
CASE COMMENTS

CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

R. c. Seaboyer : Au delà du droit de la preuve

Anne-Marie Boisvert*

Dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour suprême du Canada a déclaré inopérant l'article 276 du *Code criminel*, qui interdisait la présentation de preuves relatives au passé sexuel de la plaignante dans les affaires d'agression sexuelle. Après un survol de l'évolution de la *common law* et du *Code criminel* en la matière, l'auteur résume les motifs de la majorité, selon laquelle l'article 276 excluait des preuves pertinentes. Elle remet alors en question la conception que se fait la majorité de la Cour de la notion de pertinence : la preuve du passé sexuel de la plaignante ne saurait être pertinente ni pour prouver le consentement de la plaignante ni pour remettre en question sa crédibilité comme témoin. L'auteur se demande également pourquoi il faut préférer la conception que les tribunaux se sont faite de la pertinence à celle du législateur. Enfin, vu que, de l'aveu même de la majorité de la Cour, l'article 7 de la *Charte* ne protège pas que les droits de l'accusé, mais ceux de la société tout entière, elle déplore que le jugement majoritaire accorde plus de poids aux droits de l'accusé qu'à ceux de la plaignante.

In *Seaboyer*, the Supreme Court of Canada struck down section 276 of the *Criminal Code*, which declared evidence of the complainant's sexual history inadmissible in sexual assault cases. Following an overview of the evolution of the common law and of the *Criminal Code* provisions on this point, the author summarizes the majority judgment, which held that section 276 excluded relevant evidence. The author challenges the majority's conception of the notion of relevance, and holds that evidence of the complainant's sexual history is irrelevant both as to proving the complainant's consent and to attacking her credibility as a witness. The idea that the courts' conception of relevance should be preferred to that of the legislator is also called into question. Finally, since, as the majority itself stated, section 7 of the *Charter* protects not only the rights of the accused, but those of society at large, the author regrets that the majority chose to adopt a stance which clearly favors the rights of the accused over those of the complainant.

* Professeure agrégée, Faculté de droit, Université de Montréal.

Introduction

Le 22 mai 1991, la Cour suprême du Canada rendait un jugement important dans l'affaire *R. c. Seaboyer*¹. Dans cette décision, une majorité de la Cour invalidait l'article 276 du Code criminel, mesure plus connue sous la dénomination de « disposition sur la protection des victimes de viol ». Selon la majorité du plus haut tribunal du pays, cette disposition porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et cette atteinte ne peut se concilier avec les préceptes d'une société libre et démocratique. Cette décision, attendue avec impatience, a suscité le dépit chez nombre de femmes et donné lieu à la controverse. Suite à cet arrêt, la ministre de la Justice introduisait en Chambre des communes un projet de loi destiné à baliser, dans les limites permises par la Cour, le contre-interrogatoire des victimes d'agressions sexuelles relativement à leur passé sexuel². Ce projet de loi reprend essentiellement, en les codifiant, les lignes directrices élaborées par la Cour en fin de jugement afin de protéger les plaignantes contre les utilisations illégitimes de la preuve de leur comportement sexuel³.

Compte tenu de ce développement, il peut sembler vain, à première vue, de s'étendre longuement sur les motifs de la Cour et les fondements de sa décision dans l'arrêt *Seaboyer*. Puisque, dans un sens, le sort en est jeté, il semblerait suffisant de se tourner vers l'avenir et de travailler à construire, dans les limites posées par la Cour et reprises dans le projet de loi C-49, un système de justice qui, tout en respectant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, tendrait à s'affranchir des idées reçues qui ont contribué trop longtemps à l'opération discriminatoire de la justice en matière de viol et d'agression sexuelle. Pourtant, à notre avis, ce jugement mérite qu'on s'y attarde dans la mesure où, au delà du résultat qu'il a engendré, il participe d'une tradition et consacre une vision de la justice qui nous inquiètent. Cette réflexion nous apparaît d'autant plus nécessaire et urgente qu'elle se situe maintenant dans un contexte de définition constitutionnelle de ce que nous entendons par équité et justice, de ce que sont, dans notre société, les principes de justice fondamentale. Par ailleurs, le message lancé par la majorité de la Cour sur les rôles respectifs des institutions parlementaires et judiciaires dans la définition de ces principes fondamentaux mérite d'être étudié de plus près.

Malgré les réserves importantes que nous inspire la décision majoritaire de la Cour, et dont nous ferons largement état dans les pages suivantes, nous devons reconnaître que le jugement comporte des aspects positifs. Tout d'abord, l'ensemble de la Cour y reconnaît clairement que la *common law*, en se fondant sur des mythes et stéréotypes, a permis que des preuves de comportement sexuel soient admises et utilisées à des fins illégitimes pour que le juge des faits en tire

¹[1991] 2 R.C.S. 577, 128 N.R. 81, 66 C.C.C. (3d) 321, 7 C.R. (4th) 117 [ci-après *Seaboyer* cité aux R.C.S.].

²P.L. C-49, *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, 3e sess., 34e Lég., 1991-92.

³« Ces lignes directrices sont, en fait, le pivot des modifications législatives proposées qui régissent les questions de preuve » (Canada, *Débats de la Chambre des communes* à la p. 9505 (8 avril 1992)).

des inférences illogiques⁴. Dans la foulée de l'arrêt *Lavallée*⁵, la Cour admet encore une fois que le droit criminel canadien traduit le plus souvent une vision masculine de la justice et que les femmes ont été traitées de façon discriminatoire par notre appareil judiciaire. Par ailleurs, les lignes directrices proposées en fin de jugement et destinées à assurer une utilisation plus équitable de la preuve relative au comportement sexuel des plaignantes, démontrent un souci de faire en sorte que les abus du passé ne se répètent plus. Ces aspects positifs ne nous permettent toutefois pas d'oublier la déception engendrée par la consécration, à la majorité de la Cour, d'une vision à notre avis discutable de la justice et des principes de justice fondamentale.

Le jugement de la majorité dans l'affaire *Seaboyer* se présente comme un magistral exposé du droit de la preuve pénale et participe d'une logique qui a toutes les apparences de la nécessité. Il est, en fait, difficile d'échapper à cette logique et un commentaire d'arrêt classique supposerait sans doute une incursion à l'intérieur de cette dernière afin, au mieux, d'en mettre en lumière quelques faiblesses. Pourtant l'exercice nous apparaît périlleux parce qu'à s'y vouer, on risque de perdre de vue les éléments que la logique majoritaire néglige, en les ignorant complètement ou en ne leur accordant qu'une importance limitée. Or, ce sont cette logique elle-même et les omissions qui l'accompagnent qui donnent à la décision de la Cour tout son sens et doivent être discutées.

En effet, le raisonnement adopté par la majorité de la Cour ne fonctionne ni ne produit un résultat satisfaisant que dans la mesure où certaines des prémisses sur lesquelles il s'appuie sont acceptées sans réserve. On ne peut se satisfaire de ce jugement qu'en acceptant l'idée qu'à tout prendre, les principes de justice fondamentale accordent une plus large part aux droits des accusés qu'à ceux des victimes. À cet égard, la conclusion de la Cour découle d'une appréciation réductrice de l'objectif poursuivi par l'adoption de l'article 276 du *Code criminel* et d'une qualification inexacte des intérêts en cause. La logique de l'exposé de la majorité repose sur une analyse restrictive des possibilités déjà offertes de présenter des preuves par le biais des exceptions prévues à l'article 276 et sur l'application d'une notion de pertinence qui n'est pas sans faille. Il faut, dans une large mesure, accepter de porter un jugement sur l'effort déployé

⁴ L'objet principal de la loi est d'abolir les anciennes règles de common law qui autorisaient la présentation de preuves sur le comportement sexuel du plaignant qui avaient peu de valeur probante et visaient à induire le jury en erreur. En vertu des règles de common law, on pouvait interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur, sans avoir à établir la pertinence de cette preuve à l'égard d'un point en litige. En effet, des preuves que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec l'accusé et d'autres personnes étaient ordinairement présentées (et acceptées par les juges et les jurés) comme tendant à rendre plus probable le consentement de la plaignante et à diminuer généralement sa crédibilité. Ces inférences étaient fondées non pas sur des faits mais sur le mythe selon lequel il est plus probable qu'une femme de moeurs faciles consente à des rapports sexuels et qu'elle est, de toute façon, moins digne de foi. Ce mythe double est maintenant disparu (*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 604, Mme la juge McLachlin).

⁵R. c. *Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852, 108 N.R. 321, 55 C.C.C. (3d) 97, 76 C.R. (3d) 329.

par le législateur pour définir la notion de pertinence en évacuant presque totalement le contexte particulier dans lequel elle s'inscrit. Il faut, finalement, admettre que les principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Constitution* habilite les tribunaux à substituer leur définition de ce qui est pertinent à celle retenue par le législateur. Or, nous avons du mal à réprimer notre scepticisme face à l'affirmation que, malgré leur piètre performance séculaire en matière d'infractions sexuelles, les tribunaux seront, en ce domaine, en meilleure posture que le législateur pour déterminer la pertinence d'une preuve et tracer la voie menant à l'équité et à une conception fondamentale de la justice.

I. Le contexte de l'arrêt *Seaboyer*

Une analyse de l'arrêt rendu par la majorité de la Cour ne peut être entreprise sans tout d'abord situer le litige dans son véritable contexte, celui du traitement législatif et judiciaire particulier qui a longtemps été réservé aux infractions sexuelles. La pratique du droit a, dans ce domaine, fait une large part aux préjugés, aux stéréotypes et aux croyances discriminatoires. Malgré la reconnaissance initiale de cet état de faits, l'analyse constitutionnelle à laquelle se livre la majorité de la Cour est complètement divorcée du contexte propre aux infractions sexuelles. Pourtant, comme le fait remarquer avec force la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs de dissidence, l'analyse constitutionnelle ne peut avoir de véritable sens que si elle tient compte du cadre politique, historique et social dans lequel s'est développé le droit des infractions sexuelles⁶.

L'agression sexuelle se démarque des autres crimes en ce que, dans la vaste majorité des cas, l'agresseur est un homme alors que la victime est une femme⁷. Par ailleurs, l'affirmation à l'effet que l'agression sexuelle est, de tous les crimes du *Code criminel*, celui qui est le moins rapporté, le moins poursuivi et le moins puni, participe presque du lieu commun⁸. Pourtant, malgré un taux de

⁶*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 647.

⁷Selon une récente enquête menée par la section de la recherche du ministère fédéral de la Justice, plus de 90 % des plaignantes en matière d'agressions sexuelles sont des femmes alors que 99 % des suspects sont des hommes (Canada, Ministère de la Justice, *La loi sur les agressions sexuelles au Canada — Une évaluation : Vue d'ensemble* (Rapport n° 5), Hull, Approvisionnements et services Canada, 1991 aux pp. 45, 47).

Nous avons éprouvé, lors de la rédaction de ce commentaire, les mêmes problèmes de vocabulaire que ceux évoqués par la juge L'Heureux-Dubé (*supra*, note 1 aux pp. 647-48). Fallait-il parler de « victimes », de « prétendues victimes », de « plaignants » ou de « plaignantes » ? Puisque, en droit, il n'est pas permis de parler de victime tant que le crime n'a pas été prouvé, nous avons opté pour le mot « plaignant ». Restait cependant la délicate question du genre. Après mûre réflexion, et malgré le fait que les agressions sexuelles peuvent être commises tant à l'égard des hommes qu'à l'égard des femmes, nous avons opté pour l'entorse à la règle grammaticale voulant que « le masculin l'emporte sur le féminin » et nous parlerons de « plaignantes ». Il nous apparaît que ce choix rend mieux justice à la situation de victimisation très importante des femmes dans le domaine des agressions sexuelles.

⁸Dans ses notes, la juge L'Heureux-Dubé rapporte, entre autre, que :

Selon Statistique Canada, en 1973, le taux de déclarations de culpabilité pour tous les crimes contre la personne a été de 66,7 pour 100 contre 39,3 pour 100 pour le viol (*supra*, note 1 à la p. 657).

Des données plus récentes contenues dans le rapport préparé par la section de la recherche du ministère fédéral de la Justice indiquent qu'alors que le taux de condamnation suite aux poursuites

dénonciation anormalement bas, il est démontré que le taux de victimisation des femmes en matière d'agression sexuelle est très élevé⁹.

Comme le démontre la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs de dissidence, de nombreux mythes et stéréotypes expliquent la piètre performance de l'appareil répressif dans ce domaine¹⁰. Après avoir passé en revue nombre d'idées reçues sur la sexualité féminine, sur les femmes et sur l'agression sexuelle, elle conclut :

Cette liste des conceptions stéréotypées sur les femmes et l'agression sexuelle n'est nullement exhaustive. Comme la plupart des stéréotypes, elles sont une façon, si imparfaite soit-elle, de comprendre le monde et, comme la plupart de ces conceptions, opèrent à un niveau de conscience qui les rend difficiles à éliminer et à attaquer directement. Cette mythologie influence la police dans sa décision de classer une plainte comme « fondée ou non fondée », le ministère public dans sa décision d'intenter ou non des poursuites, la perception que le juge ou le juré a de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et de la « bonté » ou de la « méchanceté » de la victime, *et enfin a réussi à se tailler une place dans les règles de preuve et de fond régissant le procès en cette matière* [nos italiques]¹¹.

Il n'est pas inutile de rappeler brièvement que le droit de la preuve, qui nous intéresse plus particulièrement ici, a en effet longtemps considéré avec une suspicion extrême le témoignage des personnes alléguant avoir été victimes de viol ou d'agression sexuelle et s'est développé à partir d'idées préconçues sur les femmes, la sexualité et le rôle social réservé aux individus¹². La règle de la

pour les autres infractions contre la personne est de 86 %, celui relatif aux agressions sexuelles n'est que d'environ 55 % (*ibid.* aux pp. 3, 53).

Ces données font état du taux de condamnation, une fois l'agression sexuelle dénoncée et la plainte jugée fondée par la police et le ministère public. Dans ses notes, la juge L'Heureux-Dubé fait par ailleurs largement état du faible taux de dénonciation et du faible taux de poursuite qui caractérisent l'agression sexuelle.

⁹Dans son document de 1985 intitulé *Une politique d'aide aux femmes violentées*, le ministère des Affaires sociales du gouvernement du Québec affirme que :

- une canadienne sur 17 est violée au cours de son existence ; 1 femme sur 5 est victime d'agression sexuelle ;
- toutes les 29 minutes, une femme est violée au Canada ; toutes les 6 minutes, une femme subit une agression sexuelle ;
- pour la seule année 1979, on a rapporté 3 388 viols à la police au Canada ; les études montrent que 1 viol sur 8 seulement est rapporté à la police ;
- depuis 1969, le nombre de viols rapportés a augmenté de 125 %.

Dans ses motifs, la juge L'Heureux-Dubé rapporte des statistiques tout aussi alarmantes (*supra*, note 1 à la p. 649). Par ailleurs, elle fait état d'un autre aspect de la victimisation des femmes dont il est moins souvent fait mention et qui n'est pas comptabilisé, la crainte dans laquelle vivent les femmes de subir une agression sexuelle (*ibid.* aux pp. 649, 657-58).

¹⁰Elle dresse la liste des préjugés les plus courants aux pp. 651-54. Il est important de souligner que ces idées reçues ne sont pas l'apanage exclusif de notre système de justice. Les mythes et stéréotypes véhiculés par ce système sont partagés par une vaste majorité de la population. Voir, à cet égard, les résultats des études citées dans *ibid.* à la p. 659 et s.

¹¹*Ibid.* à la p. 654.

¹²Modern psychiatrists have amply studied the behavior of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by inherent defects, partly by diseased derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary physiological or emo-

plainte spontanée, abrogée depuis peu¹³, destinée à protéger les hommes contre la fabrication tant redoutée d'accusations frivoles et mensongères, en fournit un exemple éloquent. Cette règle découlait du postulat que le défaut de la victime de se plaindre à la première occasion était nécessairement incompatible avec sa dénégation du consentement à l'acte. La règle obligeait donc cette dernière à présenter une preuve respectant de strictes exigences d'admissibilité afin de renverser une présomption d'absence de crédibilité en cas de silence. Contrairement à la règle voulant que les déclarations d'un témoin doivent généralement être considérées comme véridiques en l'absence d'un motif particulier de les exclure, dans le cas des infractions d'ordre sexuel, l'absence de plainte spontanée forçait le juge des faits à tirer une inférence négative quant à la crédibilité de la plaignante¹⁴.

Les règles de corroboration constituaient elles aussi des exceptions aux principes traditionnels en matière de preuve et traduisaient la méfiance de l'appareil judiciaire face à la crédibilité de la plaignante. La règle générale veut en effet que le tribunal puisse agir et fonder un verdict sur la foi d'un témoignage non corroboré¹⁵. Cependant, les victimes d'agression sexuelle étant considérées comme peu crédibles, la corroboration était nécessaire pour qu'une personne soit déclarée coupable dans le cas de certaines infractions d'ordre sexuel, alors que dans d'autres cas, le jury devait être averti du danger de condamner quelqu'un en l'absence de toute corroboration. La victime d'agression sexuelle recevait, en fait, le même traitement que les témoins complices et les enfants jugés incapables de comprendre la nécessité de dire la vérité. Il n'y a pas si longtemps, Glanville Williams justifiait candidement la règle. Voici comment il s'exprime :

There is sound reason for this, because sexual cases are particularly subject to the danger of deliberately false charges, resulting from sexual neurosis, phantasy, jealousy, spite, or simply a girl's refusal to admit that she consented to an act of which she is now ashamed¹⁶.

Or, comme le fait remarquer le juge L'Heureux-Dubé, ce souci constant de protéger les accusés contre la fabrication d'allégations est difficile à comprendre

tional conditions. One form taken by these complexes is that of contriving false charges of sexual offenses by men (J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A, éd. rév. par J.H. Chadbourn, Boston, Little, Brown, 1970 à la p. 736, cité dans J.G. Hoskins, « The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offences Cases » (1983) 4 Rev. Can. D. Fam. 173 à la p. 191).

¹³Loi 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, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 19 (modifiant l'art. 246.5 C.cr.) [ci-après *Loi modifiant le Code criminel*].

¹⁴Comme le faisait remarquer le juge Lamer dans l'affaire *Timm c. R.*, [1981] 2 R.C.S. 315 à la p. 320, 59 C.C.C. (2d) 396 :

La jurisprudence relative à la preuve de plainte spontanée [...] laisse amplement voir qu'il y a beaucoup d'incertitude dans ce domaine du droit [...]. Une bonne partie de ces divergences et de cette incertitude résulte, à mon avis, de ce que nous considérons la recevabilité d'une telle preuve comme une exception à une règle générale d'exclusion, alors que ce qui est exceptionnel c'est l'attribution d'une valeur probante spéciale au silence de la personne qui se dit victime d'une infraction sexuelle.

¹⁵La corroboration est une preuve indépendante qui a pour effet de confirmer la véracité d'un témoignage. Voir J. Fortin, *Preuve pénale*, Montréal, Thémis, 1984 à la p. 231.

¹⁶G. Williams, « Corroboration — Sexual Cases » [1962] Crim. L.R. 662 à la p. 662.

et à expliquer autrement que par l'adhésion à des idées reçues sur la crédibilité des plaignantes. Les craintes d'abus et les mécanismes mis en place pour les contrer reposent sur des prémisses fondées sur l'imagination beaucoup plus que sur l'observation empirique¹⁷.

Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de noter, pour les fins de la discussion qui va suivre, que l'ancien article 142 du *Code criminel*, qui imposait au juge le devoir d'avertir le jury qu'il était risqué de condamner l'accusé sur la simple preuve non corroborée du témoignage de la plaignante en matière de viol, de tentative de viol, de rapports sexuels illicites ou d'attentat à la pudeur, a été abrogé en 1975 et remplacé par un nouvel article¹⁸. Cette nouvelle disposition n'exigeait plus la corroboration en matière de viol, et seuls les quelques cas prévus à l'article 139 nécessitaient dorénavant la corroboration. Pourtant, malgré l'intention manifestée par le législateur, une règle jurisprudentielle s'est développée à l'effet qu'en matière de viol, le juge devait quand même inviter le jury à la circonspection dans le cas où la condamnation ne reposerait que sur le témoignage non corroboré de la plaignante¹⁹. Devant cette attitude de la jurisprudence, le législateur a abrogé ce nouvel article lors de la réforme majeure des infractions d'ordre sexuel dans les années quatre-vingt²⁰.

La position de la *common law* relativement à la pertinence de la preuve sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante s'inscrit elle aussi dans ce contexte de méfiance face à la crédibilité des plaignantes et s'est élaborée de manière à conforter nombre de préjugés sur les femmes et la nature des agressions sexuelles.

En *common law* en effet, la moralité sexuelle de la plaignante en matière de viol était considérée pertinente à un double titre. Tout d'abord, le comportement sexuel antérieur de la plaignante, tant avec l'accusé qu'avec les tiers, était jugé pertinent au litige et utile pour déterminer si, en l'espèce, la plaignante avait consenti aux rapports sexuels. Ensuite, la plaignante pouvait être interrogée sur son passé sexuel de manière à miner sa crédibilité comme témoin. « En d'autres termes, on considérait que les femmes qui avaient consenti à des rapports sexuels extraconjugaux avaient une double propension : premièrement, à consentir généralement aux rapports sexuels et deuxièmement, à mentir. »²¹

¹⁷Comme le fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé :

Il est difficile de comprendre la préoccupation du droit à l'égard de la crédibilité de la plaignante dans ces cas ainsi que les stéréotypes flagrants selon lesquels ces plaignantes ne sont pas dignes de foi. Comme nous l'avons vu, l'agression sexuelle est, parmi tous les crimes violents, l'infraction qui donne lieu au moins grand nombre de plaintes. Même après le dépôt d'une plainte, la police et la poursuite éliminent un nombre important de plaintes selon qu'elles correspondent ou non au mythe et au stéréotype entourant le viol. Logiquement, il semblerait y avoir, dans ce contexte, peu de risques de plaintes non fondées comparativement à la plupart des crimes. *En fait, il n'existe pas de preuve du contraire* [nos italiques] (*supra*, note 1 à la p. 669).

¹⁸*Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, c. 93, art. 8 [ci-après *Loi de 1975*].

¹⁹Voir *R. c. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 250 (C.A. Ont.).

²⁰*Loi modifiant le Code criminel*, *supra*, note 13, art. 6.

²¹*Seaboyer*, *supra*, note 1 à la p. 666, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

Les interrogatoires menés lors des procès pour viol, souvent vexatoires²², ont été critiqués tant pour l'usage abusif qui en était fait que relativement à la pertinence douteuse des moeurs sexuelles comme baromètre de la crédibilité²³. C'est dans ce contexte qu'à deux reprises le législateur est intervenu pour corriger la situation.

Tout d'abord, en 1975, le Parlement fédéral abrogeait l'ancien article 142 du *Code criminel* et adoptait un nouveau texte destiné à freiner les abus. Cet article prévoyait que l'interrogatoire de la plaignante sur son comportement sexuel avec une autre personne devait dorénavant être précédé d'un avis écrit et d'une audition à huis clos destinée à établir la valeur de la preuve²⁴. Il est désolant de constater que cette mesure, adoptée pour juguler les problèmes causés par l'examen pratiquement illimité du comportement sexuel de la plaignante, s'est vue vidée de tout son sens et interprétée par la Cour suprême de manière à placer la plaignante dans une position encore moins avantageuse que ne le faisait la *common law*. Une loi destinée à corriger les iniquités et la discrimination auxquelles la *common law* avait donné prise était traitée par la Cour comme conférant à la poursuite un avantage indu, situation que le plus haut tribunal du pays a cru devoir corriger. Dans l'arrêt *Forsythe*, la Cour décidait en effet que les nouveaux « avantages » conférés aux plaignantes devaient être contrebalancés par de nouveaux « avantages » pour la défense²⁵. Ainsi, la Cour

²²Pour un exemple classique de contre-interrogatoire vexatoire, voir G.R. Goodman, « Proposed Amendments to the Criminal Code with Respect to the Victims of Rape and Related Sexual Offences » (1975) 6 Man. L.J. 275.

²³Voir par exemple les propos suivants du juge Harradence de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. c. Wald* (1989), 68 C.R. (3d) 289 à la p. 297, 47 C.C.C. (3d) 315 [ci-après *Wald*] :

More often than not, the cross-examination or introduction of independent evidence of the complainant's sexual reputation was intended solely as a character assassination of the complainant and was not relevant to any of the matters directly in issue.

²⁴Le nouvel art. 142 *C.cr.* se lisait ainsi :

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 leur 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.

(2) Il est interdit de diffuser dans un journal ou à la radio l'avis donné conformément à l'alinéa (1)a), la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)b).

(3) Quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, ne se conforme pas au paragraphe (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(4) Au présent article, « journal » a le même sens qu'à l'article 261.

(5) Au présent article et à l'article 442, « plaignante » désigne la victime de la présumée infraction (*Loi de 1975, supra*, note 18).

²⁵*Forsythe c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 268, 55 C.C.C. (2d) 225 [ci-après *Forsythe*]. Pour une intéressante discussion sur l'interprétation faite par les tribunaux de la première réforme législative,

décidait que la plaignante deviendrait dorénavant un témoin contraignable par la défense lors de l'audition à huis clos. De plus, la Cour décidait que, d'une question incidente au litige, la crédibilité de la plaignante devenait une question directement en litige, privant donc la plaignante du droit de refuser de répondre aux questions relatives à son « in conduite », comme c'est normalement le cas quand la crédibilité d'un témoin n'est qu'une question accessoire. Par ailleurs, la défense se voyait accorder le droit de présenter des preuves destinées à contredire le témoignage de la plaignante sur sa conduite sexuelle.

Quoique les objectifs du législateur aient été louables, l'interprétation donnée à cet article par les tribunaux a contrecarré les avantages qu'il aurait pu entraîner pour les plaignantes. En fait, selon cette interprétation, cette disposition offrait à la plaignante *moins* de protection que la *common law*, ce qui constitue un résultat étonnant si l'on considère que, en l'adoptant, le législateur avait l'intention de corriger un problème évident²⁶.

Pareil résultat incitait le législateur à intervenir une deuxième fois en 1983 et à abroger l'article 142 pour le remplacer par les articles 276 et 277 du *Code criminel*, articles dont la validité constitutionnelle était contestée dans l'arrêt *Seaboyer*. L'article 277 disposait dorénavant que, lors d'un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante était inadmissible. Quant au nouvel article 276, il limitait à certaines situations précises la possibilité de faire la preuve du passé sexuel de la plaignante avec une personne autre que l'accusé. Pareille preuve n'était dorénavant permise que (1) pour contredire une preuve de la poursuite mettant en litige le comportement sexuel de la plaignante (par exemple la preuve de sa chasteté); (2) pour établir l'identité de la personne ayant eu des rapports sexuels avec la plaignante lors de l'incident faisant l'objet de l'accusation (par exemple en cas de contestation de l'identité de l'accusé); ou enfin (3) si la preuve présentée portait sur des actes sexuels contemporains à l'accusation et pertinents à la croyance de l'accusé quant au consentement de la plaignante. Dans ces trois cas, le juge ne pouvait admettre la preuve du passé sexuel de la plaignante avec des tiers qu'après une audition à huis clos. Notons enfin que la loi ne restreignait pas l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel de la plaignante avec l'accusé, élargissant de ce fait la traditionnelle règle de *common law*²⁷.

C'est cet aspect de la réforme législative qui fut contesté dans l'affaire *Seaboyer*. Les accusés dans cette affaire plaidaient que l'interdiction totale de faire la preuve du passé sexuel de la plaignante pour attaquer sa crédibilité et l'admissibilité limitée de cette preuve quant aux questions directement en litige les privaient indûment de leur droit à une défense pleine et entière et à un procès équitable, deux droits garantis par les articles 7 et 11d) de la *Charte canadienne des*

voir le commentaire de Christine Boyle, « Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse? » (1980-81) 23 *Crim. L.Q.* 253.

²⁶*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 671, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

²⁷Voir, à cet égard, T.B. Dawson, « Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Construction of Relevance » (1987-1988) 2 *Rjfd* 310 à la p. 318.

*droits et libertés*²⁸. Essentiellement, les accusés soutenaient que, aussi louable que fût l'objectif poursuivi par le législateur lors de la réforme, les dispositions adoptées allaient trop loin en éliminant en fait des preuves pertinentes qui devraient être admises, nonobstant leur effet préjudiciable possible.

II. Le jugement majoritaire

Selon la juge McLachlin, écrivant pour la majorité de la Cour, la véritable question soulevée par le pourvoi consiste à déterminer si l'atteinte possible à la liberté de l'accusé, par l'application des articles 276 et 277 du *Code criminel*, survient en conformité avec les principes de justice fondamentale²⁹.

D'entrée de jeu, elle affirme que les principes de justice fondamentale, ces préceptes fondamentaux de notre système juridique, ne visent pas uniquement à protéger les droits de l'accusé, mais protègent des préoccupations sociales plus globales³⁰. Le jugement majoritaire reconnaît par ailleurs que les objectifs poursuivis par le législateur, lors de l'adoption des articles 276 et 277, ne portent pas atteinte à ces principes. L'objectif principal de ces disposition, soit, selon la majorité de la Cour, celui d'abolir les anciennes règles de *common law* qui autorisaient la présentation de preuves sur le comportement sexuel de la plaignante ayant peu de valeur probante et induisant le jury en erreur, va de pair avec la conception que nous nous faisons d'un procès équitable. Il en va de même des objectifs subsidiaires d'encourager le dépôt de plaintes dans un domaine où elles sont notoirement peu nombreuses ainsi que de protéger la vie privée des témoins, deux objectifs qui sont conformes à notre conception fondamentale de la justice. Ce ne sont donc pas ces objectifs louables qui préoccupent la Cour mais l'effet des dispositions législatives sur les droits des accusés³¹.

Afin d'analyser ces effets, la juge McLachlin se livre à une étude des principes régissant le droit de présenter une preuve en défense. Selon elle en effet, le principe de la pertinence à la base de toutes nos règles de preuve, ce principe qui permet au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher le litige, est l'essence même de la justice fondamentale en matière d'administration de la preuve³².

²⁸Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte*].

²⁹*Seaboyer, supra*, note 1 aux pp. 602-03.

³⁰La juge McLachlin s'exprime en effet ainsi :

Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. On doit interpréter l'art. 7 en tenant compte de ces intérêts et « en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine » [nos italiques] (*ibid.* à la p. 603).

Manifestement, nous espérons que, malgré cette identification des intérêts plus globaux aux politiques qui ont jusqu'ici animé la pratique, il ne faut pas comprendre que la *Charte* assure aux accusés le droit au *statu quo*, et que la discrimination sexuelle qui a caractérisé les règles de preuve dans le domaine qui nous intéresse est inamtenant érigée en principe constitutionnel !

³¹*Ibid.* à la p. 606.

³²*Ibid.* à la p. 609.

En règle générale, rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents *sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion* va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable [nos italiques]³³.

Dans la mesure toutefois où une preuve peut être pertinente à l'égard d'une question, mais ne pas l'être à l'égard d'une autre, ou, pire, susceptible d'induire le juge des faits en erreur sur cette seconde question, le droit de la preuve confie au juge du procès le soin de déterminer la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable possible³⁴. À cet égard, la juge McLachlin reconnaît au juge du procès le pouvoir d'exclure une preuve dans le cas où son effet préjudiciable l'emporte sensiblement sur sa valeur probante, que cette preuve émane de la présentation de la poursuite ou de la défense³⁵. Remarquons au passage que cet énoncé clarifie la position de la *common law* relativement au pouvoir du juge d'exclure une preuve présentée par la défense. Comme le fait remarquer la juge McLachlin, « [I]es tribunaux [...] ont beaucoup hésité à restreindre le droit de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense [compte tenu] du principe fondamental [...] selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable »³⁶. C'est pourquoi, nous dit-elle, le juge du procès doit agir avec circonspection lorsque la preuve est présentée au soutien d'une défense et n'exclure que les preuves dont l'effet préjudiciable l'emporte clairement sur leur valeur probante.

C'est donc en fonction de ce dernier critère que, selon la majorité de la Cour, doit s'analyser la validité constitutionnelle des articles 276 et 277 du *Code criminel*.

Dans ce contexte, le cas de l'article 277 est vite réglé.

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. La preuve exclue en vertu de l'art. 277 ne peut donc avoir aucune fin légitime au procès. En limitant l'exclusion d'une preuve à une fin qui est clairement illégitime, l'art. 277 ne vise pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides et ne viole donc pas le droit à un procès équitable³⁷.

Il en va cependant autrement de l'article 276. Selon la juge McLachlin, cette disposition, contrairement à l'article 277, ne fait pas reposer l'exclusion sur l'utilisation d'une preuve à une fin illégitime, et il est impossible d'affirmer a priori « que les preuves écartées par l'art. 276 auront nécessairement une valeur à ce point insignifiante par rapport à leur effet préjudiciable qu'elles

³³*Ibid.*

³⁴*Ibid.*

³⁵*Ibid.* aux pp. 609-12.

³⁶*Ibid.* à la p. 611.

³⁷*Ibid.* aux pp. 612-13.

peuvent être écartées en toute équité »³⁸. Il est en effet possible, affirme la juge, d'imaginer une multitude d'exemples où les preuves de comportement sexuel de la plaignante exclues par l'article 276 peuvent servir à expliquer les faits matériels sur lesquels le ministère public fonde l'accusation et où la preuve exclue, sans être trompeuse, risque d'être fort pertinente et utile.

Somme toute, le principal reproche que la majorité de la Cour adresse à l'article 276, c'est d'aller trop loin, compte tenu des objectifs qui ont présidé à son adoption.

On peut accepter que des preuves qui détournent l'attention du juge des faits de la véritable question en litige et diminuent les chances d'un verdict correct puissent être écartées à bon droit même si elles ont une certaine pertinence, mais le fait demeure qu'une disposition qui exclut catégoriquement une preuve sans permettre au juge du procès de déterminer si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur dans le processus de découverte de la vérité risque d'avoir une trop grande portée³⁹.

Le fait que l'article 276 ne permette pas d'établir une distinction entre les divers objets pour lesquels la preuve peut être présentée et le fait que la méthode utilisée par le législateur, savoir l'utilisation d'une interdiction totale assortie d'exceptions, ne laisse pas au tribunal suffisamment de latitude pour déterminer correctement la pertinence de la preuve dans un cas donné, sont fatals.

Si l'on accepte qu'il peut parfois être justifié d'exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l'art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve *dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition — découvrir la vérité et arriver au bon verdict —* indiquerait que cette preuve devrait être admise [nos italiques]⁴⁰.

Enfin, la majorité de la Cour ne retient pas l'argument à l'effet que certaines règles de preuve telle l'exclusion de la preuve par oui-dire ou du témoignage d'opinion, excluent fréquemment des éléments de preuve pertinents pour la défense alors que leur valeur probante ne l'emporte pas sensiblement sur leur effet préjudiciable. Dans tous ces cas, affirme la juge McLachlin, contrairement à la situation qui prévaut sous le régime mis en place par l'article 276, le juge du procès jouit d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour apprécier les considérations pertinentes et admettre la preuve si l'équité l'exige⁴¹.

Dans une analyse lapidaire effectuée dans le cadre de l'article 1 de la *Charte*, la juge McLachlin décide que les raisons qui font que l'article 276 du *Code criminel* viole les articles 7 et 11d) de la *Charte*, soit son caractère trop large et le fait qu'il ne permette pas à la défense de présenter une preuve pertinente dont la valeur probante n'est pas clairement surpassée par son effet préjudiciable, permettent de conclure que cette mesure ne se justifie pas dans le cadre d'une société libre et démocratique⁴².

³⁸*Ibid.* à la p. 613.

³⁹*Ibid.* aux pp. 616-17.

⁴⁰*Ibid.* à la p. 620.

⁴¹*Ibid.* aux pp. 621-23.

⁴²*Ibid.* aux pp. 626-27.

III. Commentaires

A. *La pertinence de la preuve de comportement sexuel et l'article 276*⁴³

Malgré la position initiale de la majorité à l'effet que l'article 7 de la *Charte* vise à garantir une gamme d'intérêts divers, il semblerait qu'ultimement, le principe de la pertinence à la base de toutes nos règles de preuve — ce principe qui permet au juge des faits de découvrir la vérité et de bien trancher le litige — constitue l'essence même de la justice fondamentale en matière d'administration de la preuve. Indépendamment de toute autre considération, l'exclusion par le législateur de preuves que l'appareil judiciaire risque de considérer pertinentes sera donc faite en contravention des principes de justice fondamentale. Dans ce contexte, l'idée que l'on se fait de ce qui est ou n'est pas pertinent revêt une importance cruciale.

On nous dit que le principal obstacle à la validité constitutionnelle de l'article 276 réside dans la possibilité qu'il fournit d'exclure de l'examen du juge des faits des éléments de preuve pertinents pour la défense, sans possibilité pour le juge du procès d'exercer quelque discrétion. On nous dit par ailleurs que ces preuves pertinentes devront être admises dans certains cas puisqu'il peut arriver des situations où leur valeur probante ne sera pas clairement surpassée par leur effet préjudiciable. L'argument est convaincant dans la mesure où l'on accepte qu'effectivement, l'article 276 risque d'écarter l'appréciation de preuves pertinentes. Or, cette conclusion nous semble découler d'une interprétation restrictive des possibilités déjà fournies par l'article 276 d'admettre des preuves de comportement sexuel autant que d'une appréciation de la notion de pertinence qui est divorcée du contexte propre aux infractions sexuelles.

Rappelons tout d'abord qu'une preuve sera généralement considérée comme pertinente au litige si elle est de nature à rendre la proposition avancée par l'une des parties plus crédible aux yeux d'un juge des faits raisonnable qu'elle ne le serait en l'absence de cette preuve⁴⁴. Comme le fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs de dissidence, « [q]uel que soit le test, qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés »⁴⁵.

Le jugement majoritaire le reconnaît d'ailleurs en affirmant qu'en *common law*, on s'est livré à une utilisation illégitime et abusive de la preuve de comportement sexuel en se fondant sur l'idée reçue qu'une femme qui n'est pas chaste est plus encline à avoir des relations sexuelles sans discernement et à mentir⁴⁶. On soutient de plus qu'« en 1991 [...] la preuve concernant le compor-

⁴³La pertinence du passé sexuel des plaignantes dans les procès pour infractions sexuelles a donné lieu à un débat chez les auteurs. Voir surtout Dawson, *supra*, note 27 ; E.A. Sheehy, « Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias? » (1989) 21 R.D. Ottawa 741 ; D.M. Paciocco, « The *Charter* and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine » (1989) 21 R.D. Ottawa 119 ; D.H. Doherty, « 'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial » (1984) 40 C.R. (3d) 55.

⁴⁴Voir *Morris c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 190, 7 C.C.C. (3d) 97.

⁴⁵*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 679.

⁴⁶*Ibid.* à la p. 604.

tement sexuel et la réputation du plaignant ne peut en soi être considérée comme une preuve logique de la crédibilité ou du consentement du plaignant »⁴⁷. Pourtant, les exemples avancés par la majorité de la Cour où la preuve des antécédents sexuels de la plaignante écartée par l'article 276 pourrait être pertinente pour fonder une défense de croyance honnête quant au consentement ou attaquer la crédibilité de la plaignante, s'appuient nécessairement sur ces inférences illogiques.

Il est intéressant de souligner au départ que, dans l'affaire qui nous occupe comme dans la vaste majorité des autres causes où la constitutionnalité de l'article 276 a été contestée, la discussion porte sur des cas hypothétiques où une preuve pertinente risque d'être exclue, sans que la cause n'offre de base factuelle aux hypothèses avancées. Nous ne contestons pas le fait que, en droit constitutionnel, on reconnaisse volontiers à un accusé un intérêt particulier pour soulever l'invalidité constitutionnelle d'une disposition liée au litige qui l'oppose au ministère public. Il est tout de même singulier qu'en matière d'agression sexuelle, la contestation des règles de preuve repose systématiquement sur des spéculations relativement à des faits et des *a priori* non vérifiés⁴⁸.

La doctrine et la jurisprudence dans le domaine sont riches d'exemples de supposées preuves pertinentes exclues par l'art. 276. Toutefois, dans la plupart des cas, ces preuves « pertinentes » se révèlent, après examen des principes, non pertinentes ; toute apparence de pertinence dépend en grande partie de l'acceptation de stéréotypes sur les femmes et le viol. [...] Un grand nombre de ces scénarios sont tout à fait irréels et ne trouvent absolument aucun fondement dans la vie ou l'expérience⁴⁹.

Dans une large mesure, nous sommes tentée de rapprocher ces situations imaginaires où la preuve risque d'être pertinente, aux situations imaginaires où les femmes auraient tendance à porter de fausses accusations.

Pour en revenir aux exemples avancés, on nous fournit, entre autres, celui de la défense de croyance sincère au consentement, croyance qui, nous dit-on, peut valablement se fonder sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante quand il est connu de l'accusé.

⁴⁷*Ibid.* à la p. 630.

⁴⁸Pour des exemples de causes où les tribunaux ont imaginé des situations où la preuve risquait d'être pertinente sans que la cause n'offre de base factuelle, voir surtout *Wald, supra*, note 23 ; *R. c. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440 [1985] N.W.T.R. 240, 13 C.R.R. 370 (N.W.T.S.C.) [ci-après *Oquataq*] ; *R. c. Brun* (1986), 28 C.C.C. (3d) 396 (Q.B.N.B.).

Il n'est pas sans intérêt de comparer cette attitude avec celle adoptée par le plus haut tribunal du pays dans le contexte d'une analyse fondée sur l'art. 12 de la *Charte*. Dans l'affaire *R. c. Goltz* [1991] 3 R.C.S. 485, 67 C.C.C. (3d) 481 [cité aux R.C.S.], le juge Gonthier, parlant au nom de la majorité de la Cour, écrit :

Si les faits particuliers de l'espèce ne justifient pas une conclusion de disproportion exagérée, il peut y avoir un autre aspect à examiner, savoir, une contestation fondée sur la *Charte* ou une question constitutionnelle concernant la validité d'une disposition législative, fondée sur la disproportion exagérée démontrée par des *circonstances hypothétiques raisonnables*, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables (*ibid.* aux pp. 505-06).

⁴⁹*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 683, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

Dans l'arrêt *R. c. Pappajohn*, la Cour suprême du Canada reconnaissait en effet qu'il est possible pour l'accusé d'invoquer en défense une erreur de fait sincère, même déraisonnable, relativement au consentement de la victime en matière de viol⁵⁰. Cette possibilité d'invoquer une erreur déraisonnable est depuis longtemps critiquée par nombre d'auteurs féministes en raison de plusieurs facteurs qu'il n'est pas nécessaire d'énumérer ici⁵¹. Disons simplement que, dans le but de freiner la permissivité avec laquelle cette défense d'erreur pourrait être reçue, l'arrêt *Pappajohn* exigeait que la preuve contienne des éléments pouvant appuyer la défense d'erreur et lui donner des airs de vraisemblance avant que celle-ci ne soit soumise à l'appréciation du jury. Cette exigence visait à éviter que, dans toutes les affaires de viol, le juge ne soit tenu de soumettre la défense d'erreur au jury sur la simple affirmation de l'accusé qu'il a cru au consentement⁵². C'est dans ce contexte que la majorité de la Cour suprême avance maintenant qu'il serait inéquitable, et contraire à l'article 7 de la *Charte*, d'interdire à l'accusé de présenter une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante pour appuyer sa défense.

Le raisonnement majoritaire de la Cour sur cette question est particulièrement ambigü. On reconnaît d'emblée qu'il est illogique et déraisonnable d'inférer le consentement de la plaignante du fait qu'elle a eu des rapports sexuels avec quelqu'un d'autre que l'accusé. Pourtant, on nous dit plus loin que les droits constitutionnels de ce dernier sont atteints parce que l'article 276 ne lui permet pas de présenter une preuve qui tire toute sa valeur de ces inférences illogiques et déraisonnables pour rendre plus crédible aux yeux du juge des faits sa croyance déraisonnable et illogique, mais néanmoins sincère, dans le consentement de la victime.

En d'autres termes, on nous explique que les principes de justice fondamentale exigent que le juge des faits puisse tirer des inférences illogiques et déraisonnables pour conférer à une croyance illogique et déraisonnable des airs de vraisemblance. Dans ce contexte, la pertinence du passé ou de la réputation sexuelle de la plaignante, pour appuyer la défense d'erreur, légitime le raisonnement voulant que si la plaignante a déjà eu des relations sexuelles avec d'autres personnes, il est normal pour l'accusé d'avoir inféré qu'elle consentirait à en avoir avec lui.

La conclusion de la majorité à l'effet qu'est inconstitutionnelle l'exclusion, par l'article 276, de pareille preuve, s'appuie nécessairement sur l'idée reçue

⁵⁰[1980] 2 R.C.S. 120, 52 C.C.C. (2d) 481 [ci-après *Pappajohn* cité aux R.C.S.].

⁵¹Voir surtout T. Pickard, « Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime » (1980) 30 U.T.L.J. 75 ; « Culpable Mistakes and Rape: Harsh Words on *Pappajohn* » (1980) 30 U.T.L.J. 415. Voir aussi Sheehy, *supra*, note 42 à la p. 760 et s. ; C.A. MacKinnon, « Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence » (1983) 8 Signs: J. of Women in Culture and Society 635. Pour un survol de la littérature particulièrement abondante sur cette question, voir L. Vandervort, « Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea » (1987-1988) 2 Rjfd 233 à la p. 256 et s.

⁵²*Supra*, note 50 à la p. 133, M. le juge McIntyre :

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

voulant que les femmes, dans les circonstances appropriées, et plus particulièrement les « femmes de moeurs faciles », aurent tendance à consentir sans discernement aux relations sexuelles.

La force de ces arguments est liée à la notion que les femmes consentent à avoir des rapports sexuels, selon des considérations accessoires comme l'endroit, la race, l'âge ou la profession du prétendu agresseur ou d'autres éléments comme la nature de l'acte sexuel. Bien qu'il paraisse quelque peu bizarre de devoir énoncer explicitement cette proposition, le consentement se rattache à la personne et non à une circonstance⁵³.

Or, la possibilité de présenter une preuve permettant de conclure que la plaignante avait la propension à consentir à des rapports sexuels *avec l'accusé* est déjà ouverte par l'article 276, qui n'interdit nullement la preuve de rapports sexuels antérieurs entre la plaignante et ce dernier.

Poursuivant l'énumération des cas où l'article 276 risque de forcer l'exclusion illégitime d'une preuve pertinente, la majorité de la Cour explique qu'une preuve concernant un mode de comportement habituel peut aussi être fort pertinente. Le traditionnel exemple de la prostituée qui lance de fausses accusations pour extorquer de l'argent ou obtenir paiement pour services rendus nous est alors servi⁵⁴.

Il serait en effet permis de présenter la preuve d'un « mode de comportement » sexuel antérieur de la plaignante en vue d'attaquer sa crédibilité. Si l'on concède que le mode de comportement sexuel de la plaignante ne permet pas d'inférer valablement qu'elle a pu consentir aux actes sexuels à l'origine de l'accusation, on voit mal comment cette même preuve peut servir à attaquer sa crédibilité lorsqu'elle affirme ne pas avoir consenti aux actes sexuels reprochés à l'accusé. Dans ce contexte, la pertinence de la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante ne se comprend que si l'on partage le préjugé voulant que les femmes de « moeurs faciles » sont moins dignes d'être crues ou sont effectivement plus susceptibles d'avoir consenti.

On nous dit qu'il y aurait aussi exclusion d'une preuve pertinente et violation des principes de justice fondamentale dans le cas où la preuve du comportement sexuel de la plaignante serait présentée afin d'attaquer sa crédibilité au motif qu'elle avait un parti pris ou des raisons de fabriquer une preuve. À cet égard, la majorité de la Cour cite l'exemple fourni par une cause américaine, l'affaire *State c. Jalo*, où le père d'une fillette, accusé d'avoir eu avec elle des rapports sexuels, a cherché à présenter une preuve à l'effet qu'il avait découvert que sa fille entretenait une relation incestueuse avec son frère et qu'elle avait donc des motifs de fabriquer de fausses accusations pour se venger⁵⁵. C'est aussi dans ce contexte qu'on nous fournit le sempiternel exemple de la prostituée qui se livre à l'extorsion. Dans les deux cas, nous n'arrivons pas à voir en quoi l'article 276 doit nécessairement s'interpréter comme interdisant ce genre de preuve dans les rares cas où elle pourrait exister. Pour conclure ainsi, il faut nécessairement restreindre les possibilités déjà offertes par l'article 276 en qualifiant le

⁵³*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 685, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁵⁴*Ibid.* aux pp. 615-16.

⁵⁵57 P.2d 1359 (C.A. Or. 1976).

dépit, la mesquinerie ou la malhonnêteté de comportement sexuel, ce qui est pour le moins surprenant. À moins, bien sûr, que l'on n'épouse encore la crainte séculaire que les femmes ne mentent au sujet des agressions sexuelles et « qu'elles [n']allèguent souvent la perpétration d'une agression sexuelle pour se racheter aux yeux de ceux qui peuvent surveiller de près leur comportement sexuel »⁵⁶.

Il semble donc malheureusement que la reconnaissance par la majorité de la Cour du rôle important qu'ont joué les mythes et stéréotypes en matière d'infractions sexuelles au moment de décider si une preuve est pertinente, n'ait que fort peu d'incidence réelle au moment de « reformuler » la notion de pertinence et de substituer la définition de la Cour à celle avancée par le législateur. Il est tentant de rapprocher l'attitude de la Cour de celle que traduisent les propos suivants du juge Marshall dans l'affaire *Oquataq* au soutien de l'invalidité constitutionnelle des articles 276 et 277 du Code :

À mon avis, ce qui offense le plus notre sens de la justice est qu'il est injuste, et non concluant, d'établir un rapport entre le manque de chasteté et la probabilité d'un consentement dans un cas donné. *Il faut comprendre toutefois que notre critère de la vérité judiciaire se fonde sur des probabilités, ce qui est à la fois faillible et imparfait. Cela peut aussi faire montre, dans une affaire donnée, d'un préjudice lié au rang ; toutefois, nous l'utilisons quand même*⁵⁷.

Cette vérité est fondée sur des préjugés sexistes et injustes envers les femmes, leur niant dignité et autonomie, mais c'est cette vérité que notre système de justice reconnaît et choisit de perpétuer. « Si la seule chose qui rend la détermination de la pertinence compréhensible est le stéréotype sous-jacent, il semblerait contradictoire alors de conclure que la 'vérité' a été découverte. »⁵⁸

Enfin, l'idée qu'il puisse être permis d'admettre la preuve du comportement sexuel antérieur de la victime, à supposer qu'elle présente un quelconque caractère pertinent, passe sous silence l'effet ravageur de ce genre de preuve sur le juge des faits. On présume, en fait, qu'il existera des situations où la pertinence de la preuve ne sera pas clairement surpassée par son effet préjudiciable et, donc, où la preuve devra être admise. Or, il est démontré que la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante a un effet dénaturant⁵⁹.

Cette preuve sert de catalyseur pour invoquer des stéréotypes au sujet des femmes et du viol d'une façon qui dénature tout le déroulement du procès et bouleverse l'équité, dans le plein sens du terme⁶⁰.

B. *La notion de pertinence, la définition législative et celle de l'appareil judiciaire*

L'article 276 étant déclaré contraire à la *Charte*, la juge McLachlin refuse de reconnaître que la disposition puisse être sauvegardée par l'application de la

⁵⁶*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 690, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁵⁷*Oquataq, supra*, note 48 à la p. 450, traduit et cité dans *Seaboyer, ibid.* à la p. 680, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁵⁸*Seaboyer, ibid.* à la p. 681, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁵⁹Voir surtout les études citées par Mme la juge L'Heureux-Dubé dans *ibid.* aux pp. 661-64.

⁶⁰*Ibid.* à la p. 701, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

doctrine de l'exemption constitutionnelle. Rappelons que dans l'affaire qui nous occupe, la Cour d'appel de l'Ontario, après avoir constaté la violation des articles 7 et 11d) de la *Charte*, avait refusé de déclarer l'article 276 inopérant au motif qu'il appartenait au juge du procès de refuser de l'appliquer dans les cas où en résulterait une violation de la *Constitution*⁶¹. Bien qu'admettant que, dans certaines situations, la doctrine de l'exemption constitutionnelle puisse s'appliquer, la majorité de la Cour suprême conclut qu'en l'espèce pareille application n'est pas appropriée. Confier au juge du procès le soin d'apprécier si, malgré les termes de l'article 276, une preuve de comportement sexuel devrait être admise, reviendrait, nous dit la juge McLachlin, à incorporer dans l'article 276 un élément de discrétion judiciaire que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure⁶². De plus, l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle mènerait sensiblement au même résultat qu'une déclaration d'inopérance en imposant toutefois à l'accusé le fardeau supplémentaire d'établir dans chaque cas que la décision d'exclure une preuve est inconstitutionnelle⁶³. Dans ces conditions, la majorité de la Cour juge préférable de déclarer l'article 276 inopérant.

Cette décision n'entraîne toutefois pas, nous dit la juge McLachlin, un rétablissement des anciennes règles de *common law*, règles qui permettaient, il faut le reconnaître, la réception libérale et souvent inappropriée de preuves sur le comportement sexuel de la plaignante⁶⁴. Les règles de *common law* doivent évoluer et s'adapter à la situation actuelle. Une étude des principes fondamentaux régissant le procès et l'utilisation de la preuve pertinente amènent la juge McLachlin à proposer, en fin de jugement, des lignes directrices susceptibles de protéger les plaignantes contre les utilisations illégitimes de la preuve de leur comportement sexuel et d'éviter que les abus passés ne se perpétuent⁶⁵.

⁶¹(1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A. Ont.).

⁶²*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 628.

⁶³*Ibid.* aux pp. 628-29.

⁶⁴*Ibid.* à la p. 630.

⁶⁵Voici comment Mme la juge McLachlin résume elle-même les principes applicables :

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.

À 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 ;
- (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

Pour se satisfaire du jugement, il faut donc admettre avec la Cour que, malgré leur performance antérieure désolante dans le domaine des infractions sexuelles, les principes de justice fondamentale exigent de préférer l'image que se font les tribunaux de la pertinence à celle du législateur.

Le principal reproche adressé au législateur tient en effet à ce que la Cour diffère d'opinion avec lui sur la définition de ce qui est pertinent. La Cour considère que la tentative du législateur d'éliminer de l'appréciation du juge des faits des éléments sans pertinence n'est pas parfaite puisqu'on peut imaginer des cas où une preuve pertinente pourrait être exclue. Cette imperfection entraîne alors une déclaration d'inconstitutionnalité⁶⁶. Les règles de *common law* ne sont pas parfaites non plus, on le reconnaît. Mais il semble que l'équité et les règles de justice fondamentale commandent de préférer l'imperfection des tribunaux à celle du législateur.

*Les règles de common law en matière de preuve peuvent ne pas être parfaites. L'application des règles de preuve sur le comportement sexuel que l'art. 276 a abolies, avait souvent des conséquences inéquitables. Par ailleurs, l'attitude plus souple que les tribunaux ont récemment adoptée dans des décisions en matière de preuve indique qu'ils sont particulièrement sensibles à la nécessité de recevoir une preuve d'une valeur probante réelle en l'absence d'autres considérations dominantes. Le problème de l'art. 276 est qu'il peut entraîner l'exclusion d'une preuve pertinente en l'absence d'autres considérations susceptibles de l'emporter sur sa valeur probante. [...] Il faut espérer que les juges, par exercice responsable et sensible de leur pouvoir discrétionnaire, réduiront ou élimineront les préoccupations qui ont donné naissance à des dispositions comme l'art. 276, tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable [nos italiques]*⁶⁷.

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.

Plusieurs ont noté que ces directives laissent en suspens la question de savoir si la plaignante sera contraignable lors du voir-dire. Dans la foulée de l'arrêt *Forsythe, supra*, note 25, la question n'est pas sans intérêt. L'art. 2 du projet de loi C-49, *supra*, note 2, résout la question en précisant expressément que la plaignante n'est pas contraignable (projet d'art. 276.2(2)).

⁶⁶Cette conclusion nous apparaît difficile à harmoniser avec les propos suivants du juge Dickson, rendant jugement pour la majorité dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 à la p. 1138, 56 C.C.C. (3d) 65 :

Le régime législatif finalement mis en oeuvre et maintenant contesté n'a pas à être le régime « parfait » que notre Cour ou que toute autre cour pourrait imaginer. Il suffit qu'il soit adéquatement et soigneusement adapté au contexte du droit qui est violé.

⁶⁷*Seaboyer, supra*, note 1 aux pp. 623, 634, Mme la juge McLachlin.

Cette proposition de la majorité de la Cour et sa confiance dans le fait que ces lignes directrices suffiront à enrayer les situations abusives s'appuient en fait sur deux prémisses. Tout d'abord, elles prennent pour acquis que l'avertissement servi par le plus haut tribunal du pays aux tribunaux inférieurs sera suffisant pour que prennent fin les pratiques discriminatoires auxquelles ces tribunaux se sont adonnés. Il faut de plus partager la confiance de la Cour à l'effet que les juges appliqueront dorénavant leur jugement d'une manière libre de toute idée reçue dans un domaine où ils ont notoirement été perméables aux préjugés⁶⁸. Outre cet enthousiasme que nous ne pouvons partager, nous ne voyons pas comment la *Constitution* exige que soit prise la chance de continuer à discriminer en substituant au jugement du législateur celui des tribunaux relativement à la pertinence de la preuve du passé sexuel des plaignantes.

À notre avis, la question fondamentale se pose de savoir si, véritablement, les droits constitutionnels doivent s'entendre de manière à enchâsser les règles de preuve élaborées par les tribunaux. La *Charte* pose les règles fondamentales du jeu en matière de traitement des accusés. Nous sommes parfaitement d'accord avec la majorité de la Cour quand elle affirme qu'aucune règle ne devrait permettre qu'un innocent soit condamné⁶⁹. Cependant, nous ne voyons pas comment la *Charte* et les règles fondamentales qu'elle enchâsse garantissent aux accusés le droit d'inviter les tribunaux à substituer leur jugement à celui du législateur au moment de déterminer quelles sont, dans notre société, les preuves pertinentes à la détermination de l'innocence et les comportements contraires à la norme de conduite⁷⁰. Comme le fait remarquer Elizabeth Sheehy,

First, the practices of the common law rules of evidence could never have been framed as « rights ». In fact, the development of the law regarding the admissibility of a victim's past sexual experience appears to be less related to « rights » and « fairness » than to the assertion of judicial authority over a practice of admitting evidence which Parliament has tried to curtail by legislative structuring of the exercise of discretion when it first enacted section 142 of the *Criminal Code* in 1976⁷¹.

⁶⁸Manifestement, la juge L'Heureux-Dubé ne partage pas non plus cet enthousiasme quand elle affirme :

Comme je l'ai déjà dit, la nature du problème avec lequel se trouvait aux prises le législateur fédéral ne permettait pas une solution prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les juges du procès. L'histoire démontre que c'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. Mon analyse antérieure illustre que nous ne sommes pas tout à coup une société débarrassée de ces croyances et, par conséquent, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à fait à l'opposé de la réalisation de l'objectif urgent et réel du gouvernement (*ibid.* aux pp. 708-09).

⁶⁹*Ibid.* à la p. 606.

⁷⁰Nous admettons que, dans certains cas, les tribunaux doivent veiller à ce que la définition législative de la norme de conduite par le biais, entre autres, de la création d'infractions n'entre pas en conflit avec une des valeurs fondamentales protégée par la *Constitution* telle, par exemple, la liberté d'expression. Cependant, nous ne pouvons voir comment la présomption d'innocence doit nécessairement être interprétée comme enchâssant à elle seule une définition judiciaire de la notion de pertinence plutôt qu'une définition législative. Autrement, il serait par exemple possible de prétendre que l'abolition législative de la règle jurisprudentielle de la plainte spontanée viole la présomption d'innocence.

⁷¹Sheehy, *supra*, note 43 à la p. 772.

La présomption d'innocence, sur laquelle doivent jalousement veiller les tribunaux, ne peut être entendue comme mettant les accusés à l'abri d'une redéfinition législative de ce concept flou et particulièrement perméable aux préjugés qu'est la notion de pertinence. La caractérisation de pertinence de la preuve destinée à déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un accusé est, dans une large mesure, intimement liée à la conception que nous nous faisons de l'innocence elle-même. Nécessairement, les moyens de défense reconnus et les preuves admises à leur soutien ont un impact direct sur la définition même de ce qui constitue ou non une agression sexuelle. Il nous apparaît alors primordial d'éviter le raisonnement voulant que la présomption d'innocence que garantit la *Charte* enchâsse une conception figée de la pertinence et, ultimement, de l'innocence, la notion d'innocence étant ici entendue en termes de comportement compatible avec la norme de conduite acceptable dans notre société⁷².

La décision de la majorité de la Cour nous invite enfin à prendre pour acquis que, même à supposer que la définition judiciaire de la pertinence soit préférable à celle avancée par le législateur, aucune autre considération d'importance ne pourrait être invoquée à l'encontre de l'admission de la preuve.

C. *Les principes de justice fondamentale, les droits des accusés et les droits des plaignantes*

Comme nous l'avons déjà souligné, le jugement de la majorité pose dès le départ que les principes de justice fondamentale, enchâssés à l'article 7 de la *Charte*, ne visent pas uniquement à protéger les droits de l'accusé, mais protègent également des préoccupations sociales plus globales. Pourtant, dans le même souffle, la majorité nous indique que quels que puissent être ces intérêts plus globaux, dès que les droits de l'accusé à une défense pleine et entière sont enfreints, il y a violation de l'article 7.

Il reste un point à mentionner quant à la portée de l'art. 7 de la *Charte*. On prétend que l'art. 7 vise à protéger le droit des plaignants, en tant que catégorie de personnes, à la sécurité de leur personne et au même bénéfice de la loi aux termes des art. 15 et 28 de la *Charte* [...]. Cette perspective est compatible avec le point de vue selon lequel l'art. 7 vise à protéger toute une gamme d'intérêts sociaux et individuels. Cependant, toutes les parties en l'espèce concèdent qu'une mesure privant l'accusé du droit de présenter une défense pleine et équitable viole de toute façon l'art. 7⁷³.

De même, dans son analyse effectuée dans le cadre de l'article 1 de la *Charte*, la juge McLachlin conclut que les raisons qui font que l'article 276 du *Code criminel* viole les articles 7 et 11d) de la *Charte* ne permettent pas de prétendre que cette mesure se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique puisqu'il n'est pas permis d'accorder le même poids aux droits des plaignantes et à ceux des accusés⁷⁴.

⁷²Autrement, il serait possible de conclure qu'une nouvelle infraction est contraire à la présomption d'innocence dans la mesure où le comportement dorénavant incriminé était antérieurement « innocent ».

⁷³*Seaboyer, supra*, note 1 aux pp. 603-04, Mme la juge McLachlin.

⁷⁴*Ibid.* à la p. 627. Soulignons au passage notre inquiétude face à l'identité parfaite du raisonnement de la Cour en vertu de l'analyse de l'art. premier et celle de l'art. 7.

Pareille affirmation nous apparaît déconcertante. Dans la mesure, il est vrai, où l'intérêt des accusés à un procès équitable se traduit en termes de droit à l'introduction de preuves que l'on considère pertinentes, où l'on conclut que l'introduction de ces preuves doit nécessairement mener à la découverte de la vérité⁷⁵ et où la découverte de cette vérité est identifiée comme la principale préoccupation sociale plus globale à éventuellement opposer aux droits des accusés, cette hiérarchie a peu de conséquences. Dans la mesure où l'on partage l'idée que la notion de pertinence mise de l'avant dans le jugement de la majorité est universelle, il y a effectivement convergence entre les intérêts des accusés et celui des plaignantes.

Il semble toutefois que le jugement majoritaire aille plus loin en opposant les droits des accusés et ceux des plaignantes. En effet, à supposer que l'article 276 ait eu pour objet de protéger les victimes contre la discrimination ou d'assurer la sécurité personnelle des femmes et leur droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, il semblerait que la majorité de la Cour affirme qu'en définitive, la *Constitution* commande d'accorder, dans l'analyse fondée tant sur l'article 7 que sur l'article 1, une plus grande importance aux droits des accusés.

En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, l'objectif de la loi est d'empêcher que les preuves d'autres actes de comportement sexuel permettent de déduire à tort que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte sexuel en question ou moins susceptible de dire la vérité. Subsidiairement, les dispositions attaquées visent à favoriser l'équité des procès, à inciter au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel et enfin à réduire le plus possible l'atteinte à la vie privée de la plaignante. On améliore ainsi la sécurité personnelle des femmes et leur droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. *Par contre, ces dispositions ont pour effet d'exclure des preuves pertinentes pour la défense, dont la valeur l'emporte sur leur effet préjudiciable possible. Comme je l'ai indiqué dans l'analyse de l'art. 7, toutes les parties reconnaissent qu'une disposition qui écarte une preuve de la défense, dont la valeur probante n'est pas clairement surpassée par l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir sur le procès, ne permet pas d'accorder le même poids aux droits des plaignants et à ceux des accusés* [nos italiques]⁷⁶.

Le message de la majorité semble clair. Quand on parle de justice fondamentale et d'équité, à choisir, ce sont les droits des accusés qui doivent prévaloir. L'équité du processus pénal doit prioritairement être jaugée à l'aune des effets du droit de la preuve sur les droits des accusés, sans égard aux effets dévastateurs qu'il peut avoir sur les droits des prétendues victimes. Les principes de justice fondamentale semblent donc commander que les objectifs poursuivis par le législateur soient mesurés aux effets produits sur les droits des accusés, tandis que les effets de la règle sur les droits des plaignantes et du public en général doivent être ignorés. Dans le contexte de l'analyse constitu-

⁷⁵Par ailleurs, cette idée que l'admission de la preuve pertinente doit mener à la vérité passe sous silence l'effet ravageur provoqué par l'introduction de preuves relatives au passé sexuel de la plaignante chez le juge des faits. Voir à cet égard, les études citées par Mme la juge L'Heureux-Dubé dans *ibid.* aux pp. 659-65 et, plus particulièrement, K. Catton, « Evidence Regarding the Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim — Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused » (1975) 33 U.T. Fac. L. Rev. 165.

⁷⁶*Seaboyer, supra*, note 1 à la p. 627.

tionnelle menée tant en vertu de l'article 7 de la *Charte* que de l'article premier, l'évacuation totale des effets des règles de preuve sur les droits des plaignantes consacre une vision réductrice de la notion d'équité.

Sauf si l'on admet 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, les dispositions ici en cause sont incontestables sur le plan constitutionnel. À mon avis, interpréter les garanties de la *Charte* d'une façon qui empêche systématiquement de considérer le préjudice entraîné par la preuve que l'accusé tente de présenter peut, paradoxalement, saper et banaliser les notions d'équité⁷⁷.

Cette conclusion à l'effet que le droit des accusés à une défense pleine et entière et à un procès équitable doit nécessairement l'emporter sur le droit des victimes à leur dignité, à leur intégrité physique et à un traitement judiciaire libre de toute discrimination, ne peut tenir. En plus de consacrer une vision réductrice de ce qu'il faut entendre par justice et équité, elle minimise l'intérêt protégé par le législateur et laisse sans effet les articles 15 et 28 de la *Charte*.

L'agression sexuelle diffère des autres crimes. Il s'agit d'un phénomène répandu, mettant en péril la sécurité et parfois même la vie d'un nombre impressionnant de femmes au Canada. Il est par ailleurs admis que notre système de justice a failli à la tâche de protéger les femmes d'une manière compatible avec leur dignité et leur autonomie. En vertu de l'article 7 de la *Charte*, les accusés ont droit à un procès équitable. En vertu de ce même article, les femmes ont droit à ce que leur vie ou la sécurité de leur personne ne soient pas mises en péril sans que les principes de justice fondamentale ne soient respectés. Or, ces principes ne peuvent être entendus comme « enchâssant » une notion de pertinence perméable aux mythes et stéréotypes qui font que depuis si longtemps la loi opère de manière discriminatoire et faillit à la tâche d'assurer aux victimes une protection adéquate. Comme le fait remarquer Elizabeth Sheehy,

[t]he accused's "fairness" argument not only presumes that the evidence is objectively "relevant", but also that it can be used appropriately to ascertain the truth of what happened between the accused and the victim. [...] Predictably, victim vilification as a defence has had considerable success in cases where the victim history evidence can be used to invoke negative cultural stereotypes. [...] [There is a] need for a realistic and intelligent effort to understand "fairness" as related to the concrete realities of the criminal process and the lives of the women and men implicated, rather than theoretical deprivations of *Charter* rights⁷⁸.

Pendant longtemps, une vision étriquée des rapports entre les hommes et les femmes a encouragé les pratiques discriminatoires. La *Charte* ne peut être interprétée comme garantissant le droit au statu quo. L'intégration d'une vision nouvelle et plus soucieuse de la dignité et de l'autonomie d'une des parties au procès dans la détermination de ce qui est ou n'est pas pertinent ne peut que servir l'idéal de justice et d'équité enchâssé dans la *Charte*. L'équité et la justice

⁷⁷*Ibid.* aux pp. 701-02, Mme la juge L'Heureux-Dubé.

⁷⁸Sheehy, *supra*, note 43 aux pp. 774-75.

dont il est question dans la *Charte* ne peuvent s'interpréter du seul point de vue de l'accusé⁷⁹.

L'article 15 de la *Charte* prévoit que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée, entre autres, sur le sexe. L'article 28 énonce quant à lui qu'indépendamment des autres dispositions de la *Charte*, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes, et devrait empêcher que les principes de justice fondamentale ne soient conçus de manière à favoriser nécessairement les droits des accusés au détriment de ceux des victimes. Comme le faisait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Keegstra*,

Compte tenu de l'engagement envers l'égalité manifesté dans la *Charte* et reflété à l'article premier, l'objet visé par la disposition législative contestée prend une importance accrue dans la mesure où elle est destinée à assurer l'égalité de tous dans la société canadienne⁸⁰.

La conclusion de la majorité de la Cour suprême à l'effet que les droits des accusés doivent ultimement primer ceux des victimes cadre mal avec cet objectif d'atteindre l'égalité.

Conclusion

Manifestement, le droit n'est pas neutre. Plus particulièrement, nous prenons graduellement conscience du fait que certaines notions, longtemps présentées comme absolument immunes de tout préjugé, s'élaborent et évoluent dans un contexte idéologique, culturel, social et sexuel. La notion de pertinence en est un exemple éloquent. La conclusion à l'effet qu'une preuve est ou n'est pas pertinente pour découvrir la vérité traduit nécessairement certaines conceptions, certaines idées, certaines valeurs, une vision du monde⁸¹. Or, dans le domaine

⁷⁹C'est la position adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. c. LeGallant* (1986), 54 C.R. (3d) 46 à la p. 58, 29 C.C.C. (3d) 291 :

In considering the fairness requirements of s. 7 and s. 11(d), a balancing of interests is still required. In *R. v. Corbett* (1984), 43 C.R. (3d) 193, 17 C.C.C. (3d) 129, 13 C.R.R. 250 (B.C.C.A.), Craig J. indicated that fairness could not be examined solely from the point of view of the accused.

Les propos du juge Cory dans l'affaire *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 aux pp. 993-94, 2 C.R. (4th) 153 laissent par ailleurs voir que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne peut se concevoir comme étant absolu. Voir, enfin, les propos du juge La Forest dans les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309 aux pp. 327-29, 61 C.R. (3d) 1 ; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387 aux pp. 403-07, 45 C.C.C. (3d) 57 ; *Thompson Newspapers Ltd c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 à la p. 539, 76 C.R. (3d) 129.

⁸⁰*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 à la p. 756, 1 C.R. (4th) 129. Voir aussi les propos de la juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 à la p. 218, 17 D.L.R. (4th) 422.

⁸¹L'interprétation est l'essence même de la pratique judiciaire. On a pourtant tendance à oublier qu'elle est rarement neutre ou objective. Elle est politiquement contingente et idéologiquement surdéterminée par l'appartenance sexuelle, économique et ethnique des intervenants. [...] Un état de fait est juridiquement qualifié après avoir été interprété et reconstruit en fonction d'un point de vue ayant préalablement attribué une signification au contexte (*Andrée Côté, La rage au coeur : Rapport de recherche sur le trai-*

particulièrement sensible des infractions sexuelles, existent manifestement plus d'une vision du monde. Il est regrettable que la *Charte canadienne des droits et libertés* serve dorénavant d'instrument pour en légitimer une au détriment des autres.

Dans son allocution présentée le 17 avril 1991 devant la Elizabeth Fry Society, la juge McLachlin reconnaissait sans ambages que le droit criminel canadien, par le passé et encore aujourd'hui, a traité les femmes d'une manière inéquitable.

"How has the criminal law treated women?" The answer cannot, in my view, be avoided: in the past, and to some extent the present, our criminal law has failed to accord equality to women. It has often placed the burden of social problems on the backs of women through the so-called "feminine" crimes related to reproduction and sexuality. It has, at least until recently, failed to recognize the situation in which many women, such as battered women, find themselves, and the way the situation impacts on the traditional criminal law defences. And it has, through the misapplication of invalid stereotypes, often treated female offenders as less than fully responsible and female victims with cruel insensitivity⁸².

Il serait dommage qu'au moment même où nous sommes enfin prêts à reconnaître ces iniquités, ce soit maintenant la *Constitution* qui légitime le fait de régler nos problèmes sociaux, notamment celui des infractions sexuelles, « sur le dos des femmes ».

tement judiciaire de l'homicide conjugal au Québec, février 1991 [non publié] aux pp. 85-86 (notes omises)).

Voir aussi R.J. Coombe, « 'Same As It Ever Was': Rethinking the Politics of Legal Interpretation » (1989) 34 R.D. McGill 603.

⁸²B.M. McLachlin, « Crime and Women — Feminine Equality and the Criminal Law », Allocution à la Elizabeth Fry Society, Calgary, 17 avril 1991 à la p. 39.