveaux du système de justice criminelle au fait que le viol est un phénomène social et non naturel et qu'il doit être perçu dans une perspective qui englobe à la fois l'aspect social, économique et politique de l'oppression des femmes (Clark et Lewis, 1983).

Pour ce faire les groupes féministes, dès la fin des années 70, ont privilégié deux stratégies : le développement de centres d'aide aux victimes et la revendication de réformes juridiques. On a alors mis sur pied des centres d'aide pour les victimes de viol qui avaient à la fois l'objectif d'être une ressource et un appui aux victimes et celui de sensibiliser la population au problème du viol par l'élaboration d'un vaste programme d'éducation populaire. De plus, les femmes réclamaient des réformes majeures aux normes pénales sur le viol qui s'appuyaient sur des mythes et des préjugés sexistes à l'égard des femmes et qui leur niaient le droit à l'autonomie sexuelle. Entre autres, certains écrits féministes critiquaient les règles de preuve et de procédure qui faisaient en sorte que le procès d'un agresseur sexuel était souvent transformé en celui de la victime, et qui dans bien des cas réduisaient les femmes au silence. Elles demandaient l'abolition ou du moins la modification des règles de preuve qui en *common law* permettaient lors des procès pour viol d'interroger les plaignantes sur leurs antécédents sexuels avec des personnes autres que l'accusé. Par ailleurs, les femmes réclamaient également une nouvelle définition

du viol qui rendrait compte de la nature violente de l'acte et serait fondée sur les principes d'égalité entre les sexes (Clark et Lewis, 1983).

Bref, les organisations féministes demandaient en fait au législateur fédéral d'apporter des réformes aux mesures législatives en matière de viol de façon à ce que le droit en ce domaine reflète davantage la perspective des femmes et leur vécu par rapport aux infractions d'ordre sexuel dont elles sont les principales victimes. Elles lui demandaient également d'intervenir pour mettre fin aux pratiques discriminatoires des tribunaux en circonscrivant le pouvoir discrétionnaire des juges de procès en matière d'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. L'action conjuguée tant du législatif que du judiciaire était donc essentielle à la réalisation des objectifs poursuivis par les groupes féministes.

Compte tenu du fait qu'à travers l'histoire les groupes féministes ont privilégié la stratégie des réformes juridiques et compte tenu du succès parfois limité de telles démarches, nous nous interrogeons dans le présent travail sur l'utilité du droit comme outil de lutte contre l'oppression des femmes. Plus particulièrement, dans le contexte bien précis des revendications pour l'obtention de réformes législatives au droit de la preuve en ce qui concerne les agressions sexuelles, nous nous intéressons à la portée qu'ont pu avoir les revendications féministes sur

l'interprétation qu'ont donné les tribunaux à ces règles de droit<sup>5</sup>. Il est en effet de plus en plus reconnu que le droit peut être un instrument de création d'une liberté et d'une égalité mais que par leur interprétation et leur application du droit, les tribunaux peuvent se révéler être autant des inhibiteurs que des promoteurs des droits et libertés (Gosselin, 1991:190).

Nous allons tout d'abord situer notre cadre d'analyse en présentant deux modèles d'égalité sur lesquels se sont majoritairement appuyés les groupes féministes au Canada pour revendiquer des réformes législatives, soit le modèle d'égalité formelle et le modèle d'égalité véritable. Deuxièmement, nous présentons certaines analyses féministes qui ont dénoncé les dispositions discriminatoires des processus légaux et judiciaires en matière d'agressions sexuelles et qui ont fortement influencé le contenu des revendications féministes en ce domaine. Nous poursuivons cette réflexion par une revue de certaines analyses qui ont traité plus précisément de l'utilité du droit comme outil de lutte contre l'oppression des femmes. Enfin, nous soulevons certaines questions qui nous paraissent pertinentes à la lumière des réflexions mises de l'avant par ces analyses féministes.

---

<sup>5</sup> Par règles de droit nous entendons les lois, les règlements ou les principes de *common law*.

### 1.1 LES APPROCHES FÉMINISTES - LE MODELE D'ÉGALITÉ FORMELLE ET D'ÉGALITÉ VÉRITABLE

Puisque nous nous intéressons à la portée des luttes féministes sur le droit criminel en matière d'agressions sexuelles, il est important dans un premier moment de définir ce à quoi nous référons lorsque nous parlons de «luttes féministes». Le féminisme occidental contemporain est à la fois un mouvement social et une tendance intellectuelle qui de façon directe ou indirecte travaillent à un objectif commun soit celui de lutter contre l'oppression des femmes en s'attaquant aux composantes économiques, sociales, politiques et culturelles de cette oppression (Delmar, 1986). Il nous faut préciser qu'il n'y a pas une théorie féministe mais plusieurs approches et perspectives qui traitent chacune à sa manière de l'oppression des femmes, qui tentent d'en expliquer les causes et les conséquences et qui offrent des stratégies diverses pour remédier au statut minoritaire des femmes dans la société (Tong, 1989:1).

Depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle, la stratégie politique privilégiée par la plupart des groupes de femmes a été de faire appel à l'État pour revendiquer des droits légaux visant à leur reconnaître un statut d'égalité avec l'homme et à transformer les situations de domination et de subordination. On a toutefois défini le droit à l'égalité de plusieurs manières à travers l'histoire mais essentiellement, dans le contexte canadien, les revendications féministes se sont appuyées sur deux modèles : le modèle d'égalité formelle et le modèle d'égalité véritable (Brodsky et Day, 1989;

Bouchard, 1992). Le modèle d'égalité formelle a nettement dominé jusqu'aux années 70 mais, malgré les progrès importants que cette stratégie a pu apporter à la situation des femmes, les groupes féministes ont depuis pris graduellement conscience des limites de cette approche qui n'a pas toujours su favoriser les femmes dans leurs revendications pour abolir l'inégalité fondée sur le sexe. Le modèle d'égalité véritable est donc aujourd'hui privilégié par la plupart des groupes féministes dans leur lutte contre l'oppression et la subordination des femmes. Voyons brièvement quels sont les avantages et les limites de ces deux modèles.

Le modèle d'égalité formelle, associé à l'approche légaliste libérale, adopte une perspective individualiste et exige que les lois traitent de façon identique les personnes qui sont dans une situation identique. Ce modèle «[...] favorise le traitement égal et met l'accent sur la procédure, ou la forme, plutôt que sur les effets ou les résultats de la loi [...]» (Bouchard, 1992:91).

On juge qu'une absence de traitement différent des hommes et des femmes dans la forme de la loi (neutralité du genre) conjuguée à une application neutre de la loi mettent les hommes et les femmes sur un pied d'égalité (Brodsky et Day, 1989:160).

Ce modèle, souligne Sheehy (1987:3), a l'avantage d'être «politiquement viable puisqu'il est conforme à l'esprit du libéralisme» et, par ailleurs, il est suffisamment simple et peut ainsi s'appliquer sans trop de complications dans plusieurs domaines du droit. Il n'exige en fait qu'une neutralité du genre dans le libellé des lois et un traitement analogue de tous indépendamment de leur sexe par une application uniforme des règles

de droit présumées «neutres et objectives». Enfin, il nous faut reconnaître que ce modèle a permis d'éveiller les consciences aux inégalités entre les sexes en établissant clairement «[...] que les femmes ne doivent pas être cataloguées comme des membres à part de notre société» (Sheehy, 1987:3).

Le modèle d'égalité formelle a cependant des limites importantes. Selon cette approche, l'égalité devient en fait une question de comparabilité. Les femmes doivent prouver qu'elles sont dans une situation identique à celle des hommes ou qu'il existe une contrepartie masculine pour toutes les expériences des femmes. Il va sans dire que dans nos sociétés patriarcales où les valeurs masculines sont «la norme», les femmes ne sont que très rarement dans une situation semblable aux hommes. Les raisons historiques, sociales, culturelles et politiques de la subordination des femmes sont occultées du discours et on ne fait donc qu'effleurer la surface du problème. Comme le dit si bien Bouchard (1992:97), «[l]'analyse de ces facteurs est pourtant indispensable dans un cas d'allégation de violation du droit à l'égalité puisque l'inégalité fondée sur le sexe découle souvent d'attitudes imposées par les hommes, acceptées par la société, et qui gênent l'accès des femmes à des positions de pouvoir.»

Quant au critère qui exige une contrepartie masculine, il élimine la possibilité d'accéder à des lois ou à des programmes relatifs par exemple à l'accès à l'avortement ou aux congés de maternité. Le fait qu'on exige des femmes qu'elles soient comme les

hommes pour avoir droit à l'égalité occulte le préjugé fondamental fondé sur le sexe (Brodsky et Day, 1989:160-161).

Lorsque les femmes et les hommes sont dans une situation identique quant aux chances qui leur sont offertes ou au droit recherché, le modèle de l'égalité formelle fonctionne bien. En revanche, lorsque les hommes et les femmes ne sont pas dans une situation identique, c'est-à-dire la majeure partie du temps, le modèle de l'égalité formelle s'effondre; en fait, il est intrinsèquement discriminatoire (Brodsky et Day, 1989:160).

Le modèle d'égalité formelle ne reconnaissant pas l'inégalité économique et sociale dont sont victimes les femmes ne répond donc pas aux besoins de celles-ci puisqu'il occulte les inégalités majeures qui les oppriment. Les supposées «neutralité et objectivité» de l'approche légaliste libérale, fondées en fait sur des normes établies par les hommes, ne fait que perpétuer les inégalités envers les femmes (Brodsky et Day, 1989:162-163). La norme mâle demeurant le modèle de référence sur lequel s'appuient la formulation et l'application des règles de droit, les femmes sont encore une fois réduites au silence.

Enfin, la «neutralité du genre» dans le libellé des lois masque «[...] du même coup qui a fait quoi à qui et on oublie le poids de la distinction homme|femme dans notre conceptualisation et notre application du droit criminel» (Sheehy, 1984:4). La redéfinition du viol par le concept d'agression sexuelle lors de la réforme du droit en ce domaine en 1983, par exemple, élimina la référence au sexe des parties en cause mais cette modification ne faisait pas pour autant l'unanimité auprès des groupes féministes.

The change to a gender-neutral sexual assault law discourages analysis of the law in gender-specific terms. This change was a legislative order to raise the level of abstraction beyond gender and to stop thinking about sexual assault as something that men do to women (or to other men, thus putting those other men into the degrading position of being treated like a woman). (Boyle, 1985:104)

Dans le cas précis de l'agression sexuelle, certaines féministes craignaient que la «neutralité du genre» dans le libellé de la loi aurait pour effet d'occulter la réalité sociale de la victimisation sexuelle des femmes ce qui ne pourrait qu'encourager une interprétation et une analyse «abstraite»<sup>6</sup> des règles de droit en ce domaine et ne permettrait pas aux tribunaux de prendre en considération une cause importante des agressions sexuelles, la domination des femmes par les hommes. Le modèle d'égalité formelle a donc plusieurs failles et est incapable de véritablement promouvoir l'autonomie et l'égalité des femmes (Sheehy, 1987:4).

En raison du succès parfois limité des réformes obtenues sous un modèle d'égalité formelle, certains groupes féministes se sont tournés, surtout depuis les années 80, vers un modèle d'égalité véritable fondé sur la reconnaissance du caractère systémique de la discrimination envers les femmes. En situant l'inégalité des femmes par leur rapport de domination par les hommes, le modèle d'égalité véritable s'appuie sur la prémisse que la discrimination sexuelle ne résulte pas de l'arbitraire individuel mais d'un retard

---

<sup>6</sup> Par analyse «abstraite» nous référons, dans la présente thèse, à une analyse qui ne tient pas compte du contexte historique, socio-politique et économique entourant les questions juridiques soulevées devant les tribunaux et qui, sous le couvert de l'application de principes qu'on dit «neutres et objectifs», ne reconnaît pas non plus le fait que le contexte historique, socio-politique et économique influe sur l'interprétation des règles de droit et sur les décisions prises par les tribunaux.

structurel accumulé, et qu'il ne faut donc pas s'intéresser strictement à la forme de la loi mais bien à l'égalité des résultats pour l'ensemble des femmes. Cette approche met «[...] l'accent sur le contrôle de la réglementation par l'État et l'effet des lois sur les personnes et les groupes de personnes, afin de reconnaître les diversités culturelles et sociales» (Bouchard, 1992:112).

Le modèle d'égalité véritable demande en fait aux tribunaux de : 1) mettre l'accent sur le problème de l'inégalité véritable des femmes plutôt que sur la ressemblance ou la dissemblance du traitement entre les hommes et les femmes; 2) de juger qu'il est parfois dans l'intérêt de l'égalité réelle d'imposer un traitement différent; et 3) d'exclure le critère d'équité qui restreint les droits à l'égalité (Brodsky et Day, 1989:204-205).

L'égalité véritable des femmes, selon cette approche, exige la formulation et l'application de dispositions spéciales qui seront toujours en conflit avec la notion d'égalité formelle. Le modèle d'égalité véritable exige également «[...] que les garanties d'égalité s'appliquent aux règles ou aux pratiques qui sont discriminatoires envers les femmes, que cette discrimination soit intentionnelle ou non, et que ses conséquences soient directes ou non» (Brodsky et Day, 1989:206). Ce modèle requiert en fait la création de programmes gouvernementaux et de lois qui tiennent compte des rapports sociaux de sexe et de la subordination des femmes et qui permettent «[...] aux femmes de bénéficier des ressources, des avantages et de la protection que la société peut

leur offrir, en les traitant avec la même dignité, le même respect et en leur offrant des chances égales» (Brodsky et Day, 1989:206).

Le modèle d'égalité véritable a récemment été reconnu en partie par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Andrews* [1991]. La juge Wilson, qui a écrit les motifs de la décision majoritaire, admettait que le critère de la situation analogue préconisé par la théorie de l'égalité formelle n'entraîne pas nécessairement l'égalité, «[...] pas plus que toute distinction ou différence de traitement ne produira forcément une inégalité» (*Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143, p. 144). Le juge McIntyre, dissident en partie, critiquait également très sévèrement la thèse selon laquelle on devait traiter de façon analogue des personnes qui se trouvent dans des situations analogues.

Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les juifs.

[...]

Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. (*Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143, pp. 166-167)

L'accent, selon la Cour, devait plutôt être mis sur le concept de discrimination qu'elle a défini comme suit :

La discrimination est une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des

caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement (*Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143, p. 144).

La Cour suprême dans l'arrêt *Andrews* s'est donc détachée du modèle d'égalité formelle pour enfin reconnaître que l'effet des lois, particulièrement l'effet discriminatoire d'une loi, d'une pratique ou d'une règle de droit sur les femmes, doit être pris en considération par les tribunaux lorsqu'ils sont appelés à appliquer l'article 15 de la *Charte* qui protège les droits à l'égalité. L'arrêt *Andrews* distingue deux étapes d'une analyse en vertu de l'article 15 : 1) déterminer s'il y a une inégalité, c'est-à-dire, si la loi ne s'applique pas également ou que tous n'auraient pas droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, et 2) déterminer si cette inégalité est discriminatoire (Bouchard, 1992:120).

La Cour suprême du Canada dans l'affaire *Andrews* s'est donnée les outils conceptuels nécessaires à l'analyse de la situation concrète des femmes tant au niveau historique, économique que socio-politique. Reste à voir si elle saura les mettre en pratique selon une optique féministe qui exige qu'on s'attarde à la source réelle de la discrimination : la hiérarchisation du pouvoir des hommes sur les femmes (Bouchard, 1992:136). C'est ce que nous verrons dans le cinquième chapitre où nous analysons la jurisprudence canadienne sur la constitutionnalité des règles de preuve limitant l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle. Mais avant il

nous faut préciser notre cadre d'analyse en introduisant certaines réflexions féministes qui ont porté sur le caractère discriminatoire des dispositifs pénaux sur les agressions sexuelles et sur le recours au droit pour mettre fin à l'oppression des femmes.

## 1.2 ANALYSES THÉORIQUES

Nous allons donc retracer le cheminement des réflexions théoriques féministes en vous présentant d'abord le point de vue de certaines auteures qui ont dénoncé les dispositions discriminatoires des processus légaux et judiciaires en matière d'agressions sexuelles (Clark et Lewis, 1983; S. Edwards, 1981; A. Edwards, 1989) et d'autre part, en discutant de certaines analyses féministes qui débattent de la justesse de privilégier le droit comme outil de lutte (Brickey et Comack, 1987; Smart, 1989; Snider, 1990)<sup>7</sup>.

### 1.2.1 LES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES DU DROIT EN MATIÈRE D'INFRACTIONS SEXUELLES

Nous débutons cette revue de la littérature féministe en vous présentant la position de Clark et Lewis (1983), considérées comme des pionnières de la recherche canadienne dans le domaine du

---

<sup>7</sup> Il est important de noter que l'article de Brickey et Comack «*The Role of Law in Social Transformation: Is a Jurisprudence of Insurgency Possible?*» est une analyse marxiste. Le choix d'inclure leurs réflexions dans un cadre théorique féministe se justifie du fait que leur analyse traite de la façon dont les groupes défavorisés, incluant les femmes, peuvent se servir du droit comme outil de lutte, et d'autre part, du fait que ce texte eut une influence sur la pensée de certaines auteures féministes, entre autres sur l'analyse de Snider (1990) dont nous traitons.

traitement judiciaire de la victimisation sexuelle des femmes. Pour Clark et Lewis (1983:12) le viol n'est «[...] qu'une autre forme d'oppression des femmes, dans une société sexiste qui endosse le caractère naturel de l'inégalité des sexes, de la domination et de la suprématie du mâle [...]». Dans un premier temps, elles critiquent les fondements théoriques du droit et de la politique en Occident et, à travers une analyse historique de l'évolution des lois sous notre système capitaliste, dénoncent la conception de la femme comme étant la «propriété sexuelle» des hommes et la définition du viol qui en découle soit celle d'un délit contre la propriété de l'homme. Une conception du viol qui, précisent les auteures, influence et continue toujours dans une certaine mesure d'influencer la formulation et l'application des lois pénales en ce domaine (Clark et Lewis, 1983:111).

Plus particulièrement, par une analyse de la façon dont la police gère couramment les plaintes d'agression sexuelle, Clark et Lewis démontrent que les mythes et les préjugés sexistes entourant ce genre d'infraction sont toujours omniprésents. Dans un premier temps, les plaintes d'agression sexuelle, comme pour tout autre délit, doivent se plier à la logique du système pénal; une logique qui découle d'une conception du bien commun et de l'ordre social définie par une petite fraction de la population principalement masculine, bourgeoise et de race blanche. Cependant, dans le cas précis de l'agression sexuelle dont les femmes sont majoritairement la cible, la logique pénale est également imprégnée de préjugés et de stéréotypes sexistes sur le viol, la sexualité et la moralité

des femmes qui, selon les auteures, reposent sur la prémisse que la femme est une propriété privée de l'homme. Une telle logique, soulignent Clark et Lewis (1983), ne peut donc que perpétuer des rapports inégaux entre les sexes.

Un retour dans le passé nous rappelle en effet qu'il y a plus d'un siècle les femmes étaient sous l'autorité quasi-absolue du mari et qu'au plan juridique, elles étaient considérées au même titre que les enfants, les interdits et les fous. La valeur de la femme était alors mesurée en fonction de son attrait sexuel et de sa fécondité comme en témoignent les lois sur le viol qui prévoyaient un dédommagement par compensation ou réparation à être versé au père ou au mari de la victime. Les lois évidemment ne protégeaient pas également toutes les femmes mais s'appliquaient en grande majorité dans les cas où la victime était une femme chaste, vierge ou encore mariée et de très bonne réputation.

Ces préjugés, selon Clark et Lewis (1983:112), se retrouvent encore aujourd'hui puisque l'analyse du classement des plaintes par la police a démontré qu'une femme a beaucoup plus de chance de voir sa plainte considérée comme «fondée» si elle est mariée ou encore si elle est vierge et réside chez ses parents. Il en résulte donc une application différentielle de la loi qui limite le nombre de victimes «crédibles» et favorise l'impunité des agresseurs. D'autre part, il est bien connu que les déboires de la victime ne se terminent pas lorsque la plainte est acceptée par les policiers et qu'une accusation est portée devant les tribunaux. Les mythes qui entourent la sexualité des femmes se retrouvent à tous

les niveaux du processus pénal et ont pour effet de faire en sorte que le procès d'un agresseur soit souvent malheureusement transformé en celui de la victime. Ceci est particulièrement évident lorsqu'on analyse l'usage de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes qui permet de soumettre celles-ci à des interrogatoires humiliants sur leur vie sexuelle et sur leur réputation générale avec comme objectif précis de miner leur crédibilité. Ce genre de preuve s'appuie, entre autres, sur le préjugé qu'un consentement passé à des relations sexuelles rend moins probable un non-consentement futur ou encore que l'acte posé est moins dommageable puisque la victime n'était pas vierge (Clark et Lewis, 1983:41).

Clark et Lewis (1983:157) en arrivent à la conclusion que «[l]e statut des femmes, en tant que propriété sexuelle et reproductrice exclusive, est à l'origine du problème de viol». Cette conception de la femme-objet influence la formulation et l'application du droit criminel en matière d'infractions d'ordre sexuel. Dans une société sexiste, le viol, précisent-elles, n'est qu'une autre forme d'oppression des femmes. Puisque le sexisme est un problème structurel, c'est-à-dire qu'il est le résultat d'une structure qui sous-tend qu'il existe une différence innée entre les sexes et que les hommes sont des êtres supérieurs aux femmes, il faut s'attaquer aux institutions qui sanctionnent l'inégalité entre les sexes et non pas se limiter à en critiquer l'idéologie.

Une façon de miner ces institutions, selon Clark et Lewis (1983), consiste à revendiquer des réformes législatives qui

modifieraient les dispositions discriminatoires contenues dans les lois sur le viol. Les auteures ont ainsi recommandé que soient apportées des modifications au niveau des lois, des pratiques policières et des procédures judiciaires de façon à reconnaître le droit des femmes à l'autonomie sexuelle. Pour ce faire, il était nécessaire que la définition du vio. soit révisée en tenant compte de sa réalité historique, juridique, sociale et économique et que soient modifiées les règles de preuve et de procédure discriminatoires qui faisaient en sorte que le procès d'un agresseur sexuel était en fait celui de la victime. Ces réformes juridiques, soulignent-elles, devaient s'accompagner d'un vaste programme d'éducation populaire qui favoriserait une prise de conscience collective de la façon dont les rapports sociaux et les rapports entre les sexes sont régis par le droit de propriété et qui démystifierait l'image de la femme en tant que «propriété sexuelle» de l'homme (Clark et Lewis, 1983:158-160).

Tournons-nous maintenant vers l'analyse de Susan Edwards (1981) qui démontre, pour sa part, comment le processus de définition sociale de la féminité, de la sexualité des femmes, de la criminalité féminine et de la victime d'un délit criminel influence et informe les procédures judiciaires et comment celles-ci reproduisent ces constructions sociales. Plus précisément, Edwards (1981) a étudié les développements législatifs et les modifications au niveau de l'application de la loi en matière d'agressions sexuelles depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle. Cette étude démontre que même si l'évolution des règles de droit substantif

touchant le viol énoncent un «désir» de protéger les femmes, les règles de procédure et de preuve telles qu'elles sont appliquées par les tribunaux protègent nettement les intérêts de l'accusé qui, rappelons-le, est un homme dans la majorité des cas (Edwards, 1981:49).

Edwards (1981) souligne que les lois et l'administration de la justice s'appuient sur des constructions sociales complexes, et parfois contradictoires, qui définissent les catégories de sexe, de sexualité et de genre. Par exemple, le libellé des lois qui par le passé définissait le viol comme «un acte par lequel un homme pénétrait le vagin d'une femme contre sa volonté» soutenait le modèle de la femme passive, asexuée et chaste qui ne pouvait commettre un délit sexuel. Par contre, la représentation de la sexualité féminine qui s'exprime jusqu'à nos jours dans les règles de procédure et le droit jurisprudentiel projette une image tout à fait différente de la femme lorsque celle-ci est victime d'un viol, soit celle d'une séductrice, d'une tentatrice et d'une agente provocatrice. Cette classification des femmes dans deux catégories contradictoires, la femme chaste et la femme impure, influence fortement l'administration de la justice et fait en sorte que seule la femme dont le comportement se conforme à la lettre aux stéréotypes sexuels et sociaux sera protégée par la loi (Edwards, 1981:49-50).

Selon Edwards (1981), ces définitions de la féminité, de la sexualité des femmes, et de la personnalité «type» de la femme qui soutient être victime de viol émergent du discours médico-légal qui

domine depuis les débuts du XIX<sup>ème</sup> siècle. Ce discours, par sa prétention à être «scientifique» et «objectif», donne un statut de vérité à des représentations mythologiques de la sexualité féminine qui émanent de conceptions fondamentalement biaisées.

Edwards (1981) conclut donc que le processus qui débute par le passage à l'acte et qui se termine par l'acquittement d'un accusé ou l'imposition d'une peine à un agresseur sexuel est un chemin parsemé d'interventions successives et de négociations qui s'appuient sur des constructions sociales, des discours, des théories qui à l'origine sont externes au processus judiciaire en soi. Par ailleurs, le discours du droit, par le pouvoir et la légitimité qui lui sont associés, perpétue et entretient une vision de la féminité et de la sexualité des femmes qui, selon l'auteure, repose sur des mythes et des représentations sociales sexistes vieilles d'au moins deux cents ans.

A la lumière de ces constatations et du peu d'impact des réformes juridiques sur l'idéologie sexiste dominante et ce, malgré certains changements substantiels au statut juridique des femmes, Edwards (1981) remet en question la validité du droit comme outil de lutte et soutient la position citée de Garfinkle, Lefcourt et Schudler (1971) :

In essence, the laws are a formal codification of attitudes toward women that permeate our culture. They are used as a means of coercion to obtain conformity with norms and mores. The law is not then an instrument for altering the unequal male-female relationships; rather, it is an institutional barrier to change (Edwards, 1981:174).

Puisque l'administration de la justice, nous dit-elle, s'appuie sur une variété de discours essentiellement externes au droit mais qui pèsent lourdement sur lui, les solutions aux changements anticipés par les femmes doivent donc se situer à l'extérieur du droit (Edwards, 1981:174).

La position adoptée par Susan Edwards (1981), courante au début des années 80, fut par la suite fortement remise en question par plusieurs auteures féministes sur la base qu'on ne pouvait nier l'importance de certains gains juridiques des femmes et qu'il était utopique de croire qu'on puisse totalement faire abstraction du droit comme outil de lutte. Edwards (1981) apporta en quelque sorte son appui à ces critiques en reconnaissant quelques années plus tard que le droit remplit une fonction symbolique importante et qu'il est nécessaire pour l'État de dénoncer officiellement la violence envers les femmes à travers une codification pénale lorsqu'elle écrit dans «Violence against Women» (1990:148) :

It is my view that the law has an important symbolic function to play and that a society which presses for changes without at the same time expressing and codifying these sentiments within its legislative framework cannot effect any real change. Indeed, the law is the most symbolically powerful tool we have at our disposal.

Par ailleurs, Anne Edwards (1989), à travers une analyse de l'usage et de l'influence des catégories de sexe et de genre et du sexisme au sein du système de justice criminelle, dénonce l'incapacité totale du système juridique à répondre aux problèmes exprimés par les femmes qu'il s'agisse de violence conjugale, d'harcèlement sexuel, d'inceste, d'agression sexuelle, de contrôle des naissances ou autres. Les conditions sociales, les valeurs

morales et des considérations d'ordre politique interviennent, selon elle, à la fois dans la formulation et l'application du droit. Ces considérations sont souvent opposées aux expériences et aux intérêts fondamentaux des femmes.

En effet, les contraintes liées à la structure du droit et les exigences formelles du système de justice criminelle font en sorte que l'élément discrétionnaire devient un aspect inévitable et «normal» du processus décisionnel (Edwards, 1989:167). Depuis les années 70, plusieurs chercheur(e)s ont démontré clairement que de nombreux facteurs externes pèsent lourdement sur les décisions législatives et juridiques qui sont prises. L'ethnie, l'âge, le statut socio-économique, l'appartenance religieuse et le sexe sont tous des facteurs qui interagissent de façon complexe sur les processus législatif et judiciaire. Pour la femme, la discrimination fondée sur le sexe vient s'ajouter aux autres types de discrimination. Le traitement qu'inflige le pénal aux femmes, accusées ou victimes, varie donc de façon significative selon le type de délit, la classe sociale ou l'ethnie mais également en fonction de l'image qu'ont les intervenants du sexe féminin. Afin de saisir l'impact véritable des catégories de sexe sur le processus décisionnel qui s'opère à toutes les étapes de l'intervention du droit criminel, il est nécessaire, selon Edwards (1989:172), de développer une meilleure compréhension théorique du caractère des liens qui unissent les facteurs liés au sexe aux autres facteurs sociaux et au système de justice criminelle.

D'autre part, Edwards (1989:178) critique également le modèle d'égalité formelle privilégié, nous le rappelons, par plusieurs groupes féministes jusqu'aux années 70. Ce modèle, selon elle, réduit les problèmes liés au sexisme et à la discrimination au sein du système de justice criminelle à une question de comparabilité du traitement que reçoivent les hommes et les femmes. L'idéal du droit neutre, égal pour tous, n'est pas à même d'entraîner l'égalité véritable. Les hommes et les femmes ne sont ni identiques, ni égaux au plan de leurs capacités, de leurs ressources ou de leurs situations. L'analyse féministe du droit criminel doit donc mettre en cause les concepts de justice et d'équité en tenant compte des inégalités structurelles qui caractérisent les rapports entre les sexes, et du fait que le droit reflète et reproduit à la fois ces inégalités.

L'analyse d'Edwards (1989) est caractéristique du questionnement féministe autour du droit depuis les vingt dernières années. D'autres auteur(e)s ont également traité de l'utilisation du droit comme outil de lutte pour transformer les situations de domination et de subordination.

### 1.2.2 LE DROIT - UN RECOURS POUR LES FÉMINISTES

Pour Brickey et Comack (1987:102), le droit apparaît comme un des outils importants à l'obtention de changements socio-politiques. Il ne faut pas comprendre le droit comme un simple outil qui assure la domination d'une élite capitaliste, ni le

percevoir comme un ensemble de règles imposées aux individus contre leur volonté. Ce point de vue, selon eux, ne résiste pas à l'analyse. Le droit a un caractère social distinct. Il résulte de conditions sociales et historiques bien définies. Pour mieux saisir le développement du droit, il faut, selon les auteurs, également analyser le rôle joué par les acteurs sociaux dans la constitution et la reproduction de l'ordre juridique.

Par ailleurs, on ne peut nier le fait que les arguments et les débats politiques dans les sociétés capitalistes avancées sont essentiellement légalistes. Tout est centré sur la notion des «droits» que ce soit le «droit au travail», le «droit à la vie», le «droit de la femme de choisir», le «droit de l'entreprise» et autres. Ceci étant la réalité avec laquelle on doit négocier, se retirer de l'arène législative et juridique en ne faisant plus appel au droit, nous disent Brickey et Comack (1987:102-103), serait se priver de la protection accordée par le droit, aussi limitée soit-elle, et laisser libre cours à diverses interprétations et définitions des termes et des paramètres du droit sur lesquels nous n'aurions exercé aucune influence.

Brickey et Comack (1987:105-106) proposent donc une reformulation des stratégies de lutte qui n'abandonne pas le droit mais qui plutôt s'en sert pour développer des moyens d'en modifier la structure. Il s'agit globalement d'identifier les contradictions qui marquent l'idéologie du droit afin de s'appuyer en retour sur ces contradictions pour développer des stratégies qui viendraient discréditer et miner cette idéologie. L'objectif à long terme

serait le renversement du système capitaliste et l'émergence d'un système socialiste.

Les auteurs suggèrent pour ce faire de pousser à l'extrême le sens démocratique de la règle du droit en intentant entre autres des «actions collectives» qui permettraient de développer une jurisprudence susceptible d'améliorer le statut des groupes défavorisés tels que les femmes, les minorités ethniques, la classe ouvrière et autres.

The jurisprudence of insurgency is based on the idea that to abandon law as an agent of change is to negate one method that can be used to challenge the present system. The insurgent role of law is to identify the existing contradictions within legal ideology and to use those contradictions to pit that ideology against itself (Brickey et Comack, 1987:113).<sup>8</sup>

D'autre part, Snider (1990) analyse, dans un cadre marxiste, le potentiel du système de justice criminelle à promouvoir les intérêts féministes. Elle soutient que la façon dont on s'est servi du droit comme outil de lutte féministe doit être dénoncée tant au plan pratique, théorique que politique puisque l'histoire des réformes législatives a démontré qu'on ne fait que remettre le pouvoir dans les mains d'une bureaucratie dont l'agenda ne concorde aucunement avec les objectifs et les revendications féministes. Le modèle réformiste donne l'illusion que des problèmes enracinés dans le système patriarcal et capitaliste peuvent être résolus par des réformes individuelles à un niveau microsocial (*micro level*)

---

<sup>8</sup> Fudge (1990:63) critique cette approche de la façon suivante : «My main point of disagreement with this important new work is with the related claims that law can be an agent for social transformation and that law contains the seeds of its own resistance. These claims, I argue, lack precision in what is meant by law».

(Snider, 1990:143). En faisant appel au droit et en se pliant à sa logique propre, on occulte ainsi la responsabilité du capitalisme et du patriarcat dans la production et la reproduction des inégalités sociales.

Par une analyse des réformes initiées par les groupes féministes depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle dans les domaines touchant les droits et libertés, la prostitution, la déviance juvénile féminine, l'agression sexuelle, la violence conjugale, et autres, Snider (1990:144) démontre que les résultats obtenus ont eu des effets négatifs à plusieurs niveaux. La croyance au pouvoir symbolique du droit a amené certains groupes féministes à revendiquer un accroissement du contrôle de l'appareil pénal afin de mieux les protéger des crimes de violence commis envers elles et, d'autre part, à exiger des peines plus certaines et sévères qui dénonceraient la gravité de ces délits et qui pourraient avoir un effet dissuasif menant à une réduction de la victimisation des femmes. Ces revendications ont eu un effet pervers puisque les réformes apportées ont non seulement donné lieu à une plus grande criminalisation dans ces domaines mais également à un plus grand contrôle de l'État qui s'est exercé à la fois sur les hommes et sur les femmes provenant des milieux sociaux les plus défavorisés.

Selon Snider (1990:145), en encourageant une prise en charge plus grande par le système pénal, nous ne faisons qu'entériner le développement de mesures répressives et inhumaines qui ne touchent que certaines populations déjà victimes des inégalités sociales existantes. Il faut, nous dit-elle, distinguer la loi de ses effets

et se rendre à l'évidence que malgré tous les beaux discours et les bonnes intentions énoncés depuis les années 60, nous assistons à un accroissement continu du contrôle social qui retire de plus en plus de pouvoir des mains des femmes.

En ce qui a trait particulièrement aux réformes apportées aux lois concernant les agressions sexuelles, Snider (1990:160) souligne que malgré le fait que certaines analyses reflètent une amélioration au niveau du traitement des victimes par le processus judiciaire, il n'est pas évident que ces changements, aussi minimes soient-ils, soient tributaires des réformes au niveau de la loi criminelle. On peut également présumer que les changements au niveau des attitudes et des comportements face à l'agression sexuelle sont attribuables aux victoires sur le plan idéologique qu'ont engendrées des années de luttes féministes.

Rien n'indique en effet que le droit, en particulier le droit criminel, soit le véhicule le plus efficace pour obtenir des changements au niveau des attitudes sociales. Au contraire, malgré certains gains juridiques importants qu'ont acquis les femmes, il semblerait que l'appel au droit comme outil de lutte féministe ait, selon Snider, permis le maintien du statu quo laissant quasi-intactes les relations économiques, sociales et familiales qui sont à l'origine de l'oppression des femmes dans les sociétés capitalistes et patriarcales. Snider conclut donc que le droit, même s'il peut parfois agir comme un instrument de libération, a été utilisé essentiellement jusqu'à ce jour comme un instrument de

domination et de reproduction de l'ordre social coercitif et oppressif.

Par contre, puisque les relations capitalistes dépendent fondamentalement du système juridique pour leur survie, on ne doit pas ignorer celui-ci mais plutôt s'attaquer aux fondements mêmes du droit civil et criminel. Pour ce faire, Snider (1990:163-164) suggère de suivre la stratégie proposée par Brickey et Comack (1987), c'est-à-dire non plus de faire appel au droit pour obtenir des réformes qui en criminalisant de plus en plus de comportements accroissent le pouvoir étatique, mais plutôt de lutter contre l'ordre social dominant en s'appuyant sur les contradictions inhérentes aux institutions et aux pratiques capitalistes et patriarcales, et sur la structure du droit pour revendiquer des droits universels qui pourraient amorcer des changements structuraux profonds. Enfin, les luttes féministes, souligne Snider (1990:192), ne doivent pas pour autant négliger la nécessité d'opérer des changements au plan idéologique, en travaillant à démystifier l'image stéréotypée de la femme. Des stratégies féministes doivent également être élaborées pour lutter contre l'oppression des femmes tant au niveau idéologique, qu'économique et social.

Smart (1989), quant à elle, s'inspire du post-modernisme pour remettre en question le pouvoir que s'est arrogé le droit de définir la réalité sociale et sa prétention à détenir «la Vérité». Le discours du droit, en prétendant véhiculer des connaissances reconnues, acceptées et unifiées et en attribuant au système juridique le pouvoir de déterminer la Vérité, disqualifie, absorbe

ou du moins résiste à d'autres discours moins prestigieux. Le droit comme site de pouvoir a ainsi la capacité de résister aux discours qui mettent de l'avant des valeurs féministes et de disqualifier l'expérience des femmes dans leurs relations avec les hommes (Smart, 1989:10).

Une analyse des lois sur le viol démontre clairement que la définition que donne le droit à l'agression sexuelle prend préséance sur celle des femmes et que celui-ci continue de s'arroger le pouvoir de déterminer la Vérité en dépit de l'avancement d'autres connaissances en ce domaine, en particulier celles mises de l'avant par les discours féministes (Smart, 1989:4). L'analyse de Smart (1989) montre comment le droit s'approprie le pouvoir d'ériger le sexe en véritable catégorie juridique et ainsi définit à partir de normes masculines «la place» des femmes dans les sociétés occidentales. Le caractère androcentrique du droit est évident, entre autres au travers les règles de preuve et de procédure qui ont cours lors d'un procès pour agression sexuelle puisqu'on y valorise l'image du «mâle prédateur sexuel» et qu'on réduit la femme au rôle d'«une proie capricieuse» (Smart, 1989:42). Le droit ne se borne pas à organiser l'oppression des femmes, mais lui confère également une apparence de légitimité. Le pouvoir juridique, selon Smart (1989:6), demeure donc un obstacle majeur au féminisme.

L'histoire des réformes juridiques dans les domaines de l'agression sexuelle, de l'égalité salariale et de la violence conjugale révèle effectivement l'incapacité du droit d'intégrer les

revendications féministes. Par contre, le droit ne détient pas, selon Smart (1989), le monopole des valeurs sociales; il y a d'autres façons d'influencer la conscience populaire même si le droit peut parfois jouer le rôle d'un catalyseur. Il est également faux de croire qu'une reconnaissance législative de certaines revendications des femmes entraîne nécessairement des changements concrets au niveau judiciaire ou populaire. Une légitimation législative dans la forme de la loi peut à priori apparaître comme une victoire mais rien, en effet, ne peut nous permettre de prédire que cette reconnaissance ou ce droit acquis par les femmes ne sera pas ultérieurement réfuté par les tribunaux (Smart, 1989:81). L'évolution de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes, au Canada et dans d'autres pays de la *common law*, en est un exemple marquant.

L'analyse de l'histoire du droit et de la lutte pour des réformes juridiques nous donne, selon Smart, l'opportunité de nous servir de l'expérience des femmes comme point de départ à l'élaboration de discours alternatifs. Ce genre d'analyse aurait comme objectif de favoriser une prise de conscience du pouvoir du droit, de reconnaître que les réformes législatives ne servent pas toujours la lutte politique et qu'il faut par conséquent élargir nos horizons et ne plus prétendre que l'appel au droit est l'ultime solution à l'oppression des femmes. Il faut, précise Smart (1989:5), décentrer le droit et l'attaquer au niveau conceptuel afin de permettre aux discours féministes de s'établir solidement. Une fois le pouvoir du droit démythifié, sa capacité à disqualifier

d'autres formes de connaissances sera réduite ce qui pourrait permettre une ouverture à la reconnaissance des valeurs féministes.

Les analyses présentées démontrent clairement les problèmes auxquels ont à faire face les féministes lorsqu'elles envisagent le droit comme un outil de lutte. On prend, en effet, de plus en plus conscience du caractère paradoxal du recours au droit. D'une part, la reconnaissance juridique de certains droits est essentielle à la lutte contre l'oppression des femmes; par contre, le droit est impuissant à mettre en cause fondamentalement les rapports sociaux entre les sexes.

Ces constatations sont à la base de notre questionnement. La loi sur les agressions sexuelles, plus particulièrement la preuve des antécédents sexuels des plaignantes, a été fortement remise en question par les groupes féministes depuis les années 70. Il a été démontré que la formulation et l'application du droit en matière d'agressions sexuelles sont nettement discriminatoires envers les femmes et qu'elles contribuent, en véhiculant des stéréotypes sexistes sur la sexualité des hommes et des femmes, au maintien de rapports sociaux de domination et de subordination entre les sexes. C'est donc un domaine que ne peuvent ignorer les groupes féministes dans leur lutte contre l'oppression des femmes. Néanmoins, la question demeure à savoir si la stratégie de revendiquer des réformes juridiques est la meilleure façon de défendre les intérêts des femmes, et de façon particulière ceux des victimes d'agression sexuelle.

La présente étude soulèvera des éléments de discussion qui, nous l'espérons, sauront alimenter le débat entourant cette question fort complexe et importante.

**CHAPITRE II**

**MÉTHODOLOGIE**

## 2.1 LES GRANDS PRINCIPES DE LA RECHERCHE FÉMINISTE

Notre démarche de connaissance se situe clairement dans une perspective féministe et s'appuie sur les trois grands principes qui ont guidé la recherche féministe ces vingt dernières années. En premier lieu, nous reconnaissons l'influence importante des rapports sociaux entre les sexes, plus précisément des rapports d'oppression et de subordination des femmes, dans tous les domaines de la vie, y compris la production intellectuelle. Dans le cadre de notre démarche, la reconnaissance de ce principe nous paraît essentielle à la compréhension du processus de définition sociale de la moralité, de la personnalité et de la sexualité des femmes qui a fortement influencé à travers l'histoire l'évolution législative et juridique des dispositifs pénaux sur les agressions sexuelles.

Le second principe auquel nous souscrivons - dérivé des réflexions féministes qui ont mis en cause l'approche positiviste en science et le caractère partiel et partial de la construction du savoir en sciences humaines (Harding, 1987) - est celui de la reconnaissance du fait qu'aucune recherche ne se fait hors d'un contexte social et que celui-ci influence nécessairement les chercheur(e)s et le type de questions qui sont posées (Eichler, 1985:4). Notre démarche est donc fondée sur une approche qu'on peut qualifier de «partialité critique» (Parent, 1991:95-96). Nous

reconnaissons ainsi avoir une certaine sensibilité envers les sujets de recherche et nous sommes conscientes de l'influence du cadre des rapports sociaux dans lequel se situent les sujets et les chercheuses mais nous avons également le souci fondamental de rendre compte fidèlement de notre objet d'étude en nous appuyant sur des outils intellectuels et méthodologiques fiables.

Enfin, le troisième principe qui guide notre démarche de connaissance est notre engagement envers la réalisation d'une étude axée sur des questions particulièrement pertinentes pour les femmes et orientée vers l'amélioration de leur situation par la recherche de «moyens de combler les écarts entre les inégalités actuelles et un idéal d'égalité sociale des sexes» (Eichler, 1985:5). Dans le cadre précis de notre problématique, comme nous l'avons déjà mentionné, nous espérons que notre recherche pourra dans une certaine mesure orienter les luttes féministes concernant la formulation et l'application des règles de preuve régissant l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle. Nous souhaitons également apporter un appui aux revendications des femmes qui réclament la reconnaissance de leur droit à la sécurité de leur personne et à leur autonomie sexuelle.

Gardant à l'esprit ces trois grands principes qui sous-tendent notre démarche intellectuelle, voyons comment nous avons choisi de rendre compte de notre objet d'étude.

## 2.2 LA DÉMARCHE MÉTHODOLOGIQUE

L'objet de notre recherche, nous le rappelons, est d'étudier les revendications des femmes et leur impact sur le discours du droit par une analyse de la formulation et de l'application de l'article 246.6<sup>9</sup> régissant l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle. Nous nous interrogeons également sur le potentiel et les limites de l'appel au droit comme outil de lutte pour défendre les intérêts des femmes et promouvoir une égalité véritable entre les sexes. Nous avons opté pour une démarche qualitative puisque celle-ci nous semble être la mieux adaptée à une analyse en profondeur des documents officiels entourant l'élaboration législative de ces règles de preuve et leur interprétation et application successives par les tribunaux canadiens.

Nous nous proposons d'aborder les documents selon une méthode générale d'interprétation de la source écrite que nous convenons d'appeler «analyse de texte»<sup>10</sup>. Il est important de noter qu'avant d'aborder de façon méthodique les documents, nous avons procédé à une démarche préliminaire d'interrogation critique, de lecture et

---

<sup>9</sup> Il faut noter que les articles 246.6 et 246.7 furent renumérotés 276 et 277 lors de la Refonte de 1985 (L.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19; S.R.C. 1985, c. 46).

<sup>10</sup> Il y a de multiples façons d'aborder l'analyse d'une source écrite qui prennent diverses appellations : analyse de contenu, analyse documentaire, analyse de discours etc., chacune avec ses règles, ses techniques, ses particularités. La méthode que nous vous présentons a été élaborée et adaptée à nos besoins à partir de deux modèles proposés dans Létourneau, J. (1989) Le Coffre à Outils du Chercheur Débutant, et Sourieux, J.L. et Lerat P. (1986) Méthodes du droit - L'Analyse de texte - Méthode générale et application au droit.

de documentation d'articles et d'ouvrages spécialisés sur la problématique de l'évocation du passé sexuel de la plaignante et des dispositifs pénaux qui s'y rapportent. Cette première démarche nous a permis de dégager en fonction de nos objectifs de recherche certains thèmes et certaines questions qui nous permettront de mettre en contexte, d'analyser et d'interpréter les messages véhiculés et les buts visés par les divers acteurs sociaux qui ont joué un rôle suffisamment significatif dans ce processus législatif pour mériter une attention particulière. Notre démarche de recherche sera ainsi guidée par les questions initiales suivantes qui se préciseront ou se modifieront selon les particularités des documents.

1. Quelles étaient les revendications par rapport à l'évocation du passé sexuel de la plaignante des divers acteurs sociaux qui sont intervenus auprès du législateur fédéral lors de la réforme du droit criminel en matière d'infractions sexuelles entamée en 1981?
2. Quels étaient les principaux arguments soulevés pour admettre ou refuser la présentation d'une preuve de la conduite sexuelle antérieure?
3. Quels intérêts protégeons-nous en admettant une telle preuve?
4. Les mythes et préjugés sexistes à l'égard des plaignantes et de l'agression sexuelle orientent-ils encore le discours du droit et des divers intervenants?
5. Quelles positions ont adoptées les tribunaux canadiens par rapport à la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes?
6. Comment les tribunaux ont-ils interprété et analysé la question de la constitutionnalité de l'article 246.6? Ont-ils adopté une approche juridique traditionnelle ou une approche contextuelle dans leur analyse de cette question constitutionnelle?

Par ailleurs, pour ce qui est de l'exercice proprement dit d'analyse de texte, nous avons choisi de procéder à cette démarche suivant les cinq étapes suivantes: 1) la mise en situation, 2) la recherche de mots à souligner, 3) la recherche de la construction du texte, 4) la recherche des intérêts particuliers du texte et 5) la recherche d'un plan d'analyse. L'information recueillie à chacune des quatre premières étapes a été transcrite sur des fiches ce qui nous a facilité la tâche au moment de trier et de regrouper les éléments d'une manière logique et d'élaborer un plan d'analyse global (5ième étape). Ce type d'analyse étant relativement peu documenté, voyons ensemble quelles étaient les grandes lignes directrices qui nous ont guidées à chacune de ces étapes.

### 1° Mise en situation

Le but visé ici est de situer l'origine et la nature du document. Il s'agit dans un premier moment de s'interroger sur l'origine du texte soit sur l'auteur(e) au sens large de la question et sur la date du document en tentant de situer le texte dans son contexte historique et d'évaluer les biais possibles du document en question. Par la suite, nous nous intéressons à la nature du texte soit au type d'écrit (doctrine, mémoire, témoignage, jugement etc.), au type de connaissances présumées chez le lecteur, et à la question intellectuelle sur laquelle porte le document. Bref, cette première étape tente, entre autres, de répondre aux questions suivantes :

1. Qui est l'auteur(e) ou les auteur(e)s du document?  
Quels intérêts défendent-ils (elles)?
2. A qui s'adresse le document?
3. Dans quelles circonstances ou quel contexte a-t-il été produit?
4. Quel type d'écrit est-ce et quelles connaissances sont nécessaires à sa compréhension?
5. Quelle est la question ou le problème abordé par le document?

La mise en situation peut se résumer comme ci-dessous :

<i>1ere étape</i>  <i>Mise en situation</i>	<i>I Origine</i>	<i>Auteur \ Intérêt</i>  <i>Date</i>  <i>Contexte</i>
	<i>II Nature</i>	<i>Type d'écrit</i>  <i>Connaissances présumées</i>  <i>Question \ Problème</i>

## 2° Recherche des mots à souligner

Il s'agit ici en fonction de notre problématique de recherche de souligner certains mots ou certaines idées qui nous semblent particulièrement pertinents à la compréhension et à l'analyse du texte. Le but principal visé à cette étape est en fait la recherche de concepts-clefs. Par ailleurs, cette démarche nous permet également de porter une attention particulière à certains mots dont

nous ne sommes pas certaines de maîtriser le sens, et lorsqu'il est possible de le faire, d'élucider ceux-ci de façon à lever d'emblée toute ambiguïté les concernant.

<i>2ième étape</i>  <i>Recherche des mots à souligner</i>	<i>I Concepts-clefs</i>
	<i>II Mots à élucider</i>

### 3° Recherche de la construction du texte

L'objectif à cette étape est de se familiariser avec la construction typographique, grammaticale et logique retenue par l'auteur(e) dans l'élaboration du document. Il s'agit en fait de dégager la logique structurante du texte à savoir comment l'argumentation est organisée, quel est le fil conducteur, comment elle évolue, quel est son aboutissement (Létourneau, 1989:68). Cela nous permet d'identifier les principales préoccupations de l'auteur(e) et d'extraire de manière logique les éléments sur lesquels s'appuie l'argumentation, en fonction de la pertinence de ces éléments à notre objectif de recherche.

<i>3ième étape</i>  <i>Recherche de la construction du texte</i>	<i>I Construction typographique</i>
	<i>II Construction grammaticale</i>
	<i>III Construction logique</i>

#### 4° Recherche des intérêts particuliers du texte

Cette étape est en quelque sorte l'aboutissement des trois premières démarches et tend à faire ressortir en fonction de notre questionnement initial l'intérêt particulier du document pour notre recherche. Il s'agit ici pour nous de faire un bilan des thèses, des critiques, des arguments de l'auteur(e) qu'on a dégagé à l'étape précédente et de leur opposer, le cas échéant, des contres-arguments.

<i>4ième étape</i>  <i>Recherche des</i> <i>intérêts particuliers</i>	<i>I Pertinence et apport</i> <i>à notre objet</i> <i>d'étude</i>
	<i>II Bilan d'ensemble</i>

#### 5° Recherche d'un plan d'analyse

Cette cinquième étape se distingue des précédentes puisqu'elle ne s'applique pas à chaque document en soi mais à l'ensemble de notre corpus. Le but visé est de dégager l'essentiel des informations recueillies aux étapes précédentes, de trier et de regrouper de manière logique les éléments qui s'apparentent et

d'élaborer par la suite un plan d'analyse qui réponde aux objectifs de recherche que nous nous sommes fixées.

<i>5ième étape</i>	<i>I Dégager l'essentiel</i>
<i>Recherche du plan d'analyse</i>	<i>II Synthétiser les éléments particuliers</i>
	<i>III Élaborer un plan d'analyse</i>

Cette méthode d'analyse de texte a l'avantage de nous fournir les moyens d'étudier un texte selon des étapes prévisibles et ordonnées tout en étant suffisamment flexible pour laisser cours à l'interrogation et à l'intuition des chercheuses et permettre une adaptation du plan de recherche au fur et à mesure que les données sont recueillies. Il était en effet important pour nous de nous appuyer sur une méthode apte à rendre compte fidèlement de notre objet d'étude mais qui puisse également nous permettre d'insister, en fonction de notre problématique de recherche, sur ce qui nous paraît important, digne d'intérêt et suffisamment signifiant pour mériter une attention particulière (Létourneau, 1989:65).

L'analyse de texte a répondu à ces besoins et s'est donc avérée être un outil de recherche fort enrichissant et approprié à notre démarche de connaissance.

### 2.3 ÉCHANTILLONNAGE ET SOURCES DE DONNÉES

En ce qui a trait aux sources de données et à la technique d'échantillonnage, nous avons choisi de procéder par choix raisonné. Nous avons dans un premier temps passé en revue certains ouvrages spécialisés qui nous ont permis de déterminer quelles étaient les périodes clefs de l'évolution législative de l'article 246.6 du Code criminel canadien<sup>11</sup>.

Nous avons ainsi situé la première période au moment de l'étude du Projet de loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et de protection des jeunes et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois qui mena à l'adoption de l'article 246.6, soit du 12 janvier 1981 (date de la première lecture) au 4 janvier 1983 (date d'entrée en vigueur de la loi). Quant à la deuxième période, elle s'échelonne du 4 janvier 1983 jusqu'au 26 mars 1991, moment où la Cour suprême du Canada entama l'étude du pourvoi de la Cour d'appel de l'Ontario concernant les causes *Gayme c. La Reine* et *Seaboyer c. La Reine*. Enfin, la troisième période se situe du 26 mars 1991 au 22 août 1991, alors que la Cour suprême statua sur ce pourvoi qui lui demandait de se prononcer sur la constitutionnalité des articles 246.6 et 246.7 du Code criminel.

Dans un deuxième temps, nous avons consulté les documents officiels suivant concernant la réforme du droit criminel en

---

<sup>11</sup> Voir Boyle, C.L., Bertrand, M.A., Lacerte-Lamontagne, et Shamai, R. (1985); Boyle, C. (1984); et Los, M. (1990) et Ruebsaat (1985).

matière d'infractions sexuelles entamée par le législateur fédéral en 1981:1) les débats de la Chambre des communes du 12 janvier 1981, moment de la première lecture du projet de loi; 2) les débats de la Chambre du 17 décembre 1981, deuxième lecture et renvoi du projet de loi au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques; 3) les procès-verbaux et les témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques couvrant la période d'étude du projet de loi du 22 avril 1982 au 28 juillet 1982; et 4) les débats de la Chambre des communes du 4 août 1982, adoption en troisième lecture du projet de loi. Afin d'étayer notre analyse, nous avons également examiné le Rapport sur les infractions sexuelles de la Commission de réforme du droit (1978) et le Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve (Groupe de travail, 1983). Cette consultation documentaire nous a permis d'identifier les textes pertinents à notre objet d'étude pour cette première période.

Nous avons ainsi choisi, pour leur représentativité et leur réputation en tant que leaders d'opinions en ce qui a trait aux revendications des femmes au Canada, d'analyser les mémoires de deux groupes féministes présentés au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques soit l'Association nationale de la femme et le droit (ANFD) et le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme (CCCSF). Pour ce qui est du discours du droit pour cette même période, les mémoires ou témoignages présentés au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques par

l'Association du Barreau canadien, le Metropolitan Board of Commissioners of Police et par l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario, de par leur orientation legaliste, nous ont semblé être un choix approprié d'analyse. Il est important de souligner que les mémoires présentés durant cette période portaient sur l'ensemble des modifications proposées par le législateur fédéral dans le cadre du Projet de loi visant à modifier le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et de protection des jeunes. Pour les besoins de la présente recherche nous analyserons qu'une partie de ces documents soit celle qui a trait aux revendications par rapport à l'évocation du passé sexuel de la plaignante lors des procès pour agression sexuelle.

Par ailleurs, nous avons également choisi d'étudier les discours tenus par le ministre de la Justice de l'époque, M. Jean Chrétien, et par les membres de la Chambre des communes et du Comité permanent de la Justice et questions juridiques qui ont pris position face à la preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Cette analyse nous permettra de mieux comprendre quelle était l'intention du législateur fédéral et les objectifs qu'il poursuivait en promulguant l'article 246.6.

Une mise en garde s'impose quant à la fiabilité de cette source de données. Nous avons en effet soulevé certains problèmes au cours d'une première prise de connaissance des procès-verbaux et des témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. D'une part, les intervenants avaient un temps précis qui leur était alloué ce qui ne leur permettait pas toujours

d'approfondir leur pensée et même parfois on coupait carrément court à leurs propos. D'autre part, aucune indication ne nous a permis de déterminer si la traduction des témoignages correspondait intégralement aux propos tenus par les témoins, ni de savoir si dans la reproduction écrite on aurait supposé ou spéculé sur des allocutions qui auraient été incompréhensibles. En outre, nous avons fréquemment noté une interruption dans le texte écrit suivie de points de suspension, ce qui peut possiblement être l'indication d'un passage incompréhensible. Enfin, puisqu'il s'agit d'échanges verbaux entre les membres du Comité et les témoins, nous avons remarqué que de part et d'autre il y avait parfois des malentendus et des incompréhensions tant au niveau des questions posées que des réponses données. Ceci peut parfois porter nettement à confusion et rendre très difficile l'interprétation de certains témoignages. Il était donc important pour nous de garder à l'esprit ces limites lors de l'analyse de ces documents.

En ce qui a trait à la deuxième période portant sur la jurisprudence canadienne<sup>12</sup>, publiée entre 1983 et 1991, concernant la constitutionnalité de l'article 246.6, nous avons parcouru de nombreuses bases de données afin d'identifier les arrêts pertinents à notre recherche : Canadian Current Law (C.C.L. mise à jour

---

<sup>12</sup> Par «jurisprudence canadienne» nous entendons la jurisprudence publiée émanant de la Cour suprême et des tribunaux des provinces canadiennes autres que le Québec. Nous avons cependant consulté les annuaires et les recueils de jurisprudence du Québec entre 1983 et 1991. La constitutionnalité de l'article 246.6 a été soulevée, subsidiairement, pour la première fois en cour d'appel du Québec le 14 mai 1990 mais l'argument n'a pas été retenu par la cour. Un seul autre jugement en juin 1990 portait sur cette question mais il s'agissait d'une affaire devant la Chambre de la jeunesse de la Cour de Québec où les victimes étaient âgées de 2 à 6 ans. L'argument a donc été rejeté puisque selon la cour, on ne saurait, en raison de l'âge des plaignantes, accepter une défense fondée sur le consentement ou permettre à la défense de mettre en doute la crédibilité des victimes.

bimensuelle du Canadian Abridgment), Statutes Judicially Considered (Canadian Abridgment), Weekly Criminal Bulletin (W.C.B.), Canadian Criminal Cases (C.C.C.) et Charter Rights Decisions (digestes qui présentent de brefs résumés des décisions constitutionnelles en vertu de la *Charte*). Au fur et à mesure de la collecte des données, nous avons également porté une attention particulière aux références faites dans cette jurisprudence afin de s'assurer que notre corpus comprendrait toutes les décisions importantes sur cette question constitutionnelle. Enfin, nous avons effectué une dernière vérification de la pertinence des arrêts repérés en consultant des ouvrages de doctrine<sup>13</sup> et des ouvrages juridiques spécialisés<sup>14</sup>.

Notre démarche de recherche documentaire nous a permis de procéder par choix raisonné et de retenir douze arrêts pertinents à notre étude qui ont été publiés entre 1984 et 1991 : *R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41, *R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, *R. v. Le Gallant* [1985] 47 C.R. (3d) 170, *R. v. Wiseman et al.* [1985] 22 C.C.C. (3d) 12, *R. v. Coombs* [1985] 23 C.C.C. (3d) 356, *R. v. Le Gallant* [1986] 35 C.R.R. 287, *R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 295, *R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, *R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 411, *R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, *R. v. Gebara* [1991] 46 O.A.C. 159 et *R. c. McAllister* [1991] 113 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 403. Ce corpus est, selon la

---

<sup>13</sup> Entre autres, nous avons consulté Sheehy (1989), Paciocco (1989), Doherty (1984), et Dawson (1988).

<sup>14</sup> Voir Beaudoin (ed) (1986 et 1987), Ministère de la Justice (1992) et Ruebsaat (1985).

littérature consultée, représentatif de l'ensemble des décisions qui ont été publiées sur la constitutionnalité de l'article 246.6 et nous croyons qu'il nous permettra de rendre compte fidèlement des diverses méthodes d'interprétation et des arguments variés utilisés par les juges pour invalider ou confirmer cette mesure législative.

Il faut souligner que seules les décisions majoritaires seront analysées et que dans les cas où les tribunaux devaient décider de plusieurs questions de droit, seules les questions touchant la constitutionnalité de l'article 246.6 ont été retenues pour la présente recherche. Par ailleurs, nous rappelons que notre corpus ne comprend que les décisions judiciaires publiées dans les recueils de jurisprudence. Rechercher la jurisprudence non rapportée aurait entraîné des pertes de temps importantes et superflues puisqu'on ne peut présumer que cette jurisprudence serait plus pertinente que celle qui est rapportée (Le May et Goubeau, 1988:114).

Finalement, en ce qui concerne la décision de la Cour suprême sur la validité constitutionnelle des articles 246.6 et 246.7, nous avons choisi d'analyser la décision majoritaire rédigée par la juge McLachlin et l'opinion dissidente rédigée par la juge L'Heureux-Dubé. De plus nous allons examiner le mémoire du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (Faej)<sup>15</sup> qui fut le seul

---

<sup>15</sup> Le Faej, fondé en 1985, est un organisme national réputé pour son appui à la cause de l'égalité entre les sexes qu'il défend par le biais d'interventions au niveau judiciaire et par des programmes d'éducation, de recherche et sensibilisation populaire à la discrimination sexuelle.

groupe féministe à intervenir auprès de la Cour ainsi que le mémoire présenté par l'Association canadienne des libertés civiles qui lui est plus représentatif du discours traditionnel du droit en ce domaine.

Bref, notre analyse se divisera en trois parties. Une première partie présentera les revendications des femmes et d'autres groupes sociaux, qui sont intervenus auprès du législateur fédéral lors de la réforme du droit criminel en matière d'infractions sexuelles, concernant spécifiquement la question de l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Nous analyserons dans la seconde partie les jugements rendus par les tribunaux canadiens entre 1984 et 1991 dans les affaires où la constitutionnalité de l'article 246.6 a été contestée. Enfin, la troisième partie de notre analyse portera sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* [1991] concernant cette même question constitutionnelle. Cependant, avant d'entamer cette analyse nous croyons utile de donner un aperçu du contexte historique et socio-politique entourant l'évolution législative et juridique des dispositifs pénaux sur les agressions sexuelles, particulièrement des règles de preuve et de procédure appliquées dans les procès pour agression sexuelle depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle.

CHAPITRE III

HISTORIQUE

L'analyse de l'impact qu'ont pu avoir les revendications féministes sur les processus législatif et judiciaire touchant la preuve des antécédents sexuels des plaignantes au Canada exige qu'on ait a priori une certaine connaissance de l'évolution historique des représentations sociales de la féminité et de la sexualité des femmes, des rapports sociaux entre les sexes, et des attitudes et pratiques sociales entourant le viol et de la façon dont ils ont été régis par le droit.

En accord avec Brickey et Comack (1987), nous considérons que le droit a un caractère social distinct; c'est-à-dire qu'il résulte de conditions sociales et historiques bien définies. Pour mieux saisir le développement du droit en matière d'agressions sexuelles, il importe donc également d'avoir une certaine compréhension du rôle joué par les acteurs sociaux dans la constitution et la reproduction de l'ordre juridique et de tenir compte des conditions sociales, des valeurs morales et des considérations d'ordre politique qui interviennent à la fois au niveau de la formulation et de l'application du droit.

Il n'est pas dans nos objectifs de traiter à fond de toutes ces questions mais il nous semble néanmoins indispensable d'examiner brièvement le contexte historique et socio-politique ainsi que les problèmes juridiques entourant l'évolution de la législation en matière d'agressions sexuelles au Canada en mettant

l'accent sur les règles de preuve et de procédure appliquées lors des procès pour agression sexuelle.

### 3.1 LE VIOL - UN DÉLIT CONTRE LA PROPRIÉTÉ DE L'HOMME

Les dispositifs pénaux sur les agressions sexuelles contenus dans le droit pénal canadien au XIX<sup>ème</sup> siècle étaient le reflet du droit de l'Angleterre qui dès le Statute of Westminster de 1275 concevait le viol comme un délit contre la propriété d'un homme, soit le père ou le mari de la victime (Backhouse, 1983; Clark et Lewis, 1983). Plusieurs études féministes récentes ont en effet démontré que les lois sur le viol ne percevaient aucunement ce délit comme une violation des droits des femmes, et que les lois ne visaient certainement pas à protéger toutes les femmes contre le viol, mais cherchaient plutôt à protéger le droit de propriété sexuelle des hommes sur les femmes. Les traits sexuels et la fécondité des femmes déterminaient leur valeur et si elles étaient «dignes» ou non de protection en vertu des lois pénales. Comme le disent si bien Clark et Lewis (1983:111) :

Le viol était simplement le vol d'une propriété sexuelle appartenant à une autre personne que le violeur. Dans la mesure où les femmes étaient des sortes de propriété privée entre les mains des pères et des maris, et dans la mesure où leurs traits sexuels et leur fécondité déterminaient leur valeur, le viol était un vol et une intrusion dans la propriété sexuelle (la femme) d'un propriétaire légitime. Dès ses origines, le viol a été perçu comme un crime contre la propriété et non contre la personne mise en cause.

L'accent des lois sur le viol au XIX<sup>ème</sup> siècle était donc clairement porté sur la protection contre une interférence potentielle dans la fonction reproductrice de l'épouse ou de la fille de Monsieur «X» (Backhouse, 1983:235). Toutes les femmes n'avaient donc pas droit à la protection des tribunaux. La moralité et la réputation générale de la victime étaient des facteurs déterminants lors de l'évaluation de la justesse d'une plainte de viol et en cours de procès. Pour qu'une plainte soit perçue par les divers intervenants au sein du système pénal comme fondée et éventuellement portée devant les tribunaux, la victime devait être une femme vertueuse, droite, vierge ou sinon mariée et de très bonne réputation, et qui ait également défendu son honneur en résistant avec force à l'agression perpétrée envers elle (Clark et Lewis, 1983).

Cette conception de la femme et du viol marqua l'évolution historique et juridique des dispositifs pénaux en matière d'infractions sexuelles et persiste encore de nos jours.

### **3.2 LA VICTIME D'UN VIOL - QUI PEUT-ELLE ETRE?**

Edwards (1981) s'est particulièrement intéressée au processus de définition sociale de la féminité et de la sexualité des femmes qui influença fortement les dispositifs pénaux en matière d'agressions sexuelles depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle en Angleterre. Le droit pénal canadien, comme nous le savons, étant fortement tributaire du droit anglais, l'analyse d'Edwards peut nous aider à

situer le développement du droit en matière d'infractions sexuelles dans son contexte historique et socio-politique. Le langage du droit, nous dit-elle, entretient une vision de la féminité, de la sexualité des femmes, et de la personnalité «type» de la victime d'un viol qui repose sur des mythes et des représentations sociales sexistes promulgués par le discours médico-légal qui domine depuis plus d'un siècle. Un discours qui de par sa prétention à être «scientifique» et «objectif» donne un statut de vérité à des représentations mythologiques de la sexualité féminine qui émanent de conceptions fondamentalement biaisées.

Le discours médico-légal des années 1800-1850 soutenait par exemple : 1) qu'il était impossible de violer une femme adulte; 2) que la virginité et la chasteté étaient les critères sur lesquels devaient s'appuyer l'évaluation de la crédibilité de la plainte; et 3) que dans les cas où la plaignante était enceinte suite au délit, la grossesse devenait une preuve de son consentement puisqu'on prétendait qu'il ne pouvait y avoir conception sans désir (Edwards, 1981:120).

Ce discours se reflète dans la *common law* qui institue alors le principe selon lequel la preuve du passé sexuel de la plaignante devrait être admissible lorsque le consentement est une question en litige ou encore aux fins de mettre en cause la crédibilité de la victime. Ces règles, qu'on connaît sous l'appellation de la preuve de commune renommée, furent ainsi introduites en Angleterre dans

*R. c. Hodgson* [1811-1812] et *R. c. Clarke* [1817] (Edwards 1981:122-123), et au Canada dans *The Queen vs. Laliberté* [1877] 1 S.C.R. 117.

Selon la décision de la Cour dans l'affaire *Laliberté* [1877], il devait être permis d'interroger la plaignante sur sa relation sexuelle passée avec l'accusé et de lui poser des questions générales quant à sa réputation de chasteté lorsque le consentement de celle-ci était en cause. La plaignante était alors jugée être un témoin contraignable et une preuve contradictoire pouvait être admise. D'autre part, lorsque la crédibilité de la plaignante était en cause, la décision de la Cour soutenait qu'il était permis d'interroger celle-ci sur son passé avec des personnes précises autres que l'accusé. Par contre à cette fin, elle n'était pas un témoin contraignable car les tribunaux considéraient que la question de la crédibilité était une question collatérale (Stanley, 1985:67).

Les tribunaux semblaient par ces règles établir un lien causal entre la moralité et la crédibilité d'une personne et promulguer qu'une vie sexuelle active est un indicateur de la malhonnêteté chez une femme. Ce raisonnement, pour le moins primitif, est apparent dans la décision de la Cour d'appel de l'Ontario rendue dans l'affaire *The King v. Finessey* [1906] 10 C.C.C. 347. Selon ce jugement, non seulement les antécédents sexuels de la plaignante avec l'accusé étaient-ils perçus comme pertinents au litige mais il devait également être permis à l'accusé de soumettre des preuves démontrant que la plaignante s'était livrée ou se livrait à la

prostitution ou encore que celle-ci avait eu plusieurs partenaires sexuels. Ces questions, selon la cour, étaient pertinentes pour appuyer une défense fondée sur le consentement. L'argument avancé était qu'une femme de moeurs légères consentirait plus facilement à un acte sexuel dans une situation donnée qu'une femme chaste et pure (Stanley, 1985:68).

Un autre thème dominant et fondamental de l'histoire des lois sur le viol est celui de la crainte de voir les femmes porter de fausses allégations d'infractions sexuelles. Cette crainte est évidente dans la règle de pratique établie par la *common law*, la règle de corroboration, qui prévoyait que le juge dans une cause de viol devait instruire le jury qu'il n'était pas prudent de déclarer le prévenu coupable en l'absence de preuves suffisantes corroborant le témoignage de la plaignante.

De plus, la crédibilité de la plaignante était également mise en cause si celle-ci n'avait pas porté plainte à la première occasion ou si l'exactitude des propos qu'elle avait tenus lors du dépôt de la plainte était contestée. Cette règle spéciale, connue sous le nom de la doctrine de la plainte spontanée, était une exception à la règle générale de la *common law* qui soutenait que la déclaration antérieure d'un témoin est inadmissible puisque ce n'est que de l'auto-confirmation d'une version. Cependant, dans les cas d'infractions sexuelles, la «[...] déclaration antérieure était admise exceptionnellement afin de démontrer la consistance de la version de la victime. [...] Au début, on admettait uniquement le fait de la plainte et par la suite, le contenu de cette plainte fut

admissible en preuve. Celle-ci devait être faite à la première opportunité et elle devait être spontanée» (Boyle et coll., 1985:112).

Cette méfiance des tribunaux à l'égard des plaignantes visait toutes les femmes, non seulement la femme jugée «impure et dévoyée» mais également la «vierge hystérique», la «femme malveillante ou vindicative» qui tente de faire chanter l'accusé ou qui, pour préserver sa réputation, crie au viol lorsque le rapport sexuel qu'elle a eu avec le prévenu est dévoilé (Edwards, 1981:125; Stanley, 1985:58). Cette croyance que les femmes, chastes ou impures, pouvaient porter de fausses accusations fut, avec l'appui «scientifique» du discours médico-légal, très rapidement assimilée et deviendra au XXI<sup>ème</sup> siècle la préoccupation principale des divers intervenants à toutes les étapes du processus pénal et ce, dans tous les pays de la *common law*. Le Traité sur la preuve (1940) (*Treatise on Evidence*) du Juge Wigmore, acclamé par plusieurs comme étant un des plus grands juristes de notre époque, témoigne nettement dans l'extrait qui suit de l'influence du discours médical sur le droit :

Les psychiatres des temps modernes ont amplement étudié le comportement des jeunes filles et des femmes dévoyées qui ont comparu devant les tribunaux dans des affaires de toutes sortes. Leurs complexes psychiques sont très variés, altérés en partie par des défauts inhérents, en partie par des désordres pathologiques ou des instincts dénaturés, en partie par un milieu social néfaste et en partie par des conditions physiologiques ou émotives provisoires. Ces complexes se traduisent parfois par de fausses allégations concernant des infractions sexuelles commises à leur endroit par des hommes [... Une] histoire plausible racontée par une jeune fille à l'air candide peut entraîner une condamnation à perpétuité pour l'accusé, ceci parce que les règlements sur la preuve (et

le manque de connaissances du juge en matière de psychiatrie moderne) ne permettent pas une vérification adéquate de la véracité des dires de la plaignante [...] Aucun juge ne devrait soumettre un cas d'infraction sexuelle à un jury à moins que les résultats d'une expertise médicale et le rapport d'un travailleur social sur le passé de la plaignante n'aient été produits. (Traduction de Boyle et coll., 1985:123-124)

Ces représentations de la féminité et de la sexualité des femmes que maintenait le discours médico-légal ont considérablement marqué le développement de la jurisprudence et des règles de droit en matière de preuve et de procédure dans les procès pour viol depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle. Ces règles témoignent d'une profonde méfiance des tribunaux à l'égard de la femme qui soutient avoir été victime d'un viol et de la réticence du système judiciaire d'étendre la protection des lois sur le viol aux femmes dont la conduite s'éloigne des normes établies (Backhouse, 1983:221). L'accent dans un procès pour viol n'est donc pas sur l'accusé mais plutôt sur le comportement de la plaignante et sur sa réputation générale avant et suite au délit allégué. Il n'est pas surprenant dans un tel contexte que plusieurs victimes hésitent fortement à dénoncer aux autorités publiques le fait qu'elles ont été agressées sexuellement et qu'un très grand nombre de femmes gardent le silence.

Cette constatation suscita et suscite toujours de nombreuses critiques et donna lieu depuis les années 70 à un mouvement de réforme de la législation en matière d'agressions sexuelles dans tous les pays de la *common law*.

### 3.3 LE MOUVEMENT DE RÉFORME DE LA LÉGISLATION EN MATIÈRE D'INFRACTIONS SEXUELLES<sup>16</sup>

Les dispositifs pénaux sur le viol ainsi que les règles de preuve et de procédure régissant les procès pour infraction sexuelle ont été fortement critiqués au fil des années et ont soulevé des manifestations de divers groupes sociaux, tout particulièrement des groupes de femmes. Cependant, il faudra attendre les années 70, avec la montée des mouvements de femmes et la production d'ouvrages théoriques féministes sur le viol, avant que la réforme de ces lois et la question du viol ne soient traitées comme des problèmes fondamentaux et cruciaux dans notre société.

En fonction de nos objectifs de recherche, il importe donc au plan du contexte socio-politique de discuter plus particulièrement des approches féministes de l'époque; du féminisme compris à la fois comme un mouvement social et/ou une tendance intellectuelle. Les années 1969-1980 furent qualifiées par certaines auteures d'années chaudes du féminisme, alors que depuis les années 80 on parle plus d'affirmation individuelle et de féminisme stratégique (Collectif Clio, 1992:43). On assiste effectivement dans les années 70 à des transformations fondamentales du cadre de vie des femmes, de leur activité économique et de leur rapport à l'État. Les premiers groupes de libération des femmes ont été fondés au Canada en 1967. A la fin des années 70, on comptera déjà des centaines

---

<sup>16</sup> Voir chronologie à l'annexe A.

d'associations féminines qui représenteront les intérêts de milliers de femmes canadiennes.

C'est également au cours de ces années, avec la montée en particulier du féminisme radical, que s'énonce plus clairement une critique des rapports sociaux de sexe qui dénonce la domination des hommes sur les femmes comme étant un rapport fondamental de pouvoir dans notre société (Millett, 1970). Cette tendance intellectuelle élargira rapidement son champ d'investigation et donnera naissance à une pluralité d'approches et de contributions théoriques féministes qui partagent toutes un but politique commun: la libération des femmes.

Dans le domaine qui nous intéresse, plus précisément, plusieurs auteures féministes, nous l'avons vu, ont traité de l'impact du droit criminel sur la vie des femmes et dénoncé l'idéologie et les valeurs sexistes d'un système de justice criminelle essentiellement masculin qui par la formulation et l'application de règles de droit et de pratiques discriminatoires permet le maintien des rapports d'oppression et de subordination des femmes. Pour lutter contre les attitudes sociales et les pratiques judiciaires discriminatoires dans le cas précis des agressions sexuelles, deux stratégies furent privilégiées par les groupes féministes : 1) le développement de centres d'aide aux victimes, et 2) la revendication de réformes législatives et juridiques.

Le lobbying féminin a ainsi permis que soient mis sur pied des centres d'aide pour les victimes de viol à travers le Canada. Ces

centres avaient à la fois l'objectif d'être une ressource et un appui aux victimes et, par l'élaboration d'un vaste programme d'éducation populaire, celui de sensibiliser le public, les législateurs et les intervenants du système judiciaire au problème du viol et au sort réservé aux victimes d'infractions d'ordre sexuel. Les groupes féministes ont également exercé des pressions pour que soient créées des unités spéciales d'enquête à l'intérieur des forces policières, pour la nomination d'agents féminins au sein de ces escouades, et pour la mise sur pied d'équipes de médecine légale aux services d'admission des hôpitaux qui auraient une formation particulière concernant la sauvegarde des éléments de preuve et qui fourniraient des soins psychosociaux ainsi que du suivi aux victimes (Ministère de la justice Canada, 1990:25).

Par ailleurs, la plupart des groupes féministes se sont également ralliés à une stratégie réformiste du droit pour lutter contre les dispositions explicitement discriminatoires à l'égard des femmes. Mis à part la confiance en la fonction symbolique du droit et la nécessité d'une dénonciation officielle par l'État de la violence envers les femmes, plusieurs motifs peuvent expliquer le choix des femmes de faire appel au droit comme un outil de lutte dans ce contexte. Entre autres choses, les femmes reconnaissaient qu'il était nécessaire pour promouvoir l'égalité entre les sexes d'extirper les biais sexistes de la loi qui reproduisent les rapports de domination et les conceptions patriarcales de la nature des femmes, de s'attaquer au traitement unique des femmes par les tribunaux lors des procès pour agression sexuelle et d'affirmer les

droits de toutes les femmes à la sécurité de leur personne et à leur autonomie sexuelle<sup>17</sup>.

Vers la fin des années 70, certains groupes féministes ont ainsi exercé des pressions auprès du gouvernement canadien pour qu'il modifie radicalement les dispositifs pénaux sur le viol. Plusieurs études canadiennes ont analysé le caractère discriminatoire et oppressif des lois et de l'administration de la justice et démontré comment les victimes d'agression sexuelle étaient soit réduites au silence, soit doublement victimisées par les procédures pénales courantes (Boyle, 1984; Clark et Lewis, 1983; Kinnon, 1981). En particulier, on dénonçait le caractère discriminatoire des règles de preuve et de procédure spécifiques au délit de viol telles que la doctrine de la plainte spontanée, la règle de corroboration et la preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Dans l'ensemble, les groupes féministes réclamaient donc l'égalité des sexes devant la loi; la neutralité du genre dans le libellé de la législation; une définition du viol qui tienne compte des intérêts et des expériences des femmes, qui leur reconnaisse le droit à l'autonomie sexuelle et qui dénonce du même coup la nature violente de l'acte; des modifications aux règles de procédure et de preuve qui élimineraient ou du moins limiteraient les interrogatoires portant sur le comportement sexuel antérieur de

---

<sup>17</sup> Il est important de reconnaître que ces objectifs à long terme étaient à la base des revendications pour des réformes législatives mais, en accord avec Sheehy (1989), on ne peut passer sous silence que ces objectifs semblent s'appuyer sur une compréhension limitée du rôle de l'État et en particulier du droit criminel dans la reproduction des relations de pouvoir et de la violence sexuelle.

la plaignante; ainsi qu'une réévaluation des peines prévues de façon à ce que celles-ci soient suffisamment sévères pour dénoncer la gravité de l'acte mais qu'elles soient également justes et équitables de manière à ne pas influencer le verdict du juge ou des jurés<sup>18</sup>. En réponse en partie à ces revendications, le 26 avril 1976, dans une première tentative de réforme, le législateur fédéral apporta des modifications à l'article 142 du Code criminel. Entré en vigueur en 1955, cet article avait codifié la règle de corroboration déjà admise par la *common law* et stipulait que le juge devait instruire le jury qu'il n'était pas prudent de déclarer l'accusé coupable d'une infraction sexuelle en l'absence d'une corroboration du témoignage de la plaignante. Il fut remplacé par une prohibition mitigée du droit conféré à l'accusé par la *common law* d'interroger la plaignante sur sa conduite sexuelle avec des personnes autres que le prévenu à moins que celui-ci ou son représentant n'ait donné un avis raisonnable de son intention et que le juge, dans une audience à huis-clos, en ait déterminé la valeur probante et soit convaincu que d'exclure cette preuve empêcherait d'en arriver à une décision équitable d'une controverse

---

<sup>18</sup> L'Association nationale de la femme et le droit (1981: 13) exprimait ainsi sa préoccupation à l'égard des peines prévues pour les infractions d'ordre sexuel: «One of the concerns with the present sexual offences is the effect on the jury of maximum penalties which they believe are too severe for the act alleged to have been committed. This concern has been repeatedly reflected in "jury's equity" - the unwillingness to convict even though they believe the offence actually did take place. Just as a range of offences is preferable to one umbrella offence, so is a range of penalties, each of which bears a reasonable relation to the seriousness of the acts to which it might apply.»

sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante<sup>19</sup> (Stanley, 1985:75).

Cette nouvelle disposition visait à atténuer certains des problèmes soulevés par l'examen pratiquement illimité du comportement sexuel de la plaignante. Entre autres choses, l'intention du législateur était de mettre fin au préjudice que subissaient les plaignantes en raison de l'admissibilité en preuve de leur conduite sexuelle passée lors des procès pour agression sexuelle et d'éviter l'embarras et l'humiliation qu'entraîne un tel interrogatoire pour les plaignantes et ainsi remédier possiblement au faible taux de dénonciation des infractions sexuelles. Malheureusement, l'interprétation judiciaire de cet article vint contrecarrer les avantages qu'il aurait pu avoir pour les plaignantes.

Une analyse de la jurisprudence dans ce domaine démontre en effet que les tribunaux ont interprété cette nouvelle mesure législative de façon à accroître les droits de l'accusé de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel avec des tiers en statuant que la crédibilité était dorénavant une question de fait et que la plaignante était un témoin contraignable lorsque la

---

<sup>19</sup> Le nouvel article 142 fut promulgué par la Loi de 1975 modifiant le Code criminel, S.C. 1974-75-76, c. 93, article 8. Le premier paragraphe se lisait comme suit : «142 (1) Toute personne inculpée d'une infraction aux articles 144 ou 145 ou aux paragraphes 146 (1) ou 149 (1) ou son représentant ne doivent poser de questions sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne a) que si le prévenu ou son représentant ont donné par écrit, à la partie demanderesse, un avis raisonnable de leur intention de poser ces questions, dont copie a été déposée auprès du greffier de la cour accompagné d'un exposé de la valeur probante; et b) que si le juge, le magistrat ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos, en l'absence du jury, sont convaincus de la valeur de la preuve au point que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.»

défense faisait appel à son témoignage<sup>20</sup>. Avant l'entrée en vigueur de l'article 142 en 1976, la crédibilité, comme nous l'avons déjà mentionné, était perçue comme une question collatérale et la plaignante n'était pas selon la *common law* un témoin contraignable. La plaignante pouvait donc refuser de répondre aux questions portant sur ses relations sexuelles avec des personnes autres que l'accusé lorsque celles-ci ne visaient qu'à démontrer qu'elle n'était pas un témoin crédible et si elle y répondait aucune preuve contradictoire de son témoignage n'était admissible.

Selon la décision de la Cour dans l'affaire *Forsythe c. La Reine*, [1980] 53 C.C.C. (2e) 225, la nouvelle disposition visait d'une part à atténuer le traumatisme de la victime mais également à équilibrer les droits de l'accusé. Les tribunaux ont ainsi adopté, selon Boyle (1981), une approche «donnant donnant», regrettable et inutile, qui protégeait très peu la plaignante car celle-ci demeurait à la merci du pouvoir discrétionnaire du juge qui seul pouvait l'exempter de répondre aux questions.

En fait, la question fondamentale que soulève l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels de la plaignante avec des personnes autres que l'accusé, nous rappelle Boyle (1981:259-260) est à savoir si une telle preuve est vraiment pertinente. Si elle ne l'est pas alors l'article 142 était trompeur puisqu'il semblait s'appuyer sur la supposition que ce genre de preuve est parfois

---

<sup>20</sup> Voir les arrêts suivant concernant l'article 142: *R. c. McKenna, McKinnon et Nolan* [1976] 32 C.C.C. (2e) 210, (Cour provinciale, Division criminelle); *R. c. Morris* [1977] 39 C.C.C. (2e) 123, (Cour suprême de Colombie-Britannique); *R. c. Moulton* [1979] 51 C.C.C. (2e) 154, [1980] 1 W.W.R. 711, (Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel); *Forsythe c. La Reine* [1980] 53 C.C.C. (2e) 225, (Cour suprême du Canada); et *R. c. Konkin* [1983] 1 R.C.S. 388, 3 C.C.C. (3e) 289.

pertinente à la détermination d'une question de fait. Cette question de la pertinence de la preuve du comportement sexuel de la plaignante est au coeur des revendications féministes qui s'appuient sur une démonstration de la non-pertinence d'une telle preuve pour réclamer son exclusion lors des procès pour agression sexuelle. Le concept de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes sera donc discuté plus en profondeur lors de notre analyse des revendications des acteurs sociaux qui ont participé au processus de réforme du droit criminel en ce domaine et lors de l'analyse de la jurisprudence canadienne concernant les mesures législatives régissant l'admissibilité de ce genre de preuve.

Les tribunaux n'ont donc pas reconnu et mis en oeuvre les objectifs du législateur fédéral à l'égard de l'article 142 et ont en fait interprété cette disposition de façon à «faire pencher la balance encore plus en faveur de l'accusé» (Stanley, 1985:81). Nous devons attendre jusqu'en 1983 avant que le législateur ne modifie à nouveau le droit relatif à la preuve du comportement sexuel de la plaignante.

Entre temps, le ministre de la Justice de l'époque, Ronald Basford, déposa devant la Chambre des communes un nouveau projet de loi le premier mai 1978. En vertu de ce projet, le législateur proposait de remplacer la disposition sur le viol par une infraction bipartite : l'attentat à la pudeur punissable d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas 14 ans et l'attentat à la pudeur grave punissable d'une peine maximale d'emprisonnement à

perpétuité. Il permettait également qu'il soit reconnu qu'un conjoint puisse être poursuivi criminellement pour avoir agressé sexuellement sa partenaire mais seulement dans les cas où les conjoints cohabitaient et n'étaient pas légalement mariés.

Ces propositions ne répondaient évidemment pas de façon satisfaisante aux revendications exprimées par les femmes et furent fortement critiquées par plusieurs groupes féministes, entre autres par le Comité national d'action sur le statut de la femme, l'Association nationale de la femme et le droit et certaines représentantes des centres d'aide aux victimes d'agression sexuelle. Le projet de loi C-52 n'est pas allé plus loin que l'étape de la première lecture au cours de la troisième session de la 30e législature et n'a pas été déposé de nouveau au cours de la session suivante.

Il est important ici de souligner que le ministre de la Justice avait choisi de déposer son projet de loi en mai 1978 alors que le rapport sur les infractions sexuelles de la Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) était attendu pour l'automne 78. Ceci était pour le moins surprenant et continue de soulever de nombreuses critiques de la part des membres de l'opposition qui en 1981-82 rappelaient à la Chambre des communes cet événement qu'on qualifiait de déplorable [Common Debates, 7 juillet 1981:11304; 17 décembre 1981:14191]. Le projet de loi C-52 eut néanmoins un effet à notre avis très positif puisqu'il causa un tel remous que plusieurs groupes de femmes s'allièrent pour revendiquer encore

plus fortement des modifications majeures aux dispositifs pénaux sur le viol [Common Debates, 4 décembre 1982:20041].

En novembre 1978, la CRDC déposa tel que prévu son rapport sur les infractions sexuelles. Elle recommanda entre autres que les attentats à la pudeur soient divisés en deux infractions : l'attouchement sexuel, une infraction hybride comportant une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, et l'agression sexuelle accompagnée d'autres types de violence punissable d'un emprisonnement maximal de dix ans. De plus, la Commission énonça trois principes fondamentaux qui devaient selon elle servir de base à la réforme du droit en matière d'infractions sexuelles : 1) la protection de l'intégrité de la personne; 2) la protection des enfants et de certaines catégories de personnes; et 3) la sauvegarde de la décence publique.

Ces principes seront retenus par le ministre de la Justice Jean Chrétien qui en tiendra compte dans l'élaboration du Projet de loi C-53, Projet de loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et de protection de jeunes et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, qui sera déposé en première lecture à la Chambre des communes le 12 janvier 1981. Aux trois principes énoncés par la CRDC s'ajoutera le principe de l'élimination de la discrimination sexuelle dans le système judiciaire, du moins en ce qui concernait le sort réservé aux victimes d'infractions sexuelles. En outre, pour ce qui est des règles de preuve régissant l'évocation du passé sexuel de la plaignante, le ministre de la Justice admettait que celles-ci

étaient inévitables parce qu'elles plaçaient un poids injuste sur les femmes victimes d'agression sexuelle, et qu'elles augmentaient le traumatisme et la gêne qui résultent d'une agression sexuelle. Les femmes, soulignait le ministre, étaient ainsi soit réduites au silence parce qu'elles craignaient de porter plainte ou encore, lorsqu'elles allaient de l'avant et portaient plainte, elles étaient souvent humiliées et remplies d'amertume face à la loi alors en vigueur [Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, 22 avril 1982, 77:29-32]. Le projet de loi proposé avait donc également comme objectif de remédier à cette situation inéquitable en limitant l'admissibilité de la preuve sur le comportement sexuel de la plaignante, ce qui, espérait le législateur, aurait pour effet d'encourager la dénonciation des infractions sexuelles et conséquemment d'augmenter le taux de poursuite.

Le projet de loi C-53 proposait donc, entre autres, les réformes suivantes : 1) une définition bipartite d'agression sexuelle et d'agression sexuelle grave; 2) une modification de certaines provisions des règles de procédure et de preuve qui étaient préjudiciables à la plaignante; 3) des changements à la loi de façon à mieux assurer la protection des personnes vulnérables à être exploitées sexuellement; et 4) l'élimination de la discrimination sur le genre contenue dans le libellé de la loi de façon à ce que celle-ci protège et s'applique également aux personnes des deux sexes.

Pour ce qui est du libellé de la disposition qui nous intéresse plus particulièrement soit celle limitant l'interrogatoire des plaignantes sur leur passé sexuel, elle se lisait comme suit :

246.5 (1) Une personne accusée d'une infraction prévue aux articles 166 (actes d'inconduite sexuelle avec une personne âgée de moins de quatorze ans), 168 (actes d'inconduite sexuelle des parents, tuteur, etc.), 168.1 (inceste), 169.1 (grossière indécence), 246.1 (agression sexuelle) ou 246.2 (agression sexuelle grave) ou son représentant ne peuvent poser de questions sur le comportement sexuel du plaignant avec une autre personne que l'accusé à moins qu'elles ne tendent à

a) prouver que l'accusé croyait que le plaignant a consenti à l'activité sexuelle qui est à l'origine de la poursuite, ou

b) repousser une preuve préalablement faite par la poursuite si cette preuve est liée à l'activité sexuelle du plaignant.

[Chambre des communes du Canada, Première session, trente-deuxième législature, 29 Elizabeth II, 1980-81]

Cette proposition sera cependant modifiée en cours d'étude du projet de loi par la Chambre des communes. Il faut noter qu'aucune disposition n'était alors prévue pour limiter l'utilisation d'une preuve de réputation de chasteté visant à attaquer la crédibilité de la plaignante.

Le projet de loi C-53 atteindra l'étape de la deuxième lecture le 17 décembre 1981 et sera alors renvoyé au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. Le Comité entendra les premiers témoins le 22 avril 1982 et terminera l'étude du projet de loi le 28 juillet 1982. Le projet fut encore une fois amendé de façon à ce que les dispositions n'aillent pas à l'encontre des

principes énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés, et également en réponse aux revendications des diverses associations<sup>21</sup> qui ont témoigné devant le Comité. Les autorités gouvernementales n'étaient en effet pas sans savoir que, sous la *Charte* qui allait sous peu avoir force de loi, les dispositions de la loi sur le viol allaient devenir une cible privilégiée de contestations judiciaires en raison du vocabulaire et des procédures nettement discriminatoires contenus dans cette loi (Los, 1990:163).

Ces modifications prirent la forme du projet de loi C-127, Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, qui fut rapidement adopté par la Chambre des communes le 4 août 1982. Il sera revêtu de la sanction royale le 27 octobre 1982 et entrera en vigueur le 4 janvier 1983. Les principales réformes apportées par ce projet de loi furent les suivantes :

1) Le libellé de la loi fut défini en des termes respectant la neutralité de genre.

2) Le délit de viol fut remplacé par une nouvelle définition tripartite d'agression sexuelle<sup>22</sup> :

Art. 246.1 (1) - Agression sexuelle

Art. 246.2 - Agression sexuelle armée,  
menaces à une tierce personne ou  
infliction de lésions corporelles

---

<sup>21</sup> Voir la liste des associations qui ont comparu devant le Comité à l'annexe B.

<sup>22</sup> Il faut souligner que cette nouvelle définition, construite en fonction d'une «échelle légale de gravité», est très ambiguë et qu'elle risque de créer d'importantes difficultés d'interprétation. L'agression sexuelle est en soi un acte de violence mais la nouvelle définition tripartite semble diviser en trois niveaux la violence physique des agressions sexuelles sans pour autant définir clairement les trois niveaux d'agression. À ce sujet, voir Roberts et Pires (1992).

Art. 246.3 (1) - Agression sexuelle grave;

3) La défense d'erreur de fait quant au consentement se lisait comme suit :

Art. 244.4 (4) - Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

4) La discrimination envers les femmes mariées qui faisait en sorte qu'une femme ne pouvait, sous l'ancienne loi, poursuivre son époux pour agression sexuelle fut abolie.

5) Le droit de la preuve fut modifié de la façon suivante :

Art. 246.4 - Non-exigibilité de la corroboration<sup>23</sup>

Art. 246.5 - Abolition des règles relatives à la plainte spontanée

---

<sup>23</sup> Le législateur avait remplacé la règle de corroboration en 1976 par l'article 142 limitant l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels mais puisque certains juges continuaient d'instruire le jury qu'il n'était pas prudent de déclarer l'accusé coupable d'une infraction sexuelle en l'absence d'une corroboration du témoignage de la plaignante, le Parlement abroge officiellement cette pratique en 1983 en promulguant l'article 246.4.

Art. 246.6 (1) - Interdiction de preuves sur le comportement sexuel du plaignant avec une personne autre que l'accusé sauf dans le cas d'une

a)[...] preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant;

b)[...] preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation;

c)[...] preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont l'origine de l'accusation dans le cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

Art. 246.7 - Une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant est inadmissible

Les réformes de 1983 éliminaient certaines dispositions discriminatoires mais la nouvelle loi ne faisait pas pour autant l'unanimité au sein des groupes féministes. Pour mieux comprendre quels étaient les enjeux de cette réforme, nous allons maintenant examiner les revendications des groupes féministes et d'autres groupes sociaux qui ont exercé des pressions auprès du législateur fédéral lors de cette deuxième entreprise de réforme du droit criminel en matière d'infractions d'ordre sexuel.

CHAPITRE IV

LA RÉFORME DU CODE CRIMINEL CANADIEN  
EN MATIÈRE D'INFRACTIONS SEXUELLES

Pour mieux comprendre le processus législatif qui mena à l'entrée en vigueur en 1983 de l'article 246.6 limitant l'évocation du comportement sexuel de la plaignante, nous allons dans un premier temps analyser les procès-verbaux des témoignages touchant le Projet de loi visant à modifier le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et de protection des jeunes présentés devant le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques qui étudia ce projet d'avril 1982 à juillet 1982. Le Comité composé de vingt membres<sup>24</sup> a entendu les témoignages de dix-sept associations et organismes différents. Nous avons choisi, pour leur représentativité et leur réputation en tant que leaders d'opinion, d'analyser particulièrement les mémoires présentés au Comité par l'Association nationale de la femme et le droit (ANFD), le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme (CCCSF), l'Association du Barreau canadien, l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario et le Metropolitan Board of Commissioners of Police.

L'analyse portera sur cinq éléments qui nous sont apparus particulièrement significatifs et dignes d'intérêt : 1) l'intention et les objectifs visés par le législateur fédéral en adoptant une disposition limitant la preuve sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante; 2) les préoccupations des membres du Comité face

---

<sup>24</sup> Voir la liste des membres et la division des partis politiques à l'annexe C.

à cette disposition et le recours à des mythes et des préjugés sexistes pour appuyer leurs propos; 3) les positions et les revendications des associations féminines; 4) les positions et les revendications de groupes qui adhèrent à l'approche libérale; et 5) la réponse du législateur fédéral à la suite de ces revendications.

#### 4.1 OBJECTIFS DE LA RÉFORME DU CODE CRIMINEL EN MATIÈRE D'INFRACTIONS SEXUELLES

L'intention du législateur fédéral, pour l'ensemble des réformes proposées en matière d'infractions sexuelles, est explicitement énoncée dans l'allocution faite par le ministre de la Justice Jean Chrétien lors de la première réunion du Comité le 22 avril 1982. Celui-ci soulignait que le projet de loi reposait sur quatre principes fondamentaux : 1) la protection de l'intégrité de la personne; 2) la protection de l'enfant et certains autres groupes de personnes; 3) la défense des bonnes moeurs; et 4) l'élimination de la discrimination sexuelle. De plus, pour ce qui est des règles de preuve régissant l'évocation du passé sexuel de la plaignante, le ministre de la Justice reconnaissait que celles-ci étaient inéquitables parce qu'elles plaçaient un poids injuste sur les femmes victimes d'agression sexuelle, et qu'elles augmentaient le traumatisme et la gêne qui résultent d'une agression sexuelle. Les femmes, précisait le ministre, étaient ainsi soit réduites au silence parce qu'elles craignaient de porter plainte ou encore, lorsqu'elles allaient de l'avant et déposaient

une plainte, elles étaient souvent humiliées et remplies d'amertume face aux règles de preuve et aux dispositifs pénaux alors en vigueur. En conséquence, les taux de dénonciation, de poursuite et de culpabilité en matière d'infractions d'ordre sexuel étaient plus faibles que pour d'autres types de délits avec violence. Les réformes mises de l'avant par le projet de loi mettaient donc «[...] l'accent sur la protection de l'intégrité de la personne et sur la notion selon laquelle n'importe quel membre de la société a le droit de vivre sans être victime de violence et dans la mesure du possible, sans craindre la violence» (Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, M. R. Mosley, 3 août 1982, 25:16).

La limitation de l'évocation du comportement sexuel de la plaignante proposée par le projet de loi C-53 tentait donc d'apporter une solution à ce problème [Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, 22 avril 1982, 77:29 - 77:32]. Par contre, cette limitation ne visait qu'à éliminer les abus auxquels avaient donné lieu les règles de la *common law* mais elle ne signifiait pas que ce genre de preuve ne serait plus admissible. Il faut, spécifiait Monsieur Chrétien, rechercher un équilibre entre le droit de la femme à sa vie privée et le droit de l'accusé de se défendre. La nécessité de ne pas porter atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière, garanti par la Charte canadienne des droits et libertés entrée en vigueur le 17 avril

1982, sera au coeur des préoccupations des membres du Comité tout au long de l'étude du *projet de loi C-53*<sup>25</sup>.

Je ne voudrais toutefois pas que nous refusions à l'accusé le droit reconnu par la Charte à une défense juste et équitable. L'interdiction de toute question pourrait empêcher de soulever un moyen de défense valable.

[Comité permanent de la Justice, J. Chrétien, 15 juin 1982, 97:30]

Par ailleurs, le ministre de la Justice avait également, tout en respectant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, comme objectifs d'augmenter le taux de dénonciation et conséquemment de poursuite et de limiter le traitement préjudiciable des plaignantes en cours de procès. L'intention du législateur à cet égard est clairement énoncée dans les extraits suivants des propos tenus par le ministre de la Justice devant le Comité permanent de la Justice :

Si on veut éliminer ces questionnaires interminables sur la réputation d'une personne, c'est que, très souvent, c'est ce qui a amené les femmes à refuser de porter plainte.

[...]

---

<sup>25</sup> Pour éviter toute confusion, il nous semble important ici de souligner que la présomption d'innocence et le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière sont des principes de justice fondamentale qui doivent être maintenus et qui sont, à notre avis, reconnus par l'ensemble des acteurs sociaux préoccupés par la question de l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle. Là où les opinions diffèrent est à savoir si une preuve liée à l'activité sexuelle passée d'une plaignante avec une personne autre que l'accusé est vraiment pertinente à la détermination des faits dans une cause d'agression sexuelle et si une telle preuve peut appuyer une défense légitime. La position adoptée par la plupart des groupes féministes, comme nous le verrons tout au long de cette thèse, est que le droit d'un accusé à une défense pleine et entière n'est pas enfreint par l'exclusion d'une preuve qui est soit non pertinente soit tellement préjudiciable que cet effet l'emporte sur sa valeur probante.

Seulement, dans le vieux système, le nombre d'accusations de viol était très limité à cause des préoccupations traumatisantes pour les victimes.

[Comité permanent de la Justice, J. Chrétien, 22 avril 1982, 77:46]

[...] il faut que ce soit facile pour la personne qui est victime de viol ou d'un assaut sexuel grave de déposer une plainte et de faire arrêter l'agresseur. Cela est mon but.

[...]

Alors, j'ai essayé de trouver le meilleur compromis possible pour protéger au maximum les femmes qui sont victimes d'assaut sexuel, [...], et pour donner en même temps à l'accusé la possibilité d'avoir une défense légitime.

[Comité permanent de la Justice, J. Chrétien, 17 juin 1982, 98:17]

Des objectifs majeurs et essentiels puisque malgré la difficulté de connaître l'incidence réelle des agressions sexuelles au Canada, il est néanmoins reconnu par «[...] tous ceux dont la tâche est de veiller à la mise en application de la loi ou d'effectuer des recherches dans ce domaine [...] que le viol est encore un des délits les moins dénoncés» (Clark et Lewis, 1983:55). Pour ce qui est du taux de poursuite, des données récoltées par Statistiques Canada montraient qu'en 1982, 3633 plaintes pour viol avaient été portées et que de ce nombre 1,105 plaintes avaient été classées non fondées<sup>26</sup> par la police. Des 2,528 plaintes qui avaient donné lieu à une poursuite, 1345 inculpés avaient été soit reconnus non coupables, soit libérés du chef d'accusation pour des motifs divers

---

<sup>26</sup> L'étude de Clark et Lewis (1983) a démontré que le classement par les corps policiers d'une plainte comme non fondée ne signifie pas nécessairement qu'une agression sexuelle n'a pas été commise. Le classement d'une plainte repose en fait sur plusieurs facteurs : l'âge, le statut matrimonial, la moralité de la plaignante etc., le profil de l'agresseur et les circonstances entourant l'acte reproché ainsi que la probabilité perçue d'obtenir une déclaration de culpabilité si l'on poursuit la plainte devant les tribunaux.

[Common Debates, 24 février 1984:1715]. Ces statistiques démentent clairement la présomption que le viol est traité comme un crime grave dans notre société.

#### 4.2 LA PRÉVALENCE DES MYTHES ET PRÉJUGÉS SEXISTES À L'ÉGARD DES PLAIGNANTES ET DE L'AGRESSION SEXUELLE

La préoccupation du législateur fédéral envers l'intégrité des personnes et l'élimination de la discrimination sexuelle n'a pas pour autant permis aux principaux intervenants dans ce processus de réforme d'échapper aux présupposés sexistes sur la plaignante et l'agression sexuelle. L'image de la femme victime d'agression sexuelle comme étant une séductrice, une tentatrice, une agente provocatrice, une femme impure et dévoyée ou encore celle d'une femme qui invente des récits de rapports sexuels ou qui tente de faire chanter la personne qu'elle accuse de viol étaient toujours présentes à en juger par certains propos tenus par quelques membres du Comité et par le ministre de la Justice au moment de l'étude du projet de loi C-53 :

1. Il faut prendre garde [...], car il y a des situations dans lesquelles l'accusé devient une victime parce qu'une personne qui aurait pu consentir assez librement à des activités sexuelles se ravise deux ou trois jours plus tard; cela peut tourner au chantage [...], des choses comme cela.

[Comité permanent de la Justice, J. Chrétien, 22 avril 1982, 77:46]

2. J'ai vécu cela moi-même : il y a des femmes qui entrent dans la boîte aux témoins, qui jouent les ingénues, qui ont la larme facile, le beau chapeau [...], elles ont toujours la larme et le mouchoir à l'oeil, et quand on connaît les antécédents et que le jury, lui, ne les connaît pas [...] Je peux vous dire que c'est une question de justice [...].

[Comité permanent de la Justice, G. Marceau, 4 mai 1982, 80:14]

3. Un témoin peut prétendre qu'il y avait une partie et que la femme était consentante.

[...]

Un autre témoin pourrait dire que le défendeur et la femme étaient ensemble, puis sont allés dans une autre pièce. Il faut que l'accusé puisse se défendre.

[Comité permanent de la Justice, J. Chrétien, 29 juin 1982, 100:52]

4. Mais lorsqu'on a des cas de prostituées, je ne crois pas que l'association en question veuille protéger ce genre de personnes.

[Comité permanent de la Justice, G. Marceau, 28 juillet 1982, 107:125]

D'autre part, le mythe selon lequel la crédibilité de la plaignante et la probabilité d'un consentement seraient déterminées par la conduite sexuelle de celle-ci est également apparent dans le seul exemple apporté par le ministre de la Justice pour justifier l'évocation du comportement sexuel de la plaignante et repris par certains députés dans les débats à au moins dix reprises. Il s'agit du cas hypothétique où une plaignante aurait des activités sexuelles avec trois personnes ou plus dans la même soirée et ne porterait une accusation d'agression sexuelle que contre une de ces personnes; cet individu, soulignait le ministre, devrait pouvoir

faire état de l'activité sexuelle de la plaignante avec les deux autres personnes sinon il ne disposerait à peu près d'aucun moyen de défense [Comité permanent de la Justice, 22 avril 1982, 77:32].

Or, s'il veut prouver qu'il n'avait pas d'intention criminelle, il faut qu'il soit capable de faire la description des circonstances qui l'ont amené à penser qu'elle consentait et évidemment, nous prenons toujours l'exemple qu'on a employé jusqu'à ce jour, c'est que s'il y a eu consentement donné par la femme en question, à quatre autres ou trois autres personnes, dans les mêmes circonstances, à ce moment-là, **il pourra prouver qu'elle a eu des relations sexuelles avec trois autres personnes avant que son tour n'arrive.** (nous soulignons)

[Comité permanent de la Justice, J. Chrétien, 28 juillet 1982, 107:125-126)

Me Gayle Raphanel de l'Association nationale de la femme et le droit (ANFD) répliquait avec justesse que l'argument du ministre de la Justice «[...] semble être que, pour permettre à l'accusé d'être jugé de façon équitable, il doit pouvoir contester la crédibilité du témoin et tout permet de croire que le comportement sexuel antérieur de la plaignante se répercute d'une façon ou d'une autre sur sa crédibilité. Ceci repose sur l'hypothèse que les femmes de moeurs douteuses mentent» [Comité permanent de la Justice, 27 avril 1982, 78:16]. Les groupes féministes, il va sans dire, s'opposaient à de tels préjugés sexistes et demandaient au législateur de mettre fin à l'application différentielle de la loi en matière d'infractions d'ordre sexuel qui minait la victime et profitait à l'accusé. Voyons donc maintenant quelles étaient les revendications de l'ANFD et du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme.

#### 4.3 POSITION DE L'ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT

L'Association nationale de la femme et le droit dans leur Mémoire en réponse au Bill C-53 (1981) recommandait que la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante soit inadmissible lorsqu'elle porte sur le comportement de la plaignante avec une personne autre que l'accusé en raison de l'effet extrêmement préjudiciable de cette preuve sur la détermination équitable des points en litige par opposition à sa valeur probante extrêmement limitée (1981a:39-40). Selon le témoignage de Me Thomson, membre du Comité directeur national de l'ANFD, le comportement sexuel antérieur de la plaignante avec l'accusé pourrait dans certains cas être pertinent et être pris en considération mais uniquement en ce qui concerne l'accusé et non pas une tierce personne (Comité permanent de la Justice, 27 avril 1982, 78:25).

La position de l'ANFD face à la réforme du Code criminel canadien en matière d'infractions sexuelles était explicite : il fallait que le législateur fédéral intervienne afin de s'assurer que les dispositifs pénaux respectent les principes de l'inviolabilité, de l'intégrité physique et de la dignité de la personne humaine, et que l'égalité de toutes et de tous devant la loi indépendamment de leur sexe ou de leur statut matrimonial soit reconnue. Le droit pénal en matière d'infractions sexuelles et les règles de preuve et de procédure s'y rattachant ne devraient plus, soulignait l'ANFD, s'appuyer sur un concept particulier de moralité qui, à en juger par les taux de poursuite et de

condamnation plus faible pour les infractions sexuelles que pour d'autres délits avec violence, agit au détriment des victimes d'agression sexuelle. L'ANFD demandait également au législateur de reconnaître que l'agression sexuelle est un crime violent qui fait du tort à toutes les femmes qui vivent dans la peur d'être victime d'une telle agression ce qui conséquemment limite leur liberté de mouvement : un droit fondamental dans notre société. L'ANFD se faisait ici l'écho de plusieurs analyses féministes des années 70<sup>27</sup>.

L'ANFD demandait donc au législateur de percevoir le problème du viol dans une perspective plus large qui englobe à la fois l'aspect social, économique et politique de la violence envers les femmes et d'ainsi tenir compte dans la formulation des mesures législatives de la situation d'inégalité véritable que subissent les femmes. L'ANFD tenait par son intervention dans le processus de réforme à promouvoir la protection légale des femmes et le respect de leurs droits politiques et humains dans une perspective qui tienne compte des rapports sociaux de sexe, de la subordination des femmes dans notre société et des conséquences du caractère généralisé de la violence envers les femmes sur leurs vécus quotidiens.

Dans ce sens l'ANFD a émis plusieurs recommandations au législateur fédéral. Outre la recommandation de non-admissibilité du comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle proposait que soit abrogée la règle de la *common law* qui permettait que la

---

<sup>27</sup> Voir à ce sujet, entre autres, Clark et Lewis (1983:15).

crédibilité de la plaignante soit mise en doute par une preuve de réputation générale de manque de chasteté (ANFD, 1981:40). D'autre part, advenant l'adoption de l'article proposé par le législateur permettant l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante avec une personne autre que l'accusé dans certains cas précis, l'ANFD proposait que cet article soit amendé de façon à exiger que les juges soient tenus de justifier leur décision d'admettre ou d'interdire la présentation de telles preuves (ANFD, 1981:39). Une proposition qui nous apparaît très importante particulièrement, comme le soulignait l'ANFD, dans l'éventualité de l'élaboration de lignes directrices en ce domaine du droit criminel<sup>28</sup>.

Enfin, l'ANFD critiquait plus précisément la condition d'admissibilité prévue à l'alinéa (1) a) de l'article 246.5 qui, s'il était adopté tel quel, permettrait de poser des questions sur le comportement sexuel de la plaignante avec une personne autre que l'accusé lorsque la défense s'appuie sur le consentement que l'accusé croyait que la plaignante avait donné à l'activité sexuelle reprochée. Cette condition reflète le mythe qu'une femme qui a consenti par le passé consentira plus facilement dans le futur à avoir des relations sexuelles et peut porter préjudice à la plaignante en influençant la perception du jury qui serait peut

---

<sup>28</sup> L'idée d'élaborer des lignes directrices était un thème d'actualité puisque c'est également à cette époque que la Commission canadienne sur la détermination de la peine avait reçu le mandat d'étudier et d'élaborer des lignes directrices en matière de détermination de la peine, d'analyser le problème de la restructuration des peines maximales du Code criminel et celui des sanctions minimales obligatoires prévues au Code. Voir Gouvernement du Canada (1984) et Commission canadienne sur la détermination de la peine (1987).

être plus enclin à présumer que la plaignante avait, de fait, consenti à l'activité sexuelle à l'origine de la poursuite.

De la même façon, soulignait l'ANFD, la défense d'erreur de fait proposée par le *projet de loi C-53* (art. 244.4 (4)) permettrait à un accusé, qui plaide qu'il avait une connaissance préalable des habitudes sexuelles de la plaignante et qu'il n'avait pas d'intention criminelle, d'appeler des témoins pour rendre compte du comportement sexuel antérieur de la plaignante et également lui permettrait de contre-interroger celle-ci sur son passé sexuel. Selon l'ANFD, cette défense d'erreur de fait quant au consentement, telle qu'elle était alors formulée, ouvrait grandes les portes à l'évocation du passé sexuel de la plaignante sans même exiger que la véracité des allégations de l'accusé soit prouvée. Le seul fait que l'accusé croyait que la plaignante avait eu des comportements sexuels qui lui laissaient croire qu'elle consentait à avoir avec lui des rapports sexuels serait suffisant pour permettre la défense de l'erreur de fait (ANFD, 1981:29). L'Association nationale de la femme et le droit recommandait donc que l'article proposé soit modifié de façon à énoncer clairement que la croyance au consentement doit être sincère et fondée sur des motifs raisonnables et que pour être admissible cette défense doit également être fondée sur des preuves suffisantes qui puissent permettre au jury de déterminer cette question (ANFD, 1981:29-30).

Le mémoire de l'ANFD dans son ensemble a été très bien reçu à la fois par les membres du Comité de la Justice et des questions juridiques et par d'autres organisations, tel le Comité national

d'action sur le Statut de la femme, qui y ont donné leur appui. La position de l'ANFD sur la non-admissibilité de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes était en fait partagée par la majorité des associations féminines qui ont témoigné devant le Comité et par le représentant du Procureur général de l'Ontario à l'exception notable du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme qui a adopté une position beaucoup moins critique à l'égard de ce genre de preuve.

#### **4.4 POSITION DU CONSEIL CONSULTATIF CANADIEN SUR LA SITUATION DE LA FEMME**

Le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme (CCCSF) était en effet l'exception à la règle puisque, selon une de ses représentantes Mme Jennifer Stoddart, le Conseil était d'avis que dans certains cas extrêmement rares, comme celui où plusieurs personnes auraient eu des rapports sexuels avec la même plaignante, on devrait pouvoir poser des questions au témoin de manière à assurer pleinement la défense de l'accusé [Comité permanent de la Justice, 6 mai 1982, 82:47]. Le CCCSF a adopté une position face à l'évocation du comportement sexuel antérieur qui ne semble pas tenir compte des nombreuses critiques féministes énoncées depuis les années 70.

Le Conseil énonce pourtant en introduction de son mémoire, **Pour une Justice Renouvelée** (1982) présenté au Comité de la Justice et des questions juridiques, l'importance de la reconnaissance du droit de chaque personne à l'intégrité physique et à la dignité,

l'importance également de dénoncer la violence faite aux femmes, de mettre fin à l'application d'un double standard de moralité en matière d'infractions sexuelles, de minimiser les risques d'interprétation judiciaire «malencontreuse» et d'assurer aux femmes un véritable accès à une justice renouvelée. Ces revendications nous apparaissent difficilement conciliables avec la position qu'adopte le Conseil face à la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante tel qu'en témoigne l'extrait suivant :

Le CCCSF est heureux de constater l'inclusion dans l'article 246.5 des principes suivants :

1. le comportement sexuel antérieur du plaignant ne devrait pas être utilisé pour attaquer sa crédibilité en tant que témoin (sauf le cas où cette preuve aurait été introduite du chef de la Couronne);
2. la mise en preuve du comportement sexuel antérieur de la victime devrait être interdite sauf dans le cas où elle tendrait à prouver que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité sexuelle en litige.

Cette interprétation par le CCCSF de l'article 246.5 proposée dans le *projet de loi C-53*<sup>29</sup> soulève, selon nous, de nombreuses interrogations et critiques. D'une part, la formulation du principe que le Conseil énonce au premier point est une interprétation erronée et regrettable du libellé officiel qui ne fait aucune référence à la question de la crédibilité et se lit comme suit : «l'accusé ou son représentant ne peuvent poser de questions sur le comportement sexuel du plaignant avec une autre personne que l'accusé à moins qu'elles ne tendent à repousser une preuve

---

<sup>29</sup> Voir le libellé de cet article à la p. 78.

préalablement faite par la poursuite si cette preuve est liée à l'activité sexuelle du plaignant» (art. 246.5 (1) b)). Cette règle permet, avec raison, à la défense de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel avec une personne autre que l'accusé seulement dans le cas où le ministère public a pris l'initiative de présenter une telle preuve.

Le premier principe qu'énonce le CCCSF porte donc à confusion puisqu'il soulève la question de la crédibilité de la plaignante en tant que témoin, un élément qu'on ne retrouve pas dans le libellé officiel de l'article 246.5. Le Conseil, par ces propos, laisse en effet sous-entendre que lorsque la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante est introduite par le ministère public, celle-ci pourrait être utilisée dans le but précis d'attaquer la crédibilité de la plaignante. La pertinence d'une telle preuve, nous le rappelons, repose sur le mythe qu'une femme de moeurs faciles n'est probablement pas un témoin digne de foi. Le CCCSF ici ne semble pas avoir compris les nombreuses critiques féministes à l'égard du lien indéfendable qu'on retrouve en *common law* entre la crédibilité et la chasteté d'une femme, et n'a pas tenu compte de la reconnaissance du caractère discutable de ce genre de preuve par d'autres groupes tel que le groupe de travail sur l'uniformisation des règles de preuve qui soulignait dans son rapport (Groupe de travail, 1983:93) que «[...] la preuve de la réputation ne devrait pas être admissible aux fins d'attaquer ou de défendre la crédibilité d'un témoin.»

D'autre part, le CCCSF semble également être d'avis que la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante avec une personne autre que l'accusé est pertinente à la détermination du consentement de celle-ci à l'activité sexuelle en litige. Cette position du CCCSF est également en contradiction avec la position adoptée par de nombreuses associations et auteures féministes, entre autres l'ANFD dont nous avons déjà discuté, qui dénoncent le mythe archaïque sous-jacent aux règles de la *common law* selon lequel une femme qui aurait déjà eu des relations sexuelles par le passé consentirait plus aisément à avoir des activités sexuelles par la suite. Le Conseil ne semble pas avoir pris en considération ces critiques féministes dans l'élaboration de leurs propositions face à l'évocation du passé sexuel de la plaignante, du moins telles qu'elles ont été formulées dans le mémoire présenté au Comité de la Justice et des questions juridiques.

Par ailleurs, en contrepartie de l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes, le CCCSF proposait qu'on puisse introduire les antécédents de l'accusé [Comité permanent de la Justice, 6 mai 1982, 82:44]. Cette position est clairement énoncée dans l'extrait suivant de leur mémoire sur le *Bill C-53* (1982:20) : «Cependant, le Conseil recommande qu'on permette suivant les mêmes règles que celles qui s'appliqueront au plaignant que soient posées des questions sur les infractions antérieures commises par l'accusé.» Une proposition qui, à première vue, pour ce qui est du casier judiciaire, nous apparaît s'écarter des principes fondamentaux régissant le droit criminel. Le CCCSF

semble, en fait, adopter une approche «donnant donnant» qui présume à tort qu'or puisse réparer une injustice par une autre. Un accusé n'est pas tenu de témoigner en sa propre défense, et le ministère public n'a «[...] le droit de présenter la preuve de la mauvaise réputation de l'accusé et de montrer qu'elle est compatible avec sa culpabilité que si celui-ci a présenté la preuve de sa bonne réputation et a perdu ainsi la protection que lui offrait la *common law*» (Groupe de travail, 1983:88)<sup>30</sup>. Comme le souligne Sheehy (1989:754), une telle preuve n'est en fait que très rarement admise lors des procès pour agression sexuelle. Ces principes fondamentaux du droit pénal canadien devraient à notre avis être respectés. Puisque, comme le soulignaient Clark et Lewis (1983:183), il est reconnu qu'une preuve de la «mauvaise» réputation de l'accusé peut lui être préjudiciable, il aurait été plus profitable à la cause défendue par les femmes que le CCCSF fasse valoir qu'une telle preuve est tout aussi préjudiciable et ne devrait pas par conséquent être utilisée contre la plaignante lors des procès pour agression sexuelle.

Le CCCSF a néanmoins énoncé dans ce mémoire certaines idées critiques dignes de mention. Entre autres, le Conseil soulignait le fait que la réforme du droit criminel ne peut à elle seule modifier de façon radicale la situation des femmes et que la réforme du droit substantif n'était qu'un «début essentiel» qui devait par

---

<sup>30</sup> Par ailleurs, la Commission canadienne de l'uniformisation des lois adoptait en 1981 la proposition «[...] de ne pas donner à la poursuite le droit de faire la preuve des exemples précis du comportement de l'accusé même quand elle a le droit, lorsque l'accusé a mis sa moralité en cause, de faire la preuve de celle-ci» (Groupe de travail, 1983:597).

contre s'accompagner de changements significatifs à la fois au niveau des attitudes sociales, des politiques et de l'administration de la justice (CCCSF, 1982:1-3). De plus, le Conseil relevait le problème de la discrimination du droit à l'égard des victimes d'agression sexuelle lorsqu'il émet «[...] l'hypothèse selon laquelle les définitions et les règles applicables ont eu en matière d'infractions sexuelles des effets plus restrictifs qu'en d'autres domaines du droit criminel, effets qui se reflètent notamment dans le taux de condamnations» (CCCSF, 1982:11). Ces critiques sont importantes puisqu'elles semblent témoigner d'une reconnaissance de la part du CCCSF des limites inhérentes au droit et à la stratégie réformatrice dont il sera question en dernière partie de notre analyse.

Pour ce qui est de l'évocation du passé sexuel de la plaignante, nous le rappelons, mis à part le CCCSF, l'ensemble des organisations féminines qui ont témoigné devant le Comité de la Justice et des questions juridiques semblaient adhérer au principe de base selon lequel une preuve sur l'activité sexuelle de la plaignante avec une personne autre que l'accusé est simplement non pertinente aux questions en litige dans un procès pour agression sexuelle et que, par conséquent, cette preuve ne devrait pas être admissible.

4.5 POSITIONS DE L'ASSOCIATION DES AVOCATS CRIMINALISTES DE  
L'ONTARIO, DU METROPOLITAN BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE  
ET DE L'ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN

Ce principe de non-recevabilité défendu par les associations féminines était cependant fortement contesté par certaines associations qui adoptaient un point de vue que nous qualifions de «position juridique traditionnelle» telles que l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario, le Metropolitan Board of Commissioners of Police (MBCP) et l'Association du Barreau canadien. Selon les deux premiers groupes, la question du comportement sexuel devait être analysée en fonction des principes généraux de droit et l'on devait laisser au juge de procès le pouvoir discrétionnaire de déterminer la valeur probante de ce genre de preuve et d'admettre l'interrogatoire sur le passé sexuel de la plaignante lorsque celui-ci est nécessaire. C. Ruby, avocat et membre du MBCP arguait qu'étant donné le climat social actuel, il croyait que le judiciaire était «suffisamment sensible pour contrôler les questions et éviter les abus» [Comité permanent de la Justice, 10 juin 1982, 96:42].

Malheureusement, selon les données récoltées par plusieurs auteures féministes, tel n'était et n'est toujours pas le cas. Les remarques suivantes illustrent bien la position adoptée dans bien des cas par le judiciaire face à l'agression sexuelle :

Il n'est pas rare que la réalité empêche de tracer une ligne de démarcation claire entre des rapports consentants et non consentants. [...] Il est facile pour un homme absorbé par ses propres désirs de se méprendre sur les intentions d'une femme ou d'une jeune fille qui peut elle-même ne pas trop savoir que faire.

(Juge Dickson, «Rapists Can Have Honest Belief in Consent Without Reasonable Cause?», Kenesis, juillet 1980, cité dans Dianne Kinnon (1981), Rapport sur l'agression sexuelle au Canada, à la p. 47)

[Traduction<sup>31</sup>] Les femmes qui disent non ne veulent pas toujours dire non. Ce n'est pas seulement le fait pour la femme de dire non qui compte, mais c'est plutôt la façon dont elle le dit, comment elle présente sa réponse. Si elle ne consent pas, elle n'a qu'à se croiser les jambes et il ne pourrait y avoir de rapports sexuels sans emploi de la force; dans ce cas, il y aurait des marques du recours à la force.

(Juge David Wild, Cambridge Crown Court (1982), cité dans Elizabeth Sheehy (1989), «Canadian Judges and the Law of Rape : should the Charter Insulate Bias?», 21 Ottawa L. Rev., à la p. 741)

[Traduction] Sauf si vous n'avez pratiquement aucune expérience, vous reconnaîtrez avec moi que les femmes résistent occasionnellement au début, mais qu'elles cèdent ensuite à la persuasion ou à leurs propres instincts.

(Juge Frank Allen, Cour provinciale du Manitoba (1984), cité dans Sheehy, 1989 à la p. 741)

Par ailleurs, Ms. L. Martin, secrétaire adjointe au Comité de la législation de l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario, arguait que la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Scopelliti [1981] 63 C.C.C. 481 avait ouvert la voie à l'audition de témoignages sur la mauvaise réputation de la plaignante,

---

<sup>31</sup> La traduction n'est pas de nous. Voir arrêt Seaboyer c. La Reine et Gayme c. La Reine, Motifs de dissidence de l'honorable juge L'Heureux-Dubé, Cour suprême du Canada [1991], à la p. 660.

incluant une réputation que l'accusé aurait pu ignorer au moment de la commission de l'infraction présumée (Comité permanent de la Justice, 10 juin 1982, 96:74). Ms. Martin défendait donc la position selon laquelle le comportement sexuel antérieur de la plaignante devait faire l'objet de questions lorsqu'il était jugé pertinent. Une détermination de la pertinence qui devait, selon elle, être étudiée de très près en gardant à l'esprit les effets de la décision dans l'affaire *Scopelliti* (Comité permanent de la Justice, 10 juin 1982, 96:75). Ms. Martin considérait, en fait, que l'article 142 alors en vigueur depuis 1976 était approprié et qu'il était préférable que le législateur fédéral n'intervienne pas et qu'il laisse plutôt la loi évoluer selon la jurisprudence.

L'interprétation et les conclusions de la représentante de l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario sur la décision rendue dans l'affaire *Scopelliti* méritent qu'on y adresse certaines critiques. L'affaire *Scopelliti* était un cas où l'accusé dans une cause de meurtre invoquait la légitime défense et où la cour avait statué que la preuve de la personnalité violente ou des prédispositions de la victime à la violence était admissible pour démontrer la probabilité que la victime avait été en fait l'agresseur. En *common law*, la preuve de la moralité de la victime dans une affaire qui n'est pas d'ordre sexuel n'est généralement pas pertinente. L'arrêt *Scopelliti* permettrait ce genre de preuve dans les affaires d'homicide où l'on invoque la légitime défense à titre d'exception à la règle générale de la *common law*. Comme le dit si bien Ruebsaat (1985:91):

Permettre, dans les affaires d'agression sexuelle, de présenter une preuve relative aux antécédents sexuels de la victime en s'appuyant sur *Scopelliti* reviendrait tout simplement à créer une autre exception à la règle générale.

Quel parallèle peut-on établir entre la prédisposition à la violence et la prédisposition à être sexuellement actif? Cette analogie, souligne Ruebsaat, n'est certainement pas conforme aux moeurs sexuelles du vingtième siècle puisqu'en

[...] appliquant ce raisonnement à l'individu sexuellement actif, on laisse entendre que son comportement est, tout comme le comportement violent, d'une certaine façon indésirable ou criminel et qu'il donne à autrui le droit de rendre la pareille (Ruebsaat, 1985:91).

L'analogie entre une disposition à la violence et une disposition à consentir à des relations sexuelles devrait donc, selon nous, être rejetée par les corps législatifs et juridiques.

Quant à l'Association du Barreau canadien, selon son représentant Me G. Brodsky, si on éliminait les notions particulières de viol et d'infraction sexuelle et qu'on ne parlait que de voies de fait ou d'agression, on ne tiendrait plus compte des habitudes sexuelles de la plaignante et la question serait résolue. Toutes les règles prévues dans le projet de loi C-53 seraient désuètes et ni l'accusé ni la plaignante n'en souffriraient [Comité permanent de la Justice, 6 mai 1982, 82:5]. Il va sans dire que cette proposition plutôt simpliste a été très mal reçue par le Comité qui a remis en question l'appui des membres de l'Association du Barreau à ce mémoire qu'on qualifiait d'«extrêmement décevant» et rempli de «connotations sexistes». [Comité permanent de la Justice, 6 mai 1982, 82:17].

Le leitmotiv du mémoire présenté par l'Association du Barreau était nettement de réitérer l'importance du principe de la primauté du droit et d'avoir confiance en la capacité de la magistrature de juger adéquatement et avec équité les causes d'agression sexuelle comme toutes autres causes criminelles. Cette confiance en la magistrature et la nécessité de laisser libre cours à la discrétion des juges de procès sont essentielles, selon l'Association du Barreau, si l'on veut s'assurer que les droits de l'accusé soient respectés et qu'il ait l'opportunité de présenter une défense pleine et entière.

L'Association du Barreau canadien a adopté, selon nous<sup>32</sup>, une approche juridique traditionnelle qui ne tenait aucunement compte du vécu et de la perception des femmes victimes d'agression sexuelle, des mythes et des préjugés sexistes véhiculés par le droit et les tribunaux, ni de l'impact de cette violence sur la vie quotidienne de toutes les femmes. La position de l'Association du Barreau face à l'agression sexuelle nous paraît, en fait, nier aux femmes tout droit à l'autonomie sexuelle en leur refusant le droit de distinguer entre une activité sexuelle consensuelle et ce qui ne l'est pas :

Rape is sometimes difficult to differentiate from other sexual activity and is determined not by the complainant, the police officer or the medical examiner, but by the Judge or Jury in the Courtroom. The maintenance of the Judicial System and the fact that society can see justice

---

<sup>32</sup> Snider (1985) offre une interprétation différente du mémoire de l'Association du Barreau canadien. Elle stipule que l'association en question était dans l'ensemble en faveur du Bill C-53 et que leur proposition de réunir les lois sur les agressions sexuelles sous les dispositifs pénaux des voies de fait était en accord avec la position de plusieurs groupes de femmes. Une interprétation avec laquelle nous sommes en désaccord.

appear to be done, is of primary importance. Any reform of current rape law must include within it societal concerns and judicial protection of the accused until he is proven, beyond a reasonable doubt, to be guilty (Canadian Bar Association, 1982:2).

En affirmant qu'il est parfois difficile de différencier un «viol» de toute autre activité sexuelle, l'Association du Barreau canadien se place, à notre avis, du point de vue de l'accusé et endosse les présupposés sexistes traditionnels concernant la sexualité des hommes et des femmes et l'agression sexuelle. Quand reconnaîtra-t-on que lorsqu'une femme manifeste par ses paroles ou son comportement qu'elle ne consent pas volontairement à l'activité sexuelle, ce désaccord devrait être respecté et que s'il ne l'est pas il s'agit bel et bien d'une agression sexuelle?

L'Association du Barreau (1982:11) affirmait également dans son mémoire que l'état d'esprit de l'accusé devait être un élément principal lors de la détermination de la question du consentement et qu'on devrait laisser au juge du procès ou des faits le pouvoir d'exercer son bon sens, et d'analyser la défense d'erreur de fait tenant compte des circonstances entourant le délit reproché. En fait, en réponse à une question soulevée par un membre du Comité de la Justice à savoir si la défense d'erreur de fait devrait être retenue dans un cas où le mari aurait donné à un tiers le consentement d'avoir des rapports sexuels avec son épouse mais que

celle-ci aurait hurlé son refus<sup>33</sup>, Me Brodsky répliquait : «Tout d'abord, s'il le croyait sincèrement et pensait qu'il ne commettait aucune infraction, il ne devrait pas être condamné» (Comité permanent de la Justice, 6 mai 1982, 82:19). Il est clair que l'Association du Barreau canadien considérait que l'accusé, fondé sur le principe du doute raisonnable, devait avoir «toutes» les opportunités de se défendre et de s'innocenter.

Pour ce qui est de leur position face à l'évocation du passé sexuel de la plaignante avec une personne autre que l'accusé, celle-ci était tout aussi explicite. Pourquoi, demandait l'Association du Barreau (1982:20), la promiscuité sexuelle ne mettrait-elle pas en doute la crédibilité? La détermination de la pertinence des questions sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante est dépendante des circonstances de l'affaire et devrait donc être déléguée au juge des faits. Le principe selon lequel une personne est innocente jusqu'à ce qu'elle soit déclarée coupable au delà de tout doute raisonnable est, soulignait-on, la pierre angulaire de la *common law* et devrait être maintenu. Malgré le fait, concluait l'Association du Barreau (1982:23), que le respect de l'intégrité de la plaignante est une préoccupation inhérente aux normes morales de notre temps, cette préoccupation ne devrait pas

---

<sup>33</sup> Voir Stanley (1985:86-93) pour une discussion des effets d'une affaire britannique controversée, *D.P.P. v. Morgan* [1976] A.C. 192, qualifiée par plusieurs comme étant une «Charte des violeurs», où un mari invita trois hommes à avoir des relations sexuelles avec son épouse et leur souligna de ne pas tenir compte du fait que son épouse résiste ou se débâte puisqu'elle trouvait ce genre de situation sexuellement excitante. Les quatre hommes eurent des rapports sexuels de force avec elle et les trois compagnons du mari, poursuivis pour agression sexuelle, alléguèrent la défense de la croyance erronée au consentement. Une telle défense dans ces circonstances est à notre avis inacceptable puisqu'elle accorde aux hommes toute puissance pour définir la situation et accorde plus spécifiquement au mari l'autorité de définir les comportements et les goûts de sa conjointe.

supplanter les principes de la *common law* en regard de la présomption d'innocence.

En somme, il est évident que la réforme proposée en matière d'infractions sexuelles, mais tout particulièrement en ce qui a trait aux règles de preuve régissant l'évocation du passé sexuel de la plaignante, ne recevait pas l'appui de groupes tels que l'Association des avocats criminalistes de l'Ontario, le Metropolitan Board of Commissioners of Police et l'Association du Barreau canadien qui défendaient une position juridique traditionnelle qui a été construite sans tenir compte des perspectives des femmes sur leurs expériences spécifiques en tant que femmes, et dans le contexte qui nous préoccupe du vécu des victimes d'agression sexuelle (Dawson, 1988:333). Ces groupes conçoivent la question du viol comme étant une question d'hommes - en l'occurrence comme potentiels accusés - et c'est de ce point de vue, à notre avis, et en reconduisant tous les préjugés sexistes en ce domaine qu'ils prennent position mais ils articulent leurs arguments à partir du concept de la «neutralité» de la loi et des principes de la *common law*.

En attribuant au système judiciaire, plus précisément à la magistrature, le pouvoir de déterminer la Vérité, ces associations négligent donc de prendre en considération le fait que ce système judiciaire et certains des principes fondamentaux sur lequel il repose, sont issus d'un système social farci de mythes et de préjugés sexistes à l'égard des femmes. Les inégalités systémiques et le traitement discriminatoire qui existent sous l'hégémonie d'un

droit criminel qui a toujours été, selon Osborne (1988), la «quintessence du patriarcat» sont exclus du discours au profit d'une analyse «abstraite» du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière qui présume que ce droit ne peut être respecté si l'on circonscrit l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Ainsi la preuve du comportement sexuel d'une plaignante avec une personne autre que l'accusé était perçue par ces groupes comme étant pertinente à la détermination du consentement, alors que pour la majorité des associations féminines qui se sont prononcées au moment de l'étude du projet de loi C-53, ce genre de preuve ne serait aucunement pertinente au litige et nettement discriminatoire envers les femmes.

#### 4.6 RÉPONSE DU LÉGISLATEUR FÉDÉRAL

Comment le législateur fédéral a-t-il réagi face à ces propositions contradictoires?

Il est en fait très difficile d'évaluer l'impact qu'ont pu avoir ces nombreuses revendications sur les réformes apportées au Code criminel canadien en matière d'infractions sexuelles puisque de multiples facteurs, outre le lobbying des associations qui ont témoigné devant le Comité de la Justice et des questions juridiques, ont pu influencer le législateur fédéral. Entre autres, on peut aisément percevoir que l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés, l'opinion publique, la

couverture des médias de ce projet de réforme ainsi que la nécessité de répondre à des prérogatives d'ordre administratif liées au fonctionnement du système judiciaire pénal ont tous pu à divers degrés influencer la réforme législative pendant la période qui a mené à l'adoption du *projet de loi C-127*<sup>34</sup> en 1982.

Nous ne pouvons donc qu'émettre certaines hypothèses à la lumière des modifications apportées au *projet de loi C-53* par le législateur fédéral et des propos tenus par l'ensemble des intervenants qui ont participé à l'étude du projet de loi et plus particulièrement qui se sont prononcés sur l'article de loi 246.6 limitant l'admissibilité des questions sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne que l'accusé.

Quels ont donc été les changements apportés à l'article 246.6 entre le début de l'étude du projet de loi en avril 1982 et son adoption par la Chambre des communes le 4 août 1982? D'une part, le législateur fédéral modifia l'exception qui prévoyait «qu'on ne puisse poser de questions sur le comportement sexuel du plaignant avec une autre personne que l'accusé à moins qu'elles ne tendent à prouver que l'accusé croyait que le plaignant a consenti à l'activité sexuelle qui est à l'origine de la poursuite», de façon à préciser que lorsque la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que la plaignante avait donné, seule la preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu *en même temps* que ceux qui sont à l'origine de la poursuite serait admissible. On ajouta

---

<sup>34</sup> Nous rappelons ici qu'il s'agit toujours du projet de loi C-53, la numérotation a changé après l'étude de ce projet par le Comité de la Justice et des questions juridiques.

également une autre exception qui permettait l'admissibilité de la preuve de la conduite sexuelle de la plaignante visant à établir l'identité de la personne qui aurait eu avec la plaignante des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation. Enfin, on précisa également qu'aucune preuve de la réputation sexuelle de la plaignante ne serait admissible pour mettre en doute ou soutenir la crédibilité de la plaignante (art. 246.7).

Nous sommes d'avis que malgré qu'on ait effectivement apporté des modifications au premier libellé de la disposition portant sur l'évocation du passé sexuel de la plaignante, le législateur fédéral est demeuré dans l'ensemble sur ses positions énoncées au début de l'étude du *projet de loi C-53* par le Comité de la Justice et des questions juridiques. Le ministre de la Justice avait, en effet, indiqué dès le 22 avril 1982 son intention d'interdire les questions sur la réputation sexuelle de la plaignante et de permettre l'admissibilité en preuve de l'activité sexuelle de la plaignante visant à établir l'identité de l'agresseur. Il avait également avancé qu'il souhaitait admettre la preuve des antécédents sexuels dans les cas où la plaignante aurait eu des activités sexuelles avec deux ou trois personnes mais ne porterait plainte que contre l'une de ces trois personnes, c'est-à-dire la preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu à l'occasion de ceux qui sont à l'origine de la poursuite (Comité permanent de la Justice, 22 avril 1982, 77:32).

Les réformes apportées répondaient néanmoins en partie à certaines revendications des associations féminines,

particulièrement en ce qui avait trait à la nécessité d'intervenir pour que la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante ne puisse être admissible pour mettre en doute la crédibilité de celle-ci. Le législateur, en adoptant les articles 246.6 et 246.7, démontrait également une certaine volonté de protéger les plaignantes en circonscrivant étroitement les possibilités de les soumettre à des interrogatoires humiliants sur leur comportement sexuel avec des tiers. Par contre, l'article 246.6 ne répondait pas entièrement aux revendications de la majorité des associations féminines qui affirmaient que la preuve des antécédents sexuels de la plaignante avec une personne autre que l'accusé n'était aucunement pertinente aux faits en litige dans une cause d'agression sexuelle et que cette preuve pouvait se révéler tellement préjudiciable à la plaignante qu'elle ne devait pas être admise. Les associations féminines auraient donc souhaité voir adopter une règle absolue d'exclusion du passé sexuel des plaignantes avec des tiers plutôt que de laisser la question à la discrétion des juges à qui on donnait le pouvoir d'admettre la preuve des antécédents sexuels lorsqu'elle pouvait se justifier en vertu des trois exceptions prévues.

En fait à la lumière de la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de l'article 142 en 1976, certaines féministes (Sheehy 1989, Dawson 1988) ont argué que l'article 276<sup>35</sup> a accru les privilèges dont bénéficiait l'accusé sous la *common law*

---

<sup>35</sup> Nous rappelons que les articles 246.6 et 246.7 furent renumérotés 276 et 277 lors de la Refonte de 1985.

puisqu'il lui serait dorénavant possible d'interroger et de contre-interroger la plaignante selon les trois exceptions prévues à cet article sans égard à la pertinence de la preuve ou sans que le juge puisse faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour interdire cet interrogatoire<sup>36</sup>. Rappelons-nous que sous la *common law* l'admissibilité d'une preuve portant sur la conduite sexuelle de la plaignante avec des personnes autres que l'accusé était laissée à la discrétion du juge et qu'on ne pouvait établir la preuve de la moralité de la victime à partir d'actes précis d'activité sexuelle. Dans la mesure où l'article 276 se rapporte seulement à une preuve concernant le comportement sexuel de la plaignante avec des tiers, cet article accroît, du moins en théorie<sup>37</sup>, les droits conférés à l'accusé sous la *common law*.

D'autre part, la modification intégrée à l'article 276 qui permettait la preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de la poursuite lorsque la preuve porte sur le consentement était peut-être acceptable aux yeux du CCCSF mais elle ne l'était certainement pas pour l'ensemble des associations féminines. Admettre ce genre de preuve signifie qu'on endosse l'idée que parce qu'une femme a eu une activité

---

<sup>36</sup> Le paragraphe (3) de l'article 276 stipule qu'aucune preuve n'est admissible à moins que le juge, après tenue d'une audition à huis clos en l'absence du jury et lors de laquelle le plaignant n'est pas un témoin contraignable, ne soit convaincu que les exigences énumérées à cet article ont été respectées. La marge de manoeuvre est donc très étroite puisque le juge ne peut que déterminer si les exigences énumérées par l'article 276 ont été respectées, soit à savoir si les questions que la défense désire poser à la plaignante tombent sous l'effet des trois exceptions prévues.

<sup>37</sup> Il a été démontré qu'en pratique, sous la *common law*, les juges n'exerçaient que très rarement leur pouvoir discrétionnaire de limiter les interrogatoires humiliants des plaignantes.

sexuelle avec une personne ou plus, il va de soi qu'un homme témoin ou au courant de cette activité sexuelle puisse former sa propre opinion sur le consentement de cette dernière à avoir des relations sexuelles avec lui sans même la consulter. Cette exception ne peut se justifier que si l'on endosse les mythes et les stéréotypes concernant la moralité et la sexualité des femmes et que par l'acceptation d'une définition manifestement masculine des critères acceptables pour déterminer le consentement. Ce point de vue masculin, inacceptable aux yeux des organismes féminins, était et est malheureusement toujours répandu comme en témoignent les propos sexistes tenus par le ministre de la Justice de l'époque Jean Chrétien et certains membres du Comité permanent de la Justice qui ont étudié le projet de réforme et dont nous avons déjà discutés.

Malgré le discours officiel tenu à l'effet que la réforme avait pour but de réparer le tort causé aux victimes d'agression sexuelle, d'équilibrer les droits des accusés et ceux des plaignantes, d'éliminer la discrimination sexuelle et de protéger l'intégrité de la personne, les modifications apportées en matière d'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes ne répondaient qu'en partie à ces objectifs et ne faisaient donc pas l'unanimité au sein des groupes féministes. En outre, plusieurs féministes craignaient que la constitutionnalité de ces articles puisse être contestée en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés et également s'inquiétaient de la possibilité que l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire en matière de

recevabilité de ce genre de preuve ne favoriserait pas la réalisation des objectifs du législateur fédéral.

Il faut souligner que dans leur campagne pour obtenir des réformes législatives et juridiques, certains groupes de femmes avaient dû dévier de leur logique particulière de façon à plier celle-ci à la logique propre au pénal. Puisqu'il s'agit d'un appareil d'État qui à travers l'histoire s'est appuyé sur les concepts de primauté du droit et du respect des droits individuels, c'est en se laissant guider par ces concepts que certaines revendications féministes ont été formulées<sup>38</sup> (Los, 1990:165). Il restait donc, aux yeux de plusieurs femmes, encore beaucoup à faire avant que le droit protège et reconnaisse véritablement le droit des femmes à l'autonomie sexuelle. Néanmoins, puisqu'«un peu est préférable au rien» l'article 276 a été célébré comme étant un pas en avant et fut perçu comme un élément essentiel à la lutte juridique pour mettre fin à la subordination des femmes.

La nouvelle loi apportait cependant de nombreux changements à d'autres aspects du droit telles une redéfinition du viol par une définition tripartite d'agression sexuelle assortie d'un échelonnement des peines, l'abolition de l'impunité des époux, la

---

<sup>38</sup> Le débat touchant l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes, nous le verrons dans l'analyse de la jurisprudence, en est ainsi venu à opposer deux types de droit : le droit des femmes à la sécurité de leur personne et à l'égalité de bénéfice et de protection de la loi aux droits des accusés à une défense pleine et entière et à un procès équitable. Nous croyons qu'il s'agit là en grande partie d'une fausse opposition et qu'il est possible de soutenir à la fois le principe de la défense pleine et entière des accusés et l'idée de la non-pertinence juridique et sociale de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Étant limité par les objectifs et la portée de ce travail, nous ne pouvons analyser de façon approfondie la construction de cette opposition et les enjeux autour de cette question mais nous croyons qu'il s'agit d'un angle intéressant du débat qui devrait être développé dans des recherches ultérieures.

non-exigibilité de la corroboration et l'abolition des règles relatives à la plainte spontanée. Des modifications au droit criminel qui, dans l'ensemble, nous nous devons de le souligner, représentaient une victoire néanmoins importante pour les groupes de femmes.

Quant aux associations qui exigeaient qu'on laisse libre cours à l'évolution des décisions judiciaires et qu'on ne limite pas le pouvoir discrétionnaire des juges du procès de déterminer la pertinence de la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante, il est évident qu'elles n'ont pas eu gain de cause auprès du législateur fédéral. Cependant, la partie n'était pas totalement perdue puisque lorsqu'il est question de règles de preuve, «[...] la pratique et la jurisprudence sont plus déterminants qu'un texte législatif positif» (Boyle et coll., 1985:83). En effet, comme le craignaient les groupes féministes à l'époque, la question de la validité constitutionnelle des articles 276 et 277 fut soulevée devant les tribunaux canadiens dès leur entrée en vigueur.

Nous nous tournons donc maintenant vers une analyse de la jurisprudence entourant les articles 276 et 277 limitant l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel de la plaignante avec une personne autre que l'accusé qui démontrera à quel point l'interprétation des tribunaux de ces dispositions peut être déterminante et avoir un impact important sur les droits des femmes.

**CHAPITRE V**

**LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 276 ET 277**

**JURISPRUDENCE CANADIENNE**

La réforme du Code criminel en matière d'infractions sexuelles de 1983, sur le plan formel et symbolique, modifia et réorganisa la structure du droit criminel dans ce domaine. La question que nous allons maintenant étudier a trait aux effets pratiques de cette réforme puisque - l'histoire des réformes juridiques en matière du droit à l'égalité pour les femmes l'a clairement démontré - une reconnaissance législative dans la forme de la loi peut être une raison pour les femmes de célébrer mais la victoire ne sera concrétisée qu'à la lumière de l'impact qu'aura cette réforme sur la pratique des tribunaux et autres organismes légaux ou sociaux qui interviennent auprès des victimes d'agression sexuelle. Nous ne pouvons évidemment donner ici une vue générale de l'impact de cette réforme<sup>39</sup> dont l'objectif global était d'atteindre une plus grande justice pour les victimes mais nous allons examiner attentivement l'implantation de l'article 276 et le cas échéant de l'article 277 limitant l'admissibilité des antécédents sexuels de la plaignante en analysant l'interprétation donnée à ces dispositions par les tribunaux.

Il est important de se rappeler que les changements apportés par cette réforme sont entrés en vigueur en janvier 1983 dans un contexte socio-politique bien précis marqué, entre autres, par l'inclusion en 1982 de la Charte canadienne des droits et libertés

---

<sup>39</sup> Voir, entre autres, Baril, Bettez et Viau (1988); CS\RESORS Consulting Ltd. (1988); Ministère de la Justice (1990); Roberts et Pires (1992).

dans la Constitution canadienne. Comme l'ont démontré les discours tenus durant les débats entourant cette réforme, la conformité constitutionnelle du texte législatif était au coeur des préoccupations du législateur. Il est clair que celui-ci voulait s'assurer que le libellé des articles 276 et 277 respecte les droits et libertés garantis par la *Charte* en particulier le droit de l'accusé à une défense juste et équitable.

Néanmoins, partout au Canada, la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277 a été soulevée devant les tribunaux. Étant donné que ces articles limitaient le genre de preuve que l'accusé pouvait présenter, on a soutenu que ces articles, particulièrement l'article 276, portaient atteinte au droit à une défense pleine et entière et aux principes de justice fondamentale garantis par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte*. Notre analyse portera sur la jurisprudence canadienne publiée entre 1983 et 1991 alors que les tribunaux ont pris position face à la constitutionnalité de l'article 276 et|ou 277 et sera suivie d'une réflexion sur les principes, les perspectives et les intérêts avancés par ce discours du droit.

Notre démarche comprend cinq volets importants et étroitement liés. Dans un premier temps, nous allons présenter le cadre analytique privilégiée par les tribunaux dans leur détermination de la constitutionnalité d'une règle de droit. La *Charte* a fait des tribunaux les gardiens des droits et libertés; elle leur a donné le pouvoir de déclarer inopérante toute législation qui contrevient à l'ordre constitutionnel. Cependant, le libellé de la *Charte* est

si large et vague qu'il ne donne que très peu d'indications aux juges sur la façon d'évaluer une contestation de la constitutionnalité d'une règle de droit. La *Charte* fait donc appel de façon importante au rôle créateur de l'interprète (Côté 1990, Gosselin 1991). Cette constatation suscita de nombreuses critiques à l'effet que les tribunaux sous la *Charte* ont une trop grande discrétion ce qui peut leur permettre de laisser cours à leurs valeurs personnelles et d'imposer, dans une certaine mesure, leur vision de l'ordre constitutionnel.

Afin de contrer ce reproche, la Cour suprême a donc développé certains critères qui doivent être rencontrés pour qu'une limite imposée par une mesure législative à un droit ou une liberté garanti par la *Charte* puisse être jugée constitutionnelle. Nous allons donc discuter de ce cadre méthodologique tout en tentant de démontrer que cette méthode d'interprétation, construite par la Cour, donne au choix de l'interprète un point de référence extérieur et en vient à occulter le rôle créateur du juge dans les décisions rendues en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés (Gosselin, 1991).

Cette occultation du pouvoir discrétionnaire des tribunaux deviendra plus évidente dans le deuxième volet de notre analyse où nous faisons un bilan de la jurisprudence soulevant la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277. Nous souhaitons ici démystifier le processus d'interprétation utilisé par les tribunaux et soulever un questionnement face aux concepts de «neutralité» et d'«objectivité» présumés caractériser l'exercice du pouvoir

judiciaire dans une société libérale. Nous mettons en cause le «halo de vérité immanent et intangible» qui drapé toute décision de la Cour suprême du Canada en démontrant que la dynamique de l'interprétation judiciaire n'est pas une simple démarche mécanique et que «le processus d'interprétation constitutionnelle est, au contraire, souvent tributaire de la volonté et de la discrétion de l'interprète» (Gosselin, 1991:236).

Nous allons poursuivre cette démonstration par une revue des méthodes d'interprétation et des arguments utilisés par les juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Seaboyer-Gayme*<sup>40</sup> où il fut décidé le 22 août 1991 que l'article 276 était inconstitutionnel parce qu'il allait à l'encontre des droits protégés par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la Charte canadienne des droits et libertés. Nous allons voir dans ce troisième volet comment l'application du cadre analytique choisi permet aux juges de n'aborder que certains aspects des intérêts en jeu et d'effectuer une analyse «abstraite» qui transforme les enjeux fondamentaux en question de principes qu'on applique à des cas hypothétiques qui reconduisent les mythes et les préjugés concernant la plaignante et l'agression sexuelle.

Nous allons montrer que malgré une certaine ouverture à des éléments de preuve sociologiques concernant la problématique de l'agression sexuelle et une reconnaissance de la Cour du fait que les règles de preuve sous la common law reposaient sur des mythes et préjugés sexistes qui étaient préjudiciables à la plaignante,

---

<sup>40</sup> *R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577

les juges de la majorité n'ont pas été en mesure de poursuivre ce raisonnement et sont fondamentalement demeurés silencieux sur la question du droit à l'égalité pour les femmes, un droit que les dispositions sur l'inadmissibilité en preuve des antécédents sexuels de la plaignante avaient pour objet de protéger (Bouchard, 1992:126). La Cour suprême et certains des tribunaux des provinces canadiennes ont en effet négligé l'approche contextuelle au profit d'une approche finaliste associée au légalisme libéral et ont ainsi adopté une perspective individualiste dans l'analyse des enjeux et dans leurs décisions sur la constitutionnalité des articles 276 et 277.

Les tribunaux ont fait des choix et ont en fait procédé, consciemment ou non, à une hiérarchisation des valeurs dans leur analyse de la constitutionnalité de ces articles. En adoptant une approche interprétative teintée par le libéralisme classique, les juges ont mis l'accent sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* mais ils ont, en grande partie, ignoré la réalité sociale des femmes face aux délits d'agression sexuelle. Pourtant, nous le rappelons, la Cour suprême s'était donnée dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989]<sup>41</sup> les outils nécessaires à une analyse de l'effet discriminatoire des règles de preuve régissant l'admissibilité de la conduite sexuelle de la plaignante qui aurait pu amener la Cour à reconnaître la discrimination sexuelle en ce domaine du droit et l'atteinte au droit des femmes

---

<sup>41</sup> Voir notre référence à cet arrêt à la page 20.

à la même protection et au même bénéfice de la loi que tout autre citoyen.

C'est en fait une chose d'avoir les outils conceptuels nécessaires à l'analyse de la situation concrète des femmes mais cela en est une autre de les mettre en pratique selon une optique féministe (Bouchard 1992). Dans le quatrième volet de notre analyse, nous allons donc opposer au caractère individualiste de l'interprétation dont ont fait l'objet les articles 276 et 277, l'approche contextuelle, privilégiée par plusieurs auteures féministes et sur laquelle s'est appuyée la juge L'Heureux-Dubé qui a rédigé l'opinion dissidente dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*. Cette approche respecte davantage l'intention du législateur et les intérêts des femmes puisqu'elle reconnaît et prend en considération dans son analyse le contexte politique, social et historique dans lequel s'insèrent les dispositions contestées, contrairement à l'approche des juges de la majorité qui prétendent s'appuyer sur des principes «neutres et objectifs» mais qui ne reconnaissent pas l'influence du contexte patriarcal sur la formulation et l'application de ces principes.

Nous allons démontrer que le résultat aurait effectivement été fort différent si l'on avait considéré les mesures limitant l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes comme une reconnaissance du droit des femmes à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi. Nous déplorons en fait l'incapacité des tribunaux à faire un lien entre les relations de pouvoir entre les sexes et la conception de la sexualité des hommes et des femmes

véhiculée par les règles de preuve en matière d'admissibilité du comportement sexuel de la plaignante et suggérons une approche qui tienne compte du vécu, de la perspective et des intérêts des femmes en tant que classe potentielle de plaignantes.

Nous allons montrer que les articles 7, 15 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés qui garantissent le droit à la sécurité de sa personne, à la protection et au même bénéfice de la loi pour tous, auraient pu appuyer la thèse de la validité constitutionnelle des articles 276 et 277. Cette méthode respecte davantage, selon nous, l'intention du législateur et permet, au moment de l'interprétation de la violation d'une disposition de la Charte, de soupeser les intérêts de toutes les parties en cause soit, en matière criminelle, l'accusé, l'État et dans le cas présent les femmes victimes d'agression sexuelle (Houle, 1992:184-185).

Enfin, avant de conclure notre recherche, nous vous présentons les grandes lignes de la Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle) [Projet de loi C-49], entrée en vigueur le 15 août 1992, qui, suite à l'arrêt *R. c. Seaboyer* [1991] et aux revendications féministes face à ce jugement, apporte à nouveau des modifications au droit criminel en matière d'agressions sexuelles.

## 5.1 LE CADRE ANALYTIQUE ADOPTÉ PAR LA COUR SUPREME DU CANADA

La constitution du Canada comprend depuis 1982 une Charte des droits et libertés qui s'impose aux parlements et limite l'exercice de leur souveraineté. L'article 52 (1)<sup>42</sup> de la Loi constitutionnelle de 1982, en effet, donne à une cour compétente le pouvoir d'évaluer la constitutionnalité d'une disposition législative et lui confère l'obligation de déclarer «inopérantes» les mesures législatives adoptées par les représentants élus de la population qu'elle considère incompatibles avec la Charte canadienne des droits et libertés<sup>43</sup>.

Certains auteurs, entre autres Bayefsky (1987), arguent que l'enchâssement de la *Charte* dans la constitution traduit non seulement l'aspiration de protéger les droits et libertés de la personne en donnant aux tribunaux le pouvoir de contrôler l'exercice des pouvoirs législatifs mais également traduit l'aspiration de préserver le principe de la souveraineté parlementaire. Lors de l'examen de la constitutionnalité d'une loi, les tribunaux devront, selon Bayefsky, légitimer leur pouvoir de contrôle en recherchant et en trouvant avant tout un appui au sein de la population. La réalisation de l'idéal démocratique serait

---

<sup>42</sup> 52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

<sup>43</sup> L'article 33 de la *Charte*, par contre, donne un pouvoir limité au Parlement et aux législatures provinciales d'adopter une loi qui pourrait entrer en conflit avec la *Charte*. Le législateur doit déclarer clairement dans le contenu de la loi que celle-ci est adoptée «nonobstant» les articles pertinents de la *Charte*. Certains voient dans cette clause une assurance du maintien de la souveraineté parlementaire tout en reconnaissant les responsabilités et les conséquences politiques d'en faire usage.

ainsi assurée puisque les décisions judiciaires en matière constitutionnelle traduiraient la volonté souveraine des constituants (Gosselin, 1991:180-181).

A cette théorie «idéaliste» du contrôle judiciaire sous le régime de la *Charte* s'oppose une théorie plus critique qui émet des doutes quant à la capacité des tribunaux de se faire les défenseurs des intérêts des personnes économiquement et socialement défavorisées (Gosselin, 1991:189-190; Hutchinson et Petter, 1988; Mackay, 1986; Mandel, 1989; Petter, 1986). Tel que l'a démontré Gosselin (1991:257), la dynamique du processus d'interprétation judiciaire est tributaire de la volonté et de la discrétion du juge de procès guidé dans ses choix par ses propres valeurs et par le rôle qu'il choisit de faire jouer au pouvoir judiciaire et ne peut être attribuée à la seule volonté des constituants. D'autant plus que le libellé de la *Charte*, formulé en termes larges et généraux, ne donne que peu d'indications aux tribunaux sur la façon d'aborder une contestation de la constitutionnalité d'une règle de droit. Cette théorie reproche donc à la *Charte* de laisser une trop grande discrétion aux tribunaux, une institution reconnue comme étant traditionnellement conservatrice, ce qui permettrait aux juges d'imposer leur propre vision de l'ordre constitutionnel et favoriserait le maintien du statu quo plutôt que de déboucher sur une intervention visant à combattre les vraies inégalités et injustices sociales par la reconnaissance de l'importance particulière des mesures gouvernementales propres à promouvoir

l'égalité sociale (Mackay, 1986; Mandel, 1989; Hutchinson et Petter, 1988).

L'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés et son enchâssement dans la constitution a ainsi soulevé un débat important concernant la légitimité du contrôle judiciaire et la capacité des tribunaux de se faire les promoteurs des droits et libertés des minorités et des groupes défavorisés. C'est dans ce contexte particulier qu'il faut situer l'analyse de l'exercice du pouvoir judiciaire en matière de détermination de la constitutionnalité d'une règle de droit, particulièrement, à nos fins, des articles 276 et 277 du Code criminel canadien. Nous allons donc, dans un premier temps, voir comment les tribunaux ont abordé leur rôle de gardiens des droits et libertés; plus précisément comment ils ont choisi d'analyser une contestation de la constitutionnalité d'une loi sous le régime de la *Charte*.

La jurisprudence dans ce domaine montre clairement que les tribunaux ont conçu leur rôle sous la Loi constitutionnelle de 1982 différemment de celui qui leur était conféré par le passé alors que les contestations de la constitutionnalité des lois étaient fondées surtout sur le partage des pouvoirs prévu aux articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ainsi dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*, où la Cour suprême du Canada fut saisie pour la première fois d'une question portant sur l'une des libertés fondamentales

garanties par l'article 2 de la *Charte*<sup>44</sup>, le juge Dickson, pour la majorité, souligna que sous la Loi constitutionnelle de 1982 la Cour devait aborder à la fois les questions fondamentales que soulèvent les droits et libertés individuels et les questions entourant l'exercice des pouvoirs législatifs (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 301). Il était également clair pour la Cour que l'enchâssement des libertés individuelles dans la Charte canadienne des droits et libertés les obligeait à changer de méthode analytique. L'approche adoptée sous la Déclaration canadienne des droits, selon la Cour suprême, n'était plus d'aucune utilité puisque celle-ci ne contenait pas de disposition équivalente à l'article premier de la *Charte* qui dispose :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

L'article premier stipule qu'aucun droit n'est absolu et énonce certaines conditions qui doivent être rencontrées pour qu'une règle de droit imposant une restriction à un droit ou une liberté garanti par la *Charte* puisse être sauvegardée. Cet article exige de la Cour en fait qu'elle se livre à une évaluation des différents intérêts en jeu et qu'elle se prononce sur les droits et les valeurs qui

---

<sup>44</sup> Dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour suprême devait déterminer si la Loi sur le dimanche, plus précisément l'article 4 de cette loi, empiétait sur la liberté de conscience et de religion protégée par l'alinéa 2 (a) de la Charte canadienne des droits et libertés. La Cour déclara la Loi sur le dimanche inopérante en vertu du par. 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

devraient avoir priorité dans une société libre et démocratique (Gosselin, 1991:244). Toutefois, cet article ne donne pas d'indications précises au tribunal sur la façon d'évaluer l'action législative des parlements.

La Cour suprême faisait donc face à d'importantes difficultés. D'une part, l'article 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982 lui confère l'obligation de déclarer «inopérantes» les dispositions de toute règle de droit incompatibles avec la *Charte*. D'autre part, l'article premier lui permet de sauvegarder une disposition enfreignant cette même *Charte*. Le juge Kerans de la Cour d'appel de l'Ontario (1988) définit bien le problème que pose l'application de la *Charte* pour les tribunaux :

The very existence of s. 1 poses a paradox. It commands the courts to limit the rights they are commanded by s. 24 and s. 52 to enforce. The resolution of the paradox is that the Charter does not enumerate all the values cherished in our society, and expects the courts - when s. 1 is invoked - to find and express other values, values not expressed in the Charter yet so fundamental that they justify limits on the enumerated rights.

Les concepts de «limites raisonnables» et de «société libre et démocratique» qu'impose l'article premier de la *Charte* sont effectivement indéterminés et susceptibles de revêtir une diversité d'acceptions (Gosselin, 1991:86). En conséquence, ces concepts laissent une grande place à la discrétion des juges ce qui suscite, comme nous l'avons mentionné, de nombreuses critiques. La Cour devait ainsi également prendre en considération tout un courant critique qui soulevait des doutes quant à la façon dont les juges allaient s'acquitter de leur rôle de gardiens des droits et

libertés et qui mettait en cause la légitimité du contrôle qu'ils allaient exercer sous le régime de la *Charte*.

Afin de parer à ces difficultés et à ces critiques, la Cour suprême a ébauché, au fil des causes contestant la constitutionnalité d'une mesure législative, un cadre analytique énonçant la façon de déterminer s'il y a une violation des droits et libertés garantis par la *Charte* et formulant certains critères à être rencontrés pour qu'une mesure qui enfreint la *Charte* puisse néanmoins être sauvegardée en vertu de l'article premier<sup>45</sup>. Ce cadre analytique comprend donc deux volets : 1) la détermination de l'objet et de l'effet de la mesure législative contestée et sa confrontation à l'objet du droit ou de la liberté protégé par la *Charte* et, si le tribunal conclut qu'il y a violation, 2) la pondération des intérêts et des droits et libertés en cause afin de déterminer si cette violation est une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

---

<sup>45</sup> Il est important de souligner que nous vous présentons ici l'approche méthodologique privilegiée par la Cour suprême du Canada. Le test proposé par cette approche, ébauché à même la jurisprudence, n'avait pas la prétention d'être exhaustif contrairement à ce qui est souvent présumé. Il n'en demeure pas moins que c'est l'approche qui a été retenue par la Cour suprême dans la majorité des causes où la question de la constitutionnalité d'une règle de droit en vertu de la *Charte* a été soulevée. Voir, d'autre part, le test développé dans l'affaire *R. c. Therens* [1985] 1 S.C.R. 613, qui requiert que la règle de droit contestée offre un «standard intelligible» pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge des faits.

### 5.1.1 L'EXAMEN DE L'OBJET ET DE L'EFFET DE LA LOI CONTESTÉE

Ce premier volet de l'analyse d'une contestation de la constitutionnalité d'une mesure législative, énoncé dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, suggère qu'en premier lieu le tribunal doit déterminer si l'objet de la loi est valable (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295). L'analyse de l'objet d'une loi, soulignait le juge en chef Dickson, est fonction de l'intention et des objectifs poursuivis par le législateur lors de l'adoption de la disposition contestée et vise à assurer leur compatibilité avec les droits et libertés garantis par la *Charte*. Si l'objet de la règle de droit en cause est jugé inconstitutionnel parce qu'il nie totalement un droit garanti par la *Charte*, l'invalidité de cette disposition est dès lors prouvée (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331)<sup>46</sup>. Cependant, lorsque la mesure législative examinée satisfait au critère de l'objet, les effets de la mesure doivent alors être pris en considération afin de déterminer si dans son application cette disposition enfreint les garanties enchâssées dans la *Charte*<sup>47</sup>. Le juge Dickson résumait ainsi la position adoptée par la Cour suprême :

---

<sup>46</sup> Un exemple hypothétique d'un objet inconstitutionnel, cité par la Cour, réfère à une mesure législative qui aurait comme objet d'imposer les croyances d'une religion d'État ce qui serait en conflit direct avec l'al. 2 (a) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion.

<sup>47</sup> On réfère également à cette approche analytique sous le nom de «méthode finaliste» (Houle, 1992) ou encore de «méthode téléologique» (Côté, 1990). Cette dernière met l'accent sur l'intention du législateur mais sous le régime de la *Charte* il a été déterminé que les effets réels d'une loi devaient également être considérés.

A mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331).

Bref, le premier volet de l'analyse vise à déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Le tribunal s'intéresse d'abord à l'objet de la loi contestée et subsidiairement à ses effets qui ne peuvent être invoqués que pour invalider une loi qui a un objet valable<sup>48</sup>. Lorsqu'il est établi qu'une mesure législative viole la Charte canadienne des droits et libertés, le tribunal doit, selon l'avis de la Cour suprême du Canada, se livrer dans un second moment à un examen de cette mesure en vertu de l'article premier afin de décider si elle peut néanmoins être sauvegardée. C'est le second volet de l'analyse d'une contestation de la constitutionnalité d'une loi.

---

<sup>48</sup> La juge Wilson, dissidente en partie dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*, estime que la *Charte* est d'abord et avant tout un document axé sur les effets. Elle proposait donc un autre modèle interprétatif qui ferait porter l'analyse en premier lieu sur l'effet de la loi contestée. L'évaluation de l'objet ne serait exigée qu'à l'étape de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### 5.1.2 L'EXAMEN D'UNE VIOLATION D'UN DROIT EN VERTU DE L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTRE - LE TEST OAKES

Le second volet de l'analyse consiste donc à vérifier si une règle de droit qui contrevient à une disposition de la *Charte* peut tout de même être déclarée constitutionnelle pour le motif qu'elle constitue une limite raisonnable dont on peut démontrer le bien-fondé dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier. Le cadre analytique que privilégie ici la Cour suprême a été en grande partie<sup>49</sup> développé dans l'affaire *Oakes* où il a été décidé qu'une mesure législative qui restreint ou viole un droit ou une liberté garanti par la *Charte* peut être sauvegardée si elle satisfait à deux critères fondamentaux (*R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103)<sup>50</sup>.

En premier lieu, l'objectif visé par la mesure contestée doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garanti par la Constitution» et doit à tout le moins, selon le juge Dickson, se rapporter «à des préoccupations

---

<sup>49</sup> Dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson avait déjà énoncé brièvement les grandes lignes d'une enquête fondée sur l'article premier mais c'est dans l'affaire *Oakes* qu'il approfondit son raisonnement et définit de façon détaillée les critères auxquels devra satisfaire une requête en vertu de l'article premier de la *Charte*.

<sup>50</sup> Cette affaire souleva la question de la constitutionnalité de l'article 8 de la Loi sur les stupéfiants obligeant l'accusé à prouver qu'il n'était pas coupable de trafic une fois établie qu'il était en possession d'un stupéfiant, au motif que cette disposition inversait le fardeau de la preuve et violait le principe de la présomption d'innocence garanti par l'al. 11 (d) de la *Charte*. La Cour suprême entérina une décision de la cour d'appel de l'Ontario à l'effet que cet article était incompatible avec l'al. 11 (d) de la *Charte* et, par conséquent, inopérant.

sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» (R. c. *Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103, pp. 105-106)<sup>51</sup>.

En deuxième lieu, lorsqu'il est établi que l'objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier<sup>52</sup> doit démontrer que les moyens choisis pour promouvoir cet objectif sont raisonnables selon un «critère de proportionnalité» qui comporte trois éléments et requiert, dans chaque cas, que le juge des faits soupèse les intérêts de la société et ceux de particuliers ou de groupes selon les circonstances (R. c. *Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103, pp. 139-140).

Le premier élément exige que les mesures prises soient équitables et qu'il y ait un lien rationnel entre celles-ci et l'objectif qu'elles sont destinées servir. Le deuxième soutient que les mesures doivent «être de nature à porter le moins atteinte au droit ou à la liberté» en cause. Le troisième élément, de son côté, maintient qu'il doit y avoir proportionnalité entre les effets de ces mesures restrictives et l'objectif qu'elles poursuivent. Autrement dit, «[p]lus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit

---

<sup>51</sup> Il faut noter que certains juges considèrent que le critère du caractère «urgent et réel» de l'objectif est trop strict pour s'appliquer dans tous les cas. Voir l'opinion dissidente dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 184 où le juge McIntyre propose un critère moins sévère, celui de la «réalisation d'un objectif social souhaitable».

<sup>52</sup> Dans une requête en vertu de l'article premier, le fardeau de la preuve repose sur l'État puisque l'art. 32 (1) de la Charte prévoit que celle-ci ne s'applique qu'aux autorités gouvernementales fédérales, provinciales et territoriales. La norme de preuve appliquée est la même qu'en matière civile, à savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. Pour une analyse de l'application de la Charte et de la signification du mot «gouvernement» à l'article 32 voir Tassé (1988) et Dussault (1988).

raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» (R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103, p. 140). A cet effet, le juge Dickson proposait que l'évaluation de la gravité des effets tienne compte «[...] de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique» (R. c. Oakes [1986] 1 R.C.S. 103, pp. 139-140).

En somme, l'approche méthodologique privilégiée par la Cour suprême dans les causes contestant la constitutionnalité d'une règle de droit consiste à déterminer dans un premier moment s'il y a atteinte à un droit ou une liberté protégé par la *Charte*; si le tribunal détermine qu'il y a effectivement violation, il vérifie, en fait, dans un second temps, «si la fin justifie les moyens» (Gosselin, 1991:102). Advenant une réponse affirmative, la mesure contestée peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Dans la négative, l'article 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982 donne au tribunal la latitude de prononcer l'invalidité de l'ensemble de la règle de droit qui entre en conflit avec la *Charte*, ou encore de ne déclarer inopérante qu'une partie du texte de la règle en question<sup>53</sup>.

C'est donc cette approche méthodologique où le concept de «limite raisonnable», prévu à l'article premier, «[...] est devenu une règle de proportionnalité et où celui de justification dans le

---

<sup>53</sup> Jusqu'en 1990, selon Greschner (1990:3), la Cour suprême du Canada n'avait déclaré inopérante l'ensemble d'une loi que dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.*.

cadre d'une «société libre et démocratique» se retrouve sous le couvert de l'importance et de l'urgence d'un objectif législatif [...]» (Gosselin, 1991:87), qui a été appliquée dans les causes où le ministère public a invoqué l'article premier pour affirmer la constitutionnalité des articles 276 et 277 du Code criminel limitant l'évocation du comportement sexuel de la plaignante lors des procès pour agression sexuelle. Avant d'aborder l'analyse de cette jurisprudence, il nous paraît important de mentionner certaines critiques qui ont été adressées à cette démarche analytique qu'il va sans dire, suit nettement l'orthodoxie de l'approche légaliste libérale.

En premier lieu, il est clair que l'approche méthodologique privilégiée par la Cour suprême laisse une marge de manoeuvre importante au juge du procès. Le premier volet de cette méthode d'interprétation permet aux juges dans leur évaluation de l'intention du législateur de mettre l'accent sur un aspect particulier de la loi contestée<sup>2</sup> ou encore, dans un second moment, de faire porter l'examen sur certains effets spécifiques de cette disposition plutôt que d'autres. Les décisions prises à cette étape sont déterminantes puisque l'angle sous lequel la mesure législative sera envisagée se répercutera ultimement lors de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte*. Un des dangers à cette étape de l'analyse qui met l'accent sur la détermination d'une atteinte à un droit ou une liberté garanti par la *Charte*, est que l'optique de l'analyse ne soit centrée que sur les effets possibles de la loi contestée touchant cette disposition

précise de la *Charte* et qu'on ne considère ainsi que les intérêts d'une partie alors qu'en droit criminel l'État, l'accusé et la victime sont en cause (Houle, 1992:184).

D'autre part, la Cour suprême a décrété que sous la Loi constitutionnelle de 1982 tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, a qualité pour contester la constitutionnalité d'une disposition législative indépendamment de l'effet particulier que cette disposition peut avoir sur lui (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 313). Cela peut ainsi permettre à un tribunal de parfois porter des jugements basés principalement sur l'application possible d'un article de loi indépendamment de son application concrète dans le cas en espèce ce qui peut dans certaines circonstances résulter en une occultation du contexte factuel.

Cette approche est, à notre avis, particulièrement défavorable aux revendications féministes en matière de droit pénal qui exigent qu'on examine l'impact des mythes et des croyances discriminatoires sur la formulation et l'application des lois liées aux infractions d'ordre sexuel et qu'on tienne compte également du contexte politique, social et historique dans l'analyse d'une question constitutionnelle.

En deuxième lieu, le second volet du cadre analytique, créé autour de l'article premier de la *Charte*, a transformé le libellé imprécis de cet article en un test en deux temps qui donne au processus d'interprétation judiciaire une apparence d'objectivité et de neutralité en masquant le rôle important des choix effectués

par l'interprète à chaque étape de ce test. Un examen attentif du test construit par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes* démontre, en fait, que les standards sur lesquels s'appuient le tribunal dans une analyse en vertu de l'article premier soulèvent des questions d'opinion et peut donner lieu à des interprétations diverses. D'une part, la cour doit décider en premier lieu de l'importance de l'objectif législatif ce qui «[...] est souvent une question de choix de valeurs à privilégier plutôt qu'une question de preuve [...]» (Gosselin, 1991:88) à laquelle doit satisfaire la partie qui demande le maintien d'une restriction à un droit ou une liberté protégé par la *Charte*.

Cette première étape du test *Oakes* soulève certaines critiques puisqu'en déclarant qu'un objectif législatif se rapporte ou non à des «préoccupations sociales urgentes et réelles», le tribunal porte en quelque sorte un jugement sur la justesse d'une règle de droit qui «en principe» avait été adoptée pour prévenir ou régler certains problèmes sociaux que le législateur croyait suffisamment importants pour nécessiter son intervention (Gosselin, 1991:90). Il est cependant rare qu'une mesure législative échoue à cette première étape du test *Oakes*. Il est plus probable, selon la jurisprudence canadienne en ce domaine, qu'elle échoue à la deuxième étape de l'analyse qui vise à déterminer si les moyens choisis pour réaliser l'objectif poursuivi répondent au «critère de proportionnalité» établi par la Cour. Cette étape est effectivement difficile à franchir puisqu'elle exige que la partie demanderesse puisse démontrer que la violation de la *Charte*, qu'on souhaite

sauvegarder en vertu de l'article premier, satisfait aux trois éléments qui composent ce «critère de proportionnalité».

Le premier élément qui exige la démonstration d'un lien rationnel entre l'objectif législatif et les moyens utilisés, à première vue d'une logique implacable, donne en fait une latitude importante au juge qui examine la mesure législative contestée. Le concept d'un «lien rationnel» est effectivement imprécis et peut revêtir diverses acceptions. Le deuxième élément de «l'atteinte minimale au droit protégé par la *Charte*» est également indéfini et indissociable de la volonté de l'interprète. Au surplus, comme le souligne Gosselin (1991:115), cet élément ajoute à la norme constitutionnelle énoncée à l'article premier de la *Charte* «[...] une restriction qui n'est pas présente et donne au pouvoir discrétionnaire du juge une portée encore plus grande». Gosselin (1991:115) critique ce deuxième élément du «critère de proportionnalité» en ces termes :

L'article premier parle de «limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'utilisation du qualificatif «raisonnable» pour cerner le type de limites permises à l'article 1 suggère l'existence de nuances dans la gamme des limitations permises, alors que l'exigence de l'atteinte minimale nie cette possibilité et entend imposer une solution unique qui est celle retenue par le pouvoir judiciaire, là où il y avait place pour une certaine forme de modulation de solutions.

Enfin, le troisième élément qui exige une proportionnalité entre les effets des moyens choisis et l'objectif recherché, apparaît plus comme un élément d'appoint ou de renforcement du raisonnement de la Cour entamé aux étapes précédentes de l'analyse. Comme le remarque Gosselin (1991:117), il est effectivement difficile de

concevoir qu'une mesure législative dont l'objectif est considéré «urgent et réel» et qu'on cherche à atteindre par des moyens jugés «rationnels» portant le «moins atteinte au droit ou à la liberté protégé par la *Charte*», puisse néanmoins être jugée inconstitutionnelle parce que les moyens choisis engendrent des effets préjudiciables disproportionnés à l'objectif visé.

Il est indéniable, selon nous, que l'approche méthodologique adoptée par la Cour suprême dans l'analyse d'une contestation de la constitutionnalité d'une règle de droit accorde un très grand pouvoir discrétionnaire au juge des faits. Notre propos, comme l'a également souligné Gosselin (1991:122), n'est pas de nier l'évidence du fait que tout interprète de la *Charte* doit nécessairement bénéficier d'une part de discrétion mais plutôt de mettre en doute l'idée répandue selon laquelle le processus d'interprétation judiciaire reposerait sur des normes objectives et neutres qui contraignent l'interprète en lui imposant une direction bien déterminée. En fait, l'issue d'une contestation de la constitutionnalité d'une règle de droit repose largement sur la façon dont les juges choisissent d'aborder, de définir et de soupeser les droits des parties en cause (Gosselin, 1991:118). Les juges, dans cette démarche, sont guidés par les éléments du texte et du contexte qu'ils sont appelés à interpréter et à évaluer mais également par leurs valeurs personnelles et leur perception du rôle du pouvoir judiciaire sous le régime de la *Charte* (Gosselin, 1991:122).

Les prises de position contraires des juges quant à l'objet et à la portée véritables des droits et libertés en jeu dans les litiges qui à ce jour ont mis en cause la constitutionnalité d'une règle de droit ainsi que les différences de raisonnement dans leurs évaluations en vertu de l'article premier, démontrent bien que le processus d'interprétation constitutionnelle, construit par la Cour suprême, ne peut contenir la subjectivité des juges<sup>54</sup>. Afin d'illustrer cette thèse, nous allons examiner maintenant la jurisprudence touchant les causes où fut soulevée la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277 limitant l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle.

## 5.2 JURISPRUDENCE PUBLIÉE SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 276 ET 277 ENTRE 1983 ET 1991

L'article 276 du Code criminel, on le rappelle, déclare que le comportement sexuel de la plaignante avec une personne autre que l'accusé est inadmissible dans une cause d'infraction sexuelle<sup>55</sup> sauf lorsqu'il s'agit :

- a) d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel de la plaignante

---

<sup>54</sup> Pour une analyse de plusieurs arrêts touchant différents droits et libertés protégés par la Charte canadienne des droits et libertés voir Beaudoin, G.A. (ed.) (1986) et (1987).

<sup>55</sup> L'article 276 s'applique dans des poursuites de diverses infractions d'ordre sexuel prévues aux articles 151, 152, 153, 155, 159, aux paragraphes 160(2) et (3), et aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 et 273 du Code criminel canadien.

b) de la preuve d'un rapport sexuel de la plaignante présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec la plaignante des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation

c) d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que la plaignante avait donné.

Quant à l'article 277, il souligne l'inadmissibilité d'une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante.

Comme nous l'avons démontré, ces articles, incorporés à la Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois [Projet de loi C-127] entrée en vigueur en janvier 1983, venaient répondre aux revendications de la Commission de réforme du droit (1978) et divers groupes sociaux et organismes féminins à travers le Canada. De plus, le législateur fédéral avait également comme but évident de concilier le droit relatif aux infractions sexuelles avec les droits et libertés garantis par la Charte qui entra en vigueur en 1982.

La validité constitutionnelle des articles 276 et 277 a néanmoins rapidement été contestée devant les tribunaux canadiens. On a prétendu qu'en restreignant le droit d'un accusé de présenter des preuves, ces articles portaient atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et au droit à un procès équitable garantis par l'article 7 et l'alinéa 11 d) de la Charte canadienne

des droits et libertés. Le texte de ces dispositions se lit comme suit :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :

[...]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Dans un premier temps, nous nous proposons ici de faire le bilan des décisions rendues par les tribunaux canadiens concernant la constitutionnalité des articles 276 et 277. Nous ne couvrirons que les arrêts qui ont été rapportés et publiés entre janvier 1983 et mars 1991. Nous poursuivrons par une analyse du jugement rendu le 22 août 1991 par la Cour suprême dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* touchant également cette question constitutionnelle. Nous mettrons l'accent sur le cadre analytique utilisé par les juges afin de rendre intelligible le processus d'interprétation constitutionnelle. Nous espérons, en fait, ainsi démontrer que l'issue d'une affaire est dépendante de la façon dont les juges choisissent d'aborder une question constitutionnelle et de l'interprétation donnée aux droits et libertés en cause.

En raison du nombre de jugements rendus entre 1983 et 1991 et de notre préoccupation de mettre en lumière les méthodes d'interprétation utilisées, nous allons diviser les arrêts en trois catégories en fonction du degré d'application du cadre analytique

adopté par la Cour suprême dans les affaires *Big M Drug Mart Ltd.* et *Oakes*<sup>56</sup>. La première catégorie comprendra cinq affaires où la constitutionnalité de l'article 276 et\ou 277 a été mise en cause, couvrant la période de février 1984 à novembre 1985, soit avant que la Cour suprême ait énoncé dans l'arrêt *Oakes* [1986] les lignes directrices de l'examen d'une violation d'un droit en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ces affaires sont *R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41, *R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, *R. v. Le Gallant* [1985] 47 C.R. (3d) 170, *R. v. Wiseman et al.* [1985] 22 C.C.C. (3d) 12 et *R. v. Coombs* [1985] 23 C.C.C. (3d) 356.

Les deuxième et troisième catégories couvriront les jugements rendus suite à l'arrêt *Oakes*, à savoir de mars 1986 à mars 1991. La deuxième catégorie fera le bilan des arrêts où les juges se sont limités à une analyse de l'objet et de l'effet des articles contestés afin de déterminer si celles-ci portaient atteinte aux garanties prévues par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte*. On compte également ici cinq causes : *R. v. Le Gallant* [1986] 35 C.R.R. 287, *R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, *R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 411, *R. v. Gebara* [1991] 46 O.A.C. 159, et *R. c. McAllister* [1991] 113 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 403. La troisième catégorie inclura les arrêts où les juges se sont livrés à une analyse de l'article 276 et\ou 277 fondée sur l'article

---

<sup>56</sup> Étant limité par les exigences d'une thèse de maîtrise, nous ne pouvons présenter en détail chacune de ces affaires. Nous avons donc dû choisir certains arrêts dans chacune des catégories sur lesquels nous élaborerons et nous limiter pour le reste de notre corpus à énoncer les grandes lignes du jugement rendu. Nous sommes néanmoins confiantes que les jugements choisis nous permettent de dresser un tableau qui représente bien les méthodes d'analyse utilisées et les différents raisonnements sur lesquels se sont appuyés les tribunaux canadiens dans leur évaluation de la constitutionnalité des articles 276 et 277.

premier de la *Charte* afin de déterminer si la mesure législative en question est une limite raisonnable qui puisse se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ces arrêts sont *R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 295 et *R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315<sup>57</sup>.

### 5.2.1 PREMIÈRE SÉRIE D'ARRÊTS SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 276 ET 277

En premier lieu, voyons comment les tribunaux ont abordé la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277 dans les premières requêtes en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés. Dans *Bird and Peebles* [1984], les accusés ont maintenu qu'ils ne pouvaient présenter une défense pleine et entière à l'accusation d'agression sexuelle portée contre eux puisque les restrictions prévues aux articles 276 et 277 les empêchaient de soumettre au tribunal une preuve pertinente à la question du consentement réel ou présumé de la plaignante. Ils voulaient présenter une preuve à l'effet que la plaignante allait régulièrement à des «parties de plaisir» où elle consommait de l'alcool et consentait à avoir des relations sexuelles avec les hommes présents. Les accusés arguaient être au courant de ce comportement puisqu'une semaine avant l'agression alléguée, ils étaient présents à une telle partie où la plaignante aurait eu des relations sexuelles avec cinq hommes. Selon les accusés, le comportement de la plaignante une semaine avant l'agression

---

<sup>57</sup> Pour une vue d'ensemble des décisions rendues par les tribunaux canadiens sur la constitutionnalité des articles 276 et/ou 277, voir le tableau à la p. 195.

présumée et sa réputation de consentir sans discernement à avoir des rapports sexuels appuyaient leur défense à l'effet que la plaignante avait consenti à avoir des relations sexuelles avec eux ou du moins qu'ils croyaient honnêtement qu'elle était consentante.

L'avocat de la défense a argué qu'en ne permettant pas une telle preuve, les articles 276 et 277 constituaient un déni du droit de tout accusé à un procès équitable et portaient atteinte aux principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 et à l'alinéa 11 (d) de la *Charte*. De plus, il affirmait également que les limites en matière de preuve dans une cause d'agression sexuelle étaient substantiellement différentes des règles de preuve qui s'appliquent à des personnes accusées de délits de violence non sexuels.

Le juge Simonsen de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a analysé ces arguments en deux temps. Dans un premier moment, il a examiné la jurisprudence et la doctrine américaine portant sur des dispositions semblables visant à protéger les victimes d'agression sexuelle afin de déterminer si les articles contestés avaient pour effet d'enfreindre le droit à une défense pleine et entière et à un procès équitable. Il a décrété que les exceptions prévues à l'article 276 étaient compatibles avec les mesures américaines du même genre et qu'elles couvraient les cas où la preuve du comportement sexuel de la plaignante serait raisonnablement pertinente. Cet article ne violait donc pas, selon lui, la Charte canadienne des droits et libertés. Quant à l'article 277, la cour a déterminé que même si la réputation sexuelle pourrait être dans

certain cas pertinente, l'interdiction de présenter une telle preuve était néanmoins justifiée parce que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante (*R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41, p. 51).

La cour a également réfuté l'argument à l'effet que les articles 276 et 277 créent des règles spéciales qui placent l'accusé d'agression sexuelle dans une position plus difficile que toute autre personne accusée de voie de fait. L'agression sexuelle, selon le juge Simonsen, ne peut être comparé à d'autres types d'agression pour deux raisons principales : 1) l'agression sexuelle est le seul délit qui peut donner lieu à la fécondation et 2) la question du consentement est au coeur du litige dans les procès pour agression sexuelle alors qu'elle ne l'est pas dans les autres cas d'agression. De plus, il a maintenu qu'en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité, le comportement sexuel passé ou même la «propension» à avoir des relations sexuelles ne sont plus considérés aujourd'hui comme des éléments de preuve pertinents à ces questions (*R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41, pp. 52-53).

Malgré que la cour ait déterminé que les articles 276 et 277 ne violaient pas *prima facie* la Charte, celle-ci s'est néanmoins prononcée, en obiter, sur l'application de l'article premier. Le juge Simonsen ne s'est pas livré à une analyse aussi détaillée que celle qui sera suggérée dans l'affaire *Oakes* en 1986 mais il reconnaissait qu'une enquête fondée sur cet article devait tenir compte des droits de l'accusé et des intérêts de la société qui

comprennent les intérêts de la victime (*R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41, p. 54). Il a ainsi regardé les objectifs visés par les articles contestés et a soupesé les intérêts des différentes parties en cause. Les objectifs retenus dans ce jugement étaient de mettre fin au dénigrement des plaignantes en cours d'interrogatoire, d'éviter de faire subir aux plaignantes les conséquences sociales défavorables et le traumatisme psychologique associés à la divulgation non restreinte de leur conduite sexuelle, et enfin de favoriser le développement d'un système judiciaire qui encouragerait la dénonciation des délits sexuels (*R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41, pp. 54-55). Des objectifs que le juge considérait suffisamment importants pour décider que l'intérêt de la société devait l'emporter sur les droits de l'accusé de présenter une preuve qui somme toute n'a, de l'avis de la cour, qu'une pertinence marginale.

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a donc soutenu, en obiter, que même si les restrictions prévues aux articles 276 et 277 étaient ultérieurement déclarées incompatibles avec l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte*, elles étaient néanmoins des limites raisonnables qui étaient compatibles avec d'autres dispositions du même genre dans d'autres sociétés libres et démocratiques et pouvaient ainsi se justifier par le biais de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.

Ce raisonnement a été repris dans l'affaire *Wiseman et al.* [1985] où il fut décidé que l'article 276 n'enfreignait pas la *Charte* et que l'article 277, même s'il limitait les droits de

l'accusé de présenter une défense, pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique qui se veut juste à la fois envers les accusés et les victimes. L'analyse du juge Cusinato s'appuya principalement sur une comparaison entre les règles de preuve qui existaient sous la *common law* et les articles 276 et 277 mais il ne remit pas en cause les préjugés sous-jacents aux règles de la *common law*. Le raisonnement de la cour demeure par conséquent abstrait, sans égard au contexte historique, social et politique entourant l'évolution de ces règles de preuve. Un fait intéressant de ce jugement qu'il faut souligner est que la cour a conclu que non seulement l'objet et l'effet de l'article 276 étaient valides mais qu'en fait cet article aurait accru les privilèges en matière de preuve dont bénéficiait l'accusé sous la *common law* (*R. v. Wiseman et al.* [1985] 22 C.C.C. (3d) 12, p. 21).

Il est tout aussi intéressant de noter que lorsqu'il est question de réputation sexuelle et de crédibilité, le juge Cusinato, en se reposant toujours sur les règles de *common law*, considérait que les droits de l'accusé étaient amputés par l'article 277. Cependant, il poursuivit son raisonnement par un examen des objectifs visés par le législateur afin de déterminer si son intervention était raisonnable et si le Parlement n'outrepassait pas ses compétences selon les modalités prévues à l'article premier de la *Charte*. Les objectifs qu'a retenus la cour étaient les suivants : 1) le désir du législateur d'équilibrer les intérêts de tous les individus et de leur donner accès à un processus judiciaire juste et équitable et 2) affirmer le mépris de

la société envers les infractions sexuelles et permettre aux victimes de porter plainte sans craindre d'être victimisées une seconde fois par le système de justice censé les protéger. A la lumière de ces objectifs, le juge Cusinato conclut que les limites imposées au droit de l'accusé en matière de preuve dans un procès pour agression sexuelle étaient raisonnables, que le Parlement avait la compétence d'imposer ces limites par une règle de droit, et que l'article 277 respectait les modalités de l'article premier et était par conséquent constitutionnellement valide (*R. v. Wiseman et al.* [1985] 22 C.C.C. (3d) 12, pp. 26-27).

Par ailleurs, dans les affaires *Oquataq, Le Gallant et Coombs* [1985], les tribunaux ont décrété que l'article 276 et|ou 277 enfreignaient l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte*, mais seulement dans certaines circonstances que la cour se réservait le pouvoir discrétionnaire de déterminer. Le jugement rendu dans l'affaire *R. v. Oquataq* [1985] est un exemple marquant de l'influence de la méthode d'analyse choisie sur la détermination de la pertinence de l'évocation du passé sexuel et des valeurs qui seront privilégiées dans une cause particulière. Le juge Marshall aborda dans cette affaire la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277<sup>58</sup> d'un point de vue purement legaliste libéral qui, sous le prétexte de rechercher «la vérité judiciaire», ne

---

<sup>58</sup> Il est à noter que dans cette cause le juge Marshall avait à priori tenu une audition à huis clos en vertu de paragraphe (3) de l'article 276 et avait décidé que dans le cas en espèce la preuve qu'on désirait présenter était inadmissible. Il se prononce sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 parce qu'il se dit contraint d'aborder cette question «fort complexe» soulevée durant l'audition à huis clos.

reconnait pas le contexte historique, et socio-politique lié à cette question constitutionnelle.

Malgré un bref historique des règles de la *common law* en ce domaine et une reconnaissance des mythes sur la sexualité et la personnalité féminine qu'appuyaient ces règles de preuve, le juge Marshall dans son raisonnement s'éloigne de ces considérations lorsqu'il défend la thèse selon laquelle le rôle du tribunal serait de développer des critères analytiques neutres visant à découvrir la «vérité judiciaire». Le juge Marshall était ainsi d'avis qu'il n'était pas approprié de s'arrêter à des considérations qu'il percevait être de l'ordre d'une démarche normative et non pas analytique tel que définit par l'approche légaliste libérale (*R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, p. 450).

L'évaluation de la pertinence de la preuve du comportement sexuel de la plaignante, selon le juge Marshall, serait une question de «logique» qui doit être laissée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux et non pas régie par une règle de droit. Pour illustrer ce point de vue, il s'appuya, entre autres, sur la décision *R. c. Scopelliti* [1981] 63 C.C.C. (2d) 481 et fit une analogie entre la tendance à la violence d'une victime dans une cause d'homicide où l'accusé prétend avoir agi en légitime défense et la tendance présumée d'une plaignante à consentir à des relations sexuelles dans une cause d'agression sexuelle. Le juge Marshall formula ainsi la question de la pertinence dans cette affaire : «The linchpin of the enigma, in my view, is this : is the willingness to have intercourse outside of marriage or established

relationships any indication of a willingness to consent to intercourse with someone else?» Il a maintenu que «logiquement» la réponse à cette question pouvait être «oui» et qu'il devait donc être délégué au magistrat le pouvoir d'évaluer la valeur probante d'une telle preuve (*R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, pp. 449-451).

Cette «logique», à notre avis, est fondamentalement biaisée et ne respecte aucunement le droit des femmes à l'autonomie sexuelle. Comme le soulignent Boyle et Worth Rowley (1987:322), cette façon de formuler la question de la pertinence démontre que le raisonnement du juge Marshall s'appuie sur une «logique» sélective qui présuppose certains faits, entre autres, que les rapports sexuels à l'intérieur du mariage ou d'une relation stable ne peuvent être pertinents lors d'un procès pour agression sexuelle mais qu'une activité sexuelle, hors du cadre des unions conjugales ou quasi-conjugales socialement reconnues, peut par contre être un indicateur du consentement de la plaignante à l'acte reproché à l'accusé. Une telle logique, selon nous, reflète la perception du juge sur ce qui, selon certaines normes sociales, est considéré comme une conduite sexuelle acceptable pour les femmes et limite l'accès à la protection de la loi aux femmes qui ont un comportement sexuel conforme à ces normes.

Par ailleurs, le juge Marshall arguait que les articles 276 et 277, en ne permettant pas au juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'évaluer la preuve offerte, empêchaient la présentation d'une défense pleine et entière, un des meilleurs

moyens développés par les tribunaux dans leur quête pour la «vérité». Ce droit, par conséquent, ne devait pas être limité par une règle stricte qui ne permet pas au juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'évaluer la défense offerte (*R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, p. 449). Cependant, le juge reconnaissait que la méthode de détermination des faits est fondée sur des probabilités, qu'elle est loin d'être infaillible, qu'elle peut être préjudiciable à certaines personnes en fonction de leur rang social ou de leur sexe, et qu'elle peut en fait être inéquitable envers les femmes en niant leur autonomie et leur dignité (*R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, p. 450). Néanmoins, selon le juge Marshall, ce serait la méthode pour découvrir la «vérité»; celle qu'utilisent les tribunaux canadiens et celle qu'il préconise.

Ce raisonnement amena la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest dans l'affaire *Oquataq* à conclure que les articles 276 et 277 enfreignaient le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable garantis par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la Charte canadienne des droits et libertés. La cour s'appuya sur le paragraphe 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982 pour déclarer ces articles inopérants et se réserver le pouvoir discrétionnaire d'évaluer la valeur probante et le caractère préjudiciable de la preuve offerte dans le cas en espèce<sup>59</sup>. Cependant, la cour décida que la preuve du comportement

---

<sup>59</sup> Il faut noter que la cour est demeurée muette sur l'article premier de la Charte. Cet article, selon nous, aurait pu obliger la cour à s'éloigner du cadre d'analyse stricte et rigide qu'elle a suivi et l'amener à devoir considérer les intérêts des victimes d'agression sexuelle et à évaluer si les moyens choisis par le législateur fédéral pour promouvoir ces intérêts étaient raisonnables.

sexuel de la plaignante suite au délit allégué que désirait présenter la défense dans cette affaire n'était que très peu pertinente au litige soumis au tribunal et que cette preuve n'était donc pas admissible (*R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440, p. 453).

La Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. v. Le Gallant* [1985] a également décrété que l'article 276 violait l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* mais seulement lorsque la question en litige est à savoir si la victime était en fait l'agresseur. Par contre, lorsque la preuve du comportement sexuel de la plaignante ne vise qu'à démontrer le consentement, celle-ci n'aurait en règle générale, selon la cour, que très peu sinon aucune valeur probante (*R. v. Le Gallant* [1985] 47 C.R. (3d) 170, p. 181).

Dans cette affaire, l'accusé, un homme de 37 ans, devait répondre à une accusation d'agression sexuelle envers un garçon de 13 ans. La défense soutenait que le plaignant était en fait l'agresseur et que l'accusé n'avait joué qu'un rôle passif et s'était soumis aux actes sexuels contre son gré. Pour appuyer cette défense, l'accusé voulait présenter une preuve à l'effet que le plaignant et son frère auraient eu des rapports sexuels avec deux ou trois hommes deux années auparavant. Il faut ici souligner que suite à ces incidents passés, des poursuites avaient été intentées et les hommes en question avaient été condamnés pour infractions sexuelles. Comme le souligne Sheehy (1989:759), on peut ici s'interroger, avec raison, sur la justesse de considérer la

victimisation antérieure du plaignant comme faisant partie de son histoire sexuelle.

Néanmoins, la juge McLachlin, qui a suivi dans cette cause le test de l'objet et de l'effet de l'article 276 tel qu'énoncé dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* [1985], a conclu que le jury ne pourrait en arriver à un verdict équitable que si on lui soumettait la preuve d'actes homosexuels passés du plaignant. Les membres d'un jury, soulignait-elle, s'appuient sur leur «bon sens» pour déterminer les faits d'une affaire; un «bon sens» qui peut leur suggérer qu'un homme plus âgé est probablement plus expérimenté et informé et qu'il serait ainsi plus probable qu'il ait été celui qui a initié l'activité sexuelle alléguée plutôt que le plaignant qui n'était âgé que de 13 ans (*R. v. Le Gallant* [1985] 47 C.R. (3d) 170, p. 179). L'analyse de la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est fondée, comme dans l'affaire *Oquataq* [1985], sur la décision rendue dans *R. c. Scopelliti* [1981] pour faire un lien entre une disposition à la violence et une disposition à se livrer à des actes sexuels, en l'espèce plus spécifiquement à des actes homosexuels.

Par ailleurs, la juge reconnaissait que l'objet de la loi, qui selon elle était de protéger le plaignant, de lui épargner la gêne et l'anxiété d'un interrogatoire sur sa conduite sexuelle, et d'encourager la dénonciation tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable, était valide et n'enfreignait pas en soi la *Charte*. Cependant, l'effet de l'article 276 dans le cas en espèce, maintenant la juge McLachlin, violait les droits et

libertés garantis par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* en privant l'accusé de présenter une preuve pertinente à une question en litige.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est ensuite livrée à une analyse de la violation pour déterminer si l'article 276 constituait une limite raisonnable aux termes de l'article premier de la *Charte*. La juge McLachlin dans cet examen n'a retenu comme objectif poursuivi par l'article 276 que celui d'éviter au plaignant une situation embarrassante; les autres objets mentionnés plus tôt n'ont pas été considérés par la juge à cette étape de l'analyse. Elle a confronté cet objectif au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, aux conséquences sérieuses pour ce dernier d'une condamnation injustifiée et à l'intérêt qu'a la société de s'assurer qu'un verdict équitable soit rendu. La juge a ainsi conclu que le droit de présenter une défense entière à une accusation criminelle et l'importance d'en arriver à un verdict équitable sont des principes de justice fondamentale dans notre société et que seules des considérations majeures pourraient permettre de leur porter atteinte. L'embarras du plaignant, aussi désagréable soit-il, selon la juge McLachlin, n'est pas une raison de compromettre ces principes (*R. v. Le Gallant* [1985] 47 C.R. (3d) 170, p. 180). La cour a donc décrété que l'article 276 n'était pas une limite raisonnable qui puisse se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*.

Cette interprétation de l'article 276 par la juge McLachlin, à notre avis, prend pour acquis la pertinence de la preuve du comportement sexuel antérieur dans une cause d'agression sexuelle. Malgré que la juge ait spécifiquement souligné que lorsque la question en litige est le consentement ce genre de preuve n'avait que peu de valeur probante, elle n'étaye pas son raisonnement. Par ailleurs, les arguments soulevés par la juge n'expliquent pas de manière convaincante comment la preuve d'une victimisation antérieure du plaignant par d'autres hommes viendrait appuyer la défense de l'accusé dans cette affaire et permettrait d'en arriver à un verdict plus équitable dans notre société reconnue homophobe.

De plus, on peut également s'interroger sur l'omission de la cour de considérer dans son analyse en vertu de l'article premier le droit des femmes et des enfants à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi. Nous reviendrons un peu plus loin sur cette question mais pour l'instant il faut souligner que le ministère public a interjeté appel du verdict de non culpabilité qui a éventuellement été rendu dans cette affaire. Nous verrons la décision qui a été rendue à l'égard de ce pourvoi dans la deuxième catégorie d'arrêts que nous analyserons.

Auparavant, il nous reste à discuter d'une décision dans ce premier groupe d'arrêts sur la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277, l'arrêt *R. v. Coombs* [1985]. La Cour suprême de Terre-Neuve, Division de première instance, dans cette affaire fonda son interprétation de l'article 276 sur les règles de

preuve qui existaient sous l'ancien article 142<sup>60</sup> pour en arriver à la conclusion que l'article 276 limitait l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels à des exceptions très étroites et que, combiné à l'article 277, ces articles rendaient inadmissible dans les circonstances de la cause une preuve autrement pertinente et admissible. Le juge Steeles déclara l'article 276 inopérant seulement dans la mesure nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière aux allégations et à l'acte d'accusation portés contre lui mais décréta qu'à d'autres égards l'objet et l'esprit de cet article seraient respectés (*R. v. Coombs* [1985] 23 C.C.C. (3d) 356, p. 366).

Un fait intéressant à souligner est que la cour s'est limitée à un examen de l'objet et de l'effet de l'article 276, déclarant par ailleurs que l'article premier de la *Charte* ne pouvait s'appliquer lorsqu'il était établi qu'il y avait violation de l'article 7 et de l'alinéa 11 (d). La Cour suprême de Terre-Neuve a maintenu qu'une disposition législative qui fait obstacle au déroulement d'un procès équitable en empêchant l'accusé de présenter une défense pleine et entière ne peut «jamais» être une limite raisonnable qui puisse se justifier dans le cadre d'une

---

<sup>60</sup> 142 (1) Toute personne inculpée d'une infraction aux articles 144 ou 145 ou aux paragraphes 146 (1) ou 149 (1) ou son représentant ne doivent poser de questions sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne a) que si le prévenu ou son représentant ont donné par écrit, à la partie demanderesse, un avis raisonnable de leur intention de poser ces questions, dont copie a été déposée auprès du greffier de la cour accompagné d'un exposé de la valeur probante; et b) que si le juge, le magistrat ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos, en l'absence du jury, sont convaincus de la valeur de la preuve au point que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.

société libre et démocratique<sup>61</sup>. La cour ici n'a pas tenu compte de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* [1985] 1 R.C.S. 177 où la Cour suprême du Canada déclara explicitement que l'article 7 était sujet à l'article premier de la *Charte*.

### 5.2.2 DEUXIÈME SÉRIE D'ARRÊTS SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 276 ET 277

Nous commençons notre bilan de la deuxième série d'arrêts qui décidèrent de la constitutionnalité des articles 276 et 277 en présentant la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie Britannique dans l'affaire *Le Gallant* [1986] où le ministère public interjette appel du jugement de la juge McLachlin [1985], ci-haut mentionné, et du verdict de non culpabilité qui a été par la suite rendu. Rappelons-nous les faits de cette affaire.

L'accusé désirait présenter une preuve à l'effet que le plaignant, un jeune garçon de 13 ans, aurait eu antérieurement au délit allégué des relations homosexuelles au motif que cette preuve appuyait sa défense selon laquelle le plaignant était en fait l'agresseur. La juge McLachlin de la Cour suprême de la Colombie Britannique statua que l'article 276, dans le cas en espèce, violait l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer au sens de l'article premier. Suite à cette décision, un *voir dire* a été tenu et la preuve

---

<sup>61</sup> Cette position a également été défendue par David Doherty (1984) « "Sparing" the Complainant "Spoils" the Trial », 40 C.R. (3d) 55, pp. 63-64, et par l'Association canadienne des libertés civiles dans son mémoire présenté à la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* [1991].

offerte par la défense fut jugée inadmissible au motif que l'effet préjudiciable d'une telle preuve l'emportait sur sa valeur probante. Cependant, au cours du procès il a été permis, en tant que partie de la *res gestae*, de présenter une preuve concernant une conversation entre l'accusé et le plaignant au cours de laquelle ce dernier aurait fait état d'expériences homosexuelles passées. De plus, la juge avait également admis une preuve à l'effet que si le plaignant n'était pas l'agresseur dans cette affaire, il avait du moins certainement consenti aux rapports sexuels allégués dans l'acte d'accusation, et elle informa le jury que le consentement constituait une défense valable à une accusation d'agression sexuelle. Dans ces circonstances, le jury rendit un verdict de non culpabilité.

Dans l'arrêt qui nous intéresse ici, *R. v. Le Gallant* [1986] 35 C.R.R. 287, le ministère public se pourvoit à l'encontre de cette décision. La cour d'appel, s'appuyant sur le test de l'objet et de l'effet de l'article 276, mit l'accent sur le contexte juridique qui amena le législateur fédéral à intervenir et à promulguer une règle d'exclusion de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Le juge Hickson examina d'une part la position en matière d'admissibilité de ce genre de preuve qui dominait sous la *common law* et d'autre part, les raisons qui ont amené le législateur en 1976 à promulguer l'article 142<sup>62</sup>, la construction des tribunaux de cette disposition et les résultats de l'interprétation judiciaire donnée à cet article par la Cour

---

<sup>62</sup> Voir supra note 60 à la p. 158.

suprême du Canada dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine* [1980] 2 R.C.S. 268; 32 N.R. 520. Il conclut que la Cour suprême dans son interprétation judiciaire de l'article 142 n'avait pas respecté l'intention du législateur qui tentait par son intervention d'équilibrer les intérêts de l'accusé et ceux de l'État en offrant une protection suffisante aux plaignantes les encourageant ainsi à dénoncer les délits sexuels. Ce non respect des objectifs visés par le Parlement, selon le juge Hickson, était la raison qui amena le législateur à intervenir de nouveau en 1983 en promulguant l'article 276. Le juge a reproché à la juge McLachlin d'avoir perdu de vue ces objectifs et d'avoir, suite à sa décision de déclarer inopérant l'article 276, procédé au procès en s'appuyant sur les règles qui étaient en vigueur sous l'article 142 alors que cet article avait en fait été abrogé par le législateur en 1983.

Par ailleurs, le juge Hickson, en accord avec le juge Cusinato dans l'arrêt *Wiseman et al.* [1985], était d'avis que l'article 276 donnait à l'accusé une marge de manoeuvre plus grande en matière de preuve que celle dont il bénéficiait sous la *common law*. L'article 276, souligna-t-il, respecte à la fois les intérêts des plaignantes et des accusés; il est équitable et juste pour les deux partis (*R. v. Le Gallant* [1936] 35 C.R.R. 287, pp. 298-299). La cour d'appel a donc conclu que l'article 276 ne violait pas l'article 7 ou l'alinéa 11 (d) de la *Charte* et a ordonné qu'un nouveau procès soit tenu dans cette affaire.

Dans l'affaire *Seaboyer-Gayme* [1987], le ministère public interjette appel d'une décision de la Cour suprême de l'Ontario

rendue en 1985. Voici les faits de cette affaire. Seaboyer était accusé d'agression sexuelle sur une jeune femme qu'il avait rencontrée dans un bar du centre-ville de Toronto. Il désirait contre-interroger la plaignante sur ses antécédents sexuels et sur des relations sexuelles qu'elle aurait eues avec une autre personne après l'incident allégué dans l'acte d'accusation. Cette preuve était censée, d'une part, appuyer sa défense fondée sur le consentement et, par ailleurs, expliquer l'origine des meurtrissures et autres blessures de la plaignante que le ministère public avait présentées en preuve. Le juge qui présidait l'enquête préliminaire refusa d'admettre cette preuve. Quant à l'accusé Gayme, âgé de 18 ans, il devait répondre à une accusation d'agression sexuelle d'une jeune fille de 15 ans qui aurait eu lieu à l'école fréquentée par celui-ci. Il voulait présenter une défense fondée sur le consentement réel ou sur une croyance sincère au consentement de la plaignante et avançait même qu'en fait l'agresseur sexuel était la plaignante. Pour appuyer cette défense, Gayme tenta lors de l'enquête préliminaire d'interroger la plaignante sur sa conduite sexuelle antérieure avec d'autres étudiants de cette école mais le juge déclara que cette preuve était inadmissible en vertu des articles 276 et 277. Il faut noter que l'avocat de la défense, avant ce contre-interrogatoire, avait présenté une requête visant à faire déclarer ces articles inopérants au motif qu'ils enfreignaient la *Charte*. Cette requête avait également été refusée par le juge chargé de l'enquête préliminaire qui décida qu'il n'avait pas la compétence de se

prononcer sur la constitutionnalité de ces articles. Seaboyer et Gayme ont par la suite demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler leur renvoi à procès. Cette requête leur a été accordée le 22 novembre 1985 par le juge Galligan de la cour suprême au motif que les articles 276 et 277 enfreignaient la Charte et les affaires ont été renvoyées aux juges chargés de l'enquête préliminaire afin qu'il procède sans tenir compte des articles en question.

La Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt qui nous intéresse, *R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289<sup>63</sup>, devait se prononcer sur un appel de cette décision interjeté par le ministère public. L'appel a été accueilli au motif que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas erré en appliquant les articles 276 et 277 puisqu'ils n'avaient effectivement pas la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité d'une règle de droit. Les ordonnances de la Cour suprême de l'Ontario rejetant les renvois à procès ont donc été annulées par la cour d'appel.

---

<sup>63</sup> Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (Faej) et l'Association canadienne des libertés civiles sont intervenus dans cette affaire. Le mémoire de l'Association canadienne s'appuyait sur des arguments typiques d'une approche legaliste libérale pour demander à la cour d'invalider l'article 276. Quant au mémoire du Faej, une organisation censée défendre les intérêts des femmes, il s'appuyait sur cette même approche pour revendiquer une reconnaissance limitée de la validité de cette mesure législative.

Par ailleurs, la Cour d'appel de l'Ontario s'est également prononcée, en *obiter dictum*<sup>64</sup>, sur la validité constitutionnelle des articles 276 et 277. Le juge Grange, qui a écrit les motifs de la décision majoritaire, a appliqué dans cette affaire le test de l'objet et de l'effet de la loi contestée tel qu'il a été développé dans *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* [1985]. Dans un premier temps, il revoit et critique les thèses sous-jacentes aux règles de preuve qui régissaient l'admissibilité de la conduite sexuelle de la plaignante sous la *common law* tels que les mythes à l'effet qu'une femme «non chaste» consentirait plus facilement à avoir des relations sexuelles ou encore qu'il était moins probable qu'elle dise la vérité sous serment (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 302). Le juge Grange reconnaissait également que les juges étaient incapables de se défaire des mythes et préjugés qui prévalaient à l'époque, et implicitement déplorait le fait que les juges n'exerçaient pas leur pouvoir discrétionnaire afin de limiter l'interrogatoire des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 303).

---

<sup>64</sup> Il est intéressant de noter que le juge Brooke (dissident en partie) n'était pas d'accord à ce que la cour d'appel exprime son opinion sur la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277 puisque cette question n'était pas essentielle à l'accueil du pourvoi. Cette opinion était tout simplement présentée afin de guider les juges de procès dans des affaires similaires mais, selon le juge Brooke, cela n'apporterait que plus de confusion. Il cite à l'appui les propos suivants du juge Estey : «The development of the Charter, as it takes its place in our constitutional law, must necessarily be a careful process. Where issues do not compel commentary on these new Charter provisions, none should be undertaken. There will be occasion when guidance by *obiter* or anticipation of issues will serve the Canadian community, and particularly the evolving constitutional process. On such occasions, the Court might well enlarge its reasons for judgment beyond that required to dispose of the issues raised.» (*Law Soc. of Upper Can. v. Shapinker* [1984] 1 S.C.R. 357, p. 383)

Selon le juge Grange, les interventions du législateur fédéral en 1976 et 1983 visaient à remédier à cette situation qui décourageait la dénonciation et avait une incidence sur l'administration de la justice. Il définissait donc l'objet des articles 276 et 277 comme étant une tentative honnête du Parlement d'exposer sa perception et celle de la société de ce qui devrait être une preuve pertinente lors d'un procès pour agression sexuelle.

Parliament was by those enactments honestly attempting to state its and contemporary society's concept of what is relevant and material in a trial for sexual assault.

[...]

I do not believe that there was any intention to exclude from consideration any evidence which was necessary to enable the accused to make full answer and defence.

[...]

As I have said, it was an attempt (and a honest one) to bring the Criminal Code into line with contemporary sexual values (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, pp. 304-305).

L'objet des articles 276 et 277, selon la cour d'appel, n'enfreignait donc pas la *Charte*.

Quant à l'effet de l'article 277, la cour a reconnu qu'il répondait aux objectifs visés. Cette mesure législative, souligne le juge Grange, reflète les normes actuelles qui reconnaissent que la réputation sexuelle n'est pas un indicateur de la crédibilité d'une personne, que celle-ci soit une femme ou un homme. La preuve de la réputation sexuelle pouvait cependant, selon la cour, être pertinente à d'autres fins, non exclues par l'article 277, telle que la démonstration d'une croyance honnête au consentement (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 305).

L'article 276, par contre, mettait en cause, selon le juge Grange, une preuve qui pourrait être pertinente à la défense d'un accusé. La cour reconnaissait que les exceptions prescrites dans cet article couvraient la vaste majorité des situations où une telle preuve peut être pertinente mais elle était néanmoins d'avis qu'il pourrait y avoir des circonstances non prévues par l'article 276 où la preuve du passé sexuel de la plaignante pourrait appuyer une défense légitime. Pour étayer son raisonnement, le juge Grange cita deux exemples de circonstances où une telle preuve, selon lui, pouvait appuyer une défense fondée sur la croyance honnête au consentement (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 305).

Le premier cas cité était celui d'une prostituée qui après l'échange de services sexuels tenterait d'obtenir une compensation monétaire supplémentaire du client en menaçant de porter contre lui de fausses accusations d'agression sexuelle. Il faut noter ici que la cour n'a pas illustré comment l'article 276 exclut la présentation d'une preuve d'extorsion ou de tentatives d'extorsion passées qui, à notre avis, est le seul type de preuve qui pourrait être pertinente et qui serait admissible en vertu de la règle des «faits similaires» dans l'exemple donné. Le deuxième exemple cité par le juge Grange était celui d'un accusé qui voudrait présenter une preuve de la réputation de la plaignante qui tenterait de démontrer que celle-ci fréquentait régulièrement un certain endroit où elle s'offrirait sexuellement à quiconque sans frais.

Ces exemples sont particulièrement troublants considérant que le juge Grange avait plus tôt reconnu l'inopportunité de certains préjugés sous-jacents aux règles de preuve de la *common law*. En fait, ils témoignent clairement de l'incapacité du judiciaire à se débarrasser des mythes et préjugés qui prévalent en matière de détermination de la pertinence de la preuve du comportement sexuel passé de la plaignante et démontrent que la détermination de la pertinence et l'évaluation de la valeur probante de ce genre de preuve continuent d'être influencées par des définitions patriarcales de ce qui devrait être une «conduite féminine convenable» (Grant, 1989:598).

La position des groupes de femmes, qui sont intervenus au moment de la réforme de 1983, est à cet égard très claire; le discours du droit doit reconnaître qu'aucune femme n'est continuellement à la disposition des hommes pour avoir avec eux des relations sexuelles qu'elle soit dans l'habitude ou non de vendre ses services sexuels ou qu'elle ait ou non une vie sexuelle active. Par ailleurs, les associations féminines ont également dénoncé les mythes et les préjugés sous-jacents à la détermination de la pertinence de la preuve du passé sexuel de la plaignante et ont demandé au législateur fédéral de modifier les règles de preuve en ce domaine de façon à énoncer clairement qu'une telle preuve n'est pas pertinente à la défense d'un accusé. Les articles 276 et 277, nous le rappelons, répondaient en partie à ces revendications en tentant d'équilibrer les droits des accusés et ceux des plaignantes. Malheureusement, le juge Grange, dans l'analyse de

l'effet de l'article 276, semble écarter les objectifs visés par cet article pour se concentrer essentiellement sur les droits de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Il ne met pas en cause la pertinence de la preuve de la conduite sexuelle passée de la plaignante et ne tient pas compte, à notre avis, dans son analyse des questions constitutionnelles soulevées, de l'effet préjudiciable d'une telle preuve sur le déroulement d'un procès pour agression sexuelle.

La cour d'appel dans cette affaire est donc arrivée à la conclusion que l'article 276 ne violait pas *prima facie* la Charte canadienne des droits et libertés, mais que dans son application cet article, dans de rares circonstances difficiles à définir, portait atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la *Charte* (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 309). D'autre part, le juge Grange, en accord avec le juge Steeles dans l'affaire *R. v. Coombs* [1985], était d'avis que l'article premier de la *Charte* ne pouvait être invoqué pour sauvegarder une violation de l'article 7 puisque le déni du droit d'un accusé à une défense pleine et entière ne pouvait jamais, selon la cour, répondre au critère d'une « mesure raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 308). Cet argument, nous le réitérons, n'est pas défendable à la lumière des arrêts *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* [1985] et *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen* [1988] 1 S.C.R. 30, ce dernier arrêt cité dans *Grant* (1989).

Il est important de souligner que le juge Grange croyait cependant qu'il serait désastreux d'invalider l'article 276 et de retourner aux règles de preuve qui existaient sous la *common law*. Il suggérerait donc plutôt d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle, fortement utilisée par les tribunaux américains, ce qui permettrait au juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de déclarer l'article 276 inopérant seulement dans les cas où son application entraînerait une violation de l'article 7 de la Charte. Cette suggestion était accompagnée des lignes directrices suivantes (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 312) :

1) La défense devrait présenter au juge la preuve qu'il désire faire et ce dernier déterminerait si une telle preuve est prévue à l'article 276 et si elle est nécessaire au déroulement d'un procès équitable.

2) En cas de doute, on tiendrait alors un *voir dire*, lors duquel la plaignante ne serait pas un témoin contraignable, afin de permettre au juge de décider de l'admissibilité de la preuve offerte.

3) La preuve serait présentée au juge des faits seulement lorsqu'elle est permise selon les exceptions prévues à l'article 276, ou encore parce qu'il aurait été déterminé qu'une telle preuve est nécessaire aux intérêts de l'accusé et au déroulement d'un procès équitable.

Cette façon de faire, conclut le juge Grange, permettrait aux tribunaux d'élaborer à même la jurisprudence des lignes directrices plus définies pour l'application de l'article 276 et la détermination de son caractère opérant ou inopérant sans pour autant empêcher les tribunaux de faire de leur mieux afin de

réaliser l'intention du Parlement à l'intérieur des limites prévues par la *Charte* (*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289, p. 313).

Le problème évident, selon nous, de la solution proposée par la Cour d'appel de l'Ontario est lié au fait qu'on redonne aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de déterminer la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes; un pouvoir que le législateur avait choisi d'exclure en promulguant l'article 276. Cette solution est d'autant plus inquiétante du fait, comme nous l'avons démontré, que la détermination de la pertinence d'une preuve lors d'un procès pour agression sexuelle a été et continue d'être influencée par des mythes et préjugés sur les plaignantes et sur l'agression sexuelle.

On risquerait notamment de voir refaire surface les notions de pertinence qui prévalaient sous la *common law*. L'arrêt *Seaboyer-Gayme* témoigne bien du risque encouru en laissant à la seule volonté et discrétion du juge l'évaluation de la preuve des antécédents sexuels. En effet, malgré la reconnaissance explicite du juge Grange, dans son analyse de l'objet des articles 276 et 277, de l'inexactitude des thèses sous-jacentes aux règles de preuve sous la *common law* et de l'intention du législateur de définir clairement le concept de pertinence à être appliqué lors des procès pour agression sexuelle, le juge Grange a perdu de vue ces considérations importantes lors de l'examen de l'effet de ces articles et fonda son raisonnement sur des exemples qui reproduisaient le mythe selon lequel la preuve des «moeurs faciles»

de la plaignante serait pertinente à la détermination du consentement ou de la crédibilité de cette dernière. Cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario ira en appel devant la Cour suprême du Canada et nous discuterons ultérieurement du jugement qui a été rendu le 22 août 1991.

Entre temps, le raisonnement sur lequel s'est appuyé le juge Grange a été repris dans les arrêts *R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 411 et *R. v. Gobara* [1991] 46 O.A.C. 159. Dans l'affaire *Ward et Tenass*, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de première instance, a statué que les articles 276 et 277 n'enfreignaient pas en tant que tel l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* mais que dans l'affaire qui lui était soumise, il était nécessaire de les déclarer inopérants en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 afin d'assurer aux accusés un procès équitable.

Le juge Riordon dans cette affaire s'est également appuyé sur la méthode interprétative de l'objet et de l'effet des articles contestés. Lors de l'analyse de l'objet des articles 276 et 277, il cita McWilliams (Canadian Criminal Evidence, 3rd Ed.) qui commentait l'affaire *Oquataq* [1985] et définissait ainsi l'objectif visé par le législateur en promulguant ces dispositions :

Ce que le parlement a voulu faire est de reconnaître le droit des femmes de déterminer elles-mêmes leur comportement sexuel sans être tributaires de la généralisation faite quant à leur chasteté ou leur manque de chasteté, et par conséquent de leur disposition à consentir à des actes de nature sexuelle. (*R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 411, p. 415)

Cependant, dans l'interprétation qu'il donna à cet objet, le juge Riordon fit exception du cas «d'une prostituée ou d'une dévergondée qui participerait régulièrement à des activités ou à des orgies de nature sexuelle» (*R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2°) 411, p. 415). Dans une telle situation, selon le juge Riordon, «[l]a valeur probante d'un tel témoignage serait beaucoup plus grande que le préjudice causé à la dignité ou au droit des femmes, en général, de déterminer elles-mêmes leur ligne de conduite» (*R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2°) 411, pp. 415-416).

Par ces propos, le juge Riordon créait, à notre avis, une catégorie de plaignantes qui, selon ses valeurs personnelles, ne devraient pas bénéficier du même droit à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi que les femmes «en général». Cette approche est, selon nous, nettement discriminatoire et sanctionne, de façon délibérée ou inconsciente, les actes de violence envers les femmes dont la «non chasteté» peut être prouvée. Comme le dit si bien Grant (1989:592) :

Permettre aux accusés de s'appuyer sur une preuve préjudiciable sur le passé sexuel des plaignantes afin d'excuser leurs actes de violence signifie qu'on permet aux hommes de violer les femmes dont ils croient que la réputation «non chaste» peut être prouvée.

Le juge Riordon, dans l'affaire *Ward et Tenass*, ne semblait malheureusement pas partager cette opinion. S'appuyant sur l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982, il déclara les articles 276 et 277 inopérants en l'espèce et permit le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses actes de conduite sexuelle présumés avec une autre personne qui auraient eu lieu le même jour

et durant la même fin de semaine que l'incident allégué dans l'acte d'accusation. Cette preuve, décréta la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, était nécessaire pour assurer un procès équitable aux deux accusés dans cette affaire qui avaient été témoins de cette conduite sexuelle et désiraient vraisemblablement présenter une défense fondée sur le consentement réel ou présumé de la plaignante.

Dans l'affaire *R. v. Gebara* [1991], la Cour d'appel de l'Ontario a également émis l'opinion que lorsque la preuve offerte vise à démontrer que la plaignante était une prostituée et que l'activité sexuelle alléguée dans l'acte d'accusation était en fait un échange de services sexuels, cette preuve serait pertinente et devrait être admise. S'appuyant sur la décision du juge Grange dans l'affaire *Seaboyer-Gayme*, le juge Galligan suggéra que dans de telles situations les tribunaux devraient appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle et déclarer inopérant l'article 276 (*R. v. Gebara* [1991] 46 O.A.C. 159, p. 160). Cependant, dans le cas en espèce, la cour d'appel décréta qu'il n'y avait pas eu d'erreur judiciaire du fait qu'en cours de procès la plaignante nia avoir reçu une compensation monétaire pour l'activité sexuelle alléguée dans l'acte d'accusation et que l'accusé, d'autre part, refusa de témoigner à cet effet. La question à savoir si la plaignante était ou non une prostituée n'était donc pas pertinente dans cette affaire. L'appel du verdict de culpabilité fut ainsi rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Gebara* [1991] 46 O.A.C. 159, p. 161).

Dans la dernière affaire qui nous intéresse dans cette deuxième catégorie d'arrêts, *R. c. McAllister* [1991] 113 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 403, l'accusé interjette appel d'une condamnation de diverses infractions d'ordre sexuel qu'il aurait commises à l'égard de sa fille adoptive alors que celle-ci était âgée de six à dix-sept ans. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a accueilli l'appel, a annulé la condamnation et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Ryan, qui a prononcé le jugement au nom de la cour d'appel, a conclu que l'article 276 et son prédécesseur l'article 142<sup>65</sup> enfreignaient l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la Charte canadienne des droits et libertés au motif qu'ils ne permettaient pas à l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le cadre analytique sur lequel repose cet arrêt est, à notre avis, très faible. Le juge Ryan n'y fait aucunement mention de l'objet visé par ces dispositions législatives et semble prendre pour acquis la pertinence de la preuve des antécédents sexuels de la plaignante. Le principal argument sur lequel est fondé la décision du juge Ryan dans cette affaire a trait au fait que l'article 276 retire au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'évaluer les éléments de preuve offerts et d'admettre une preuve des antécédents sexuels de la plaignante qui, selon le cas

---

<sup>65</sup> L'acte d'accusation contenait six chefs d'accusation d'infractions sexuelles qui auraient eu lieu entre janvier 1978 et octobre 1988, soit sur une période de près de onze ans. Certains chefs d'accusation portaient donc sur des incidents qui auraient eu lieu avant la réforme du droit criminel en matière d'infractions sexuelles de 1983. L'admissibilité en preuve de la conduite sexuelle de la plaignante était alors régie par l'article 142 promulgué en 1976. La Charte étant entrée en vigueur en 1982, soit avant l'abrogation de cet article en 1983, la Cour d'appel jugea qu'il était nécessaire de se prononcer également sur la constitutionnalité de cet article.

d'espèce, pourrait possiblement être pertinente (*R. c. McAllister* [1991] 113 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 403, p. 412).

Un fait intéressant de cet arrêt est un nouvel argument apporté par le juge Ryan à l'effet que la procédure prévue à l'alinéa 2 (a) de l'article 276, et antérieurement la procédure prévue sous l'article 142, violerait également la *Charte*. L'alinéa 2 (a)<sup>66</sup> de l'article 276 souligne que pour qu'une preuve soit admissible en vertu de l'alinéa 1 (c)<sup>67</sup>, il faut qu'un avis raisonnable soit donné par écrit au poursuivant et qu'on y fasse état des détails de la preuve qu'on désire produire. La cour d'appel arguait qu'il était inacceptable qu'un accusé ait à divulguer les détails des éléments de sa défense. Le juge Ryan conclut donc que les dispositions qui avaient trait à la procédure, que ce soit sous l'ancien article 142 ou l'article 276, allaient à l'encontre de l'article 7 et de l'alinéa 11 (d) de la *Charte* (*R. c. McAllister* [1991] 113 R.N.-B. (2<sup>o</sup>) 403, p. 418). En l'occurrence, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a annulé les verdicts de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

---

<sup>66</sup> 276 (2) [Avis] Aucune preuve n'est admissible en vertu de l'alinéa (1) c) à moins: a) d'une part, qu'un avis raisonnable n'ait été donné par écrit au poursuivant par l'accusé ou en son nom, de son intention de produire cette preuve, et faisant état des détails qui s'y rapportent;

<sup>67</sup> L'alinéa 1 (c) de l'article 276 prévoit l'admissibilité d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

### 5.2.3 TROISIÈME SÉRIE D'ARRÊTS SUR LA CONSTITUTIONNALITÉ DES ARTICLES 276 ET 277

Voyons maintenant les arrêts *R. c. Brun* [1986] et *R. v. Wald* [1989] où les juges se sont livrés à une analyse des articles 276 et 277 fondée sur l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés selon les critères énoncés par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Oakes* [1986]. Dans l'affaire *R. c. Brun* le requérant invoquait le paragraphe 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982 afin de contester la validité des articles 276 et 277 au motif que les dispositions de ces articles étaient incompatibles avec l'article 7 ou l'alinéa 11 (d) de la Charte. Il faut souligner qu'en l'espèce la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, présidée par le juge Deschênes, ne connaissait ni la nature de la défense de l'accusé, ni la preuve qu'il désirait présenter à l'appui de sa défense. La requête soumise au tribunal reposait strictement sur l'argument que l'atteinte portée aux droits de l'accusé garantis par la Charte était évidente à la lecture des articles contestés. La cour a décidé d'entendre la requête car, selon le juge Deschênes, le requérant «[...] a qualité pour contester la constitutionnalité des dispositions législatives [...], indépendamment de l'effet particulier qu'ont pour lui les articles contestés du Code» (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, pp. 302-303).

La méthode d'analyse appliquée dans cette affaire suit à la lettre les étapes énoncés dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] et *R. c. Oakes* [1986]. La première étape, nous le rappelons, consiste à déterminer si l'objet et subsidiairement si les effets des

articles contestés enfreignent les droits et libertés protégés par la *Charte*. Le juge Deschênes, dans un premier moment, examina donc le sens des articles 276 et 277. Pour ce faire, il choisit comme point de départ de son analyse l'arrêt *Forsythe c. La Reine* [1980] qui portait sur l'ancien article 142 limitant l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. S'appuyant sur des sources jurisprudentielles, il déclara que l'objet de l'article 142 était d'«atténuer le traumatisme, l'humiliation et la gêne causés à une plaignante par une enquête sur son comportement sexuel passé avec d'autres personnes que l'accusé» (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 307).

L'article 276 était selon le juge Deschênes la réplique directe du législateur fédéral au jugement *Forsythe*. Bien qu'il admettait que les exceptions prévues à cet article avaient eu pour effet d'élargir les privilèges dont bénéficiait un accusé d'agression sexuelle sous la *common law*, il était néanmoins d'avis que l'article 276 était une modification radicale par rapport au régime qui prévalait sous l'ancien article 142<sup>68</sup>. Les exceptions prévues à l'article 276, selon le juge Deschênes, étaient trop étroites et ne couvraient pas toutes les circonstances dans lesquelles la preuve des antécédents sexuels devrait être admise (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 309). En outre, le juge Deschênes soulignait que ce genre de preuve pourrait avoir une grande force probante et un caractère préjudiciable minime lorsque

---

<sup>68</sup> Voir supra note 60 à la p. 158.

la défense d'un accusé est fondée sur le consentement réel ou présumé de la plaignante (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2°) 295, p. 310).

Cependant, le juge n'étaya pas son raisonnement se contentant de faire référence à la preuve offerte dans les affaires *Coombs* [1985] et *Le Gallant* [1985] qui, selon lui, «démontre [...] à quel point on cherche à protéger un plaignant, par l'exclusion de preuves qui ont une force probante considérable et qui appuient la question du consentement réel ou présumé, même lorsque l'importance de cette preuve l'emporte de beaucoup sur son caractère préjudiciable» (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2°) 295, p. 310). Ce choix d'exemples nous surprend considérant les conclusions auxquelles sont arrivés les tribunaux dans ces affaires.

D'une part, dans l'affaire *Coombs*, même si la défense de l'accusé était fondée sur le consentement, la preuve qu'on désirait présenter était principalement liée à l'origine des blessures subies par la plaignante et à la détermination de l'identité de l'agresseur. La Cour suprême de Terre-Neuve avait alors déclaré l'article 276 inopérant en l'espèce mais seulement dans la mesure nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière aux allégations et à l'acte d'accusation. D'autre part, dans l'affaire *Le Gallant* la défense soutenait que le plaignant était l'agresseur et la juge MacLachlin avait clairement statué que l'article 276 avait pour effet de violer l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* seulement dans cette circonstance. De fait, la juge avait spécifié que dans le cas courant où seul le

consentement est en litige, la preuve des antécédents sexuels de la plaignante n'avait, règle générale, que très peu sinon aucune valeur probante. Par ailleurs, suite à cet arrêt, un voir dire avait été tenu et la preuve offerte avait été jugée inadmissible au motif que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante. Nous ne nous expliquons donc pas comment le juge Deschênes pouvait soutenir que les affaires *Coombs* et *Le Gallant* étaient des exemples de causes où la preuve du comportement sexuel de la plaignante venait directement appuyer la défense fondée sur le consentement réel ou présumé (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 310).

De même, nous nous interrogeons sur la justesse, en l'espèce, de la critique adressée par le juge Deschênes au législateur fédéral à l'effet que ce dernier en promulguant l'article 276 aurait fait un jugement de valeur et lui reprochant implicitement de supplanter son appréciation de la pertinence d'une preuve des antécédents sexuels de la plaignante à celle des tribunaux. Voici les propos du juge Deschênes :

Le Parlement a fait un jugement de valeur portant que la preuve sur le comportement sexuel du plaignant avec qui que ce soit d'autre que l'accusé ne peut avoir de force probante l'emportant sur son caractère préjudiciable par rapport au consentement réel ou présumé, à moins que la preuve offerte soit destinée à repousser une preuve préalablement présentée par la Couronne et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant, ou qu'elle soit la preuve de rapports sexuels du plaignant se rapportant à la question d'identité, ou la preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps.

Chose curieuse, la possibilité qu'a un accusé de présenter des preuves sur le comportement sexuel du plaignant avec d'autres après une enquête à huis clos, tenue devant un juge impartial, sur la force probante et le caractère préjudiciable de ces preuves par rapport à la question de consentement et de crédibilité a été interprétée, il n'y a que quelques années, comme établissant un juste équilibre entre les intérêts de l'accusé et ceux du plaignant. (Voir les commentaires du juge en chef Laskin dans l'arrêt Forsythe)  
(*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 311)

On peut se demander si par ces propos le juge Deschênes sous-entend que l'interprétation des tribunaux est nécessairement supérieure au «jugement de valeur» du Parlement et s'il était d'avis que le législateur fédéral devrait se résigner et abdiquer lorsque l'interprétation judiciaire d'une disposition législative ne respecte pas l'objectif qu'il souhaitait promouvoir, comme cela avait été le cas dans l'interprétation donnée à l'article 142 dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine* [1980] 2 R.C.S. 268.

Par ailleurs, le juge Deschênes maintenait également que la preuve de la réputation sexuelle exclue par l'article 277, pouvait être pertinente à la question du consentement et que, puisque cet article n'excluait pas expressément une telle preuve à cette fin, on pouvait avancer des «arguments solides» à l'effet qu'une telle preuve était toujours admissible. Encore une fois ici les «arguments solides» auxquels référait le juge sont demeurés un mystère puisque celui-ci n'a pas approfondi son raisonnement (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 311).

Il poursuit cette première étape de l'analyse de la constitutionnalité des articles 276 et 277 en confrontant ces

mesures législatives aux droits garantis à l'article 7 et à l'alinéa 11 (d) de la *Charte*. Dans un premier temps, le juge Deschênes reconnaissait que le déroulement d'un procès équitable et conforme aux principes de justice fondamentale exigeait que l'on tienne compte d'intérêts autres que seulement ceux de l'accusé. En outre, soulignait-il, «[...] l'équité peut également nécessiter que l'on tienne compte des intérêts du plaignant» (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 313).

Cependant, le juge Deschênes s'empressa de préciser que les cas d'agression sexuelle étaient particuliers puisque la question du consentement est au coeur du litige dans de telles causes alors que pour d'autres types de délit, cette question ne se pose pas. Dans une affaire d'agression sexuelle, soulignait le juge, la poursuite doit d'une part prouver au delà de tout doute raisonnable l'absence de consentement de la part de la plaignante et, d'autre part, l'article 265 (4)<sup>69</sup> du Code criminel prévoit que l'accusé a le droit d'invoquer une défense fondée sur le consentement. Le juge Deschênes ayant à priori jugé que la preuve des antécédents sexuels avait une grande valeur probante, il va sans dire qu'il conclut donc que les articles 276 et 277 avaient pour effet d'empêcher un accusé d'invoquer un moyen de défense valable fondé sur le consentement réel ou présumé de la plaignante et le privaient du

---

<sup>69</sup> 265. (4) [Croyance de l'accusé quant au consentement] Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

droit d'affronter son accusateur, et enfreignaient ainsi l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte*.

Ayant conclu qu'il y avait une violation de la *Charte*, le juge Deschênes dans la seconde étape de son analyse appliqua le test *Oakes* afin de déterminer si les articles 276 et 277 pouvaient être considérés comme des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Ce test, nous le rappelons, prévoit qu'une règle de droit qui viole la *Charte* peut néanmoins être sauvegardée en vertu de l'article premier si elle répond à deux critères fondamentaux : 1) l'objet visé par la règle en question doit être suffisamment important pour justifier la violation d'un droit ou d'une liberté protégés par la *Charte* et se rapporter à des préoccupations sociales urgentes et réelles, et 2) les moyens choisis pour promouvoir cet objectif doivent être raisonnables et répondre au critère de proportionnalité établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Oakes*.

Le juge Deschênes a ici retenu trois objectifs qui auraient, selon lui, motivé le Parlement à imposer des «restrictions sévères» à un accusé relativement à la présentation de preuves sur le comportement sexuel et sur la réputation sexuelle de la plaignante :

- 1) Favoriser le dépistage de criminels en encourageant les victimes à se présenter;
- 2) Éviter que ce soit le plaignant au lieu de l'accusé qui subisse un procès;
- 3) Protéger la vie privée du plaignant.

(*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 317)

Le juge Deschênes qualifia ces objectifs de «salutaires» mais, bien qu'il se soit dit prêt à reconnaître que les articles 276 et 277 visaient à promouvoir des objectifs qui seraient «suffisamment importants» pour justifier une violation de la *Charte*, il précisa que les moyens choisis n'étaient pas, à son avis, raisonnables et ne répondaient pas au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes* (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2°) 295, pp. 317-318).

Ce critère repose sur trois éléments. Le premier exige que les mesures soient équitables et qu'il y ait un lien rationnel entre ces mesures et les objectifs visés. Le juge Deschênes reconnaissait que les restrictions imposées par les articles 276 et 277 avaient un lien rationnel avec les objectifs précités mais il est intéressant de noter que dans l'analyse de ce lien il mit l'accent sur l'idée que ces mesures visaient principalement à accorder une protection aux plaignantes.

En d'autres mots, il est rationnel de conclure que ce genre de protection accordée au plaignant dans un cas d'agression sexuelle encouragera les victimes à se présenter et empêchera que le plaignant subisse un procès en protégeant d'une manière générale leur vie privée. (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2°) 295, p. 318)

Cette façon d'analyser le lien rationnel démontre que le juge Deschênes percevait les articles 276 et 277 principalement comme des «mesures protectrices des victimes d'agression sexuelle» leur accordant en quelque sorte des privilèges non prévus pour des victimes d'autres types d'agression. Pourtant, on peut arguer que ces mesures législatives visaient également à rétablir un équilibre entre le droit d'un accusé à un procès équitable et le droit d'une plaignante à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi. On

peut aisément présumer que l'analyse du juge Deschênes aurait pris une direction totalement différente s'il avait perçu les articles 276 et 277 comme des «mesures réparatrices» du tort causé aux victimes d'agression sexuelle par la présentation non restreinte d'une preuve sur leur conduite sexuelle qui n'est pas pertinente aux questions en litige et qui est fortement préjudiciable plutôt que comme des «mesures protectrices» leur accordant des droits supplémentaires «spéciaux» non offerts à d'autres victimes d'actes criminels.

Quant au deuxième élément du critère de proportionnalité sur lequel s'est penché le juge Deschênes, il exige que les moyens choisis par le législateur pour promouvoir ses objectifs portent le moins atteinte possible aux droits et libertés protégés par la *Charte*. Le juge a ici conclu que les articles 276 et 277, malgré les exceptions prévues, n'étaient pas de nature à porter le moins possible atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* et qu'ils outrepassaient donc leurs objectifs (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295, p. 319). Le principal reproche qu'adressait le juge Deschênes à ces dispositions avait trait au fait que le tribunal ne pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire en matière d'admissibilité de la preuve du comportement sexuel et de la réputation sexuelle de la plaignante. En fait, le juge remettait en cause l'intervention du législateur fédéral en arguant qu'il était difficile de comprendre ce qui n'allait pas avec le système établi

sous le régime de l'ancien article 142 du Code criminel. Il cita à ce sujet McWilliams (1984:302) qu'il a traduit ainsi :

Il est difficile de comprendre ce qui n'allait pas avec un pareil critère. Il prévoyait les écarts de la nature humaine et du comportement humain, tout particulièrement pour ce qui est d'une activité aussi irrationnelle que les rapports sexuels entre les sexes.

Doit-on comprendre par cette citation que le juge Deschênes était d'avis que l'agression sexuelle est le résultat «d'écarts de la nature humaine et du comportement humain» plutôt qu'un acte de violence inexcusable perpétré majoritairement par des hommes envers les femmes? Dawson (1988:329) souleva également cette interrogation et souligna que par ces propos le juge Deschênes semblait affirmer que les articles 276 et 277 ne reflétaient pas adéquatement les distinctions à faire entre une violation d'ordre sexuel et une relation sexuelle entre personnes consentantes mais que, par contre, on pouvait faire confiance au pouvoir discrétionnaire judiciaire pour faire ces distinctions et déterminer les éléments constitutifs d'une agression sexuelle.

Comme nous l'avons mentionné à plusieurs reprises, ce désir des juges de recouvrer le pouvoir de décider de l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels de la plaignante se défend très mal en raison des mythes et préjugés sexistes qui continuent d'influencer la détermination judiciaire de la pertinence d'une telle preuve. L'influence de ces préjugés est particulièrement évidente dans le raisonnement du juge Deschênes qui, s'appuyant sur McWilliams, associe l'agression sexuelle à des «écarts de la nature humaine» et qualifie les rapports sexuels entre les sexes

«d'activité irrationnelle». Ces assertions tirent leur source des mythes à l'effet que les femmes qui disent «non» veulent parfois dire «oui» ou encore que les femmes envoient des «doubles messages» par leur comportement, et qu'il est par conséquent difficile pour un homme d'interpréter le consentement.

Ces thèses, à notre avis, nient aux femmes leur droit à l'autonomie sexuelle puisque si l'on souscrit à l'opinion du juge Deschênes, le fait pour une femme de refuser ouvertement son consentement ne suffirait pas à déterminer qu'elle n'a pas consenti aux actes sexuels dont elle se dit être la victime. Encore faudrait-il que ce «non consentement» soit reconnu comme tel par un juge des faits en cours de procès conformément aux normes établies par les tribunaux. Des normes, nous le rappelons, qui n'ont que très peu évolué au cours des deux derniers siècles et qui à l'origine ont été établies par des hommes et pour les hommes puisqu'ils visaient principalement à protéger ceux-ci dans leur droit de propriété à l'égard de leur fille ou de leur épouse tout en s'assurant également que les accusés d'agression sexuelle seraient protégés contre la possibilité de fausses accusations (Clark et Lewis, 1983). Peu importe donc qu'une femme refuse clairement son consentement, ce seraient toujours les normes masculines sur lesquelles repose notre système de justice pénale qui détermineraient si elle a été ou non victime d'une agression sexuelle.

Pour ce qui est du troisième élément du critère de proportionnalité, le juge Deschênes n'y a pas accordé beaucoup

d'attention puisqu'il avait déjà établi que les articles 276 et 277 outrepassaient leurs objectifs. Il se contenta de citer *Le Gallant* [1985] et d'énoncer qu'à son avis «[...] il y a un déséquilibre indu entre les effets préjudiciables des restrictions rigoureuses imposées par les articles 246.6 et 246.7<sup>70</sup> du *Code* et les objectifs visés par ces dispositions» (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2°) 295, p. 320).

Le juge Deschênes de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick conclut donc que les articles 276 et 277 enfreignaient la Charte canadienne des droits et libertés, qu'ils ne pouvaient être sauvegardés en faisant appel à l'article premier, et par conséquent déclara ces articles inopérants. En outre, dans l'attente d'une modification du Code criminel, le juge décida que le procès qu'il devait présider dans cette affaire se déroulerait comme si l'ancien article 142 n'avait pas été abrogé. L'article 142<sup>71</sup>, précisa le juge Deschênes, «[...] fournit un modèle approprié qui permet d'évaluer la preuve offerte quant à sa valeur probante et à son caractère préjudiciable, tout en fournissant au plaignant des moyens adéquats de protection en matière de procédure» (*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2°) 295, p. 321).

Une dernière remarque concernant la solution proposée par le juge Deschênes. Outre le fait qu'il a été démontré que l'interprétation judiciaire de l'article 142 avait eu pour effet

---

<sup>70</sup> Nous rappelons que les articles 246.6 et 246.7 furent renumérotés 276 et 277 lors de la Refonte de 1985.

<sup>71</sup> Voir supra note 60 à la p. 158.

d'accroître les droits d'un accusé de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel et n'avait donc pas respecté les objectifs du législateur, la décision du juge Deschênes de présider le procès comme si l'article 142 n'avait pas été abrogé est également fortement discutable d'un point de vue strictement juridique. Le juge Cusinato dans l'affaire *R. v. Wiseman et al.* [1985:12] avait déjà clairement énoncé qu'il était d'avis que les tribunaux ne devaient pas avoir recours à l'article 142 pour analyser la constitutionnalité de l'article 276, ni choisir de se reposer sur cet article pour déterminer la pertinence de la preuve de la conduite sexuelle passée de la plaignante. Cet argument a également été repris dans l'arrêt *Le Gallant* [1986:288] où le juge Hinkson de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique statua qu'en invalidant l'article 276 et en s'appuyant sur l'approche qui était en vigueur sous l'article 142, la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait commis une erreur qui justifiait l'ordonnance d'un nouveau procès dans cette affaire.

Alors qu'on serait en droit de s'attendre à une certaine uniformité logique, l'arrêt *R. c. Brun* nous montre que dans les faits un juge peut décider à son gré en fonction de ce qu'il pense être une solution souhaitable dans l'affaire qu'il préside. Une solution qui en l'occurrence est de s'appuyer sur un article du Code criminel qui avait été abrogé par le législateur fédéral trois années avant l'affaire en question. La décision du juge Deschênes, à notre avis, vient appuyer l'argument à l'effet qu'il est nécessaire de circonscrire étroitement l'exercice du pouvoir

discrétionnaire judiciaire en matière d'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes.

Voyons maintenant l'arrêt *R. v. Wald* [1989]<sup>72</sup>, rédigé par la juge Hetherington, qui statua également que l'article 276 enfreignait l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* et qu'il ne pouvait être sauvegardé en vertu de l'article premier. Les objectifs visés par cet article, de l'avis de la majorité, sont importants mais ils ne seraient pas suffisamment importants pour justifier une violation du droit d'un accusé à un procès équitable selon les principes de justice fondamentale établis par la *Charte*. L'article 277, par contre, puisqu'il exclut seulement une preuve de la réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante a été jugé constitutionnellement valide par la Cour d'appel de l'Alberta qui a reconnu que ce genre de preuve n'avait aucune valeur probante sur la crédibilité de la plaignante (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 318).

Les faits de l'affaire *Wald* sont particulièrement troublants. Il s'agit d'un appel d'un verdict de culpabilité prononcé envers trois hommes qui avaient été accusés d'agression sexuelle grave, de séquestration, d'usage d'une arme à feu et d'une arme offensive lors de la perpétration d'une infraction criminelle et, dans le cas de deux de ces accusés, d'actions indécentes. Les trois hommes avaient été déclarés coupables à divers degrés de ces chefs

---

<sup>72</sup> Sheehy (1989) ayant fait une analyse, à notre avis, très juste des enjeux et des conséquences de la décision rendue dans cette affaire, nous n'en discuterons donc que brièvement.

d'accusation<sup>73</sup>. Le degré de violence et de coercition utilisé dans la commission de cette agression sexuelle collective était tel qu'il aurait été tout à fait injustifié de présenter une défense fondée sur le consentement réel ou présumé de la plaignante et ce peu importe les antécédents sexuels de cette dernière. Le problème juridique a donc été formulé en fonction d'une violation, purement théorique, du droit d'un accusé de présenter une preuve de conduite sexuelle à l'appui d'une défense fondée sur le consentement.

En l'espèce, la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré l'article 276 inopérant tout en spécifiant que le fait que le juge du procès avait respecté les articles 276 et 277 n'avait pas influencé l'issue du procès. La preuve que désirait présenter les accusés serait, selon la cour, inadmissible même en vertu des nouvelles règles de détermination de l'admissibilité des antécédents sexuels qu'elle a établies (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, pp. 345-346). Le pourvoi fut accueilli et on a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour un tout autre motif. Le juge de première instance aurait, selon la juge Hetherington, commis une erreur en refusant d'admettre le témoignage d'un expert ayant des connaissances liées au domaine de l'amnésie ce qui aurait pu, si le témoignage avait été entendu, influencer l'évaluation de la crédibilité de la plaignante qui avait déclaré avoir perdu la mémoire durant une période de 48 heures suivant l'agression (*R. v.*

---

<sup>73</sup> Un des individus a été déclaré coupable sous les cinq chefs d'accusation mais l'accusation d'agression sexuelle grave a été réduite à celle d'agression sexuelle armée. Un deuxième, Wald, n'a été trouvé coupable que d'agression sexuelle, de la possession d'une arme à feu et d'actions indécentes. Alors que le troisième accusé dans cette affaire n'a reçu un verdict de culpabilité que sous une accusation réduite d'agression sexuelle.

*Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 352). Le verdict de culpabilité a donc été annulé et un nouveau procès a été ordonné ce qui pour la plaignante malheureusement signifie qu'elle aura probablement à subir encore une fois l'épreuve d'un procès.

En ce qui a trait au cadre d'analyse utilisé, la cour a reconnu, dans un premier temps, que l'objet des articles 276 et 277 était constitutionnel et que le législateur par son intervention n'avait pas l'intention de priver l'accusé de son droit à un procès équitable ou d'enfreindre les principes de justice fondamentale garantis par la *Charte* (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 336). L'intention du législateur, selon la juge Hetherington, était d'encourager la dénonciation des infractions sexuelles et d'épargner aux plaignantes l'embarras d'un contre-interrogatoire sur leurs antécédents sexuels lorsque ces questions ne sont pas pertinentes ou lorsque l'effet préjudiciable de ce genre de preuve l'emporte sur sa valeur probante (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 341).

Dans un deuxième temps, la cour d'appel examina l'effet de la loi et en vint à la conclusion que l'article 276 excluait la présentation d'une preuve de «faits similaires» ou fondée sur une défense de croyance sincère au consentement autrement admissible et enfreignait ainsi le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 340). Quant à la justification possible d'une telle violation par le biais de l'article premier de la *Charte*, la juge Hetherington n'a retenu dans son analyse que l'objectif d'éviter à la plaignante

l'embarras d'un contre-interrogatoire sur sa conduite sexuelle et déclara que cet objectif n'était pas suffisamment important pour justifier une violation de l'article 7 et de l'alinéa 11 (d) de la Charte (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, pp. 341-342). La Cour d'appel de l'Alberta déclara donc l'article 276 inopérant conformément à l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Suite à cette décision, la cour d'appel a suggéré des critères d'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes qui, selon la juge Hetherington, respecteraient davantage les valeurs actuelles concernant la pertinence d'une telle preuve (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 344)<sup>74</sup>. Outre les exceptions déjà prévues par l'article 276, le modèle proposé prévoyait l'admissibilité en preuve d'une conduite sexuelle «habituelle» ou d'une preuve de «faits similaires» qui viendraient appuyer une défense fondée sur le consentement réel ou présumé de la plaignante, ou encore une preuve de la conduite sexuelle qui tendrait à prouver que la plaignante ait pu avoir un parti pris ou des raisons de fabriquer une accusation d'agression sexuelle. On proposait également d'admettre en preuve la conduite sexuelle de la plaignante offerte pour appuyer une expertise psychiatrique ou psychologique à l'effet que la plaignante aurait inventé les actes sexuels allégués ou que ceux-ci seraient issus de fantasmes sexuels de la plaignante (*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315, p. 345).

---

<sup>74</sup> Pour définir ce concept «actualisé» de la pertinence, la Cour s'est appuyée sur les lignes directrices suggérées en 1977 par Vivian Berger dans son article «Man's Trial, Woman's Tribulation : Rape Cases in The Courtroom» (77 Col. L. R. 1, pp. 97-99).

Ces critères pour évaluer l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels suggérés par une juge de sexe féminin sont inquiétants et troublants mais, selon Sheehy (1989:745), ils ne devraient pas nous surprendre. Ils témoignent de l'emprise des mythes et des préjugés sexistes à l'égard de la personnalité féminine et de la sexualité des femmes qui depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle marquent l'évolution des lois et des règles de preuve et de procédure en matière d'infractions sexuelles. Les croyances à l'origine du concept juridique de la pertinence, souligne Sheehy (1989:755-756), ne sont en fait que le reflet de la culture patriarcale dominante.

These beliefs are insidious because they are taken for granted and are therefore irresistible to the trier of fact who has absorbed our culture. Seen in this context, the legal construct of «relevance» actually involves the reinforcing of mythologies about rape and women's sexuality (Sheehy, 1989:756).

Ce qui est particulièrement inquiétant, à notre avis, est le fait que des croyances à l'origine sans aucun fondement empirique et factuel, soient élevées au statut de «vérités» par le discours du droit. Le système légal non seulement renforce ainsi les mythes et préjugés à l'égard de l'agression sexuelle et de la sexualité des femmes mais perpétue en fait les rapports sociaux inégaux entre les sexes. Il est en effet difficile d'échapper à la conclusion que les critères proposés par la juge Hetherington projettent toujours l'image classique de la femme «non chaste» comme étant «[...] un "bien public" que tout homme peut s'approprier sans être pénalisé» (Clark et Lewis, 1983:114). Pourtant aucune donnée factuelle, aucune étude n'est présentée pour appuyer la thèse qu'on peut

déduire d'une conduite sexuelle passée si une plaignante a ou non consenti à l'acte en litige ou encore que de par cette conduite sexuelle, la plaignante serait un témoin moins crédible. De même, il a été démontré qu'il n'y a aucune raison de croire que le taux de fausses accusations serait plus élevé dans les cas d'agression sexuelle que pour tout autre délit avec violence (Kinnon, 1981; Sheehy, 1989).

Les critères énoncés témoignent donc, selon nous, d'une profonde méfiance à l'égard des plaignantes dans les causes d'agression sexuelle et font porter la responsabilité de l'agression sur la victime. Si les lignes directrices suggérées par la juge Hetherington étaient appliquées à l'avenir, on serait justifié de craindre un retour en force des règles de preuve qui prévalaient sous la *common law* puisque de toute évidence le caractère de la plaignante serait un élément fondamental du procès. Pour toutes ces raisons, l'arrêt *Wald*, nous l'espérons, sera rejeté par les tribunaux canadiens. A cet égard, nous sommes donc du même avis que Sheehy (1989:750) qui conclut que :

The *Wald* decision utilizes abstraction, undocumented and indeterminate «criteria», and distorted notions of female sexuality in interpreting the concept of «relevance» in relation to offences of sexual assault. For these reasons, I argue that the construction of «relevance» in *Wald* should be rejected unequivocally by Canadian courts.

L'examen de l'arrêt *Wald* complète notre bilan des décisions rendues par les tribunaux canadiens sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 entre janvier 1983 et mars 1991. Le tableau ci-dessous résume les positions adoptées par les juges concernant cette question constitutionnelle.

Vue d'ensemble de la jurisprudence concernant les articles 276 et/ou 277  
[1984-91]

Jugements affirmant la constitutionnalité des mesures adoptées	Jugements mettant en cause (en partie) la constitutionnalité des mesures adoptées	
Argumentation acceptant les limites imposées par la réforme	Argumentation abstraite reconduisant les mythes et stéréotypes	Remarques
<p>Bird &amp; Peebles [1984]</p> <p>Wiseman [1985]</p> <p>Le Gallant [1986] (Appel de Le Gallant, 1985)</p>	<p>Oquataq [1985]*</p> <p>Le Gallant [1985]* (Accusé : homme; victime : jeune garçon)</p> <p>Coombs [1985]</p> <p>Brun [1986]</p> <p>Seaboyer-Gayne [1987]</p> <p>Wald [1989]* (Aggression sexuelle collective et violente)</p> <p>Ward &amp; Tenass [1989]</p> <p>Gebara [1991]</p> <p>McAllister [1991] (Accusé : père adoptif; victime: fille agressée dès l'âge de 6 ans)</p>	<p>Preuve non admissible en espèce</p> <p>Preuve nécessaire pour savoir si la victime est l'agresseur; preuve non admissible en espèce</p> <p>Acceptée à titre exceptionnel</p> <p>Ne réfère pas au cas en espèce; plusieurs circonstances où la preuve devrait être admissible</p> <p>Acceptée à titre exceptionnel; ex. : prostituée/extorsion; fréquentation d'endroits mal réputés</p> <p>Preuve non admissible en espèce mais devrait être admise pour démontrer un comportement habituel, des faits similaires, un partis pris, la fabrication etc,</p> <p>Acceptée à titre exceptionnel; ex. : prostituée ou dévergondée; preuve admise en espèce</p> <p>Preuve non admissible en espèce mais devrait être admise dans le cas des prostituées</p> <p>Dispositions qui ont trait à la procédure violent également la Charte</p>
<p style="text-align: center;">Seaboyer-Gayne [1991] - Cour suprême du Canada [Argumentation abstraite reconduisant les mythes et stéréotypes relatifs à la preuve axée sur le passé sexuel de la victime]</p>		

\* Décisions appuyées en partie sur Scopelliti [1981]. De la même façon qu'on a accepté la preuve d'antécédents de violence de la victime pour fonder la preuve de légitime défense dans un affaire de meurtre, on devrait accepter la preuve des antécédents en matière d'agression sexuelle pour démontrer les «tendances» de la plaignante.

#### 5.2.4 CONCLUSION

Quelles conclusions pouvons-nous tirer de ce bilan? Qu'avons-nous appris sur le processus d'interprétation utilisé par les tribunaux et sur la position adoptée par les juges canadiens par rapport à leur perception de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes?

A première vue, on pourrait être porté à conclure que la majorité des tribunaux canadiens n'ont pas reconnu la validité des restrictions législatives en matière d'admissibilité en preuve du comportement sexuel passé des plaignantes en cours de procès pour agression sexuelle. A notre avis, une telle affirmation est trop générale et doit être nuancée. Les séries d'affaires ayant trait à la constitutionnalité des articles 276 et 277 démontrent en fait que les tribunaux en sont arrivés à des conclusions forts diverses voire même contradictoires. Une constatation qui est cependant difficile à expliquer puisque certains jugements ne comportent qu'une analyse très faible sinon inexistante.

La validité constitutionnelle de l'article 276 et/ou 277 a été reconnue dans trois affaires *Bird et Peebles* [1984], *Wiseman et al.* [1985] et *Le Gallant* [1986]. Cependant, le cadre analytique suivi et les arguments soulevés par le tribunal dans chacune de ces affaires diffèrent sur certains points.

Dans *Bird et Peebles*, le juge Simonsen a comparé les articles contestés aux mesures américaines du même genre et a examiné la jurisprudence et la doctrine américaine en ce domaine. Cette

approche est intéressante puisqu'elle propose une interprétation large de la *Charte* en suggérant que la détermination d'une violation d'un droit et d'une liberté doit non seulement trouver appui et résonance au sein de la société canadienne mais, dans une certaine mesure, également auprès d'autres sociétés libres et démocratiques.

Dans l'affaire *Wiseman et al.*, le juge Cusinato s'appuya principalement sur une comparaison entre les règles en vigueur sous la *common law* et les articles 276 et 277. Par ailleurs, lors de l'analyse de la validité de l'article 277 en vertu de l'article premier, le juge Cusinato ne s'est pas beaucoup détaché de l'approche qu'avaient adoptée par le passé les tribunaux, alors que les contestations constitutionnelles portaient surtout sur la question du partage des pouvoirs prévu par la Loi constitutionnelle de 1867. Notamment, il formula le problème juridique comme étant celui de déterminer si le Parlement avait outrepassé ses compétences en promulguant l'article 277.

Pour ce qui est du cadre analytique appliqué dans *Le Gallant* [1986], celui-ci reposait non seulement sur une comparaison entre l'article 276 et les règles de preuve qui prévalaient sous la *common law* mais mettait également l'accent sur le contexte juridique qui amena le législateur à vouloir rectifier l'interprétation judiciaire donnée à l'ancien article 142<sup>75</sup> par la promulgation de l'article 276.

---

<sup>75</sup> Nous rappelons que l'interprétation donnée à l'article 142 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine* [1980] était venue contrecarrer les objectifs du Parlement qui tentait par la voie de cet article d'équilibrer les intérêts de l'accusé, de l'État et de la plaignante lors d'un procès pour agression sexuelle.

Un point commun de ces trois affaires est la reconnaissance des magistrats de l'intention du législateur fédéral de rétablir un équilibre plus juste entre les intérêts de toutes les parties en cause dans une affaire d'agression sexuelle soit ceux de l'accusé, de l'État et de la plaignante. Les tribunaux, dans ces trois causes, en dépit de leur cheminement différent, ont tous statué que l'article 276 respectait les droits et libertés garantis par l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Quant aux jugements qui ont décrété que les articles 276 et|ou 277 constituaient une violation de l'article 7 et de l'alinéa 11 (d) de la *Charte*, on y retrouve également des différences importantes que ce soit au niveau du raisonnement, de la méthode d'analyse ou même des solutions proposées pour corriger cette violation. Il serait ici trop long de faire état de toutes ces différences, déjà évidentes à la lecture de notre analyse, mais nous tenons néanmoins à attirer l'attention du lecteur sur certains points particuliers.

D'une part, dans toutes ces affaires, l'argument prédominant pour déclarer les articles 276 et|ou 277 inconstitutionnels découlait du fait que ces mesures amputaient le pouvoir discrétionnaire des juges d'évaluer la pertinence et la valeur probante d'une preuve des antécédents sexuels de la plaignante. On semble prendre pour acquis la pertinence d'une telle preuve et le fait que dans certains cas elle pourrait être utilisée de façon appropriée par le juge du procès pour déterminer ce qui s'est

véritablement passé entre l'accusé et la plaignante lors des circonstances énoncées dans l'acte d'accusation.

Une présomption, à notre avis, très inquiétante puisqu'il est apparent à la lecture de certains jugements que malgré une reconnaissance du préjudice causé à la plaignante par les mythes et préjugés sous-jacents aux règles de preuve sous le régime de la *common law*, les juges continuent toujours de s'appuyer dans leur raisonnement sur ces mythes et préjugés pour déterminer la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle<sup>76</sup>. Notre analyse de la jurisprudence nous porte en fait à croire que si on laissait aux juges le pouvoir discrétionnaire de déterminer l'admissibilité de la preuve en question, il serait alors pratiquement impossible de prédire à quelles conclusions ils arriveraient.

Une cour de justice, faut-il le souligner, est une institution humaine, un forum composé d'hommes et de femmes qui, en dépit de leur prétention d'exercer leur pouvoir d'une façon neutre et objective, sont guidés dans leurs interprétations par des principes qui ne sont ni neutres, ni objectifs, ni exempts de l'influence de notre culture patriarcale. Nous croyons donc que l'argument de redonner à la magistrature le pouvoir discrétionnaire de déterminer la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes n'est pas défendable. Au contraire, les jugements rendus sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 témoignent, selon nous, d'une profonde méfiance de la magistrature à l'égard des

---

<sup>76</sup> Voir le tableau à la p. 195.

plaignantes et viennent renforcer la thèse qu'il est nécessaire en matière d'admissibilité en preuve du passé sexuel des plaignantes de définir clairement par une règle de droit le concept de pertinence et de circonscrire étroitement le pouvoir discrétionnaire des juges en ce domaine.

D'autre part, il est intéressant de noter que l'examen des jugements démontre que l'identification des objectifs visés par les articles contestés varie non seulement d'une affaire à l'autre mais également au sein d'un même jugement en fonction de l'étape de l'analyse. Dans les arrêts *Le Gallant* [1985] et *Wald* [1989], par exemple, les juges avaient identifié, à la première étape de l'analyse de l'objet et de l'effet de l'article 276, l'intérêt du législateur à encourager la dénonciation des agressions sexuelles, alors qu'au moment de l'analyse en vertu de l'article premier les juges n'ont alors retenu comme objet que celui d'éviter à la plaignante l'embarras d'un contre-interrogatoire sur sa conduite sexuelle.

Notre propos ici n'est pas de nier qu'il est évidemment difficile de préciser avec certitude quels étaient les objectifs visés par le législateur; ceux-ci étaient en effet nombreux. Nous tenons cependant à attirer l'attention sur le fait que les tribunaux ayant une très grande marge de manoeuvre dans la formulation de l'objet d'une règle de droit, ces objectifs peuvent être définis de diverses manières dépendant de la perception de celui qui les interprète. La détermination des objectifs poursuivis par la disposition contestée est particulièrement importante

puisque les choix effectués par l'interprète à cette étape auront nécessairement un impact sur l'analyse constitutionnelle dans son ensemble et donc sur la conclusion à laquelle arrivera le tribunal.

Notamment, lorsqu'on choisit comme objectif visé par l'article 276 «d'éviter l'embarras aux plaignantes» d'un contre-interrogatoire sur leur conduite sexuelle plutôt que la nécessité de garantir aux femmes le droit à la sécurité de leur personne et à la même protection et au même bénéfice de la loi que toute autre catégorie de personnes, il est évident qu'on en arrivera à des conclusions différentes sur l'importance de l'objectif. La décision prise à cette étape de l'analyse en retour se répercutera inévitablement à l'étape suivante de l'analyse du tribunal qui déterminera si les moyens choisis pour atteindre l'objectif visé sont des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Par ailleurs, l'analyse qu'ont effectuée les tribunaux canadiens de la constitutionnalité des articles 276 et|ou 277, dans bien des cas, se veut «abstraite» et théorique. D'une part, les juges n'ont pas considéré le contexte historique, socio-politique et économique entourant la victimisation sexuelle des femmes et le traitement juridique des infractions d'ordre sexuel. D'autre part, on rend parfois un jugement à partir de cas purement hypothétiques, complètement étrangers aux faits de l'affaire. S'appuyant sur l'application possible des articles en cause plutôt que sur leur application concrète dans le cas en espèce, les juges construisent des cas hypothétiques qui reconduisent les mythes et les

stéréotypes concernant la plaignante et l'agression sexuelle. Certains tribunaux ont ainsi conclu, en s'appuyant sur l'application possible des dispositions contestées à des cas exceptionnels, que les articles 276 et 277 enfreignaient l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* mais ils ont ultérieurement déclaré que dans le cas en espèce la preuve des antécédents sexuels de la plaignante était néanmoins inadmissible puisque son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante ou encore que cette preuve était simplement non pertinente dans l'affaire en question<sup>77</sup> (*Oquataq* 1985, *Le Gallant* 1985, *Wald* 1989, *Gebara* 1991).

De la même façon, on peut reprocher aux tribunaux d'avoir mis l'accent sur une partie seulement de la question constitutionnelle en litige, à savoir les droits des accusés, et de n'avoir porté que peu d'attention aux objectifs du Parlement et aux intérêts des plaignantes. Les tribunaux ont en fait abordé l'analyse de la constitutionnalité des articles 276 et 277 dans l'esprit de l'idéologie libérale classique qui donne priorité aux droits individuels. En l'occurrence, les juges ont donné priorité aux droits de l'accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable protégés par la *Charte* mais ils n'ont porté que très peu d'attention aux droits des femmes à la sécurité de leur personne et à l'égalité de bénéfice et de protection de la loi garantis également par la *Charte*.

Cette approche qui donne une dimension presque exclusivement individualiste à la *Charte* a été critiquée par plusieurs

---

<sup>77</sup> Voir le tableau à la p. 195.

auteur(e)s. Entre autres, Monahan (1987) dénonce l'approche interprétative donnée à la *Charte* qu'il perçoit être teintée par une vision lockéenne ou néo-libérale qui amène les tribunaux à aborder avec méfiance toute législation qui tend à restreindre les droits et libertés individuels (Gosselin, 1991:157). Suivant la théorie de Monahan, la *Charte* trouvera tout son sens lorsque les valeurs collectives recevront le même écho que les valeurs «individualistes» issues du libéralisme classique.

Elle cessera d'être un document unidimensionnel interprété uniquement comme établissant la primauté de l'individu sur la collectivité, pour exprimer également la dimension communautaire ou collective qui y est présente et ainsi l'idéal démocratique qu'elle sous-tend pourra mieux se réaliser (Gosselin, 1991:160).

On peut imaginer que les conclusions des tribunaux sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 auraient possiblement été différentes s'ils avaient reconnu une dimension collective à la *Charte* et s'ils avaient examiné ces mesures législatives comme étant des outils visant à respecter le droit des femmes à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi garantis par les articles 15 et 28 de la *Charte*. En outre, une analyse contextuelle des questions constitutionnelles soulevées aurait pu amener les tribunaux à considérer d'une part les effets des mythes et des préjugés sur la victimisation des femmes et, d'autre part, à examiner les effets particuliers de l'admissibilité d'une preuve de comportement sexuel dans les procès pour agression sexuelle comparativement à d'autres causes criminelles où ce genre de preuve n'a tout simplement aucune application pratique. C'est d'ailleurs ce dont nous discuterons dans le quatrième volet de notre analyse

qui opposera à l'approche adoptée par la majorité des tribunaux l'approche contextuelle, privilégiée par les juges dissidents dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* en appel devant la Cour suprême, qui elle, prend en considération la réalité sociale des femmes face aux délits d'ordre sexuel.

### 5.3 JUGEMENT DE LA COUR SUPREME DU CANADA DANS L'AFFAIRE SEABOYER ET GAYME

Tournons-nous maintenant vers la décision rendue par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada sur la constitutionnalité des articles 276 et 277 dans cet appel du jugement rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans la cause *Seaboyer et Gayme*. Cependant, avant d'examiner les méthodes d'interprétation et les arguments utilisés par les juges de la Cour suprême, nous allons tout d'abord brièvement présenter les positions des intervenants à la cause : l'Association canadienne des libertés civiles et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

### 5.3.1 POSITIONS DES INTERVENANTS À LA CAUSE SEABOYER ET GAYME

Le mémoire présenté à la Cour suprême par l'Association canadienne des libertés civiles traita de la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277 dans une perspective typique du libéralisme classique. On y fait une analyse « abstraite » de l'objet et des effets de ces mesures législatives qui ne prend en compte que les droits individuels de l'accusé sans aucune considération du contexte politique, social et historique entourant la victimisation des femmes et le traitement juridique des infractions d'ordre sexuel.

Dans un premier moment, l'Association canadienne des libertés civiles a reconnu que l'article 277 n'enfreignait pas la *Charte* puisque cette disposition n'éliminait que la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante (1991:7). Cependant, l'article 276, à leur avis, violait l'article 7 et l'alinéa 11 (d) de la *Charte* au motif que cette mesure empêchait l'accusé de présenter une défense pleine et entière. L'article 276, argua l'intervenante, a créé une règle générale d'exclusion, particulière aux infractions sexuelles, qui rend inadmissible une preuve qui selon les cas individuels pourrait être pertinente et venir appuyer une défense de consentement, d'une croyance honnête au consentement ou encore d'une défense fondée sur la présence de motifs raisonnables chez l'accusé pour croire au consentement de la plaignante (1991:8).

Selon l'Association canadienne des libertés civiles, l'article 276 limitait trop sévèrement l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges; un pouvoir qui à leurs yeux est absolument essentiel à la juste détermination de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels. L'intervenante arguait en fait que non seulement l'article 276 violait-il la *Charte* par ses effets mais que l'objet même de cet article était inconstitutionnel.

The purpose of Section 276, based upon its clear wording, is to exclude evidence which may be relevant to the defence of the accused. Such a purpose violates Section 7 and 11 (d) of the Charter (1991:9).

D'autre part, l'association était d'avis qu'une telle violation ne pourrait en aucun cas se justifier en vertu de l'article premier et que quoi qu'il en soit, l'article premier de la *Charte*, selon elle, ne devrait pas s'appliquer lorsqu'il a été établi qu'une mesure législative viole l'article 7 ou l'alinéa 11 (d) de la Charte canadienne des droits et libertés (1991:9).

Par ailleurs, l'Association canadienne des libertés civiles ne croyait pas que l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle puisse être une solution appropriée aux problèmes juridiques que soulevait l'article 276. L'intervenante demandait donc à la Cour suprême d'invalider l'article 276 et de laisser évoluer le droit dans ce domaine en se reposant sur les règles en matière de la pertinence et de l'admissibilité d'une preuve déjà établies et applicables pour tout autre type de délit (1991:20). Enfin, si la Cour suprême le jugeait à propos, l'Association canadienne des libertés civiles se disait d'accord avec l'énonciation de lignes directrices dans le but d'aider le juge du

procès dans l'exercice de sa discrétion en matière d'admissibilité de la preuve. A cet effet, l'intervenante suggérait, entre autres, que soit prévue la tenue d'un *voir dire* où la plaignante pourrait être un témoin contraignable s'il était déterminé que son témoignage est nécessaire et que soient explicitement rejetées les suppositions à l'effet que la «chasteté» ou la «non chasteté» puissent être des indicateurs du consentement ou de la crédibilité de la plaignante (1991:21-22). L'Association canadienne des libertés civiles était d'avis que de telles lignes directrices éviteraient les abus auxquels avaient donné lieu les règles de preuve en ce domaine sous la *common law* tout en respectant le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et son droit à un procès équitable.

Pour ce qui est du Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (Faej), il a abordé la question de l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels de la plaignante dans une perspective féministe qui prend en considération le contexte historique, juridique et socio-politique entourant la victimisation des femmes et des enfants et qui vise clairement à la reconnaissance du droit à l'égalité pour ces groupes défavorisés, soit en l'occurrence du droit à la sécurité de leur personne et à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi garantis par les articles 7, 15 et 28 de la Charte (Faej, 1991:2). Selon le Faej, l'analyse juridique d'une contestation constitutionnelle fondée sur l'article 7 de la Charte, comme c'est le cas dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*, doit reconnaître que l'article 7 vise à protéger toute une

gamme d'intérêts sociaux et individuels, et doit donc inclure non seulement un examen du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière mais également prendre en considération le droit à l'égalité pour les femmes.

Dans son mémoire, le Faej critiqua sévèrement le traitement judiciaire réservé aux victimes d'infractions d'ordre sexuel et dénonça les mythes et stéréotypes sous-jacents aux règles de preuve dans ce domaine du droit. Il demandait également à la Cour suprême du Canada qu'elle tienne compte des conséquences sociales de la violence envers les femmes et les enfants dans son évaluation de la constitutionnalité des articles 276 et 277. L'ampleur de ce phénomène souligna le Faej, en particulier le taux élevé d'agressions sexuelles, limite de façon importante la liberté et l'autonomie des femmes. En fait, selon l'intervenant, la réalité de l'agression sexuelle et la crainte d'être victime d'une telle agression fonctionneraient en quelque sorte comme des mécanismes de contrôle social qui permettent le maintien de rapports inégaux entre les sexes.

Women occupy a disadvantaged status as victims and targets of sexual aggression. Rape and the fear of rape, function cross-culturally as a mechanism of social control over women, enabling men to assert dominance over women and maintaining the existing system of gender stratification. Rape operates as both a symbol and reality of women's subordinate social status to men (Faej, 1991:10).

Dans un tel contexte, l'intervenant maintenait qu'en ce qui concerne les lois applicables aux infractions sexuelles les femmes et les enfants devraient être considérés comme des groupes défavorisés au sens de l'article 15 de la *Charte* puisque, dans

notre société inégalitaire, la réalité est que ce sont ces catégories de personnes qui sont dans la grande majorité des cas les victimes d'agressions d'ordre sexuel. Les articles 276 et 277 devraient ainsi être perçus et analysés comme étant des outils visant d'une part à remédier aux déficiences du système de justice pénale en matière d'agressions sexuelles et, d'autre part, visant à garantir l'égalité entre les sexes. Le Faej définissait donc de la façon suivante les objectifs poursuivis par les articles 276 et 277 :

Sections 276 and 277 were part of a process of change designed to make the criminal justice system more accessible to women and child survivors of sexual assault, to protect their dignity and self-respect within the trial process and to protect their bodily integrity and personal autonomy by improving the odds that their abusers would be brought to justice (Faej, 1991:5).

[...]

These provisions were enacted with the purpose of protecting and enhancing the equality of victims of sexual assault and providing them with equal benefit of the criminal law and equal protection within the criminal justice system (Faej, 1991:7).

Le mémoire du Faej n'ignorait cependant pas l'argument à l'effet que l'accusé doit avoir l'opportunité de présenter une défense pleine et entière mais défendait la position selon laquelle la preuve des antécédents sexuels des plaignantes exclue par les mesures législatives contestées est simplement non pertinente. A l'appui de cet argument, le Faej souligna que la pertinence de ce genre de preuve repose sur des mythes et des stéréotypes qui ne devraient plus avoir leur place dans une société qui se veut égalitaire. Dans les rares cas, mentionna l'intervenant, où une

telle preuve pourrait avoir une valeur probante, celle-ci serait si faible qu'elle ne saurait l'emporter sur son effet hautement préjudiciable (Faej, 1991:14-18).

Le Faej demandait donc à la Cour suprême du Canada de confirmer la validité constitutionnelle des articles 276 et 277. Toutefois, dans l'éventualité d'une analyse de ces mesures en vertu de l'article premier de la *Charte*, le Faej arguait également que les valeurs sous-jacentes à l'article 15 de la *Charte* devaient faire partie intégrante d'une telle analyse. Pour autant que les articles 276 et 277 visent à promouvoir l'égalité des femmes, il était clair, selon l'intervenant, que cet objectif devait être considéré de pair avec l'engagement de la *Charte* envers l'égalité pour les deux sexes. Un engagement qui est reflété à l'article premier puisque l'égalité sexuelle est certainement une valeur essentielle d'une société libre et démocratique. En outre, le Faej argua que les articles 276 et 277 établissaient un équilibre entre les droits de l'accusé et les droits des femmes et des enfants à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi, et que ces mesures législatives étaient donc justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* (Faej, 1991:21-22).

Enfin, le Faej s'opposait au recours à la doctrine de l'exemption constitutionnelle car cette approche redonnerait aux juges le pouvoir discrétionnaire de décider de l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels ce qui, en raison des iniquités persistantes, créerait un climat d'incertitude qui ne permettrait

pas aux femmes d'avoir l'assurance que leurs droits et leurs intérêts seraient respectés par le système de justice pénale (Faej, 1991:24).

Bref, les intervenants à la cause *Seaboyer et Gayme*, l'Association canadienne des libertés civiles et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, ont soutenu des points de vue diamétralement opposés sur la question de la constitutionnalité de l'article 276. L'Association canadienne des libertés civiles demandait à la Cour suprême d'aborder cette question constitutionnelle en adoptant les préceptes du libéralisme classique qui donneraient la priorité aux droits individuels de l'accusé. Alors que le Faej demandait que l'interprétation des mesures législatives contestées tienne compte des mythes et des préjugés sous-jacents à la détermination de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes et qu'elle prenne également en considération les intérêts de tous ceux et celles qui sont affectés par ces mesures afin de s'assurer que la dimension sociale du problème, plus précisément les enjeux sociaux pour les femmes, ne soit pas occultée et mise en veilleuse au profit d'une analyse «abstraite» et théorique du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière.

Voyons maintenant comment les juges de la majorité ont choisi d'interpréter les mesures législatives contestées et les dispositions de la *Charte* en cause, et quels ont été les arguments

utilisés pour invalider ou confirmer la constitutionnalité des articles 276 et 277<sup>78</sup>.

### 5.3.2 DÉCISION MAJORITAIRE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA DANS L'AFFAIRE SEABOYER ET GAYME<sup>79</sup>

Rappelons ici que la Cour suprême du Canada avait à se prononcer sur des pourvois à l'encontre de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289<sup>80</sup>. Les pourvois ont été rejetés et les renvois à procès ont été maintenus au motif que la cour d'appel n'avait pas erré en déclarant que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des articles 276 et 277. Toutefois, la Cour suprême, comme l'avait fait également la cour d'appel, décida d'examiner la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277 en raison, souligna-t-elle, de l'importance de cette question et de l'analyse qui en a été faite par de nombreux tribunaux canadiens d'instance inférieure. La Cour suprême a donc choisi de se prononcer sur les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 276 et 277 du Code criminel contreviennent-ils à l'article 7 et à l'alinéa 11(d) de la *Charte*?

---

<sup>78</sup> Voir l'excellent article de Houle (1992) sur lequel nous nous sommes en partie guidées pour la présentation du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*.

<sup>79</sup> Répertoire *R. c. Seaboyer, R. c. Gayme* [1991] 2 R.C.S. 577.

<sup>80</sup> Voir notre analyse de ce jugement débutant à la page 161.

2. Dans l'affirmative, ces mesures législatives sont-elles sauvegardées par l'article premier de la *Charte*?

3. La doctrine de l'exemption constitutionnelle peut-elle s'appliquer?

4. Advenant la détermination de l'inconstitutionnalité de ces mesures législatives, quelles seraient alors les règles de droit applicables?

La Cour suprême a unanimement maintenu la validité constitutionnelle de l'article 277 au motif qu'il n'y a aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une plaignante et sa crédibilité en tant que témoin (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 581). Cependant, une majorité de sept juges<sup>81</sup> ont statué que l'article 276 était incompatible avec l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte* et qu'il ne pouvait être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. Par ailleurs, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, dissidents en partie, étaient d'avis que l'article 276 ne violait pas la *Charte* puisque la preuve exclue est soit non pertinente, soit extrêmement préjudiciable, et que même s'il était déterminé que cette mesure était incompatible avec l'article 7, celle-ci se justifierait et pourrait être sauvegardée en vertu de l'article premier. Nous verrons l'opinion dissidente rédigée par la juge L'Heureux-Dubé dans le quatrième volet de notre analyse.

Voyons donc dans un premier moment comment les juges de la majorité ont justifié leur décision d'invalider l'article 276 du Code criminel.

---

<sup>81</sup> Les juges de la majorité étaient le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

La décision majoritaire, rédigée par la juge McLachlin, repose sur le test de l'objet et de l'effet de l'article 276 suivant les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] et sur une analyse de cet article en vertu de l'article premier s'appuyant sur le test *Oakes*. L'analyse des questions constitutionnelles soulevées ne tient compte que du contexte juridique et met l'accent principalement sur le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière et son droit à un procès juste et équitable selon les principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 et à l'alinéa 11(d) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Dans un premier temps, la juge McLachlin a analysé l'article 276 en fonction de son objet qu'elle définit être l'abolition des anciennes règles de la *common law* qui permettaient l'admissibilité en preuve d'éléments de la conduite sexuelle d'une plaignante qui n'avaient comme but que d'inférer le consentement ou de rendre moins crédible le témoignage de la plaignante. La juge qualifia cet objet de «louable» bien que ces propos laissent entendre qu'elle n'était pas convaincue que l'intervention du législateur était nécessaire. La situation à laquelle on voulait remédier dérivait, selon elle, d'une «mauvaise utilisation» de la preuve de la conduite sexuelle fondée sur le mythe qu'une femme de moeurs faciles consentirait plus facilement à avoir des rapports sexuels ou qu'elle serait un témoin moins crédible. Un mythe double, souligna la juge McLachlin, qui est aujourd'hui disparu (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 604).

D'autre part, la juge cita trois autres raisons sous-tendant la promulgation de l'article 276 qu'elle qualifiait de «raisons subsidiaires à ce genre de dispositions législatives»:

- 1) préserver l'intégrité du procès par l'élimination d'une preuve n'ayant que peu ou aucune valeur probante
- 2) encourager la dénonciation des infractions sexuelles en éliminant le plus possible les éléments susceptibles de troubler ou gêner la plaignante
- 3) assurer la protection de la vie privée du témoin  
(*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 605)

Les juges de la majorité n'ont en fait accordé que très peu de poids à l'intention du législateur se contentant d'énoncer que les objectifs visés par les articles 276 et 277 étaient conformes à leur conception fondamentale de la justice. Leur préoccupation, indiqua clairement la juge McLachlin, n'était pas l'objet «louable» de ces mesures législatives mais bien leur effet, à savoir s'ils portaient atteinte au droit de l'accusé de présenter adéquatement sa cause et violaient son droit à un procès équitable, un des plus importants principes de justice fondamentale dans notre société (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 606.)

Dans un deuxième moment, l'analyse de la juge McLachlin met donc l'accent sur l'atteinte possible aux principes de justice fondamentale qui résulterait de l'exclusion d'une preuve qui pourrait être pertinente à la défense de l'accusé. L'accent est nettement sur la nécessité de protéger les accusés contre le risque perçu de voir condamner un innocent. Il faut noter qu'au départ, la juge McLachlin avait toutefois reconnu que «[l]es principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont

des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 603). La juge admettait que dans le cadre de l'examen d'une contestation constitutionnelle fondée sur l'article 7, il puisse être justifié de prendre en considération les droits des plaignantes à la sécurité de leur personne et au même bénéfice de la loi au sens des articles 15 et 28 de la *Charte* tel que le suggérait l'intervenant à la cause, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes. Cependant, elle était d'avis qu'une mesure législative qui priverait l'accusé de son droit de présenter une défense pleine et entière violerait la *Charte* indépendamment des autres droits en jeu (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 603-604).

En l'occurrence, la contestation constitutionnelle étant fondée sur la prémisse que l'article 276 empêche un accusé de présenter une défense pleine et entière, la juge McLachlin n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur les arguments présentés en vertu des articles 15 et 28 de la *Charte* concernant la question des droits des femmes à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi. Sous le couvert de l'analyse de la violation probable des principes de justice fondamentale, la décision majoritaire n'a considéré que les intérêts d'une partie en cause, ceux de l'accusé, et a ainsi totalement exclu tout le contexte socio-politique et historique entourant la victimisation sexuelle des femmes et le traitement juridique des infractions d'ordre sexuel.

Elle n'analyse pas les conséquences discriminatoires que peuvent avoir de telles pratiques sur les femmes. Ainsi, c'est le retour à l'idéologie libérale, où les droits individuels de l'accusé auront priorité sur le droit des femmes à l'égalité (Bouchard, 1992:127).

L'analyse de la question de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes par la majorité des juges de la Cour suprême a ainsi fait abstraction de l'effet spécifique de l'admissibilité d'une telle preuve dans un procès pour agression sexuelle comparativement à l'effet et à l'utilité d'une preuve de réputation dans d'autres causes criminelles. La juge McLachlin a traité de la question de la pertinence comme d'un principe fondamental du système de justice pénale d'application uniforme qui permet l'admissibilité de toute preuve logique d'un fait à prouver dans la mesure où la valeur probante de cette preuve n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 612). Les juges de la majorité ont formulé de la façon suivante le problème juridique qui leur était soumis :

[...] quels principes fondamentaux régissent le droit de présenter une preuve pertinente, pour la défense, mais pouvant aussi s'avérer préjudiciable? Deuxièmement, les dispositions attaquées violent-elles ces principes? (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 608-609)

En réponse à la première de ces questions, la juge McLachlin insista sur le fait que le droit de la preuve a depuis longtemps reconnu la complexité des questions soulevées en cours de procès et le fait que pour en arriver à une juste détermination de la pertinence de la preuve il est nécessaire de confier «[...] au juge du procès le soin de déterminer la valeur probante de la preuve par

rapport à son effet préjudiciable possible» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 609). Elle reprochait donc au législateur fédéral d'avoir adopté sous l'article 276 une démarche de «compartmentation» en promulguant une règle générale d'exclusion de la preuve des antécédents sexuels assortie de trois exceptions bien précises. Une telle démarche, selon la majorité, équivaut à prédire la pertinence de la preuve en fonction de catégories pré-établies, ce qui peut résulter en l'exclusion arbitraire d'une preuve qui, selon les circonstances, pourrait être légitime. Cette approche, critiqua la juge McLachlin, ne permettrait pas au juge du procès de distinguer entre les divers objets pour lesquels on peut vouloir présenter une preuve de la conduite sexuelle de la plaignante, soit de déterminer si la preuve offerte est réellement pertinente ou si elle est présentée à des fins non légitimes et trompeuses (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 581).

Il est important ici de noter que le jugement de la majorité semble prendre pour acquis que la preuve des antécédents sexuels peut dans certaines circonstances être pertinente. La position de la Cour est clairement énoncée par la juge McLachlin qui argua qu'en l'absence d'une évaluation de la pertinence de la preuve par le juge du procès, on ne saurait affirmer à priori que les preuves écartées par l'article 276 auraient nécessairement une valeur insignifiante par rapport à leur effet préjudiciable et qu'elles peuvent être exclues en toute équité (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 613). Pour justifier ce point de vue, la juge McLachlin cita certains exemples d'une preuve du comportement

sexuel qui serait nécessaire au déroulement d'un procès équitable et qui devrait être utilisée «[...] nonobstant la possibilité que le jury soit amené à conclure, à tort, à l'existence d'un consentement ou au manque de crédibilité de la plaignante<sup>82</sup>» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 613).

Entre autres, la juge McLachlin maintenait que la preuve de la conduite sexuelle devrait être admise dans les cas suivants : 1) pour appuyer une défense fondée sur la croyance sincère de l'accusé au consentement; 2) pour attaquer la crédibilité de la plaignante au motif que celle-ci aurait eu un parti pris ou des raisons de fabriquer une preuve; 3) pour expliquer les faits matériels présentés par le ministère public; et 4) pour démontrer un mode de comportement habituel en vertu de la règle des faits similaires lorsque, par exemple, la défense allégué que la plaignante est une prostituée qui a tenté d'extorquer de l'argent de l'accusé en le menaçant de porter une plainte pour agression sexuelle (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 613-616).

Par ailleurs, la juge McLachlin arguait que l'objectif ultime du système de justice est la découverte de la vérité et la détermination de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé, et que l'article 276 en écartant une preuve «fort pertinente» pour la

---

<sup>82</sup> Il nous faut souligner ici que l'emploi du terme «plaignante» dans cette citation est une des rares exceptions où la juge emploie le féminin pour désigner la victime d'une agression sexuelle. Dans l'ensemble, le jugement qu'elle a rédigé au nom de la majorité réfère au terme «plaignant» lorsqu'il est question de la personne qui a porté une plainte d'agression sexuelle. L'emploi du masculin, même s'il est conforme au libellé de la loi dans ce domaine et présumé être neutre, occulte, à notre avis, un aspect fondamental de la problématique de la victimisation sexuelle soit le fait que les agressions sexuelles sont majoritairement commises par des hommes et que les victimes sont majoritairement des femmes.

défense allait à l'encontre de cet objectif et enfreignait ainsi les principes de justice fondamentale (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 616). Cette déduction, selon la majorité, est compatible aux décisions rendues par les tribunaux d'autres ressorts<sup>83</sup> qui ont eux aussi jugé nécessaire d'atténuer l'effet de mesures législatives similaires à l'article 276 et au fait que d'autres règles d'exclusion de preuve<sup>84</sup> ont été élargies pour empêcher l'exclusion arbitraire d'une preuve qui pourrait être pertinente (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 625).

Pour ce qui est des buts visés par l'article 276, la Cour déclara que l'incitation au dépôt de plaintes ne pouvait justifier l'exclusion de preuves «convaincantes» à l'appui de la défense et qu'en aucun temps la protection de la vie privée ne saurait l'emporter sur le droit constitutionnel à un procès équitable (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 617). A l'appui de cet argument, la juge McLachlin cita Doherty (1984) qui avait déjà argué que lorsqu'une «[...] preuve est suffisamment forte, le témoin doit supporter un certain degré d'embarras, voire un traumatisme psychologique. Cette dure réalité doit être acceptée comme une partie du prix à payer pour que seuls les coupables soient condamnés» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 618).

---

<sup>83</sup> La juge McLachlin réfère ici aux tribunaux des États-unis, d'Angleterre et d'Australie.

<sup>84</sup> Il existe de nombreuses règles de preuve qui limitent le droit de présenter une preuve pertinente, par exemple les règles contre le oui-dire, le témoignage d'opinion et la preuve de moralité ainsi que les règles régissant le privilège à l'égard des indicateurs de police ou encore du secret professionnel de l'avocat etc.

La majorité des juges de la Cour suprême conclurent donc que l'article 276 pouvait entraîner l'exclusion d'une preuve, par ailleurs admissible, qui pouvait être pertinente pour la défense et portait ainsi atteinte aux principes de justice fondamentale en restreignant la capacité du tribunal de découvrir la vérité et de rendre justice (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 620).

Pour atteindre son but, c'est-à-dire abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, cet article va au-delà de ce qui est nécessaire et rend inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d'une défense légitime et, partant, à la tenue d'un procès équitable. Pour que le juge et le jury ne puissent tirer d'inférence illégitime à partir de la preuve, l'art. 276 exige que l'on coure le risque réel de voir condamner un innocent. C'est payer trop chèrement l'avantage obtenu, et cette situation ne saurait être tolérée dans une société qui n'approuve aucunement la condamnation d'un innocent.

(*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 625)

Ayant déterminé que l'article 276 violait les droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte*, la Cour s'est par la suite livrée à une analyse de cette mesure législative fondée sur l'article premier de la *Charte* suivant les principes qu'elle avait énoncés dans l'arrêt *Oakes* [1986]. La juge McLachlin a reconnu dans un premier temps que l'objectif visé par cette disposition se rapportait à des préoccupations urgentes et réelles et qu'il y avait un lien rationnel entre l'article 276 et l'objectif d'abolir l'usage sexiste et dépassé d'éléments de preuve sur le comportement sexuel de la plaignante. Cependant, la juge McLachlin était d'avis que l'article 276 avait une portée trop large puisqu'il permettait que soit exclue une preuve pertinente dont la valeur probante ne serait pas nécessairement surpassée par

son effet préjudiciable. La Cour décréta donc que l'article 276 ne respectait pas le critère de l'atteinte minimale au droit protégé par la *Charte* formulé dans l'arrêt *Oakes* (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 626).

Enfin, la juge McLachlin déclara qu'il y avait un déséquilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable de ces mesures sur le procès. Bien que la juge ait admis que «[...] le législateur doit bénéficier d'une certaine marge de manoeuvre, notamment lorsqu'il tente de trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents dans la société», qu'elle percevait en l'occurrence être entre l'accusé et le ministère public, elle conclut qu'il n'avait pas su trouver ce point d'équilibre (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 626). L'article 276 ne pouvait donc pas, selon la Cour, être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

La Cour examina par la suite la possibilité de faire appel à la doctrine de l'exemption constitutionnelle pour palier aux problèmes soulevés par l'article 276. La juge McLachlin rejeta cette solution pour trois motifs principaux. Premièrement, l'application de cette doctrine ne permettrait pas, selon elle, de respecter le sens de l'article 276. En d'autres mots, «[e]lle incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 628). D'autre part, la doctrine de l'exemption constitutionnelle, si elle était appliquée, risquerait de donner lieu à un retour en force des

règles concernant la pertinence de la preuve de la conduite sexuelle de la plaignante qui existaient sous la *common law*. Troisièmement, il serait difficile, selon la Cour, d'appliquer une telle solution qui, entre autres, aurait pour effet d'imposer à l'accusé le fardeau de démontrer que l'exclusion de la preuve dans son cas serait inconstitutionnelle (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 628-629). La majorité des juges ont ainsi décidé qu'il était nécessaire de déclarer l'article 276 inopérant en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Cependant, la Cour suprême croyait qu'il était important d'indiquer en quelque sorte au législateur comment il pourrait trouver un point d'équilibre entre les divers intérêts en jeu dans cette affaire. Étant convaincue que les règles de preuve en *common law* devaient être adaptées aux normes sociales actuelles, la juge McLachlin énonça certaines lignes directrices qui devraient, de l'avis de la Cour, guider l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Pour résumer l'approche de la Cour, la juge McLachlin cita Berger (1977) sur laquelle s'était également appuyée la juge Hetherington dans l'affaire Wald [1989]<sup>85</sup> :

Le problème est d'arriver à une attitude se situant entre des règles législatives rigides et un pouvoir judiciaire absolu : on risque, dans le premier cas, de porter atteinte aux droits des défendeurs, dans le second, d'ignorer les besoins des plaignants<sup>86</sup> (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 631).

---

<sup>85</sup> Voir notre analyse de cet arrêt débutant à la p. 189.

<sup>86</sup> Il est intéressant de noter qu'on réfère dans cet extrait aux «droits des défendeurs» qu'on oppose aux «besoins des plaignants». Les plaignants qui, soulignons-le, dans la majorité des cas sont des plaignantes, n'ont-elles aucun droit?

En matière de recevabilité de la preuve de la conduite sexuelle, l'accent, souligna la juge McLachlin, devait donc être mis sur l'utilisation qu'on veut faire d'une telle preuve de manière à permettre l'admissibilité d'une preuve dont la valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable et, le cas échéant, permettre l'exclusion d'une utilisation illégitime de ce genre de preuve. Les lignes directrices<sup>87</sup> suggérées par la juge McLachlin étaient les suivantes :

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait :
  - a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès;
  - b) moins digne de foi comme témoin.
  
2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

A titre d'illustration seulement, voici quelques exemples de preuve admissible :

(A) La preuve d'actes sexuels précis tendant à établir qu'une personne autre que l'accusé a causé les conséquences physiques du viol allégué par la poursuite;

---

<sup>87</sup> A quelques modifications près, les lignes directrices proposées par la Cour suprême du Canada tiraient leur source d'un modèle de recevabilité de la preuve présenté dans un article de doctrine américaine d'Harriet R. Galvin (1986).

(B) La preuve d'actes sexuels tendant à établir l'existence d'un préjugé ou d'un motif de fabrication d'une preuve par le plaignant;

(C) La preuve d'un comportement sexuel antérieur, connu de l'accusé au moment de l'acte reproché, tendant à établir que l'accusé croyait que le plaignant consentait à l'acte reproché (sans fixer de règles absolues, on peut s'attendre à ce qu'il y ait une certaine proximité dans le temps entre la conduite dont on allègue qu'elle a donné lieu à une croyance sincère et la conduite reprochée);

(D) La preuve d'un comportement sexuel antérieur qui satisfait aux normes d'admissibilité de la preuve d'actes similaires, sous réserve qu'une telle preuve ne peut être utilisée légitimement à la simple fin de démontrer que le plaignant avait donné son consentement ou n'est pas un témoin digne de foi;

(E) La preuve tendant à repousser une preuve préalablement présentée par la poursuite portant sur le comportement sexuel du plaignant;

3. Avant d'admettre une preuve de consentement de la victime à des rapports sexuels, il faut établir par la tenue d'un voir-dire (qui peut avoir lieu à huis clos) sur affidavits ou témoignages de l'accusé ou de tiers, que l'utilisation projetée de la preuve d'un autre comportement sexuel est une utilisation valide.
4. Lorsque la preuve que le plaignant a eu des rapports sexuels à d'autres occasions est admise au cours d'un procès devant jury, le juge doit mettre le jury en garde contre la déduction de la preuve des rapports eux-mêmes que le plaignant a pu consentir à l'acte allégué ou qu'il est moins digne de foi. (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 634-636)

Ces lignes directrices, selon la Cour suprême, imposaient une double responsabilité au juge du procès. Ce dernier devait faire montre d'une plus grande sensibilité dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire afin d'empêcher une conduite abusive du défendeur et l'utilisation illégitime d'éléments de preuve qui ne viendraient pas appuyer logiquement la défense présentée. Deuxièmement, le juge devait donner au jury des directives sur l'utilisation appropriée de la preuve offerte et le mettre en garde contre toute inférence interdite quant au consentement ou à la crédibilité de la plaignante (R. c. *Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 634).

Le problème évident que soulèvent, selon nous, certains des exemples énoncés par la Cour est qu'ils continuent de s'appuyer sur les mythes et stéréotypes traditionnels à l'égard de l'agression sexuelle et de la plaignante. Des mythes et stéréotypes, rappelons-le, que la juge McLachlin disait aujourd'hui disparus. Les exemples choisis par la juge à titre d'illustration aux paragraphes (b), (c) et (d) reconduisent, à notre avis, les mythes et les préjugés à l'effet que les fausses accusations sont plus fréquentes en matière d'agressions sexuelles, que les femmes ont tendance à mentir et à fabriquer des fausses allégations pour protéger leur réputation ou pour des motifs de vengeance, de chantage ou de jalousie, ou encore que les femmes sont des objets sexuels à la disposition des hommes qui peuvent démontrer qu'ils étaient au courant de leur comportement sexuel antérieur.

D'autre part, on peut également critiquer le fait que ces lignes directrices redonnent un très grand pouvoir discrétionnaire

au juge du procès. Cela ne peut que nous étonner et nous paraître contradictoire puisqu'un des arguments principaux utilisés plus tôt par la Cour, pour justifier l'exclusion de la doctrine de l'exemption constitutionnelle, était justement lié au fait que son application ne respecterait pas l'intention du législateur en introduisant un élément qu'il avait spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge<sup>88</sup>.

Ces lignes directrices, si elles étaient appliquées, n'aideraient nullement les juges à découvrir «la vérité» mais serviraient plutôt, selon nous, à perpétuer et à justifier les pratiques discriminatoires à l'égard des victimes d'agression sexuelle qui nient à l'ensemble des femmes leur droit à l'autonomie sexuelle et à la sécurité de leur personne.

Que peut-on conclure de l'approche analytique et des arguments utilisés par la Cour suprême du Canada dans cette affaire touchant la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277?

Dans un premier temps, nous pouvons constater que la Cour suprême a interprété les intérêts et les droits en cause de manière très étroite. Cette approche interprétative, que Dawson (1988) qualifie de «légaliste libérale», exclut le contexte socio-politique et historique de l'analyse constitutionnelle. Elle s'appuie sur une interprétation stricte des règles de droit générales, présumées neutres et objectives, régissant la

---

<sup>88</sup> Voir la citation de la juge McLachlin dont nous avons fait mention ci-dessus à la p. 222.

détermination de la pertinence et de la recevabilité d'une preuve dans une affaire criminelle.

Plusieurs critiques peuvent être formulées à l'égard de la méthode d'interprétation utilisée par les juges de la majorité. D'une part l'agression sexuelle, nous en avons déjà discuté, ne peut être comparée à toute autre affaire criminelle. Il s'agit d'une infraction commise dans la majorité des cas par un homme envers une femme et qui a un taux de dénonciation, de poursuite et de déclaration de culpabilité parmi les plus bas de tous les délits avec violence (Clark et Lewis, 1983; Kinnon, 1981; Sheehy, 1989). En choisissant de se concentrer sur l'égalité dans la forme de la loi, la Cour suprême a ignoré, selon nous, les réalités de l'inégalité flagrante dont sont encore victimes les femmes en ce domaine du droit et n'a pas pris en considération l'impact important que peut avoir la crainte constante d'être victime d'une agression sexuelle sur la vie quotidienne des femmes<sup>89</sup>.

Par ailleurs, nous nous opposons à l'approche legaliste libérale, adoptée par la Cour, car celle-ci masque l'androcen- tricité des critères juridiques sur lesquels repose le droit de la preuve. Des critères, rappelons-le, qui ont été développés par des hommes et qui endossent une conception masculine de la justice et

---

<sup>89</sup> Il faut souligner que ces arguments ne supposent pas que les femmes sont des victimes naturelles ou que tous les hommes sont des agresseurs en puissance ni que la crainte d'une victimisation a un impact comparable sur toutes les femmes indifféremment de leur âge, de leur statut et de leur rang social, ou de leur origine ethnique. Ces arguments sont soulevés dans le but d'attirer l'attention sur la vulnérabilité incontestée des femmes à être victimes d'une agression sexuelle et sur le fait qu'il est essentiel de tenir compte de l'inégalité entre les sexes et du contexte factuel entourant les infractions sexuelles lors de l'analyse des règles de preuve en ce domaine du droit.

des rapports sociaux entre les sexes. Le point de vue et l'expérience des femmes concernant la victimisation sexuelle dont elles sont majoritairement victimes sont ainsi exclus de l'analyse juridique au profit d'une analyse « abstraite » du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Comme le dit si bien Dawson :

In relation to sexual conduct evidence, the liberal construction of the issue is that of an abstract right of an accused to present a « full answer and defence » (Dawson, 1988:315).

[...]

[...] the discourses of liberal legalism in which the evidentiary restriction of the Code have been challenged continue to limit consideration of women's experiences of sexual violation and proceed from assumptions inimical to women's autonomy.

[...]

This is the extent to which it has been constructed without incorporating women's gender-specific experience from women's perspective. It is a law which has regulated masculinist relations rather than human relations (Dawson, 1988:332-333).

La juge McLachlin, au nom de la majorité, s'est en effet concentrée sur les droits de l'accusé et n'a accordé virtuellement aucune considération aux droits des femmes à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi garantis par les articles 15 et 28 et au droit à la sécurité de leur personne protégé par l'article 7 de la *Charte*. En rendant une décision fondée sur une application stricte du droit en ce domaine, la juge McLachlin n'a pas considéré les éléments de preuve sociologiques que lui avait soumis le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, et a négligé un élément fondamental de la problématique : le caractère systémique

de la discrimination fondée sur le sexe. La Cour suprême, dans son analyse, a ainsi fait abstraction des revendications politiques des femmes en relation à l'inégalité des sexes et, de façon particulière, des revendications concernant les répercussions collectives des pratiques discriminatoires des tribunaux. Elle n'a accordé que très peu d'importance au préjudice que subissent les plaignantes en raison des règles de preuve appliquées lors des procès pour agression sexuelle et elle n'a pas mis en cause la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Les enjeux des questions constitutionnelles soumises à la Cour ont ainsi été désincarnés de leur véritable substance et transformés en arguments juridiques abstraits qui ont été débattus par la Cour comme si toutes les parties en cause étaient en situation d'égalité.

Par contre, une ouverture d'esprit aux données sociologiques concernant le phénomène de la victimisation sexuelle des femmes aurait pu amener la Cour à évaluer les effets inévitables et discriminatoires qui résultent d'une interprétation étroite des droits et libertés protégés par l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte*. Une interprétation fortement critiquée par Houle (1992) qui lui reproche d'avoir négligé les droits d'un segment important de la société, soit les droits des femmes en tant que groupe défavorisé au sens de l'article 15. On peut arguer également qu'il aurait été possible pour la Cour suprême d'adopter, comme le suggère Grant (1989:600), une approche positive à l'égard des droits garantis par l'article 7 (*positive rights approach*) qui

n'aurait pas mis l'accent seulement sur la possible violation des droits de l'accusé mais qui aurait aussi tenu compte du besoin de protéger et de promouvoir le droit des femmes à la sécurité de leur personne. Dans le contexte particulier des questions constitutionnelles soulevées dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*, la reconnaissance du préjudice systémique que subissent les femmes victimes d'agression sexuelle et l'ensemble des femmes en tant que classe potentielle de plaignantes aurait donc dû, selon nous, être un élément fondamental de l'analyse de la constitutionnalité de l'article 276. Houle (1992:201) abonde dans le même sens lorsqu'elle écrit :

[...] une démonstration selon l'article 15 appuyée de l'article 28 aurait suffi à établir que les principes de justice fondamentale comprennent aussi le droit à la protection égale de la loi au même titre que le droit à un procès équitable. Une approche accrochée aux valeurs traditionnelles est irréaliste et dangereuse lorsque ces valeurs ont pour effet d'ignorer les intérêts de tout un segment de la société, en l'occurrence ceux des femmes.

Cette démonstration a été clairement faite par la juge L'Heureux-Dubé qui a écrit les motifs de dissidence dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*; des motifs auxquels souscrivait également le juge Gonthier. Nous allons donc maintenant voir comment la juge L'Heureux-Dubé a choisi d'analyser la question de la constitutionnalité des articles 276 et 277. En accord avec Houle (1992), nous croyons que l'opinion dissidente est en effet plus convaincante et qu'elle respecte davantage l'intention qu'avait le législateur fédéral en promulguant ces mesures ainsi que les intérêts de toutes les parties en cause.

#### 5.4 OPINION DISSIDENTE DES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET GONTHIER DANS L'AFFAIRE SEABOYER ET GAYME À LA COUR SUPREME DU CANADA<sup>90</sup>

La juge L'Heureux-Dubé adopta, dans son analyse des questions constitutionnelles soulevées par les articles 276 et 277, une approche contextuelle qui permet de mieux saisir quelle était l'intention du législateur en promulguant ces mesures législatives et d'avoir également une vision plus globale des intérêts en jeu dans cette affaire. Pour en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens, souligna la juge L'Heureux-Dubé, il est nécessaire de prendre en considération le contexte politique, social et historique entourant les questions constitutionnelles soumises à la Cour suprême. En l'occurrence, la Cour se devait en particulier «[...] d'examiner la prévalence et l'impact des croyances discriminatoires sur le déroulement des procès pour infractions d'ordre sexuel» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 647).

La juge L'Heureux-Dubé procéda donc dans un premier temps à l'examen des particularités touchant les infractions d'ordre sexuel en insistant sur le fait que l'agression sexuelle est différente de tout autre type de délit. D'une part, souligna-t-elle, il s'agit d'une infraction perpétrée majoritairement contre une femme par un homme et par ailleurs, l'agression sexuelle a la caractéristique particulière de soulever des réactions sociales et juridiques

---

<sup>90</sup> Nous rappelons que le juge Gonthier a souscrit à l'opinion dissidente rédigée par la juge L'Heureux-Dubé mais pour alléger le texte nous ne référons qu'à cette dernière dans notre analyse.

nettement discriminatoires à l'égard des femmes. La juge L'Heureux-Dubé démontrait, entre autres, que les mythes et les stéréotypes concernant la sexualité des femmes et des hommes et concernant l'agression sexuelle ont une influence importante sur le taux de dénonciation, sur la réception et le traitement des plaintes d'agression sexuelle par les corps policiers et sur les taux de poursuite et de déclaration de culpabilité qui selon certaines études, seraient parmi les moins élevés de tous les crimes violents (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 649).

La juge L'Heureux-Dubé soulignait également que l'appréhension d'un traitement judiciaire partial et stéréotypé était un facteur inhibiteur important dans la décision d'une femme de ne pas déclarer aux autorités le fait qu'elle ait été victime d'une agression sexuelle. Elle dénonçait également le fait que les décisions des policiers de reconnaître le fondement d'une plainte et la décision du ministère public d'intenter une poursuite s'appuient largement sur des conceptions populaires erronées à l'égard du profil du violeur «type» et de la victime «type» qui reposent sur des visions stéréotypées de la moralité et de la sexualité des femmes (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 650-651). Même lorsqu'une plainte d'agression sexuelle survit à ce processus de filtrage initial, les mythes et stéréotypes, insista la juge, continuent de jouer un rôle important en cours de procès alors que la bonne ou mauvaise réputation de la victime, la race du défendeur et la moralité générale de la plaignante sont parmi les facteurs clés qui influenceront le verdict et la sentence (*R. c.*

*Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 661-662). En outre, la juge L'Heureux-Dubé soulignait qu'il est reconnu que les antécédents sexuels de la plaignante sont utilisés par la défense pour discréditer cette dernière et lui faire porter la responsabilité du délit perpétré envers elle. Les mythes entourant l'agression sexuelle auraient ainsi également pour effet, selon la juge, de dénaturer les questions en litige et par conséquent l'issue du procès (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 664).

La juge L'Heureux-Dubé, contrairement à l'opinion des juges de la majorité, ne croyait donc pas que ces mythes soient aujourd'hui disparus mais elle reconnaissait plutôt qu'ils présentent toujours des obstacles considérables pour les plaignantes et qu'ils sont en fait très difficiles à éliminer puisqu'ils sont ancrés dans les conceptions populaires et opèrent à un niveau de conscience difficile à attaquer (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 654). Des mythes et stéréotypes d'autant plus inquiétants qu'ils sanctionnent en quelque sorte la victimisation sexuelle des femmes et des enfants qui, selon certaines données, ne cesseraient de croître. Bien qu'il soit impossible de mesurer avec exactitude le taux réel de victimisation, la juge L'Heureux-Dubé arguait que les nombreuses études empiriques sur le processus de filtrage des plaintes d'agression sexuelle par le système de justice pénale ainsi que les sondages de victimisation et autres données sociologiques<sup>91</sup> permettent de croire que les femmes continuent

---

<sup>91</sup> Il faut noter que la juge L'Heureux-Dubé effectue une analyse étendue du contexte social entourant l'agression sexuelle, particulièrement du rôle que jouent les mythes et les stéréotypes à toutes les étapes du processus pénal. Elle s'appuie pour ce faire sur de nombreux documents extrinsèques : articles sociologiques, articles de doctrine, rapports de commissions d'enquête, débats de l'assemblée législative, minutes des comités juridiques etc.

d'être victimisées en nombre alarmant et que ce taux élevé serait effectivement à la hausse (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 649).

Enfin, la juge L'Heureux-Dubé soulignait une autre particularité du phénomène de l'agression sexuelle, souvent ignorée mais néanmoins fort importante : les effets de l'ampleur du problème de la violence envers les femmes sur le vécu quotidien de l'ensemble de la population féminine. Des recherches récentes sur la peur du crime auraient en effet démontré que «[p]eut-être plus que dans le cas de tout autre crime, la crainte et la réalité constante de l'agression sexuelle influent sur la façon dont les femmes organisent leur vie et définissent leurs rapports avec l'ensemble de la société» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 649). Selon la juge, une diminution ne serait-ce que modérée des activités sociales des femmes par crainte d'une victimisation violente réduit leur sens d'autonomie personnelle et peut avoir des incidences négatives sur la qualité de la vie en général (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 653). Ce contexte social particulier entourant l'agression sexuelle devait donc absolument, selon l'opinion dissidente, être considéré lors de la détermination de l'objet et des effets de l'article 276 et des questions constitutionnelles en jeu.

La juge L'Heureux-Dubé poursuit son analyse en examinant comment les mythes et les stéréotypes touchant l'agression ont mené à l'élaboration et à l'application de règles de preuve et de procédure discriminatoires à l'égard des plaignantes et comment,

depuis les années 70, le législateur fédéral a tenté de lutter contre ces pratiques discriminatoires. Elle reprochait, entre autres à la *common law* d'avoir consacré «[...] les mythes et les stéréotypes en formulant des règles qui rendaient extrêmement difficile pour la plaignante d'établir sa crédibilité et donc de repousser toute question et spéculation quant à sa "moralité" ou à sa "réputation"» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 665). Sous la *common law*, la plaignante était en effet perçue avec méfiance et scepticisme par les tribunaux et était ainsi traitée différemment des plaignants dans d'autres causes criminelles. De l'application des principes du concept juridique de la pertinence comme permettant la présentation en preuve du comportement sexuel de la plaignante à la doctrine de la plainte spontanée et à la règle de corroboration, cet ensemble unique de règles de preuve, souligna la juge L'Heureux-Dubé, reposait sur des mythes et stéréotypes concernant l'agression sexuelle et la moralité et la crédibilité des femmes qui devaient être rejetés (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 667-670).

L'intention du législateur en promulguant l'article 276 devait donc être déterminée en tenant compte de ce large contexte juridique et des interventions législatives antérieures pour modifier les règles de preuve et autres règles de droit qui accordaient une «reconnaissance juridique» à ces conceptions stéréotypées (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 670). Une analyse globale du contexte juridique permet, selon la juge L'Heureux-Dubé, de comprendre que le premier effort de réforme

intenté par le législateur en 1976 visait à éliminer certaines règles et pratiques discriminatoires courantes dans les procès pour infraction sexuelle. D'autre part, l'examen du contexte démontre également que le législateur est à nouveau intervenu en 1981 et qu'il proposa cette fois une série de réformes importantes à l'ensemble des dispositifs pénaux touchant les infractions d'ordre sexuel en raison, entre autres, de la décision *Forsythe c. La Reine* [1980] qui vint contrecarrer les objectifs visés par la réforme de 1976. Les principes fondamentaux et les objectifs de cette deuxième intervention législative devaient, selon la juge, être pris en considération dans la détermination des objectifs poursuivis par l'article 276.

Ces principes, nous l'avons vu, étaient la protection de l'intégrité de la personne, la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes, la défense des bonnes moeurs et l'élimination de la discrimination sexuelle<sup>92</sup> (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 675). Quant aux objectifs précis de cette réforme, ils étaient évidemment nombreux mais la juge L'Heureux-Dubé soulignait qu'il était clair que cette réforme visait à abolir l'iniquité de la loi alors en vigueur qui plaçait un poids injuste sur les plaignantes, à encourager les victimes à porter plainte et à assurer à tous une protection égale devant la loi (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 674-678).

---

<sup>92</sup> La juge L'Heureux-Dubé s'appuie ici sur les propos de l'honorable Jean Chrétien, à l'époque ministre de la Justice et procureur général du Canada, tenus devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques le 22 août 1982.

L'objet de l'article 276, selon la juge L'Heureux-Dubé, s'inscrivait clairement dans la lignée de ces grands objectifs que poursuivait le législateur dans cette deuxième réforme du Code criminel en matière d'infractions d'ordre sexuel. Outre l'accroissement des plaintes d'agression sexuelle et l'élimination de la discrimination sexuelle, l'article 276, mentionna la juge, avait également comme objectif la rationalisation des procès en ne permettant pas qu'une preuve « envahissante et préjudiciable » sur le comportement sexuel et sur la réputation sexuelle de la plaignante ne soit admise à l'exception des cas où cette preuve serait suffisamment liée aux questions juridiques en litige (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 677-678).

On peut donc arguer sans un trop grand risque d'erreur, comme l'ont fait d'ailleurs Grant (1989) et Houle (1992), que le législateur est intervenu pour interdire la preuve de la conduite sexuelle de la plaignante parce que celle-ci était tout simplement non pertinente et qu'elle était hautement préjudiciable au déroulement des procès pour agression sexuelle. La promulgation d'une règle générale d'exclusion assortie de trois exceptions suggère également que le législateur visait à donner aux plaignantes une certitude accrue par rapport à la loi antérieure. Dorénavant, le procès porterait sur l'acte d'accusation et non pas sur sa vie sexuelle antérieure. Le législateur reconnaissait donc implicitement l'incapacité du judiciaire à se débarrasser des mythes et des stéréotypes sous-jacents à la détermination de la pertinence et de la valeur probante de la preuve des antécédents

sexuels des plaignantes. La juge L'Heureux-Dubé soulignait avec justesse que quel que soit le test pour définir la pertinence «[...] qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 679). Quoique l'on puisse prétendre que la détermination de la pertinence est fondée sur un critère «neutre», les effets de son application dans le domaine du droit en matière d'infractions d'ordre sexuel démontrent clairement, selon la juge, que le concept juridique de la pertinence a mené à des pratiques discriminatoires à l'égard des plaignantes (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 681).

L'intervention du législateur, selon l'opinion dissidente, était donc non seulement «louable» mais essentielle si l'on voulait mettre fin à la discrimination sexuelle en ce domaine du droit. En fait, soulignait la juge L'Heureux-Dubé, le législateur avait laissé une marge de manoeuvre assez importante à la défense en prévoyant trois exceptions à la règle générale d'exclusion et en permettant que la preuve de la conduite sexuelle antérieure de la plaignante avec l'accusé soit *prima facie* admissible (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 681-682). Elle concluait donc que les preuves exclues par l'article 276 et|ou l'article 277 étaient tout «[...] simplement non pertinentes dans un contexte de prise de décision non fondée sur les mythes et les stéréotypes» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 682).

Pour ce qui est des exemples de preuves présumées pertinentes et qui, selon les arguments de la majorité, seraient exclues par

l'article 276, la juge L'Heureux-Dubé arguait qu'ils reposaient en grande partie sur l'acceptation de stéréotypes sur les femmes et l'agression sexuelle et que par ailleurs certains de ces exemples étaient fondés sur une interprétation erronée de la portée des exceptions prévues par la loi (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 683-684). Dans les affaires *Coombs* et *Oquataq* [1985], par exemple, la preuve du comportement sexuel de la plaignante que désirait présenter la défense était liée à la preuve des blessures subies par cette dernière qu'avait présentée le ministère public. Cette preuve, selon la juge, aurait dû être jugée admissible en vertu de l'alinéa 1(a) de l'article 276<sup>93</sup> (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 685).

Par ailleurs, la juge L'Heureux-Dubé réfutait également l'argument de la majorité à l'effet que l'article 276 excluait une preuve qui pourrait être pertinente à la défense d'une croyance sincère mais erronée au consentement. D'une part, l'alinéa 1(c) qui prévoit l'admissibilité «d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de

---

<sup>93</sup> Sur ce point, nous sommes en désaccord avec les exemples choisis par la juge L'Heureux-Dubé car l'al.1 (a) prévoit l'admissibilité «d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant». Dans les affaires *Coombs* et *Oquataq*, la preuve présentée par le ministère public portait sur les blessures subies par les plaignantes lors d'une agression sexuelle et non pas, à notre connaissance, sur leur comportement sexuel. Toutefois dans l'affaire *Coombs*, la preuve que désirait présenter la défense visait semble-t-il à établir l'identité de l'agresseur. Il pourrait ainsi être argué que l'al. 1(b) de l'art. 276 aurait pu permettre l'admissibilité d'une telle preuve puisqu'il fait exception «de la preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation». Le juge Steeles décida, cependant, que cet alinéa ne s'appliquait pas puisqu'il ne visait qu'un comportement d'autrui qui aurait eu lieu à l'occasion et à la date spécifiques mentionnés dans l'accusation alors que dans l'affaire *Coombs* la preuve visait des actes qui auraient été posés un jour plus tard.

l'accusation [...]» laisse, selon l'opinion dissidente, amplement place à cette défense (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 688). D'autre part, la jurisprudence touchant cette défense exige qu'elle possède une «apparence de vraisemblance» et, selon la juge L'Heureux-Dubé, les éléments de preuve exclus par l'article 276 ne satisferaient pas à ce critère «[...] et ne seraient pas assortis de motifs raisonnables que le jury pourrait prendre en considération dans la détermination de la sincérité de la croyance» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 689).

Bref, la juge L'Heureux-Dubé était d'avis que dans un contexte de prise de décision non sexiste, les preuves exclues par l'article 276 seraient soit non pertinentes, soit fortement préjudiciables ce qui justifierait leur exclusion (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 691). A l'appui de cette position, la juge soulignait que notre système de justice a depuis longtemps reconnu qu'il était parfois nécessaire d'exclure pour divers motifs une preuve qui normalement serait pertinente. Parmi ces motifs, la juge cita, entre autres, la protection de valeurs chères à notre société, le peu de fiabilité de la preuve, le risque de causer un préjudice indu et d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 692-693). Ces motifs, selon elle, étaient applicables en l'espèce puisque la preuve du comportement sexuel antérieur en permettant l'introduction de mythes et de stéréotypes dans le processus judiciaire ne favorise aucunement la recherche de la vérité mais transforme plutôt «[l]a détermination de la culpabilité ou de l'innocence [...] en une

évaluation visant à déterminer si la plaignante devrait bénéficier de la protection des dispositions relatives à l'agression sexuelle» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 694).

Contrairement à la juge McLachlin, qui semblait prendre pour acquis la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes, la juge L'Heureux-Dubé se demandait donc plutôt si un accusé avait le droit constitutionnel de présenter une preuve qui était non pertinente ou préjudiciable (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 696). Formulé ainsi, le problème juridique exige une évaluation du sens à donner aux notions d'équité, de défense pleine et entière et de principes de justice fondamentale que protège le droit constitutionnel. A cet égard, la juge L'Heureux-Dubé cita Sheehy (1989:774-775) qui arguait qu'il était nécessaire pour comprendre le concept d'équité de tenir compte des réalités concrètes du processus pénal et du vécu des femmes et des hommes concernés, plutôt que d'analyser ce concept en fonction d'atteintes théoriques aux droits garantis par la *Charte* comme l'ont fait les juges de la majorité (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 696-697). Une approche contextuelle face au problème juridique soumis à la Cour, selon la juge, ne peut que mener à la conclusion qu'un accusé n'a pas le droit constitutionnel de présenter une preuve non pertinente et que le droit à un procès équitable et à une défense pleine et entière ne justifie pas l'admissibilité d'une preuve qui entrave et dénature l'appréciation des faits, pas plus qu'un accusé n'a le droit de présenter «toute preuve qui pourrait donner lieu à un acquittement» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 696).

Par ailleurs, la juge L'Heureux-Dubé était d'avis que l'analyse constitutionnelle des droits garantis en vertu de l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte* devait reconnaître que ces articles ne visent pas seulement à protéger l'intérêt de l'accusé mais aussi l'intérêt de l'État en tant que représentant du public, en l'occurrence plus spécifiquement en tant que représentant des intérêts des femmes comme plaignantes et comme groupe social.

Dans le contexte de la présente affaire, cet article semble justifier une analyse constitutionnelle qui reconnaisse l'incidence sur les femmes de l'interprétation étroite de l'art. 7 et l'al. 11(d) préconisée par les appelants et qui en tienne compte.

[...]

Les plaignantes, d'ailleurs l'ensemble de la collectivité, ont un intérêt dans le dépôt des plaintes et dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel. Elles ont également un intérêt légitime à ce que les procès dans ce domaine se déroulent d'une façon qui ne subordonne pas l'appréciation des faits à des mythes et à des stéréotypes (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 698-699).

Toutefois, il faut noter que la juge L'Heureux-Dubé croyait que dans la présente affaire il n'était probablement pas nécessaire de faire une distinction entre les intérêts de l'État, des plaignantes et de la collectivité puisque

[...] l'intérêt opposé dans cette affaire, soit garantir que les procès et donc les verdicts soient fondés sur des faits et non sur des stéréotypes et des mythes, n'appartient pas seulement à un groupe ou à une collectivité, mais qu'il constitue un intérêt inhérent au système; il maintient l'intégrité et la légitimité du déroulement des procès. Cet intérêt se rapproche si étroitement des intérêts des plaignants et de la collectivité que la distinction pourrait bien ne pas être importante en réalité [...] (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 699).

La juge L'Heureux-Dubé déclarait donc qu'à moins d'endosser «[...] la prétention paradoxale qu'un accusé a droit à un verdict partial ou que les principes de justice fondamentale constitutionnalisent l'application discriminatoire de la loi [...]», on doit conclure que les articles 276 et 277 sont valides et qu'ils n'enfreignent pas les droits garantis par l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte* (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 701-702).

Ayant déterminé la validité constitutionnelle des mesures législatives contestées, la juge L'Heureux-Dubé ne s'est pas livrée à une analyse approfondie de ces articles en vertu de l'article premier. Cependant, face à l'analyse qu'en avaient faite les juges de la majorité, la juge a néanmoins énoncé certains principes qui auraient pu guider la Cour dans l'application du test *Oakes*. Entre autres choses, elle arguait avec justesse que l'analyse en vertu de l'article premier devait tenir compte des valeurs promues par les articles 15 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés. S'appuyant sur les motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697, la juge L'Heureux-Dubé souligna que la promotion de l'égalité était certainement «un engagement

essentiel d'une société libre et démocratique» et que l'on devait prendre en considération les principes que défend l'article 15 lors de l'évaluation des mesures législatives contestées en vertu de l'article premier (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 704).

En outre, lorsqu'il a été établi que l'intention du législateur fédéral en promulguant l'article 276 était de supprimer la discrimination sexuelle en éliminant des preuves non pertinentes ou préjudiciables et d'inciter à la dénonciation des agressions sexuelles, il est clair, selon l'opinion dissidente, que l'intervention législative était motivée par les valeurs sous-tendant les articles 15 et 28 de la Charte (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, pp. 702-703). Dans la mesure où l'article 276 visait ainsi à assurer l'égalité dans la formulation et l'application de la loi garantie à l'article 15, on devait, selon la juge L'Heureux-Dubé, accorder à cet objet une considération accrue lors de la première étape du test *Oakes* (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 704). Cette étape, nous le rappelons, tend à déterminer si l'objectif visé par la mesure législative contestée est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garanti par la Charte» et s'il se rapporte à des «préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique». L'article 276, selon la juge L'Heureux-Dubé, répondait aisément au premier critère d'une analyse fondée sur l'article premier de la Charte.

Pour ce qui est du «critère de proportionnalité» auquel, selon le test *Oakes*, doit satisfaire dans un second moment la disposition

contestée, la juge L'Heureux-Dubé était d'avis que l'article 276 respectait le premier élément qui compose ce critère<sup>94</sup>. Il y a sans aucun doute, souligna la juge, un lien rationnel entre l'objectif d'éliminer les croyances discriminatoires et d'encourager la dénonciation des agressions sexuelles et les articles 276 et 277. Par contre, la juge mettait en question le deuxième élément du critère de proportionnalité qui exige que les dispositions législatives portent le moins possible atteinte aux droits de l'accusé. Elle arguait que cet élément devrait être remplacé par celui du «caractère raisonnable» de l'intervention législative à «[...] savoir si le gouvernement avait un fondement raisonnable pour conclure que la solution législative choisie portait le moins possible atteinte au droit en question compte tenu du besoin urgent et réel»<sup>95</sup> (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 708).

Cette approche respecterait davantage la fonction représentative du pouvoir législatif et tiendrait ainsi compte des efforts importants déployés par le législateur dans sa recherche de moyens d'en arriver à un équilibre des divers intérêts en jeu lors des procès pour agression sexuelle. En l'espèce, une des difficultés à laquelle devait faire face le législateur lors de la réforme du Code criminel en matière d'infractions d'ordre sexuel était celui des pratiques discriminatoires des tribunaux. Il ne

---

<sup>94</sup> Voir la p. 134 où nous avons fait mention des trois éléments qui composent le critère de proportionnalité.

<sup>95</sup> Voir également Gosselin (1991:115) qui argue également mais pour d'autres motifs en faveur du principe du «caractère raisonnable» des mesures législatives choisies par le Parlement.

s'agissait donc pas ici, selon la juge L'Heureux-Dubé, «[...] d'un cas où les tribunaux sont en meilleure position ni même dans une position aussi avantageuse que le Parlement pour déterminer si les "moyens les moins radicaux" ont été choisis» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 708).

L'examen du contexte juridique entourant la question de l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes ayant démontré que le pouvoir discrétionnaire des juges en ce domaine a été exercé de façon abusive et discriminatoire et que les interventions législatives antérieures n'avaient pas eu les résultats escomptés, il fallait pour mettre fin aux pratiques discriminatoires circonscrire étroitement le pouvoir discrétionnaire dont bénéficiaient les juges de procès (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 710). La promulgation en 1983 des articles 276 et 277 était donc, selon la juge L'Heureux-Dubé, une «réponse mesurée et réfléchie du Parlement» (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 706).

Enfin, en ce qui concerne le troisième élément du critère de proportionnalité qui vise à déterminer si les effets préjudiciables des mesures législatives contestées sont trop importants par rapport à l'objectif poursuivi, la juge L'Heureux-Dubé affirmait avec justesse que l'exclusion d'une preuve dans la plupart des cas non pertinente et qui est hautement préjudiciable ne saurait être considérée comme un empiétement important sur le droit d'un accusé à un procès équitable et sur son droit à une défense pleine et entière. Elle concluait que même si l'on supposait comme l'avaient

fait les juges de la majorité que l'article 276 était inconstitutionnel de par son effet, il se justifierait facilement en vertu de l'article premier de la *Charte* (*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 711).

Les juges de la minorité et de la majorité en sont donc arrivés à des conclusions opposées sur la question de la constitutionnalité de l'article 276. Ils ont émis d'importantes divergences d'opinion tant au niveau du cadre analytique qui devrait être appliqué dans une affaire contestant la validité constitutionnelle d'une règle de droit qu'au niveau plus spécifique à l'affaire *Seaboyer* et *Gayme* de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels. Nous allons donc maintenant brièvement opposer l'approche et les arguments utilisés par la dissidence à ceux des juges de la majorité.

#### 5.4.1 APPROCHE CONTEXTUELLE | APPROCHE FINALISTE

Nous sommes d'avis que l'approche contextuelle, couplée à une approche finaliste, adoptée par la juge L'Heureux-Dubé respecte davantage l'intention du législateur fédéral qui désirait, en promulguant les articles 276 et 277, supprimer la discrimination sexuelle en ce domaine du droit par l'élimination de preuves non pertinentes ou fortement préjudiciables au déroulement d'un procès pour agression sexuelle. En l'espèce, l'approche contextuelle a permis à la juge de mettre en évidence la victimisation sociale, politique et juridique des femmes agressées sexuellement et de

montrer la prévalence des mythes et des croyances discriminatoires dans le traitement judiciaire des plaintes d'agression sexuelle. Cette démonstration était essentielle à la reconnaissance que la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes est fondée sur des visions stéréotypées, socialement construites, de la sexualité et de la moralité des femmes et du délit d'agression sexuelle.

Une fois établie la non pertinence de cette preuve, le problème juridique en cause, à savoir si l'article 276 enfreint le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, se pose différemment. En effet, pour la juge L'Heureux-Dubé, le problème était alors de s'interroger sur le droit constitutionnel d'un accusé de présenter une preuve généralement non pertinente et préjudiciable. Une telle formulation du problème juridique soumis à la Cour mène nécessairement à une interprétation différente des effets des mesures législatives contestées que si l'on prend pour acquis au départ que la preuve des antécédents sexuels est pertinente.

L'argumentation, s'appuyant sur le contexte historique, socio-politique et juridique entourant la question des infractions sexuelles, prend en considération les droits de toutes les parties en cause et tente d'équilibrer les droits procéduraux des accusés aux droits des femmes à l'égalité de protection et bénéfice de la loi. La juge L'Heureux-Dubé a ainsi évalué la réalité concrète de la signification d'une défense fondée sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante et l'impact de l'admissibilité de ce

genre de preuve tant sur la détermination judiciaire des faits en litige que sur la nécessité de protéger les intérêts des plaignantes et d'assurer également à tous la même protection et le même bénéfice de la loi. La dissidence fondée sur une analyse approfondie de ces questions en arrive donc à la conclusion que les articles 276 et 277 prévoient la vaste majorité des circonstances où la preuve des antécédents sexuels de la plaignante avec des personnes autres que l'accusé pourrait être pertinente et venir appuyer une défense légitime. En effet, si l'on adopte la position selon laquelle la preuve exclue par ces articles n'est pas pertinente à la détermination du consentement d'une personne à avoir des relations sexuelles avec une autre dans une situation «X» ou à l'évaluation de la crédibilité à accorder à la plaignante, on ne peut conclure que l'accusé est privé de son droit à une défense pleine et entière et à un procès équitable par l'application des articles 276 et 277.

L'approche analytique et les arguments sur lesquels s'est appuyée l'opinion dissidente respectent ainsi, selon nous, à la fois l'intention du législateur fédéral et les revendications de la plupart des groupes féministes formulées lors de la réforme du droit criminel en matière d'infractions sexuelles qui mena à la promulgation des articles 276 et 277 en 1983. On ne peut qu'espérer que cette forte dissidence aura des conséquences favorables sur l'interprétation et l'application par les tribunaux canadiens des nouvelles dispositions législatives en ce domaine. Nous verrons sous peu quelles sont ces dispositions entrées en vigueur le 15

août 1992 mais auparavant nous souhaitons procéder à une courte critique de la décision majoritaire dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*.

Les juges de la majorité ont adopté dans cette affaire une approche finaliste qui a mis l'accent sur un aspect seulement des questions constitutionnelles soulevées, l'effet des articles 276 et 277 sur les droits des accusés garantis par l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte*. Les droits des femmes, en tant que classe potentielle de plaignantes, à l'égalité de protection et de bénéfice de la loi ont été ignorés par la Cour dans son évaluation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objet de l'article 276 ainsi que dans l'examen de la proportionnalité de cette mesure législative avec cet objet selon les critères du test *Oakes*. La Cour a en fait effectué une analyse très étroite des questions constitutionnelles soulevées en s'appuyant sur les principes classiques de l'approche légaliste libérale qui, rappelons-le, ont été construits sans spécifiquement inclure les perspectives et les intérêts des femmes. L'approche légaliste libérale a en effet tendance à dissocier les problèmes juridiques de leur contexte historique, politique et social, et à s'appuyer sur un modèle d'égalité formelle dans la détermination des questions constitutionnelles en litige. Cette approche présume que les règles de droit ont un impact équivalent sur tous les individus et que la détermination de la «vérité judiciaire» repose sur des critères supposés «objectifs et neutres».

Cette façade légaliste du cadre analytique utilisé par la Cour suprême du Canada, qu'on dit contraignant et impersonnel, ne résiste cependant pas à un examen détaillé de la décision majoritaire ni à l'examen approfondi des décisions rendues par d'autres tribunaux canadiens qui ont invalidé l'article 276 et l'article 277 en s'appuyant sur le test de l'objet et de l'effet de la loi (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985]) et le test *Oakes*. Selon nous, il est effectivement illusoire de croire qu'en appliquant le test *Oakes*, les juges canadiens utilisent une norme objective et neutre qui est toujours indépendante de leur propre volonté et qui les contraint fortement (Gosselin, 1991:120). Les prises de position contraires des juges quant à l'objet et l'effet de l'article 276 et quant à l'objet de certaines dispositions de la *Charte* illustrent bien le fait que le processus d'interprétation constitutionnelle n'est pas une simple démarche mécanique mais que cette interprétation est souvent tributaire de la discrétion de l'interprète. Dans le contexte particulier d'une contestation en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, il est indéniable que les problèmes juridiques soulevés opposent fréquemment différents droits et libertés et font donc appel de façon importante au rôle créateur de l'interprète qui doit soupeser les droits des divers partis en cause. Notre propos n'est pas de nier que les tribunaux puissent en arriver à des conclusions légitimes voire même souhaitables dans certains cas mais plutôt de mettre en cause le «halo de vérité» qui drapait toute décision de la

Cour suprême afin de démontrer que des interprétations alternatives ou opposées sont possibles et également défendables.

Dans l'affaire *Seaboyer et Gayme*, la question de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes a évidemment eu un impact important sur la décision rendue par la Cour suprême. En mettant en cause les normes objectives et neutres censées guider la détermination de la pertinence, il est possible, comme l'a fait la juge L'Heureux-Dubé, de faire appel au contexte historique, socio-politique et juridique pour révéler les mythes et les stéréotypes sous-jacents à l'admissibilité en preuve de la conduite sexuelle d'une plaignante et réfuter la pertinence d'une telle preuve.

Les juges de la majorité n'ont malheureusement pas examiné le contexte historique et socio-politique entourant l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes. Ils se sont plutôt livrés à une analyse constitutionnelle «abstraite» de la violation possible du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière. Prenant pour acquis la pertinence de ce genre de preuve, les juges ont décrété qu'il leur était nécessaire d'avoir le pouvoir d'évaluer la valeur probante de la preuve offerte afin de s'assurer qu'une preuve pertinente à une défense légitime ne soit pas exclue. L'article 276 limitant l'admissibilité de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes aux trois circonstances prévues, la Cour suprême jugea que cet article pouvait entraîner l'exclusion de preuves pertinentes dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable et enfreignait

ainsi l'article 7 et l'alinéa 11(d) de la *Charte* et qu'il ne pouvait être sauvegardé par l'article premier.

Comme cela avait été le cas dans l'arrêt *Forsythe c. La Reine* [1980], la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* vint contrecarrer les efforts du législateur fédéral qui par la promulgation de l'article 276 tentait d'éliminer la discrimination sexuelle en ce domaine du droit de la preuve en établissant clairement les cas où la preuve des antécédents sexuels des plaignantes peut être pertinente et en circonscrivant le pouvoir discrétionnaire des juges d'admettre une telle preuve. En outre, ce sont également des années de luttes féministes pour redonner aux femmes la dignité, le respect et l'autonomie sexuelle auxquels elles ont droit qui ont été désavouées par la décision de la Cour suprême et des autres tribunaux canadiens d'invalider l'article 276.

D'autre part, on peut émettre l'hypothèse que l'interprétation et l'application de l'article 276 par les tribunaux canadiens ont certainement eu un impact négatif très important sur les plaignantes qui ont tenté d'affirmer leurs droits légaux en portant une plainte d'agression sexuelle. L'objectif d'abolir la discrimination sexuelle, nous le rappelons, s'accompagnait du désir d'encourager les victimes à exercer leurs droits en dénonçant aux autorités les agressions d'ordre sexuel. Selon certaines études, (Baril, Bettez et Viau, 1988; Roberts et Pires, 1992), il y aurait effectivement eu une augmentation drastique du nombre d'infractions déclarées en matière d'agressions sexuelles au Canada suite à la

réforme du droit criminel en ce domaine en 1983. L'augmentation du taux de dénonciation peut à première vue sembler être un effet positif de la réforme législative mais on ne peut passer sous silence la contrepartie de ce résultat, la double victimisation des plaignantes qui ont fait confiance aux tribunaux pour défendre leurs droits légaux. En effet, sous l'assurance que la loi leur offrait désormais une protection contre les interrogatoires humiliants et discriminatoires sur leur passé sexuel, un nombre plus élevé de femmes ont porté plainte et ont eu, en dépit des articles 276 et 277, à subir un traitement pénible et stigmatisant en cours de procès. Certaines intervenantes oeuvrant dans des centres d'aide aux victimes d'agression sexuelle, lors de discussions informelles, nous ont révélé qu'elles informaient les victimes sur l'existence des dispositions législatives les protégeant. Ce facteur, à leur avis, aurait joué un rôle important dans l'augmentation du taux de dénonciation puisqu'il répondait à une préoccupation majeure des victimes qui, par le passé, décidaient souvent de ne pas porter plainte pour ne pas être victimisées une seconde fois par le système de justice criminelle censé les protéger.

Il va sans dire que la décision de la Cour suprême d'invalider l'article 276 a fortement déçu, et même dans une certaine mesure surpris, les groupes de femmes canadiens qui luttent pour l'égalité des sexes ainsi que le Procureur général de l'Ontario qui ont immédiatement demandé aux hauts fonctionnaires de la Justice de réviser à fond le système judiciaire pénal de manière à trouver de

meilleurs moyens de protéger les femmes et de promouvoir l'égalité des sexes devant les tribunaux. Les revendications féministes exigeaient plus qu'une réforme superficielle; on arguait en fait pour la formulation d'une toute nouvelle loi fondée sur la question centrale du consentement dans les affaires d'agression sexuelle (ANFD, 1991).

Le législateur fédéral était donc face à une situation fort complexe. D'une part, l'interprétation judiciaire était venue à deux reprises contrecarrer ses efforts de délimiter le concept de la pertinence de la preuve des antécédents sexuels des plaignantes et de circonscrire le pouvoir discrétionnaire des juges afin d'assurer aux plaignantes une certitude accrue qu'elles n'auraient pas à subir d'interrogatoires humiliants et discriminatoires en cours de procès. En cela, le législateur partageait, du moins en partie, la position de la majorité des groupes de femmes qui depuis la fin des années 70 arguaient que le passé sexuel des plaignantes avec d'autres personnes que l'accusé n'était tout simplement pas pertinent aux questions en litige lors d'un procès pour agression sexuelle et ne devrait jamais être admissible. D'autre part, le législateur fédéral ne pouvait complètement ignorer la décision de la Cour suprême même s'il pouvait choisir d'y déroger.

La réponse du législateur pris la forme du *Projet de loi C-49* qui intègre en partie les lignes directrices proposées par la Cour suprême dans l'affaire *Seaboyer* et *Gayme* mais qui va beaucoup plus loin puisqu'il a été rédigé en fonction des droits des femmes à l'égalité. Nous allons maintenant présenter les grandes lignes de

ce nouveau projet de loi qui innove à plusieurs niveaux et devrait rendre très difficile l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des plaignantes.

#### 5.5 LA RÉACTION DU LÉGISLATEUR CANADIEN - LE PROJET DE LOI C-49<sup>96</sup>

Le projet de loi C-49<sup>97</sup> fut présenté en première lecture par la ministre de la Justice, à l'époque Madame Kim Campbell, le 12 décembre 1991. Il donna lieu à de nombreuses rencontres entre les fonctionnaires de la Justice et divers groupes sociaux et a été étudié par un comité parlementaire qui a entendu les témoignages de groupes de femmes, de groupes représentant la position des avocats de la défense et d'autres groupes préoccupés par ce projet de loi. Suite à ces consultations, certains amendements ont été déposés le 3 juin 1992. Le projet de loi a été sanctionné le 23 juin et est entré en vigueur le 15 août 1992.

Le préambule de la nouvelle loi est exceptionnel. Le législateur fédéral y souligne la préoccupation sérieuse du Parlement à l'égard des «cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne» et spécifie que ce sont fréquemment les femmes et les enfants qui sont victimes de telles agressions. On y reconnaît le «caractère unique en son genre de l'infraction d'agression sexuelle» et la crainte qu'elle suscite

---

<sup>96</sup> Voir le projet de loi reproduit à l'annexe D.

<sup>97</sup> Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle) L.C. 1992, c. 38.

dans la population canadienne. Afin qu'il n'y ait plus d'ambiguïté concernant l'objectif de la loi, celui-ci est clairement énoncé :

[...] il entend promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

[...] il souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles et faire en sorte que leur poursuite s'effectue dans un cadre juridique compatible avec les principes de la justice fondamentale et équitable à la fois à l'égard des plaignants et des accusés;

(Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle) 40-41 Elizabeth II, Chapitre 38)

Enfin, le libellé du préambule souligne que la nouvelle loi est une réponse directe au jugement de la Cour suprême qui a déclaré inopérant l'article 276 et précise que le Parlement est d'avis que la preuve des antécédents sexuels des plaignantes<sup>98</sup> est «rarement pertinente» et «éminemment préjudiciable». Pour ce qui est de l'article 276 rendu inopérant par la décision de la Cour suprême, celui-ci est abrogé et remplacé par une mesure législative très détaillée et fort complexe qui dicte de nouvelles procédures et lignes directrices quant à l'admissibilité d'une preuve de comportement sexuel antérieur de la plaignante.

Dans un premier temps, le nouvel article 276 (1) spécifie que la preuve d'une activité sexuelle de la plaignante *avec l'accusé* ou une autre personne est inadmissible si elle vise à déduire que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte reproché

---

<sup>98</sup> Il faut noter que nous utilisons le féminin «plaignante» mais que le libellé de la nouvelle loi est toujours neutre à l'égard du genre et utilise donc le masculin «plaignant».

ou encore que cette dernière est un témoin moins digne de foi. Par ailleurs, le paragraphe 2 de l'article 276 énonce que pour qu'une preuve d'une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation soit admissible, elle doit satisfaire à trois conditions cumulatives :

276 (2)

- a) cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- b) cette preuve est en apport avec un élément de la cause;
- c) le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

De plus, pour décider de l'admissibilité de la preuve, le juge doit prendre en considération une série de huit critères qui se rapportent à l'intérêt de la justice, de l'accusé, de la société et de la plaignante<sup>99</sup>. Une audition doit être tenue pour décider effectivement de l'admissibilité de la preuve au cours de laquelle le jury et le public sont exclus et la plaignante n'est pas un témoin contraignable. Enfin, selon l'article 276.2 (3), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix est tenu de motiver la décision d'admettre en tout ou en partie la preuve offerte en précisant les éléments de la preuve retenus et leur apport avec un élément de la cause. Ces motifs sont soit à porter dans le procès-verbal des débats, soit, à défaut, donnés par écrit. En accord avec Houle (1992:200), nous croyons que ces règles de procédure régissant l'admissibilité en preuve des antécédents sexuels des

---

<sup>99</sup> Voir les critères énoncés à l'annexe D.

plaignantes réduisent le risque que la décision d'admettre une telle preuve soit fondée sur les mythes et stéréotypes traditionnels concernant l'agression sexuelle et les plaignantes. Ce mécanisme d'admission est d'autant plus important que la nouvelle loi, même si elle rend très difficile l'admissibilité de ce genre de preuve, repose encore en grande partie sur le pouvoir discrétionnaire des juges qui devront soupeser les droits de la plaignante et ceux de l'accusé lors de la détermination de la pertinence de la preuve (Néron, 1993:54).

Par ailleurs, la nouvelle loi innove de façon marquée en ce qu'elle définit le consentement, une première en droit canadien, comme étant «l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle» et spécifie que ce consentement ne peut être déduit des paroles ou du comportement d'un tiers, lorsque la plaignante est incapable de le former, lorsqu'elle a été incitée à l'activité sexuelle par abus de confiance ou de pouvoir, ou lorsque la plaignante manifeste, par ses paroles ou son comportement, son désaccord. De plus, la loi reconnaît aux femmes le droit de retirer leur consentement en spécifiant qu'on ne peut déduire qu'une plaignante a consenti si, par ses paroles ou son comportement, elle manifeste son désaccord à la poursuite d'une activité sexuelle à laquelle elle aurait au départ consenti.

Enfin, la loi limite également les défenses qui étaient auparavant disponibles à l'accusé en excluant la défense fondée sur la croyance au consentement lorsque cette croyance provient de «l'affaiblissement volontaire» des facultés de l'accusé ou de son

«insouciance» ou «aveuglement volontaire», et lorsque l'accusé n'a pas pris les «mesures raisonnables» pour s'assurer du consentement. Cette section de la loi a suscité de nombreuses controverses mais il est apparent qu'elle se voulait être une réplique directe à l'arrêt *Pappajohn* [1980] 2 R.C.S. 120 qui avait reconnu la défense d'erreur de fait quant au consentement que cette erreur soit raisonnablement fondée ou non. Dorénavant, l'accusé devra démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables dans les circonstances pour déterminer qu'il avait en fait le consentement de l'autre personne à l'acte sexuel reproché s'il désire présenter une défense fondée sur la croyance au consentement.

Bref, la nouvelle loi, comme le souligne l'Association nationale de la femme et le droit (1992), accorde la priorité à l'acte reproché dans l'accusation et non au comportement sexuel antérieur de la plaignante et reconnaît «l'existence d'une différence de pouvoir entre une femme et son agresseur dans certaines situations». Néanmoins, l'ANFD (1992:4) reproche à cette loi de ne pas tenir suffisamment compte «des modes spécifiques de vulnérabilité» à ces agressions que subissent les femmes de couleur, les femmes handicapées, les lesbiennes, les prostituées etc. mais admettait que dans l'ensemble la nouvelle loi est un pas en avant important dans la lutte pour promouvoir les droits des femmes à l'égalité.

Reste à voir si la volonté du législateur fédéral de promouvoir les droits des femmes à l'égalité de bénéfice et de protection de la loi sera respectée par les tribunaux canadiens qui

auront à nouveau à interpréter ces nouvelles dispositions en vertu de contestations à venir sur la validité constitutionnelle de ces mesures que ne manqueront sûrement pas de porter les avocats de la défense. A la lumière de l'analyse de la jurisprudence canadienne portant sur l'ancien article 276 et de la persistance évidente des mythes et stéréotypes en ce domaine du droit, nous ne pouvons qu'être sceptiques quant à l'avenir de cette nouvelle loi et au traitement que subiront les plaignantes entre les mains du système de justice criminelle. Nous croyons donc utile de conclure notre recherche par une réflexion sur l'appel au droit comme outil de lutte pour promouvoir l'égalité entre les sexes qui s'accompagnera de certaines recommandations qui, nous l'espérons, sauront dans une certaine mesure orienter les luttes féministes pour assurer aux victimes d'agression sexuelle le respect et la dignité auxquels elles ont droit.

## **CONCLUSION**

*The Master's Tools will never  
Dismantle the Master's House!*  
Lorde (1985:110)

La confiance des femmes en l'équité des décisions judiciaires et en la possibilité d'avoir une voix efficace dans les processus démocratiques au Canada a fortement été ébranlée par le jugement qu'a rendu la Cour suprême dans l'affaire *Seaboyer et Gayme* [1991]. Ce jugement illustre bien le pouvoir du droit de disqualifier le discours des femmes sur leurs vécus et leurs expériences en tant que victimes d'agression sexuelle et nous amène à nous interroger sur l'appel au droit pour transformer les situations de domination et de subordination.

Comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, depuis les années 70 l'idéologie et les valeurs sous-jacentes à la formulation et à l'application du droit, entre autres du droit criminel, ont été particulièrement étudiées et critiquées par plusieurs auteures féministes. Dans le contexte précis de la problématique de la violence sexuelle, les études féministes ont dénoncé les attitudes sociales et les processus légaux et judiciaires discriminatoires qui minent les intérêts de la victime et profitent à l'accusé. Nous avons également vu que l'utilisation du droit comme outil de lutte est une question complexe qui donne lieu à des divergences d'opinions au sein des groupes qui désirent promouvoir l'égalité

entre les sexes et transformer les situations de domination et de subordination des groupes défavorisés.

Dans un deuxième temps, nous avons tenté de montrer les limites et les résultats de l'appel au droit en suivant l'évolution législative et juridique de la réforme des règles de preuve régissant l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes de l'étape des revendications politiques à l'élaboration et l'étude du *Projet de loi C-53*, jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et leur interprétation successive par les tribunaux canadiens et la Cour suprême du Canada. Nous avons vu qu'une légitimation législative dans la forme de la loi n'entraîne pas nécessairement des changements concrets puisque des réformes législatives peuvent ultérieurement être modifiées et même réfutées par les tribunaux. Par ailleurs, nous croyons également avoir démontré qu'en dépit de l'avancement des connaissances concernant les mythes et stéréotypes sur lesquels repose la pertinence de la preuve de la conduite sexuelle passée de la plaignante et de la disponibilité de recherches empiriques sur cette question, la vaste majorité des tribunaux continuent de s'appuyer sur des critères juridiques androcentriques dans leur évaluation de la pertinence d'une telle preuve et de la validité constitutionnelle des mesures législatives qui s'y rapportent.

L'analyse de la jurisprudence canadienne touchant les articles 276 et 277 a en effet révélé qu'il n'est pas facile de trancher les questions constitutionnelles de violation des droits et libertés garantis par la *Charte* et qu'en appliquant le même cadre analytique

on peut en venir à des conclusions fort différentes. Cette constatation est d'autant plus importante que dans le contexte politique et juridique canadien l'interprétation donnée aux droits et libertés par les tribunaux est capitale car les décisions rendues peuvent dans certains domaines avoir un impact important sur la vie des femmes.

Consciente de l'importance de l'interprétation judiciaire des droits à l'égalité sous la *Charte*, Brodsky et Day (1989)<sup>100</sup> ont analysé les trois premières années de litige sur cette question, soit 591 jugements rendus, publiés ou non, par les tribunaux à tous les paliers. Le bilan, soulignent les auteures, n'est guère brillant. Peu de procédures ont été entamées par les femmes qui ont eu plutôt à dépenser beaucoup de temps, d'énergie et d'argent à défendre, dans des causes portées devant les tribunaux par des hommes, des droits et des avantages pour lesquels elles avaient lutté avec acharnement et qu'elles croyaient enfin acquis (Brodsky et Day, 1989:3). Fudge (1990) considère que cela est l'ultime paradoxe de la *Charte* et le résultat de la revendication de droits légaux libéraux devant les tribunaux qui font abstraction des rapports sociaux de domination et de subordination :

Consequently, feminist organizations are having to spend precious time, energy and money in the courts defending legislation that it took women many years to achieve. Perhaps this is the ultimate paradox of the Charter : while feminist organizations are attempting to develop situated and contextual theories of equality which will address women's social and historical subordination,

---

<sup>100</sup> Cette étude a été commandée par les membres du comité de la situation juridique du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme avec l'appui des membres de tout le Conseil.

innumerable other litigants, including defendants charged with sexual assault offences and right-to-life organizations, are simultaneously invoking the Charter to claim a formal equality which may well erode victories feminists believed they had already won. And this is precisely the effect of uncoupling bourgeois legal rights from social relations of domination and subordination (Fudge, 1990:58-59).

Dans le cas précis des règles de preuve régissant l'admissibilité des antécédents sexuels des plaignantes, l'analyse de la jurisprudence nous a montré que la majorité des juges dans leur interprétation de la validité constitutionnelle de ces règles de preuve ont en effet fait abstraction des rapports sociaux de sexe, de la hiérarchisation du pouvoir des hommes sur les femmes et n'ont pas mis en cause la construction sociale de la sexualité des femmes et des hommes que véhiculent les mythes et stéréotypes concernant les plaignantes et l'agression sexuelle. Même si certains juges ont reconnu l'inopportunité de ces mythes et stéréotypes, ils ont malgré tout continué d'être influencés par ceux-ci lors de la détermination de la pertinence de la preuve de la conduite sexuelle passée de la plaignante.

Sous le couvert de l'application de principes présumés «neutres et objectifs» l'analyse juridique occulte le contexte historique, socio-politique et économique entourant les questions constitutionnelles soulevées par la *Charte* au profit d'une analyse «abstraite» qui n'aborde que certains aspects des questions en litige. On continue ainsi de favoriser un modèle d'égalité formelle et on ne reconnaît pas le caractère systémique de la discrimination fondée sur le sexe. Il faut donc prendre conscience que lorsqu'on fait appel au droit, le discours féministe sur l'inégalité des

arrangements sociaux et la hiérarchisation du pouvoir des hommes sur les femmes prend alors la forme d'arguments juridiques fondés sur les droits à l'égalité. Des arguments qui sont par la suite débattus dans l'arène judiciaire qui, par la voie d'un processus adversatif réducteur, les transforme en questions de principes abstraits. Les vraies inégalités et injustices sociales sont ainsi occultées du discours et l'analyse des questions constitutionnelles s'effectue comme si les deux parties étaient en situation d'égalité (Mandel, 1989:256-273). Certains des problèmes que soulève l'appel au droit sous le régime de la *Charte* pour les groupes féministes sont résumés ainsi par Fudge (1989:459) :

By resorting to the Charter, feminists have focused on the law, particularly legislatively created law, as the source of the problem of sexual violence, with the result that social construction of sexuality and the social relations of power in which sexual practices take place fade into the background. Sexual practices occur within socially constructed power relations which are in a constant process of redefinition, challenge, retrenchment and struggle. Charter litigation, which takes place within an adversarial setting with peculiar forms of style, proof and address, lends itself to a reductionist analysis which is not sensitive to the modulations of history or the contradictions embedded in social relations.

On peut donc affirmer que la stratégie des réformes législatives, même si elle a donné lieu dans certaines circonstances à des progrès importants pour la situation des femmes, a également de nombreuses lacunes qu'on ne peut ignorer. Le tableau serait peut-être différent si, comme le souligne Gosselin (1991:242-243) «[...] la *Charte*, en incorporant davantage des droits dont la réalisation dépend de l'action positive des gouvernements plutôt que de l'action négative ou défensive des

tribunaux, avait insisté davantage sur le rôle constructif de l'État comme agent de promotion et de développement des droits et libertés». Les tribunaux comme l'a montré notre analyse, peuvent en effet se révéler être autant des inhibiteurs que des promoteurs des droits et libertés. Le bilan de la jurisprudence entourant la question des droits à l'égalité démontre, en fait, que depuis l'entrée en vigueur de l'article 15 de la *Charte* en avril 1985, dix fois plus d'hommes que de femmes ont intenté et gagné des poursuites judiciaires sur des questions d'égalité. En outre, même lorsque les femmes ont eu gains de cause, les critères juridiques d'égalité appliqués étaient souvent «neutres» définissant la discrimination comme une forme quelconque de «classification» ce qui rend encore plus probable la victoire des hommes dans de telles poursuites à venir (Lahey, 1987:82). D'autre part, il faut également reconnaître que l'État n'est guère plus représentatif des intérêts des femmes que les tribunaux et qu'il est également trop souvent indifférent aux situations d'oppression et de subordination. Dans un tel contexte, plusieurs commentatrices se demandent avec raison s'il est sage de continuer de privilégier la stratégie des réformes législatives et juridiques pour affirmer l'égalité entre les sexes et obtenir des changements sociaux.

Nous croyons qu'il est préférable d'aborder la question de l'appel au droit comme outil de lutte avec un certain pragmatisme en reconnaissant que les femmes ne peuvent évidemment pas rester muettes devant la loi mais en reconnaissant également qu'il y a des limites inhérentes à utiliser le droit comme un outil de lutte dans

un État libéral. Nous ne pouvons, à notre avis, ignorer que dans le contexte constitutionnel canadien le discours de la *Charte* «traduit une certaine vision de l'individu, de l'État et du rapport entre les deux» (Gosselin, 1991:213) et que ce discours continuera d'évoluer avec ou sans nous. Dans le contexte particulier du droit en matière d'agressions sexuelles, ce discours traduit également une certaine vision de la sexualité des femmes et des hommes et des rapports sociaux entre les sexes qui participe, dans une certaine mesure, au maintien des situations de domination et de subordination. Les groupes de femmes ne peuvent donc pas se permettre de demeurer muettes laissant ainsi le discours de la *Charte*, tel qu'interprété par les tribunaux, influencer la représentation sociale des rapports sociaux entre les sexes. Nous nous devons de dénoncer cette construction de la réalité et y opposer nos points de vue, nos expériences et nos vécus de femmes. Pour prendre la place qui nous revient dans la société canadienne, il faut cependant élargir nos horizons et développer, comme le suggère Currie (1992), les instruments conceptuels nécessaires pour examiner les relations de pouvoir et joindre la théorie à la pratique politique. Il faut également, selon nous, trouver des moyens de créer un espace pour le féminisme en tant que mode de connaissance ce qui, jusqu'à maintenant, est en grande partie disqualifié par le discours du droit. Nous devons travailler pour faire une place réelle, et non simplement rhétorique, pour toutes les femmes (Currie, 1992:82).

Nous croyons que pour ce faire, il est important de diversifier nos stratégies; des changements doivent s'opérer à tous les niveaux des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et s'accompagner de programmes d'éducation visant à modifier les attitudes sociales à l'égard des femmes et, de façon particulière dans le contexte de notre démarche de connaissance, à l'égard de l'agression sexuelle et des victimes d'une telle violence. Les informations recueillies au cours de notre recherche nous permettent de déterminer certaines priorités et d'émettre des recommandations qui, nous l'espérons, pourront dans une certaine mesure appuyer les groupes féministes qui luttent pour créer un espace véritable à la parole des femmes au sein du discours du droit et pour redonner aux femmes le droit à l'autonomie sexuelle et à l'égalité de bénéfice et de protection de la loi.

#### **RECOMMANDATIONS**

Les groupes féministes, à notre avis, doivent développer et privilégier des stratégies qui ont pour but le renforcement du pouvoir collectif des femmes.

Nous ne réitérerons jamais assez la nécessité d'accroître la représentation des femmes, plus précisément des intérêts diversifiés des femmes, à tous les paliers des pouvoirs législatif, exécutif, et judiciaire. Selon une étude récente commandée par le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme (Smith et Wachtel, 1992:16), les femmes, en août 1992, ne représentaient que

13,5% des député(e)s à la Chambre des communes soit 40 femmes sur 295 membres et de même au Sénat on ne retrouve que 13 femmes sur 103 sénateurs. Au niveau du pouvoir exécutif, une seule femme, Madame Jeanne Sauvé, a occupé les fonctions de Gouverneure générale dans toute l'histoire du Canada.

Quant à la représentativité des femmes au sein du pouvoir judiciaire, elle est également très faible tant à la magistrature des cours supérieures qu'à la Cour suprême du Canada. Neuf juges sont nommés à la Cour suprême sur recommandation du cabinet fédéral et à l'heure actuelle seulement deux femmes y siègent, la juge Claire L'Heureux-Dubé et la juge Beverley McLachlin<sup>101</sup> (Smith et Wachtel, 1992:18-19). Les femmes représentant plus de 50% de la population canadienne, une telle sous-représentativité féminine au sein des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est inacceptable.

Cependant, ce n'est pas tout d'encourager la nomination des femmes au sein de ces institutions, faut-il encore que les intérêts des femmes deviennent une priorité et soient défendus par ceux et celles qui détiennent le pouvoir dans une perspective qui tienne compte du discours des femmes sur leur vécu et leurs expériences en tant que groupe désavantagé. Encore aujourd'hui, comme le soulignent Smith et Wachtel (1992:61), «[...] les questions d'intérêt pour les femmes apparaissent pour disparaître aussitôt de la scène publique et demeurent en marge des intérêts nationaux.»

---

<sup>101</sup> La première femme à être nommée à la Cour suprême du Canada fut Madame Bertha Wilson en 1982.

Par ailleurs, comme l'a montré notre recherche, même lorsque les problèmes qui touchent les femmes, telle l'agression sexuelle, sont reconnus comme des problèmes sociaux importants et donnent lieu à des réformes législatives, rien ne garantit que ces réformes apporteront des changements concrets à l'inégalité des rapports sociaux, ni que ces réformes seront appliquées par les tribunaux de façon à rendre justice aux femmes.

Nous croyons donc qu'il est important de continuer de lutter pour l'adoption de programmes d'éducation et de sensibilisation, axés sur une analyse féministe des situations de domination et de subordination, qui auraient comme objectif de souligner la partialité et le traitement inéquitable des femmes, entre autres, dans l'appareil judiciaire pénal. De façon plus générale, il est tout aussi important d'éduquer et de sensibiliser la population face au problème grave de la violence envers les femmes de manière à baisser le seuil de tolérance à l'égard de ce phénomène et de manière également à tenter d'éliminer les mythes, les stéréotypes et les préjugés sexistes qui contribuent, dans une certaine mesure, au maintien des situations de domination et de subordination.

D'autre part, nous devons encourager la recherche de stratégies axées sur les problèmes et les discriminations spécifiques que vivent certaines femmes en raison de leur race, de leur culture, de leur orientation sexuelle, de leur statut social ou de leur condition physique ou mentale. Nous ne devons pas commettre l'erreur d'assimiler les expériences des femmes blanches, socialement et économiquement privilégiées, à celles de toutes les

femmes. En effet, certains groupes de femmes sont peut-être plus susceptibles d'être victimes d'actes de violence et d'être également victimes des préjugés sur la violence. Il faut que la recherche féministe tienne compte du vécu de ces groupes particulièrement défavorisés et leur donne le pouvoir d'exprimer leurs besoins et leurs attentes.

Enfin, pour ce qui est du problème spécifique de la victimisation sexuelle des femmes, nous devons également diversifier nos stratégies de façon à offrir aux victimes d'agression sexuelle des ressources qui répondent véritablement à leurs besoins.

Dans un premier moment, il est important, à notre avis, de responsabiliser la communauté face au problème de la violence envers les femmes. Plusieurs propositions à cet égard ont été mises de l'avant par les femmes : 1) le développement de programmes de sécurité qui apporteraient des modifications aux aménagements de façon à réduire le risque de victimisation; 2) l'amélioration des services offerts par les centres d'aide aux victimes d'agression sexuelle; 3) la mise sur pied de cours d'auto-défense pour les femmes; et 4) la formation de groupes de sensibilisation pour les hommes afin de briser leur silence et de les amener à agir pour arrêter le cycle de la violence.

Dans un deuxième moment, puisque nous ne pouvons ignorer totalement l'appel au droit, les groupes féministes doivent prendre conscience du fait que le lobbying législatif doit s'accompagner d'un lobbying juridique. D'une part, nous sommes d'avis qu'il est

important de travailler de manière à favoriser la formulation et l'application d'une théorie juridique de la notion d'égalité qui reflète la réalité historique, socio-politique et économique des rapports sociaux entre les sexes. D'autre part, nous devons demeurer vigilantes si nous voulons que les changements législatifs se traduisent par des changements concrets au niveau judiciaire. Nous devons donc examiner le processus formel et informel d'intervention<sup>102</sup> auprès des tribunaux afin de s'assurer que le discours des femmes soit entendu par les juges qui auront à interpréter et à appliquer les nouvelles dispositions en matière d'agression sexuelle prévues par la Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle) entrée en vigueur en août 1992. Par ailleurs, nous croyons qu'il serait intéressant d'explorer la possibilité qu'a une plaignante d'intenter des poursuites civiles contre un agresseur sexuel. Très peu de recherches féministes ont été effectuées en ce domaine au Canada<sup>103</sup> mais certaines auteures, entre autres Batt (1984), voient dans cette option une valeur éducative importante et un moyen de redonner la parole à la plaignante et de lui permettre d'exercer un certain contrôle sur le déroulement de la procédure, contrairement au droit criminel qui représente les intérêts de l'État et assigne un rôle circonscrit à la victime. Cependant, compte tenu de la partialité du système

---

<sup>102</sup> A ce sujet voir Manning (1986) «Proof of Facts in Constitutional Cases» qui souligne l'importance de la recherche universitaire en regard de l'utilisation grandissante de documents extrinsèques par les tribunaux dans les affaires soulevant des questions constitutionnelles.

<sup>103</sup> Voir Backhouse et Cohen (1978), Batt (1984), Duncan (1976), Freedman (1985), Lacerte-Lamontagne et Lamontagne (1980), Sheehy (1992), et Spector et Batt (1983).

légal dans son ensemble, il faut, à notre avis, être prudentes et examiner avec attention les limites et les avantages possibles de poursuites en dommages civils afin de déterminer si cette option est réaliste et si elle peut répondre adéquatement aux besoins des femmes.

Bref, en raison du caractère répandu des attitudes patriarcales et de la complexité de la problématique de la violence envers les femmes, nous devons, à notre avis, élargir nos horizons et ne plus percevoir le droit comme étant «la» solution au problème de la victimisation sexuelle des femmes. Il faut plutôt repenser les stratégies féministes et demeurer ouvertes à la possibilité de faire appel à divers modes d'intervention et peut-être à des programmes qui intègrent différentes stratégies de lutte pour éliminer les obstacles qui bloquent l'accès des femmes à l'égalité véritable. Nous devons également continuer de chercher des solutions nouvelles pour transformer les situations de domination et de subordination que subissent les femmes et autres groupes défavorisés dans notre société. Il reste évidemment encore beaucoup de travail à faire pour mettre fin aux inégalités au sein des structures sociales et juridiques. Nous espérons que notre étude aura contribué à mettre en évidence le caractère androcentrique du droit et qu'elle permettra, dans une certaine mesure, de resituer le recours au droit dans le cadre des revendications féministes.

**RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES**

- ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT (1981) Reformulation des infractions sexuelles prévues au Code criminel, Mémoire en réponse au Bill C-53, Octobre 1981, Ottawa.
- ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT (1981a) A New Image for Sexual Offences in the Criminal Code, A Brief in Response to Bill C-53, October 1981, Ottawa.
- ASSOCIATION NATIONALE DE LA FEMME ET LE DROIT (1992) «Le Point sur le Projet de Loi C-49. La Nouvelle Loi sur Les Agressions Sexuelles», Jurisfemme, Nouvelles de l'Association nationale de la femme et du droit, vol. 12, n° 2.
- BACKHOUSE, C.B. (1983) «Nineteenth-Century Canadian Rape Law 1800-92» dans D. Flaherty (ed), Essays in the History of Canadian Law, Toronto : University of Toronto Press.
- BACKHOUSE, C. et COHEN, L. (1978) The Secret Oppression, Toronto : MacMillan, 130-133.
- BARIL, M., BETTEZ, M.-J. et VIAU, L. (1988) Les agressions sexuelles avant et après la réforme de 1983 : Une évaluation des pratiques dans le district judiciaire de Montréal, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada.
- BATT, S. (1984) «Our Civil Courts : Unused Classrooms for Education about Rape», Féminisme Appliqué : Quatre documents, Les documents de l'ICRAF, n° 7.
- BAYEFSKY, A. (1987) «The Judicial Function under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», 32 McGill Law Journal, 791.
- BEAUDOIN, G.-A. (ed.) (1986) Causes invoquant la Charte 1986-1987: [actes de la conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1986], Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc..

- BEAUDOIN, G.-A. (ed.) (1987) Vos clients et la Charte : liberté et égalité : [actes de la conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal les 23 et 24 octobre 1987], Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc..
- BERGER, V. (1977) «Man's Trial, Woman's Tribulation : Rape cases in the Courtroom», 77 Col. L. R. 1, 97-99.
- BOUCHARD, J. (1992) «Aperçu comparatif du concept d'égalité en droit constitutionnel américain et canadien», Canadian Journal of Women and the Law | Revue juridique «la femme et le droit», vol. 5, n° 1, 87-147.
- BOYD, S. et SHEEHY, E. (1986) «Feminist perspectives on law : Canadian theory and practice», Canadian Journal of Women and the Law | Revue juridique «la femme et le droit», vol. 2, n° 1, 1-52.
- BOYLE, C. (1981) «Section 142 of the Criminal Code : A Trojan Horse?», Criminal Law Quarterly, 23, 253-256.
- BOYLE, C. (1984) Sexual Assault, Toronto : The Carswell Co.
- BOYLE, C. (1985) «Sexual Assault and the Feminist Judge», Canadian Journal of Women and the Law | Revue juridique «la femme et le droit», vol. 1, n° 4, 99.
- BOYLE, C.L., BERTRAND, M.A., LACERTE-LAMONTAGNE, et SHAMAI, R. (1985) Un examen féministe du droit criminel, Ottawa, Condition Féminine Canada et Ministre des Approvisionnement et Services Canada.
- BOYLE, C. et WORTH ROWLEY, S. (1987) «Sexual Assault and Family Violence : Reflections on bias» dans K.E. Mahoney et S.L. Martin (eds), Equality and judicial neutrality, Ontario : Carswell Company Limited, 312-325.
- BRICKEY , S. et COMACK, E. (1987) «The Role of Law in Social Transformation : Is a Jurisprudence of Insurgency Possible?», CJLS/RCDS, vol. 2, 97-119.

BRODSKY, G. et DAY, S. (1989) La Charte Canadienne et les Droits des Femmes : Progrès ou recul?, Ottawa : Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme.

BROWNMILLER, S. (1976) Le viol, Montréal : Editions l'Étincelle.

CANADA, Chambre des communes (1982) Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques :

22 avril 1982 - Fascicule n° 77  
 27 avril 1982 - Fascicule n° 78  
 4 mai 1982 - Fascicule n° 80  
 6 mai 1982 - Fascicule n° 82  
 1 juin 1982 - Fascicule n° 91  
 2 juin 1982 - Fascicule n° 92  
 3 juin 1982 - Fascicule n° 93  
 9 juin 1982 - Fascicule n° 95  
 10 juin 1982 - Fascicule n° 96  
 15 juin 1982 - Fascicule n° 97  
 17 juin 1982 - Fascicule n° 98  
 22 juin 1982 - Fascicule n° 99  
 29 juin 1982 - Fascicule n° 100  
 13 juil. 1982 - Fascicule n° 103  
 15 juil. 1982 - Fascicule n° 104  
 28 juil. 1982 - Fascicule n° 107

CANADA, Common Debates :

12 janvier 1981  
 7 juillet 1981  
 8 juillet 1981  
 17 décembre 1981  
 4 août 1982  
 24 février 1984

CANADA, Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 3 août 1982, Fascicule n° 25.

CANADIAN BAR ASSOCIATION (1982) Submission on behalf of the Canadian Bar Association on the proposed amendments to the Criminal Code : Bill C-53, Mémoire présenté au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques le 6 mai 1982.

- CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION (1987) Factum on Behalf of the Intervenant the Canadian Civil Liberties Association, in the Supreme Court of Ontario (C.A.), File n° 985\85 et n° 986\85, R. v. Seaboyer and Gayme [1987].
- CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION (1991) Factum on Behalf of the Intervenant the Canadian Civil Liberties Association, in the Supreme Court of Canada, File n° 20666\88, R. c. Seaboyer [1991].
- CLARK, L. et LEWIS, D. (1983) Viol et Pouvoir, [Traduction] version originale parue en 1977, Montréal : Les Éditions coopératives Albert Saint-Martin.
- COLLECTIF CLIO (le) (1992) L'Histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles, Montréal : Le Jour, Editeur.
- COMMISSION CANADIENNE SUR LA DÉTERMINATION DE LA PEINE (1987) Réformer la sentence. Une approche canadienne, Résumé, Canada : Ministère des Approvisionnement et Services Canada.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA (1978) Rapport sur les infractions sexuelles, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada.
- CONSEIL CONSULTATIF CANADIEN SUR LA SITUATION DE LA FEMME (mai 1982) Pour une justice renouvelée, Mémoire sur le Bill C-53 présenté au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques.
- COTE, P.-A. (1990) Interprétation des lois, 2° éd., Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc..
- CS\RESORS CONSULTING LTD. (1988) Répercussions des modifications législatives sur les survivantes d'agressions sexuelles : Enquête sur les intervenants de première ligne, Ministère de la Justice du Canada, Ottawa.
- CURRIE, D. H. (1992) «Feminist Encounters With Postmodernism : Exploring the Impasse of Debates on Patriarchy and Law», Canadian Journal of Women and the Law | Revue juridique «la femme et le droit», vol. 5, n° 1, 63-86.

- DAWSON, B.T. (1985) «Legal Structures : A Feminist Critique of Sexual Assault Reform», Resources for Feminist Research | Documentation sur la recherche féministe, vol. 14, n° 3, 42.
- DAWSON, B.T. (1988) «Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness : The Construction of Relevance», Canadian Journal of Women and the Law | Revue juridique «la femme et le droit», vol. 2, n° 2, 310-334.
- DELMAR, R. (1986) «What is feminism?» dans J. Mitchell et A. Oakley (eds.), What is feminism?, Oxford : Basil Blackwell, 8-33.
- DESLAURIERS, J.P. (dir.) (1988) Les Méthodes de la Recherche Qualitative, Québec : Presses de l'Université du Québec.
- DOHERTY, D.H. (1984) «"Sparing" the Complainant "Spoils" the Trial», 40 C.R. (3d), 55-67.
- DUNCAN, L. (1976) «Rape Logic : Hit'Em Where it Hurts», Branching Out, vol. III, n° 1, 28-30.
- DUSSAULT, R. (1987) «Qu'est-ce que le gouvernement et quelle est l'étendue de sa sphère?» dans G.-A. Beaudoin (ed.), Vos clients et la Charte : liberté et égalité : [actes de la conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal les 23 et 24 octobre 1987], Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc..
- EICHLER, M. (1985) Principes d'une stratégie de recherche pour les femmes, Ottawa, Institut canadien de recherches sur les femmes [ICREF].
- EDWARDS, A.R. (1989) «Sex/Gender, Sexism and Criminal Justice : Some Theoretical Considerations», International Journal of the Sociology of Law, vol. 17, 165-184.
- EDWARDS, S. (1981) Female Sexuality and the Law : a study of constructs of female sexuality as they inform statute and legal procedure, Oxford : Martin Robertson & Company Ltd..

- EDWARDS, S. (1990) «Violence against women : feminism and the law» dans L. Gelsthorpe et A. Morris (eds.), Feminist Perspectives in Criminology, Philadelphia : Open University Press.
- FONDS D'ACTION ET D'ÉDUCATION JURIDIQUES POUR LES FEMMES (1987) Factum on behalf of the intervenant the women's legal education and action fund, in the Supreme Court of Ontario, Court File n° 985\85 and 986\85, n.d. (C.A., S.C. Ont.), *R. v. Seaboyer and Gayme* [1987].
- FONDS D'ACTION ET D'ÉDUCATION JURIDIQUES POUR LES FEMMES (1991) Factum of the Intervener Women's Legal Education and Action Fund et al., in the Supreme Court of Canada, File n° 20666\88 et n° 20835\88, *R. c. Seaboyer* [1991].
- FREEDMAN, L. (1985) «Les cours civiles : un outil de sensibilisation et d'éducation», Status, mars 1985.
- FUDGE, J. (1989) «The effect of entrenching a Bill of Rights upon political discourse : feminist demands and sexual violence in Canada», International Journal of the Sociology of Law, vol. 17, n° 4, 445-463.
- FUDGE, J. (1990) «What Do We Mean by Law and Social Transformation?», CJLS\RCDS, vol. 5, 47-69.
- GALVIN, H.R. (1986) «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts : A Proposal for the Second Decade», 70 Minn. L. Review, 763-916.
- GARFINKLE, A.M., LEFCOURT, C. et SCHUDLER, D.B. (1971) «Women's servitude under law» dans R. Lefcourt (ed.), Law Against the People, New York : Vintage, 105-122.
- GRESHNER, D. (1990) «Selected Charter Remedies» dans P. Boudreault, D. Greshner et G. Killeen, Charter : Remedies & Section 1, 1990 Canadian Judicial Council Seminar, Charlottetown, P.E.I..
- GOSSELIN, J. (1991) La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte, Québec : Les Éditions Yvon Blais Inc..
- GOVERNEMENT DU CANADA (1984) La détermination de la peine, Ottawa.

- GRANT, Y.A. (1989) «The Penetration of the Rape Shield : R. v. Seaboyer and R. v. Gayme in the Ontario Court of Appeal», Canadian Journal of Women and the Law| Revue juridique «la femme et le droit», vol. 3, n° 2, 592-601.
- GROUPE DE TRAVAIL FÉDÉRAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION DES REGLES DE PREUVE (1983) La preuve au Canada. Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, Cowansville : Les Editions Yvon Blais, 1983.
- HARDING, S. (ed.) (1987) Feminism and Methodology, Milton Keynes : Open University Press.
- HEALD, S. (1985) «Social Change and Legal Ideology : A Critique of the New Sexual Assault Legislation», Canadian Criminology Forum| Forum canadien de criminologie, vol. 7, n° 2, 117.
- HOULE, F. (1992) «L'innocence à tout prix! L'affaire Seaboyer à la Cour Suprême du Canada», Canadian Journal of Women and the Law| Revue juridique «la femme et le droit», vol. 5., n° 1, 179-211.
- HUTCHINSON, A.C. et PETER, A. (1988) «Private Rights\Public Wrongs : The Liberal Lie of the Charter», 38 University of Toronto Law Journal, 278.
- KERANS, R. (1988) «The Supreme Court and Section 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» dans P. Boudreault, D. Greshner et R. Kerans, Charter : Remedies and Section 1, Canadian Judicial Council : 1988 Superior Court Judges Seminar, Ottawa, Ontario.
- KINNON, D. (1981) Rapport sur l'agression sexuelle au Canada, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme.
- LACERTE-LAMONTAGNE, C. et LAMONTAGNE, Y. (1980) «Indemnisation des victimes de viol» dans Le viol : acte de pouvoir et de colère, Montréal : La Presse, 104-105.
- LAHEY, K.A. (1987) «Feminist Theories of (In)Equality» dans K.E. Mahoney et S.L. Martin (eds), Equality and judicial neutrality, Ontario : Carswell Company Limited, 71-85.

- LE MAY, D. ET GOUBAU, D. (1988) La Recherche Documentaire Juridique au Québec, Montréal : Wilson & Lafleur Ltée.
- LÉTOURNEAU, J. (1989) Le Coffre à Outils du Chercheur Débutant, Toronto : Oxford University Press.
- LORDE, A. (1985) Sister Outsider, New York : The Crossing Press.
- LOS, M. (1990) «Feminism and rape law reform» dans L. Gelsthorpe et A. Morris (eds.), Feminist Perspectives in Criminology, Philadelphia : Open University Press, 160-172.
- MACDONALD, D. (1983) «Infractions d'ordre sexuel», Les Bulletins d'actualité, [Traduction] 79-23F, le 13 octobre 1980, revu le 8 avril 1983, Ottawa : Bibliothèque du Parlement.
- MACKAY, A. (1986) «Judging and Equality : For Whom Does The Charter Toll?», 10:2 Dalhousie Law Journal, 35.
- MAHONEY, K.E. et MARTIN, S.L.(eds) (1987) Equality and judicial neutrality, Ontario : Carswell Company Limited.
- MANDEL, M. (1989) The Charter of Rights and the legalization of politics in Canada, Toronto : Wall & Thompson, Inc..
- MANNING, M. (1986) «Proof of Facts in Constitutional Cases» dans G.-A. Beaudoin (ed.), Causes invoquant la Charte 1986-1987 : [actes de la conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal en octobre 1986], Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc., 271-329.
- MCWILLIAMS, P.K. (1984) Canadian Criminal Evidence, Second Edition, Ontario : Canada Law Book Limited.
- MILLETT, K. (1970) Sexual Politics, New York : Doubleday.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA (1990) La loi sur les agressions sexuelles au Canada. Une évaluation, Vue d'ensemble, Ottawa, section de la politique, des programmes et de la recherche, rapport n° 5, Ministère de la Justice du Canada.

- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA (1992) La loi sur les agressions sexuelles au Canada. Une évaluation, Etude de la jurisprudence en matière d'agression sexuelle de 1985 à 1988, Ottawa, section de la recherche, rapport n° 6, Ministère de la Justice du Canada.
- MONAHAN, P. (1987) Politics and the Constitution. The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada, Toronto : Carswell.
- NÉRON, J. (1993) «Quand la plaignante cessera-t-elle d'être coupable? Les conséquences de l'arrêt Seaboyer pour les femmes victimes d'agression sexuelle», Les Cahiers de recherche du GREMF, Groupe de recherche multidisciplinaire féministe, Université Laval, Québec, Cahier n° 56.
- OSBORNE, F. (4 mai 1988) «Les femmes et le droit criminel», Action Féministe.
- OSBORNE, J.A. (1984) «Rape Law Reform : the New Cosmetic for Canadian Women», Women and Politics, 4 (3), 49-64.
- PACIOCCO, D.M. (1989) «The Charter and the Rape Shield Provisions of the Criminal Code : More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine», 21, Ottawa Law Review | Revue de droit d'Ottawa, 119-149.
- PARENT, C. (1991) Les féminismes et les paradigmes en criminologie, Université de Montréal : Département de criminologie, Thèse inédite.
- PETTER, A. (1986) «The Politics of the Charter», 8 Supreme Court Law Review, 473.
- RAZACK, S. (1991) Canadian Feminism and the Law, Toronto : Second Story Press.
- RENNER, K. et SAHJPAUL, S. (1986) «The new sexual assault law : what has been its effect?», Canadian Journal of Criminology, vol. 28, n° 4, 407-413.

- ROBERT, P. (1981) «De la "criminologie de la réaction sociale" à une sociologie pénale», L'année sociologique, 31, 253-283.
- ROBERT, P. (1985) «Au théâtre pénal. Quelques hypothèses pour une lecture sociologique du "crime"», Déviance et Société, vol. 9, n° 2, 89-105.
- ROBERTS, J. et PIRES, A. (1992) «Le renvoi et la classification des infractions d'agression sexuelle», Criminologie, vol. XXV, n° 1, 27-63.
- RUEBSAAT, G. (1985) Les nouvelles infractions en matière d'agression sexuelle : Questions juridiques d'actualité, Ottawa, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, rapport n° 2, Ministère de la Justice du Canada.
- SHEEHY, E.A. (1987) Autonomie personnelle et droit criminel : quelques questions d'avenir pour les femmes, Ottawa, Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme.
- SHEEHY, E.A. (1989) «Canadian Judges and the Law or Rape : Should the Charter insulate bias?», 21 Ottawa L. Rev., 741-787.
- SHEEHY, E.A. (in press) «Compensation for Women who Have Been Raped» dans J. Roberts et R. Mohr (eds) (1994) , Confronting Sexual Assault. A decade of Legal and Social Change, Toronto: University of Toronto Press, chapitre 10.
- SMART, C. (1989) Feminism and the power of law, London : Routledge.
- SMITH, L. et WACHTEL, E. (1992) La Constitution Canadienne : un guide féministe, préparé pour le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, document de référence 92-L-186.
- SNIDER, L. (1985) «Legal reform and social control : the dangers of abolishing rape», International Journal of the Sociology of Law, vol. 13, n° 4, 337-356.
- SNIDER, L. (1990) «The Potential of the Criminal Justice System to Promote Feminist Concerns», Studies in Law, Politics, and Society, vol. 10, 143-172.

- SNIDER, L. (1992) «Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social», Criminologie, vol. XXV, n° 1, 5-25.
- SOURIOUX, J.L. et LERAT P. (1986) Méthodes du droit - L'Analyse de Texte - Méthode générale et application au droit, 2ième édition, Dalloz.
- SPECTOR, M. et BATT, S. (1983) Toward a More Active Victim, Ottawa: Department of Justice.
- STANLEY, M. G. (1985) La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation. Les victimes de viol et la justice pénale avant le projet de loi C-127, Ottawa, section de la politique, des programmes et de la recherche, rapport n° 1, Ministère de la Justice du Canada.
- TASSE, R. (1987) «A qui incombe l'obligation de respecter les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés?» dans G.-A. Beaudoin (ed.), Vos clients et la Charte : liberté et égalité : [actes de la conférence de l'Association du Barreau canadien tenue à Montréal les 23 et 24 octobre 1987], Cowansville : Les Editions Yvon Blais Inc..
- TONG, R. (1984) Women, Sex and the Law, U.S.A. : Rowman & Allanheld.
- TONG, R. (1989) Feminist Thought. A Comprehensive Introduction, San Francisco : Westview Press.
- WIGMORE, J. H. (1940) A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, (3rd ed.), vol. III, Boxtton : Little Brown.

JURISPRUDENCE CITÉE

*Andrews c. Law Society of British Columbia* [1989] 1 R.C.S. 143

*D.P.P. v. Morgan* [1976] A.C. 192

*Forsythe c. La Reine* [1980] 53 C.C.C. (2e) 225  
(Cour suprême du Canada)

*Law Society of Upper Canada v. Shapinker* [1984] 1 S.C.R. 357

*Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen* [1988] 1 S.C.R. 30

*Pappajohn v. R.* [1980] 2 R.C.S. 120

*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295

*R. c. Brun* [1986] 71 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 295

*R. c. Clarke* [1817]

*R. c. Hodgson* [1811-1812]

*R. c. Keegstra* [1990] 3 R.C.S. 697

*R. c. Konkin* [1983] 1 R.C.S. 388, 3 C.C.C. (3e) 289

*R. c. McKenna, McKinnon et Nolan* [1976] 32 C.C.C. (2e) 210  
(Cour provinciale, Division criminelle)

*R. c. Morris* [1977] 39 C.C.C. (2e) 123  
(Cour suprême de Colombie-Britannique)

*R. c. Moulton* [1979] 51 C.C.C. (2e) 154, [1980] 1 W.W.R. 711  
(Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel)

*R. c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103

*R. c. Scopelliti* [1981] 63 C.C.C. (2d) 481

*R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577

*R. c. Therens* [1985] 1 S.C.R. 613

*R. v. Bird and Peebles* [1984] 40 C.R. (3d) 41

*R. v. Coombs* [1985] 23 C.C.C. (3d) 356

*R. v. Gebara* [1991] 46 O.A.C. 159

*R. v. Le Gallant* [1985] 47 C.R. (3d) 170

*R. v. Le Gallant* [1986] 35 C.R.R. 287

*R. c. McAllister* [1991] 113 R.N.-B. (2°) 403

*R. v. Oquataq* [1985] 18 C.C.C. (3d) 440

*R. v. Seaboyer and Gayme* [1987] 58 C.R. (3d) 289

*R. v. Wald* [1989] 47 C.C.C. (3d) 315

*R. c. Ward et Tenass* [1989] 99 R.N.-B. (2°) 411

*R. v. Wiseman et al.* [1985] 22 C.C.C. (3d) 12

*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* [1985]  
1 R.C.S. 177

*The King v. Finessey* [1906] 10 C.C.C. 347

*The Queen vs. Laliberté* [1877] 1 S.C.R. 117

**ANNEXES**

## ANNEXE A

Chronologie

- 26 avril 1976 - Modifications à l'article 142 du Code criminel abolissant l'instruction au jury et limitant le droit conféré à l'accusé par la *common law* d'interroger la victime sur sa conduite sexuelle antérieure avec d'autres personnes.
- 1 mai 1978 - Le projet de loi C-52 atteint l'étape de la première lecture en Chambre. En vertu de ce projet de loi, on propose que les attentats à la pudeur soient classés en deux catégories : attentat à la pudeur punissable d'un emprisonnement maximal de 14 ans et l'attentat à la pudeur grave passible d'une peine d'emprisonnement à perpétuité. Ce projet n'a pas dépassé l'étape de la première lecture au cours de la troisième session de la 30e législature et n'a pas été déposé de nouveau.
- 6 juin 1978 - La Commission de réforme du droit du Canada publie le document de travail n° 22 apportant des recommandations pour modifier les dispositifs pénaux sur le viol.
- novembre 1978 - La Commission de réforme du droit du Canada dépose son rapport sur les infractions sexuelles énonçant trois principes fondamentaux qui devaient servir de base à la réforme des dispositifs pénaux : 1) la protection de l'intégrité de la personne; 2) la protection des enfants et de certaines catégories de personnes; et 3) la sauvegarde de la décence publique. On recommanda que les attentats à la pudeur soient divisés en deux infractions : l'attouchement sexuel, une infraction hybride

comportant une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, et l'agression sexuelle accompagnée de violence punissable d'un emprisonnement maximal de dix ans.

- 14 avril 1980 - Le Discours du Trône marquant l'ouverture de la 32e législature indiquait que le grave problème de la violence à l'égard des femmes serait cerné dans le cadre de modifications qu'on apporterait au Code criminel.
- 20 mai 1980 - La Cour suprême du Canada rendit son jugement dans l'affaire *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, maintenant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans les cas de viol.
- 27 juin 1980 - La Cour suprême du Canada rendit son jugement dans l'affaire *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, statuant que la plaignante est un témoin contraignable à l'audition à huis clos pour que le juge du procès puisse déterminer s'il est nécessaire de recueillir des témoignages au procès même.
- 12 janv. 1981 - Le projet de loi C-53 atteint l'étape de la première lecture. On propose de modifier et de remanier les dispositifs pénaux traitant des infractions sexuelles, de même que les règles de preuve. D'autres changements sont proposés concernant l'exploitation sexuelle des enfants, la pornographie impliquant des jeunes, l'inceste et la grossière indécence.
- 17 déc. 1981 - Deuxième lecture du projet de loi C-53 qui est renvoyé au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques.

- 22 avril 1982 - Le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques entend les premiers témoins au sujet du *projet de loi C-53*.
- 28 juil. 1982 - Le Comité permanent de la Justice et des questions juridiques termine l'étude du *projet de loi C-53*, sans traiter des dispositions relatives à l'inconduite sexuelle et à la pornographie mettant en cause des enfants.
- 4 août 1982 - La Chambre des communes adopte rapidement un nouveau *projet de loi C-127*, conforme en grande partie au *projet de loi C-53* qui a reçu l'approbation du Comité permanent de la Justice.
- 27 oct. 1982 - Après avoir été adopté par le Sénat, le *projet de loi C-127* est revêtu de la sanction royale.
- 4 janv. 1983 - Le *projet de loi C-127* entre en vigueur.

## ANNEXE B

ASSOCIATIONS QUI ONT TÉMOIGNÉ DEVANT LE COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES	
ASSOCIATIONS	DATES DE COMPARUTION
Association nationale de la femme et le droit (ANFD)	27 avril 1982 et 20 mai 1982
Association canadienne des professeurs d'Université	27 avril 1982
Comité pour le droit à la vie privée	29 avril 1982
Association des infirmières et infirmiers du Canada	4 mai 1982
Association canadienne des chefs de police	5 mai 1982
Association du Barreau canadien	6 mai 1982
Conseil consultatif canadien de la situation de la femme (CCCSF)	6 mai 1982
Association pour les droits des gais et lesbiennes du Québec	25 mai 1982
Comité national d'action sur le statut de la femme	1 juin 1982
Gouvernement de l'Ontario, Sous-procureur adjoint du procureur général de l'Ontario	2 juin 1982
Abducted Children's Rights of Canada	3 juin 1982
Fédération des femmes du Québec	3 juin 1982
Saskatoon Rape Crisis Centre	9 juin 1982
Periodical Distributors of Canada	9 juin 1982
Metropolitan Toronto Board of Commissioners	10 juin 1982
Association des avocats criminalistes de l'Ontario	10 juin 1982
Conseil national des femmes du Canada	15 juin 1982

## ANNEXE C

MEMBRES DU COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES AU 22 AVRIL 1982*
--

Président : M. Jean-Guy Dubois, Lotbitinière - Lib.

Vice-Président : M. Claude-André Lachance, Rosemont - Lib.

Bachand, André, Brome-Missiquoi - Lib.

Crosby, Howard, Halifax Ouest - PC

Cullen, Hon. Bud, Sarnia-Lambton - Lib.

Friesen, Benno, Surrey-White Rock-North Delta - PC

Gourde, Gaston, Lévis - Lib.

Halliday, Bruce, Oxford - PC

Hervieux-Payette, Hon. Céline, Montréal-Mercier - Lib.

Jarvis, Hon. William H., Perth - PC

Lawrence, Hon. Allan, Durham-Northumberland - PC

MacBain, Al, Niagara Falls - Lib.

Marceau, Gilles, Jonquière - Lib.

Mitchell, Margaret, Vancouver Est - NPD

Peterson, Jim, Willowdale - Lib.

Reid, Joe, St. Catharines - PC

Robinson, Svend J., Burnaby - NPD

Rossi, Carlo, Bourassa - Lib.

Tardif, Alain, Richmond-Wolfe - Lib.

Wenman, Robert L., Fraser Valley Ouest - PC

\* Il est à noter que la division des partis politiques est demeurée constante au cours de l'étude du projet de loi C-53 mais que les membres du Comité n'étaient pas nécessairement les mêmes à chaque réunion.

## ANNEXE D

C-49

C-49

Third Session, Thirty-fourth Parliament,  
40-41, Elizabeth II, 1991-92

Troisième session, trente-quatrième législature,  
40-41, Elizabeth II, 1991-92

THE HOUSE OF COMMONS OF CANADA

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA

## BILL C-49

## PROJET DE LOI C-49

An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)

Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)

---

AS PASSED BY THE HOUSE OF COMMONS  
JUNE 15, 1992

---

---

ADOPTÉ PAR LA CHAMBRE DES COMMUNES  
LE 15 JUIN 1992

---

3rd Session, 34th Parliament,  
40-41 Elizabeth II, 1991-92

3<sup>e</sup> session, 34<sup>e</sup> législature,  
40-41 Elizabeth II, 1991-92

THE HOUSE OF COMMONS OF CANADA

CHAMBRE DES COMMUNES DU CANADA

**BILL C-49**

**PROJET DE LOI C-49**

An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)

Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)

Preamble

WHEREAS the Parliament of Canada is gravely concerned about the incidence of sexual violence and abuse in Canadian society and, in particular, the prevalence of sexual assault against women and children:

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes the unique character of the offence of sexual assault and how sexual assault and, more particularly, the fear of sexual assault affects the lives of the people of Canada:

WHEREAS the Parliament of Canada intends to promote and help to ensure the full protection of the rights guaranteed under sections 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

WHEREAS the Parliament of Canada wishes to encourage the reporting of incidents of sexual violence or abuse, and to provide for the prosecution of offences within a framework of laws that are consistent with the principles of fundamental justice and that are fair to complainants as well as to accused persons:

WHEREAS the Supreme Court of Canada has declared the existing section 276 of the *Criminal Code* to be of no force and effect:

AND WHEREAS the Parliament of Canada believes that at trials of sexual offences, evidence of the complainant's sexual history is rarely relevant and that its admission should be subject to particular scrutiny, bearing in mind the inherently prejudicial character of such evidence:

Attendu :

que les cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne préoccupent sérieusement le Parlement du Canada, et en particulier la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants:

que le Parlement du Canada est conscient du caractère unique en son genre de l'infraction d'agression sexuelle et de ses effets sur la population du Canada, notamment de la crainte qu'elle suscite:

qu'il entend promouvoir et contribuer à assurer la pleine protection des droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

qu'il souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles et faire en sorte que leur poursuite s'effectue dans un cadre juridique compatible avec les principes de la justice fondamentale et équitable à la fois à l'égard des plaignants et des accusés:

que la Cour suprême du Canada a déclaré inopérant l'actuel article 276 du *Code criminel*:

qu'il estime que, lors des procès pour infraction d'ordre sexuel, la preuve relative au comportement sexuel antérieur du plaignant est rarement pertinente et que son admission devrait être examinée avec précaution eu égard à sa nature éminemment préjudiciable.

Preamble

*Criminal Code (sexual assault)*

40-41 ELIZ. II

R.S., c. C-46;  
R.S., c. 2, 11,  
27, 31, 47, 51,  
52 (1st Suppl.),  
cc. 1, 24, 27, 35  
(2nd Suppl.), cc.  
10, 19, 30, 34  
(3rd Suppl.), cc.  
1, 23, 29, 30,  
31, 32, 40, 42,  
50 (4th Suppl.);  
1989, c. 2;  
1990, cc. 15,  
16, 17, 44;  
1991, cc. 1, 4,  
28, 40

NOW THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

L.R., ch. C-46,  
L.R., ch. 2, 11,  
27, 31, 47, 51,  
52 (1<sup>re</sup> suppl.),  
ch. 1, 24, 27, 35  
(2<sup>e</sup> suppl.), ch.  
10, 19, 30, 34  
(3<sup>e</sup> suppl.), ch.  
1, 23, 29, 30,  
31, 32, 40, 42,  
50 (4<sup>e</sup> suppl.);  
1990, ch. 15,  
16, 17, 44;  
1991, ch. 1, 4,  
28, 40

1. The *Criminal Code* is amended by adding thereto, immediately after section 273 thereof, the following sections:

5 1. Le *Code criminel* est modifié par insertion, après l'article 273, de ce qui suit :

5

Meaning of "consent"

273.1 (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), "consent" means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

273.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.

Définition de « consentement »

10

Where no consent obtained

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l'application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

Restriction de la notion de consentement

(a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

15

(b) the complainant is incapable of consenting to the activity;

b) il est incapable de le former;

(c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;

(d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;

25

(e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

Subsection (2) not limiting

(3) Nothing in subsection (2) shall be construed as limiting the circumstances in which no consent is obtained.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

25 Precision

Where belief in consent not a defence

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :

Exclusion de moyen de défense fondée sur la croyance au consentement

(a) the accused's belief arose from the accused's

a) cette croyance provient :

35

30

- (i) self-induced intoxication, or
  - (ii) recklessness or wilful blindness; or
- (b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

- (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
- (ii) soit de son insouciance ou d'un aveulement volontaire;

5 b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

R.S., c. 27 (1st Suppl.), s. 203, c. 19 (3rd Suppl.), s. 12

Evidence of complainant's sexual activity

**2. Section 276 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:**

**2. L'article 276 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

L.R., ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 20 ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 12

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

276. (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

276. (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est :

- (a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or
- (b) is less worthy of belief.

- a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;
- b) soit moins digne de foi.

Idem

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

Conditions de l'admissibilité

- (a) is of specific instances of sexual activity;
- (b) is relevant to an issue at trial; and
- (c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

- a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;
- c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

Factors that judge must consider

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

Facteurs à considérer

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

Application for hearing

276.1 (1) Application may be made to the judge, provincial court judge or justice by or on behalf of the accused for a hearing under section 276.2 to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2).

276.1 (1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audition en application de l'article 276.2 en vue de décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe 276(2).

Demande d'audition

Form and content of application

(2) An application referred to in subsection (1) must be made in writing and set out

(a) detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce, and

(b) the relevance of that evidence to an issue at trial,

and a copy of the application must be given to the prosecutor and to the clerk of the court.

(2) La demande d'audition est formulée par écrit et énonce toutes précisions au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause: une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

Forme et contenu

Jury and public excluded

(3) The judge, provincial court judge or justice shall consider the application with the jury and the public excluded.

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

Exclusion jury et du public

Judge may decide to hold hearing

(4) Where the judge, provincial court judge or justice is satisfied

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept

Audition

(a) that the application was made in accordance with subsection (2).

(b) that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or such shorter interval as the judge, provincial court judge or justice may allow where the interests of justice so require, and

(c) that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2).

the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a hearing under section 276.2 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2).

jours auparavant ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audition pour décider effectivement de l'admissibilité de la preuve au titre du paragraphe 276(2).

Jury and public excluded

276.2 (1) At a hearing to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2), the jury and the public shall be excluded.

276.2 (1) Le jury et le public sont exclus de l'audition tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre du paragraphe 276(2).

Exclusion jury et public

Complainant not compellable

(2) The complainant is not a compellable witness at the hearing.

(2) Le plaignant n'est pas un témoin contraignable à l'audition.

Incontrainctibilité

Judge's determination and reasons

(3) At the conclusion of the hearing, the judge, provincial court judge or justice shall determine whether the evidence, or any part thereof, is admissible under subsection 276(2) and shall provide reasons for that determination, and

(3) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix est tenu de motiver la décision qu'il rend à la suite de l'audition sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre du paragraphe 276(2), en précisant les points suivants :

Motifs

(a) where not all of the evidence is to be admitted, the reasons must state the part of the evidence that is to be admitted;

(b) the reasons must state the factors referred to in subsection 276(3) that affected the determination; and

(c) where all or any part of the evidence is to be admitted, the reasons must state the manner in which that evidence is expected to be relevant to an issue at trial.

a) les éléments de la preuve retenus;

b) ceux des facteurs mentionnés au paragraphe 276(3) ayant fondé sa décision;

c) la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

Record of reasons

(4) The reasons provided under subsection (3) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

(4) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, donnés par écrit.

Forme

Publication prohibited

276.3 (1) No person shall publish in a newspaper, as defined in section 297, or in a broadcast, any of the following:

276.3 (1) Il est interdit de diffuser dans un journal, au sens de l'article 297, à la radio ou à la télévision le contenu de la demande présentée en application de l'article 276.1 et tout ce qui a été dit ou déposé à l'occasion de

Diffusion interdite

	(a) the contents of an application made under section 276.1;	cette demande ou aux auditions mentionnées à l'article 276.2. L'interdiction vise aussi, d'une part, la décision rendue sur la demande d'audition au titre du paragraphe 276.1(4) et, d'autre part, la décision et les motifs mentionnés à l'article 276.2, sauf, dans ce dernier cas, lorsque la preuve est déclarée admissible ou, dans les deux cas, si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix rend une ordonnance autorisant la diffusion après avoir pris en considération le droit du plaignant à la vie privée et l'intérêt de la justice.	
	(b) any evidence taken, the information given and the representations made at an application under section 276.1 or at a hearing under section 276.2;		
	(c) the decision of a judge, provincial court judge or justice under subsection 276.1(4), unless the judge, provincial court judge or justice, after taking into account the complainant's right of privacy and the interests of justice, orders that the decision may be published; and		
	(d) the determination made and the reasons provided under section 276.2, unless		
	(i) that determination is that evidence is admissible, or		
	(ii) the judge, provincial court judge or justice, after taking into account the complainant's right of privacy and the interests of justice, orders that the determination and reasons may be published.		
Offence	(2) Every person who contravenes subsection (1) is guilty of an offence punishable on summary conviction.	(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.	Infraction
Judge to instruct jury re use of evidence	276.4 Where evidence is admitted at trial pursuant to a determination made under section 276.2, the judge shall instruct the jury as to the uses that the jury may and may not make of that evidence.	276.4 Au procès, le juge doit donner des instructions au jury quant à l'utilisation que celui-ci peut faire ou non de la preuve admise en application de l'article 276.2.	Instructions données au juge au cours de l'utilisation de la preuve
Appeal	276.5 For the purposes of sections 675 and 676, a determination made under section 276.2 shall be deemed to be a question of law.	276.5 Pour l'application des articles 675 et 676, la décision rendue en application de l'article 276.2 est réputée constituer une question de droit.	Appel
Coming into force	3. This Act or any provision thereof, or any provision of the <i>Criminal Code</i> as enacted by this Act, shall come into force on a day or days to be fixed by order of the Governor in Council.	3. La présente loi ou telle de ses dispositions, ou telle des dispositions du <i>Code criminel</i> édictées par la présente loi, entrent en vigueur à la date ou aux dates fixées par décret du gouverneur en conseil.	Entrée en vigueur