

Ce livre par

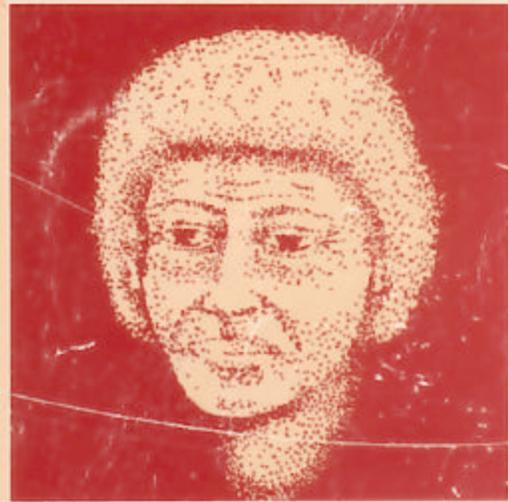
Christine L.M. Boyle, Marie-Andrée Bertrand, Céline Lacerte-Lamontagne et Rebecca Shamai, et J. Stuart Russell, rédacteur, *Un examen féministe du droit criminel*, [Ottawa] : Condition féminine Canada, c1985, xxv, 232 p., ISBN: 0662936744, catalogue no. SW21-7/1986F

**est reproduit à des fins non-commerciales avec l'autorisation du
Ministre des Approvisionnements et services du Canada (voir la p.
ii du livre)**



182

UN EXAMEN FEMINISTE DU DROIT CRIMINEL.



512
5

UN EXAMEN FEMINISTE DU DROIT CRIMINEL.

par

Christine L.M. Boyle

Marie-Andrée Bertrand

Céline Lacerte-Lamontagne

Rebecca Shamai

Rédacteur

J. Stuart Russell

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada
décembre 1985

Also available in English under the title 'A Feminist Review
of the Criminal Code'

Sous réserve de mention appropriée de la source, le Ministre des Approvisionnements et services du Canada autorise la reproduction de ce rapport à des fins non-commerciales.

Catalogue no. SW21-7/1986F
ISBN: 0-662-93674-4

Cette étude a été préparée pour Condition féminine Canada et avec son assistance financière. Les idées qui y sont exprimées sont celles de l'auteure de chaque chapitre et ne représentent pas nécessairement les idées des autres auteures, ni la politique officielle de Condition féminine Canada ni du Gouvernement canadien.

LES COLLABORATEURS

CHRISTINE L.M. BOYLE, LL.B., LL.M. est professeure de droit à l'Université de Dalhousie à Halifax. Son ouvrage Sexual Assault a été publié en 1984.

Prof. Boyle a écrit la Partie II de cette étude (Les infractions et les moyens de défense), Chapitre 2 (Intérêts des femmes que le droit pénal devrait protéger) et Chapitre 3 (Incidence constitutionnelle). Elle a aussi contribué à l'introduction générale et l'avant-propos.

MARIE-ANDRÉE BERTRAND est professeure de criminologie à l'École de criminologie, Université de Montréal. Elle est docteure en criminologie et l'auteure de La femme et le crime.

Prof. Bertrand a écrit la Partie IV (Peines) et l'introduction.

CÉLINE LACERTE-LAMONTAGNE, B.A., LL.L., LL.M., pratique le droit criminel à l'étude Boyer, Lamontagne, Boulé, Lapointe, à Montréal. Elle est co-auteur de l'ouvrage Le viol: un acte de pouvoir et de colère.

Me. Lamontagne a écrit le Chapitre 11 de l'étude, traitant de la preuve.

REBECCA SHAMAI, B.A., LL.B. est membre du Barreau d'Ontario, et limite sa pratique au droit criminel et constitutionnel. Elle représente certaines détenues à la Prison des femmes, qui contestent le niveau des services offerts à la Prison en vertu de l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Ms. Shamai a écrit les Chapitres 7-10, traitant de la procédure. Elle a aussi contribué au chapitre traitant de la preuve.

J. STUART RUSSELL, B.C.L., LL.B., pratique le droit à l'étude Foster et Russell, à Montréal. Il était membre du Comité de rédaction de la Revue de droit de McGill et il est auteur de plusieurs articles.

Me. Russell était rédacteur principal de cette étude.

Pour se procurer d'autres exemplaires de ce rapport, écrire à :

Division des Communications
Condition féminine Canada
151, rue Sparks
Immeuble La Promenade, 10e étage
Ottawa (Ontario)
K1A 1C3
(613) 995-7835

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1985

IMPRIME AU CANADA

Catalogue no : SW21-7/1986F
ISBN : 0-662-93674-4

AVANT-PROPOS

Le présent document ne constitue pas un examen général du droit criminel assorti d'une dimension féministe. Il s'agit plutôt d'un examen axé sur les secteurs du droit criminel qui présentent un intérêt particulier pour les femmes. Puisque l'ensemble du droit criminel touche les femmes -- en tant que victimes ou contrevenantes, amies, ou parentes de victimes et de contrevenants -- certaines classifications arbitraires et équivoques ont été faites pour faciliter le travail.

La façon dont les questions retenues ont fait surface est cruciale pour la théorie féministe. Il est important de bien faire ressortir le caractère central de la méthode féministe car beaucoup des secteurs abordés ont été retenus parce que les femmes se sont organisées sur la base de ces secteurs. L'analyse souffre cependant de ce que les points abordés n'ont pas auparavant fait l'objet d'une documentation découlant de l'action et de l'interaction féministes. Par conséquent, cette analyse ne devrait pas être perçue comme point final mais plutôt comme point de départ d'une analyse plus approfondie.

Essentiellement on pourrait dire qu'à la base de l'examen se retrouve la conviction que les femmes vivent dans un monde patriarcal soumis à la domination et au contrôle des hommes. Par conséquent, les deux questions déterminantes sont les suivantes:

- 1) Dans quelle mesure le droit criminel devrait-il être utilisé comme moyen de combattre les diverses manifestations de la subordination des femmes?
- 2) Dans la mesure où le droit criminel comme tel est un instrument de la domination des hommes, comment devrait-on procéder pour qu'il ne soit plus un moyen de contrôle patriarcal de la vie des femmes?

En d'autres mots, comment pourrait-on utiliser le droit criminel comme arme contre le patriarcal et non plus comme arme du patriarcal? Il pourrait s'avérer impossible d'accomplir les deux démarches dans la réalité. Faire servir le pouvoir de l'État à des fins voulues par les femmes pourrait (si cela était possible) avoir certains effets concrets sur certaines questions précises. On pourrait cependant craindre qu'une telle manière de procéder ne confère aucun pouvoir aux femmes et ne remette aucunement en question le rôle de l'État dans l'avancement des intérêts masculins. Ainsi, 'le féminisme a donné plus de pouvoirs à l'État chaque fois qu'il a tenté de revendiquer des parcelles de ce

pouvoir pour les femmes.² Quoi qu'il en soit, on tente ici d'aborder ces questions sans supposer que la réforme du droit et le recours au pouvoir de l'État sont plus que des mesures provisoires.

Pareille tentative s'impose pour mettre à jour le caractère typiquement masculin de la perspective sous-jacente à la formulation et à l'application du droit criminel. Les principes généraux et leur recherche qui constituent un élément si capital de la réforme du droit criminel au Canada sont examinés avec une certaine suspicion afin de déterminer s'ils révèlent une perception androcentrique du monde -- où 'être humain' signifierait 'homme'. L'un des aspects fondamentaux de la méthode féministe est le rejet de l'attitude consistant à faire abstraction du contexte,³ c'est-à-dire à supposer que le sexe (gender) est peu important dans un monde où il l'est beaucoup en réalité.⁴

L'établissement de structures justifiables pour le droit criminel ne peut pas découler uniquement d'une analyse juridique savante. Par contre, une telle analyse peut révéler certaines répercussions des choix exercés. Pour illustrer, prenons le débat entourant la défense reposant sur la croyance erronée au consentement dans les cas d'agression sexuelle. Le concept abstrait de l'intention délictueuse peut contribuer à mystifier ou à obscurcir les questions qui se posent dans un contexte donné. L'abstraction en elle-même ou l'intérêt à sauvegarder sa pureté sans égard au contexte, ne peut pas nous donner la réponse à la question politique de savoir comment devrait être formulée la loi dans ces situations. Il est cependant important de savoir que le choix du concept subjectif de l'intention délictueuse dans la législation sur les agressions sexuelles démontre une préférence pour la perception que l'homme a des événements plutôt que pour celle qu'a la femme ou tout observateur raisonnable. Le choix de ce concept subjectif libère donc l'homme de toute responsabilité d'obtenir un consentement clair aux attouchements sexuels et prend par conséquent valeur de symbole politique fort des droits sexuels de l'homme dans un monde où les femmes sont relativement démunies de tout pouvoir.

Enfin, l'analyse présentée ici n'est pas l'expression d'un rêve utopique des actes qui seraient coupables dans un État féministe. La structure existante de l'État et le système de justice criminelle sont explicitement pris pour acquis, ce qui témoigne de la nature réformiste du projet.

TABLE DE MATIÈRES

	CONTRIBUTEURS
	AVANT-PROPOS
	TABLE DE MATIÈRES
	TABLE DE MATIÈRES DÉTAILLÉE
	SOMMAIRE
PARTIE I	LE CONTEXTE DE L'EXAMEN
Chapitre 1	Introduction Marie-Andrée Bertrand
2	Les intérêts des femmes que le droit pénal devrait protéger Christine Boyle
3	L'incidence constitutionnelle de la réforme Christine Boyle
PARTIE II	LES INFRACTIONS ET LES MOYENS DE DÉFENCE
Chapitre 4	Les femmes en tant qu'accusées Christine Boyle
5	Les infractions contre les femmes Christine Boyle
6	La vision féministe du droit pénal Christine Boyle
PARTIE III	LA PROCÉDURE ET LA PREUVE
Chapitre 7	Définition et importance de la procédure pénale Rebecca Shamai
8	Juridiction et intérêts des femmes en droit pénal Rebecca Shamai
9	Interaction de la procédure pénale et de la charte canadienne des droits et libertés Rebecca Shamai
10	Les aspects discriminatoires de la procédure pénale Rebecca Shamai
11	La preuve Céline Lamontagne
PARTIE IV	PEINES
Chapitre 12	Les peines minimales et les peines non privatives de liberté Marie-Andrée Bertrand
13	Repercussions de criminalization d'infractions ne causant qu'un tort minime au public Marie-Andrée Bertrand
14	Les femmes et les crimes graves Marie-Andrée Bertrand
15	Repercussions des préjugés sexistes sur l'attribution des sentences Marie-Andrée Bertrand
	TABLEAUX
	RÉFÉRENCES
	BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

TABLE DE MATIÈRES DETAILLÉE

	<u>Page</u>
<u>CONTRIBUTEURS</u>	iii
<u>AVANT-PROPOS</u>	v
<u>TABLE DE MATIÈRES</u>	vii
<u>TABLE DE MATIÈRES DETAILLÉE</u>	ix
<u>SOMMAIRE</u>	xvii
<u>PARTIE I</u>	
<u>LE CONTEXTE DE L'EXAMEN</u>	
<u>CHAPITRE 1</u>	
<u>INTRODUCTION</u>	
1.1	Introduction générale 1
1.2	Introduction contextuelle 3
1.2.1	Les problèmes moraux du droit criminel 3
1.2.2	Les problèmes de légitimité du criminel 3
1.2.2.1	Le processus de création des lois 3
1.2.2.2	L'absence de fondement à l'incrimination 4
1.2.3	Les problèmes d'équité du droit criminel 5
<u>CHAPITRE 2</u>	
<u>LES INTÉRÊTS DES FEMMES QUE LE DROIT PÉNAL DEVRAIT PROTÉGER</u>	
2.1	Introduction 7
2.2	Mise en évidence des droits 7
2.2.1	La défense de l'État 7
2.2.2	Les intérêts aux biens 8
2.2.3	La protection de la vie et la sécurité physique 9
2.2.4	La vie privée 10
2.2.5	L'intégrité des relations et le statut du mariage 10
2.2.6	La liberté d'expression 11
2.2.7	Les sensibilités, les sentiments et la moralité 11
2.3	Recommandations 12

CHAPITRE 3

L'INCIDENCE CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉFORME

3.1	Introduction	15
3.2	Le droit à l'égalité	15
3.2.1	La signification de l'égalité	15
3.2.2	La portée de l'article 15	21
3.2.3	L'égalité et les infractions liées au genre	22
3.2.4	L'égalité et l'avortement	25
3.3	Les autres droits prévus par la Charte	27
3.3.1	Le caractère vague des interdictions pénales	29
3.3.2	Les articles 7 et 28, une fois combinés	29
3.4	Recommandations	30

PARTIE II

LES INFRACTIONS ET LES MOYENS DE DÉFENSE

CHAPITRE 4

LES FEMMES EN TANT QU'ACCUSÉES

4.1	Introduction	31
4.2	Les infractions	31
4.2.1	L'avortement	31
4.2.2	L'outrage au tribunal	36
4.2.3	Les infractions liées à la naissance d'un enfant	39
4.2.4	La prostitution et les infractions connexes	41
4.2.5	Le méfait public et les infractions connexes	42
4.3	Recommandations	43
4.4	Les moyens de défense	43
4.4.1	La légitime défense	44
4.4.2	La provocation	48
4.4.3	La nécessité	50
4.4.4	La contrainte morale	51
4.4.5	Les explications médicales	52
4.5	Recommandations	53

CHAPITRE 5

LES INFRACTIONS CONTRE LES FEMMES

5.1	Introduction	57
5.2	Analyse des infractions	57
5.2.1	La pornographie et la propagande haineuse	57
5.2.2	La prostitution et les infractions connexes	63
5.2.3	Les voies de fait	67
5.2.4	Les agressions sexuelles	67
5.2.5	Les infractions sexuelles contre des personnes vulnérables	72
5.3	Recommandations	76

CHAPITRE 6

LA VISION FÉMINISTE DU DROIT PÉNAL

6.1	Introduction	79
6.2	Liste de questions éventuelles	79
6.3	Conclusions et recommandations	81

PARTIE III

LA PROCÉDURE ET LA PREUVE

CHAPITRE 7

DÉFINITION ET IMPORTANCE DE LA PROCÉDURE PÉNALE

7.1	Introduction	83
7.2	Analyse	83
7.3	Conclusion	84
7.4	Recommandations	84

CHAPITRE 8

JURIDICTION ET INTÉRÊTS DES FEMMES EN DROIT PÉNAL

8.1	Introduction	87
8.2	Analyse	87

	<u>Page</u>
8.3 Conclusion	90
8.4 Recommandation	90
<u>CHAPITRE 9</u>	
<u>INTERACTION DE LA PROCÉDURE PÉNALE ET DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS</u>	
9.1 Introduction	91
9.2 Procédure de recours à la Charte	91
9.3 Les garanties juridiques	95
9.4 Recommandations	96
<u>CHAPITRE 10</u>	
<u>LES ASPECTS DISCRIMINATOIRES DE LA PROCÉDURE PÉNALE</u>	
10.1 Introduction	99
10.2 Enclenchement de la procédure pénale	99
10.3 Mise en liberté provisoire par voie judiciaire	103
10.4 Pouvoirs de la poursuite	104
10.5 Négociation de plaidoyers	105
10.6 Enquête préliminaire	106
10.7 Conclusion	108
10.8 Recommandations	108
<u>CHAPITRE 11</u>	
<u>LA PREUVE</u>	
11.1 Introduction	111
11.2 Plainte spontanée	112
11.2.1 Introduction	112
11.2.2 Analyse	113
11.2.3 Conclusion	116
11.2.4 Recommandations	116

	<u>Page</u>	
11.3	Compétence et contraignabilité du conjoint	117
11.3.1	Introduction	117
11.3.2	Analyse	118
11.3.3	Conclusion	119
11.3.4	Recommandations	120
11.4	Communications privilégiées	121
11.4.1	Introduction	121
11.4.2	Analyse	121
11.4.3	Conclusion	122
11.4.4	Recommandations	123
11.5	Corroborations	123
11.5.1	Introduction	123
11.5.2	Analyse	124
11.5.3	Conclusion	125
11.5.4	Recommandations	125
11.6	Conduite sexuelle	125
11.6.1	Introduction	125
11.6.2	Analyse	126
11.6.3	Conclusion	129
11.6.4	Recommandations	129

PARTIE IV

PEINES

12.0	Introduction générale	131
12.0.1	Volume, évolution et répression de la criminalité des femmes	131
12.0.2	Absence de statistiques sur les condamnations au Canada depuis 1973	131

CHAPITRE 12

LES PEINES MINIMALES ET LES PEINES NON PRIVATIVES DE LIBERTÉ

12.1	Les peines minimales	133
12.1.1	Introduction	133
12.1.2	Conséquences pour les femmes des peines d'emprisonnement ou peines privatives	134
12.1.2.1	Les longues peines (7, 10 et 25 ans)	134
12.1.2.2	Les peines privatives de durée moyenne	136
12.1.2.3	Les courtes peines privatives	136
12.1.3	Conclusions	137
12.1.3.1	Examen critique de la notion de peine minimale	137
12.1.3.2	Les longues peines et les institutions pénales féminines fédérales	138

	<u>Page</u>
12.1.3.3 Les courtes peines et les institutions pénales féminines provinciales	138
12.1.4 Recommandations	138
12.2 Les peines non privatives de liberté	139
12.2.1 Introduction	139
12.2.2 Conséquences des peines non privatives pour les femmes	139
12.2.3 Conclusions	140
12.2.4 Recommandations	141

CHAPITRE 13

RÉPERCUSSIONS DE LA CRIMINALISATION D'INFRACTIONS NE CAUSANT QU'UN TORT MINIME AU PUBLIC

13.1	Introduction	143
13.2	Les effets économiques, sociaux et psychologiques	143
13.2.1	Analyse	143
13.2.2	Conclusions	145
13.2.3	Recommandations	145
13.3	Les effets différentiels des peines imposées pour délits banals commis par des femmes	146
13.3.1	Introduction	146
13.3.1.1	Les condamnations pour actes criminels de 1960 à 1972	147
13.3.1.2	Les condamnations en 1978, 1979 et 1980	147
13.3.1.3	Les infractions au Code criminel et aux lois fédérales pour lesquelles les femmes ont été condamnées en 1980	148
13.3.2	Les conséquences des peines et du casier judiciaire	149
13.3.2.1	L'incarcération	149
13.3.2.2	L'amende	149
13.3.2.3	La probation	150
13.3.2.4	Le casier judiciaire	150
13.3.3	Conclusion	151
13.3.4	Recommandations	151

CHAPITRE 14

LES FEMMES ET LES CRIMES GRAVES

14.1	Introduction	153
14.2	Analyse	153

	<u>Page</u>
14.3 Conclusions	155
14.4 Recommandations	155
 <u>CHAPITRE 15</u>	
<u>RÉPERCUSSIONS DES PRÉJUGÉS SEXISTES SUR L'ATTRIBUTION DES SENTENCES</u>	
15.1 Introduction	157
15.2 Analyse des écrits et des données	158
15.2.1 Les préjugés sexistes au tribunal: chez les juges, les avocats et les membres des jurys	158
15.2.2 Le double standard à l'endroit des jeunes délinquantes	162
15.2.3 Les stéréotypes à l'oeuvre en prison	164
15.2.4 Propositions correctives	164
15.3 Conclusion	165
15.4 Recommandations	165
TABLEAUX	167
REFERENCES	171
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	223

SOMMAIRE

Le présent document analyse, dans une perspective féministe, les secteurs du droit criminel qui intéressent particulièrement les femmes. Cette analyse repose surtout sur le féminisme intégratif, c.-à-d. qui insiste sur les différences entre les femmes et les hommes, en rejetant l'idée d'un rôle 'naturel' pour les femmes et la notion voulant que l'infériorité soit attribuable à la différence. Il aborde les questions fondamentales suivantes: comment pourrait-on utiliser le droit criminel pour combattre le patriarcat et comment faire en sorte dans un même temps qu'il ne serve plus le patriarcat?

De nombreux problèmes surgissent lorsque l'on applique aux femmes un droit pénal conçu par des législateurs masculins afin de contrôler les actes antisociaux commis en très grande majorité par des hommes.

Sur le plan théorique et éthique, cela soulève les problèmes de la légitimité et de l'équité de la conception du bien commun et de l'ordre social, la définition de ces notions ayant été jusqu'ici l'apanage des hommes.

Sur le plan pratique, il importe d'étudier les répercussions concrètes des sanctions pénales imposées à une population féminine dont les réalités de vie sont différentes de celles des hommes.

En effet, pour qu'un acte soit considéré légitimement criminel, il doit répondre à des critères bien précis. Il faut:

- (1) que l'acte en question cause un préjudice grave à autrui;
- (2) qu'il viole des valeurs fondamentales et cause un tort réel à la collectivité;
- (3) que l'application du droit criminel n'entraîne pas de tort aux personnes et au groupe social et qu'elle ne constitue pas une violation des droits fondamentaux; et
- (4) qu'on ait des raisons de croire que l'incrimination peut apporter une solution aux problèmes résultant du crime.

Or, ces dernières années, au Canada, 80% des accusations portées contre les femmes ne répondent pas à ces critères. En effet, plus de 40% des délits qu'elles commettent sont des vols sans violence, de faibles sommes d'argent ou d'objets de peu de valeur. Vingt-cinq pour cent des accusées ont enfreint les lois provinciales sur la consommation d'alcool; 7% sont déclarées coupables de simple possession de cannabis et environ 5% sont accusées de s'être dérobées à la justice alors qu'elles étaient en liberté provisoire, d'avoir troublé la paix, ou sont accusées de prostitution, de méfaits publics, etc. Il tombe sous le sens que les infractions dont les femmes sont coutumières n'ont, pour la plupart, rien de 'criminel'. Il est vrai que le nombre des femmes accusées de crimes de violence et de crimes graves a

augmenté au Canada ces dernières années mais cette criminalité ne représente encore que de 5 à 10% du taux global de la criminalité chez les femmes.

Il n'existe pas encore d'analyse féministe détaillée des bûts du droit criminel. Jusqu'à présent on s'est surtout intéressé à des problèmes particuliers. Cependant, une analyse plus poussée s'impose, si nous voulons évaluer la cohérence du droit actuel et les propositions de réforme du droit.

À l'heure actuelle, certains intérêts se trouvent protégés par la réglementation et par l'absence de réglementation: la sauvegarde de l'État, les biens, la vie et la sécurité physique, la vie privée, l'intégrité des relations et le statut du mariage, la liberté d'expression, et des notions plus vagues comme l'amour-propre, les sentiments et la moralité.

Il importe d'examiner tous ces intérêts pour déterminer s'ils sont protégés d'une manière universelle, tout en tenant compte des préoccupations de chaque sexe. En général, les intérêts que la collectivité considère importants de protéger, devront l'être de façon égale et sans que l'un des deux sexes n'ait à supporter une trop lourde part du fardeau. Par exemple, il faudrait accorder la même valeur à la vie et à la sécurité physique des femmes et des hommes dans la formulation des règles de droit substantif.

L'INCIDENCE CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉFORME DU DROIT CRIMINEL

Il faut évaluer le droit actuel et la réforme proposée en fonction des normes constitutionnelles énoncées dans la Charte canadienne des droits et libertés, et voir particulièrement à ce qu'ils satisfassent au droit à l'égalité prévu aux articles 15 et 28. Mais, quelle est la définition du mot 'égalité'? Ce document en propose trois. 'Égalité' pourrait signifier une neutralité absolue quant au sexe (genre). On pourrait par ailleurs adopter une neutralité limitée quant au sexe (genre), prévoyant des exceptions fondées sur des différences réelles et non imaginaires entre les sexes. Enfin, ces articles de la Charte peuvent rendre inconstitutionnelle toute disposition du droit criminel qui aurait contribué à la subordination des femmes. Chacune de ces définitions bénéficie d'un certain appui de la part du mouvement féministe, mais elles peuvent toutes devenir dangereuses si elles sont utilisées par des décideurs qui sont indifférents aux revendications des femmes. La Charte n'aidera les femmes que si le Parlement et les juges reconnaissent que la subordination des femmes est une réalité.

Comme il n'existe pas encore de définition bien établie de l'égalité, il est difficile de déterminer si les infractions particulières à un sexe (p. ex. le viol statutaire) vont à l'encontre de la Charte. Si de telles infractions sont supprimées cela devrait être parce qu'elles contribuent à la

subordination des femmes, non pas parce qu'elles sont discriminatoires envers les hommes.

L'avortement est un domaine où l'analyse de la notion d'égalité s'impose. On pourrait soutenir que les infractions en matière d'avortement vont à l'encontre de l'art. 15 (et peut-être aussi des art. 28 et 7) parce qu'elles constituent de la discrimination fondée sur la situation économique et le lieu de résidence. Ce qui est encore plus grave, conclut l'auteure, c'est que ces infractions contribuent à la subordination des femmes en les empêchant d'exercer un contrôle sur leur rôle de procréatrice.

L'article 2 de la Charte garantit la liberté d'expression. L'auteure soutient qu'elle intéresse particulièrement les femmes, surtout le droit d'exprimer son désaccord politique, pour promouvoir des changements fondamentaux dans nos institutions. Les femmes peuvent aussi considérer dans leur intérêt le contrôle des abus de la liberté d'expression, surtout en ce qui concerne la pornographie et l'incitation à la haine. Il n'existe toutefois pas de position féministe cohérente sur l'utilisation appropriée de la loi.

LES INFRACTIONS ET LES MOYENS DE DÉFENSE

Les femmes en tant qu'accusées

Il existe un certain nombre d'infractions qui revêtent une importance particulière pour les femmes en tant qu'accusées, p. ex. l'avortement, l'outrage au tribunal, l'infanticide, la prostitution et les infractions connexes.

Selon l'auteure, les dispositions actuelles sur l'avortement empêchent les femmes d'exercer un contrôle sur leur rôle de procréatrice dans un contexte où les femmes ne contrôlent pas leur sexualité. De plus, elles créent des risques inutiles pour la vie et la santé des femmes qui n'ont pas accès à des avortements rapides, sûrs et légaux. Par conséquent, il faudrait supprimer les infractions actuelles relatives à l'avortement, prévues dans le Code criminel. La position féministe canadienne ne dépend pas de l'interprétation libérale de la vie privée, bien que celle-ci l'appuie, interprétation qui a entraîné la légalisation de certains avortements en vertu de la constitution américaine.

On pourrait utiliser l'infraction d'outrage au tribunal (qui est prévue par le Common Law) pour empêcher les femmes de critiquer la magistrature. Or, cette liberté d'expression est plus importante que la réputation de la magistrature et l'auteure soutient qu'il ne devrait pas exister de forme d'outrage au tribunal tel que «l'affront à l'autorité judiciaire». Il importe d'examiner si les dispositions relatives à l'outrage au tribunal ont des conséquences plus graves pour les femmes que pour les

hommes. Entre temps, l'auteure réclame la possibilité d'invoquer, dans les cas d'accusation d'outrage au tribunal pour refus de témoigner, la défense selon laquelle le témoin ne bénéficie pas d'une protection réelle.

L'auteure conclut que les dispositions actuelles relatives à l'infanticide sont obscures, mais répondent à un but justifiable. Néanmoins, la formulation de l'infraction comporte des lacunes. Tout d'abord, la Couronne conserve le pouvoir discrétionnaire de porter une accusation de meurtre, dans un tel cas il est impossible d'invoquer la 'défense de l'infanticide'. Deuxièmement, la loi envisage la condamnation d'une femme qui a tué son enfant alors qu'elle souffrait des suites de l'accouchement. Il est proposé que l'on envisage une réforme dans ce domaine, s'inscrivant dans le cadre du traitement des contrevenants souffrant de troubles mentaux.

En ce qui concerne la prostitution, l'auteure soutient qu'il n'est pas justifiable, sur le plan constitutionnel et moral, de punir les femmes qui font du racolage ('solicitation') et de la prostitution dans des maisons de débauche. La prostitution constitue un aspect important de la transformation des femmes en objet sexuel et toutes poursuites donneront tout simplement lieu à une double oppression des femmes. Les dispositions actuelles rendent les prostituées encore plus vulnérables face aux souteneurs. Il est injuste alors que le harcèlement des femmes par les hommes, au travail et dans la rue, n'entraîne aucune sanction criminelle.

Il faut donc examiner les moyens de défense pour déterminer si on tient suffisamment compte de la perspective féminine et si les femmes bénéficient d'une protection égale contre l'imposition de la responsabilité criminelle. Les défenses étudiées sont: la légitime défense, la provocation, la nécessité, la contrainte morale, les explications médicales.

Les dispositions relatives à la défense légitime sont suffisamment souples pour permettre d'examiner les faits selon le point de vue de l'accusée, mais en pratique cela n'est pas toujours le cas. Ainsi, on peut juger les femmes d'après une norme qui ne serait justifiée que dans une société où les femmes bénéficieraient de la pleine protection de la loi. Par conséquent, l'auteure recommande que l'on modifie la loi afin que le tribunal soit obligé de tenir compte du point de vue de l'accusée, p. ex. en demandant s'il existait d'autres moyens réalistes que l'accusée aurait pu utiliser pour se protéger ou protéger d'autres personnes.

Le moyen de défense partiel consistant à invoquer la provocation soulève le même problème, à savoir un point de vue restreint par rapport à l'examen d'un contexte plus large. L'auteure préconise que l'on élargisse la portée de cette défense afin de tenir compte de tous les facteurs ayant trait à la gravité de la provocation, selon le point de vue de l'accusée.

Le moyen de défense de la nécessité reconnaît une hiérarchie des valeurs, en ce sens que la loi ne semble pas prévoir de défense pour le vol d'aliments ou de médicaments pour les enfants, l'occupation de maisons vides par les sans abri et la fraude de l'assistance sociale. Selon l'auteure, la loi devrait prévoir un défense de nécessité qui permette d'empiéter sur les droits de propriété d'autrui afin de se nourrir, de s'habiller ou de se loger soi-même et ses propres enfants.

Une recherche s'impose afin de déterminer si la défense de la contrainte morale est assez large pour inclure les pressions que subissent les femmes. Dans l'intervalle, il faudrait l'interpréter de façon beaucoup plus souple à l'égard des femmes qui se défendent contre la violence physique de leurs partenaires et qui n'ont pas nécessairement d'autre recours, ni d'autre moyen de protection efficace.

Nous en sommes au tout début de la recherche médicale sur la nature des états tel que le syndrome prémenstruel et sur le lien de causalité qui existe le cas échéant entre ces états, et le comportement anti-social. Selon l'auteure, il serait donc prématuré de faire des recommandations à ce stade.

Les infractions contre les femmes

Un certain nombre d'infractions pénales se caractérisent par l'humiliation et l'avilissement des femmes, l'expression de haine à leur égard et leur exploitation à des fins sexuelles. Ce rapport se penche sur la pornographie, la propagande haineuse, la prostitution et les infractions connexes, les agressions sexuelles, et les infractions sexuelles contre des personnes vulnérables.

Les féministes n'arrivent pas à s'entendre sur la manière dont le droit criminel doit aborder la pornographie. Il est toutefois prouvé que la pornographie est néfaste aux personnes qui en font l'objet, qu'elle maintient la femme dans un état d'infériorité et qu'elle est offensante pour ceux qui y sont exposés contre leur gré. Il existe des arguments valides qui militent pour et contre l'intervention du droit criminel en réponse aux torts causés par la pornographie. L'auteure est toutefois d'avis que tout bien pesé l'intervention est fondée. La définition de la pornographie devrait s'inspirer du concept de l'infériorisation de la femme et à tout le moins devrait inclure la pornographie violente.

Une autre solution consisterait à ajouter une catégorie fondée sur le sexe dans les dispositions actuelles en matière d'incitation à la haine. Cependant, rien ne garantit que de telles dispositions ne seront pas utilisées contre les femmes, car on risque d'interpréter plus facilement toute parole contre le patriarcat comme une expression de la haine envers les hommes, que la pornographie comme une expression de la haine envers les femmes.

On a déjà fait valoir que les dispositions relatives à la prostitution ne doivent pas servir à opprimer encore plus les femmes. Pour le reste, les opinions divergent quant au rôle exact du droit criminel. L'auteure propose que l'on utilise les infractions comme le fait de 'troubler la paix', pour les aspects de la prostitution considérés comme de la nuisance publique. Cependant, il est nécessaire d'en suivre l'utilisation pour s'assurer qu'on ne s'en sert pas de façon discriminatoire. Les recommandations du Comité Badgley à propos de la prostitution juvénile devraient être adoptées, à l'exception de l'infraction relative au racolage ('sollicitation'). L'auteure soutient qu'il ne faut pas infliger de sanctions aux enfants qui se livrent à la prostitution. Il serait préférable de mettre l'accent sur l'amélioration des services sociaux et des perspectives d'emploi. Elle croit aussi que l'infraction de vivre des produits de la prostitution devrait être modifiée pour ne s'appliquer qu'aux souteneurs. Elle recommande que l'on adopte une infraction visant seulement les clients, mais à condition que cela s'inscrive dans le cadre d'une campagne nationale contre la prostitution, s'accompagnant d'initiatives économiques destinées à offrir aux femmes d'autres possibilités d'emploi viables, et d'une sensibilisation du public au tort qu'on cause aux femmes et aux enfants lorsqu'on les considère comme des objets.

En ce qui concerne l'agression sexuelle, l'auteure propose principalement que l'on étudie les répercussions des modifications apportées au Code criminel en 1983. Cette étude servirait avant tout à déterminer si les nouvelles dispositions ont permis de réduire au minimum la victimisation du plaignant et d'améliorer le taux de dénonciations, de poursuites et de condamnations. Il faudrait vérifier notamment la définition du mot 'sexuel', le sens de la violence, la portée du concept de 'l'exercice de l'autorité', et le consentement tacite. L'auteure recommande que la loi oblige les personnes qui ont des rapports sexuels à prendre des précautions raisonnables pour déterminer le consentement, et que celles qui sont incapables de prendre de telles dispositions ne soient simplement pas acquittées.

Le Code criminel ne protège pas suffisamment les personnes particulièrement vulnérables, ou celles qui vivent une relation où elles pourraient faire l'objet de formes subtiles de contrainte. Il faudrait donc conserver certaines infractions spéciales sans les protections extraordinaires accordées à l'accusé comme les délais de prescription et l'immunité conjugale. L'auteur estime que les infractions particulières à un sexe, servant à protéger les jeunes filles contre tout rapport sexuel, sont justifiables parce que ces dernières subissent un préjudice particulier à leur sexe du fait de l'insertion du pénis dans leur vagin.

Il faudrait assurer une protection supplémentaires à tous les jeunes en prévoyant des infractions en matière de contacts sexuels et d'outrage public à la pudeur, proposées par le Comité

Badgley. Cependant, il importe de préciser que les expériences sexuelles entre jeunes gens n'est pas un acte criminel et qu'on ne peut pas condamner les victimes d'inceste.

LA PROCÉDURE ET LA PREUVE

Les chapitres traitant de la procédure examinent les aspects discriminatoires de la procédure pénale: depuis l'étape de la dénonciation et de l'enquête policière, l'arrestation et l'audition pour cautionnement, jusqu'aux pouvoirs du procureur de la poursuite d'exercer une poursuite privée ou de retirer les accusations portées devant les tribunaux. On y examine l'impact de la négociation de plaider sur les femmes ainsi que les aspects de l'enquête préliminaire. L'auteure analyse chacun de ces éléments afin de déterminer comment la structure procédurale peut maintenir un système de justice criminelle essentiellement masculin, sans tenir compte du fait que certaines dispositions du droit visent un sexe en particulier.

Manifestement, en majeure partie, la procédure semble neutre à première vue. Ce sont les répercussions réelles sur les femmes qu'il faut examiner. Or, il est difficile d'émettre des opinions lorsqu'on ne dispose pas de données. Par conséquent, il faut confirmer diverses hypothèses à l'aide d'importants projets de recherche et de collecte de données. Il faut examiner des questions telle que la crédibilité des femmes comme témoins, avocates ou juges. L'auteure préconise le recours à l'action positive pour assurer la nomination d'un nombre plus représentatif de femmes juges.

La partie sur le droit de la preuve examine certains secteurs où les femmes sont les seules à faire l'objet d'un traitement particulier. Ils incluent la plainte spontanée, la compétence et contraignabilité du conjoint, les communications privilégiées, la corroboration, et la preuve relative à la conduite sexuelle passée ou à la réputation sexuelle.

Ces dernières années on a révisé certaines règles ayant trait à l'instruction de plaintes de nature sexuelle afin, par exemple, d'abroger l'exigence voulant que la plainte soit spontanée.

La contraignabilité et la compétence du conjoint posent encore certains problèmes, compte tenu des récentes propositions de réforme du droit. De même, on y examine les dispositions relatives au privilège de la communication entre époux. Certains auteurs soutiennent que le privilège conjugal est un anachronisme et devrait être aboli alors que d'autres estiment qu'il devrait être étendu à d'autres relations intimes.

Les dispositions voulant que l'on obtienne la corroboration du témoignage d'une femme en cas d'infraction sexuelle ont donné une image très négative de la femme dans l'histoire. C'est dans

cette optique qu'il faut revoir les règles de la preuve relatives à la corroboration, qui dans la pratique s'appliquent surtout aux femmes. Nombre de ces dispositions ont été abrogées par la réforme du droit de 1983, mais dans certains domaines, les femmes continuent à en ressentir l'impact. L'auteure les évalue et conclut qu'il ne faut plus exiger la corroboration pour aucune infraction sexuelle.

Enfin, on se penche sur les lacunes inhérentes aux nouvelles règles de la preuve concernant la conduite sexuelle d'une plaignante dans une poursuite pour agression sexuelle. L'auteure met en doute la pertinence d'une telle preuve et elle recommande que l'on fasse une étude pour déterminer son impact sur les verdicts rendus.

PEINES

L'auteure analyse en détail les conséquences pour les femmes des longues peines d'emprisonnement, en expliquant que l'équité de telles sanctions est sérieusement entamée par l'insuffisance des services et des programmes offerts dans les institutions pénitentiaires pour femmes. Puis elle aborde les peines non privatives (p. ex. amendes ou probation), en indiquant que l'apparente mansuétude des tribunaux à l'endroit des femmes s'explique fondamentalement par la moindre gravité de leurs délits et l'absence de casier judiciaire. Mais à propos de ces sentences plus légères, notamment l'amende, il convient d'en étudier l'impact sur une population dont la marginalisation économique s'accroît de jour en jour. L'auteure suggère que le pouvoir d'appréciation du juge devrait se limiter à un cadre réaliste dans l'imposition des amendes. Elle recommande par ailleurs que les tribunaux recourent aussi souvent que possible aux peines 'responsabilisantes', compte tenu du succès que connaissent ces mesures, p. ex. les travaux communautaires, l'indemnisation en espèces ou en services, ou la restitution. L'auteure recommande également que l'on modifie toutes les lois sur les droits de la personne afin d'inclure 'l'existence d'un casier judiciaire' parmi les motifs de distinction illicite.

Après avoir examiné divers documents à propos de l'aggravation apparente de la criminalité chez les femmes, l'auteure conclut que cette aggravation n'existe pas. Bien qu'à première vue, les délits commis par des femmes, qui entraînent des peines d'emprisonnement semblent s'aggraver, l'auteure affirme que la majorité de ces crimes n'appelaient pas de longues peines d'emprisonnement et que la récidive chez les criminelles est improbable dans la majorité des cas de crimes contre la personne.

L'auteure aborde les inégalités de traitement dans le système de la justice criminelle à leur source. Une analyse des études sur les 'différences des peines infligées' selon le sexe oblige en effet le lecteur à constater l'abondance des documents

traitant des préjugés sexistes qui ont cours au tribunal, p. ex. chez les juges et les avocats. Ces stéréotypes ont des répercussions graves et spécifiques sur le traitement des femmes dans le système pénal. L'une des solutions proposées consiste en l'adoption de politiques et de programmes d'action positive destinés à accroître la représentation des femmes dans tous les secteurs de l'administration de la justice pénale.

PARTIE I

LE CONTEXTE DE L'EXAMEN

CHAPITRE 1

INTRODUCTION

1.1 Introduction générale

Une étude féministe du droit criminel, pourquoi?

Dans nos pays démocratiques, le droit criminel ne doit pas se borner à rappeler les valeurs au nom desquelles l'État exerce son droit de sanction pénale. C'est là le mandat que les États totalitaires confient aux rédacteurs de leurs lois. Ce qui distingue, ou en principe devrait distinguer les régimes démocratiques des autres, c'est la volonté efficace des premiers de faire en sorte que le droit criminel et correctionnel reflète vraiment les états forts de la conscience du groupe social dans son entier. Le droit criminel d'un pays démocratique doit protéger les valeurs qui rallient vraiment la majorité des citoyens, des deux sexes, de tous âges, de toute origine ethnique, de toute catégorie socio-éducative et économique.

Or, les femmes ont été traditionnellement absentes des lieux où s'opère la définition de ces valeurs. Les législateurs fédéraux ont déterminé entre hommes les crimes, c.-à-d. les actions contraires aux valeurs les plus chères. Ils ont entre hommes prévu l'échelle des peines rattachées aux infractions, établissant du même coup la gravité des crimes et donc l'importance des valeurs offensées.

Nous croyons qu'une perspective féministe, une analyse faite du point de vue de plus de 50% des citoyens du Canada, s'impose à propos du Code criminel, de sa procédure et des peines qu'il prévoit, comme aussi des traitements qui sont concrètement appliqués en cas d'infractions.

Qu'entendons-nous par analyse féministe?

De façon courante, l'analyse féministe tente de faire ressortir les sources de discrimination et d'inégalité fondées sur le sexe ('gender') des personnes. Une telle analyse débouche sur des propositions visant à instaurer des situations où l'égalité de droit et de fait prévaut.

Dans le cas particulier du Code criminel, l'analyse féministe consisterait donc à débusquer toutes les définitions, règles et fondements des pratiques pénales qui sont sources de traitement discriminatoire pour les femmes et déboucherait sur des propositions qui extirpent du Code et des pratiques pénales toute mesure fondant cette inégalité ou un traitement unique.

Mais à propos du Code criminel, nous croyons qu'il faut aller plus loin et dépasser cette acception courante de l'analyse féministe. Une analyse des lois pénales faite du point de vue des femmes doit aller chercher la conception de l'ordre social qui leur a donné naissance. Une véritable analyse féministe doit donc faire ressortir les préoccupations et les intérêts masculins qui ont présidé à la définition des infractions et à la détermination des peines. Ce type d'analyse doit faire entrevoir, entre autres, quelles seraient les valeurs que privilégieraient des législatrices, quelle priorité elles accorderaient à l'intégrité de la personne par rapport à la sécurité de l'État et comment elles assureraient la promotion et éventuellement la défense des valeurs prioritaires. Si la présente étude est axée sur les grandes questions, il faut prendre note que les analyses théoriques ont été faites dans des contextes particuliers. Un important travail de synthèse de ces analyses a été réalisé par le Professeur Kathleen Lahev.¹ Celle-ci a dégagé les différentes tendances de l'analyse féministe - féminisme égalitaire, féminisme intégratif et féminisme critique - tout en faisant ressortir d'une manière générale quelques-unes des répercussions de chacune sur la réforme du droit criminel.

Le féminisme égalitaire ou libéral a tendance à insister sur l'égalité formelle est les droits individuels. Les distinctions fondées sur le sexe ont été perçues comme un obstacle à l'égalité des chances et, par conséquent, l'utilisation de normes asexuées s'impose comme une priorité. Cette tendance s'associe étroitement au grand courant de libéralisme. Les répercussions de cette tendance sur le droit criminel sont relativement faciles à saisir et ont probablement déjà été acceptées, p. ex., dans l'idée qu'il est nécessaire de modifier certaines dispositions du Code criminel touchant un sexe en particulier.

Le féminisme intégratif insiste sur la spécificité des femmes et va au-delà du sexisme jusqu'à une analyse du monde et de la connaissance comme étant de nature patriarcal. La principale tenante de cette tendance, Angela Miles, revendique une 'restructuration intégrative complète de la société et des relations humaines' autour des valeurs de la reproduction et des valeurs gynécotropiques.³ L'aspect primordial de cette tendance, c'est que les revendications qui en découlent sont formulées et fondées sur une compréhension de la réalité que vivent les femmes à ce moment particulier de l'histoire. Le problème, c'est évidemment que l'affirmation de la spécificité des femmes doit se faire en rejetant l'idée d'un rôle 'naturel' pour les femmes et l'idée que l'infériorité soit attribuable à la différence. Essentiellement, c'est la tendance qui a été adoptée dans la partie II de l'examen.⁴

Cependant, aucune de ces tendances de l'analyse féministe n'est une panacée. Par conséquent, on suppose ici

que chacune pourrait être utile et être adoptée dans des circonstances particulières.

1.2 Introduction contextuelle

Une analyse du droit criminel faite du point de vue des femmes et s'inscrivant dans une perspective critique conduit à trois grandes constatations: le droit criminel pose des problèmes moraux, des problèmes de légitimité et des problèmes d'équité.

1.2.1 Les problèmes moraux du droit criminel

Comme nous le mentionnions plus haut, l'ordre moral que tentent de protéger les lois pénales a été établi par consensus masculin. Sauf de rares exceptions s'exprimant d'ailleurs sous forme de protestations contre des lois sexistes, la voix des femmes n'a pas été entendue dans les débats présidant à la définition de ce qui est criminel et de ce qui ne l'est pas. L'absence des femmes des débats sur le droit criminel a permis aux législateurs de privilégier des valeurs comme la propriété privée et la sécurité de l'État et de ses officiers aux dépens d'autres réalités comme l'égalité des sexes, le droit des enfants et les responsabilités des pères à l'endroit de leurs enfants. Une définition de l'ordre moral à laquelle collaboreront au même titre hommes et femmes privilégiera des valeurs différentes ou en tout cas les placera dans un ordre différent.

1.2.2 Les problèmes de légitimité du droit criminel

Les problèmes de légitimité du droit criminel proviennent de deux sources: le processus de création des lois et les objets incriminés.

1.2.2.1 Le processus de création des lois

Le premier facteur d'illégitimité du droit criminel ressortit au processus même qui préside à la création des lois dans nos démocraties libérales et capitalistes. Avant même que les législateurs ne s'intéressent à certaines matières, ou quand ils commencent à en débattre, de puissants groupes d'influence et d'intérêt s'efforcent de leur imposer leurs vues. Les membres de leur parti politique, les chefs religieux, les syndicats, les services de police ou les lobbyistes des grandes compagnies tentent de faire passer dans les lois des mesures servant leurs intérêts et leur pouvoir.

Ainsi, non seulement les législateurs décident entre hommes des valeurs à protéger mais c'est sous l'influence de groupes d'intérêt, des groupes d'hommes pour la très grande majorité, qu'ils portent des questions fondamentales à l'ordre du jour des corps législatifs p. ex. la peine

capitale sous la pression des policiers, ou qu'ils refusent de s'y arrêter sérieusement (p. ex. l'avortement, sous la pression, entre autres, des chefs religieux).

Les femmes ne sont pas les seules à s'inquiéter du mauvais fonctionnement du processus démocratique dans l'adoption des lois. Des politologues, des théoriciens du droit reconnaissent aussi que le mécanisme de fabrication des lois laisse peu de place aux considérations du bien commun et enlève aux lois une bonne part de leur légitimité.

1.2.2.2 L'absence de fondement à l'incrimination

Le deuxième facteur d'illégitimité des lois pénales vient de ce qu'elles s'attaquent, en certains de leurs chapitres, à des actes qui ne sont pas franchement nuisibles à autrui ou au groupe social ou en tout cas pas assez nuisibles pour se mériter la répression pénale dont Beccaria nous rappelle qu'on ne doit en user qu'en tremblant.⁶ Là non plus la critique ne vient pas que des femmes. Non seulement les⁷ grands philosophes du droit des siècles derniers comme Mill⁸ et Montesquieu⁹ ont tâché de rappeler les principes d'utilité et d'économie qui devraient nous guider dans la définition des crimes, mais plus récemment de nombreux théoriciens et professionnels du droit⁹ se sont¹⁰ attaqués¹¹ aux mêmes¹² questions.¹³ Tour à tour¹⁴ Allen, Fuller,¹⁰ Hart,¹¹ Le Dain,¹² Miaille,¹³ et Packer¹⁴ recommandent tous d'éviter d'utiliser la loi pénale contre les infractions sans victimes ainsi que dans les matières qui ne répondent plus à des consensus moraux clairs. La Commission de réforme du droit du Canada va dans le même sens proposant la décriminalisation des crimes désuets, des actions qui ne nuisent à personne, des délits banals contre la propriété.¹⁵

En effet, pour être légitime, l'incrimination doit répondre à des critères bien précis. Il faut:

- (1) que l'action cause un préjudice grave à autrui;
- (2) qu'elle viole des valeurs fondamentales et cause un tort réel à la collectivité;
- (3) que l'application du droit criminel n'entraîne pas de tort aux personnes et au groupe social et qu'elle ne constitue pas une violation des droits fondamentaux; et
- (4) qu'on ait des raisons de croire que l'incrimination peut apporter une solution aux problèmes soulevés par le crime.¹⁶

Or, ces dernières années, au Canada, 80% des accusations portées contre les femmes ne répondent pas aux critères qui légitiment l'incrimination. En effet, plus de 40% de leurs délits sont des vols sans violence portant sur des sommes ou des objets qui ne sont pas de grande valeur. Vingt-cinq pour cent des accusées ont enfreint les lois provinciales sur la consommation de l'alcool; 7% sont les

auteures du délit de simple possession de cannabis et environ 5% sont accusées d'avoir manqué aux lois sur le cautionnement, d'avoir troublé la paix, ou sont accusées de prostitution, de méfaits publics, etc. Il tombe sous le sens que les infractions dont les femmes sont coutumières n'ont, pour la plupart, rien de 'criminel'. Il est vrai que le nombre des femmes accusées de crimes de violence et de crimes graves a crû au Canada ces dernières années mais cette criminalité ne représente encore¹⁷ que de 5 à 10% de l'ensemble de la criminalité des femmes.

Est-ce à dire qu'aucune contrainte n'est justifiée à l'endroit de 80% des accusées? Le droit d'obliger à dédommager, à restituer les biens volés, à contribuer à restaurer le bien-être des personnes qu'on a offensées est tout à fait fondé. Des mesures civiles et administratives apparaissent tout à fait appropriées. Mais des contraintes physiques ou des peines privatives? Sûrement pas. Pas plus d'ailleurs que pour les auteurs masculins, adultes ou juvéniles, trouvés coupables de semblables infractions.

Touchant les vrais crimes dont les femmes sont accusées (p. ex. vol qualifié, introduction par effraction, voies de fait graves et homicides), le droit d'intervention peut s'étendre à la contrainte physique, mais ne doit pas aller jusqu'à l'emprisonnement quand il s'agit de crimes tout à fait situationnels dont la répétition apparaît très improbable. La très grande majorité des homicides dont les femmes sont les auteures ne se prêtent pas à la récidive. Ils sont commis dans le contexte de relations familiales, affectives et particulières. Des motifs d'exemplarité peuvent inciter à imposer des peines sévères, mais il n'est pas du tout certain que les peines exemplaires remplissent ici des fonctions utiles et de correction.¹⁸

1.2.3 Les problèmes d'équité du droit criminel

Le traitement fait aux femmes dans le système de justice criminelle est souvent inéquitable et cela pour trois types de raisons différents:

(1) la plus évidente de ces raisons consiste en ce que les institutions qui reçoivent les femmes incarcérées sont mal pourvues des services et programmes qui pourraient faciliter leur resocialisation, services et programmes qui sont par ailleurs à la disposition des détenus masculins;

(2) la seconde découle du fait que la majorité des femmes qui entrent en contact avec le système de justice criminelle sont jeunes et sont mères de jeunes enfants. Ce statut social a des implications considérables sur la façon dont est ressentie la peine d'emprisonnement qui se double alors de la séparation de leurs enfants puisque la majorité des institutions pénales n'ont pas de service de garderie.

Ce statut parental vient aussi compliquer le paiement d'amende dans le cas de femmes à statut socio-économique et éducationnel peu élevé et portant seules la responsabilité des enfants;

(3) la troisième raison est la plus importante parce que partout présente: le système criminel a été conçu par des hommes pour des hommes et le personnel masculin y est omniprésent. Le paternalisme, des préjugés sexistes amènent tantôt les policiers, juges et procureurs à traiter les femmes comme des enfants qu'ils excusent, tantôt à douter de leur parole quand elles se présentent comme victimes.

Tout au long de cette analyse, nous relèverons donc les textes, les faits et les résultats d'études témoignant des problèmes moraux, des problèmes de légitimité et d'équité que pose aux femmes le droit criminel actuel.

CHAPITRE 2

LES INTÉRÊTS DES FEMMES QUI DEVRAIENT ÊTRE PROTÉGÉS PAR LE DROIT PÉNALE

2.1 Introduction

Dans ce chapitre, nous mettrons en évidence les intérêts qui devraient être défendus par le droit pénal selon les normes féministes. La protection peut revêtir différentes formes: la rétention ou l'introduction d'une infraction dans la loi, l'absence de toute infraction qui nuise à un intérêt particulier, la formulation d'un moyen de défense ou l'application de la loi.¹ Nous insistons à ce stade sur le contenu et sur les lacunes du droit positif et nous procédons par voie de critique des intérêts qui sont actuellement protégés.

2.2 Mise en évidence des intérêts

Il est important pour les femmes de se lancer dans cette analyse pour différentes raisons. Tout d'abord, il se peut que les femmes souhaitent critiquer le manque de cohérence du droit pénal, par exemple le fait qu'il vise à protéger l'intégrité physique alors qu'en fait, les femmes ne sont pas toujours protégées de façon adéquate. Deuxièmement, nous pouvons tirer des analogies. Ainsi, si la vie privée constitue un intérêt dans certains contextes, nous pouvons dire qu'elle devrait être aussi protégé dans d'autres. Troisièmement, l'analyse des intérêts en cause fournit un cadre théorique grâce auquel nous pouvons étendre notre discussion sur des thèmes particuliers et ainsi évaluer les résultats de la réforme du droit.

À part les travaux du professeur Lahey,² les recherches féministes au Canada ont toutefois tendu à se concentrer sur des problèmes particuliers, et nous n'avons pas actuellement d'analyses féministes générales qui servent de guide à toute réforme du droit. En revanche, la politique gouvernementale officielle vise à promouvoir un droit pénal minimal,³ ce qui rend d'autant plus nécessaire la formulation par les féministes d'une position sur le contenu de ce minimum.

2.2.1 La défense de l'État

Le système de justice pénale se protège lui-même et protège aussi l'État dont il fait partie intégrante. Certaines des infractions⁴ prévues au Code sont notamment l'outrage au tribunal,⁴ le fait de troubler la paix,⁵ le méfait public,⁶ l'agression d'un officier de police,⁷ l'entrave,⁸ la sédition,⁹ la trahison et les infractions connexes,¹⁰ le meurtre d'un agent de¹¹ la paix¹¹ et l'émeute et les attroupements illégaux.¹² Il ne semble pas exister de

textes où l'on analyse les infractions qui visent à la protection de l'État avec une perspective féministe.

Dans la mesure où l'État maintient le statut subordonné des femmes et n'utilise pas son pouvoir pour mettre un terme à cet état de choses, l'intérêt dans le maintien de la structure existante et l'intérêt des femmes vis-à-vis du changement semblent entrer en conflit. Les femmes, en tant que groupe défavorisé, ont un intérêt particulier à pouvoir exprimer leur désaccord. Bien qu'il soit irréaliste de dire que l'État coopère à sa propre disparition ou à sa réorganisation radicale, nous devons veiller à ce qu'une protection suffisante soit assurée pour les critiques et le désaccord. Les droits des femmes peuvent être protégés si l'on restreint la portée des infractions actuelles, ce qui est tout à fait dans la ligne de l'approche minimale en ce qui concerne la criminalisation.

2.2.2 Les intérêts aux biens

Les intérêts aux biens, sont protégés par l'existence d'infractions comme le vol,¹³ la fraude,¹⁴ le méfait,¹⁵ les infractions relatives à la monnaie¹⁶ et par la reconnaissance de la défense des biens comme moyen de défense.¹⁷ La structure patriarcale a donné aux femmes, de par son organisation pratique, un accès relativement moindre qu'aux hommes à la propriété, par exemple par l'oppression économique des femmes,¹⁸ et toute l'institution des rôles attribués au genre. Ainsi, il s'agit avant tout,¹⁹ d'intérêts masculins qui sont protégés par le droit pénal.

Jusqu'à présent, les femmes ont tendu à faire valoir les intérêts féministes dans la réforme du droit matrimonial au lieu de chercher à s'aider elles-mêmes²⁰ afin d'obtenir une distribution plus équitable de la propriété. Il est possible qu'à un certain moment dans l'avenir, on recour au droit pénal pour contrôler de telles tentatives d'acquisition de propriété à l'extérieur du système juridique²¹ mais ceci n'a pas suscité l'intérêt des chercheurs.

Lorsque l'on élargit le concept de biens,²² pour y inclure ce qui a été appelé les nouveaux biens, c'est-à-dire notamment le droit à la sécurité sociale, le logement public et la survie économique, un certain nombre de préoccupations féminines apparaissent. Par exemple, la loi relative à la fraude sert à protéger la propriété de l'État contre les abus des bénéficiaires de l'assistance sociale. Il existe un conflit d'intérêts si le droit pénal est utilisé à l'encontre des femmes qui volent l'État tandis que l'État de son côté ne permet pas aux femmes de subvenir à leurs besoins fondamentaux. Cela soulève le problème de la portée de la défense de nécessité et de la protection égale devant la loi.

Bien que le droit pénal ne puisse être considéré comme un moyen de régler tous les problèmes sociaux, il protège cependant mieux les intérêts des hommes que ceux des femmes. Le droit pénal n'offre pas une protection suffisante aux intérêts économiques comme l'accès au marché du travail, la création d'un milieu de travail sûr et non sexiste ou la protection à l'encontre de la discrimination dans l'emploi. En contraste avec les soins accordés à la protection des intérêts patrimoniaux traditionnels (la plupart du temps en faveur des hommes), on trouve la protection minimale qui est donnée aux nouveaux droits patrimoniaux des femmes. Qu'est-ce qui touche le bien-être économique et la sécurité des hommes et des femmes? Les deux sexes jouissent-ils de la même protection de la loi? Il est nécessaire de mener une étude de grande envergure pour déterminer si la sélection des intérêts patrimoniaux protégés est fondée sur une norme discriminatoire.

2.2.3 La protection de la vie et la sécurité physique

Le Code criminel prévoit de nombreuses infractions qui protègent ces droits notamment, les voies de fait,²³ l'agression sexuelle,²⁴ l'homicide,²⁵ l'enlèvement et le rapt,²⁶ l'incendie volontaire,²⁷ les infractions à la circulation,²⁸ la négligence à la naissance d'un enfant,²⁹ les infractions relatives aux armes à feu³⁰ et à l'ordre public.³¹ Ces infractions font valoir notre liberté de mouvement du fait que la crainte d'une attaque physique restreint notre liberté de nous déplacer dans notre milieu. Ce droit a été reconnu par l'art.7 de la Charte canadienne des droits et libertés³² qui, lorsqu'il est combiné à l'art.28, permet aux hommes et aux femmes de jouir d'une garantie constitutionnelle de liberté et de sécurité égale pour leur personne. Le devoir minimum de l'État est de veiller à un degré maximal de sécurité physique pour ses citoyens, vu que toute atteinte à l'intégrité physique est sans doute le préjudice le plus intime qu'ils puissent subir.

L'analyse féministe se concentre sur l'efficacité de la protection offerte par le droit pénal au lieu de remettre en cause les normes elles-mêmes. Cependant, on voit naître des difficultés majeures lorsque les normes de protection de la vie et de la sécurité des hommes entrent en conflit avec les mêmes normes pour les femmes. Un point d'enquête important pour toute étude féministe du droit pénal consiste à se demander si la vie et la sécurité physique des femmes sont suffisamment respectées. L'avortement est une bonne illustration. Dans la mesure où la criminalisation de l'avortement crée un danger physique pour les femmes, on peut dire que le droit pénal protège de façon sélective la vie et la santé des hommes et des femmes de façon différente en fonction du sexe. De même, dans la mesure où le droit pénal ne protège pas les individus contre les dangers pour leur santé dans le milieu du travail, il opère une sélection

en ce sens qu'il est négatif pour les femmes. Autrement dit, le choix qui a été fait ne protège pas la vie et la santé des³³ femmes, en tant que sexe féminin, dans ce contexte.

2.2.4 La vie privée

La vie privée est d'un intérêt beaucoup plus abstrait. Il peut exister des perceptions très différentes de ce que le droit à la vie privée constitue et de sa violation éventuelle. Le droit pénal vise effectivement à protéger la vie privée par exemple de façon très³⁴ ouverte dans les infractions relatives aux tables d'écoute³⁴ et indirectement dans le défaut de faire appliquer la législation relative aux voies de fait dans la famille. Le droit à la vie privée se présente aussi dans des décisions sur ce qui n'est pas criminel, p. ex. en ce qui traite des relations³⁵ homo-sexuelles entre deux adultes consentants en privé.³⁵ Le silence de la loi montre aussi que le droit à la vie privée n'est pas toujours reconnu, p. ex. dans le cas de l'avortement et dans le défaut de protection du système reproducteur de la femme.

Le droit pénal conférera inévitablement une certaine valeur à la vie privée dans sa formulation, ses décisions de mise en application et dans ses lacunes. Il faudrait sérieusement chercher à donner une protection universelle aux intérêts de la vie privée des hommes et des femmes, d'une façon utile aux deux sexes.

2.2.5 L'intégrité des relations et le statut du mariage

C'est dans le domaine de la mise en application et de la preuve que ces intérêts peuvent se révéler de la façon la plus flagrante, mais il existe³⁶ aussi des garanties en droit positif. À part la bigamie,³⁶ l'art.289 du Code criminel exempte les maris et femmes de toute accusation de vol pendant leur cohabitation. L'art.23(2) stipule que 'nulle personne mariée dont le conjoint a été partie à une infraction n'est un complice après le fait de cette infraction, parce qu'elle reçoit, aide ou assiste le conjoint en vue de lui permettre de s'échapper'. Une telle reconnaissance contribue-t-elle à la subordination des femmes du fait qu'elle maintient le statut du mariage hétérosexuel, c'est-à-dire l'idée que le foyer est sacro-saint et perpétue la notion que le marie et la femme ne font qu'une seule personne en droit?³⁷

La doctrine ne fournit jusqu'à présent aucune analyse de ces questions.³⁸ Cependant, on peut se demander à bon droit si le mariage hétérosexuel devrait jouir d'une protection particulière en droit pénal. Dans la mesure où de telles dispositions sont maintenues, il n'est pas justifié de tirer des distinctions entre le mariage hétérosexuel et

les autres relations existantes. Ainsi, par exemple, si l'art.23(2) est justifié, il doit alors être élargi pour protéger les couples qui vivent en concubinage, y compris les lesbiennes. Les intérêts féminins vis-à-vis de l'intégrité des relations doivent recevoir une protection égale.³⁹

2.2.6 La liberté d'expression

Bien qu'elle soit enchâssée dans la constitution, à l'art.2(b) de la Charte, il ne s'agit pas là d'une garantie expresse du Code criminel. C'est en fait le droit d'être protégé contre les attaques verbales offensives et abusive.

Le Code renferme ainsi des infractions comme la publication de propagande haineuse,⁴⁰ la libelle diffamatoire,⁴¹ l'obscénité,⁴² la sédition,⁴³ l'outrage au tribunal,⁴⁴ la diffusion de fausses nouvelles,⁴⁵ le parjure,⁴⁶ la sollicitation⁴⁷ et le méfait public.⁴⁸ Ce qui est probablement beaucoup plus significatif est le silence de la loi car les questions non réglementées correspondent en fait à une protection.

Ce type de protection négative nous amène à nous demander si elle évite la criminalisation des attaques verbales masculines qui soient de nature à nuire aux femmes, comme dans le cas de la pornographie et de l'incitation à la haine des femmes. Ainsi, l'intérêt masculin pour ce type de liberté d'expression peut se voir accorder la préséance par rapport à tous les autres intérêts.⁴⁹ Il n'existe pas encore un consensus féministe sur la façon dont ces intérêts devraient être équilibrés.⁵⁰

Cette question revêt une autre dimension, à savoir la comparaison des groupes protégés contre l'abus de la liberté d'expression. Les groupes identifiés par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique sont protégés contre la propagande haineuse, du moins sur le papier. Les juges sont protégés contre l'outrage au tribunal mais les femmes, elles, ne font pas partie des groupes protégés. Il existe sans doute donc une certaine discrimination dans les catégories de groupes choisis, de sorte que les femmes sont isolées et contraintes à supporter une proportion démesurée des attaques portées par certains types d'expression. Si la liberté d'expression est un droit qui vaut d'être protégé, alors les coûts de la protection dans ce domaine ne devraient pas incomber de façon disproportionnée aux femmes.

2.2.7 Les sensibilités, les sentiments et la moralité

Il existe un certain nombre d'infractions qui protègent des droits encore plus indéfinissables, que l'on pourrait formuler comme le droit d'éviter les préjudices ou la détresse, et le droit de savoir que d'autres commettent des actes immoraux, mais qu'ils ne peuvent nuire qu'à eux-mêmes.

Parmi de telles infractions, citons les actions indécentes,⁵¹ la nudité,⁵² le fait de troubler la paix,⁵³ la négligence à l'égard d'un cadavre⁵⁴ et les infractions de la partie V sur les maisons de débauche, le jeu et le pari. La libelle,⁵⁵ blasphématoire, la propagande haineuse⁵⁶ et l'obscénité⁵⁷ pourraient s'inscrire aussi dans de telles catégories. Une fois encore, il n'existe aucune analyse féministe de la série d'infractions qui protègent le public contre le scandale, les infractions et la détresse.

Il serait trop simpliste de suggérer que la loi insiste sur la protection des sensibilités masculines alors que les sentiments des femmes tendent à être négligés. Il se pourrait cependant que l'on ait recours à des normes morales relativement conventionnelles tandis que les sentiments des groupes marginaux, comme les féministes, sont relativement laissés de côté. On peut dire, à l'heure actuelle, que les femmes ne sont pas protégées contre la diffusion de représentation de femmes nues dans le public ou de la vue d'un 'marché' des corps humains ou de commentaires sexuels explicites dans les rues.

2.3 Recommandations

À l'heure actuelle, il existe une protection pour une certaine gamme d'intérêts, mais ceux-ci ne sont peut-être pas protégés d'une manière universelle, c'est-à-dire en tenant compte des préoccupations de chaque sexe. Toutefois, le Code criminel n'a pas fait l'objet d'une analyse empirique et théorique complète dans cette perspective et nous ne pouvons seulement faire que des recommandations très générales à ce stade.

1. On peut prédire avec une certaine exactitude que certains des droits continueront à être protégés, par exemple le maintien de l'État, de la propriété et de la sécurité physique. Ces droits devraient être protégés de façon universelle, tout en montrant une certaine sensibilité aux besoins de chaque sexe, en particulier
 - a) il faudrait tenir compte des droits femmes à exprimer leur désaccord légitime. Dans la mesure où cette expression entre en conflit avec les infractions qui visent la protection de l'État, celles-ci devraient être restreintes dans leur portée;
 - b) les nouveaux droits aux biens comme l'accès à la main-d'oeuvre ou le droit à un niveau de vie adéquat ne devraient pas être traité comme des droits moins importants que les droits de propriété traditionnels; et

- c) la vie et la sécurité physique des femmes et des hommes devraient avoir la même valeur dans la formulation des règles de droit positif.
- 2. Lorsque l'on protège des droits beaucoup plus nébuleux comme le droit à la vie privée, il ne faudrait pas continuer de le faire ou s'arrêter sans se demander qui va payer le prix d'une telle décision.
- 3. Tant que de tels droits seront protégés, ils devront l'être de façon égale et sans que l'un des deux sexes n'ait à supporter trop de conséquences néfastes.

CHAPITRE 3

L'INCIDENCE CONSTITUTIONNELLE DE LA RÉFORME

3.1 Introduction

La prise en considération de la dimension constitutionnelle constituera l'un des aspects majeurs de toute réforme du droit pénal, et ce, vu qu'il existe maintenant la Charte canadienne des droits et libertés.¹ Une telle discussion comporte deux aspects, car il est nécessaire d'évaluer le droit pénal actuel et le droit pénal proposé d'après les termes de la Charte.

Le présent chapitre contient un certain nombre d'éléments. Tout d'abord, il présente une discussion théorique des implications de l'égalité des droits en matière constitutionnelle pour les infractions et les moyens de défense au pénal.

Deuxièmement, le chapitre se concentre sur deux secteurs où les arguments relatifs au sens de l'égalité se retrouvent, à savoir les infractions liées au sexe et les infractions en matière d'avortement. Enfin, il contient une discussion des autres dispositions de la Charte qui sont particulièrement significatives pour les femmes, comme les art. 2 et 7. L'égalité est le thème qui sous-tend aussi toutes ces discussions, vu qu'il faut tenir compte de l'incidence de l'art. 28, lorsqu'il est combiné avec ces dispositions.

3.2 Le droit à l'égalité

Cette section porte sur le contenu conceptuel des art. 15 et 28 de la Charte.

3.2.1 La Signification de l'égalité

On peut aborder le sens de l'égalité de plusieurs manières, mais du fait que ce concept a bien été exploré par la doctrine canadienne depuis peu, il est nécessaire à ce stade de s'intéresser à l'analyse faite dans les autres pays afin d'avoir une certaine idée des choix à faire.²

Il est possible d'établir différentes classifications, mais on peut résumer les catégorisations utilisées ici de la façon suivante:

- (1) une neutralité absolue quant au genre;
- (2) une neutralité quant au genre avec des exceptions fondées sur des différences réelles et non pas imaginaires entre les sexes; et

(3) le principe de la subordination.

Le professeur Wendy Williams, qui est celle qui a le plus préconisé l'approche absolument neutre quant au genre, défend cette cause dans son article souvent cité et intitulé The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts and Feminism

(Traduction) Est-ce que ce que l'on recherche est l'égalité des sexes ou la justice pour deux sortes d'êtres humains qui sont fondamentalement différentes?... Les féministes défendent-elles une culture féministe distincte tout en essayant de briser les barrières créées par la culture distincte des hommes.

Elle rejette des distinctions qui seraient, p. ex., fondées sur l'idée que les femmes sont plus vulnérables que les hommes à certains moments.

L'interprétation voulant que l'art. 15 de la Charte impose la disparition des différences visibles entre les hommes et les femmes est particulièrement bien reçue. Politiquement, cette tendance s'inscrit dans un féminisme libéral et reprend un point de vue de l'égalité qui est de nature formelle. Le professeur Kathleen Lahey déclare, dans son article Implications of Feminist Theory for Direction of Reform of the Criminal Code:

(Traduction) En gros, le concept de la neutralité quant au genre vise à accomplir à peu près la même chose que ce que les dispositions de neutralité raciales visaient à faire auparavant aux États-Unis, en interdisant les considérations de race, et maintenant de sexe, pour l'attribution des droits, des obligations ou des avantages en vertu de la loi. L'objet fondamental de l'approche qui prône la neutralité quant au genre pour la définition des droits et des obligations des femmes est d'assurer que dans aucun contexte, le genre ne sera considéré comme une base suffisante pour donner un traitement différent, c.-à-d. discriminatoire.

Cette approche semble, avoir un retentissement considérable au niveau politique,⁶ et une bonne part de l'attention qui découle du besoin d'harmoniser le Code criminel avec l'art. 15 s'est concentrée sur un petit nombre d'infractions liées au genre. Un certain nombre d'organismes qui défendent le statut de la femme ont appuyé ce mouvement vers la neutralité dans le Code. Ceci pourrait être le signe d'une acceptation directe de ce principe de neutralité quant au genre ou refléter une analyse beaucoup plus sophistiquée sur la nécessité d'une rédaction neutre des lois qui traduisent l'expérience des femmes, pour toute infraction ou pour le processus pénal.⁸

Il n'existe aucun soutien unanime féministe ou non féministe à la notion de neutralité absolue quant au genre bien que l'on présume parfois que la théorie de l'égalité féministe part du principe d'un refus du caractère pertinent du sexe. Certaines théories féministes se sont cependant attachées aux cas où les exceptions au principe de l'égalité des sexes sont justifiées.¹⁰ Ce point de vue théorique pourrait entraîner différentes applications, selon la façon dont on justifie un traitement différent. Ainsi, on ne peut envisager que des exceptions biologiques bien que l'on puisse ajouter une série de différences réelles (par opposition au stéréotype) à caractère social, psychologique et économique. Cette approche semblerait beaucoup plus associée à un féminisme d'intégration en ce sens que l'on reconnaîtrait les différences mais en insistant sur leur valeur égale.

Le professeur Catherine MacKinnon qui préfère le principe de la subordination s'élève contre l'approche fondée sur les différences parce qu'elle permet le traitement des femmes comme êtres inférieurs lorsque les différences sont réelles au lieu d'être des stéréotypes erronés. Elle soutient que le problème tient plutôt à la suprématie des hommes, c'est-à-dire que d'être égal signifierait que l'on n'est pas subordonné. La relégation systématique dans une condition inférieure constitue le noeud du problème. On peut constater le statut inférieur des femmes dans la différence d'accès à la légitimité, à l'autorité, au salaire, à la protection efficace et à l'intégrité physique. La suprématie masculine a si longtemps été valorisée dans notre société qu'il est rarement nécessaire de faire des lois de promotion pour la défendre, mais il est nécessaire de prendre des mesures par le biais des institutions publiques pour y mettre un terme. Le principe de la subordination permet de concentrer l'attention sur des questions comme la violence contre les femmes, l'agression sexuelle, la prostitution et la pornographie au lieu d'écarter toute possibilité théorique que des femmes puissent commettre certains crimes, ce qui semble avoir été l'essentiel de la politique gouvernementale jusqu'à présent. De la manière dont le débat à propos de l'égalité se présente actuellement, il est difficile de soulever ces questions comme des questions relatives à l'égalité bien qu'elles reflètent fondamentalement la situation inférieure des femmes dans la société canadienne. Tant que les lois ne se prononceront pas clairement sur ces questions, il ne pourra être dit que les femmes jouissent du 'même bénéfice de la loi'.¹¹

On propose d'adopter le principe de la subordination,¹² que les juges décident ou non qu'il s'agisse d'un mandat constitutionnel, à titre de principe général de réforme du droit pénal et ce, pour différentes raisons.

- (1) Ce principe offre l'avantage d'englober une théorie forgée par l'histoire, la réalité et l'expérience que les femmes ont eu de l'inégalité. La discrimination qui a lieu actuellement dans l'histoire canadienne impose la subordination des femmes et non pas l'établissement de distinctions fondées sur le sexe (bien entendu, ces deux manifestations se combinent à un certain moment). Le fait de prendre un crime que les hommes commettent et d'en faire un crime détaché de la notion de sexe n'aboutit pas à l'abolition de la discrimination fondée sur le sexe alors que l'adoption de lois efficaces qui accroîtraient la sécurité physique des femmes le permettrait.

- (2) Bien qu'il existe des arguments de poids en faveur de la neutralité par rapport au sexe, le principe d'égalité souffre des limites importantes. D'un point de vue positif, il s'agit d'un principe simple et facile à réaliser. Il est tout à fait rationnel que les femmes aient développé une certaine crainte des distinctions qui soit profondément enracinée en elles. Tant que les femmes ne possèdent pas leur part de contrôle de l'appareil légal ou politique, il serait sage d'accepter cette idée de l'égalité. En outre, dans la vaste majorité des cas, la catégorisation homme-femme ne reflètera probablement pas bien les différents besoins ou la culpabilité de ceux-ci. En droit pénal, l'avortement et le viol constitueraient des exemples manifestes mais, une fois que l'on quitte le domaine des différences biologiques où les distinctions sont relativement claires, on ne peut faire que des généralisations sans établir de distinctions absolues. Il est même difficile de mettre en évidence des différences biologiques pures du fait que notre biologie a des implications sociales et économiques complexes. D'un point de vue négatif, la neutralité liée au genre ne revêt pratiquement aucune utilité pour les femmes en droit pénal.

Le recours à une norme de neutralité relative au sexe peut être néfaste pour les femmes s'il interfère avec des lois qui se concentrent sur le véritable problème des femmes et sur leur mode d'appréhension de la réalité. On peut trouver une illustration de ce phénomène dans la décision de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick Chase c. La Reine,¹³ où les juges ont décidé que le fait de toucher les seins d'une femme ne constituait pas une agression sexuelle, du fait que les seins étaient une caractéristique sexuelle secondaire. Pour que les seins soient inclus dans la définition, il faudrait aussi y inclure la barbe puisque c'est aussi une caractéristique sexuelle secondaire. Il s'agit là, semble-t-il, d'un excellent exemple d'abstraction à un niveau neutre sur le plan du genre, même lorsque le

sexe constitue une partie importante du contexte. Bien qu'il soit possible d'en arriver à une compréhension du terme sexuel pour chacun des sexes, dans le droit relatif à l'agression sexuelle quel que soit le sexe, il reste que le mouvement vers la neutralité quant au genre doit pour le moins avoir découragé tout effort dans ce sens.

Qui plus est, en insistant sur le fait que l'art. 15 impose une égalité des hommes et des femmes devant la loi, on fait fi des inégalités biologiques, sociales et économiques existantes. Autrement dit, le fait d'imposer l'égalité formelle, c'est-à-dire que les hommes et les femmes soient traités de façon identique dans un monde où l'inégalité est réelle, aboutit à maintenir l'inégalité et non pas à la faire disparaître. Il s'agit ici de savoir si l'art. 15 impose de dissiper les hiérarchies liées au sexe ou simplement les différences liées au genre.

Enfin, en ce qui concerne la neutralité quant au genre, toute insistance sur cette norme dans la formation des règles juridiques peut avoir des répercussions sur l'application et les résultats de l'analyse en matière d'égalité. Bien que l'agression sexuelle touche les deux sexes, il reste en réalité que ce sont les hommes qui sont accusés. Une analyse des résultats en fonction du sexe comme celle qui a été utilisée pour l'application de l'infraction de sollicitation dans l'art. 195.1 du Code, qui soit informée par une analyse de la formation des règles sans égard au sexe, pourrait conduire à l'argument ridicule selon lequel la loi sur l'agression sexuelle est inconstitutionnelle du fait qu'elle s'applique de façon prépondérante à l'encontre des hommes. Il semble, par conséquent, manifeste qu'il faille tenir compte des différences réelles au niveau de l'application et des résultats, et que ces différences peuvent contenir le ferment d'une évolution bénéfique pour les femmes également au niveau de la formation des règles de droit.

- (3) Le troisième argument en faveur du principe de subordination tient au caractère inadéquat de l'approche fondée sur les différences. La reconnaissance des différences réelles peut en fait inviter à perpétuer ces différences; par exemple, il se peut que la discrimination permanent contre des femmes, sous couvert d'une législation de protection, et la perpétuation des stéréotypes soient ainsi facilitées. En fait, on peut utiliser autant la neutralité sexuelle ou la reconnaissance d'une approche fondée sur les différences pour nuire aux femmes. La neutralité sur le plan sexuel peut être une façon de refuser la réalité féminine tandis que la reconnaissance des différences

peut tout simplement conduire à avoir deux poids et deux mesures. Il ne fait pas de doute que c'est pour cette raison que de nombreuses féministes ont senti plus de sécurité dans l'élaboration de règles neutres sur le plan du genre. Dans un monde où les femmes ne font pas les règles, on peut se demander sérieusement pourquoi la différence signifiera simplement le maintien de l'infériorité.

On touche ici au problème que posent toutes les théories de l'égalité, à savoir que leur application n'est pas entre les mains des femmes. L'analyse conceptuelle a très peu de pouvoir en soi contre le patriarcat. Il est clair que toute théorie peut se retourner contre elle-même et servir à refuser un véritable progrès aux femmes.¹⁴ Il n'est par conséquent pas possible de mettre en évidence une seule théorie féministe qui puisse représenter une source d'espoir réel pour les femmes.

Nous ne recommandons pas d'accepter une seule théorie de l'égalité à l'exclusion de toutes les autres. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une réponse complète à la question de l'inégalité, la neutralité sexuelle représente une solution en ce que la différenciation sur cette base constitue rarement une façon efficace d'établir des catégories. L'approche qui repose sur les différences permet d'attaquer les faux stéréotypes. Les deux approches seront cependant nuisibles s'il n'y a pas une compréhension fondamentale¹⁵ de l'inégalité constituée par la subordination des femmes.

La jurisprudence actuelle permet-elle de comprendre l'approche que favorise le judiciaire? Il existe une quantité considérable de sources sur cette question, du fait que la Déclaration canadienne des droits¹⁶ renferme certains concepts de l'égalité et qu'il a été appliqué à des infractions existantes qui sont liées au sexe dans le Code. Dans R. c. Rae¹⁷ p. ex., il a été jugé que les infractions de viol (p. ex. art. 146) n'étaient pas discriminatoires, mais qu'elles reflétaient seulement une différenciation sur la base de la composition biologique. Il n'existe aucune harmonie de la jurisprudence relative à la Charte. Bien que l'art. 146 ait été appliqué dans R. c. Gallant¹⁸ et dans R. c. Joudrey,¹⁹ cet article a été considéré comme discriminatoire d'un point de vue sexuel dans la décision de la Cour de district de l'Ontario R. c. Lucas.²⁰ Dans cette affaire, la Cour a déclaré qu'il n'existait aucune justification à cette discrimination dans l'art. 1 de la Charte, puisqu'aucune preuve psychologique ou sociologique n'avait été donnée qui justifie une protection différente pour les femmes.

3.2.2 La portée de l'article 15

Un certain nombre de questions, mise à part celle du sens de l'égalité, doivent être résolues. Nous nous contenterons tout simplement de les mentionner dans la présente étude avec les positions proposées par les auteurs de la réforme du droit.

Les lesbiennes sont-elles protégées par l'art. 15 de la Charte? L'orientation sexuelle ne constitue pas un motif énuméré, mais l'article devrait interdire toute distinction arbitraire par l'État. Il n'existe actuellement aucune infraction qui vise de façon précise les lesbiennes, mais certaines infractions peuvent leur être appliquées de façon discriminatoire et imposent par conséquent des éclaircissements, notamment les art. 157 (l'indécence grossière) et 169 (les actions indécentes). En outre, l'âge élevé de consentement exigé pour ce qui constituerait autrement des actes de grossière indécence (art. 158) pourrait être utilisé contre les lesbiennes de façon discriminatoire.²¹

À notre avis, l'art. 15 impose un âge uniforme de consentement aux actes hétérosexuels et homosexuels, et il faudrait dire clairement que les manifestations publiques d'affection entre les lesbiennes ne constituent pas des actes criminels.

La portée de l'art. 15 dépassera-t-elle le législateur elle-même et imposera-t-elle l'égalité dans l'application de la loi? Bien que les tribunaux américains aient jugé en général que les effets d'un article équivalent ont une importance constitutionnelle, quelle que soit l'intention, les droits à l'égalité ont constitué l'exception.²² On a eu tendance à pousser pour que l'analyse se fasse sur la base d'une incidence différente, quelle que soit l'intention ici au Canada. Certes, l'art. 15 n'aura que peu de portée effective si les tribunaux ne sont pas disposés à examiner son incidence, mais certains principes faisant intervenir une évaluation des résultats devront être élaborés avant que cette tâche ne puisse être menée à bien. Dans un milieu où l'égalité est considérée comme l'identité, toute doctrine qui repose sur l'égalité des effets pourrait être rejetée comme une doctrine inefficace. Après tout, il serait absurde qu'un accusé de sexe masculin puisse prétendre que les dispositions légales relatives à l'agression sexuelle sont inconstitutionnelles du fait qu'elles ont une incidence différente pour les hommes. La différence au niveau des résultats doit être tolérée dans la mesure où elle permet de promouvoir l'égalité. Dans une perspective féministe, le meilleur critère semble être de savoir si les différences de résultats contribuent au maintien du statut inférieur des femmes.

Une question beaucoup plus brûlante consiste à se demander si l'art. 15 impose à l'État de prendre des mesures de promotion sociale. Autrement dit, l'État est-il tenu sur le plan constitutionnel de faire adopter des lois qui règlent le véritable problème que les femmes connaissent, tout simplement du fait qu'elles sont des femmes? Bien qu'il soit improbable que l'article donne lieu à une telle interprétation, il s'agit là d'un argument qui devrait être pris au sérieux à ce stade. L'art. 15 confère aux femmes le droit à l'égalité devant la loi. La loi s'exprime autant à travers ses lacunes qu'à travers ses déclarations positives, et les hommes peuvent se prévaloir du silence de la loi à différents égards. Ce silence, qui équivaut à son manque d'efficacité, permet les actes de violence à l'encontre des femmes et des enfants. Qui plus est, la loi ne dit rien en général sur la pornographie en tant qu'instrument dégradant et dangereuse pour les femmes. Tant que la loi ne se prononcera pas sur ces questions, il sera difficile de promouvoir l'égalité pour les femmes.

L'art. 15 s'applique-t-il à la décision judiciaire de sorte que les juges se voient interdire d'appliquer des règles valides sur le plan constitutionnel d'une façon discriminatoire ou, en général, de participer à tout processus ou à toute décision discriminatoire? Les arguments ont été présentés par le professeur Smith²³; à notre avis, les juges doivent respecter les valeurs incarnées par la Charte, tout comme les autres organes gouvernementaux.

Une question essentielle tient, bien sûr, à la portée de l'art. 1 qui sert à appuyer une violation d'un droit ou d'une liberté en vertu de la Charte dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'art. 28 devrait empêcher son utilisation de façon discriminatoire. Cela conduit à nouveau à la question du sens de l'égalité, par conséquent l'article 1 ne devrait pas être utilisé de façon à contribuer en quoi que ce soit à maintenir le statut subordonné des femmes.

Certaines de ces questions feront l'objet d'une analyse plus poussée ultérieurement dans des cadres plus précis.

3.2.3 L'égalité et les infractions liées au genre

Il arrive qu'une disposition établisse une distinction très nette entre les hommes et les femmes, distinction qui peut être difficile à saisir parce que nos lois sont habituellement rédigées dans un langage masculin. La Loi d'interprétation fédérale²⁴ confère au juge le pouvoir de choisir si le masculin comprend le féminin dans tout contexte particulier. Néanmoins, il est clair que certaines infractions sont en fait liées à certains sexes. L'exemple qui est probablement le mieux connu est celui de la disposition

sur le viol prévu par la loi dans l'art. 146.1 du Code.²⁵ La question de savoir si ce type d'infraction constitue une dérogation à l'article 15 dépend du sens que l'on attribue à l'égalité.²⁶

La Déclaration canadienne des droits a donné lieu à une jurisprudence qui favorise le maintien de telles distinctions²⁷ et, en fait, il semble raisonnable à bien des personnes d'accepter une exception biologique à toute règle qui écarte les distinctions fondées sur le genre. Ainsi, on peut prétendre de façon raisonnable que l'art. 146 protège une caractéristique biologique unique pour les enfants de sexe féminin, dans sa formulation actuelle, du fait que seules les femmes ont un vagin. La pénétration du vagin peut causer un préjudice tout à fait particulier aux femmes du fait que cela peut entraîner une grossesse, auquel cas la femme doit prendre une décision très importante, à savoir si elle va garder l'enfant ou se faire avorter, décision qui, dans les deux cas, entraîne des risques. Le rapport du Comité Badgley fournit des chiffres sur les risques particuliers causés aux jeunes femmes et jeunes filles par la grossesse et l'avortement, et il recommande que l'on conserve certains crimes²⁸ particuliers au genre pour pouvoir traiter cette question. Si l'infraction devait voir sa portée généralisée afin d'inclure tous les contacts sexuels, une exception biologique serait alors encore plus difficile à justifier.

On pourrait cependant préconiser une exception plus vaste, c'est-à-dire une exception qui comprendrait toutes les autres différences effectives, comme les différences sociales, pour protéger une infraction constituant un atouchement sexuel particulier propre à un sexe seulement ainsi que les infractions existantes relatives à la séduction. Cela permettrait d'établir des distinctions tout à fait concevables d'après la signification sociale de la coercition et de l'autorité qui transparaît dans les relations hétérosexuelles.

On pourrait même aller jusqu'à justifier toutes ces infractions d'après les réalités de la sexualité et du pouvoir dans notre société. L'argument a été exprimé dans un article:

(Traduction) Il est sûr que le fait d'isoler le cas des femmes illustre probablement une certaine réalité sociologique: dans notre société, les jeunes femmes qui apprennent à la fois que le mariage est l'objectif le plus important qu'elles puissent avoir et qu'elles ne peuvent le mener à bien que de façon passive, sont sans aucun doute beaucoup plus susceptibles que les jeunes hommes d'être séduites par des personnes qui veulent en tirer un avantage sexuel. De la même façon, dans cette société, la mauvaise réputation et l'enfant

illégitime qui sont le fruit éventuel d'une liaison sexuelle imprévoyante peuvent être beaucoup plus désastreux pour une jeune femme (...) que pour un jeune homme.²⁹

Les auteurs poursuivent cependant dans le contexte de l'enchassement de l'égalité des femmes dans la constitution américaine (Equal Rights Amendment) en disant qu'il est interdit de conclure à une justification législative de la double norme sexuelle et qu'il impose la rédaction de la législation d'après les besoins humains en général de protection et non pas d'après des catégories sexuelles grossières. Il s'agit là d'un argument de poids. On ne peut attribuer à un sexe seulement, avec une certaine assurance, que des caractéristiques physiques, et il est difficile de distinguer les caractéristiques physiques de leur contexte social et économique. Si l'on étendait des exceptions de neutralité sexuelle aux caractéristiques psychologiques sociales ou autres, cela pourrait constituer une invitation à perpétuer la réalité qui a donné lieu à la situation actuelle d'inégalité et des 'deux poids, deux mesures.'

On peut même se demander si les différences biologiques justifient des distinctions. Bien que l'on puisse dire que l'art. 146(1) protège le vagin de la jeune femme contre toute pénétration par un organe masculin, il se peut très bien qu'il contribue à maintenir les femmes dans une situation de subordination en les traitant comme des êtres passifs, dont la sexualité est une denrée à protéger et fasse, par conséquent, partie d'un processus pervers par lequel la femme est vue comme un objet.³⁰ Ainsi, l'art. 146(1) peut être considéré comme inconstitutionnel non pas parce qu'il établit une discrimination à l'encontre des hommes mais parce qu'il perpétue des images négatives des femmes.

Ainsi, on pourrait à ce stade rejeter l'argument biologique et concevoir qu'une classification fondée sur le sexe est inadmissible en tant que substitut à toute autre caractéristique individuelle ou sociale. Les jeunes hommes ont aussi besoin d'une protection et au moins la loi devrait le reconnaître parce que cette dualité de norme sexuelle s'intègre dans le statut subordonné des femmes.

Nous ne faisons ici que présenter des arguments car il ne semble pas y avoir de réponse simple à la question de savoir si les infractions liées au sexe contreviennent à l'art. 15. En outre, quelle que soit la réponse à laquelle on aboutit, les justifications de celle-ci sont importantes dans la perspective de l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle. Autrement dit, nous pouvons arriver à la bonne réponse mais pour de mauvaises raisons.³¹

En contraste intéressant avec les infractions particulières aux hommes, on trouve l'infanticide qui à l'art. 216

du Code pose des questions identiques, en tant qu'infraction particulière aux femmes. Là, la naissance de l'enfant est un phénomène purement féminin tandis que la pénétration d'un vagin par le pénis est attribuée aux hommes. On pourrait cependant dire que l'art. 216 est inconstitutionnel tandis que l'art. 146 ne l'est pas. Nous soutenons que si l'on considère que cette infraction est en soi un moyen de défense justifiant une peine moindre pour avoir entraîné la mort, c'est-à-dire s'il s'agit d'un cas où l'on invoque l'atténuation de la responsabilité d'après nos connaissances sur la dépression post-natale, elle est alors justifiée parce qu'elle est fondée sur une différence biologique réelle et ne contribue pas à maintenir des stéréotypes ni le statut subordonné des femmes dans la société. En réalité, ce serait le défaut de prévoir de façon particulière le cas des mères dans³² ce contexte qui pourrait constituer une discrimination.

3.2.4 L'égalité et l'avortement

La question savoir si la différence biologique pourrait ou non justifier des distinctions se pose à nouveau dans le contexte de l'avortement. L'art. 251(2) du Code est lié au cas des femmes. On pourrait dire de façon superficielle que l'art. 15 de la Charte interdit les classifications fondées sur le sexe, mais cette classification correspond nettement à une réalité biologique, de sorte qu'elle est justifiée. Mais le problème est beaucoup plus fondamental car l'argument serait de dire que l'ensemble des infractions liées à l'avortement constitue une discrimination à l'encontre des femmes en les empêchant d'exercer un contrôle sur leur fonction reproductrice et contribue ainsi à les maintenir dans une condition inférieure. Si ce n'est l'abrogation intégrale de l'art. 251, toute autre mesure serait inconstitutionnelle si l'on adoptait cette dernière approche.

Que l'on estime ou non que l'abrogation de l'art. 251 s'impose pour cette raison sur le plan constitutionnel, cette disposition pose d'autres problèmes graves.

On trouve par exemple l'argument selon lequel l'art. 251 établit, dans la réalité, une discrimination contre certaines femmes d'après leur statut économique et leur lieu de résidence. Nous trouvons là quelques illustrations pratiques des questions évoquées auparavant.³³ Tout d'abord, peut-on appliquer l'art. 15 aux effets des règles qui sont a priori inoffensives? Deuxièmement, que peut-on ajouter à l'art. 15 comme motif non énuméré?

Sur le premier point, Bender présente une discussion de l'expérience américaine dans son article où il³⁴ compare la Charte à la Déclaration américaine des droits. Il prend notamment l'exemple classique de la hauteur et du poids minimum, critère qui a pour effet d'éliminer la candidature

de certaines femmes. Il déclare qu'aux États-Unis, la clause d'égalité de protection constitue une exception à la règle générale voulant que les effets ont une importance constitutionnelle, quelle que soit l'intention.³⁵

Les tribunaux canadiens ont paru réticents à même évaluer les effets d'une telle disposition. Ils ont prêté une certaine attention à cet aspect dans le contexte même de l'avortement. Dans les premières affaires Morgentaler, le juge en chef Laskin a traité de l'argument selon lequel les dispositions législatives en matière d'avortement portaient atteinte à la disposition d'égalité contenue dans la Déclaration canadienne des droits, du fait que, notamment, la loi ne donnait pas le même avantage à tous les secteurs de la communauté canadienne, en ne permettant pas à tous 'de s'en prévaloir où qu'ils soient au Canada et indépendamment de leur situation financière.' Il a refusé la révision pour cette raison en disant que l'on essayait d'atteindre l'égalité d'après des normes qui n'étaient pas pratiques sur le plan judiciaire:

À mon avis l'alinéa (b) de l'art. de la Déclaration canadienne des droits ne confie pas aux tribunaux la surveillance du fonctionnement des lois ni l'appréciation de la façon dont leur administration est organisée à l'échelle régionale ou nationale, en l'absence dans la loi elle-même, de quelque critère qui indique une violation de l'al. (b) de l'art. 1...³⁶

Cette opinion a été reprise par M₇ le juge Parker dans la plus récente affaire Morgentaler.³⁷ Ainsi l'application de la Déclaration canadienne des droits a-elle été restreinte à des considérations d'appréciation législative.

Il est possible que compte tenu de son libellé beaucoup plus général, l'art. 15 se voit donner une interprétation plus large par les gouvernements et par le judiciaire. Il existe une preuve abondante de l'inégalité d'accès à l'avortement.³⁸ Il s'agit là d'un domaine où il serait très facile de montrer combien les résultats sont différents. Mais toute interprétation qui restreindrait le fonctionnement de l'art. 15 de la manière dont la Déclaration canadienne des droits le prévoyait serait abusive.

Deuxièmement, la question qui se pose est celle des motifs de discrimination. Ni le statut économique ni le lieu de résidence ne sont énumérés par l'art. 15. Il se peut que les tribunaux soient extrêmement réticents à admettre la pauvreté comme motif de discrimination mais, là encore, cela n'empêche pas le gouvernement de le faire dans le cadre de sa politique. Les conséquences sont si graves que cela est très improbable, mais le poids de cet argument dans ce contexte pourrait donner une justification politique à l'abrogation de l'art. 251.

Les tribunaux américains se sont certainement montrés très réticents à admettre la pauvreté comme motif de discrimination. Ils ont cependant tenu compte de cet aspect, dans une certaine mesure, comme d'une classification suspecte dans la justice pénale et dans les questions électorales.³⁹ La question de l'avortement a cependant été abordée de façon directe dans l'affaire Maier c. Roe:⁴⁰

(Traduction) Une femme indigente qui veut se faire avorter n'entre pas dans la catégorie limitée des classes défavorisées que notre jurisprudence a déterminée. Et le fait que la réglementation retombe sur ceux qui ne peuvent pas payer ne permet pas de conclure différemment. En un sens, tout refus du bien-être social à un indigent conduit à créer une classification d'après l'argent, par opposition aux non-indigents qui, eux, peuvent payer pour obtenir les services ou les biens qu'ils désirent. Mais la présente Cour n'a jamais estimé que seul le besoin financier mette en évidence une catégorie suspecte aux fins de l'analyse de l'égalité en matière de protection.⁴¹

On ne voit pas très clairement quelles seraient les réactions si l'on incluait la résidence parmi les bases de classification suspectes. Cependant, dans une affaire récente de Nouvelle-Écosse, Basile c. A.G. Nova-Scotia,⁴² la Cour a confirmé une loi qui restreignait les permis de vendeurs aux résidents de la Nouvelle-Écosse. Bien que ceci ait soulevé la question de la mobilité et non pas de l'égalité, la Cour s'est, semble-t-il, très facilement convaincue de la légitimité de l'objet de la législation.⁴³

Si la jurisprudence précitée nous fournit certaines indications de prévisibilité, on doit en conclure qu'il est fort improbable que les tribunaux canadiens voient dans l'art. 251 une disposition qui viole l'art. 15. Le Parlement est cependant aussi lié par la Charte de sorte que l'argument pourrait aussi être soulevé devant cet organe.⁴⁴

3.3 Les autres droits prévus par la Charte

L'article 2(b) de la Charte qui garantit la liberté d'expression revêt une importance particulière pour les femmes à plusieurs égards. En tant que groupe défavorisé, les femmes ont un intérêt particulier à protéger la liberté d'expression, surtout le droit au désaccord politique et la liberté de parole en ce qui touche aux changements fondamentaux requis par nos systèmes politiques et juridiques. Jusqu'à présent, la recherche a tendu à porter surtout sur la liberté d'expression dans le contexte de la pornographie, les féministes rejetant⁴⁵ et justifiant⁴⁶ à la fois les restrictions à la liberté d'expression. Ni la recherche ni la

pratique féministe actuelle ne révèlent une position cohérente sur ce plan.

Il est évident qu'il reste à analyser des domaines importants, en particulier celui de la liberté d'expression politique.⁴⁷ On peut présumer à bon droit que les féministes seront intéressées par un examen approfondi de toutes les infractions visant à réduire cette liberté, du fait que les femmes ont un intérêt particulier à protéger leur liberté d'expression lorsqu'elles se plaignent de la conduite des hommes dans un monde où de telles plaintes sont souvent considérées comme illégitimes. La libelle diffamatoire peut constituer une illustration de ce point.⁴⁸ Une analyse féministe conduirait à appuyer la suggestion de la Commission de réforme du droit selon laquelle on devrait abolir les infractions de libelle diffamatoire.⁴⁹ Il ne devrait pas être possible d'utiliser les poursuites pénales comme moyen de réduire les femmes au silence lorsqu'elles s'expriment à l'encontre de l'oppression et portent un préjudice, de ce fait, à la réputation d'hommes.⁵⁰

Cela nous amène, par conséquent, à deux réflexions: tout d'abord, il est encore nécessaire de prolonger le débat féministe avant d'arriver à un consensus sur la portée de la liberté d'expression en ce qui touche à la pornographie et, en second lieu, il est nécessaire d'analyser la menace potentielle que représente le droit pénal pour la liberté d'expression féministe en général.

Sur le plan constitutionnel, il est possible d'adopter des approches différentes. On peut dire que la liberté d'expression n'est pas un droit absolu mais qu'il est de portée limitée, en ce qui concerne l'expression politique.⁵¹ Certaines féministes pourraient abonder dans ce sens si cette liberté d'expression devait protéger l'expression politique féministe et non pas l'expression sexuelle pornographique. (Cela ne conférerait cependant pas de protection constitutionnelle à l'expression sexuelle féministe.) En revanche, on pourrait préconiser une interprétation large de l'art. 2 de la Charte tandis que l'art. 1 sert à justifier la réglementation, p. ex. de la pornographie dans l'intérêt de personnes comme les spectateurs 'malgré eux'⁵² et les enfants.⁵³

Il n'est cependant pas possible de mettre en évidence un point de vue féministe sur l'aménagement constitutionnel qui permettrait le mieux d'établir un équilibre entre les différentes valeurs en présence, sauf peut-être à un niveau très général en ce sens qu'il est important de ne pas sacrifier la liberté d'expression lorsqu'on essaie de lutter contre la pornographie. Cette liberté a une certaine valeur pour les femmes bien qu'elle soit parfois utilisée à leur encontre. Enfin, l'art. 28 de la Charte devrait permettre

de garantir la⁵⁴ liberté d'expression aussi bien aux femmes qu'aux hommes.

3.3.1 Le caractère vague des interdictions pénales

Il est à certains points de vue injustifié que l'État punisse un citoyen pour des actes qui n'ont pas été clairement définis à l'avance comme ayant une nature pénale.⁵⁵ Cet argument revêt peut-être à l'heure actuelle une dimension constitutionnelle du fait de la garantie de justice fondamentale prévue à l'art. 7 de la Charte. L'argument connexe consiste à dire que lorsque l'on a recours à l'art. 1 de la Charte (comme cela pourrait très bien être le cas dans les infractions de nature pornographique), les limites ne peuvent être restreintes que par une règle de droit et qu'elles pourraient par conséquent être attaquées pour leur caractère vague.⁵⁶ Cette question n'a pas encore été l'objet d'une analyse féministe, mais les femmes pourraient très bien soulever le caractère vague du droit criminel, et ce pour deux raisons.

Tout d'abord, toutes les infractions de nature pornographique, et peut-être d'autres infractions comme l'incitation à la haine, pourraient être abrogées du fait qu'elles entrent en contradiction avec l'art. 7 ou parce qu'elles contreviennent aux exigences de l'art. 1. Que ce soit ou non parce qu'il y aura 'deux poids, deux mesures' avec des formules coutumières au langage judiciaire telle l'expression 'actions illicites' ou 'indécentes', tandis que les dispositions non familières qui touchent aux préoccupations des femmes seront rejetées, les dispositions relatives aux infractions devront être rédigées de façon très soignée quand on tentera de façon innovatrice de régler des problèmes sociaux bien enracinés. Il se peut très bien que la législation comporte nécessairement un certain caractère vague, et le pouvoir judiciaire ne l'acceptera que si l'on est disposé à tolérer un certain degré d'incertitude au lieu de laisser se perpétuer le problème social en cause.

Il se peut que les femmes se voient refuser la protection à cause d'une autre incertitude. Par exemple, il pourrait devenir nécessaire d'éclaircir le sens du terme 'sexuel' dans l'expression 'agression sexuelle' si l'on donnait une⁵⁷ interprétation beaucoup trop étroite à cette expression.

3.3.2 Les articles 7 et 28 de la Charte, une fois combinés

L'article 7 évoque des questions autres que le caractère vague dont il a été fait mention auparavant. L'une des principales questions pour les femmes consiste à se demander si l'expression 'sécurité de⁵⁸ la personne' comprend un droit à un niveau de vie minimal. Si cette interprétation est

acceptée, elle pourrait constituer un moyen de défense dans les affaires de fraude au bien-être social.

Lorsque l'art. 28 est combiné à l'art. 7, il permet de soutenir que certains aspects du droit pénal et de la pratique privent les femmes de leurs droits égaux à la liberté et à la sécurité de la personne. Autrement dit, lorsque les femmes sont les principales victimes de certaines infractions, la première d'entre elles étant l'agression sexuelle, elles ne jouissent pas dans la pratique⁵⁹ de la protection égale de la loi qui est prévue à l'art. 15.

3.4 Recommandations

1. L'article 15 de la Charte ne devrait pas être interprété comme la simple exigence d'une formulation neutre sur le plan sexuel de toutes les infractions et moyens de défense. Le critère devrait plutôt être de savoir si tels qu'ils sont formulés, ils contribuent à perpétuer le statut subordonné des femmes, compte tenu de leurs résultats.
2. Afin de réaliser l'idéal de protection égale de la loi (art. 15) et d'égalité des droits de liberté et de sécurité de la personne (art. 7 et 18), il conviendrait de s'intéresser particulièrement au domaine où le droit pénal est actuellement muet.
3. Une telle approche s'impose, indépendamment d'un mandat constitutionnel, du fait de l'art. 15 et indépendamment d'une décision éventuelle du judiciaire mettant en évidence un mandat constitutionnel à cet égard.
4. Les art. 251 (procurer un avortement) et 252 (fournir des substances délétères) du Code devraient être abrogés.
5. Il ne faudrait pas interpréter la garantie de liberté d'expression comme un obstacle à la réglementation de la pornographie.
6. Toute révision du Code criminel devrait porter en particulier sur les infractions qui pourraient servir à réduire les femmes au silence, en ce sens qu'elles puissent être dissuadées de se plaindre de la conduite d'un homme ou d'exprimer leur désaccord politique.

PARTIE II

LES INFRACTIONS ET LES MOYENS DE DÉFENSE

CHAPITRE 4

LES FEMMES EN TANT QU'ACCUSÉES

4.1 Introduction

Il existe un certain nombre de raisons de discuter des crimes dans ce chapitre. Tout d'abord, les crimes eux-mêmes peuvent constituer un instrument de contrôle social des femmes, indépendamment du fait que les femmes soient en nombre important ou non parmi les accusées dans le processus de justice pénale, p. ex. le fait de procurer un avortement.¹ Deuxièmement, une infraction peut être importante du fait qu'elle peut seulement être commise par une femme: l'infanticide² entre dans cette catégorie. Troisièmement, la forme que revêt notre action peut poser un problème particulier pour les femmes, comme c'est le cas de l'outrage au tribunal.³

Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction, la question de la responsabilité ne dépend pas exclusivement de la possibilité de faire entrer ses actes dans la définition de l'infraction. Les moyens de défense constituent un élément important du processus de détermination de la culpabilité et, comme les infractions, ils sont le reflet des valeurs que nous partageons dans la collectivité. Ainsi, la deuxième partie de ce chapitre traitera des différentes excuses et justifications ainsi que de la question de savoir si elles doivent être modifiées pour mieux répondre à la réalité vécue par les femmes. Ces moyens de défense sont en réalité l'expression juridique d'une intuition politique de ce qui, d'après le milieu social, enlève toute responsabilité pour un acte qui autrement serait répréhensible. Si cette intuition a jusqu'à présent revêtu un caractère masculin et si le milieu est aussi perçu comme masculin, il faudrait peut-être alors envisager d'élaborer des moyens de défense beaucoup plus orientés vers les femmes.

4.2 Les infractions

Les infractions dont il est question ici sont l'avortement, l'outrage au tribunal, l'infanticide et les infractions relatives à la prostitution et au méfait public.

4.2.1 L'avortement

Les infractions actuelles en matière d'avortement sont prévues par les art. 251 (procurer un avortement), 159(2)(c) (offrir de vendre des drogues abortives, etc.) et 252 (fournir des substances délétères) du Code criminel. Le

fait de procurer, ou de tenter de procurer, un avortement à une autre personne constitue l'une de nos infractions les plus graves du fait qu'elle entraîne la peine maximale de l'emprisonnement à vie. La femme elle-même peut être condamnée pour une infraction moins grave. Les exceptions sont complexes et elles sont placées sous le contrôle de la profession médicale. On trouve une analyse détaillée de la question dans un article de Sharon Walls intitulé Abortion Law and Improved Abortion Services.⁴ Il existe un certain nombre de manières de réformer le système actuel,⁵ mais la perspective féministe dépasse le stade du raffinement des institutions actuelles et préconise l'abolition totale des infractions relatives à l'avortement.⁶

L'étude des publications féministes nous révèle l'analyse suivante. L'avortement ne serait peut-être pas pratiqué du tout dans une société féministe, mais la position actuelle des femmes est de demander d'avoir le choix de se faire avorter si elles le désirent.⁷ Un certain nombre d'intellectuelles féministes ont lié la question de l'avortement à la question beaucoup plus vaste de la sexualité dans un contexte d'inégalité des sexes.⁸ Les femmes n'ont pas la maîtrise des relations sexuelles qui constituent la cause la plus courante de la grossesse. Elles ne décident pas non plus de la signification sociale du contrôle des naissances. Il leur faudrait, par conséquent, obtenir le pouvoir de décision en matière d'avortement, non pas pour contrôler leur propre sexualité, mais du fait qu'elles n'en disposent pas librement.

Andrea Dworkin a très bien décrit la coercition implicite que présentent les relations hétérosexuelles dans une société où les femmes ont un statut subordonné:

(Traduction) Le premier type de force est la violence physique: elle est évidente dans le viol, l'agression et les voies de fait.

Le deuxième type de force découle de la disproportion de force physique entre l'homme et la femme qui fait de façon intrinsèque de tout acte sexuel un acte de force, par exemple l'abus sexuel des jeunes filles dans les familles.

Le troisième type de force est économique: en maintenant les femmes dans un statut de pauvreté, elles demeurent¹⁰ accessibles et complaisantes sur le plan sexuel.

Le contrôle de la reproduction doit être lié à la liberté de ne pas avoir de relations sexuelles (par opposition à l'idée des années 1960 selon laquelle la libération sexuelle était la liberté d'avoir des relations sexuelles) et à l'évolution

fondamentale de notre société qui fait disparaître les différences de pouvoir et les autres formes de force.

La position féministe se caractérise avant tout par l'intérêt que les femmes portent à la vie et à la santé de celles qui n'ont pas accès à des avortements rapides, sûrs et légaux. Il existe un certain nombre de façons dont les restrictions actuelles créent des risques pour la santé:

- (1) L'avortement est moins dangereux que l'accouchement. Sept femmes sont mortes en 1982 à la suite des complications liées à l'accouchement, c.-à-d. 23 de moins qu'en 1981. Aucun décès n'a été¹¹ rattaché à des avortements provoqués de 1975 à 1982;
- (2) Tout retard accroît de façon importante les risques pour la santé causés par l'avortement. En 1982, le taux de complication pour cent avortements thérapeutiques est passé de 0,7 au cours des neuf premières semaines de grossesse à 26,5 après 20 semaines.¹² Les statistiques canadiennes montrent qu'à la différence des États-Unis où les procédures cliniques sont légales, de nombreux avortements¹³ ont eu lieu au Canada au cours du deuxième trimestre;
- (3) Les avortements qui ont lieu dans des cliniques libres sont au moins¹⁴ aussi sûrs que ceux qui sont faits dans les hôpitaux et le coût global en est beaucoup moins élevé pour la société, tout en procurant plus de confort à la patiente; et
- (4) À défaut de procédures sécuritaires, les femmes ont recours à des avortements 'maison' illégaux et dangereux, en dépit des risques que cela pose pour leur santé et leur vie. Lorsqu'une loi libérale sur l'avortement est modifiée de façon plus restrictive, les décès et les complications tendent à augmenter de façon marquée.¹⁵

Le Rapport Badgley sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement a mis en évidence de façon très nette un lien entre l'augmentation de l'accès à l'avortement et l'augmentation de la sécurité pour les femmes en montrant que la réforme de 1969 avait eu un effet remarquable:

Au Canada, le nombre de décès de femmes des suites d'avortements criminels ou autoprovoqués, qui atteignait une moyenne de 12.3 chaque année de 1958 à 1969, est descendu à 1.8 décès par an de 1970 à 1974. En 1970, on a enregistré au Canada cinq décès maternels dus à des avortements illégaux; il y en a eu¹⁶ un en 1971, un en 1972, aucun en 1973 et deux en 1974.

Il ne faudrait pas en conclure que la situation actuelle est satisfaisante parce qu'il reste, en fait, une demande d'avortements insatisfaite au Canada. En 1982, 3156 résidentes canadiennes ont eu des avortements aux États-Unis, soit une augmentation par rapport aux 2651 de 1982.¹⁷ Et ces chiffres ne traduisent pas, bien entendu, la tension nerveuse et les préoccupations financières causées par le voyage pour se rendre au lieu de l'avortement dans un pays étranger ni le nombre des femmes qui n'ont pas eu les ressources suffisantes pour choisir cette voie. Cela constitue donc un argument encore plus puissant en faveur de l'abrogation de la loi. Le droit dans son état actuel n'est pas équitable en ce qu'il force les femmes de condition modeste qui ne peuvent se permettre de voyager pour se faire avorter à choisir entre un avortement illégal à proximité de chez elles et meurer à terme la grossesse. Le droit actuellement permet l'avortement seulement pour quelques femmes et ce tout en le retardant. Outre les effets néfastes sur la santé des femmes, il faut mentionner la tension nerveuse liée à l'incertitude quant à la possibilité d'obtenir un avortement ou non.¹⁸

Un autre facteur que l'on trouve dans l'analyse est le rejet de l'intervention des médecins dans des décisions aussi importantes dans la vie d'une femme que de donner ou non la vie à un enfant.

(Traduction) Certaines féministes ont remarqué que notre droit de décider s'est confondu de plus en plus avec un droit des hommes à ne pas voir leur jugement professionnel remis en cause par le gouvernement.¹⁹

Ceci est particulièrement important en ce qui touche au débat sur la vie du fait que le principal argument des opposants à l'avortement est que le foetus est un être vivant. Que le foetus soit ou non une forme de vie, la question qui se pose est de savoir qui a le pouvoir de décider de son avenir: l'État, la minorité anti-avortement, la profession médicale ou les femmes elles-mêmes? Les féministes veulent confier ces décisions-là aux femmes, surtout s'il s'agit de décision de vie ou de mort.²⁰

Il existe d'autres arguments en faveur de l'abrogation qui ne sont pas féministes de nature mais peuvent être utilisés pour renforcer l'argument féministe.

Du fait que de nombreuses femmes se feront avorter de tout manière, la criminalisation de cette activité créera de façon inévitable une situation où les normes sous-jacentes au droit pénal ne seront pas partagées et seront en fait activement rejetées par une partie de la collectivité. Cela pose toujours un problème pour le droit criminel dont l'efficacité dépend dans une large mesure de l'acceptation et de

la collaboration volontaire des personnes qu'il est sensé régir.²¹

Il ne convient donc pas de confier le pouvoir décisionnel aux médecins de toute manière du fait qu'il s'agit là d'une question aux dimensions sociales, économiques, politiques et morales.

L'argument libéral consiste à dire qu'en refusant l'avortement, l'État usurpe un domaine légitime du choix et de l'autonomie individuelle. Il ne semble pas exister d'autres situations analogues dans laquelle la collectivité exprime des normes qui entrent en conflit avec les désirs des individus et où ces désirs ont des répercussions aussi importantes et intimes sur le plan personnel.

La jurisprudence américaine tend à faire valoir cet argument libéral à propos de la vie privée.²² La Cour suprême des États-Unis a jugé dans Roe c. Wade²³ que les lois en matière d'avortement qui n'exemptaient de criminalité que la procédure thérapeutique pour sauver la vie de la mère sans égard à l'étape de la grossesse violait la clause d'application régulière de la loi (Due Process) du Quatorzième amendement qui protège le droit à la vie privée. Cependant, l'État a un intérêt légitime à protéger la santé de la femme et l'éventualité de la naissance d'une vie humaine qui devient contraignante à l'étape ultime. L'affaire Doe c. Bolton²⁴ est particulièrement pertinente car la Cour y a rejeté les conditions procédurales, comme les hôpitaux agréés et les comités d'avortements.²⁵

Le point de vue féministe ne s'appuie cependant pas sur cette analyse inspirée par le respect de la vie privée. Tout d'abord, celle-ci ne tient pas compte du principe de l'égalité effective d'accès aux avortements.²⁶ Une telle lacune est tout à fait dans la ligne d'une analyse fondée sur la vie privée, où l'on dit que les femmes peuvent décider de façon individuelle de se faire avorter et elles peuvent aussi être trop pauvres pour choisir cette solution.²⁷ Deuxièmement, le privilège de celles qui peuvent se permettre de se faire avorter cesse avec la viabilité et avec les progrès technologiques, autrement dit cette limitation fait disparaître le contrôle des femmes américaines sur la reproduction. Troisièmement, l'argument selon lequel un tel privilège a été admis aux États-Unis car une telle reconnaissance est encore mal établie et peut changer si des juges plus conservateurs sont nommés dans les tribunaux.

Cependant, une juridiction associée de très près à rejeter pour inconstitutionnalité des dispositions semblables à celles du Canada. En réalité, ce fait même tend à cacher l'incidence des problèmes causés aux femmes canadiennes par les restrictions en matière d'avortement dans ce pays.²⁸

S'il était admis que les dispositions en matière d'avortement doivent être abrogées, il resterait cependant deux questions à régler, à savoir: doit-on conserver l'infraction consistant à annoncer des drogues abortives ou instruments inefficaces ou dangereux en vue de provoquer l'avortement? Bien que cela puisse s'avérer nécessaire en cas de difficulté, de telles infractions ne sont pas justifiées pour l'instant. Par ailleurs devrait-il aussi exister une protection supplémentaire (mis à part les infractions existantes comme le fait de causer la mort ou les lésions corporelles par négligence criminelle²⁹ et l'obligation de faire preuve d'une compétence raisonnable)³⁰ pour les femmes à l'encontre des charlatans, des médecins ayant des normes professionnelles inférieures et de ceux qui ne font pas souvent d'avortements? À supposer que la vulnérabilité des femmes qui découle du besoin urgent disparaisse, il ne semble pas y avoir de facteur spécial en l'espèce qui justifie une protection particulière. Le public en général a besoin d'une protection contre toute personne qui pratique la médecine sans permis ou sans compétence, et il s'agit là d'une question que les provinces doivent réglementer. Si cette réglementation allait au-delà de la protection pour instaurer le refus de la liberté de choix, il ne fait pas de doute que le droit provincial serait alors l'objet de critiques, ce qui n'est pas le but visé par une réforme du droit pénal.

4.2.2 L'outrage au tribunal

L'outrage au tribunal³¹ est une infraction qui n'est pas prévue par la loi et qui n'est pas par conséquent définie au Code criminel. Bien qu'il n'existe pas de recherche juridique sur l'outrage au tribunal dans une perspective féministe, il s'agit d'une question qui pose évidemment un certain nombre de difficultés pour les femmes.³²

L'un des principaux problèmes est celui de la liberté d'expression par rapport aux critiques du judiciaire. Toute infraction criminelle qui pourrait être utilisée pour empêcher des commentaires sur les préjugés misogynes des personnes en place, comme des juges, devrait faire l'objet d'un examen soigneux. Il existe actuellement un droit à la critique dans le public sous réserve de ne pas jeter de doute sur les motifs du juge³³ et à condition que la critique ne vise pas à jeter le discrédit sur le tribunal.³⁴ Bien qu'il soit évident que les femmes qui critiquent les décisions et déclarations judiciaires s'exposent ainsi à des peines pour outrage au tribunal, on a admis que ces pénalités lorsque l'outrage n'a pas lieu en face de la Cour³⁵ devraient être utilisées qu'avec beaucoup de précautions.³⁵

Il existe des motifs légitimes de restreindre la liberté d'expression pour les procès pénaux, surtout le besoin de protéger l'accusé contre tout préjugé. Doit-on

considérer comme un outrage au tribunal la critique d'un juge, ce que la Commission de réforme du droit appelle 'l'affront à l'autorité judiciaire'? Dans une affaire récente, l'opinion publique s'est intéressée à des commentaires judiciaires sur l'agression sexuelle perpétrée contre une danseuse exotique. Les femmes ont fait une manifestation à l'extérieur du tribunal en brandissant des écriteaux disant: (Traduction) 'Juge au rabais' et 'censurez le juge Bowlby'.³⁶ La plaignante a prétendu que les remarques étaient sexistes.

La Commission de réforme du droit déclare de façon un peu complaisante qu'"en pratique, un juge n'hésitera aucunement à se désister dans une cause si son impartialité est le moins mis en cause".³⁷ Elle propose que le droit en matière d'outrage au tribunal continue de s'appliquer au cas de l'affront sans aucune défense de la vérité. Toutefois, il n'existe aucune preuve qui suggère que les juges misogynes se désistent dans les affaires concernant des femmes, et il est d'une importance vitale que les femmes se sentent libres de se plaindre publiquement de toute injustice. Cette liberté est beaucoup plus importante que la réputation des individus comme cela est reconnu dans la jurisprudence américaine. Dans ce cas, seules les déclarations qui présentent un danger évident et réel pour le règlement équitable d'une affaire³⁸ sont passibles de condamnation pour outrage au tribunal.

En outre, deux autres questions connexes se posent en ce qui touche au refus de témoigner. Le témoin peut refuser de témoigner parce qu'elle craint l'accusé³⁹ ou encore peut être inquiète du dommage que son témoignage peut causer à sa relation avec l'accusé ou à l'accusé lui-même.⁴⁰

En ce qui touche la crainte, il existe beaucoup trop d'inconnues pour que l'on fasse des recommandations à ce niveau. En matière d'outrage au tribunal, le droit pourrait avoir des conséquences plus sévères pour les femmes que pour les hommes parce que les femmes peuvent être physiquement beaucoup plus vulnérables aux menaces. Il se peut que les ressources affectées à leur protection ne soient pas suffisantes. Des personnes coupables peuvent être acquittées parce que les femmes sont traitées comme des personnes moins dignes de foi et se trouveront par conséquent dans une position forte pour mettre leur menace à exécution. Si de telles affirmations étaient fondées, il serait alors très difficile pour un juge de punir une femme parce qu'elle a pris la décision rationnelle de refuser de témoigner afin de se protéger. La question qui se pose devient alors: qui devrait supporter le risque? Du fait que l'État est dans la meilleure position de mener la recherche, ce serait à lui d'établir que la femme peut être protégée de façon satisfaisante. Les personnes ne devraient donc pas être condamnées pour outrage au tribunal parce qu'elles refusent de

témoigner sauf si l'État peut prouver à la Cour qu'une protection réaliste est donnée au témoin.⁴¹

Le refus de témoigner dans le but de protéger l'accusé ou une relation avec celui-ci constitue un problème beaucoup plus complexe qui demande de comprendre la psychologie féminine par rapport à celle des hommes et à leur développement moral différent, et de faire aussi une certaine analyse des obligations que l'État peut légitimement imposer à l'individu. Il convient de se souvenir que cette question pourrait se poser à la fois lorsque la femme témoin est elle-même la victime du crime et lorsque qu'un tiers en est la victime. Il se peut très bien que la collectivité soit en droit de punir la femme lorsqu'un tiers est en cause, tandis que la question devient plus complexe lorsque le témoin est prêt à se sacrifier pour l'accusé.

La recherche de pionnier menée par Carol Gilligan a mis en évidence des différences dans le développement moral des hommes et des femmes.⁴² L'évolution des femmes serait de voir le bien comme le don d'elles-mêmes, dans une première étape, pour ensuite tenter de se prendre en charge elles-mêmes et de prendre les autres aussi.⁴³ Il y a plus de femmes que d'hommes qui associent l'idée de bien à celle de don de soi. Comment le droit doit-il réagir à cette différence? Il s'agit là d'une question cruciale du fait que puisque la loi peut être considérée comme une punition des femmes lorsqu'elles font ce qui, d'après elles, est une bonne chose, alors on se doit de se demander si la loi elle-même représente les normes morales d'une minorité.⁴⁴

On trouve d'autres arguments des deux côtés. Il existe d'autres domaines où la loi tient compte de l'intérêt que quelqu'un peut avoir à protéger des relations existantes.⁴⁵ Par analogie, il devrait être possible de se défendre d'une accusation d'outrage au tribunal en disant que l'on refuse de témoigner contre quelqu'un avec qui on entretient une relation permanente. L'ironie serait très forte toutefois si des épouses devaient souffrir d'un tel principe (par exemple, si l'on classait la violence conjugale comme un phénomène d'ordre privé et domestique, ce qui la placerait alors en dehors du droit pénal) sans en retirer de profit du même coup. On pourrait dire alors qu'il n'y aurait pas de protection égale de la loi au sens propre. Par ailleurs, le fait de recommander une défense fondée sur l'existence d'une relation dans le cas d'un outrage au tribunal reviendrait à admettre que les relations individuelles ont prépondérance sur l'ordre public. Cela ne peut pas toujours être le cas.⁴⁶ Par exemple, une relation où intervient la violence ne vaut pas la peine d'être protégée, et le fait de la préserver pourrait même encourager les agressions. Ainsi, une telle défense devrait être raffinée pour expliquer quelles relations devaient être protégées d'après l'intérêt public. Dans une perspective féministe, il s'agirait de relations

non violentes entre des égaux. De telles relations sont difficiles à détecter⁴⁷ mais elles devraient inclure les relations lesbiennes et l'amitié ainsi que le concubinage entre hétérosexuels.

Aucune recherche féministe ni consensus n'existent sur ce problème jusqu'à présent de sorte que toute conclusion serait prématurée. Il serait cependant utile de faire de la recherche sur la façon dont les hommes et les femmes identifient le dilemme moral posé par le témoignage à l'encontre d'un ami proche ou d'un amant.

4.2.3 Les infractions liées à la naissance d'un enfant

L'infanticide est une forme d'homicide volontaire qui est interdite par l'art. 216 du Code⁴⁸ et entraîne une sentence maximale de cinq ans de prison.⁴⁹ L'art. 590 permet une condamnation même si certains des éléments du crime n'ont pas été établis par la Couronne, c'est-à-dire si la Couronne n'a pas⁵⁰ prouvé que l'esprit de l'accusé était en partie affaibli.

La question en cause ici n'est pas la constitutionnalité,⁵¹ mais plutôt de savoir si l'infanticide devrait être aboli ou réformé d'une certaine manière dans le cadre de la politique administrative. Il est énoncé d'une façon bizarre du fait qu'il s'agit d'une infraction ayant l'apparence d'un moyen de défense. Aucun commentaire féministe ne s'y rapporte, mais on aboutirait vraisemblablement à un consensus sur l'exemption d'accusation de meurtre pour une femme qui tue son enfant lorsqu'elle est en dépression post-natale.

Le droit actuel, tout en essayant d'aboutir à ce résultat présente trois lacunes. Tout d'abord, la Couronne conserve la discrétion d'accuser de meurtre et, dans ce cas, il n'est pas possible de recourir à la défense d'infanticide, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de concept de capacité atténué. Deuxièmement, d'après l'art. 590, un meurtre délibéré par une mère pourrait être traité de façon beaucoup plus indulgente qu'un meurtre délibéré par un père, vu que l'art. 216 ne s'applique qu'aux femmes. Il ne semble pas exister de justification constitutionnelle à un tel état de choses. Troisièmement, la loi envisage la condamnation et l'emprisonnement éventuel d'une femme qui a tué son enfant alors qu'elle subissait les effets de l'accouchement. Le traitement⁵² pour la dépression semblerait être une meilleure solution.

Il est difficile de corriger ces lacunes car le fait de modifier l'infraction pour en faire un moyen de défense obligerait la Couronne à poursuivre avec une accusation plus sévère. Le fait d'ajouter un moyen de défense avec des éléments semblables pourrait aussi avoir le même effet. En outre, l'offre d'un traitement constitue un problème

beaucoup plus vaste auquel nous ne pouvons pas nous consacrer dans ce contexte particulier. Nos propositions sont par conséquent quelque peu négatives: qu'aucun changement ne soit fait dans la loi qui impose ou favorise les accusations de meurtre à l'encontre des femmes qui tuent leur nouveau-né⁵³ et que ce domaine soit considéré pour la réforme pour une partie de la loi portant sur le traitement⁵⁴ des contrevenants souffrants de troubles mentaux.

D'autres infractions dans cette catégorie touchent au contrôle sur l'acte de l'accouchement lui-même. L'article 226 institue une infraction⁵⁵ de négligence à se procurer de l'aide pour l'accouchement tandis que les art. 203 (mort causée par la négligence) et 204 (lésions corporelles causées par négligence criminelle) peuvent être utilisés à l'encontre des femmes dans le contexte de l'accouchement à la maison. Il ne semble pas exister de recherche sur l'incidence que ces infractions ont sur la décision de donner naissance à la maison bien qu'une grande attention ait été portée à la maison bien qu'une grande attention ait été portée à la médicalisation de l'accouchement.⁵⁶ Il semble cependant raisonnable de se demander si leur existence n'influence pas de façon négative le contrôle qu'ont les femmes sur les décisions liées à la naissance de l'enfant. Bien qu'aucune affaire n'ait pu être trouvée, des accusations ont été portées à l'encontre de mères et de sage-femmes,⁵⁷ et la publicité qui les entoure pourrait très bien constituer une forme de contrôle.

En dépit de défaut de recherche sur l'incidence de telles infractions, nous pouvons cependant faire deux suggestions. Tout d'abord, ces infractions devraient inclure une déclaration selon laquelle le fait d'accoucher de son enfant à la maison ne peut pas être considéré en soi comme une preuve pour la poursuite. Deuxièmement, dans le contexte de la négligence criminelle, on peut faire une comparaison avec d'autres infractions graves en ce qui concerne les éléments de la culpabilité. Les tribunaux inférieurs ont continué à utiliser un critère objectif de la responsabilité dans leur interprétation de la négligence criminelle⁵⁸ tandis qu'un critère subjectif semble approprié en ce qui touche l'agression sexuelle.⁵⁹ Ainsi, des femmes peuvent être jugées coupables d'avoir blessé leur bébé par négligence tandis que dans le cas des hommes, ils seront seulement jugés coupables d'avoir blessé une femme par insouciance.⁶⁰ C'est ce genre de comparaison très vaste qu'il faudrait faire pour assurer la protection égale de la loi aux femmes.

Si la négligence criminelle était clairement définie comme imposant l'insouciance au sens subjectif,⁶¹ les femmes seraient alors moins vulnérables aux poursuites et aux condamnations en vertu des art. 203 et 204, et il n'y aurait donc plus 'deux poids, deux mesures'.

4.2.4 La prostitution et les infractions connexes

Nous traitons brièvement de la prostitution à ce stade, bien qu'elle fasse l'objet d'un exposé beaucoup plus complet et approprié dans le chapitre suivant sur les infractions à l'encontre des femmes. Par le passé, un certain nombre d'infractions de ce groupe ont été utilisées pour contrôler le comportement des femmes. Dans une perspective féministe, la question est de savoir si un tel contrôle est justifiable. Les infractions pertinentes dans le présent chapitre sont la sollicitation (art. 195.1)⁶² et la tenue d'une maison de débauche (art.193).

Les documents féministes dans ce domaine ne sont pas tout à fait en harmonie avec l'idée que le droit ne devrait pas s'intéresser à ce type de contrôle des femmes. L'Association nationale de la femme et le droit a proposé l'abolition de l'infraction de sollicitation et une modification de l'art. 193 pour permettre aux prostituées de tenir leur propre entreprise.⁶³ Le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme a cependant suggéré une nouvelle infraction que couvre toutes les sollicitations insistantes et répétées dans un endroit public, écartant ainsi le traitement discriminatoire contre des femmes seulement.⁶⁴ Dans le rapport Fraser⁶⁵ qui traite de façon respectueuse des présentations féministes devant le comité et qui a clairement été influencé par certaines des interventions, on trouve des recommandations identiques. Le rapport propose l'abrogation de l'art. 195.1⁶⁶ et le remplacement de l'art. 193 par une formulation qui permette à deux prostituées adultes de travailler dans leur lieu de résidence.⁶⁷

À notre avis, l'art. 195.1 devrait être abrogé et l'art. 193 devrait être modifié pour permettre à des personnes d'utiliser des locaux à des fins de prostitution. Dans la mesure où les femmes commettent d'autres infractions liées à la prostitution par exemple le fait de vivre des produits de la prostitution (art. 195.4) ou d'avoir des activités d'entremetteuse (art. 195) ou encore de troubler la paix (art. 171), elles devraient être jugées criminellement responsables.⁶⁸ Cependant, il ne faudrait pas en faire des délinquantes criminelles parce qu'elles ont répondu à la demande de services sexuels de la part des hommes et ce, pour les raisons suivantes:

L'article 195.1 s'expose à un défi constitutionnel grave à la fois dans sa formulation et selon application.⁶⁹ Bien que le terme 'prostituée' comprenne manifestement maintenant les prostitués de sexe masculin,⁷⁰ il demeure un conflit dans la jurisprudence sur la question de savoir si les clients peuvent être condamnés. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans R. c. Dudak⁷¹ a jugé que puisque l'infraction consistait à offrir des services sexuels en location, le client n'était pas coupable. Par ailleurs, la

Cour d'appel de l'Ontario dans R. c. DiPaola; R. c. Palatics⁷² a jugé qu'un homme qui offrait une récompense pécunière à une femme pour satisfaire son désir sexuel faisait de la sollicitation.

Bien qu'il soit⁷³ facile de corriger cette situation sur le plan législatif, ceci n'est pas souhaitable. Tout d'abord, on ne garantirait aucunement l'application équitable de la loi et, à moins d'avoir une certaine confiance à cet égard, le Parlement ne devrait pas retenir une infraction qui n'a qu'une apparence de constitutionalité. L'idée voulant que la prostituée soit à l'origine du problème est si bien ancrée qu'il serait impossible de concevoir une infraction tout à fait neutre dans son effet. Deuxièmement, il n'est pas justifiable sur la plan moral de punir des prostituées pour des activités liées à la prostitution (sauf si elles exploitent d'autres prostituées). Il existe différentes raisons à cet état de fait. Le droit actuel rend les prostituées plus vulnérables face aux souteneurs, et comme elles peuvent avoir un casier judiciaire, elles sont d'autant plus handicapées pour chercher d'autres types de travail. Dans la conjoncture économique actuelle, la discrimination économique à l'encontre des femmes et la responsabilité que les femmes ont de leurs enfants en forcent certaines à se livrer à la prostitution. Les lois actuelles sur les maisons de tolérance les empêchent de trouver un endroit pour travailler. Il est injuste de criminaliser la sollicitation persistante alors que le harcèlement des femmes par les hommes n'entraîne aucune sanction criminelle. La prostitution est un aspect important de la transformation des femmes en objets sexuels et toutes poursuites criminelles donneront tout simplement lieu à une double oppression des femmes.

En outre, il n'est pas prouvé du tout, ou très faiblement, que ces infractions portent sur un problème social réel. La recherche faite dans le rapport Badgley (enfants) révèle que les personnes qui sont désireuses d'acheter et de vendre des services sexuels ont des moyens subtils de communiquer entre elles. Ainsi, les hommes sont rarement sollicités à l'encontre de leur volonté.⁷⁴ Il semble clairement cependant que certains aspects de cette question dépassent la justification de toute punition des prostituées elles-mêmes.⁷⁵

4.2.5 Le méfait public et les infractions connexes

Certaines infractions peuvent être utilisées pour punir des gens qui se servent abusivement du système de la justice pénale. La libelle diffamatoire est une de ces possibilités. Une autre infraction, le méfait public, est prévu à l'art. 128 du Code.

Nous cherchons ici à empêcher l'utilisation d'infractions de cette nature au détriment des femmes parce que notre système les perçoit comme des êtres indignes de foi. Nous n'avons pas pu découvrir de recherche ou de document expliquant que des accusations ou des menaces de méfait public aient été utilisées en réponse p. ex. à des accusations d'agression sexuelle ou de brutalité policière.⁷⁶ Il est prématuré de faire des recommandations mais, à notre avis, ce domaine mérite une recherche approfondie.

4.3 Recommandations

1. Les infractions actuelles en matière d'avortement devraient être abrogées, c.-à-d. les art. 159(2)(c), 257 et 252 du Code, et les provinces devraient avoir le loisir d'établir les normes sanitaires pertinentes.
2. Il ne devrait pas exister d'outrage au tribunal en ce qui concerne l'affront au judiciaire.
3. Les personnes ne devraient pas être punies pour outrage au tribunal lorsqu'elles refusent de témoigner à cause de la crainte, sauf si l'État peut prouver qu'elles jouissent d'une protection réaliste.
4. Il est nécessaire de faire de la recherche sur les perceptions des hommes et des femmes relativement au dilemme moral posé par un témoignage à l'encontre d'un ami ou d'un amant.
5. La loi actuelle sur l'infanticide ne devrait pas être modifiée au détriment des femmes, mais elle devrait, pour la réforme, entrer dans le cadre des dispositions relatives aux délinquants atteints de troubles mentaux.
6. En ce qui concerne les art. 226, 203 et 204, le Code devrait expliquer clairement que l'accouchement à la maison en soi n'est pas une preuve de culpabilité.
7. La négligence criminelle dans le contexte de l'accouchement devrait être définie pour seulement inclure l'insouciance.
8. L'article 195.1 devrait être abrogé.
9. L'article 193 devrait être modifié pour permettre aux individus d'utiliser des locaux à des fins de prostitution.

4.4 Moyens de défense

Le thème sous-jacent des sections suivantes du présent chapitre consiste à se demander si la gamme actuelle des

moyens de défense tient suffisamment compte de la perspective féminine pour permettre de conclure que ce domaine du droit offre une protection égale contre l'imposition de la responsabilité pénale.

4.4.1 La légitime défense

La discussion ici porte sur une série particulière de situations autour d'un thème commun: une femme est attaquée ou se sent menacée par quelqu'un, qu'il s'agisse d'un étranger ou d'une connaissance. Elle se défend et on l'accuse d'une infraction d'homicide ou de voies de fait. Probablement, l'exemple classique de ce scénario fait intervenir une femme qui a subi la violence de son partenaire pendant de nombreuses années et finit par le tuer. Il est important d'insister ici sur le fait que les événements peuvent se dérouler différemment: une victime d'inceste tue son père ou une victime de viol blesse gravement son agresseur. La question cruciale qui se pose est de savoir si le droit dans sa forme actuelle permet une évaluation des faits dans une seule perspective masculine. Si tel était le cas, les implications pourraient être graves. Au niveau constitutionnel, la défense de légitime défense contreviendrait éventuellement à la fois aux art. 15 et 7 (combinés à l'art. 28) de la Charte. Au niveau politique, cela signifierait que les femmes sont traitées de façon particulièrement dure pour les meurtres ou les voies de fait contre leurs agresseurs de sexe masculin.

Aux États-Unis, ces questions ont fait l'objet de débats considérables, et il n'est pas impossible de faire valoir la perspective féminine auprès des tribunaux. Un article remarquable sur cette question est intitulé Representation of Women who Defend Themselves in Response to Physical or Sexual Assault. State c. Wanrow fournit une illustration sur ce point:

(Traduction) Compte tenu de la menace pour l'égalité de protection représentée par le défaut de considération de la perspective féminine dans le domaine de la légitime défense, la Cour a noté que:

(La présente instruction) laisse au jury l'impression que la norme objective à appliquer est celle qui intervient dans une altercation entre deux hommes. L'impression créée - à savoir qu'une femme de 5'4" ayant une jambe plâtrée et se servant d'une béquille doit, d'après la loi, arriver à repousser d'une quelconque façon un agresseur de 6'2", en état d'ivresse, sans employer des armes pour se défendre, à moins que le jury ne trouve son évaluation du degré de danger objectivement raisonnable - constitue, de façon distincte, une déclaration erronée du droit, et en l'espèce, elle viole le droit de l'intimé à la protection égale de la

loi. L'intimé avait le droit de faire examiner ses actes par le jury à la lumière de sa propre perception de la situation, y compris des perceptions qui étaient créées par la longue histoire malheureuse de discrimination sexuelle qu'a connue notre pays. Tant que les effets de cette histoire ne seront pas anéantis, il faudra prendre soin d'assurer que nos instructions en matière de légitime défense confèrent aux femmes le droit de voir leur comportement jugé à la lumière des handicaps individuels qui sont le produit de la discrimination sexuelle. À défaut d'agir de la sorte, on aboutirait à nier le droit de la femme en cause d'être jugée d'après les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux défendeurs de sexe masculin.⁸¹

Les auteurs mettent en évidence un certain nombre de facteurs qui doivent portés à l'attention de la Cour: la perception féminine du danger, le besoin d'utiliser les armes, le préjudice causé aux femmes par les restrictions de délais très brefs, la réputation de violence du défunt, en tant que réponse légitime à l'attaque.⁸²

Le moyen de légitime défense devrait imposer à la Cour d'examiner les faits selon le point de vue de l'accusé. La législation canadienne,⁸³ bien qu'elle soit obscure, confère une portée suffisante aux arguments qui imposent de reconnaître cette perspective. En fait, le droit dit que l'on peut se défendre si l'on est raisonnable dans sa crainte et si la réplique utilisée est raisonnable. L'article 37(1) du Code est particulièrement large en ce qu'il traite de la prévention des voies de fait au lieu de n'évoquer que la réponse à celles-ci. Il s'agit là d'un point particulièrement important pour les femmes car la loi devrait être assez large pour protéger les femmes qui ont été soumises à une série de voies de fait et qui agissent pour empêcher d'autres agressions.

Une partie de la jurisprudence soutient une interprétation de la légitime défense qui couvrirait cette situation. Ainsi dans Lowther c. The Queen,⁸⁴ l'accusée avait tué le défunt, lequel avait menacé de façon répétitive de la tuer et avait même tenté de le faire, et ce en repoussant une agression de sa part. Elle avait reçu une nouvelle menace le matin de la mort. Le juge Cassey a estimé que le juge de première instance aurait dû demander au jury de décider si l'accusé avait des raisons d'être appréhensif et s'il avait pris toutes les mesures raisonnables avant de recourir à la force.⁸⁵

La loi devrait par conséquent être assez souple pour répondre aux besoins de femmes qui sont attaquées et en particulier au cas des femmes battues. La décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans la récente affaire R. c.

Whynot (Stafford)⁸⁶ montre cependant que cela n'est pas le cas.

Une femme a été accusée du meurtre au premier degré de son concubin, un homme fort et violent. Après une journée de beuverie, le défunt avait menacé de brûler la maison de son voisin et de régler son compte au fils de l'accusé âgé de 16 ans. L'accusée l'a abattu d'une balle pendant qu'il dormait dans son camion. La violence de l'accusé avait été prouvée de façon très nette, et l'accusée a déclaré qu'elle était à bout de nerfs du fait qu'il l'avait menacée de tuer tous les membres de sa famille si elle le quittait. Le juge de première instance a laissé l'art. 37 au jury, et elle a été acquittée.

En appel, la Cour a infirmé cet acquittement⁸⁷ en concluant qu'en l'absence de voies de fait imminentes, il ne convenait pas de laisser la défense de légitime défense au jury. Ce commentaire sur l'art. 37 empêche le jury de considérer l'argument de légitime défense dans l'ensemble du contexte factuel. Cela pourrait être justifié si en fait l'accusée n'avait pas épuisé toutes les autres mesures raisonnables, mais le fait de dire que le jury ne devrait pas opter en matière de légitime défense signifie que cette question ne peut même pas lui être posée.

La décision en l'espèce constitue un jugement des femmes d'après une norme qui ne pourrait être justifiée que dans une société où les femmes jouiraient de la protection de la loi. Autrement dit, le droit moral de punir une femme parce qu'elle a riposté à la violence par la violence dépend de la protection assurée par la loi, protection effective et non pas seulement sur le papier. Autrement, on impose des normes d'une société civilisée à quelqu'un qui vit littéralement dans une société sans loi.

L'une des difficultés graves que pose la légitime défense est donc la possibilité d'insistance sur une attaque imminente, quel que soit le contexte. Même si l'on modifiait l'art. 37 pour permettre de tenir compte du contexte, le problème resterait une question de point de vue. Le jury peut très bien avoir acquitté l'accusé dans Whynot parce que le défunt était bien connu dans la communauté et qu'il n'avait pas de difficulté à voir les choses selon le point de vue de l'accusée. Cela ne sera pas toujours le cas.

Là encore, il existe une jurisprudence qui impose explicitement au tribunal de tenir compte des faits d'après l'optique de l'accusée. Dans R. c. Marky,⁸⁸ on a dit qu'il fallait tenir compte des faits comme la personne qui recourrait à la force aurait raisonnablement pu les apprécier. Si l'on peut être sûr que ce raisonnement soit appliqué quel que soit le sexe de l'accusé, il n'est alors pas nécessaire de réformer la loi.

Il est cependant extraordinairement difficile de voir les choses avec la perspective d'une personne de l'autre sexe, et la légitime défense comporte certains concepts d'orientation masculine. Ainsi, il n'existe pas d'obligation absolue de se dérober face à une attaque, et on peut voir que les juges raisonnent comme si le domicile avait un caractère sacré. Par contre, selon la jurisprudence, il ne semble pas que l'on adopte une approche mécanique en favorisant le caractère proportionnel de la riposte qui doit correspondre à la violence de l'agression. Les tribunaux n'exigent donc pas que l'on n'utilise pas d'armes à l'encontre d'un agresseur qui n'est pas armé lui-même.

La légitime défense devrait par conséquent être structurée comme moyen de défense de façon à ce que l'on puisse évaluer la situation dans la perspective de l'accusé et que les juges ne puissent pas s'attacher aux faits directement liés au décès à l'exclusion de tous les faits qui légitiment la crainte de l'accusé.

Il existe deux possibilités de solution bien qu'aucune ne soit, à notre avis, entièrement satisfaisante.

En premier lieu, on pourrait adopter un critère entièrement subjectif. L'accusée croyait-elle qu'elle était en danger et que la force qu'elle a utilisé était nécessaire? À notre avis, on devrait adopter ce critère dans la mesure où des critères subjectifs sont par ailleurs retenus pour d'autres crimes graves. Un homme ne devrait pas être acquitté pour une agression sexuelle lorsqu'il croyait sans que cela soit déraisonnable, honnêtement, que la victime était consentante, alors qu'une femme serait, elle, condamnée pour meurtre lorsqu'elle croyait honnêtement, mais de façon déraisonnable que la force qu'elle utilisait était nécessaire. Il faudrait cependant toujours mettre en évidence certains facteurs qui aideraient le tribunal à voir les faits comme l'accusée les voyait. Nous discuterons de ce point avec la seconde possibilité parce que, quelle que soit la question qui se pose (ce que l'accusée pensait ou ce qui était raisonnable selon elle), il faudra que le tribunal ait autant d'aide pour pouvoir se mettre à sa place.

En second lieu, on peut dire que le droit actuel combine les critères subjectifs et objectifs, p. ex., en ce qu'il impose à l'accusé de croire (critère subjectif) qu'il ne peut pas autrement se protéger contre la mort ou contre des lésions corporelles graves, et cette croyance doit être raisonnable (critère objectif). Ces deux approches pourraient être retenues avec une liste de facteurs destinés à guider celui qui doit trancher. Les questions proposées sont les suivantes:

- (1) Existaient-ils des moyens réalistes que l'accusé aurait pu utiliser pour se protéger, elle-même, ou protéger d'autres personnes?
- (2) (Le cas échéant) En ce qui concerne (1), l'accusée a-t-elle cherché à recourir à d'autres solutions par le passé?
- (3) Craignait-elle des représailles si elle cherchait un autre moyen?
- (4) Quel était le statut économique et psychologique de l'accusée?⁹²
- (5) Comparer la taille et la force de l'accusée avec la personne qu'elle a tuée ou agressée.
- (6) L'acte de l'accusée était-il raisonnable, compte tenu de son adaptation sociale?

Le but de cette liste est d'obliger le tribunal à évaluer le contexte, notamment les antécédents de violence éventuels et la possibilité de trouver de l'aide. Il se peut qu'il soit extrêmement difficile pour un juge de sexe masculin de décider ce qui est une crainte raisonnable pour une femme, mais le droit positif peut indiquer quelle preuve sera pertinente et imposer de traiter ces questions particulières. Cela ne veut pas dire que l'on préconise des normes juridiques distinctes, mais il faut seulement reconnaître qu'une femme peut raisonnablement croire qu'elle est en danger à la différence d'un homme.

4.4.2 La provocation

Le moyen de défense partiel consistant à invoquer la provocation⁹³ soulève la même question que la légitime défense dans le contexte de relations permanentes. Il s'agit de savoir s'il est justifié de s'intéresser avant tout au meurtre lui-même au sens strict si l'enquête concernant la culpabilité doit être élargie pour tenir compte aussi des antécédents de la relation. De façon plus précise, le droit doit-il accepter que la provocation, l'idée de 'la goutte d'eau qui fait déborder le vase', est un moyen de défense lorsque l'événement qui a précipité les choses était relativement mineur, mais si, placé dans son contexte, il devient beaucoup plus important? Ainsi, p. ex., la provocation pourrait être seulement une gifle ou seulement être attendue lorsque le mari bête régulièrement sa femme quand il revient ivre à la maison, si sa femme le tue un jour où cela se produit.⁹⁴

L'argument selon lequel le tribunal devrait étudier l'ensemble du contexte s'impose de façon très nette dans le Commonwealth et aux États-Unis.⁹⁵ On pourrait fonder un

argument très fort sur la décision de la Chambre des Lords dans D.P.P. c. Camplin⁹⁶ où il a été décidé à l'unanimité que l'âge de l'accusée devrait entrer en ligne de compte pour appliquer le critère objectif selon lequel la personne ordinaire aurait elle aussi perdu la maîtrise d'elle-même dans le même cas. Le jury devrait à l'avenir être invité à appliquer le critère du sang-froid que l'on attend d'une personne ordinaire du sexe et de l'âge de l'accusée mais qui, à d'autres égards, partage des caractéristiques de l'accusée qui, selon eux, modifieraient la gravité de la provocation à son encontre ... Cela permet de tenir compte du déroulement des faits pour éclairer le caractère grave éventuel de la provocation.

Cependant, l'affaire Camplin ne sera peut-être pas suivie au Canada. Un des obstacles les plus importants est la décision de la Cour suprême du Canada dans R. c. Wright⁹⁸ selon laquelle les antécédents ne sont pas pertinents. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario a tenté de réconcilier les deux affaires en limitant Wright à des caractéristiques particulières. Ainsi, dans R. c. Hill,⁹⁹ la Cour a déclaré que la juge aurait dû informer le jury en fonction d'une personne ordinaire de l'âge et du sexe de l'accusée.

Bien qu'il s'agisse d'un pas en avant, ce n'est sans doute pas suffisant pour permettre de considérer dans la preuve, le contexte de l'événement qui pourrait changer sa nature pour une personne ordinaire. L'article 215 devrait par conséquent faire l'objet d'une nouvelle formulation pour que tous les facteurs portant sur le caractère grave de la provocation, dans la perspective de l'accusée, puissent être pris en considération dans l'application du critère objectif. Cet aspect du critère, contrairement à l'avis exprimé dans Wright, garderait une certaine utilité. Le jury devrait cependant encore appliquer le critère du caractère raisonnable selon les circonstances, de façon à ce que le comportement de l'accusée soit étudié par rapport à la perception que se font les jurés d'une dose normale de sang-froid.¹⁰⁰

Cela nous amène à un deuxième problème sur la provocation, problème qui est essentiellement le même que celui qui a été évoqué en ce qui concerne la légitime défense. Il peut être difficile de trancher pour toute personne de sexe masculin, ou quiconque a adopté une perception masculine du monde, de voir la question avec une perspective féminine. Cette difficulté prend un caractère aigu lorsque l'on doit appliquer un critère objectif, bien qu'elle soit aussi présente avec le critère subjectif. Il se peut que les jurés ne croient tout simplement pas l'accusée si elle va tout à fait à l'encontre de leur propre conception du monde. Autrement dit, il est possible qu'ils soient partiaux dans leur perception de ce qui est 'raisonnable' ou 'ordinaire'.

Il existe manifestement un élément politique considérable dans la détermination des facteurs, et il serait nécessaire de se livrer à une recherche importante pour mettre en évidence les jugements politiques qui interviennent dans ce cas. Ce serait sans doute une tâche extraordinairement ardue, compte tenu du nombre relativement restreint de meurtres à étudier et vu que de nombreuses décisions pertinentes pourraient être dissimulées du fait de la décision d'accepter un plaidoyer de culpabilité face à une accusation d'homicide involontaire coupable.

Le problème ne pourrait pas être réglé en intégrant les facteurs dont le jury devrait tenir compte comme dans le cas de la légitime défense. Il est sans doute assez facile de faire admettre que l'on est justifié à se défendre. Il serait cependant pas difficile de trouver un consensus sur ce qui justifie la perte de la maîtrise de soi. Ainsi, il s'agit semble-t-il d'une question particulièrement intéressante à présenter à un jury, et il se peut qu'il n'y ait pas de solution en l'absence d'une compréhension générale de ce que les mots et les actes provoquent dans la perspective d'une femme.

En outre, il est par conséquent impossible de proposer des dispositions particulières à ce stade, vu l'absence de recherche sur l'application de critères objectifs en général aux femmes et aux hommes et sur ce qui amène les femmes à perdre la maîtrise d'elles-mêmes.

4.4.3 La nécessité

La nécessité est un moyen de défense en common law qui a revêtu le plus grand intérêt politique en tant que moyen de défense dans le contexte de l'avortement¹⁰¹ bien que la légitime défense puisse être considérée à bon droit comme une forme élaborée de moyen de défense de nécessité qui est plus nébuleux. En tant que moyen de défense, la nécessité n'est pas particulièrement adaptée comme mécanisme pour réduire les rigueurs du droit positif, et ce parce que l'on voit très vite qu'il faut faire des choix politiques ou des choix de valeurs fondamentaux pour l'appliquer. Des exemples de cas où les femmes pourraient recourir à cette défense sont, notamment, le vol (y compris le vol à l'étalage) d'aliments ou de médicaments pour enfants, le fait d'occuper des maisons vides dans le cas des nécessiteux sans abri et le besoin de frauder le système du bien-être social afin de nourrir et d'habiller ses enfants de façon convenable.

Bien que la recherche féministe ne se soit pas intéressée à cette question jusqu'à présent, on peut cependant déduire de l'analyse dans d'autres domaines que les besoins humains en matière de logement, de nourriture et de vêtements sont beaucoup plus importants que les droits aux biens

proprement dit. L'analogie par rapport à la légitime défense est très nette bien que l'art. 15 de la Charte offre un argument constitutionnel selon lequel tous les citoyens ne jouissent pas du même bénéfice de la loi si certains peuvent avoir des biens tandis que d'autres n'ont pas d'abri ou n'ont pas suffisamment à manger. La seule existence de la Charte justifie que le judiciaire fasse des choix d'ordre normatif.

Il est, par conséquent, vital que la défense de nécessité soit clarifiée et que l'on légifère sur ce point de façon à reconnaître de façon explicite la hiérarchie des valeurs.

Bien que la Commission de réforme du droit du Canada ait suggéré un moyen de défense de nécessité qui soit prévu par la loi,¹⁰² il ne s'agit pas d'un concept assez large du fait qu'il est réduit au danger immédiat. La proposition devrait par conséquent être modifiée pour assurer que toute personne qui porte atteinte au droit de propriété d'autrui afin de se nourrir, de s'habiller, ou de se loger, eux-mêmes ou leurs enfants, alors qu'aucune solution de rechange réaliste ne lui est offerte,¹⁰³ devrait pouvoir invoquer ce moyen de défense.

4.4.4 La contrainte morale

La contrainte morale est, en droit canadien, une combinaison complexe du moyen de défense prévu par la loi¹⁰⁴ et de celui qui est prévu en common law.¹⁰⁵ La version législative exclut certaines infractions graves de sa portée en limitant la défense de manière assez importante. Ainsi, p. ex., la personne qui menace doit être présente et il doit y avoir des menaces de mort ou de lésions corporelles graves. Le moyen de défense de common law est potentiellement beaucoup plus souple, mais sa portée n'est pas du tout claire. Doit-on élargir et préciser le concept de contrainte morale pour comprendre le type de pressions auxquelles les femmes peuvent parfois être assujetties?¹⁰⁶

Aucune analyse féministe n'existe jusqu'à présent sur ce point, mais on peut examiner le moyen de défense de contrainte morale dans son état actuel et mettre en évidence les problèmes éventuels pour les femmes:

- (1) il devrait être précisé que les menaces peuvent être dirigées contre un tiers, comme un enfant de l'accusée;¹⁰⁷
- (2) on devrait abolir l'exigence de la présence d'une personne qui menace et la remplacer par un libellé fonctionnel qui porte sur le pouvoir de mettre les menaces à exécution;

- (3) il conviendrait d'imposer explicitement de voir si l'accusée avait une source réaliste de protection et de faire disparaître l'existence de caractère immédiat lorsque ce n'est pas le cas;
- (4) il conviendrait d'inclure la crainte de lésions lorsque l'accusée a des raisons de croire qu'un ordre contient une menace implicite;¹⁰⁸ et
- (5) il faudrait envisager une formule plus souple en ce qui concerne les menaces afin de permettre d'évaluer le contenu des menaces par rapport à l'infraction commise. Une infraction pourrait ainsi être relativement mineure en réponse à une menace de brûler la maison de l'accusée.

En résumé, la défense de contrainte morale devrait être beaucoup plus souple, compte tenu du fait que les femmes qui sont soumises à une grande violence physique par leurs partenaires n'ont pas nécessairement de recours ni de protection efficace. Bien qu'il soit souhaitable de voir de la recherche sur les pressions que les femmes doivent supporter, surtout lorsqu'elles commettent des crimes avec leurs partenaires,¹⁰⁹ de telles modifications donneraient de la souplesse et du réalisme au système juridique.

Enfin, on peut trouver l'un des derniers vestiges d'un moyen de défense de coercition liée au genre dans l'art. 150(3) du Code¹¹⁰ qui porte sur l'inceste. L'idée voulant que des enfants de quelque sexe qu'ils soient puissent même être accusés d'inceste est inacceptable, et cette disposition devrait disparaître.¹¹¹

4.4.5 Les explications médicales

Au risque de faire du déterminisme biologique, on s'est intéressé à la question de savoir s'il pouvait y avoir une explication médicale comme le syndrome prémenstruel ou la ménopause¹¹² à certains comportements criminels de la part des femmes.

Il convient de distinguer ce domaine des autres moyens de défense comme la légitime défense, la provocation et la contrainte morale qui traitent surtout de réactions légitimes à des stimulations extérieures. Il s'agit d'un domaine semblable à l'infanticide en ce que nous touchons ici à des explications ou à des justifications qui sont internes à l'accusée. Le droit pénal a traditionnellement seulement tenu compte d'une exception minime à la notion générale selon laquelle nous sommes responsables du contrôle de notre propre comportement, avec la défense d'aliénation mentale.

Des questions surgissent aussi au niveau des décisions judiciaires. Si certaines femmes commettent des actes asociaux à la suite d'une déficience hormonale, il n'est peut-être pas dans l'intérêt public de les acquitter tout simplement de toute accusation criminelle. L'État a peut-être un intérêt légitime à exercer un certain degré de contrôle.

La défense éventuelle du syndrome prémenstruel fait l'objet d'une discussion par Judith DiGennaro dans son article Sex-Specific Characteristics as Defences to Criminal Behaviour¹¹³ qui reconnaît facilement les connotations négatives potentielles qu'entraîne l'insistance sur les différences biologiques entre les sexes. Elle décrit le syndrome prémenstruel comme une maladie de déficience hormonale avec des symptômes comprenant le caractère irascible, la douleur, la perte de concentration, l'angoisse, la dépression et les tendances suicidaires.

Bien que cette défense ait été invoquée en Europe et aux États-Unis, elle ne semble pas l'avoir été au Canada. La preuve de ce état physiologique pourrait être pertinente dans le cadre d'une défense d'aliénation mentale bien que l'art. 16 du Code recourt à un critère de connaissance et non pas à la capacité de maîtriser son propre comportement. On pourrait aussi utiliser cette preuve à l'appui d'un argument selon lequel l'accusée n'avait pas l'intention requise. Ce moyen de défense semblerait cependant des plus appropriés pour caractériser une défense de diminution de la capacité; il n'existe pas à l'heure actuelle au Canada en tant que tel, bien que la preuve du défaut d'intention particulière puisse parfois entraîner une condamnation pour un crime d'intention générale.

Nous en sommes au tout début de la recherche médicale sur la nature de ces états et du lien de causalité qui existe le cas échéant entre ceux-ci et le comportement criminel. Il n'est par conséquent pas possible de faire des recommandations à ce stade, mais nous suggérons de promouvoir la recherche dans ce domaine.

4.5 Recommandations

1. Il convient d'abolir l'exigence d'attaque imminente à l'art. 37 du Code.
2. En considérant la légitime défense, que le tribunal utilise un critère subjectif ou objectif, il devrait tenir compte de certains facteurs:
 - a) Existaient-ils des moyens réalistes que l'accusée aurait pu utiliser pour se protéger elle-même ou protéger d'autres personnes?

- b) (Le cas échéant) En ce qui concerne a) l'accusée a-t-elle cherché à utiliser d'autres solutions par le passé?
 - c) Craignait-elles des représailles si elle cherchait un autre moyen?
 - d) Quel était l'état économique et psychologique de l'accusée?
 - e) Comparer la taille et la force de l'accusée avec la personne qu'elle a tuée ou agressée.
 - f) L'acte de l'accusée était-il raisonnable, compte tenu de son intégration sociale?
3. Le moyen de défense de provocation devrait entraîner la prise de conscience de tous les facteurs liés à la gravité de la provocation, d'après la perspective de l'accusée.
4. En outre, il est nécessaire de faire de la recherche sur l'application des critères objectifs et sur ce qui amène les femmes à perdre leur sang-froid.
5. Il devrait exister une défense de nécessité d'après la loi qui permette de porter atteinte au droit de propriété d'autrui afin de se nourrir, de s'habiller ou de loger, soi-même et ses propres enfants.
6. Le critère de la contrainte morale devrait être élargi de la façon suivante:
- a) il devrait être précisé que les menaces peuvent être dirigées contre un tiers, comme un enfant de l'accusée;
 - b) on devrait abolir l'exigence de la présence d'une personne qui menace et la remplacer par un libellé fonctionnel qui porte sur le pouvoir de mettre les menaces à exécution;
 - c) il conviendrait d'imposer explicitement de voir si l'accusée avait une source réaliste de protection et de faire disparaître l'exigence de caractère immédiat lorsque ce n'est pas le cas;
 - d) il conviendrait d'inclure la crainte de lésions, lorsque l'accusée a des raisons de croire qu'un ordre contient une menace implicite, et
 - e) il faudrait envisager une formule plus souple en ce qui concerne les menaces afin de permettre

d'évaluer le contenu de menaces par rapport à l'infraction commise.

7. Il est nécessaire de faire de la recherche sur les pressions que subissent les femmes, en particulier lorsqu'elles commettent des crimes avec leurs partenaires.
8. L'article 150 devrait être modifié de façon à ne pas pouvoir accuser un enfant d'inceste.
9. Il est nécessaire de faire de la recherche sur le comportement criminel des femmes et ses explications médicales.

CHAPITRE 5

LES INFRACTIONS CONTRE LES FEMMES

5.1 Introduction

Nul ne conteste que les femmes puissent être potentiellement victimes de toute infraction pénale quelle qu'elle soit. Cependant, les infractions dont nous traiterons ici ont toutes comme caractéristique commune qu'il s'agit d'infractions dirigées contre les femmes en tant que femmes, et non contre des personnes qui, par hasard, sont de sexe féminin. Elle révèlent de façon profonde ce que la femme est pour la société. La perpétration de ce genre d'infractions contribue de façon marquée au maintien de la femme dans une condition inférieure et constitue un instrument d'oppression majeur.

Ces infractions concernent donc l'humiliation et l'avi-lissement des femmes, l'expression de la haine à leur rencontre et l'utilisation de la femme à des fins sexuelles par des moyens économiques ou par la coercition. Elles concernent également l'exploitation sexuelle des femmes et le rôle d'objet qu'on leur fait jouer. Elles permettent également de voir qu'être une femme, c'est aussi appartenir au sexe à qui ce genre de choses arrivent. Qu'elles soient dirigées contre l'esprit ou le corps, ces infractions font partie₁ de la catégorie générale des agressions liées au genre.

5.2 Analyse des infractions

5.2.1 La pornographie et la propagande haineuse

Les infractions considérées en tant qu'atteintes à la liberté d'expression soulèvent des problèmes sérieux dès lors qu'on tente de les analyser dans une perspective féministe. Même si elles se préoccupent toutes de la défense des intérêts de la femme dans la société, les féministes n'arrivent pas à s'entendre sur une échelle de valeurs unique. Certaines accordent une très grande valeur à la liberté d'expression² et s'inquiètent de la censure qui pourrait s'exercer contre l'expression des idées féministes.³ Ce ne sont pas toutes les féministes qui affirment que la liberté d'expression doit s'étendre à la pornographie;⁴ certaines affirment que l'État doit intervenir.⁵ D'autres n'ont pas d'opinions arrêtées sur le sujet.⁶

Voici, les trois grandes questions auxquelles il faut répondre, dans le cadre d'une réforme du droit pénal.

- (1) La pornographie est-elle néfaste?
- (2) Dans l'affirmative, qu'est-ce qui est néfaste? et

(3) Dans quelle mesure, s'il y a lieu, doit-on avoir recours au droit pénal pour réduire le préjudice causé?

L'unanimité entre les féministes sur la réponse à donner, tend à décroître avec chaque question.

La pornographie est-elle néfaste? Le débat sur cette question semble se ramener à deux questions. Tout d'abord, on se demande si la consommation d'objets pornographiques conduit à d'autres formes d'actes, comme l'agression sexuelle ou physique des femmes? En deuxième lieu, on ne s'entend pas sur la nature du mal qui est causé, et on s'interroge sur l'existence de dommages moins évidents, comme le maintien de la femme dans un état inférieur, la perception de la sexualité comme une relation entre dominants et dominés et les dommages causés aux relations entre les hommes et les femmes.

Il existe de nombreuses preuves sur l'existence d'un lien entre la pornographie, la violence faite aux femmes et l'indifférence face à leur douleur. Gershel fait un tour d'horizon de ce qui a été écrit sur la question dans son étude intitulée Evaluating a Proposed Civil Rights Approach to Pornography: Legal Analysis as if Women Mattered, tout comme MacKinnon dans son livre Not a Moral Issue. Gershel souligne l'existence de trois préjudices différents: la violence exercée contre les femmes par des hommes qui l'ont 'apprise par la pornographie', les préjudices subis par ceux qui participent à la fabrication de la pornographie et la modification du comportement des hommes envers les femmes en général.¹⁰ MacKinnon analyse le mal causé par la pornographie sous l'angle plus général d'une manifestation de la domination de la femme par l'homme. En dernière analyse, il semble cependant que le degré de nocivité que l'on attache à la pornographie dépende des propres expériences et convictions politiques de chacun.

La pornographie est préjudiciable à plus d'un titre. Elle cause directement du tort aux personnes qui en font l'objet. Elle exerce une influence néfaste sur le comportement des hommes envers les femmes en perpétuant l'état d'infériorité des femmes. Ainsi que l'a vigoureusement souligné le rapport Fraser: 'Les formes les plus odieuses de la pornographie viennent saper les valeurs et les principes qui fondent les droits à l'égalité'.¹¹ Le rapport repose notamment sur le principe qu'il est normal que le champ d'application du droit pénal dépasse le cadre des préjudices concrets dont on peut facilement démontrer l'existence et qu'il s'étende aux attaques portées contre certaines valeurs et mesures sociales, comme l'accès à l'égalité.¹² La pornographie est également préjudiciable aux femmes en raison du caractère offensant que comporte la perpétuation de l'infériorisation des femmes.

Qu'est-ce qui est nuisible? Il y a plusieurs façons d'aborder cette question. La plupart des auteurs s'accordent cependant pour dire que la pornographie diffère de l'obscénité. Voici quelques définitions formulées par des féministes:

Ce qui fait que c'est pornographique (...), c'est que ça représente, excuse et encourage des actes de domination, de dégradation et de violence pratiqués sur des femmes.¹³

La pornographie, c'est la représentation ou la description, par des écrits ou des paroles, de choses sexuelles qui sont avilissantes ou offensantes pour un ou plusieurs partenaires et leur présentation sous une forme¹⁴ qui constitue une approbation de cet avilissement.

La pornographie, c'est l'infériorisation de la femme par des images ou des paroles sexuellement explicites, ce qui comprend au moins un des éléments suivants: (i) des situations où les femmes sont dépouillées de leur dignité humaine et présentées comme des objets de plaisir sexuel; (ii) des scènes où les femmes sont dépeintes comme des objets de plaisir sexuel qui tirent du plaisir à souffrir ou à être humiliés; (iii) des scènes où la femme est montrée comme un objet de plaisir sexuel qui éprouve une jouissance sexuelle à se faire violer; (iv) des scènes où des femmes sont attachées, coupées, mutilées, meurtries ou agressées physiquement et montrées comme des objets de plaisir sexuel; (v) des scènes où des femmes sont exposées dans des positions de soumission, d'asservissement ou dans des poses sexuelles; (vi) des scènes où des parties du corps de la femme, notamment le vagin, les seins et les fesses sont exposées de façon à réduire la femme à ces attributs; (vii) les femmes sont dépeintes comme des putains de par leur nature; (viii) des scènes où on montre des femmes en train de se faire pénétrer par des objets ou des animaux; (ix) des scènes de dégradation, de blessures, de torture, dans lesquelles les femmes sont montrées comme sales ou inférieures, présentées en train de saigner, meurtries ou blessées, dans un contexte qui présente ces états ou situations comme sexuels'. La proposition englobe l'utilisation d'hommes¹⁵, d'enfants ou de transexuels à la place des femmes.

Voici la définition que propose le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme:

La pornographie est la représentation, vivante, simulée, verbale, illustrée, cinématographique, magnétoscopique, ou sous toute autre forme, d'un

comportement sexuel auquel une ou plusieurs personnes sont forcées ouvertement ou tacitement de participer; sont blessées ou maltraitées physiquement ou psychologiquement; où il y a un déséquilibre de forces manifeste ou implicite à cause du jeune âge de tout participant ou en vertu des aspects contextuels de la représentation, quand ce comportement est conseillé ou appuyé.¹⁶

Pour sa part, le Comité Fraser a adopté une définition de la pornographie en trois volets qui comprend les écrits ou objets mettant en cause des enfants ou illustrant l'application de sévices corporels à l'une des personnes représentées; les écrits ou objets avilissants ou qui représentent des actes de violence sexuelle; et des écrits ou objets sexuellement explicites.¹⁷ Aucune de ces définitions ne se limite à la pornographie violente. En revanche, elles ne sont pas suffisamment larges pour englober tous les propos ou images sexistes susceptibles de porter atteinte aux femmes ou de les avilir.¹⁸

Tout cela nous amène à poser une troisième question. Dans quelle mesure doit-on recourir à l'application de sanctions pénales? Il existe un certain nombre d'arguments qui militent contre l'intervention du système pénal.

Puisque ce sont encore les hommes qui prendront les décisions, rien ne permet de croire que le droit pénal nuira aux féministes. Quoi qu'il en soit, il est impossible de rédiger des dispositions suffisamment détaillées pour convaincre les personnes qui ne croient pas aux valeurs qu'elles soustendent, ces dispositions sont constitutionnelles.

Parmi ces arguments figurent notamment ce qui suit:

- (1) Le droit pénal contribuerait grandement à maintenir les interdits qui entourent la pornographie qui en augmenterait l'attrait.
- (2) Le public serait moins sensibilisé à cette forme précise d'oppression de la femme et les femmes seraient moins portées à la voir comme une source de préjudice.
- (3) Ou encore, la loi ne serait tout simplement pas appliquée et donc, ne servirait à rien ou ne serait appliquée que de façon sélective.
- (4) Cela porterait atteinte à la liberté de parole qui est un droit plus important que celui de ne pas être opprimé par l'exercice de la liberté d'expression.

Il existe des arguments favorables au recours au droit pénal. Le droit pénal joue un rôle important dans

l'identification des déviations, et il importe que le public se serve de ce moyen pour refuser de reconnaître la légitimité de la pornographie. Bien que l'application de la loi posera certains problèmes, les femmes disposeront d'un nouvel outil qui leur permettra d'entamer des poursuites ou de faire des pressions pour que des sanctions pénales soient infligées dans certains cas. En tant que processus, le droit pénal est préférable aux mesures préventives, car il opère au grand jour et de façon plus visible et qu'il se fonde sur des normes préétablies alors que les mesures préventives constituent plus facilement une atteinte aux libertés fondamentales. Le droit criminel impute les torts aux vrais responsables, c'est-à-dire à ceux qui font le trafic d'écrits et d'objets pornographiques et qui en tirent profit. Les dispositions pertinentes peuvent être rédigées de façon à réduire au minimum le risque qu'elles soient utilisées contre les écrits féministes.

Il existe de toute évidence des arguments de poids d'un côté comme de l'autre. Nous croyons toutefois que les infractions relatives à l'obscénité devraient être redéfinies et qu'il faudrait faire de la pornographie un crime. Nous ne voulons pas donner l'impression que la pornographie constitue le préjudice le plus sérieux qui puisse être causé aux femmes ou qu'il soit la cause de l'infériorisation des femmes. Reconnaissons toutefois qu'il constitue un puissant symbole de la condition féminine. Voilà pourquoi nous croyons que l'État devrait favoriser l'adoption de mesures d'éducation populaire visant à sensibiliser le public aux conséquences néfastes de la pornographie. Nous estimons également que les femmes devraient être habilitées à lancer des poursuites ou à faire pression pour qu'il y en ait.

Il faudrait donc édicter des dispositions législatives qui créeraient des infractions de représentation, de possession et de trafic d'objets pornographiques en s'inspirant du concept de l'infériorisation de la femme (suivant la définition de MacKinnon). Ces dispositions devraient à tout le moins viser la pornographie violente.¹⁹ Les recommandations du Comité Fraser méritent certainement d'être étudiées sérieusement et pourraient servir de modèle. Le Comité propose la création d'une série d'infractions allant de la plus grave de la pornographie causant des lésions corporelles; en passant par des infractions relatives aux scènes pornographiques sexuellement violentes ou avilissantes; jusqu'à l'infraction de représentation visuelle de scènes pornographiques punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.²⁰ La hiérarchie des préjudices est évidente. On attache surtout de l'importance à l'intégrité physique, tout en reconnaissant que le fait d'être obligé d'assister à des scènes pornographiques dans un lieu public constitue une atteinte. D'importantes initiatives ont été prises dans ce domaine en vue de réformer le droit dans la foulée des débats lancés par les féministes. Les

propositions avancées s'accordent avec la tendance déjà observée dans le domaine du droit pénal,²¹ et nous sommes d'avis qu'une réforme du droit en la matière devrait appuyer et encourager ces initiatives et cette tendance.

Le problème est beaucoup plus évident lorsqu'il s'agit de pornographie infantile. Le préjudice est beaucoup plus évident dans ce cas, étant donné que l'on peut mieux constater les abus sexuels dont les enfants en cause sont victimes. Les futures dispositions législatives devraient donc comprendre des infractions relatives à la représentation, à la possession et au trafic d'écrits ou d'objets sexuellement explicites mettant en cause des enfants. Le rapport Badgley sur les enfants explique pourquoi cette interdiction devrait être prévue et suggère un certain nombre de dispositions législatives.²²

On peut également envisager le problème de la pornographie sous un angle différent et la considérer comme une forme de propagande haineuse. Il importe de faire ce rapprochement, car en encourageant l'inclusion de dispositions relatives à l'incitation à la haine, on reconnaît que la tolérance envers ses semblables et les autres races constitue une valeur suffisamment importante pour qu'elle soit protégée par le droit pénal. Le concept de la diffamation des groupes peut aider à comprendre les torts que cause la pornographie.

Il importe toutefois de souligner que l'analogie n'est pas parfaite. Les dispositions actuelles en matière d'incitation à la haine²³ ne prévoient pas de catégorie fondée sur le sexe des personnes et portent sur des actes ou écrits qu'on peut facilement identifier comme fomentant la haine. Le message de haine envers les femmes que comporte la pornographie est moins évident et peut même être perçu comme un message positif par une société qui est déjà fortement influencée par elle. Notre structure décisionnelle actuelle n'est peut-être pas en mesure d'identifier les actes d'incitation à la haine contre les femmes.²⁴

C'est pourquoi il faut s'attaquer au problème de la pornographie en interdisant expressément la représentation de certaines images et de certains écrits plutôt qu'en recourant au concept trop général d'incitation à la haine.

On pourrait toutefois soutenir qu'il faudrait, en tout état de cause, ajouter une catégorie fondée sur le sexe à celles qui se trouvent déjà à l'art. 281.1 du Code, pour viser la propagande que même des non-féministes pourraient identifier. Cela aurait peut-être pour effet de nier l'existence du problème social, étant donné que les diverses formes de misogynie sont tellement sournoises et ancrées dans les mentalités qu'il n'est pas nécessaire de viser la propagande dirigée expressément contre les femmes et qu'il

ne semble pas que l'opinion des féministes suivant laquelle la pornographie constitue de la propagande haineuse fasse l'unanimité. On peut de façon réaliste supposer que des poursuites seront effectivement lancées, il serait inutile d'inclure une catégorie fondée sur le sexe. Ce serait un progrès illusoire. Mais surtout, il convient de souligner qu'en ajoutant une catégorie neutre qui engloberait tant les femmes que les hommes, on pourrait exposer les féministes à des accusations d'incitation à la haine contre les hommes puisqu'elles critiquent ouvertement le système patriarcal et qu'on leur reproche souvent de 'haïr les hommes'. La haine dirigée contre les femmes est invisible. Or, lorsqu'elles s'élèvent contre la haine, on interprète leur discours comme de la haine.

5.2.2 La prostitution et les infractions connexes

Dans l'optique féministe, cette question soulève un certain nombre de problèmes:

- (1) des hommes achètent le corps des femmes ou d'enfants à des fins sexuelles;
- (2) certaines lois établissent des distinctions discriminatoires et d'autres sont appliquées de façon discriminatoire;
- (3) la prostitution contribue à ramener la femme au rang d'objet et à faire de la sexualité un objet de commerce;
- (4) la pensée affligeante que des femmes et des enfants sont utilisés à cette fin;
- (5) l'atteinte aux droits des femmes en tant que groupe;
- (6) le harcèlement dont sont victimes les femmes de la part d'hommes qui cherchent à se procurer des services d'ordre sexuel moyennant rémunération.

Les féministes semblent s'entendre pour dire que les prostituées sont exploitées et que la loi ne doit pas en faire des victimes. Pour le reste, les auteurs divergent d'opinion.²⁵ L'Association nationale de la femme et le droit propose de supprimer la sollicitation dans le Code (art. 195.1) et préconise le recours à d'autres infractions (comme celle de troubler la paix prévue à l'art. 171) et aux règlements municipaux.²⁶ Le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme propose la création d'une infraction qui couvrirait toutes les formes de sollicitation pressantes et persistantes.²⁷

Il serait bon de travailler à partir des secteurs qui font l'objet d'un consensus avant d'aborder les secteurs plus litigieux.

En premier lieu, rappelons qu'une loi ne doit pas être discriminatoire, ni dans son libellé, ni dans son application.²⁸ Le fait qu'on avance que la prostitution fait des femmes des victimes ne justifie pas l'adoption de lois qui feraient abstraction du sexe des personnes visées et qui seraient sévèrement appliquées tant à l'encontre des hommes que des femmes. Cette question devient cependant cruciale lorsqu'il s'agit de recourir à des infractions comme celle de troubler la paix ou qu'il est question de se servir des règlements municipaux. Les infractions et règlements qui seraient utilisées avant tout contre les prostituées et qui ne viseraient pas à réprimer des atteintes aux droits du public sans égard au genre, pourraient être contestés en vertu de l'art. 15 de la Charte. En d'autres mots, nous ne prétendons pas que les femmes devraient être à l'abri de poursuites pénales pour avoir vociféré ou juré sur la rue ou s'être livrées à des actes indécents en public, mais qu'elles ne devraient être poursuivies que si les hommes et les nonprostituées peuvent eux aussi être poursuivis.

En deuxième lieu, il existe un certain nombre d'infractions pour réprimer les atteintes aux droits du public: l'art. 169 (actions indécentes), l'art. 170 (nudité dans un endroit public), l'art. 171 (troubler la paix)²⁹ et l'art. 245 (voies de fait). Dans la mesure où l'on n'utilise pas avec succès, l'argument qui veut que les accusations visent une atteinte aux droits du public et non la prostitution en tant que telle perd considérablement de sa valeur.

Troisièmement, l'impact de la prostitution chez les enfants semble faire l'objet d'un large consensus. Le rapport Badgley (sur les enfants) fait état des conséquences tragiques qu'une³⁰ vie consacrée à la prostitution peut avoir sur des jeunes; il n'est donc pas nécessaire d'exposer à nouveau ces faits. Voici les recommandations que le rapport Badgley formule en ce qui a trait au droit pénal:

- (1) l'article 195 qui concerne les souteneurs devrait être renforcé et élargi;³¹
- (2) une infraction relative à l'achat ou à l'offre d'achat de services sexuels d'une³² personne âgée de moins de 18 ans devrait être créée;
- (3) l'infraction de sollicitation devrait être élargie.³³

Dans la perspective féministe, les recommandations (1) et (2) devraient être fortement appuyées, et la troisième recommandation devrait être rejetée, ce qui permettrait d'éviter de faire rejaillir les torts sur la victime. Les

recherches effectuées pour le compte du Comité ont démontré qu'il est rare que des prostitués mineurs racolent des clients qui ne sont pas consentants.³⁴ Il ne semble donc pas exister en l'occurrence de problème social qui justifie l'intervention du droit pénal. La raison avancée par le Comité, à savoir que c'est la seule façon de venir en aide à ces enfants ne justifie pas l'implication d'une sanction pénale. L'indignation et le sentiment d'impuissance devant ce problème sont manifestes. Il ne faudrait pas toutefois infliger de sanctions aux enfants qui se livrent à la prostitution. Il serait préférable de faire porter les efforts sur l'amélioration des services sociaux et des perspectives d'emploi.

Quatrièmement, examinons les rapports entre le droit pénal et les souteneurs. Même l'analyse du Comité Badgley ne portait pas sur la prostitution chez les adultes, rien ne permet de croire que la description que le Comité fait de l'exploitation et de la violence dont les enfants sont victimes diffère de celles que subissent les prostitués adultes. Nous proposons par conséquent qu'un certain degré de protection soit reconnu aux prostituées à l'art. 195. Nous estimons que cette mesure est justifiée. Cette question soulève principalement des problèmes d'application de la loi.³⁵

Il y aurait lieu, conformément aux recommandations du Comité Badgley, de modifier l'art. 195(2) de façon à mettre le mot 'prostituées' au singulier et de supprimer les paragraphes (3) (corroboration) et (4) (prescription), et ce, sans égard à l'âge de la victime. La prostituée qui demande à la police de l'aider à se sortir d'une relation où elle est exploitée doit, bien que ce genre de situation soit peu probable, pouvoir se prévaloir d'une disposition législative précise. Il faudrait toutefois qu'une attention spéciale soit accordée au libellé de l'art. (195)(i)(j) (vivre des produits de la prostitution) de façon à ce qu'il vise de façon plus évidente les souteneurs et qu'il ne soit pas trop large pour englober les personnes que les prostituées ont à leur charge.

Les recommandations du Comité Fraser sur la question de la violence inhérente à la relation entre le souteneur et la prostituée constituent une réponse à ce problème. Selon le rapport, les infractions qui concernent le proxénétisme et le fait de vivre des produits de la prostitution sont caractérisées par la contrainte ou menace de contrainte.³⁶ (Traduction) 'Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait accorder la protection du droit pénal à des adultes qui construisent une relation qu'ils ont choisie librement et ce, même si d'autres personnes la considère comme nuisible'.³⁷ Bien qu'on puisse se demander s'il s'agit effectivement d'un choix libre, il se peut que le droit

pénal ne puisse pas intervenir face à des actes de coercition qui ne soient pas violents.

Cela ne résout pas la question fort controversée de savoir si la sollicitation doit demeurer une infraction. On a déjà soutenu que les prostituées ne devraient pas être exposées à des poursuites pour sollicitation. Or, si l'on pousse ce raisonnement au bout, on en arrive à considérer les avances d'un client comme une tentative de faire de la personne sollicitée une victime et l'achat de services sexuels comme une agression sexuelle.

On peut donc soutenir que le législateur devrait créer des infractions qui viseraient le client, en l'occurrence l'infraction d'offrir d'acheter les services sexuels d'autrui et celle de les acheter. Autrement dit, les recommandations formulées par le Comité Badgley au sujet des clients des enfants prostitués devraient s'appliquer à tous les autres prostitués.³⁸

Il y a plusieurs façons d'évaluer le préjudice causé à une prostituée. On peut tenir compte de leur moral, de leur taux de suicide, de l'utilisation des drogues, de la perte d'amour-propre, de leur vulnérabilité face à la violence des clients et des souteneurs et de leur exposition aux maladies vénériennes.³⁹ Il est à souhaiter qu'on mène une enquête à l'échelle nationale sur les conséquences de la prostitution sur les prostituées, d'après les lignes tracées par le rapport Badgley. Mais la question du préjudice subi par les prostituées dépend de chacun. Aussi, on peut affirmer que la prostituée subit un préjudice si l'on considère que le fait de vendre son corps constitue l'incarnation même de la dégradation de la femme, et le meilleur⁴⁰ exemple de l'image d'objet, soit celui d'esclavage sexuel. La prostitution a été qualifiée de 'exemple singulier de hiérarchisation sexuelle'⁴¹ puisqu'elle a lieu, en effet, presque toujours sous la coupe de souteneurs, de policiers, et de clients masculins. Suivant certains auteurs, la prostitution est à la base d'une hiérarchie fondée sur le sexe, car elle⁴² met en jeu l'appropriation et l'échange de la sexualité. Cet aspect est important pour les féministes qui ne désirent pas isoler les femmes qui gagnent leur vie de cette façon et qui reconnaissent que la prostitution s'inscrit dans le cadre d'un processus permanent suivant lequel la sexualité est échangée en contrepartie d'autre chose.

Il existe de solides arguments pour refuser de s'en remettre au processus pénal. Ainsi, on fait valoir qu'il serait très difficile de punir les contrevenants puisqu'en matière de prostitution, il n'y a pas de 'dénonciateur' et qu'il faudrait des méthodes de détection qui reviennent à prendre les contrevenants sur le fait. Quoi qu'il en soit, puisque ce sont surtout des hommes qui appliqueront la loi, l'énergie et la détermination nécessaires n'existent peut-

être pas. Le processus pénal n'en demeure pas moins une attaque contre le gagne-pain de la prostituée, et ce, même si on ne lui inflige pas directement une peine. Le recours au processus pénal ne recevrait pas l'appui des prostituées, car elles ont besoin de clients pour gagner leur vie. Par ailleurs, cela ressemblerait étrangement à une émission de l'État dans la vie sexuelle privée des particuliers.

À titre de suggestion, on a avancé l'idée que le droit pénal pourrait contribuer à éliminer la demande de prostitution de la part des hommes. Cela pourrait servir à 'délégitimer' la pornographie. Nous recommandons donc d'étendre l'infraction proposée par le Comité Badgley à l'égard des enfants aux offres d'achat et à l'achat des services sexuels de tout individu. Ces infractions ne devraient être présentées que dans le cadre d'une campagne nationale de lutte contre la prostitution, qui devrait être combinée à une lutte sérieuse contre les inégalités économiques dont sont victimes les femmes (p. ex., 'à travail égal, salaire égal' et les programmes de formation d'emploi pour les femmes). Une campagne de publicité devrait également être lancée pour éveiller le public au tort qu'on cause aux femmes et aux enfants lorsqu'on les considère comme des objets.

5.2.3 Les voies de fait

Le problème des femmes battues a retenu passablement l'attention du public ces derniers temps et semble être de mieux en mieux compris.⁴³ Le problème semble surtout porter sur le degré d'application de la loi et le choix des mesures les plus appropriées et les plus efficaces.⁴⁴

5.2.4 Les agressions sexuelles

Les règles de droit relatives aux agressions sexuelles ont récemment fait l'objet d'une révision détaillée.⁴⁵ Ces modifications ont reçu l'appui de beaucoup de féministes⁴⁶ mais sont loin de faire l'unanimité.⁴⁷ On aurait donc tort d'affirmer que tous sont satisfaits de ces modifications.

On note cependant que les intéressés se sont montrés dans l'ensemble prêts à attendre les répercussions de la dernière réforme avant de recommander d'autres modifications majeures. À cet égard, il est essentiel que les criminologues féministes poursuivent leurs recherches afin d'analyser les effets de la réforme et que les juristes examinent attentivement l'interprétation que les tribunaux donneront aux nouvelles dispositions. L'économie de ces dispositions révèle l'existence de deux objectifs fondamentaux, qui devraient être utilisés comme critères pour mesurer le succès de la réforme:

- (1) le système judiciaire doit, dans toute la mesure du possible, ne pas faire du plaignant une victime. Par exemple, est-ce qu'on interroge les plaignants sur leurs antécédents sexuels ou sur des détails d'ordre physique qui ne sont pas pertinents? Respecte-t-on leur vie privée?
- (2) Les méthodes de dénonciation, la procédure et les taux de condamnation doivent être améliorés dans le domaine des agressions sexuelles.

Le débat suivant repose donc sur l'hypothèse que l'économie actuelle des infractions relatives aux agressions sexuelles demeurera inchangée tant que de graves lacunes n'auront pas été mises à jour. Les recommandations formulées visent donc une harmonisation des dispositions actuelles.

Un certain nombre de secteurs sont susceptibles, dans l'optique féministe, de susciter des interrogations:

- (1) la signification du mot 'sexuel';
- (2) la défense fondée sur l'erreur de fait et la nature du consentement en général;
- (3) le sens de la violence;
- (4) la portée du concept de 'l'exercice de l'autorité'; et
- (5) le consentement tacite.

La signification du mot 'sexuel' a déjà donné beaucoup de fil à retordre aux juges. On y voit l'ironie qui caractérise l'économie des nouvelles dispositions. En effet, la réforme devait servir à mettre l'accent sur la violence contenue dans l'agression sexuelle plutôt que sur l'acte sexuel lui-même. Or, et on pouvait s'y attendre, il faudrait consacrer beaucoup d'énergie à déterminer ce qui fait qu'une agression est une agression 'sexuelle'.

La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a décidé que les seins n'étaient pas des attributs 'sexuels'.⁴⁸ On a jugé bon de ne pas retenir les attributs sexuels secondaires, au risque de qualifier de geste sexuel le fait de toucher la barbe d'un homme. D'autres tribunaux ont systématiquement refusé de suivre cette manière de voir, notamment la Cour d'appel de l'Ontario et celle de l'Alberta. Dans l'arrêt R. c. Alderton,⁴⁹ le tribunal n'a pas cherché à donner une définition complète du terme et ce, malgré le fait qu'il a refusé de suivre l'arrêt Chase. On a cependant estimé que la définition devait inclure les voies de fait accompagnées de l'intention d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de la victime et les voies de fait ayant pour but

d'obtenir une gratification sexuelle. Dans la décision R. c. Taylor,⁵⁰ d'autres variantes ont été ajoutées: une agression sexuelle a été assimilée à un acte de coercition dans un contexte sexuel et étendue à un acte visant à avilir une personne pour obtenir une gratification sexuelle. Le critère appliqué était objectif: le contexte sexuel ou charnel était-il visible pour l'observateur raisonnable? La perception de la victime et le mobile de l'accusé peuvent éventuellement être utilisés dans l'application de ce critère.⁵¹ M. le juge McDonald de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a statué qu'une agression sexuelle est une agression qui repose sur un mobile d'ordre sexuel.⁵² Une autre cour a appliqué le critère du 'contexte sexuel'.⁵³

Un certain nombre de choses sont claires. Tout d'abord, il est très difficile d'en arriver à formuler un critère qui puisse englober toutes les différentes formes d'agression qu'on pourrait à bon droit qualifier de 'sexuelle'. Deuxièmement, le critère retenu appellera nécessairement une analyse ponctuelle et dépendra en dernière analyse de l'idée que le juge se fait de la signification de la sexualité sur le plan culturel, politique, économique et social dans notre société. Les critères de la motivation sexuelle et du contexte sexuel, en particulier, sont ni plus ni moins qu'une pétition de principe.

Si nous devons en effet nous en tenir à l'intuition et à l'expérience judiciaire, il devient alors impérieux que les juges fassent un certain nombre de choses. Ils devraient consciemment tenter de se placer dans l'optique des femmes⁵⁴ pour leurs analyses, de façon à ne pas donner au terme 'sexuel' un sens exclusivement masculin.⁵⁵ Ils devraient intégrer la recherche faite dans d'autres disciplines sur l'expérience de la sexualité faite par les hommes et les femmes. Il est par conséquent recommandé qu'une étude soit faite pour rassembler toute cette recherche existante et la mettre à la disposition du public de façon à ce que les juges et les avocats puissent s'en servir. Enfin, les juges ne devraient pas présumer que, parce que la définition des voies de fait sexuelles est dénuée de connotation de sexe, notre compréhension du phénomène sexuel doit pour autant être dénuée d'une telle coloration. Les seins et les barbes sont des caractéristiques sexuelles secondaires, mais elles sont parées de significations très différentes d'ordre social, économique, psychologique et culturelles dans notre société.

L'erreur de fait ou la croyance erronée, dans la défense fondée sur le consentement, constitue l'un des aspects les plus litigieux de la nouvelle loi. Il a été fortement recommandé par certaines féministes que l'homme accusé d'agression sexuelle ne soit pas acquitté parce qu'il croit de façon erronée que la femme était consentante alors que d'autres féministes pensent qu'une telle défense est

justifiable, à condition que l'on exige un caractère raisonnable.⁵⁶ L'article 244(4), dans sa forme législative actuelle, semble par conséquent incarner l'approche adoptée dans l'affaire Pappajohn.⁵⁷ Ainsi, les motifs raisonnables n'ont probablement de sens qu'au niveau de la preuve.⁵⁸

La discussion de cette question a jusqu'à présent tendu à revêtir deux formes dont l'une est une discussion abstraite. À un niveau très théorique, opposant le critère subjectif de culpabilité au critère objectif.⁵⁹ Autrement, on trouve des déclarations politiques sur ce que la règle devrait être, ou encore une combinaison des deux formes. Les travaux du professeur Pickard constituent une exception remarquable; elle suggère une approche fondée sur le principe et pourtant contextuelle à la question de l'intention coupable en ce qui touche au crime individuel.⁶⁰

Mais le problème ne peut être réglé au niveau du raisonnement théorique sur la pureté de notre structure conceptuelle. En fin de compte, il s'agit d'une question politique c'est-à-dire qu'il faut savoir ce que la société considère comme un acte coupable. Lorsqu'une personne a des attouchements sexuels avec une autre personne sans obtenir le consentement de celle-ci ou au moins sans prendre les mesures raisonnables pour assurer qu'il y a consentement, s'agit-il alors d'un comportement coupable sur le plan pénal? Il s'agit d'un problème fondamental sur le niveau de responsabilité que nous voulons imposer pour avoir évité un préjudice dans ce contexte.

La principale préoccupation des tenants de la subjectivité consiste à assurer que personne ne soit jugé en fonction de normes dépassant leur capacité. On peut régler cette question grâce à une approche individualisée de la culpabilité. Le critère en deux étapes du professeur Hart peut être adapté dans ce contexte:⁶¹

- (1) L'accusé a-t-il pris des précautions qu'une personne raisonnable aurait prise dans les circonstances pour être sûr que la plaignante consente au contact sexuel?
- (2) L'accusé, étant donné ses capacités mentales, était-il capable de prendre ses précautions?

Il existe des critiques évidentes de ces deux positions. Tout d'abord, la première question pourrait ne pas établir une norme si le véritable problème provenait du fait que des hommes dits 'raisonnables' dans notre société prennent des précautions minimales ou ne prennent aucune précaution pour s'assurer qu'il y a consentement. Si le critère est fondé sur cette réalité, il ne s'agit plus alors d'un critère du tout.⁶² Ainsi, on devrait le reformuler pour qu'il soit clair qu'il s'agit d'une personne raisonnable acceptant le droit d'un individu à son autonomie sexuelle.

L'idée selon laquelle certaines personnes pourraient être incapables de vérifier s'il y a consentement et ne devraient pas être jugées en fonction d'une norme comme le caractère raisonnable serait probablement rejetée par de nombreuses féministes. Après tout, on pourrait dire que la vérification du consentement ne constitue pas une question complexe et qu'une telle disposition pourrait dans la pratique fournir un moyen de défense à ceux qui étaient 'idéologiquement' incapables (et non pas intellectuellement) de voir la situation d'après l'optique d'une autre personne. Quoiqu'il soit tout à fait inacceptable d'acquitter quelqu'un parce qu'il a été conditionné à penser que lorsqu'une femme dit 'non' en fait elle dit 'oui', il peut se trouver un individu qui, lui, est littéralement incapable de voir les choses avec une autre perspective. Du fait que cette incapacité semble raisonnablement analogue à l'aliénation mentale, et qu'une telle personne serait évidemment très dangereuse, il faudrait alors prévoir son internement et sa rééducation de façon à ce que le public soit protégé d'une manière adéquate.

On devrait donc élaborer un moyen de défense d'après les critères suivants:

- (1) L'accusé pourrait soutenir qu'il a pris les précautions que toute personne raisonnable, qui respecte le droit d'autrui à l'autonomie sexuelle aurait prise dans les circonstances pour assurer l'existence d'un consentement au contact sexuel.
- (2) S'il n'a pas pris ses précautions, c'est parce qu'il était mentalement incapable de les prendre.
- (3) Cette défense devrait être considérée comme une forme modifiée de la défense d'aliénation mentale en ce que l'accusé était incapable de savoir que le contact sexuel dans ces circonstances était un acte répréhensible.

Une telle approche permettrait d'aboutir à certains résultats. On saurait ainsi qu'il incombe ainsi à la personne de prendre des mesures raisonnables pour assurer qu'il y a un consentement. C'est là un fardeau très léger du fait qu'il est facile de prendre des mesures raisonnables et que toute l'attention de l'accusé est centrée sur la transaction en cause.⁶³ On pourrait cependant soutenir qu'il existe des personnes incapables de prendre des mesures raisonnables et qu'un critère objectif entraînerait un châtement injuste à leur encontre. Du fait que ces personnes présenteraient évidemment un grave danger pour les autres, elles devraient être traitées comme celles qui sont acquittées pour cause d'aliénation mentale. Évidemment, ce groupe serait très restreint et peut-être même non existant. Qui plus est, ce moyen de défense tient largement compte des traditions que

nous avons sur les conditions individualisées de la responsabilité tout en reconnaissant le danger potentiel que représente l'acquiescement de quelqu'un qui ne peut pas satisfaire au critère proposé.

En ce qui concerne le sens de la violence, la structure de nos infractions actuelles ne traitent pas la théorie de l'agression sexuelle comme s'il s'agissait d'un acte violent par nature. L'échelle des infractions est fondée sur des degrés croissants de violence autres que l'agression sexuelle elle-même. Ainsi, par exemple un viol commis à l'encontre d'une victime qui a consenti par crainte de représailles à cause de la taille de son agresseur, serait seulement classé comme une simple agression sexuelle, selon l'art. 246.2. Là encore il est peut-être trop tôt pour proposer une réforme de structure, mais les chercheurs devraient se demander si la réforme a eu pour effet de transformer l'agression sexuelle en soi en un phénomène banal.

On ne sait pas non plus très bien si le concept de 'l'exercice d'autorité' prévu à l'art. 244(3)(d) est d'une application satisfaisante. Cette disposition stipule que dans le cadre des voies de fait, il n'y a pas de consentement lorsque la plaignante se soumet ou ne résiste pas à cause de l'exercice de l'autorité. Sur le papier, il semble s'agir d'une amélioration majeure de la loi qui devrait protéger le public contre certains types de harcèlements sexuels.⁶⁴ Il existe cependant très peu de jurisprudence expliquant le sens de ce concept,⁶⁵ celui-ci peut être interprété comme s'il ne couvrait que le cas les plus flagrants d'exploitation du pouvoir.

Autre domaine auquel la recherche devrait se consacrer: le concept de consentement implicite. Il n'est pas du tout mentionné dans le Code, mais la jurisprudence impose de s'y référer. C'est un concept particulièrement épineux dans des affaires où il s'agit d'attouchements sexuels très brefs et de type mineur, sans aucune interaction complexe préalable. Dans tout ce que la doctrine produira, il sera important d'insister sur le droit d'être à l'abri de tout attouchement sexuel indésiré, surtout dans le milieu du travail.⁶⁶

En résumé, nous recommandons ici que les concepts potentiellement dangereux soient étudiés de façon permanente, et l'introduction d'un critère objectif modifié en ce qui concerne la croyance erronée dans la défense fondée sur le consentement.

5.2.5 Les infractions sexuelles contre des personnes vulnérables

Il existe un certain nombre d'infractions visant la protection des personnes particulièrement vulnérables: les

infractions statutaires de viol,⁶⁷ l'inceste,⁶⁸ la séduction de jeunes filles entre 16 et 18 ans,⁶⁹ la séduction sous promesse de mariage,⁷⁰ les relations sexuelles avec sa belle-fille ou son employée,⁷¹ la séduction de passagères,⁷² le père, mère ou tuteur qui cause le défloremant,⁷³ le maître de maison qui permet le défloremant⁷⁴ et la corruption d'enfants.⁷⁵

Certaines de ces dispositions sont considérées en général comme des anachronismes, et l'ensemble du domaine doit être totalement réformé. On peut cependant extraire un certain nombre de principes fondamentaux de cette série d'infractions. Tout d'abord, on a évidemment considéré que les jeunes filles et les jeunes femmes étaient particulièrement vulnérables et devaient être protégées.⁷⁶ Deuxièmement, on a aussi reconnu la vulnérabilité des personnes de statut et de condition particulières. Troisièmement, on a reconnu que certaines personnes étaient bien placées pour exploiter cette vulnérabilité.

Il est par conséquent clair que le Parlement a compris l'existence d'un potentiel particulièrement coercitif dans certaines situations et dans certaines relations. Bien que les infractions ne soient peut-être plus adaptées (il s'agissait après tout de réponses législatives particulières à des problèmes sociaux perçus à certains moments), les principes qu'elles incarnent peuvent encore servir à régler les problèmes que nous connaissons actuellement.⁷⁷

Si l'on adoptait cette approche, il faudrait alors déterminer quels groupes sont particulièrement vulnérables, dans quelle situation et par rapport à quelles autres personnes. Il conviendrait de remplacer l'ancienne liste par une nouvelle au lieu de faire ressortir quelques infractions abstraites. Le droit pénal pourrait y gagner en efficacité s'il disait sans équivoque que les parents ne peuvent pas avoir de contacts sexuels avec leurs enfants au lieu de faire des propositions de nature beaucoup plus contractuelle que les personnes ont parfois du mal à appliquer à leur propre cas.

Il existe deux domaines importants où l'on a pu mettre en évidence une vulnérabilité particulière qui est exploitée sur une grande échelle. Tout d'abord, le rapport Badgley (enfants) a élucidé le problème des abus sexuels contre les enfants dans les familles. Deuxièmement, la question de l'exploitation sexuelle par les employeurs⁷⁸ et les collègues de travail est de mieux en mieux comprise. Cette dernière situation peut-être régie par l'aspect 'exercice de l'autorité' lié aux voies de fait sexuelles mais, pour le moment, il ne semble pas y avoir de motif particulier d'abroger l'art. 153(1)(b) (relations sexuelles avec un employé). Dans cet article, on s'intéresse au cas des enfants. Les

féministes canadiennes ont appuyé la répression des auteurs d'abus sexuels contre des enfants.⁷⁹

Le rapport Badgley (enfants) comprenait un certain nombre de recommandations.⁸⁰ Vu qu'elles fourniront probablement l'élan nécessaire à la réforme, nous allons les commenter dans le cadre de la présente section.

Il conviendrait de conserver des infractions particulières à chacun des sexes en ce qui concerne les rapports sexuels avec des jeunes filles de moins de 14 et 16 ans. La justification constitutionnelle en est que les jeunes filles subissent un préjudice particulier à leur sexe du fait de l'insertion d'un pénis dans leur vagin.⁸¹ Cela permet de bien distinguer le groupe vulnérable et de déterminer la responsabilité pour éviter l'exploitation de ce caractère vulnérable. On peut aussi éviter ainsi les problèmes d'une version qui soit neutre sur le plan sexuel. Tant que les enfants de sexe masculin sont protégés par d'autres dispositions et que les enfants sont aussi protégés de tout abus sexuel perpétré par des femmes (même si le cas est très rare), il est alors justifié de conserver une disposition claire qui constitue en infraction le fait d'avoir des rapports sexuels avec des jeunes filles.

Le rapport Badgley (enfants) propose de remplacer l'article 153(1)(b) par une infraction fondée sur l'abus d'une situation de confiance. Il serait cependant préférable de faire la liste des situations de confiance envisagées, soit pour en faire une infraction distincte, soit pour mettre en évidence les facteurs exacerbants dans d'autres infractions. Parmi ces facteurs, on trouverait la différence d'âge importante, le fait que l'accusé soit parent de la victime ou tienne lieu de parent, employeur, professeur ou soit dans tout autre position d'autorité.

Dans le rapport Badgley (enfants), on envisage que, si deux jeunes gens de 15 ans avaient des rapports sexuels, l'homme serait passible d'une condamnation. Bien que l'on puisse dire que la femme ait les mêmes risques de grossesse et de maladie vénérienne, elle ne semble pas prendre ces risques de la même façon coercitive. Nous suggérons par conséquent d'introduire deux niveaux d'infractions pour toute forme d'infraction de contacts sexuels. Il devrait y avoir une infraction de contacts sexuels avec un enfant au-dessous d'un certain âge (p. ex. 14 ans) avec certains facteurs aggravants pour la sentence. En outre, devrait constituer une infraction le fait d'avoir des contacts sexuels avec une jeune personne âgée de 14 à 18 ans mais seulement en présence de l'un des facteurs aggravants.

Il conviendrait d'appuyer plus fermement possible les recommandations en vue de l'abrogation des dispositions faisant porter le blâme sur la victime. Le rapport recommande

l'abrogation des art. 146(2)(b) (moeurs antérieurement chastes), 146(3) (pas plus à blâmer) et 150(3) (inceste lorsqu'une femme est condamnée). On ne devrait pas adopter de disposition équivalente.⁸² Il est essentiel que les testes traitent de façon nette du potentiel d'exploitation des personnes vulnérables et que leur responsabilité soit spécifiée. La loi actuelle refuse sa protection à une jeune fille de 15 ans qui a déjà été victime en étant exposée à une activité sexuelle à un âge plus précoce.

Il ne semble pas justifié d'imposer un délai de prescription particulier pour ces infractions, comme c'est actuellement le cas dans l'art. 141. Par conséquent, conformément à la recommandation du Comité Badgley (enfants), il conviendrait d'abroger les délais de prescription.

Dans le rapport, on recommande la création de nouvelles infractions relatives aux attouchements sexuels, aux invitations et à l'exposition du corps. Celles-ci permettraient de remédier aux limites des infractions liées à chacun des sexes et d'étendre la protection qui existe actuellement. Il ne semble pas justifié de protéger les enfants seulement contre les rapports sexuels dans la mesure où il est clair que la loi ne s'applique pas aux jeunes gens qui se livrent à des expériences sexuelles entre eux.

Qui plus est, les relations familiales doivent, dans une certaine mesure, constituer une catégorie à part, du fait du potentiel particulier de coercition qui existe au-delà de l'âge. Un enfant qui a fait l'objet d'abus sexuels n'est peut-être pas dans une situation psychologique ou économique qui lui permette de refuser son consentement une fois qu'il a atteint l'âge limite. Par conséquent, comme l'envisageait le rapport Badgley, on devrait instituer un crime particulier d'inceste sans limitation d'âge qui s'applique à toutes les relations familiales, sans restriction de légitimité ou de biologie.⁸³

Une auteure féministe, Diana Majury, a suggéré de conserver le crime pour sa valeur symbolique du fait qu'il contient une déclaration explicite selon laquelle l'inceste est assez répréhensible pour constituer un crime. Il faudrait cependant changer la loi afin d'insister sur toute forme d'activité sexuelle dans le contexte coercitif d'une relation entre une personne à charge et une personne dotée de l'autorité parentale.⁸⁴

Le rapport Badgley ne s'est cependant pas intéressé au cas de l'immunité conjugale de l'article 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de 14 ans). Si l'on conclut que les enfants doivent être protégés de toute activité sexuelle jusqu'à un certain âge, il ne semble pas y avoir de raison de créer une exception dans le

cas du mariage. Nous proposons l'abolition de cette immunité conjugale.

Le rapport recommande l'abrogation de différentes infractions de séduction. Bien qu'il ne soit pas concluant de dire que les infractions ne sont pas utilisées du fait que les forces de police ne s'en servent pas pour des raisons inacceptables, aucune preuve ne suggère que les femmes aient particulièrement besoin de voir ces infractions s'appliquer. Elles devraient par conséquent être abrogées, mais seulement en considérant que l'agression sexuelle ayant la forme de l'exercice de l'autorité devrait être assez vaste pour protéger les femmes et les enfants de tout abus par des personnes placées dans une situation de force.

5.3 Recommandations

1. Les dispositions ont été influencées sur les recommandations du rapport Fraser devraient être introduites pour créer des infractions de représentation, de possession et de trafic en pornographie, avec une définition de la pornographie qui soit fondée sur le concept d'infériorisation mais qui couvre tout au moins le cas de la pornographie violente. On devrait consulter un certain nombre d'avocates féministes pour la rédaction de telles dispositions.
2. Il convient d'adopter des propositions du rapport Badgley sur la pornographie infantile.
3. Il est nécessaire de suivre l'utilisation d'infractions comme la nudité publique, les actions indécentes et le fait de troubler la paix, pour assurer qu'elles ne servent pas de façon discriminatoire ou simplement pour harceler les prostituées.
4. Les recommandations du Comité Badgley (enfants) à propos de la prostitution juvénile devraient être adoptées, à l'exception de l'infraction de sollicitation.
5. L'article 195(1)(j) du Code devrait être reformulé pour qu'il soit seulement utilisé contre des souteneurs et non pas contre des personnes à charge des prostituées.
6. Si le gouvernement devait adopter une politique de répression nationale de la prostitution, avec des initiatives économiques et publicitaires, une partie de cette campagne devrait, pour être utile, constituer en infractions le fait d'offrir d'acheter ou d'acheter les services d'une autre personne.

7. Dans la recherche sur les effets du droit de l'agression sexuelle, on devrait voir s'il répond aux objectifs suivants:
 - a) réduire au minimum la victimisation des plaignants par le système juridique lui-même;
 - b) améliorer le taux de dénonciation, de poursuites et de condamnations pour agression sexuelle.
8. Il est nécessaire de mener une recherche interdisciplinaire sur ce qui apparaît comme un phénomène sexuel, en insistant sur les différences éventuelles entre les expériences des hommes et des femmes et entre l'expérience des hétérosexuels et des homosexuels. Cette recherche pourrait être utilisée dans un programme d'enseignement judiciaire.⁸⁵
9. Il conviendrait de reformuler la défense de croyance erronée au consentement afin d'imposer des motifs raisonnables à la croyance. L'accusé devrait cependant être en mesure de dire qu'il était incapable de prendre des dispositions raisonnables pour assurer le consentement et ainsi être couvert par toute défense d'aliénation mentale.
10. Il est nécessaire d'étudier en permanence la jurisprudence sur le traitement de l'agression sexuelle en soi et les concepts d'exercice de l'autorité et de consentement implicite.
11. Il convient de conserver des infractions liées au genre pour protéger les jeunes filles contre tout rapport sexuel.
12. Les articles 146(2)(b) (mœurs antérieurement chastes), 146(3) (pas plus à blâmer) et 150(3) (inceste lorsqu'une femme est condamnée) devraient être abolis. En ce qui concerne l'article 150, il devrait être clair que l'on ne peut pas condamner les victimes de l'inceste.
13. L'article 141 et les autres délais de prescription devaient être abrogés.
14. La recommandation du rapport Badgley sur les infractions d'attouchement sexuel, les prescriptions et l'exposition devraient être adoptées, avec certaines exceptions. En ce qui concerne toutes les infractions de rapports sexuels et de contacts sexuels, il devrait être clair que l'expérimentation sexuelle entre les jeunes gens n'est pas visée, contrairement au rapport Badgley. Pour atteindre ce résultat, il conviendrait de constituer en infractions tout contact sexuel entre

certaines âges, seulement en présence d'un facteur aggravant comme l'abus d'une position de confiance.

15. Il conviendrait de conserver et d'étendre l'infraction d'inceste pour englober toutes les relations familiales.
16. L'immunité conjugale de l'art. 146 devrait disparaître.
17. Les infractions relatives à la séduction devraient être abrogées.

CHAPITRE 6

LA VISION FÉMINISTE DU DROIT PÉNAL

6.1 Introduction

Dans les précédents chapitres, nous avons tenté d'examiner le droit pénal d'après des optiques différentes, à savoir la perspective des femmes qui sont victimisées par d'autres personnes et se tournent vers l'État pour être protégées, la perspective des femmes en tant qu'objets de contrôle de l'État et, en général, la perspective des femmes en tant que groupe opprimé.

On peut examiner le droit pénal selon un tout autre angle qui est celui des femmes en tant que réformatrices du droit. Les femmes font, bien sûr, partie de la société et ont un intérêt pour les valeurs exprimées par le droit pénal, qu'elles soient ou non en situation d'accusées ou de victimes.

Il s'agit là d'une perspective intéressante puisqu'elle place les femmes en situation de pouvoir, lorsqu'elles utilisent le mécanisme du droit pénal pour réaliser des objectifs qu'elles perçoivent comme souhaitables. C'est une perspective utopique qui est limitée par notre manque de connaissance des caractéristiques originales de la vision féminine du bien et du mal. Elle souffre aussi d'une autre limite du fait qu'il est totalement impossible d'exprimer une vision utopique sur le fond du droit pénal sans s'intéresser à son processus. Apparemment, aucun travail de recherche n'a encore été fait sur la nature du processus de justice pénale féministe, si tant est qu'il puisse y en avoir un.

Dans le présent chapitre, nous avons donc tenté seulement de donner une liste de sujets pour la recherche féministe. Il s'agit sans doute, en fait, de suggérer aux responsables de la réforme qui sont de sexe masculin ou ont une conception masculine du monde que leurs perspectives sur ces questions pourraient très bien être limitées et que l'on devrait essayer d'élargir les consultations, pour tenir compte des différents points de vue féministes.¹

6.2 Liste de questions éventuelles

- (1) La violence à l'encontre des enfants. Doit-il exister un moyen de défense en vertu de l'art.43 du Code pour les voies de fait contre des enfants?
- (2) Le droit pénal tolère-t-il trop l'utilisation de la violence? Parmi les suggestions, on pourrait préconiser de reformuler l'art.25 (4) (protection d'un agent de la paix autorisé) pour décourager l'utilisation de

la force et imposer une obligation de battre en retraite dans les contextes de la légitime défense et de la défense de protection des biens. On devrait s'intéresser très sérieusement à la question de la violence dans les sports. Pour le moment, il ne semble pas exister de restrictions à la défense de consentement aux voies de fait.³ Il est, par conséquent, possible que la boxe soit légale malgré le fait qu'elle cause un préjudice corporel, parfois grave, même fatal. Il est possible que, dans un droit pénal féministe, on interdise absolument la boxe à l'art. 81 et que la défense de consentement aux voies de fait soit strictement limitée.

- (3) Existe-t-il des restrictions assez sévères à la possession et à l'utilisation des armes à feu? Les femmes ont-elles besoin d'armes à feu pour pouvoir se défendre?
- (4) Existe-t-il une protection suffisante pour les animaux dans le Code? Par exemple devrait-on permettre de posséder des créatures sauvages vivantes à l'art. 283 (vol)?
- (5) L'environnement est-il suffisamment protégé par le Code? Reconnaît-on de façon suffisante le caractère grave de toute usurpation des droits des espèces vivantes à subsister dans l'eau propre et dans un milieu ambiant dépourvu de pollution en général? S'agit-il simplement de protéger notre intérêt à préserver l'environnement ou ne devrait-on pas accorder un certain respect aux éléments vivants de la planète?
- (6) Devrait-on modifier notre notion de la propriété, en changeant p. ex. nos lois en matière de vol pour tenir compte d'un désir de partager?⁴ Doit-on chercher d'autres valeurs auprès des autochtones du Canada? Dans quelle mesure leur optique devrait-elle inspirer la réforme du droit pénal? Existe-t-il encore d'autres points de vue dont il faudrait tenir compte?
- (7) Comment trouver un équilibre entre l'introduction de la nouvelle technologie et le respect de la reproduction, de la santé et de la qualité de la vie en général? Les travailleurs sont-ils suffisamment protégés? Le droit pénal a-t-il un rôle à jouer pour encourager le maintien d'un milieu de travail sain, sécuritaire et dénué de discrimination?
- (8) Le jeu est-il néfaste? Il est nécessaire de rassembler des données empiriques sur le type de ceux qui jouent et les effets du jeu sur les femmes et les enfants. L'État devrait-il tolérer le jeu en faisant des exceptions aux interdictions qui frappent le jeu?⁵

- (9) Même réflexion en ce qui touche l'alcool. La tolérance qu'a notre société pour la consommation d'alcool peut avoir une incidence directe sur la sécurité des femmes et des enfants, et les femmes sont déjà intervenues sur cette question par le passé.
- (10) Du fait que le droit pénal traite du contrôle social de l'État sur les citoyens, il ne convient peut-être pas d'aborder la question du contrôle de l'État à ce stade. La Constitution devrait-elle interdire la fabrication ou l'achat d'armes par l'État? Là encore, les femmes participent depuis longtemps au mouvement pacifiste.

6.3 Conclusions et recommandations

Vu l'état actuel de nos connaissances, il est impossible de formuler des conclusions sur ces questions, et les recommandations seraient prématurées. Le thème principal, s'il en est, est que le processus de réforme du droit pénal ne devrait pas se restreindre à gamme des difficultés et des choix jugés acceptables dans l'optique d'un cadre de classe moyenne de race blanche. Il s'agit là d'un aspect important puisque les responsables ultimes des décisions, les politiciens, peuvent aussi être prisonniers de leurs propres perspectives limitées. Les solutions à ce problème dépassent de loin le cadre de la réforme du droit pénal.⁶ Les responsables de cette réforme devraient cependant savoir, qu'à aucun stade, il n'est nécessaire à ceux qui décident de se documenter sur différents points de vue, de sorte qu'il est crucial que le processus de consultation soit aussi vaste que possible.

PARTIE III

LA PROCÉDURE ET LA PREUVE

CHAPITRE 7

DÉFINITION ET IMPORTANCE DE LA PROCÉDURE PÉNALE

7.1 Introduction

Le droit pénal prévoit un mécanisme de règlement des litiges non pas entre individus, mais entre des individus et la société. Par conséquent, deux questions se posent de prime abord: 1) Quels actes sont jugés préjudiciables à la société et, partant, criminels?; et 2) Comment doivent se régler les différends? Cette dernière question, d'ordre pratique, fait l'objet de la présente partie de l'examen, qui est consacrée à la procédure et à la preuve.

On peut dire ici que le but du règlement des litiges n'est pas de trouver quelque vérité métaphyque mais plutôt d'en arriver à une version socialement acceptable des faits. Et une version des faits ne peut être socialement acceptable qu'à la condition d'avoir été élaborée selon des règles de procédure et des règles de preuve. L'énumération et la définition des infractions par le Parlement ainsi que les règles de procédure et les règles de preuve applicables à ces infractions forment la toile de fond de l'exécution du droit pénal. Les infractions et les moyens de défense substantiels ne sont que pures déclarations politiques sans les procédures qui leur donnent corps, c.-à-d., qui régissent leur exécution et les poursuites en découlant.

7.2 Analyse

Comme dans le cas de la précédente partie traitant des infractions et des moyens de défense substantiels, un seul niveau d'analyse met au jour la discrimination évidente dans la loi. Il suffit en effet d'un examen superficiel du droit pénal dans une optique féministe. S'il est vrai que l'examen hors contexte de la procédure et des règles de preuve du droit pénal sont contraires à la méthode féministe,¹ le fait d'isoler certains éléments de procédure s'adressant à un sexe plutôt qu'à l'autre n'est qu'un dérivatif.

Cette manière de procéder ne convient pas surtout dans le domaine de la procédure et de la preuve pénales où la pratique et le jurisprudence sont plus déterminants qu'un texte législatif positif. Il s'agit non pas simplement d'analyser les exemples frappants de sexisme de la procédure pénale, mais bien davantage d'élaborer une méthode féministe d'analyse du droit pénal dans son ensemble. Dans le cadre d'une étude juridique en ce sens, les attitudes, apanage des sociologues, revêtent une importance capitale. La

crédibilité étant l'un des thèmes fondamentaux de la procédure et de la preuve pénales, il n'est certes pas inutile de se pencher sur la façon dont est perçue la déclaration d'une femme qui entre en contradiction avec celle d'un homme ou qui est faite devant un homme en position d'autorité. Dans le même ordre d'idée, la façon dont une femme réagit aux différents types d'enquêtes et d'interrogatoires prend aussi une grande importance. En somme, les différentes manières dont les femmes sont perçues et les attitudes que ces dernières adoptent lorsqu'elles sont confrontées à la procédure pénale doivent nécessairement entrer en ligne de compte dans l'élaboration d'une analyse féministe du droit pénal.

Les art.15 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés, soit les dispositions relatives à l'égalité, sont ceux qui se répercutent le plus directement sur la situation des femmes. Dans une analyse des questions de procédure, les art.1 et 7 aussi sont importants, non seulement sous l'aspect des dispositions relatives à l'égalité, mais aussi sous l'aspect de la mise en pratique de l'une ou l'autre des garanties contenues dans la Charte. Enfin, il semble que l'art.7 garantisse la sécurité de la personne indépendamment des autres dispositions. Des questions de procédure bien précises seront examinées dans la mesure où elles influent sur la condition féminine.

Dans la définition du cadre d'examen de la procédure pénale, une certaine attention sera accordée à la notion de juridiction et à l'historique des infractions pénales touchant tout particulièrement les femmes. La notion de juridiction (c.-à-d. le processus par lequel l'État exerce le pouvoir de définir les infractions pénales et d'entamer des poursuites pénales) ajouté à l'historique des infractions visant les femmes composent un arrière-plan tranchant sur lequel pourra se détacher l'analyse féministe de la procédure et de la preuve.

7.3 Conclusion

Si l'analyse des règles de procédure doit s'attacher d'abord et avant tout à leurs répercussions, les règles de preuve révèlent plusieurs cas de discrimination de prime abord. Dans chaque cas, il faudra déterminer s'il est souhaitable d'opter pour le 'genre neutre'.

7.4 Recommandations

1. En droit pénal, les sujets de préoccupation des femmes se retrouvent dans les infractions et les moyens de défense substantiels, la Charte canadienne des droits et libertés, les règles de preuve et enfin, dans les procédures qui régissent leur existence à tous et leur

application. Il est nécessaire d'en venir à un consensus sur la définition de ces domaines de préoccupation.

2. Dans un deuxième niveau de définition, il faut s'entendre sur les notions qui orientent l'analyse féministe.
3. Une fois déterminé ce que nous recherchons et quels sont les principes directeurs en cause, il sera possible de procéder à une analyse féministe plus approfondie du droit pénal.
4. Il faudrait élaborer et mettre en oeuvre des programmes d'action positive visant à nommer plus de femmes juges.

CHAPITRE 8

JURIDICTION ET INTÉRÊTS DES FEMMES EN DROIT PÉNAL

8.1 Introduction

La notion de juridiction est vague mais tout de même fondamentale pour les poursuites pénales. La juridiction est la manière dont la procédure pénale oblige les individus à participer à cette procédure. Il se pourrait fort bien, comme le prétendait le juriste américain Oliver Wendell Holmes, que 'le pouvoir physique se retrouve à la base de la juridiction.'¹ Il apparaît par ailleurs très clairement qu'à l'origine, c'est grâce à ce pouvoir physique que la Couronne britannique réussissait à faire exécuter ses lois devant ses tribunaux. Aujourd'hui, en vertu du principe de juridiction, la police détient le pouvoir d'enquêter et d'effectuer des arrestations, la Couronne a le pouvoir de décider si oui ou non des poursuites seront entamées, les tribunaux ont le pouvoir de juger les causes portées devant eux et enfin, les shérifs et d'autres agents ont le pouvoir d'exécuter les sentences. Cependant, depuis l'adoption de la Charte des droits surtout, la juridiction définit aussi les limites du droit pénal du point de vue de l'individu.

Vu que la common law, maintenue en droit pénal canadien par l'art.7 du Code criminel,² le droit statutaire et la jurisprudence sont presque exclusivement l'oeuvre d'hommes, en ce sens que presque tous ceux qui les produisent sont des hommes, la définition que Holmes donne de la juridiction pourrait très bien être modifiée ainsi: 'le pouvoir physique des hommes se retrouve à la base de la juridiction.' Qu'elle soit anodine, favorable ou autre, la conservation de tout ce pouvoir entre les mains des hommes révèle un préjugé dans le traitement réservé aux femmes aussi sûrement qu'il existe une différence entre les sexes.

8.2 Analyse

L'application de la notion de juridiction débute³ avec le pouvoir du Parlement de promulguer des lois pénales³ conformes à la constitution. L'examen du droit pénal actuel révèle relativement peu d'infractions qui, à premier vue, mettent les⁴ femmes dans une situation différente de celle des hommes.⁴

Dans une perspective historique, toutefois, beaucoup plus d'infractions mettaient les femmes en cause. La combinaison des catégories d'infractions qui ont été abrogées et de celles qui subsistent nous donne la matière à d'intéressantes pages d'histoire.

Par exemple, l'art.216 du Code criminel qui porte sur l'infanticide, impute une responsabilité limitée à la mère

qui commet un infanticide lorsqu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant (...) ou par suite de la lactation (...) son esprit est alors déséquilibré.' De semblables dispositions justificatives se retrouvent aussi à l'art.543 où sont énoncées les règles servant à déterminer si une personne est capable de subir son procès. Le fait de donner naissance à un enfant et la lactation y sont perçus comme rendant une femme incapable de subir son procès, c.-à-d., incapable de comprendre la procédure pénale et par conséquent, bonne à être internée dans un hôpital psychiatrique si elle est déclarée inapte pour cette raison ou, au mieux, non entièrement coupable d'avoir tué son enfant.

On recourt rarement à ces articles, mais il y a eu des cas de poursuites contre des mères infanticides. En supposant un quelconque fondement rationnel aux exceptions faites pour les femmes, la question est de savoir pourquoi cet aspect particulier du comportement des femmes a été isolé. De fait, si des déséquilibres hormonaux peuvent être associés à la maternité avec de telles répercussions juridiques, pourquoi des moyens de défense ne pourraient-ils pas être élaborés spécifiquement en rapport avec les changements hormonaux associés au cycle menstruel? Par contre, si ce ne sont pas les déséquilibres hormonaux qui sont en cause mais plutôt la tension provoquée par les soins au nouveau-né, le père qui s'occupe seul de ses enfants ne devrait-il pas bénéficier aussi de cette diminution de responsabilité?

La situation se précise davantage lorsque l'on s'arrête aux autres actes déclarés illégaux, apparemment par souci de protéger les femmes, notamment:

- (1) les infractions d'agression sexuelle (art. 246.1 et seq., C.Cr.);
- (2) les infractions concernant le fait de procurer et les autres infractions ayant trait à la prostitution (art. 193, 153 et 195.1);
- (3) les rapports sexuels avec une personne du sexe féminin faible d'esprit, aliénée, idiote ou imbécile (art. 140, Code de 1955);
- (4) les fins de non-recevoir opposées dans des poursuites antérieures pour viol lorsque la victime est la femme de l'inculpé (avant les amendements du Code en 1983);
- (5) la séduction d'une personne de sexe féminin de moins de 16 ans de moeurs antérieurement chastes (art. 151);
- (6) la séduction, sous promesse de mariage, d'une personne célibataire de sexe féminin de moins de 21 ans de moeurs antérieurement chastes (art. 152);

- (7) les rapports sexuels illicites avec sa belle-fille par remariage, sa fille adoptive, sa pupille ou son employée de moins de 21 ans et de moeurs antérieurement chastes (art. 153);
- (8) le devoir pour le mari de fournir à sa femme les choses nécessaires à l'existence (maintenant obligation réciproque des époux) (art. 234 du Code de 1955, maintenant, art. 197);
- (9) les infractions de rapt (art. 234 et 235 du Code de 1955);
- (10) la négligence de se procurer de l'aide lors de l'accouchement ou la procuration d'un avortement (art. 226 et 251); et
- (11) le transport de personnes à des maisons de débauche (art. 194).

Ces articles sont censés protéger quoi et comment? Il s'agit là ni plus ni moins de mesures prises par la société pour exercer un contrôle sur la sexualité des femmes afin d'organiser la reproduction en fonction du mariage. Comme il a si souvent été exposé au cours des 15 dernières années, les femmes ont été perçues comme des biens meubles, leur sexualité et leur capacité de reproduction pouvant être soumises à toutes sortes d'abus. Il semble qu'auparavant, la volonté ou le consentement de la femme n'avait qu'une importance négligeable. Dans les liens sacrés du mariage, le consentement de la femme aux relations sexuelles ne comptait tout simplement pas. Il en allait de même du consentement des belles-filles par remariage, des domestiques et des passagères sur un vaisseau: le caractère illicite des relations sexuelles avec ces femmes en faisait un crime. Dans les cas d'infractions de rapt, on représentait les femmes comme de simples meubles que l'on pouvait tout bonnement s'approprier.

Par ailleurs, les dispositions relatives à la prostitution qui subsistent encore aujourd'hui, révèlent des perceptions qui n'ont guère changé. Le fait de procurer des femmes pour des relations sexuelles illicites, de vivre de proxénétisme et de tenir une maison de débauche sont des infractions graves: ce sont tous des actes criminels et ceux entrant dans la catégorie qui consiste à 'procurer' sont passibles de peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement. En comparaison, les infractions commises par les prostituées elles-mêmes ne prennent la forme que d'infractions mineures comme 'troubler la paix publique' ou faire du racolage, et ces personnes ne tombent sous le coup de la loi qu'à titre de menu fretin qui constitue plus une nuisance qu'autre chose. C'est le contrôle illicite exercé sur les

femmes pour des motifs liés au sexe et aux gains financiers qui constitue l'infraction grave.

8.3 Conclusion

Les conclusions à tirer de ce qui précède sont que, d'un point de vue historique, à l'égard des infractions graves de droit pénal, les femmes n'ont ni autonomie, ni valeur; elles n'ont de valeur et ne doivent être protégées qu'en tant que porteuses d'enfants, d'objets sexuels, de parures et d'attributs familiaux. Il en découle qu'aux fins des règles de preuve, les femmes ont été classées comme incapables de présenter des témoignages indépendants dans certains cas, inaptes à témoigner contre leur mari dans d'autres, et dans d'autres encore, incapables de comploter avec leur conjoint, et tout cela, en raison du mythe juridique de l'unité conjugale.

En 1985, la plupart des infractions d'agression sexuelle et des règles de procédure statutaires ont été expurgées de manière à éliminer toute distinction entre les hommes et les femmes. Les dispositions relatives aux infanticides et à l'aptitude à subir un procès constituent les exceptions les plus frappantes à ce travail de modernisation; la structure des peines et des infractions en matière de prostitution nécessite cependant une interprétation plus subtile.¹⁶ Il reste à examiner l'ensemble des attitudes voilées et informelles qui se manifestent au-delà des attitudes dénoncées plus haut. Ces attitudes voilées se manifestent presque imperceptiblement dans le traitement réservé aux femmes dans le système de droit pénal.

8.4 Recommandation

1. Afin d'éliminer complètement l'impression que le droit pénal traite les femmes comme des biens meubles et des créatures inférieures, il devrait être réformé. Les dispositions relatives à la prostitution et au proxénétisme nécessitent un examen sérieux, tout comme celles concernant l'infanticide et les infractions entrant dans la catégorie de la 'séduction'.

CHAPITRE 9

INTERACTION DE LA PROCÉDURE PÉNALE ET DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

9.1 Introduction

La Charte canadienne des droits et libertés¹ énonce certains droits et certaines obligations de l'individu et de l'État. Beaucoup de ces droits et obligations étaient déjà prévus dans la Déclaration canadienne des droits, notamment, la protection contre la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraires et la protection contre les peines ou traitements cruels et inusités. D'autres constituent des règles fondamentales de common law qui avaient abouti dans diverses lois avant de devenir des garanties constitutionnelles, par exemple,³ le droit de ne pas être tenu de témoigner contre soi-même⁴ et le droit à l'application régulière de la loi.

Cependant, certains aspects de la Charte sont tout à fait nouveaux et doivent être examinés dans l'optique de l'analyse féministe du droit pénal. Un de ces aspects prend une importance toute particulière pour les femmes; il s'agit des répercussions combinées des art.15 et 28 de la Charte.

L'application et l'importance de ces deux articles, sont traitées en détails, quant au fond, au Chapitre 3. Il convient d'y revenir ici sous l'aspect de la procédure. D'intéressants conflits de droit deviennent perceptibles lorsqu'on étudie les articles relatifs à l'égalité conjointement avec les diverses libertés fondamentales protégées par les art.2 et 7 de la Charte (ce dernier ayant trait à l'application régulière de la loi et aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne). La mesure dans laquelle les personnes des deux sexes peuvent jouir également de ces droits et libertés est directement fonction de la manière dont ils sont mis en vigueur.

9.2 Procédure de recours à la Charte

Il ne fait aucun doute que toute violation de ces garanties peut être invoquée comme moyen de défense dans des poursuites pénales. Elle peut être invoquée comme objection préliminaire au champ d'application d'une loi susceptible de nier la garantie d'égalité sans l'application régulière de la loi, par exemple, des poursuites pour proxénétisme en vertu de l'art.195(2) pourraient perdre du poids du fait d'une telle contestation. Par ailleurs, les infractions dites de 'séduction' (art.151 à 154) dénotent de toute évidence une inégalité dans le traitement réservée à chacun des deux sexes, mais il reste à voir si leur contestation résisterait à la démonstration de leur justification aux

termes de l'art.1 de la Charte comme ce fut le cas aux États-Unis.

Dans l'affaire Michael M. v. Superior Court,⁵ qui avait trait à des relations sexuelles entre une jeune femme de 16 ans et un jeune homme de 17 ans, le tribunal a déclaré l'homme coupable d'une infraction statutaire de viol. Celui-ci a soutenu pour sa défense que la loi était invalide parce que discriminatoire. Cependant, la Cour suprême des États-Unis a déclaré que le traitement différent de l'homme et de la femme était justifié par la grande différence de leur situation. L'un des arguments invoqué était que chez les femmes, la crainte de la grossesse les dissuade d'avoir des relations sexuelles illicites tandis que chez les hommes, il faut instaurer des mesures de contrôles extérieures. Cette décision sous-entendait que la jeune femme n'était pas capable de décider elle-même de son comportement sexuel et avait besoin d'être protégée.

Si l'on applique le critère canadien de l'art.1 de la Charte à cette cause, on peut dire que le tribunal a conclu que la différence de traitement des hommes et des femmes dans les cas de viols était fondée sur une limite raisonnable de la garantie d'égalité. On pourrait croire qu'une telle inégalité de traitement favorise les femmes, mais l'avantage n'est qu'illusoire puisqu'il entretient le mythe selon lequel les adolescentes doivent être protégées des relations sexuelles mais pas les adolescents parce que les femmes constituent véritablement le 'sexe faible.'

Il a déjà été déclaré que l'art.146 du Code établissait une distinction anticonstitutionnelle.⁶

En cas d'infanticide, lorsque l'inculpé est un homme qui veille seul aux soins de son enfant pratiquement depuis sa naissance, l'art.216 du Code semble le priver d'un grand avantage qu'il accorde aux femmes. Selon la notion d'application égale de la loi aux deux sexes, les hommes devraient bénéficier de la diminution de responsabilité au même titre que les femmes dans les cas d'infanticide.

Si l'on examine l'art.216 du Code à la lumière des connaissances scientifiques actuelles et que l'on accepte comme interprétation que des déséquilibres hormonaux découlent de la naissance d'un enfant ou de la lactation, alors, une femme devrait pouvoir invoquer la même protection de la loi lorsqu'elle est inculpée d'une infraction soi-disant commise pendant les déséquilibres hormonaux découlant de son cycle menstruel. Un argument en ce sens a permis, dans un procès en Grande-Bretagne, de réduire des accusations de meurtre (il ne s'agissait pas d'un enfant) à des accusations d'homicide involontaire en faisant reconnaître l'existence du syndrome prémenstruel.

On pourrait aussi tenter de faire jouer les garanties d'égalité contenues dans les lois canadiennes par le recours à des injonctions contre le gouvernement. Il se pourrait bien que les art.15 et 7 de la Charte exigent que les femmes disposent de ressources gouvernementales supplémentaires pour faire en sorte que pas plus de femmes que d'hommes soient victimes d'agressions sexuelles. Bien entendu, dans la pratique, un tel procédé pourrait être jugé outrageusement rétrograde car il servirait peut-être tout simplement à renforcer les notions répandues de 'fragilité' des femmes et à limiter notre liberté de circuler et de nous associer. Lors d'audiences de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels pour le cas d'une femme sauvagement violée par un individu qui s'était introduit en pleine nuit dans sa chambre à coucher, la police, opposée à son droit à une indemnisation, soutenait qu'une femme seule dans une chambre à coucher installée au rez-de-chaussée s'exposait à des risques. Les déclarations d'un procureur de la Couronne au sujet des victimes potentielles d'agressions sexuelles pourraient servir de motif à une telle injonction positive, si elle était possible contre la police: (traduction) 'Il aimait dire que dans presque tous les cas, une femme violée n'avait pas agi comme une ménagère canadienne ordinaire et, qu'une ménagère canadienne ordinaire ne se fait pas violer.'

Un autre secteur où l'application de la Charte prêterait moins à contestation est celui des infractions liées à la prostitution. Dans une certaine mesure, le nombre de 'clients' amenés devant les tribunaux avec les prostituées reflète une application plus équitable de la loi. Il serait cependant possible de soutenir que lorsqu'une prostituée est inculpée d'indécence' ou de 'troubler la paix par flânerie', le fait de ne pas arrêter ou de ne pas poursuivre l'autre partie à la transaction peut constituer une fin de non-recevoir dans les poursuites contre la prostituée, c.-à-d. que la défense pourrait demander l'annulation de la dénonciation en invoquant les dispositions de la Charte relatives à l'égalité parce que la femme a été inculpée mais pas l'homme. Il y a aussi les situations plus difficiles à évaluer à l'égard du traitement réservé aux deux parties une fois qu'elles sont devant les tribunaux. Le fait que la femme soit moins respectée que l'homme et soit peut-être traitée plus durement peut-il donner lieu à réparation?

En outre, il est évident que les infractions pénales relatives à la pornographie et à l'avortement soulèvent des questions d'égalité quant à la protection et au bénéfice de la loi. Sur la scène politique, le débat entourant actuellement ces infractions illustre les conflits que soulève l'interprétation de l'art.15. Il en a déjà été question dans le chapitre 3. Cependant, sous l'angle de la procédure, deux remarques s'imposent. Premièrement, ici encore se présente la possibilité d'un recours collectif

visant à demander au gouvernement des mesures concrètes pour l'application de la notion de sécurité de la personne, en harmonie avec la protection égale des sexes, ⁹ à la prolifération du matériel pornographique violent. La réussite d'un tel recours est liée à la condition que les dommages puissent être quantifiés objectivement. Elle est aussi fonction de la mesure dans laquelle l'art.1 de la Charte peut être perçu comme limitant la liberté d'expression à cet égard, ce dont il faudrait démontrer la justification dans une société juste et démocratique.

Même en supposant que des données irréfutables viennent démontrer que la pornographie nie aux femmes (et aux hommes aussi) leur droit à la sécurité de la personne, pourrait-on penser que son rôle historique dans une 'société libre et démocratique' en justifie l'existence aux termes des dispositions relatives à la libre expression de l'art.2(b) de la Charte? Sur le plan de la procédure, le premier obstacle majeur serait franchi en établissant qu'à première vue un droit garanti par la Charte semble avoir été violé par la pornographie. Le fardeau de la preuve de démontrer que l'existence historique du matériel pornographique et le droit à la liberté ¹⁰ d'expression ne constituent pas des limites raisonnables, incomberait alors à la partie désireuse de faire imposer des limites.

La dernière question de procédure consiste à savoir si le recours pourrait être collectif car on présume que si la menace pour la sécurité des femmes peut être établie, elle peut aussi l'être pour toutes les femmes. Il ne semble pas logique que la circulation du matériel pornographique porte préjudice à une seule personne et pas à toutes.

Des considérations analogues se présentent lorsqu'on cherche à établir la constitutionnalité de l'accès à l'avortement. Les féministes sont probablement tout aussi divisées sur cette question que sur celle de la pornographie. ¹¹ Ce qui diffère ici, c'est de savoir si les hommes et les enfants qui ne sont pas nés ont voix au chapitre. ¹²

Des précédentes considérations, deux remarques relatives à la procédure se présentent à l'esprit: premièrement, comment aborder l'aspect de la protection pour l'ensemble de la population féminine? Peut-on s'attribuer un mandat à cet effet? Un tel mandat est-il nécessaire pour établir que la pornographie fait effectivement le tort que certains lui attribuent? Deuxièmement, une fois qu'une affaire paraîtra à première vue fondée et qu'on aura fait valoir en retour comme moyen de défense le critère des 'limites raisonnables', est-ce que la nature patriarcale de la société 'libre et démocratique' ne conduira pas inévitablement de telles revendications des droits à l'égalité à une situation juridique dont les femmes, de toute manière, seront les victimes? ¹³

9.3 Les garanties juridiques

Les garanties juridiques des art.10 et 11 de la Charte s'appliquent, à première vue, également aux hommes et aux femmes. Les effets de ces articles (qui portent sur l'arrestation ou la détention et les poursuites pénales) comme c'est le cas de tant de règles de la procédure pénale, pourraient bien être différents selon qu'un homme ou une femme est en cause. Par exemple, puisque, d'après les statistiques, les femmes sont beaucoup moins susceptibles que les hommes d'être inculpées de crimes ouvrant droit à un procès devant jury, il se pourrait bien que le droit à l'égalité d'accès des femmes canadiennes à un procès devant jury, aux termes de l'art.11(f), leur soit nié. Deux arguments viennent cependant porter un dur coup à une telle revendication: premièrement, le droit à un procès devant jury s'applique aux infractions passibles d'une peine de cinq ans d'emprisonnement ou plus et personne ne pourrait soutenir que les femmes accusées de ce genre d'infractions n'ont pas droit à un procès devant jury. Deuxièmement, pour remédier à cette négation présumée de droit, il faudrait soit exiger que plus de femmes soient inculpées de crimes graves ou traiter les infractions mineures commises par les femmes selon des critères beaucoup plus rigoureux que ceux appliqués aux hommes pour les mêmes infractions. En définitive, on créerait ainsi d'énormes inégalités entre des personnes inculpées des mêmes infractions mineures, les femmes étant ici nettement désavantagées. Il s'agit justement là du genre d'analyse féministe 'égalisatrice' qui n'a aucun sens dans la réalité. Il ne s'agirait purement et simplement là que de donner une apparence d'égalité à un traitement inéquitable.

Puisqu'un procès devant jury signifie à toutes fins utiles un procès devant des pairs, on peut se poser certaines questions quant à la composition des jurys. Tout d'abord, selon la loi, dans un jury de pairs, les jurés n'ont pas à être du même sexe que l'accusé. Deuxièmement, les règles de composition des jurys ne permettent pas, au Canada, d'examen approfondi des qualités des jurés. Enfin, troisièmement, l'examen superficiel des jurys démontre¹⁴ que les femmes sont très disponibles pour siéger comme jurés.

Les dispositions de l'art.11(c) de la Charte selon lesquelles une personne ne peut pas être contrainte de témoigner contre elle-même, soulèvent certaines questions liées au vieux mythe juridique de l'unité conjugale, à savoir que si le mariage unit deux personnes en une seule personne juridique, faut-il voir dans ces dispositions l'enchâssement constitutionnel du fait que l'on ne peut contraindre une personne à témoigner contre son conjoint en vertu de l'art.4(2) de la Loi sur la preuve du Canada?¹⁵ À notre avis, les règles qui ont entretenu ce mythe pendant si longtemps n'ont socialement plus aucune utilité et, de fait,

vont à l'encontre du statut juridique d'indépendance des femmes. Ce statut d'indépendance dans la pratique doit encore être pris en considération distinctement dans l'évaluation des effets sur les femmes des règles de procédure pénale et des règles de preuve. Cependant, lorsqu'une femme ne désire pas témoigner contre son conjoint, il ne faudrait pas nécessairement en conclure qu'elle perpétue le mythe de l'unité conjugale.

Les dernières garanties juridiques prévues dans la Charte qui méritent examen sous l'aspect de la procédure se trouvent aux art.9 et 12. Ce sont les dispositions contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires et contre les traitements ou les peines cruels ou inusités. L'art.543(2)(b) du Code auquel on a peu recours et qui permet, dans les cas d'infanticides, d'invoquer l'incapacité de subir un procès et d'ordonner un examen médical s'il y a lieu de soupçonner un déséquilibre mental résultant de la naissance de l'enfant, soulève des questions relativement aux art.9 et 12. Il ne fait aucun doute que dans une telle situation, la détention est arbitraire s'il n'existe pas de fondements solides permettant d'établir un lien entre le déséquilibre mental et la naissance de l'enfant. Par contre, si un tel déséquilibre peut effectivement être relié à la naissance d'un enfant, il se pourrait bien que le syndrome prémenstruel constitue un phénomène du même ordre justifiant un traitement spécial.

Quoi qu'il en soit, que la plainte déposée en vertu de la Charte se rattache à l'application pratiquement inconnue de l'art.543(2)(b) ou à l'incarcération résultant de quelque fièvre de magasinage prémenstruelle illicite, le raisonnement adopté par les tribunaux jusqu'à maintenant dans ce genre de situations ne permet pas d'appliquer les articles 9 et 12 de la Charte avec succès. L'incarcération indéfinie du déficient mental sur ordonnance du lieutenant-gouverneur a été perçue comme n'étant ni cruelle, ni inusitée, ni arbitraire, mais plutôt comme un traitement bénéfique pour une personne malade.¹⁶ Par conséquent, le traitement juridique différent fondé sur les caractéristiques biologiques propres à la femme devrait être éliminé. Reconnaître une telle différence, c'est continuer à considérer les femmes comme étant fondamentalement inadaptées et invalides.¹⁷ Néanmoins, il est nécessaire d'effectuer des recherches plus approfondies sur l'infanticide et le syndrome prémenstruel dans l'optique de la responsabilité diminuée.

9.4 Recommandations

1. Puisque l'art.1 de la Charte permet d'imposer des limites raisonnables aux droits et libertés garantis par cette même Charte -- si leur justification peut être démontrée dans une société libre, démocratique et patriarcale -- il est capital d'adopter un schéma

d'analyse solide pour établir ces limites raisonnables. Les intérêts féministes ont été interprétés de nombreuses manières, comme l'illustre particulièrement bien la divergence des points de vue sur la pornographie. Afin de ne pas reproduire l'expérience des États-Unis où des interprétations contradictoires irréciliables des 'intérêts des femmes' sont passées dans la jurisprudence, l'élaboration de principes devrait être un travail public.

2. Il faudrait aussi entreprendre de porter devant les tribunaux des causes types permettant d'évaluer la possibilité d'obliger le gouvernement à assurer la sécurité de la personne et l'égalité dans différents contextes.
3. Des fonds publics devraient être débloqués pour soutenir ces causes types.
4. La question de la responsabilité diminuée, y compris ses aspects physiologiques, psychologiques et juridiques, sans oublier les lignes de conduite sur le sujet, telle qu'elle se présente dans les dispositions du Code relatives à l'infanticide et par rapport au syndrome prémenstruel, devrait recevoir une attention toute particulière.

CHAPITRE 10

LES ASPECTS DISCRIMINATOIRES DE LA PROCÉDURE PÉNALE

10.1 Introduction

Le reste de notre examen de la procédure pénale portera essentiellement sur les cinq points suivants:

- 1) dénonciation et enquête policière;
- 2) arrestation et enquête sur le cautionnement;
- 3) pouvoirs du poursuivant;
- 4) négociation de plaidoyers; et
- 5) enquête préliminaire.

C'est dans ce vaste contexte qu'il nous faut faire valoir le besoin de données supplémentaires pour en arriver à des conclusions fermes et à des propositions de réforme, s'il y a lieu. Il est à espérer, toutefois, que cette analyse fondée sur des données subjectives, des analogies et des déductions théoriques suffira pour formuler des hypothèses de recherche empirique.

Le sort réservé aux femmes dans le domaine du droit pénal servira de toile de fond empirique à cette étude sur la procédure. Si la plupart des infractions où les femmes étaient présentées comme des biens meubles, des objets décoratifs et des instruments de perpétuation de la famille ou de plaisirs illicites ont été abrogées et modifiées, les vestiges de ces 'protections' demeurent, comptant d'ailleurs parmi les meilleures illustrations de l'attitude adoptée à l'égard des femmes dans la procédure pénale. Il ne faut pas oublier non plus que cette façon de voir les femmes touche non seulement celles qui sont victimes ou inculpées, mais également toutes les femmes, y compris celles qui sont agents de police, témoins autres que victimes, avocates et juges.

10.2 Enclenchement de la procédure pénale

En droit, c'est une dénonciation qui met en branle la procédure pénale.¹ Elle peut être le fait du plaignant, d'un autre citoyen intéressé ou d'un agent de police qui a des motifs raisonnables et plausibles de croire qu'un acte criminel a été commis. Dans le cas des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, la connaissance personnelle tient lieu de motif raisonnable et plausible de croyance ou s'y ajoute.

En pratique, la plainte est entendue par un juge de paix qui a un rôle important à jouer dans la détermination des accusations à porter. Quant à savoir si l'on portera des accusations d'infraction punissable sur déclaration

sommaire de culpabilité ou des accusations d'acte criminel, la question est importante pour diverses raisons, dont celle du rôle que sera appelé à jouer le procureur de la Couronne. Aux termes de la Loi sur les procureurs de la Couronne (Crown Attorneys Act) de l'Ontario,² le procureur de la Couronne doit être chargé de la conduite de l'instance en matière d'actes criminels. Cette façon de procéder offre l'avantage de mettre à profit les immenses ressources de la Couronne tout en laissant à cette dernière le choix de poursuivre l'affaire ou d'y mettre un terme.

Si le juge de paix est obligé de recevoir les dénonciations sous réserve des exigences très minimes des art.455 et 723 du Code, il conserve une certaine latitude quant à la délivrance d'une ordonnance obligeant le prévenu à se présenter en cour. Il est tout à fait concevable qu'un juge de paix soit saisi d'une dénonciation sans délivrer d'ordonnance. La comparution devant un juge de paix ne sert donc pas à grand-chose. Une étude a été faite à Détroit, en 1978-1979, des suites données officiellement par la police aux 'conflits familiaux'.³ Il en ressort que si la victime a choisi d'intenter des poursuites dans 60% des cas signalés à la police, il n'y a eu demande de mandat que dans 14% des cas et délivrance de mandat dans 9,4% des cas. Ces conflits familiaux allaient des voies de fait simples au viol.

Dans cette partie de notre étude, ce sont les plaintes alléguant voies de fait du mari contre l'épouse ou les enfants qui constituent la principale préoccupation. L'histoire des interventions de la police dans les conflits 'familiaux' (c.-à-d. les voies de fait contre l'épouse ou les enfants) est bien connue;⁴ celle de la comparution des plaignants devant un juge de paix en cette matière l'est un peu moins. Dans les deux cas, toutefois, le fait qu'il existe un lien de parenté ou d'affection entre les parties semble influencer sur l'attitude adoptée par la police ou le juge de paix. Il plane un certain scepticisme même si la plupart des meurtres mettent en cause des personnes qui se connaissent mutuellement.⁵

Le rôle de la police semble être de susciter sans délai un règlement non judiciaire du conflit et souvent de renforcer la partie la plus faible ou de lui ménager une porte de sortie. Si l'intervention de la police ne se solde pas immédiatement par une mise en accusation ou si aucun agent de police n'est même appelé, le juge de paix peut avoir tendance à accorder moins de poids à la plainte. Il peut s'ensuivre que les accusations portées soient moins graves ou qu'aucune ordonnance ne soit délivrée. Surtout lorsque les parties ont la réputation d'être portées à se quereller, l'affaire peut être perçue moins comme une menace pour la paix publique relevant du droit pénal que comme un différend entre les parties qu'il convient de régler devant un

tribunal de la famille (un tribunal ayant juridiction sur les affaires familiales).

L'obligation de ne pas troubler la paix publique peut aussi être imposée à une ou plusieurs personnes. Aucune déclaration de culpabilité n'est enregistrée et les garanties du droit pénal ne peuvent être invoquées par le contrevenant. Cette procédure est toutefois expéditive et elle permet de combler une lacune évidente du droit pénal au chapitre des menaces. À l'art.331 du Code, qui a trait au délit de 'menaces', il n'est pas interdit de proférer directement des menaces; il faut, pour qu'il y ait infraction, que les menaces soient proférées par téléphone, par lettre ou par un moyen semblable. La fréquence des menaces vraiment effrayantes, par exemple, entre mari et femme, qui ne peuvent faire l'objet de poursuites en vertu des art.331 et 245 (voies de fait) est de toute évidence importante et pourtant le seul recours en pareil cas est l'obligation de ne pas troubler la paix publique. Cette lacune, qui en est peut-être une de fond plutôt que de procédure, met cependant au jour un domaine où la loi ne sert pas les intérêts des femmes puisque l'obligation de ne pas troubler la paix publique n'est peut-être pas le moyen qui convient pour régler le problème. La lacune du droit positif est compensée par la compétence que la common law reconnaît au juge de paix de sauvegarder la paix.

Lorsque la police intervient et qu'elle prend l'initiative de la dénonciation, une enquête s'ensuit. Les dépositions des témoins sont recueillies à différents endroits. La façon dont les perceptions des témoins féminins sont obtenues et conservées mérite examen. L'histoire sociale qui fait que les femmes sont vues comme la fille, la mère, l'épouse ou l'amie de quelqu'un semble souvent influencer sur le poids accordé au témoignage de la femme appelée à faire une déposition: il s'agit de renseignements secondaires qui sont nuancés en fonction de la relation de cette personne avec les hommes se trouvant sur la scène, le cas échéant, et la façon dont l'agent de police s'y prend pour obtenir l'information révèle que la femme est souvent perçue comme un acteur de second plan. Il y a particulièrement lieu de s'inquiéter lorsque la femme se perçoit elle-même comme une personne qui a besoin de protection, une subalterne qui doit donner les bonnes réponses pour protéger ses intérêts et dont les protecteurs sont des hommes. Le rôle et la perception historiques des femmes, surtout de celles qui ont été liées au crime en tant que victimes ou inculpées, sont tels qu'il faut conclure à l'inégalité de traitement. En conséquence, à la barre des témoins et lors du processus judiciaire d'appréciation de la crédibilité, on s'attend à ce que les propos des femmes soient pris avec une certaine partialité subtile mais persistante.

Toute subtile qu'elle soit, cette question de la crédibilité des femmes et de la façon dont leurs perceptions sont traitées mérite de faire l'objet d'une étude dont les résultats serviront de point de départ à la proposition de réformes, s'il y a lieu. De même, c'est au niveau des attitudes que devrait s'opérer la réforme.

Ces dernières années, l'attitude adoptée par les femmes quand il s'agissait de rendre témoignage a quelque peu retenu l'attention dans des cas de poursuites pour viol. De tout temps, on constate de la réticence à témoigner en justice chez les femmes qui accusent leur mari de s'être livré à des voies de fait sur elles. Depuis quelques années, les procureurs de la poursuite semblent un peu moins enclins à les laisser retirer leur plainte, optant plutôt pour la reconnaissance du besoin d'une politique d'intérêt général exigeant qu'on intente des poursuites.

Lorsqu'il y a poursuites en dépit de la réticence des témoins, les tribunaux ont recours à l'incarcération pour une durée indéterminée en attendant que le témoin se rétracte au stade de l'enquête préliminaire. Ils se prévalent aussi du pouvoir que la common law leur accorde d'appliquer la procédure prévue en cas d'outrage au tribunal lorsque le refus de témoigner intervient au stade du procès. Plusieurs questions se posent: est-ce par peur que la femme refuse de témoigner? S'il en est ainsi, ce n'est sûrement pas la bonne personne qui est punie. La police devrait faire porter ses efforts sur l'auteur des menaces en emprisonnant ou en isolant l'homme en cause. Est-ce parce qu'il y a eu réconciliation et que la vie personnelle et peut-être la source de revenus du témoin sont en danger à cause d'un incident depuis longtemps réglé? Si c'est le cas, peut-être faudrait-il considérer que l'affaire est de caractère privé et qu'elle ne devrait pas donner lieu à des poursuites pénales. Mais si la procédure pénale est vraiment révélatrice de ce que la société est disposée à tolérer, peut-être faudrait-il que le témoin réticent soit contraint de témoigner (ou que les accusations soient abandonnées) et que son hésitation soit interprétée par le juge comme un facteur qui ajoute du poids à son témoignage ou peut-être qui permet de conclure que le témoin a consenti aux présumées voies de fait ou à la sentence de l'inculpé.

De toute évidence, l'hésitation des témoins en pareilles situations peut reposer sur des facteurs autres que leur capacité de dire la vérité. Au terme d'un examen global de la réalité conjugale, il s'avère souvent que l'homme inculpé se retrouve dans une situation favorable, soit que (1) la femme retire ses accusations, soit que (2) la plaignante, dans les affaires d'agression sexuelle, se voit nier toute crédibilité avant même que le tribunal soit saisi de l'affaire, et ce, pour des raisons n'ayant aucun rapport avec la plainte comme telle, ou que la victime refuse de

témoigner, soit enfin que (3) l'inculpé, dans les affaires d'agression sexuelle, est acquitté parce qu'il croyait à tort mais de bonne foi avoir obtenu un consentement.

10.3 Mise en liberté provisoire par voie judiciaire

Pours en revenir au déroulement chronologique d'une plainte en matière pénale, signalons que c'est souvent au stade où l'homme accusé par sa femme est détenu avant cautionnement que la femme financièrement dépendante commence à se rendre compte que l'arrestation de son mari est une épée à double tranchant. Peut-être a-t-elle mis fin à une querelle en faisant venir la police, mais son bien-être physique se trouve alors menacé par l'incarcération du soutien de famille. En fait, même si l'homme est libéré et qu'il continue à subvenir aux besoins de la famille, l'ordonnance de mise en liberté sous caution peut exiger qu'il aille vivre ailleurs, ce qui crée des difficultés additionnelles pour les finances familiales et pour la famille comme telle en tant que groupe social. Souvent les juges qui ont à décider de la mise en liberté provisoire hésitent à se mêler de ce qu'ils considèrent être de la compétence du tribunal de la famille. D'où la nécessité éventuelle de présenter une demande d'ordonnance alimentaire au tribunal de la famille lorsque le juge du tribunal pénal a ordonné la non-fréquentation.

Quelques considérations particulières s'imposent lorsqu'il s'agit d'accorder aux femmes la mise en liberté provisoire par voie judiciaire. Il est certain que les responsabilités familiales, en particulier le soin des enfants, militent en faveur de la mise en liberté. Cependant, il n'est pas nécessairement bon d'agiter le spectre de la prise en charge des enfants par la société d'aide à l'enfance si la mère n'est pas libérée. La possibilité qu'un tel organisme intervienne ne fait que renforcer les préjugés du tribunal à l'endroit de la femme qu'on accuse de ne pas être digne de se voir confier la responsabilité d'élever des enfants.

Une procédure assez particulière a cours aux enquêtes sur le cautionnement dans certaines régions métropolitaines, surtout celles qui sont situées près des États-Unis. Comme le tribunal est tenu de fixer un cautionnement en argent dans le cas des inculpés résidant à une distance de plus de 100 milles, les prostituées qui ne sont qu'"en visite" ont ainsi la possibilité de se libérer de toutes les accusations simplement en envoyant par la poste le cautionnement en argent et en considérant qu'il s'agit là de l'amende à payer pour l'infraction. Disons plutôt que les juges assurent le paiement d'une amende si le défendeur ne se présente pas à son procès. Par contre, ceux qui sont sans ressources parce qu'ils viennent de l'extérieur et qui souhaitent nier leur culpabilité, peuvent se retrouver en prison plus longtemps

que s'ils avaient reçu leur sentence, et ce, parce qu'il leur manque une centaine de dollars. Ce problème de droit pénal n'est pas limité aux femmes accusées de faire du racolage; il touche probablement un pourcentage élevé de femmes accusées d'infractions criminelles en raison de leur situation économique désavantageuse.

La dernière observation concernant les femmes et la mise en liberté sous caution s'applique à d'autres stades de la procédure pénale. Elle a trait à la perception que l'on a du caractère dangereux ou tout simplement de la méchanceté d'une femme. Lorsqu'il s'agit d'accorder une mise en liberté provisoire par voie judiciaire, le juge doit se demander quel sera l'effet de la libération de l'inculpée sur l'intérêt public lorsqu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter de son retour devant le tribunal pour faire face aux accusations. Certaines données subjectives semblent indiquer qu'il faut moins d'écarts de comportement moins violents ou moins malhonnêtes pour placer une femme parmi les pires ennemis de la société qu'il n'en faut pour qu'un homme soit considéré comme très mauvais. Cette perception est confirmée dans une certaine mesure par des études américaines sur les 'femmes délinquantes'.¹¹ Sans préjuger de la façon dont les données pourraient être utilisées, il serait utile de faire une analyse de la perception que l'on a de la méchanceté ou du caractère dangereux des femmes dans le cadre de la mise en liberté sous caution, du prononcé de la sentence et des requêtes concernant les délinquants dangereux. Les dispositions de la Charte des droits pourraient ainsi être invoquées s'il s'avérait que des délinquants font l'objet d'un traitement différent pour des infractions semblables simplement à cause de leur sexe.

10.4 Pouvoirs de la poursuite

Comme il a été signalé plus haut, si la Couronne est obligée d'assumer la conduite de l'instance dans le cas des actes criminels qui amènent un particulier à intenter des poursuites devant les tribunaux, elle peut prendre en charge la poursuite même s'il s'agit d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. L'énorme difficulté qui peut se présenter dans ce dernier cas est que la Couronne peut choisir de soustraire l'information au tribunal puisqu'elle semble avoir toute liberté à ce chapitre avant la mise en accusation.¹²

L'inconvénient d'une poursuite privée est que, premièrement, il ne s'agira pas d'un acte criminel, deuxièmement, elle sera souvent regardée d'un oeil quelque peu désapprobateur par le juge et, troisièmement, elle ne bénéficiera pas de l'immense avantage des ressources de la Couronne en matière d'enquête et de poursuite. Dans bien des cas, on recherche cependant des compétences spéciales pour entamer certaines poursuites. De même que des avocats de

l'extérieur sont désignés pour la poursuite d'agents de police ou d'autres poursuivants, de même il est proposé que des poursuivants spécialement qualifiés soient employés dans certains domaines tels que les voies de fait à l'égard de l'épouse, la violence faite aux enfants et la pornographie.

Un autre stade auquel le choix de la Couronne influe sur la procédure pénale est celui des infractions hybrides. Les voies de fait simples (art.245 du Code) et les agressions sexuelles simples (art.246.1) peuvent faire l'objet de poursuites, soit par voie de mise en accusation, soit par voie de déclaration sommaire de culpabilité. Il serait intéressant d'étudier ce qui semble influencer sur les choix de la Couronne lorsqu'une partie ou les deux sont des femmes. D'un côté, la décision de procéder par la voie d'une déclaration sommaire de culpabilité tend à banaliser l'affaire et entraîne une pénalité maximale de moindre importance. D'un autre côté, lorsqu'il est possible que la femme hésite à porter plainte, ou simplement pour lui éviter d'avoir à témoigner deux fois, il peut s'agir d'une option favorable.

10.5 Négociation de plaidoyers

C'est par nécessité que, dans la procédure criminelle qui a cours aujourd'hui au Canada, les couloirs des palais de justice sont devenus un lieu de négociation de plaidoyers de culpabilité. Quelque 70% des causes étant réglées par voie de plaidoyer de culpabilité, il est certain que les installations déjà surchargées de notre système de justice pénale seraient absolument débordées si le pourcentage des causes effectivement jugées devait augmenter un tant soit peu.¹³ Du fait qu'ils sont responsables de l'administration de la justice, les procureurs de la Couronne ont tout intérêt à assurer le règlement le plus expéditif possible des causes. Conscients de ce fait et sachant aussi que la plupart des inculpés finiront par être condamnés pour une infraction quelconque, les avocats de la défense profitent de l'occasion pour 'conclure un marché'. La plupart du temps, il s'agit d'échanger un plaidoyer de culpabilité contre un acquiescement à l'envergure de la sentence ou, pour la Couronne, de réduire la gravité des accusations ou le nombre de chefs d'accusation. Parfois les conditions du marché sont fonction de règles de justice purement 'approximatives', parfois on tient compte uniquement de 'ce que la Couronne peut prouver'.

Il peut être bon de formuler quelques remarques destinées à faire valoir ici le point de vue des féministes. Dans les cas où la victime est une femme, on semble croire de plus en plus qu'il faudrait consulter la victime avant d'accepter une certaine version abrégée des faits. Bien sûr, cela ne s'applique pas qu'aux infractions où une femme est la victime. L'opinion ressemble à celle qu'expriment les femmes qui désirent faire savoir personnellement ce

qu'elles pensent lors de l'audience réservée au prononcé de la sentence. Tout compréhensible que soit ce désir, il faut éviter que la procédure criminelle ne devienne un moyen de régler des différends personnels ou d'assouvir sa vengeance. C'est l'infraction commise à l'égard de la société qui fait l'objet de poursuites et non le préjudice que l'une des parties a fait subir à l'autre.

L'avantage que l'on voit à la négociation de plaidoyers pour la plaignante est de lui épargner le supplice nécessairement stressant d'avoir à témoigner. En effet, le fait d'épargner ce supplice à la plaignante est souvent un point de négociation et un facteur d'atténuation de la peine. L'avocat de la défense doit toutefois récompenser le poursuivant qui désire aussi épargner le témoin. Cette bienveillance peut servir à dissimuler le fait que la déposition du témoin ne saurait corroborer l'allégation. Le caractère dénonciateur d'une telle déposition tant dans les voies de fait sur l'épouse que dans les agressions sexuelles doit toutefois avoir pour la société un certain effet salutaire que ne devrait pas faire entièrement oublier le bon paternalisme du poursuivant qui désire venir en aide à la 'pauvre femme' en ne la faisant pas témoigner.

Une dernière remarque sur la négociation de plaidoyers a trait également à l'attitude, cette fois en ce qui concerne la femme inculpée. Même s'il est difficile d'attribuer des responsabilités à cet égard, une certaine prudence s'impose de toute évidence lorsqu'il s'agit de faire accepter un plaidoyer de culpabilité par des femmes qui ne cèdent que trop facilement aux pressions, surtout lorsqu'elles sont exercées par une personne aussi puissante qu'un avocat masculin peut l'être. Un si grand nombre de femmes accusées d'infractions criminelles ont tellement peu de respect de soi, et un si grand nombre d'entre elles sont inculpées à titre de parties et non d'auteurs principaux, que même en plaidant coupables elles ne réfléchissent pas à l'importance de leur connaissance des faits par un plaidoyer de culpabilité. En restant tout simplement là 'à ne rien faire' sur la scène d'une infraction, puis en restant là à nouveau devant le tribunal à acquiescer à tout ce qui était affirmé, certaines femmes (et sans doute aussi certains hommes) se sont retrouvées avec un imposant casier judiciaire.

10.6 Enquête préliminaire

Les remarques faites plus haut au sujet de la négociation de plaidoyers s'appliquent fréquemment ici en ce sens qu'aucune preuve ne sera entendue lors de l'enquête préliminaire et que, une fois qu'on se sera entendu sur les faits, un plaidoyer de culpabilité sera enregistré dans une cour supérieure de juridiction pénale. Toutefois, pour ce qui est des questions litigieuses relatives à des agressions sexuelles ou à des voies de fait sur l'épouse ou de toute

autre situation délicate exigeant une évaluation de la crédibilité, c'est à ce stade qu'on peut vraiment mesurer la force des arguments de la Couronne. Même s'il suffit de très peu d'éléments de preuve pour mettre quelqu'un en accusation à la fin de l'enquête préliminaire, les avocats seront très affairés à vérifier le témoignage de la plaignante. Certains avocats lui rendront la tâche tellement pénible qu'elle ne reviendra tout simplement pas témoigner. Certaines plaignantes peuvent se retrouver dans un tel état de confusion ou d'incohérence mentale que leur témoignage n'a plus aucune valeur lorsque le jury en est saisi. On ne peut que suggérer une minutieuse préparation des témoins pour les prémunir contre les rigueurs du contre-interrogatoire.

À l'autre extrême se situe le témoin qui refuse de témoigner. Comme il a été mentionné plus haut, le Code criminel prévoit un mécanisme spécial par lequel un témoin qui, sans excuse raisonnable, refuse de témoigner à une enquête préliminaire peut être envoyé en prison pour des périodes de huis jours à la fois. Dans les décisions publiées se rapportant à cette question, les tribunaux ne semblent pas s'être demandé si la peur des représailles ou le souci de la survie du mariage pourraient constituer des excuses raisonnables.

En fait, dans une décision non publiée visant un homme qui était accusé de tentative de meurtre sur la personne de son épouse, un juge d'une cour provinciale a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public de prendre en considération le souci du témoin pour son mariage. Il a rejeté la demande présentée par le témoin en vertu de l'art.472, disant qu'il ne s'agissait pas d'une excuse raisonnable, et il a envoyé le témoin en prison.¹⁴

Dans une célèbre affaire de viol survenue à Ottawa, le témoin féminin a demandé au tribunal d'annuler la citation à comparaître sous prétexte qu'elle portait atteinte au droit à la sécurité de la personne¹⁵ que lui reconnaît la Charte. La femme craignait pour sa sécurité physique et éprouvait énormément de stress et d'anxiété. Le tribunal a jugé que sa crainte et son traumatisme n'étaient pas dus à l'action gouvernementale, que 'l'anxiété et le stress, tout réels et tout désagréables soient-ils, ne sont pas suffisants pour constituer une violation du droit à la sécurité de la personne'¹⁶ et que même si l'action gouvernementale avait quelque peu violé son droit à la sécurité de la personne, elle l'avait fait 'en conformité avec les principes de la justice naturelle'.

Le plus important pour nous, c'est peut-être la façon dont le juge Linden a répondu à la question de savoir si, dans une situation hypothétique extrême, une telle violation présumée aurait constitué, aux termes de l'art.1 de la

Charte, une limite raisonnable du droit à la sécurité de la personne.¹⁷ Ainsi, dans la mise en équilibre de l'avantage que représente le fait pour le témoin de ne pas faire de déposition et de l'intérêt que peut avoir la société à poursuivre son agresseur, c'est l'intérêt de la société qui l'emporte. Voilà un indice important de la façon dont l'art.1 sera appliqué aux questions féminines, c.-à-d. que les femmes ne doivent pas être considérées comme le 'sexé faible' dont la protection constitue l'objet principal du droit pénal et elles ne doivent pas se voir réserver le genre de traitement préférentiel ou plein de déférence qui a permis d'emprisonner des femmes comme des citoyens de second ordre.

10.7 Conclusion

Il existe à première vue très peu de distinctions entre les sexes dans le droit positif de la procédure. Il faut donc procéder à de nombreuses recherches d'ordre pratique pour émettre des opinions autorisées sur la procédure. De toute façon, l'examen des points qui semblent faire problème donne à entendre que les réponses se situent au niveau des politiques et non à celui de la réforme du droit.

10.8 Recommandations

1. Il faut des données pour démontrer l'impact de ces problèmes de procédure sur les femmes.
2. Les points à étudier sont, entre autres, les suivants:
 - (a) les conditions de mise en liberté sous caution pour les hommes accusés de voies de fait sur leur épouse;
 - (b) le nombre de prostituées envoyant par la poste leur cautionnement et ne se présentant pas à leur procès;
 - (c) le nombre de poursuites pour agression sexuelle où le défaut de témoignage de la plaignante est entré en ligne de compte dans l'enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité;
 - (d) le nombre de poursuites pour agression sexuelle où la déposition faite par la plaignante lors de l'enquête préliminaire a contribué à amener l'inculpé à enregistrer un plaidoyer de culpabilité lors du procès;
 - (e) le nombre de poursuites pour agression sexuelle où la réticence de la plaignante à témoigner a contribué à faire retirer les accusations ou à faire acquitter l'inculpé;

- (f) les motifs de la réticence de la plaignante à témoigner dans les affaires d'agression sexuelle; et
 - (g) le relevé des cas de poursuites privées prises en charge par le procureur de la Couronne.
3. Il faudrait élaborer des règles concernant l'imposition de peines pour voies de fait intervenues dans le cadre de toute relation interpersonnelle, en particulier les voies de fait contre l'épouse.

CHAPITRE II

LA PREUVE

11.1 Introduction

L'examen du droit de la preuve n'a pas fait l'objet d'une analyse féministe au Canada, et son importance dans la façon de régler les cas soumis aux instances judiciaires ainsi que ses incidences probables sur les droits des femmes justifie la pertinence d'examiner les différentes dispositions concernant le droit de la preuve, d'extirper celles qui apparaissent et sont discriminatoires pour les femmes et de souligner celles qui nécessitent une modification.

Le droit de la preuve est le résultat des valeurs et des contraintes sociales, et les justifications des règles ou des principes énoncés trouvent leur raison d'être dans la décision de privilégier certaines valeurs au détriment de d'autres ou au nom d'une efficacité. Dans notre système accusatoire, le fardeau de présenter la preuve appartient à chaque partie et le juge arbitre le tout. Le principe de base est que toute preuve pertinente est admissible selon des critères de logique et d'expérience. Déjà ici la notion de pertinence peut recevoir différentes interprétations et faire l'objet d'une controverse, p. ex. ce qui est considéré comme pertinent au litige dans ces causes apparaît nettement discriminatoire aux yeux des femmes.

Au critère de pertinence s'ajoute la discrétion judiciaire d'exclure une preuve si le préjudice causé est plus grand que sa valeur probante. Comme le droit de la preuve est une science appliquée soumise à l'expérience des tribunaux et qu'il n'existe pas de règles de preuve codifiées, les décisions judiciaires concernant le droit de la preuve sont aussi variées que multiples. De même les sources du droit de la preuve sont nombreuses:

- (1) la Loi sur la preuve au Canada¹ qui traite de l'administration des témoignages et la preuve documentaire. Cette Loi s'applique à toute matière relevant de la compétence législative du parlement fédéral;
- (2) le Code criminel² constitue une autre source de référence. On y retrouve les dispositions relatives à la preuve, p. ex. en matière de corroboration (art. 123, 195, 246.4, 256, 325 et 586 C.Cr.), ainsi que des dispositions prévoyant des exceptions à la règle générale du fardeau de la preuve, p. ex. les présomptions;
- (3) finalement, la Common Law joue un rôle supplétif du droit de la preuve (art. 7(2) C.Cr.) et demeure la source la plus importante du droit de la preuve en ce qu'elle traite des règles d'admissibilité et des règles d'exclusion, p. ex. oui-dire.

Après avoir examiné les différentes règles de preuve selon les sources citées plus haut, nous n'en avons extirpé que quelques-unes. Comme cet examen s'avère un peu fragmentaire, mentionnons qu'elle ne se veut pas une analyse détaillée, exhaustive et en profondeur du droit de la preuve. Soulignons simplement que nous nous sommes interrogées sur la base même ou le fondement des règles de preuve, à savoir le système accusatoire et son incidence sur les droits des femmes. Il y aurait peut-être lieu d'étudier la base même de notre droit pénal, soit la présomption d'innocence et la preuve hors de tout doute raisonnable auraient-ils à être remis en question? Après réflexion, nous en sommes venues à la conclusion qu'un tel principe de base ne gagnerait pas à être changé pour deux raisons principales: premièrement, ce n'est pas ce principe ou un autre (p. ex. prépondérance de preuve) qui va donner plus de crédibilité aux femmes victimes, et deuxièmement, ce principe accorde l'assurance aux accusées d'être présumées innocentes.

11.2 Plainte spontanée

11.2.1 Introduction

Cette règle d'exclusion apparaît à l'article 246.5 du Code criminel. Historiquement, la règle de la plainte spontanée était une exception à la règle des déclarations antérieures similaires. La règle générale de la Common Law est que la déclaration antérieure d'un témoin est ³ inadmissible, c'est de l'auto-confirmation d'une version. Il s'agit d'une preuve superflue qui n'ajoute rien au débat.

Par ailleurs, en matière d'infractions sexuelles, une déclaration antérieure était admise exceptionnellement afin de démontrer la consistance de la version de la victime. Cette exception fut introduite pour la raison que le viol était si odieux que la victime n'hésiterait pas à crier haro sur l'agresseur afin de dénoncer ce crime à la première opportunité.⁴ 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.⁵ Donc, la règle autorisait la couronne à assimiler, à une plainte spontanée, une déclaration antérieure non contradictoire de la victime, en vue de prouver la similitude de la narration ou du témoignage de la victime.⁶ Cependant, comme le fondement des exigences de cette exception supposait que toute agression était accompagnée d'une plainte, les juges ont commencé à commenter l'absence de plainte et incidemment à demander aux jurés de tirer une conclusion⁷ défavorable ou négative quant à la sincérité de la victime. Cette procédure a continué à s'appliquer malgré le fait que la victime n'avait pas eu l'occasion d'expliquer les raisons de son mutisme immédiat ou encore malgré la problématique vécue par une victime.

Avec les nombreuses protestations contre ces interprétations, et dans un courant de 'considération de la victime', la règle de la plainte spontanée fut abolie le 4 janvier 1983. Afin d'éviter toute confusion possible, l'art. 246.5 fut libellé de façon à préciser que la règle concernant la plainte spontanée est abolie.

11.2.2 Analyse

Comme l'abolition de cette règle est en force depuis relativement peu de temps, il demeure difficile de vérifier si son abrogation rencontre les buts recherchés, à savoir une modification de la perception stéréotypée d'une victime d'agression sexuelle ainsi qu'une disparition des effets négatifs de cette perception. Par ailleurs, la jurisprudence consultée à date ainsi que l'analyse de cette disposition soulèvent quelques interrogations et quelques commentaires.

En premier lieu, il y a lieu de se demander si la règle de la plainte spontanée est abolie uniquement dans les cas d'agression sexuelle, c.-à-d. ceux couverts par les nouvelles modifications, ou si cette abolition concerne les autres infractions sexuelles, p. ex. l'inceste et les relations sexuelles illicites (art. 150 et 146 C.Cr.). Avant les modifications, la théorie de la plainte spontanée ne s'appliquait pas seulement aux infractions d'ordre sexuel mais à toutes ces infractions.¹⁰ Avec la Loi C-127, la règle est-elle limitée aux trois types d'assauts décrits, soit à des actes exigeant une absence de consentement? Prenant pour acquis que la preuve d'une plainte spontanée n'a pas une force probante relativement à la question du consentement mais qu'elle a plutôt une influence sur la crédibilité de la victime, par conséquent, et a contrario, l'abolition de cette règle touchant la crédibilité et non le consentement devrait affecter toutes les infractions d'ordre sexuel.¹¹ De plus, il serait illogique de prétendre que l'abolition concerne uniquement les cas 'd'assauts sexuels'.¹² Par ailleurs, l'argument à l'effet que la règle générale relative aux allégations de fabrication permettrait la preuve d'une plainte spontanée lorsque celle-ci est pertinente à la question en litige, c.-à-d. pour les cas d'absence de consentement, irait dans le sens de limiter la portée de l'abolition de la règle aux agressions sexuelles.¹³

Ici encore, l'interprétation des tribunaux sera importante pour déterminer l'étendue de l'application de cette disposition. Une clarification dans la formulation de l'article impliquerait une uniformité dans son application et éviterait une différence de traitement pour les victimes d'infraction sexuelle.

En plus de l'interrogation sur l'étendue de l'abolition, quelle est la signification de cette abolition et quels en sont les effets? Y aura-t-il possibilité de faire la preuve que la victime s'est plainte à la première opportunité? La défense pourra-t-elle soulever l'absence d'une telle plainte? Quid du contre-interrogatoire de la victime sur ce qui s'est passé après l'incident?¹⁴

L'abolition de la règle devrait signifier que la poursuite n'a plus à prouver que la victime s'est plainte de l'infraction à la première opportunité et ce aux fins de réfuter la présomption défavorable. Malgré cela, est-ce que cette présomption sera éliminée de l'esprit des jurés? Des directives devraient sans doute être données pour contrer le risque de l'inférence négative.¹⁵ Un auteur compare, et ce à juste titre, l'abrogation de cette règle à l'élimination de la règle relative à la corroboration; aucune n'empêchera un juge de commenter la preuve et d'assister le jury quant au poids à accorder à telle preuve.¹⁶

L'art. 246.5 C.Cr. signifie également que la plainte spontanée est régie par les règles ordinaires de la preuve sur les déclarations antérieures compatibles qui sont inadmissibles en principe. La plainte spontanée pourrait cependant être admissible à titre de res gestae ou pour réfuter une allégation de fabrication récente.¹⁷ Elle sera admise comme toute déclaration antérieure et ce aux fins de réhabiliter la crédibilité du témoin. Selon les auteurs,¹⁸ l'abolition de la règle n'empêcherait pas la couronne de demander à une victime si elle a fait une plainte et la même chose serait acceptable en contre-interrogatoire mais les détails ne seraient pas admissibles. La preuve du contenu serait admissible seulement si cette preuve répond aux conditions d'une règle de preuve tels les propos spontanés, la réfutation d'une allégation de fabrication récente ou à titre de déclaration antérieure incompatible.¹⁹

La jurisprudence à date sur le sujet nous montre les effets de l'art. 246.5 et l'interprétation donnée par les tribunaux. Dans R. c. Pagé,²⁰ le juge permet la preuve que la victime a fait une plainte mais il n'autorise pas que le contenu soit divulgué. Il exige que cette plainte corresponde à une réaction spontanée et non à une narration. De plus, le juge affirme que l'effet de l'art. 246.5 est de placer la plainte d'une agression sexuelle sur le même palier que tout autre infraction, et il souligne que pour ces infractions le moment de la plainte est pertinent sur la question de la crédibilité. Également, la défense pourrait contre-interroger la victime sur l'absence ou la tardivité de sa plainte et elle pourrait demander au jury d'en tirer une conclusion défavorable. Dans le cas où la défense alléguerait fabrication récente, il serait alors possible pour la couronne de faire la preuve de la plainte spontanée.

La question en litige, dans R. c. Colp,²¹ était de déterminer si une plainte faite à la première opportunité était admissible afin de supporter la crédibilité de la plaignante. Ici le juge en vient à la conclusion que les effets de l'art. 246.5 devraient être d'alléger le fardeau de la couronne tout en lui permettant de faire la preuve d'une plainte faisant partie de la res gestae ou intimement liée aux événements et également d'autoriser la couronne de présenter une contre-preuve sur la compatibilité de l'histoire de la victime.

Deux autres causes ont traité de l'art. 246.5. Dans R. c. Mohr,²² le juge affirme que l'art. 246.5 empêche la couronne de faire la preuve d'une plainte spontanée mais ne l'empêche pas de prouver l'état émotionnel de la victime. Le juge mentionne même que cette preuve demeure une preuve circonstancielle que le jury peut considérer comme une preuve corroborant le témoignage de la victime. Si les effets de l'art. 246.5 sont d'empêcher la couronne de faire la preuve d'une plainte spontanée, ils prohibent nécessairement à la défense de²³ contre-interroger la victime sur l'absence d'une plainte.

Il est donc évident que les effets de cet article sont différents selon les interprétations des tribunaux et aucune décision d'un tribunal supérieur ne nous indique quelles conséquences aura cette disposition. Il apparaît important que les tribunaux clarifient les effets de cet article afin d'éviter que cette disposition n'opère pas un effet de marche arrière et ne soit pas contraire aux objectifs recherchés par la Loi C-127, soit la cessation du harcèlement des victimes et l'incitation à porter plainte.

N'est pas non plus une solution à ce problème, la formulation suggère par le rapport fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve:²⁴ l'abolition de la plainte spontanée avec la mention des exceptions dont la possibilité de faire la preuve de la plainte quand l'absence de consentement est en litige et de faire la preuve du contenu de la plainte quand la défense attaque la crédibilité sur un motif de fabrication récente ou de déclaration antérieure contradictoire. Cette disposition, qui était²⁵ le reflet de celle libellé dans le Projet de Loi C-53, avait été largement critiquée pour sa mauvaise formulation et son ambiguïté. Nous ne trouvons également aucune réponse dans le Projet de loi S-33.²⁶ Aucune disposition ne traite de la plainte spontanée sauf indirectement l'art. 118 qui traite des déclarations antérieures compatibles. Dans l'éventualité où ce projet entrerait en vigueur, les tribunaux interpréteraient l'art. 246.5 C.Cr. en conjonction avec cet art. 118, et nous en serions avec les²⁷ mêmes problèmes d'interprétation soulevés dans R. c. Pagé.

11.2.3 Conclusion

Si la nouvelle législation se veut un reflet d'une nouvelle réalité et qu'elle tienne en ligne de compte les droits des femmes sans avoir d'aspect discriminatoire, il est important que les effets d'une disposition soient précis et donnent lieu à une marche vers l'avant. Il est clair que l'abrogation de la règle de la plainte spontanée devrait correspondre à une reconnaissance réelle de la crédibilité d'une victime d'agression sexuelle sans qu'il y ait de prérequis ou de conditions pour être crédibles. En d'autres termes, le fait qu'une victime ne se plaint pas immédiatement n'amène pas indubitablement la conclusion qu'elle n'est pas crédible ou qu'on devrait inférer de ce fait que ce qu'elle raconte mérite d'être scruté à la loupe.

Par ailleurs, si l'interprétation qu'en font les tribunaux permet indirectement de conclure qu'une femme qui ne se plaint pas suscite plus de doutes sur sa crédibilité, alors la disposition n'a aucun effet curatif. Si la législation doit reconnaître la réalité des femmes victimes d'agression sexuelle (soit leur différence, leur réaction, leur individualité et leur réticence à se plaindre et à poursuivre par la suite), elle ne doit pas leur tenir rigueur parce que celles-ci ne se sont pas plaintes à la première opportunité.

Mentionnons cependant que cette législation est encore jeune, qu'elle constitue une amélioration vis-à-vis l'ancienne législation et qu'une jurisprudence plus abondante nous permettra d'évaluer plus adéquatement le traitement de cet article.

11.2.4 Recommandations

A titre de recommandation, nous suggérons de procéder à une étude des décisions et d'évaluer l'interprétation donnée par les tribunaux. Si une clarification dans la formulation de l'article s'impose pour étendre son application à toutes les infractions sexuelles, alors il faudra modifier le texte de loi, mais nous croyons que l'interprétation des tribunaux sur l'application de cet article ne nécessitera pas une telle modification. Le tout reste à être vérifié.

En ce qui a trait à l'impact de l'abolition de cette règle, il faudrait faire une étude des décisions et vérifier l'interprétation des données suivantes:

- (1) l'admissibilité ou non de l'absence ou de la mention d'une plainte;
- (2) l'admissibilité à titre de res gestae;
- (3) l'admissibilité pour réfuter une allégation de fabrication récente; et
- (4) l'existence ou non de directives particulières.

Comme la vérification de l'effet ou l'absence de cette preuve s'avère difficile à faire, il y aurait lieu de procéder à une étude expérimentale afin de vérifier l'impact de ces variables sur la décision finale.²⁸ Cette étude pourrait nous donner un indice de l'effet, p. ex., de l'absence de plainte chez la victime, de la persistance de cette perception négative de la plaignante dans ces cas et donc de la nécessité de directives spécifiques.

11.3 Compétence et contraignabilité du conjoint

11.3.1 Introduction

La compétence et contraignabilité du conjoint se retrouve à l'art.4 de la Loi de la Preuve au Canada. Comme à l'origine, les époux ne faisaient qu'un selon la règle de la Common Law, et comme il s'agissait de préserver le lien conjugal, des règles ont été établies en fonction de ces valeurs. Le principe actuel est à l'effet que:

- 1) Le conjoint de l'accusé n'est pas habile à témoigner pour la poursuite selon la (Common Law);
- 2) Il est habile à témoigner pour la défense (art. 4(1) L.P.); et
- 3) Il est compétent et contraignable pour la poursuite pour les infractions énumérées aux articles 4(2) et 4(3.1) L.P., et les infractions de Common Law (art. 4(4) L.P.) contre la personne du conjoint ou sa propriété.

La jurisprudence note une incertitude d'interprétation sur quelques points. Premièrement, il n'est pas clair si la compétence implique la contraignabilité dans les cas prévus à l'art. 4(4) L.P. Selon la jurisprudence anglaise ces deux concepts²⁹ se dissocient. Par ailleurs, selon R. c. Czipps,³⁰ la compétence entraîne la contraignabilité. Egaleme nt pour cette catégorie d'infraction, il apparaît incertain s'il faut tenir un voir-dire pour déterminer la compétence ou la contraignabilité ou se fier à la face même de la dénonciation.³¹ Selon la loi actuelle, un conjoint est compétent pour la défense (art. 4(1)), mais rien n'indique s'il est contraignable (p. ex. une femme qui ne voudrait pas témoigner pour son mari). Il est vrai qu'une telle situation peut se présenter rarement étant donné qu'en pratique un accusé ne demanderait pas à son conjoint réticent de témoigner. De plus, selon la Loi de la preuve, rien n'indique qu'un conjoint est incompetent pour la couronne et il nous faut référer à la Common Law pour le savoir.

Dans le Projet de loi S-33³² la compétence et la contraignabilité du conjoint se retrouvent aux articles 91 à 94. Après avoir établi le principe que toute personne peut témoigner en justice et peut y être contrainte (art. 86), le

projet de loi stipule que le conjoint est compétent et contraignable pour la défense lorsque l'accusé est seul (art. 91); lorsqu'il y a des co-accusés, le conjoint est compétent mais non contraignable (art. 92). A l'art. 93, le conjoint est compétent pour la couronne, mais non contraignable sauf dans certains cas. En résumé, les dispositions prévues au Projet de loi S-33 clarifie les dispositions actuelles en ce que:

- (1) le conjoint devient compétent et contraignable pour la défense;
- (2) il codifie la non-contraignabilité du conjoint lorsqu'il y a des co-accusés;
- (3) il modifie la loi en statuant que le conjoint peut témoigner pour la couronne; et
- (4) il ajoute des infractions dans les cas de la contraignabilité du conjoint, soit infanticide, meurtre, homicide involontaire, meurtre d'un enfant, tentative de meurtre et omission aider accouchement.

11.3.2 Analyse

Les dispositions de la Loi de la preuve au Canada et le Projet de loi S-33 consacrent et préservent la règle de la Common Law qui se veut protectrice du lien conjugal. En théorie, l'art. 4 L.P. protège également les deux sexes; en pratique, il peut arriver plus fréquemment que cette disposition touche davantage les femmes.³³ Selon l'approche d'une égalité absolue, cette compétence spécifique du conjoint n'a pas sa raison d'être étant donné la règle générale qui prône la compétence pour tout témoin. L'égalité politique, sociale et légale justifie l'abrogation de cette spécificité quant à la compétence du conjoint de témoigner. Les limites actuelles privent le conjoint de l'un de ses droits fondamentaux de citoyen, et il semble contraire aux conditions sociales modernes d'empêcher un individu d'exercer un droit commun à tous, sous le prétexte de protéger le mariage.³⁴ L'individu est mieux placé que l'Etat pour prendre sa décision.

Lorsqu'une femme décide de témoigner dans une procédure criminelle, sa relation avec son conjoint est sûrement altérée à ce point qu'elle ne nécessite pas un statut particulier, caractérisé par le lien conjugal. Son statut de témoin n'a pas à être subordonné à son statut matrimonial. De plus, une règle de preuve qui permet à un conjoint d'empêcher l'autre de témoigner frustrer davantage les fins de la justice et caractérise la relation traditionnelle dans un mariage.³⁵ La loi semble davantage favoriser la sauvegarde du mariage au détriment du respect de la liberté de chacun.

Est-ce le statut d'une personne qui la rend habile et compétente? Le principe ne devrait-il pas être que toute personne est compétente ou apte à témoigner et peut être

contrainte de le faire? Par ailleurs, étant donné la réalité des femmes, la femme est-elle mieux protégée par cette règle? Aucune étude sur le sujet ne nous permet d'être catégorique quant à la réponse.³⁶ Un changement dans les règles actuelles apporterait-il une modification théorique uniquement? Le fait qu'il soit libellé actuellement que le conjoint est obligé de témoigner dans certains cas n'allège-t-il pas le fardeau de l'épouse? Lorsqu'une femme désire témoigner contre l'accusé, est-ce qu'un empêchement juridique préservant le lien conjugal constitue une justification? Cependant, comment la loi doit-elle réagir lorsqu'une personne refuse de témoigner? Il existe également un danger de rendre le conjoint compétent pour la couronne car on le place dans une situation précaire où le conjoint doit choisir à témoigner comme son mari ou d'être accusé d'outrage au tribunal, et où par voie de conséquence on peut attaquer davantage la valeur du témoignage du conjoint ou encore s'attaquer plus à la crédibilité.

Dans son rapport sur la preuve, la Commission de réforme du droit du Canada pose le principe de l'aptitude et de la contraignabilité de tout témoin.³⁷ Dans le rapport, nous y retrouvons les commentaires suivants:

L'article 54 abolit l'autre motif d'inaptitude à rendre témoignage, soit l'existence du lien conjugal, étant donné qu'on voit mal pourquoi on empêcherait une personne de rendre témoignage en faveur ou à l'encontre de son conjoint dans la mesure où elle le désire et où la preuve a suffisamment de valeur.³⁸

De plus à l'art. 57, la Commission impose au juge l'obligation d'évaluer les intérêts en présence et de décider si l'intérêt que présente la préservation de la relation maritale l'emporte sur la nécessité d'entendre la déposition, elle confère au juge le pouvoir discrétionnaire de ne pas contraindre une personne à rendre témoignage. Fait à noter, que cette exception à la règle ne s'applique pas uniquement au conjoint mais à toute personne liée à l'accusé par le lien familial. A contrario, dans le rapport fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve,³⁹ le groupe de travail recommande qu'un conjoint puisse témoigner contre l'autre conjoint en faveur de la couronne, que l'accusé puisse contraindre son conjoint à témoigner, que le conjoint d'un accusé soit compétent et contraignable pour la couronne dans le cas d'une série d'infractions et enfin que la définition de conjoint soit réservée aux conjoints liés par un mariage valide.

11.3.3 Conclusion

Il est intéressant de comparer les recommandations de la Commission de réforme du droit à celles du rapport

fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. La Commission, pour sa part, accorderait le privilège de ne pas témoigner à toute personne ayant un lien de parenté avec l'accusé. Beaucoup plus restrictif, le rapport fédéral-provincial, préconise de n'appliquer la règle qu'aux conjoints légitimes. Il n'est pas tenu compte, du point de vue analytique, de l'impact de l'une ou l'autre proposition dans une société où un très grand nombre de familles sont formées d'enfants et de couples non mariés mais stables. Il n'est pas tenu compte non plus des couples homosexuels ni du phénomène du remariage, courant aujourd'hui, et des structures familiales nouvelles qui en découlent souvent.

Dans le cas d'un homme et d'une femme qui vivent ensemble depuis nombre d'années, qui ont eu des enfants ensemble et qui ont peut-être des enfants d'unions antérieures, qu'est-ce qu'on entend par 'famille'? Les oncles et les grands-parents feraient-ils partie du giron familial que la proposition de la Commission de réforme du droit recommande de protéger? Quand l'union n'est pas légitime, les intimes de la 'famille' bénéficient-ils de la disposition proposée? De toute évidence, cette proposition peut donner lieu à des interprétations absurdes. D'un autre côté, le rapport fédéral-provincial semble beaucoup trop restrictif et ne pas tenir suffisamment compte des réalités actuelles. La procédure de voir dire recommandée par la Commission pourrait constituer un moyen de contourner ces problèmes.

Par contre, l'ampleur de l'écart entre ces propositions indique que ce type de protection a de moins en moins de raison d'être. La non-contrainabilité des conjoints aurait-elle fait son temps? Quoi qu'il en soit, tout compte fait, il serait préférable de supprimer la disposition selon laquelle le conjoint n'est pas tenu de témoigner.

11.3.4 Recommandations

Une modification de la Loi de la preuve au Canada sur la compétence et la contraignabilité du conjoint s'impose. La compétence d'un témoin comme personne devrait davantage primer sur des considérations de statut ou de lien conjugal. En somme, le respect des droits de l'individu devrait guider toute nouvelle formulation d'un texte de loi et servir de règle de base. Une enquête effectuée auprès des femmes qui ont été appelées comme témoin-conjoint nous aiderait sûrement à tempérer cette règle de base s'il y a lieu et à établir des paramètres. Une étude plus approfondie sur la question s'impose.

11.4 Communications privilégiées

11.4.1 Introduction

Les commentaires seront brefs puisqu'ils se recoupent en substance avec ceux énoncés dans le chapitre de la compétence et contraignabilité.

Selon l'état actuel de notre droit aucun conjoint ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant le mariage (art.4(3) L.P.). Ce privilège de la communication entre époux a pour but de protéger le lien conjugal et d'encourager une franche communication entre époux. Ce privilège est-il nécessaire ou inutile?

11.4.2 Analyse

Selon certains auteurs,⁴⁰ il subsiste certains doutes à savoir si ce privilège a déjà existé dans la Common Law. Selon Wigmore,⁴¹ ce privilège a existé mais il a été rarement utilisé étant donné que les époux étaient incompétents à témoigner et que cette situation était vraiment exceptionnelle. De toute façon, au Canada, il est évident que ce sujet n'a pas fait l'objet de multiples controverses. A la revue de la jurisprudence et des auteurs, et malgré l'absence de données sur la fréquence d'utilisation de ce privilège, nous notons ce qui suit:

- (1) Le privilège mentionné à l'art. 4(3) L.P. s'avère mal formulé et possède une valeur réduite;
- (2) Il ne s'applique pas aux actes à caractère privé ou confidentiels;⁴² ni à la famille ou aux enfants;
- (3) Il appartient au dépositaire de la confiance et il concerne uniquement les mari et femme;⁴³ et
- (4) Le privilège⁴⁴ cesse à la dissolution ou à l'annulation du mariage et le conjoint contraignable à témoigner par la poursuite ne peut invoquer ce privilège.⁴⁵

Si l'on examine les modifications suggérées au Projet de loi S-33, on s'aperçoit qu'elles accordent davantage de poids à ce privilège.⁴⁶ Le projet vient clarifier la notion d'époux et spécifie qu'il s'agit du conjoint au moment où la déclaration est faite. Donc la perte du statut au moment du procès ne prive pas la personne de soulever ce privilège. En second lieu, on y stipule que le privilège appartient à l'auteur de la communication et qu'il cesse d'exister à sa mort.⁴⁷ Il y a une présomption de confidentialité quant aux communications faites par un conjoint à l'autre,⁴⁸ et ce droit au secret peut être invoqué par son auteur ou son conjoint avec l'autorisation de l'auteur.⁴⁹ Le projet de loi prévoit également une exception dans les cas de contraignabilité du conjoint; le privilège cesse également lorsqu'il s'agit d'une infraction contre un tiers ou commise dans le

cours d'un délit contre le conjoint.⁵⁰ Il y a également perte⁵¹ du privilège lorsque l'auteur en autorise la divulgation. En somme, ce projet de loi renforce le droit de la communication privilégiée en ce qu'il le rend à son auteur et le fait exister sa vie durant. Il crée une présomption de confidentialité et élargit le droit au secret à toutes les communications.

La Conférence sur l'uniformisation des lois n'a donc pas suivi la recommandation du groupe de travail visant à abolir le privilège.⁵² D'ailleurs, ce groupe de travail s'est référé aux propositions émises par la Commission de réforme du droit de l'Ontario,⁵³ et le Comité anglais de révision du droit criminel⁵⁴ qui suggéraient l'abolition du privilège.

11.4.3 Conclusion

Nous ne possédons aucune donnée sur l'utilisation de ce privilège et sur la connaissance des conjoints quant à l'existence de ce privilège. Notre conclusion se limitera donc à l'aspect théorique. Doit-on maintenir la protection du droit d'un conjoint de révéler, p. ex., la commission d'un crime à l'autre? Ou doit-on abolir un tel privilège? Selon Wigmore:

(Traduction) Si, du point de vue de la théorie juridique, ce privilège conjugal n'est qu'un simple anachronisme, en pratique,⁵⁵ il constitue un inadmissible obstacle à la vérité.

Les commentaires déjà énoncés sur la question de la protection du lien conjugal s'appliquent également ici. S'il s'agit⁵⁶ de protéger le mariage, il faut maintenir ce privilège. Si, par contre, il faut protéger la cellule familiale, il faut étendre ce privilège à toute la famille. C'est d'ailleurs dans cette optique⁵⁷ que la Commission de réforme du droit a traité du sujet. Dans son rapport sur la preuve, à l'art. 40, le droit au secret conjugal devient le droit au secret familial et donc le privilège couvre toute la famille et non pas le conjoint uniquement. La Commission suggère également de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire d'admettre le droit au secret ou de le refuser à la lumière des circonstances.

S'il s'agit de protéger ou de reconnaître l'individu, il faut abolir ce privilège. D'ailleurs le privilège actuel ne touche que les femmes mariées et il n'est pas favorable pour les femmes car il appartient au dépositaire de la confiance. Dans plusieurs circonstances la femme recevra la confiance et sera davantage susceptible de soulever ou non ce privilège et donc de subir des pressions. De plus, dans les cas de contraignabilité, le privilège cesse d'exister et

la femme peut être contrainte de révéler une communication privilégiée.

Quelle que soit l'option retenue, il faudrait qu'elle soit compatible avec les dispositions législatives concernant la compétence et la contraignabilité des conjoints.

11.4.4 Recommandation

Abolir le privilège de la communication privilégiée entre époux.

11.5 Corroboration

11.5.1 Introduction

La corroboration est une règle de Common Law et les cas de corroboration dépendent de la nature de l'infraction ou du genre de témoin.⁵⁸ Notre système veut qu'un verdict ne peut être fondé sur la foi d'un seul témoin surtout si ce témoin ne possède pas les qualifications requises.⁵⁹ L'enfant fait parti de cette catégorie de témoin 'à risque'. Lorsqu'il s'agit du témoignage non assermenté d'un enfant, il est nécessaire qu'il soit corroboré.⁶⁰ Si l'enfant est assermenté, le juge avertit les jurés de traiter cette preuve avec prudence.⁶¹ La base de cette règle est l'immat-⁶²urité mentale de l'enfant.

Cependant, les motifs de la nécessité d'obtenir la corroboration du témoignage d'une femme lorsqu'il s'agit d'une infraction sexuelle ont été exposés:

(Traduction)

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.⁶³

Ainsi le Code criminel empêche toute condamnation sur la foi du témoignage non assermenté à moins que ce témoignage ne soit corroboré sur un point important par une preuve impliquant l'accusé.⁶⁴ Donc même si le juge des faits est satisfait hors de tout doute raisonnable, il ne peut déclarer l'accusé coupable sur la foi du seul témoignage non assermenté. La Loi sur la preuve au Canada stipule, l'art. 16(2), qu'aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, celui-ci doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel. Cette corroboration exigée par une règle implique une preuve particulière impliquant l'accusé sous quelque rapport essentiel à l'accusation. Il ne s'agit pas d'une confirmation de⁶⁵ crédibilité du témoignage mais d'une preuve indépendante.

Soulignons également l'art. 246.4 qui stipule que la corroboration n'est pas requise pour les infractions d'inceste, de grossière indécence, d'agressions sexuelles, donc cette disposition entre en conflit avec l'art. 586. Ce premier article restrictif abolissant la règle a-t-il préséance sur le second qui est plus général et qui exige la corroboration? Est-ce à dire que le témoignage d'un enfant d'âge tendre victime d'un assaut sexuel n'aurait pas à être corroboré? Toute recommandation aura à clarifier cette contradiction.

11.5.2 Analyse

Selon les dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada, il est clair que le témoignage des enfants n'occupe pas une place importante et ne fait pas l'objet de considérations particulières. Comme on croit que les enfants vont mentir, vont exagérer ou encore qu'ils ne se souviennent de rien et qu'ils imaginent tout, on exige plus face à ces témoignages. Notons que ces mêmes arguments ont été avancés dans le cas des victimes d'assaut sexuel. Dans le Projet de loi S-33⁶⁶ on conserve la corroboration mais on allège la règle. En effet à l'art. 125, on mentionne que la corroboration n'est pas requise, et on ajoute que le juge doit donner⁶⁷ des directives dans tous les cas où il l'estime nécessaire⁶⁸ et des directives de prudence doivent être données lorsqu'il s'agit d'un témoignage non assermenté. Ceci constitue une amélioration en ce que la condamnation n'est pas exclusive à la corroboration. De façon plus drastique, le Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des jeunes propose l'abrogation des art. 586 C.Cr. et 16(2) L.P. et que l'art. 246.4 du Code criminel s'applique à toutes les infractions d'ordre sexuel.⁶⁹

À notre avis, les raisons pour lesquelles on exige la corroboration du témoignage d'une femme en matière

d'infraction sexuelle sont absolument injustifiables. Dans le cas des agressions sexuelles, cette règle a été abrogée; elle devrait l'être également en ce qui concerne les infractions sexuelles ne tombant pas sous le coup du projet de loi C-127.

11.5.3 Conclusion

L'état actuel du droit en ce qui a trait à la question de la corroboration du témoignage non assermenté d'un enfant est inacceptable, ne tient pas compte de la réalité de 'l'enfant victime' et refuse de reconnaître les droits de l'enfant. Tous en conviennent: des modifications s'imposent et les art. 586 C.Cr. et 16(2) L.P. doivent être abrogés. Il existe également un consensus sur le fait qu'un témoignage d'enfant peut suffire pour obtenir une condamnation. Malgré une suggestion d'abolir la corroboration dans ces cas, la majorité considère que la fragilité du témoignage de l'enfant nécessite des directives de prudence pour éviter des erreurs judiciaires.

11.5.4 Recommandations

- 1) La loi ne doit pas imposer d'exigence de corroboration pour un témoignage non assermenté d'un enfant (ou qui n'a pas fait d'affirmation solennelle);
- 2) Les art. 586 C.Cr. et 16(2) L.P. doivent être abrogés; et
- 3) L'art. 246.4 C.Cr. doit être étendu pour s'appliquer à toute infraction sexuelle.

11.6 Conduite sexuelle

11.6.1 Introduction

Les questions sur le comportement sexuel de la victime avec une personne autre que l'accusé ont fait l'objet de multiples commentaires et soulèvent encore des interrogations.

Jusqu'en 1976, la Common Law régissait l'admissibilité de la preuve sur le comportement sexuel. De l'expédition de pêche où tout était permis et où n'importe quelle question sur la conduite sexuelle de la victime avec d'autres personnes que l'accusé était permise, on est passé, en 1976, à une prohibition mitigée où la conduite sexuelle de la victime pouvait être l'objet du débat, mais à certaines conditions. L'art. 142 a été édicté pour limiter le droit conféré à l'accusé par la Common Law de contre-interroger la victime. Cette disposition empêchait l'accusé de contre-interroger la victime d'un viol ou d'un attentat à la pudeur sur sa conduite sexuelle avec des personnes autres que

l'accusé à moins que celui-ci n'ait donné un avis raisonnable de son intention. Avant d'admettre cette preuve, le juge devait l'entendre à huis-clos afin d'en déterminer la pertinence et décider si son exclusion empêchait la juste détermination d'un fait en litige. Malheureusement, l'interprétation judiciaire de cette disposition a eu pour effet de mettre la victime dans une position plus difficile que celle qu'elle avait selon la Common Law. Elle devient un témoin contraignable et la défense pouvait faire la preuve contradictoire des rapports sexuels de la victime avec des tiers.⁷¹

Comme l'interprétation des tribunaux n'a pas respecté les buts recherchés par la législation proposée, et à cause des nombreuses critiques, le législateur a présenté le Projet de loi C-127 restructurant les infractions sexuelles et modifiant les règles de preuve.⁷² Avec ces nouvelles modifications, l'art. 142 fut aboli. L'art. 246.6 touche la recevabilité de la preuve du comportement sexuel de la victime avec des tiers qui devient pertinente dans trois cas uniquement:

- (1) La réfutation de la preuve de la poursuite mettant en litige le comportement sexuel ou l'absence de comportement sexuel du plaignant (art. 246.6(1)(a));
- (2) La preuve a pour but d'établir l'identité de la personne qui a eu des rapports sexuels avec la victime lors de l'incident (art. 246.6(1)(b)); et
- (3) La preuve concerne des actes de conduite sexuelle contemporains à l'acte en litige et pertinent à la croyance de l'accusé eu un consentement (art. 246.6(1)(c)).

La preuve n'est recevable que si le juge est convaincu qu'elle répond aux exigences de la disposition, après qu'un avis ait été envoyé à la poursuite et lors d'une⁷³ audition à huis-clos où la victime n'est pas contraignable.

Il est difficile d'évaluer l'impact de ces modifications étant donné leur proclamation si récente, et il est évident qu'une étude plus détaillée sur la fréquence de l'utilisation de ces dispositions et surtout sur l'interprétation qu'en feront les tribunaux s'avérera pertinente pour mieux critiquer l'application de ces dispositions, suggérer des réformes adéquates et répondre plus spécifiquement à la question de connaître l'impact de ces articles sur le taux de dénonciation et surtout le traitement accordé à la victime.

11.6.2 Analyse

Des analyses et des études sur la question nous permettent de souligner les points suivants.⁷⁴ Ces nouvelles

dispositions établissent de nouveaux tests de pertinence et de procédure. Si, dans le passé, la pertinence de l'activité sexuelle a été si ouvertement critiquée, c'est que cette preuve a été couramment utilisée pour inférer le consentement ou attaquer et miner la crédibilité de la victime. Avec ces dispositions, l'activité sexuelle n'est plus reliée à la crédibilité. C'est pourquoi l'exception prévue à l'art. 246.6(1)(b) semble acceptable puisqu'elle touche une question d'identité et non de consentement.⁷⁵ L'art. 246.6(1)(c) est plus problématique puisqu'il véhicule encore l'idée traditionnelle que parce qu'une femme a eu une activité sexuelle avec un tiers, elle a donné lieu à l'accusé de croire qu'elle a consenti. Selon Watt,⁷⁶ cet article va impliquer des difficultés d'interprétation. De plus la signification⁷⁷ de l'expression 'même temps' suscitera des opinions variées.

L'art. 246.6(1)(a) ne semble pas poser de problèmes étant donné qu'il s'agit de réfuter une preuve présentée par la couronne.⁷⁸ Par ailleurs, lorsque l'on s'attarde aux termes même de l'art. 246.6 on s'aperçoit que cet article ne restreint pas le droit de l'accusé d'interroger le plaignant sur son comportement sexuel avec des tiers mais uniquement son droit de présenter une preuve. Si les tribunaux continuent d'élaborer la même attitude vis-à-vis ce genre d'infraction qu'ils l'ont fait dans le passé, alors il est à prévoir que les dispositions de cet article ne soient pas aussi protectrices qu'on le voudrait.⁷⁹ Même si une règle était édictée à l'effet que la victime n'est jamais contraignable sur cette matière, ça n'empêcherait pas les juges d'interpréter ceci en faveur de l'accusé.⁸⁰ Un changement de mentalité et de perception pourrait donner pleine force aux volontés réelles de la législation et protéger davantage les victimes.

De plus, les améliorations acquises sur le test de la pertinence sont effacées par la diminution de protection au niveau de la procédure. L'avis quant à la preuve à être présentée s'applique seulement à l'art. 246.6(1)(c) et parle de la preuve⁸¹ à être présentée et non des questions qui seront posées. Le fait que l'exclusion du public est obligatoire et ne laisse aucune discrétion au juge soulève la question d'une contravention possible à l'art. 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés.⁸² Dans cette optique, il sera nécessaire pour les tribunaux d'examiner le caractère raisonnable de cette exclusion en fonction de la réduction de l'embarras ou le traumatisme des femmes contre ce droit fondamental libellé dans la Charte.⁸³

Dans la nouvelle législation, on a prévu de façon spécifique l'inadmissibilité de la preuve de réputation. L'art. 246.7 touche ce genre de preuve, et affirme que celle-ci n'est pas admissible dans le but d'attaquer ou de défendre la crédibilité.⁸⁴ Cette preuve serait-elle

admissible sur la question du consentement? Elle tomberait alors sous les critères de l'art. 246.6 où elle serait admissible uniquement sous l'art. 246.6(1)(a). Selon certains auteurs, cette disposition est redondante à la lumière de l'article 246.6.⁸⁵

La jurisprudence sur les art. 246.6⁸⁶ et 246.7 ne fait pas légion. Dans R. c. Bird & Peebles,⁸⁶ on a invoqué la violation des art. 7 et 11(d) de la Charte. L'argument à l'effet que les restrictions imposées par les art. 246.6 et 246.7 empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière a été rejeté par le juge pour le motif que les limitations sont d'ordre procédural et elles sont raisonnables. En ce qui concerne l'art. 1 de la Charte, le juge conclut que l'intérêt de la société demande à ce que le crime soit rapporté et à ce que la vie privée soit protégée. De façon intéressante, le juge ajoute que la victime a le droit de ne pas être sujette aux conséquences négatives dues au dévoilement de sa vie sexuelle et que ce comportement sexuel est d'une pertinence marginale. Il ne s'agit pas ici d'une limitation⁸⁷ de droit substantif et donc elle n'entrave pas la Charte.

Il faudra voir si les tribunaux vont suivre cette interprétation ou s'ils vont statuer que l'élimination de toute discrétion judiciaire va à l'encontre de la constitution en ce qu'il ne peut subsister une règle d'exclusion niant la discrétion judiciaire et affectant le droit à l'accusé à une défense pleine et entière.⁸⁸ L'expérience américaine⁸⁹ soutenu la constitutionnalité de ces lois d'exclusion. En 1979, 45 états américains adoptaient des statut 'Rape shield laws' désignés pour limiter la preuve de la conduite sexuelle de la victime. Les plus permissifs ont été critiqués sur la base de l'exclusion de la discrétion judiciaire et les plus restrictifs ont été dénoncés aussi: (Traduction) 'C'est là sacrifier les droits légitimes de l'accusé sur l'autel de la libération de la femme.'⁹⁰

Comme les femmes sont sept fois plus susceptibles que les hommes d'être victime d'agression sexuelle,⁹¹ il est évident que cette disposition les concerne grandement. Pourquoi une activité sexuelle avec une personne autre que l'accusé serait pertinente au débat dans les trois situations permises? Il est clair que la notion de pertinence ne revête pas la même signification pour les femmes et la principale raison pourquoi aucune question ne devrait être posée sur l'activité sexuelle demeure que ce n'est pas pertinent à la question en litige. Il semble que la raison d'être de cette disposition était d'établir un juste équilibre entre les intérêts de l'accusé (son droit à une défense pleine et entière) et la prévention du harcèlement de la victime. Si le passé sexuel d'une victime avait quelque valeur probante, les questions y référant seraient justifiées et la question du harcèlement ne se poserait même pas. Si la véracité de

la version de la victime ou si sa crédibilité dépendent de sa chasteté alors la considération de la conduite sexuelle est pertinente. La divergence de perception de la notion de pertinence par les femmes et les tribunaux fait toute la différence.

11.6.3 Conclusion

Les art. 246.6 et 246.7 constituent sans aucun doute une amélioration justifiée et attendue du contre-interrogatoire général, on est passé à une prohibition de poser des questions sur le comportement sexuel sauf dans trois situations spécifiques. Cependant, l'interprétation de ces dispositions par les tribunaux nous dévoilera s'il s'agit d'une amélioration comparativement à l'ancien l'art. 142 et l'arrêt Forsythe.

A première vue l'art. 246.6 limite grandement les situations susceptibles de donner lieu à la preuve de la conduite sexuelle et la jurisprudence à date semble vouloir respecter la philosophie du non-harcèlement des victimes et du respect de la vie privée. Ceci étant dit, il n'en demeure pas moins que ces dispositions sont jeunes et elles méritent d'être suivies dans leur développement. Nos conclusions sur leur utilisation ainsi que sur leur application sont donc limitées. Par ailleurs soulignons que ces dispositions n'ont pas réglé la problématique de base à savoir la pertinence de la conduite sexuelle. La logique de l'admissibilité de la conduite sexuelle était de l'admettre pour jauger la crédibilité. L'association véracité-conduite sexuelle expliquait la croyance qu'une personne immorale ou adultère n'aurait aucun scrupule à mentir. Le critère de pertinence au niveau du consentement consistait à associer le passé au présent, et à affirmer qu'un consentement passé équivalait à un consentement présent. Ce type de raisonnement, erroné bien sûr, démontre quand même une pauvre compréhension du comportement humain et explique l'admissibilité de la conduite sexuelle.

11.6.4 Recommandations

D'abord il serait intéressant de faire une étude sur la fréquence d'utilisation de ces dispositions et de leur impact sur la décision finale, comme p. ex. l'étude de Nelson⁹² sur le comportement des jurés. Dans cette étude expérimentale, l'auteur arrive à la conclusion que cet élément n'influence pas la décision des jurés. Deuxièmement, une étude sur l'application de ces dispositions et l'interprétation des tribunaux serait très pertinente pour formuler des changements. Troisièmement, il y aurait lieu d'évaluer les effets restrictifs d'une telle loi sur les droits préservés dans la Charte. Enfin la notion de pertinence aurait avantage à être examinée et ceci

dans le but de suggérer une règle absolue d'exclusion de la preuve de la conduite sexuelle de la plaignante.

PARTIE IV

PEINES

12.0 Introduction générale

En guise d'introduction à cette partie de notre examen, deux mots de mise en garde.

12.0.1 Volume, évolution et répression de la criminalité des femmes

Il ne fait de doute que la criminalité des femmes constitue une bien faible part de l'ensemble du phénomène de la déviance et que les crimes commis par les femmes sont peu dangereux si on les compare à ceux dont les hommes se rendent coupables. Sur ces deux faits, pénologues, sociologues, statisticiens et gens de la rue s'accordent.

Mais là s'arrête l'unanimité. En effet, à propos de l'évolution de la criminalité des femmes et de sa possible aggravation, les auteurs ne s'entendent pas. Le débat est également ouvert en ce qui touche à la réaction sociale à la criminalité des femmes.

12.0.2 Absence de statistiques sur les condamnations au Canada depuis 1973

La seconde mise en garde est plutôt une triste constatation. Depuis 1973, il n'existe plus de relevé national des condamnations et des sentences pour crimes au Canada. En effet, cette année-là, Statistique Canada a publié pour la dernière fois son catalogue 85-201 qui rendait compte, encore qu'imparfaitement, des condamnations et des caractéristiques des personnes condamnées, p. ex. âge, sexe, infraction, province et sentence. Pour obvier à cette lacune importante, nous recourons aux rapports du Ministère du Solliciteur général,¹ spécialement à ceux du Comité de planification stratégique¹ pour les peines de prison et les libérations conditionnelles et à l'analyse des tendances du sentencing de 1960 à 1972,² ainsi qu'à des rapports partiels obtenus du Centre canadien de la Statistique juridique.

CHAPITRE 12

LES PEINES MINIMALES ET LES PEINES NON PRIVATIVES DE LIBERTÉ

12.1 Les peines minimales

12.1.1 Introduction

Les peines minimales ne sont pas des peines minimales! Ce sont des peines fixes, des sanctions dont le minimum est déterminé par le Code criminel³ et qui échappent à la discrétion du juge. Dans deux des trois cas où elles sont prévues aux lois pénales du Canada, ce sont aussi des sanctions extrêmement sévères.

On a prévu, au Code criminel et dans la Loi sur les stupéfiants,⁴ des minimums ou peines fixes pour trois crimes: le meurtre,⁵ l'importation de stupéfiants⁶ et la conduite d'un véhicule à moteur en état d'intoxication, alcoolique ou autre. Mais il s'agit d'une utilisation bien différente du minimum, dans ce dernier cas par rapport aux deux premiers.

Dans les premiers cas, le meurtre et l'importation de stupéfiants, les minimums prévus sont obligatoirement des sentences d'emprisonnement de fort longue durée: 25 et 10 ans fermes dans le cas de meurtre, et sept ans fermes dans le cas d'importation de stupéfiants. A propos de ces sentences, nous nous interrogerons donc sur les conséquences particulières des emprisonnements de longue durée pour les femmes et sur les conditions qui prévalent dans les pénitenciers et prisons pour femmes. En corollaire, nous traiterons des peines 'moyennes' d'emprisonnement.

Les peines minimums attachées à la conduite d'un véhicule moteur en état d'intoxication vont de l'amende minimale (50\$) à l'emprisonnement pour une durée d'au moins 14 jours ou de trois mois minimum, selon que le délinquant en est à sa première, deuxième ou troisième offense, avec des maximums de six mois à deux ans.

Nous discuterons des effets des peines d'incarcération de courte durée découlant du délit de conduite en état d'ébriété au chapitre des peines privatives et de l'amende à la section des peines non privatives. Mais nous voulons aussi examiner de façon critique la notion de peines minimales, en général et pour les crimes en question.

12.1.2 Conséquences pour les femmes des peines
d'emprisonnement ou peines privatives

12.1.2.1 Les longues peines (7, 10 et 25 ans)

Les peines minimums dans les cas de meurtre et d'importation de stupéfiants entraînent des incarcérations de fort longue durée qui ont des conséquences importantes sur la population carcérale féminine. En effet, celle-ci étant peu nombreuse à purger des peines de plus de deux ans, les auteures d'homicides et de crimes d'importation de stupéfiants sont sur-représentées parmi les détenues, à comparer à la population masculine purgeant de longues peines: 25% de toutes les détenues fédérales purgent des peines de sept ans, 10 ans ou 25 ans, pour importation de stupéfiants ou meurtre au premier et au second degré.⁸

Ces longues sentences d'incarcération obligatoire nous amènent à faire l'examen critique des prisons pour femmes.

Les écrits sur ce sujet sont assez abondants et très convergents. Les auteurs se rejoignent sur deux critiques essentielles: les prisons pour femmes constituent des ressources pénales discriminatoires car elles n'offrent pas les services et programmes qui sont accessibles aux hommes dans les institutions masculines. De plus, les détenues étant majoritairement des mères, la séparation obligée d'avec leurs enfants constitue une peine additionnelle et cruelle.

Crisman,⁹ Potter¹⁰ et le U.S. Comptroller General¹¹ s'attaquent aux disparités entre les prisons pour hommes et pour femmes et tout particulièrement à l'absence de services adéquats et de programmes d'éducation et d'apprentissage. Potter estime que les femmes sont infériorisées et infantilisées en prison et qu'elles s'y voient proposer des métiers traditionnellement féminins, lesquels conduisent à des emplois inférieurs et mal rémunérés. Sacks soutient que les institutions pénales sont un bel exemple de discrimination sexuelle systématique. Selon lui, l'absence de programmes éducatifs est d'autant plus déplorable que les détenues ont maintenant souvent acquis, avant leur incarcération, une éducation formelle et des capacités de travail qui trouveraient à se perfectionner au cours de l'incarcération surtout lorsque celle-ci est, de longue durée, si l'on disposait des ressources adéquates.¹²

Sobel s'attaque à la pénurie de services de santé physique et mentale dans les prisons pour femmes. Pourtant, estime-t-il, les détenues en auraient grand besoin car elles sont soumises à un stress considérable par suite de la séparation, de leur famille, leur conjoint et surtout leurs enfants.¹³ Anderson relève aussi les problèmes affectifs vécus par les mères incarcérées et séparées de leurs enfants.¹⁴ Fabian explique qu'une vision sexiste du rôle des

femmes conduit à les traiter de façon paternaliste en prison: elles sont perçues comme ayant 'besoin de réforme' plutôt que de formation et de contrôle comme c'est le cas pour les hommes.¹⁵

Parmi les auteurs cités, plusieurs proposent des correctifs, soit par le partage des facilités et programmes existant dans les prisons pour hommes,¹⁶ soit par l'établissement de systèmes co-éducatifs, comme le suggèrent notamment Fabian¹⁷ et Sacks.¹⁸ Smykla¹⁹ pour sa part est assez critique des expériences de prisons 'co-ed': il soutient que les études ont démontré que ce type de prison prépare beaucoup mieux à la sortie et réduit les problèmes de transition mais qu'il n'est pas certain qu'il diminue vraiment le récidivisme. Sobel insiste sur l'importance de services assurant un support de transition entre la prison et le retour à la vie normale et montre que cette transition est grandement facilitée dans le cas des femmes ayant eu de fréquents contacts avec leurs enfants et leur conjoint pendant l'incarcération.²⁰

Au Canada, les études critiques du système carcéral pour femmes ne manquent pas. Citons celle de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada,²¹ le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle,²² et le mémoire de la Société canadienne de criminologie,²³ qui soulignent tous l'absence de services adéquats et de programmes de formation dans les prisons pour femmes. Ces rapports s'attaquaient aussi au caractère centralisé du système pénal pour femmes et aux souffrances additionnelles qui s'ensuivaient pour les détenues longtemps privées de contact avec les leurs. Ce centralisme a été partiellement corrigé par l'établissement d'une politique de transfert à des institutions provinciales de détenues purgeant des peines fédérales. On a aussi créé une garderie sur le terrain de la prison des femmes de Kingston et on a commencé d'utiliser pour les femmes certains programmes du pénitencier pour hommes de Kingston.

Cependant, ni la situation vécue à la prison des femmes de Kingston ni celle des détenues transférées dans les établissements provinciaux ne répondent aux exigences d'un programme équitable de formation, de soins et d'éducation tant s'en faut. La Commission canadienne des droits de la personne saisie d'une plainte du groupe Women for Justice a trouvé il y a quelques années le Service correctionnel du Canada coupable de discrimination à l'endroit de détenues de Kingston.²⁴ Les détenues francophones et les condamnées de l'est du pays qui purgent leur peine à la prison Tanguay de Montréal auraient nombre de plaintes à formuler quant à leur programme d'activités et à l'absence de facilités pour les visites familiales.

12.1.2.2 Les peines privatives de durée moyenne

Les peines de deux à sept ans de pénitencier ne sont pas des sentences fixes mais nous les mentionnons ici au passage puisque les critiques qui s'appliquent aux pénitenciers pour femmes sont totalement pertinentes. Les remarques touchant les programmes d'apprentissage sont d'application encore plus immédiate dans le cas des peines de durée moyenne car le retour à la vie civile doit être préparé de façon rapide, efficace et réaliste.

12.1.2.3 Les courtes peines privatives

C'est avec nuances qu'il faut appliquer les critiques adressées aux prisons pour femmes aux peines d'emprisonnement qui s'étendent sur de courtes périodes. L'absence de programme d'apprentissage et de travail a des conséquences moins graves ou même pas de conséquence sur l'avenir des détenues qui sont incarcérées pour moins d'un mois. On ne saurait en dire autant, cependant, de l'absence de programmes d'éducation: ceux-ci auraient une utilité évidente pendant une période forcée de retraite et de relative inactivité qui sera rapidement suivie d'un retour dans la vie active. D'ailleurs l'absence de services de santé adéquats peut être grave dans le cas des personnes purgeant des peines même courtes lorsque ces femmes sont enceintes.

De plus, le défaut d'organisation permettant les visites conjugales et familiales a des conséquences dramatiques dans la mesure où la famille trouve dans cette lacune l'excuse facile qui dispense de rester en contact avec la détenue. En effet, il faut bien constater que dans le cas des peines fixes de sept, 10 et 25 ans, aucune femme ne retrouvera jamais son conjoint et ses enfants. Mais lorsque des femmes purgent des peines minimums de trois mois, p. ex., il est possible, avec du soin, des services sociaux adéquats et des sorties bien aménagées, de maintenir les liens entre la détenue et sa famille.

Les courtes peines sont purgées dans des institutions provinciales. Dans le cas des femmes, ces prisons offrent l'avantage incontestable d'être souvent à proximité de leur région d'appartenance. Mais ces prisons provinciales sont encore plus mal pourvues que le pénitencier fédéral et la prison Tanguay (où la majorité des détenues fédérales francophones sont incarcérées) des services qui rendent l'incarcération humainement tolérable et utilement préparatoire au retour à la vie civile. Or, la proportion des femmes parmi la population pénale provinciale n'est pas insignifiante: elle se tient entre 4 et 6% de la population, des prisons et représente donc quelque 500 ou 600 détenues.²⁵ Les 'peines fixes' en constituent une part impressionnante.²⁶

12.1.3 Conclusions

12.1.3.1 Examen critique de la notion de peine minimale

Nous croyons qu'il est tout à fait légitime de poser des limites à la discrétion des juges. La plupart des codes criminels modernes le font en termes de maximum et réservent la détermination de minimum à quelques rares crimes très graves à propos desquels le consensus social est fortement en faveur du contrôle et de la punition du délinquant. Il devient clair que la collectivité par ses législateurs n'accepte pas que le délinquant reste impuni lorsque le code mentionne une peine minimum.

Mais on ne peut certes comparer sept, 15 et 25 ans d'emprisonnement avec une amende de 50\$ minimum, ou même avec des peines de 14 jours à trois mois de prison! Traitons donc de ces cas séparément.

L'imposition d'une longue peine fixe d'emprisonnement a tant d'effets négatifs sur la motivation du détenu à modifier son comportement et à se préparer à rentrer dans la collectivité. Elle affecte si négativement la population pénale qui s'alourdit d'année en année par l'accrétion de nouveau-venus dont la date de sortie semble à des années lumières de la date de la commission de leur crime, qu'il faut vraiment n'avoir aucune alternative pour y recourir et être assuré que la catégorie de criminels réprimés par ces peines est homogène et également dangereuse. Tel n'est sûrement pas le cas touchant les meurtriers et surtout les meurtrières: 73% d'entre elles (contre 35% des hommes) tuent dans le cadre des relations domestiques, relations affectivement chargées et très particulières. La récurrence de ces femmes est extrêmement improbable.

A propos de l'importation de stupéfiants, la répression de ce crime frappe un si petit nombre de criminels, et de ce fait est si arbitraire qu'il apparaît immoral de punir de sept ans de détention ferme ceux que l'on réussit à faire condamner. Le Solliciteur général lui-même déclarait en 1983 que 90% du commerce illicite échappe à tout contrôle policier.

Tout autre est le cas des peines minimales imposées aux délinquants coupables d'avoir conduit un véhicule à moteur alors qu'ils étaient intoxiqués. Tout d'abord, notons que les minimums sont fort modérés et qu'ils varient selon que le délinquant en est à son premier, deuxième ou troisième délit. Notons aussi que les peines maximums ont un sens puisque l'on n'a pas fixé trop haut les sanctions minimales. L'existence de cette marge permet de tenir compte de la gravité du délit et de la situation du délinquant.

Les minimums très élevés ne répondent pas à cette pédagogie. Ils rendent, à toutes fins pratiques, la fixation de maximum inutile ou ridicule. Quel 'maximum' peut accompagner une peine minimum de 25 ans?

12.1.3.2 Les longues peines et les institutions pénales féminines fédérales

Les institutions où les femmes purgent de longues peines d'emprisonnement ne sont pas bien pourvues des programmes et services nécessaires à leur santé, à leurs besoins éducatifs (qui croissent avec la durée de leur emprisonnement puisqu'elles devront un jour réintégrer la société civile dont le niveau éducationnel s'accroît) et à un travail rétribué, comme c'est le cas dans les pénitenciers masculins. Le traitement qu'elles reçoivent est donc discriminatoire. Il est également plus cruel à leur endroit qu'à celui des condamnés masculins parce qu'il entraîne la rupture complète des liens familiaux: ceux-ci, dans le cas des femmes, ont une importance réellement différente puisque les détenues ont beaucoup plus souvent que les prisonniers un conjoint et des enfants.

Si l'on doit noter quelques progrès au pénitencier Kingston pour femmes au chapitre des programmes et des facilités de visites familiales, la situation est loin d'être parfaite ou même en tout point égale à celle qui prévaut chez les hommes. Quant à la prison Tanguay de Montréal, tout y est lacunaire: les programmes, les soins et les possibilités de visites familiales. Il n'y a pas de garderie ni de pouponnière à proximité de la prison Tanguay.

12.1.3.3 Les courtes peines et les institutions pénales féminines provinciales

Dans le cas des peines minimales entraînant de courtes périodes d'incarcération, plusieurs des inconvénients déjà mentionnés à propos de l'emprisonnement se retrouvent. Il est évident que l'absence de programme d'apprentissage et de lieux de travail ne s'applique pas aux très courtes peines, mais d'autres inconvénients sérieux rendent parfois ces peines discriminatoires.²⁸

12.1.4 Recommandations

S'il faut vivre avec les longues peines d'emprisonnement obligatoire, il devient impérieux de corriger le caractère discriminatoire des prisons et pénitenciers pour femmes, en pourvoyant ces institutions de programmes modernes d'éducation et de formation professionnelle, de garderies et de facilités permettant les visites conjugales et familiales. Touchant les programmes et services, le partage des ressources dont bénéficient les prisons pour hommes serait une alternative intéressante. Enfin, l'organisation

de services de transition vers la vie normale s'impose pour les femmes qui ont été longtemps coupées de tout lien réel avec la vie professionnelle et sociale et qui, au sortir de la prison, se retrouveront sans époux ou sans conjoint.

Mais dans le cas des meurtriers et des meurtrières, il faut d'abord départager les auteurs de crimes 'd'affaire' et les auteurs d'homicide commis dans le cadre des relations familiales et amoureuses. Ces derniers devraient, après une courte période d'emprisonnement, être acheminés rapidement vers des centres résidentiels dans la communauté, dirigés de là, sous surveillance, vers des lieux de formation ou de travail, et aidés à restaurer leurs relations familiales ou à en construire de nouvelles. La peine fixe d'emprisonnement n'est sûrement pas justifiée pour tous les cas d'homicide. Dans le cas des femmes battues qui en arrivent à tuer leur mari en légitime défense, les sentences communautaires sont particulièrement appropriées et sont utiles à la réadaptation si elles s'accompagnent de soutien psycho-social et parfois de séjours en centre d'accueil pour femmes-victimes.

Le projet de dispositions relatives à l'homicide énoncé par la Commission de réforme du droit du Canada prévoit trois catégories d'homicide dont la première seulement (homicide intentionnel au premier degré) serait désormais assortie d'une peine minimale et d'ailleurs aussi d'un maximum. Quant aux deux autres - homicide intentionnel au second degré et homicide par insouciance - le projet propose de ne plus les assortir de peines fixes ou peines minimums sur lesquelles le juge n'a aucun pouvoir de discrétion. Seuls des maximums seraient prévus par la loi.

12.2 Les peines non privatives de liberté

12.2.1 Introduction

Sous ce titre se regroupent les sentences qui ne supposent pas que le délinquant se voie retirer sa liberté d'aller et de venir, p. ex. l'amende, la libération sous conditions, les ordonnances de travaux communautaires, les compensations par le travail ou en espèces, la restitution et la probation. Nous analyserons les conséquences et conditions particulières d'application de ces sentences dans le cas des femmes.

12.2.2 Conséquences des peines non privatives pour les femmes

Ces peines ont en commun de ne pas retirer la délinquante de son milieu familial et social. A ce titre et dans le cas des femmes, vu l'importance des liens qu'elles entretiennent généralement avec leur entourage, ces peines ont un grand avantage sur les sanctions privatives. Elles ne sont

cependant pas toutes également adaptées à la condition sociale et économique des femmes condamnées.

Nous partagerons ces peines en deux catégories: celles qui ont des incidences financières et celles qui n'en ont pas. A remarquer cependant que dans la pratique le tribunal utilise facilement une combinaison des deux catégories, e.g. probation et amende.

Les écrits scientifiques et la littérature professionnelle sont muets au chapitre des répercussions des sanctions financières sur les femmes condamnées. Pourtant, ces sentences leur sont de plus en plus fréquemment imposées. Bertrand montre que la proportion des femmes condamnées à l'amende a pratiquement doublé entre 1960 et 1972.³⁰

Comme le remarquent plusieurs auteurs, les femmes aux prises avec la justice pénale sont généralement jeunes, souvent mères de famille, fréquemment assaillies de problèmes économiques et sans support de conjoint car le père de leur(s) enfant(s) les a quittées. Box et Hale soulignent que le chômage affecte beaucoup les femmes présentement et qu'elles sont frappées par une sorte de marginalisation économique tenant à la fois à leur solitude parentale et à la crise économique. Ces deux auteurs sont parmi les très rares chercheurs qui se sont intéressés à la situation économique des femmes et qui ont réfléchi sur leurs nouvelles 'criminal opportunities' montrant, en contrepartie de la thèse qui veut que la criminalité des femmes n'augmente pas, que des raisons toutes récentes pourraient bien pousser de nombreuses femmes à voler, par exemple.³¹

12.2.3 Conclusions

Pour ce qui est des peines non privatives, on constate avec satisfaction que les tribunaux avaient tendance à les utiliser davantage dans le cas des femmes entre 1960 et 1973. On ne possède que des données partielles après 1973. L'absence d'études sur les effets de la probation et des nouvelles peines de travaux communautaires limite nos commentaires. Mais on se prend à souhaiter que les juges disposent de règles dans la détermination des sanctions économiques et qu'ils se donnent les moyens d'estimer les revenus des femmes condamnées à l'amende.

Deux autres réalités des femmes: la double-tâche (foyer-emploi extérieur), et la garde des enfants, nous font jeter un coup d'oeil critique sur les peines exigeant de la part des condamnées des déplacements nombreux et importants sans leur offrir des services de garde sur les lieux de la probation ou des libérations conditionnelles ou sans qu'on ait prévu des services de gardiennage à domicile. Loin de nous l'idée de priver les femmes du support de la probation ou de la libération conditionnelle, deux mesures bien utiles

lorsqu'elles sont bien appliquées. Mais là encore, l'équité et l'égalité exigent que les conditions particulières de vie des femmes, leur rôle, les limites que ce rôle peut poser à leur mobilité et à leur capacité de payer soient pris en compte. Nous n'avons repéré qu'une étude sur les femmes et la libération conditionnelle montrant que le risque de récidive augmente significativement chez celles qui se sont vu refuser cette mesure.³²

12.2.4 Recommandations

C'est à notre avis au chapitre des ordonnances de travaux communautaires et des programmes de formation professionnelle que les sentences non privatives prononcées à l'endroit des condamnées seraient à la fois le plus équitables et le plus utiles, à elles-mêmes et à la collectivité, car ce sont là des sanctions qui permettent à des personnes souvent confinées à un univers familial étroit de s'ouvrir à des réalités plus vastes, même dans leur voisinage immédiat et de compléter des apprentissages débouchant sur des emplois intéressants. Là aussi, la logique veut que les services de gardien(ne) soient disponibles. Ces mesures, dans le cas des femmes, sont d'application récente et nous n'avons retracé aucune étude traitant de leur efficacité.

Le rétablissement du système national d'informations statistiques sur les condamnations et les sentences s'impose. Il doit être complété par des études sur l'efficacité relative des mesures utilisées et permettre l'analyse des données par sexe, à toutes les étapes du processus pénal.

CHAPITRE 13

REPERCUSSIONS DE LA CRIMINALISATION D'INFRACTIONS NE CAUSANT QU'UN TORT MINIME AU PUBLIC

13.1 Introduction

Comme nous l'avons rappelé dans l'introduction contextuelle,¹ la très grande majorité des infractions dont les femmes sont accusées ne causent qu'un tort minime à autrui et à la collectivité. Ce sont des vols sans importance et commis sans violence, des infractions à la loi provinciale sur l'alcool, à la Loi sur les stupéfiants² qui interdit, p. ex., la simple possession de cannabis, et d'autres délits comme troubler la paix et manquer à la loi sur le cautionnement. (voir tableau 1, en annexe)

Pourtant, des femmes sont condamnées pour ces méfaits et encourent des peines car seule une petite portion des condamnées s'en tire avec une libération inconditionnelle. Quelles sont donc les conséquences de ces contacts avec la justice criminelle occasionnés très souvent, dans le cas des femmes, par des infractions qui mériteraient d'être décriminalisées? S'agit-il des conséquences communes ou d'effets particuliers, dans le cas des femmes, soit à cause des peines imposées, soit en raison de la situation sociale particulière des délinquants? C'est ce que nous tâcherons de déterminer dans ce chapitre.

13.2 Les effets économiques, sociaux et psychologiques

La criminalisation des délits banals représente des coûts pour l'Etat, la collectivité, l'entourage immédiat des délinquants et les contrevenants eux-mêmes. Ces coûts sont principalement d'ordre économique, social, psychologique, psycho-affectif et moral.

13.2.1 Analyse

La question des coûts du crime, pour l'Etat et donc pour les collectivités qui supportent financièrement les services de justice pénale, est de plus en plus fréquemment abordée. La majorité des auteurs ne s'intéresse cependant pas aux effets de la criminalisation des délits banals, sinon de façon indirecte. Pour tout dire, c'est là la délinquance la plus fréquente chez les femmes, et il serait important d'en mesurer les coûts sociaux.

La criminalisation de délits banals entraîne parfois l'emprisonnement. En effet, bien que cette sanction ne soit pas commune pour les délits mineurs, elle frappe une proportion non négligeable de leurs auteurs, autant les femmes que les hommes. Ainsi, p. ex., on constate qu'en 1983, 9% des

auteurs de délits de simple possession de stupéfiants ont été condamnés à des peines de prison.³

Cependant, comme l'incarcération n'est pas la sentence la plus commune pour les délits mineurs, nous ne nous attarderons pas aux coûts qu'elle entraîne pour la collectivité et pour la délinquante dans le présent chapitre. En effet, nous avons relevé au chapitre 12 les principales critiques qu'il faut adresser à la prison comme sentence, spécialement dans le cas des femmes. Une considération de poids additionnelle ici porterait sur les coûts que l'emprisonnement engendre tant pour la collectivité que pour la condamnée.

Celui qui tente d'imaginer les effets économiques, sociaux et psychologiques découlant de la criminalisation d'actes de déviance, doit s'intéresser au moins autant aux conséquences subies par le délinquant lui-même qu'aux effets de dépenses encourues par l'Etat et la collectivité.

Plusieurs auteurs se sont attachés aux conséquences économiques de la condamnation pénale pour le délinquant. Il leur est souvent difficile de tracer une ligne de démarcation bien nette entre conséquences économiques, sociales et psychologiques. Ainsi, Landreville et al traitent de façon détaillée, dans leur étude sur le coût social du crime, des pertes économiques subies par l'accusé lors de son procès (p. ex. jours de travail perdus, perte d'emploi, effets négatifs sur la carrière et sur les revenus), mais ils abordent aussi l'impact de l'accusation, de la condamnation et des pertes économiques sur les liens familiaux. Ils s'intéressent même aux problèmes de santé engendrés par le fait des conflits avec la justice.⁴ En effet, nombreux sont les ex-prisonniers dont l'incarcération a été à l'origine de problèmes physiques et mentaux: maladies du système digestif, p. ex., ou habitude contractée en prison de recourir aux somnifères et aux tranquillisants, attitude paranoïaques, dépression, etc.

Les effets de la condamnation pénale sur l'emploi, le crédit, les assurances, etc. sont abordés par plusieurs auteurs: Bergeron traite de l'incapacité consécutive à la condamnation pénale;⁵ Boshier et Johnson, de la réduction des opportunités d'emploi;⁶ Grenier de la situation générale de l'ex-condamné face au marché du travail;⁷ Leon des conséquences d'être déclaré coupable;⁸ Lykke de l'attitude des compagnies de crédit et d'assurance;⁹ et Melichercik et Portnoy des problèmes d'emploi en général¹⁰ que rencontre toute personne ayant un casier judiciaire.

A un niveau théorique plus vaste, une littérature criminologique très riche porte précisément sur l'effet de stigmatisation qu'entraînent les accusations et les condamnations. Pour certains auteurs, Lemert notamment, une déviance secondaire et parfois une carrière criminelle sont

les fruits les plus nets de contacts répétés avec les institutions pénales;¹¹ Matza partage cette opinion et croit même que les interpellations policières ne sont pas sans conséquence;¹² Schwartz et Skolnick abondent dans ce sens.¹³ Cependant, pour ces auteurs, il n'est jamais question des femmes délinquantes.

13.2.2 Conclusions

Les conséquences de la criminalisation d'infractions banales peuvent être analysées du point de vue des justiciers ou à partir des justiciables.

Dans le premier cas, nous avons vu qu'il existe des études sur les coûts de l'administration du système pénal, des services policiers et des ressources para-pénales mais qu'on s'intéresse peu aux dépenses spécifiques entraînées par les délits mineurs.

Dans le second cas, on voit que les analyses de l'effet de la condamnation pénale portent sur les revenus, l'emploi, la capacité d'emprunter, d'avoir des assurances, les relations familiales, etc. mais aucune des études faites du point de vue des justiciables ne s'est intéressée aux effets particuliers de la criminalisation de délits banals chez les femmes. Au contraire, les plus intéressantes, celles de Landreville et al,¹⁴ ignorent systématiquement les délinquantes féminines comme si elles n'existaient carrément pas. Lorsque les études incluent les jeunes filles, c'est à partir de préjugés sexistes qu'on le fait et nous traiterons de ces biais au chapitre 15.

13.2.3 Recommandations

La Commission de réforme du droit du Canada a recommandé que soient reconsidérés les articles du Code criminel qui portent sur le droit de propriété, et que soient abolis les délits banals et désuets qui encombrant les lois canadiennes. L'argument majeur de la Commission, à l'appui de ces recommandations, porte sur le fait que les valeurs que veut privilégier le public canadien ont changé et que le droit pénal y gagnera en respect s'il se concentre sur les affaires importantes. Secondairement, cependant, la Commission invoque la question des coûts engendrés par la prolifération des lois et l'encombrement des tribunaux.¹⁵

Il faut souhaiter et faire en sorte que le débat sur ces questions majeures ait lieu et qu'il soit éclairé par toutes les données nécessaires afin que le public canadien ou ses représentants puisse juger en connaissance de cause des conséquences de la criminalisation de délits banals. Combien en coûte-t-il à l'Etat pour poursuivre les personnes soupçonnées de vol à l'étalage, p. ex., pour les faire condamner et pour administrer les peines qu'on croit

nécessaires de leur imposer? Devant l'inefficacité de ces sanctions et leur coût, il faut à tout prix penser à d'autres formes de réactions sociales.

Aussi recommandons-nous que dans les études sur les coûts du crime - coûts collectifs et coûts pour le justiciable - on départage les effets de la petite délinquance et qu'il soit possible, une fois identifiées les conséquences de l'incrimination de délits sans victimes et d'infractions banales, de convaincre les législateurs et le public canadien que cette petite délinquance ne doit plus être traitée par l'appareil pénal mais par des tribunaux ou autres mécanismes de type administratif.

13.3 Les effets différentiels des peines imposées pour délits banals commis par des femmes

13.3.1 Introduction

Les effets auxquels sont soumises les femmes auteures de délits banals peuvent être différents de ceux que subissent les hommes pour trois raisons principales:

- (1) soit parce que les peines imposées, à délit égal, ne sont pas dans le cas des femmes celles qu'on impose aux hommes;
- (2) soit parce que bien que semblables elles ne sont pas vécues par les femmes et ne peuvent pas être vécues par elles de la même façon à cause de leur statut conjugal et parental et à cause de leurs revenus dans les cas d'amende;
- (3) soit enfin à cause de la réaction sociale particulière suscitée par la délinquance des femmes.

Afin de pouvoir décrire avec précision les effets des peines auxquelles les femmes reconnues coupables d'infractions sont condamnées, il nous faut tenter de retracer quelles sont ces peines. Jusqu'ici, pour évoquer la nature de la criminalité des femmes, nous nous sommes limitées aux statistiques sur les accusations (voir tableau 1, en annexe).¹⁶ Dans l'état actuel des statistiques sur les condamnations, il n'est pas facile de présenter une analyse des sentences. Non seulement n'existe-t-il pas de relevé complet des condamnations après 1972, mais les condamnations pour infractions sommaires ne sont pas départagées par sexe. Seules les sentences pour actes criminels le sont.

Cependant, un assez grand nombre des délits banals auxquels nous nous intéressons dans cet examen peuvent être traités soit comme des actes criminels, soit comme des infractions sommaires. C'est le cas notamment de la

majorité des infractions prévues au Code criminel et à la Loi sur les stupéfiants.

Aussi, bien que les sentences pour actes criminels ne couvrent pas exactement la réalité qui nous intéresse ici laissant nécessairement de côté toutes les infractions découlant des lois provinciales et municipales, nous examinerons le mouvement des sentences de 1960 à 1972 dans le cas des condamnations pour actes criminels à la fois pour en noter l'évolution et pour signifier les différences dans le sentencing à l'endroit des hommes et des femmes.

13.3.1.1 Les condamnations pour actes criminels de 1960 à 1972

Le tableau 2, en annexe, fait état des condamnations de 1960 à 1972. Les limites auxquelles se heurtent notre examen de l'évolution des sentences et des différences dans leur détermination selon le sexe à travers les statistiques du tableau 2 sautent aux yeux. Les peines imposées dans les cas 'très légers' échappent complètement à notre examen et ces données s'arrêtent en 1972. Malgré tout, le tableau 2 a son intérêt. On y voit que pour la période analysée, les femmes écopent plus souvent que les hommes, proportionnellement, de la peine d'amende et que cette tendance va s'accroissant au cours des ans. L'amende devient la sanction imposée à une femme sur deux en 1972, alors qu'elle sanctionne une fois sur trois les actes criminels des hommes. A l'inverse, la peine de prison va diminuant d'importance pour les femmes, passant de 21,9% des condamnations en 1960 à 11,5% en 1972. Mais cette sanction reste à peu près stable dans le cas des hommes. La condamnation avec sursis est une mesure en perte de vitesse chez les deux sexes au cours des années étudiées et la probation en augmentation dans les deux cas.

13.3.1.2 Les condamnations en 1978, 1979 et 1980

La seconde mesure nous permettant d'apprécier les sentences imposées aux femmes nous est fournie dans un relevé partiel des condamnations pour 1978, 1979 et 1980. Le Centre canadien de la statistique judiciaire a colligé les rapports d'un certain nombre de districts judiciaires représentant des échantillons pour quelques régions du Canada. On doit utiliser ces données avec les réserves qui s'imposent et en tenant compte des écarts que commande la méthode de construction des échantillons.

Le tableau 3, en annexe, rend compte de ces données plus récentes. Cette fois nous ne sommes plus limitées aux condamnations pour actes criminels. Mais toutes les infractions au Code criminel et aux lois fédérales sont incluses dans les relevés.

Des différences appréciables apparaissent entre les années 1978 et 1979 d'une part, et 1979 et 1980 d'autre part, pour ce qui est des amendes et de la probation. Or ces deux sanctions nous intéressent doublement, d'abord parce qu'elles sont les plus fréquemment imposées aux femmes, ensuite parce qu'elles représentent la réaction pénale la plus plausible aux infractions banales.

Les différences peuvent s'expliquer, peut-être, par le fait que les rapports qui ont servi à constituer les estimations de 1978 et de 1980 provenaient du Québec et de la Colombie-Britannique en presque totalité, tandis que ceux de 1979 sont fondés sur des compilations en provenance de toutes les régions du pays. Mais les tendances qui se dégagent sont si fortes qu'il ne convient pas de s'attarder aux différences. En effet, les peines d'amende et de probation réunies représentent plus de 80% de toutes les sanctions imposées aux femmes condamnées pour infractions au Code criminel et aux lois fédérales pour ces trois années. Une femme condamnée sur deux est contrainte à payer l'amende et une sur trois est soumise à la probation. C'était déjà la tendance en 1972 (tableau 2).

A partir des mêmes sources,²⁰ il nous est possible de tracer un portrait de la nature des infractions pour lesquelles les femmes ont été condamnées en 1980.

13.3.1.3 Les infractions au Code criminel et aux lois fédérales pour lesquelles les femmes ont été condamnées en 1980

Le tableau 4 constitue un portrait des crimes pour lesquels les femmes ont été condamnées en 1980 (voir annexe). Il rappelle que leurs infractions, dans l'ensemble, ne répondent pas aux critères qui fondent l'incrimination au sens étymologique. Lorsqu'on braque la camera sur les seuls 'crimes' prévus aux lois pénales les plus importantes, le Code criminel et les lois fédérales, on constate que dans le cas des femmes, 80% de ces 'crimes importants et sérieux' sont des infractions qui ne constituent nullement des menaces à l'ordre public et à l'intégrité des personnes. Et encore incluons-nous dans les 'crimes sérieux' le fait de conduire un véhicule à moteur sous l'effet d'une intoxication.

Il était donc bien nécessaire d'examiner les 'infractions ne causant qu'un tort minime à autrui'. Si on ajoute au portrait qui ressort des infractions au Code criminel et aux lois fédérales le profil des femmes condamnées en vertu des lois provinciales et municipales (40% des accusations: Tableau 1), le portrait est encore moins menaçant.

13.3.2 Les conséquences des peines et du casier judiciaire

13.3.2.1 L'incarcération

Puisque nous sommes ici au chapitre des délits banals, on voudrait pouvoir éliminer à priori, comme conséquence à ces infractions, la possibilité des peines de prison. Il n'est pas du tout certain que ce soit justifié. Dans plusieurs pays, on constate que les auteurs de délits insignifiants purgent des peines d'emprisonnement. C'est le cas au Canada,²¹ en Australie,²² en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis.²³

A ce que nous avons déjà dit au chapitre 12 des prisons pour femmes et des conséquences particulières de l'incarcération pour les femmes, nous nous contenterons d'ajouter ici trois remarques:

- (1) Les courtes peines étant purgées dans des institutions provinciales, rappelons ici par un témoignage qui vaut plusieurs discours, combien ces institutions sont déprimantes:

A (la maison) Gomin, on s'ennuie (...). Les détenues font de la lecture, regardent la télé, jasant, se bercent, cousent, font la lessive, etc. Aucun programme de réhabilitation. La travailleuse sociale passe son temps à écouter du Beethoven dans son bureau. Lorsqu'il y a un problème, on se sert du trou.

A la prison, l'activité majeure consiste à marcher de sa cellule du 3e au 2e où se gobent les médicaments;²⁴

- (2) L'absence de services dans la communauté pour les femmes qui présentent des problèmes particuliers, p. ex., des problèmes de drogues, force quelques fois à recourir à l'incarcération dans leur cas alors que des services de traitement existent pour les hommes;²⁵ et
- (3) La réaction sociale aux ex-détenues est telle que les services communautaires qui leur seraient nécessaires à leur sortie ne peuvent même pas s'organiser.²⁶

13.3.2.2 L'amende

Touchant l'amende, la sentence la plus souvent imposée aux femmes, on ne trouve aucune étude canadienne permettant d'évaluer l'importance des sommes en cause, la capacité de payer ou l'effet sur la délinquante. Pourtant, on dispose de recherches très percutantes sur l'emprisonnement pour défaut de payer l'amende, chez les hommes. Etant donné l'importance croissante de cette sanction, et

l'appauvrissement des femmes, nous croyons qu'il y a lieu de s'inquiéter de son évolution en l'absence de règles qui en déterminent la portée et les alternatives. Deux auteurs soutiennent que le montant de l'amende n'est pas affecté par le sexe de l'accusé²⁷ alors qu'une autre prétend que la situation de dépendance économique des femmes leur attire des sentences moins sévères.²⁸ Les deux pratiques ont cours au Canada. Nous croyons qu'il est équitable et nécessaire de tenir compte de la situation économique difficile des femmes, le moment venu de leur imposer une amende. Il est souvent injuste de leur imposer des amendes identiques à celles qui sont imposées aux condamnés masculins.

13.3.2.3 La probation

Touchant la probation, il y a lieu de se réjouir en constatant que cette peine est imposée aux femmes dans des proportions considérables et plus souvent qu'aux hommes. Nous croyons d'ailleurs que le caractère bénin des infractions commises par les femmes justifie qu'elles constituent 16% ou même dans certaines provinces 20% de toute la population en probation.²⁹ Là encore, cependant, comme nous l'avons noté au chapitre 12, aucune étude sérieuse ne fait l'évaluation de cette mesure appliquée aux femmes alors que des analyses rigoureuses témoignent des succès et des insuccès de la probation chez les hommes. Puisque les femmes représentent environ 16% des personnes condamnées pour actes criminels, la fréquence avec laquelle la probation leur est imposée dépasse nettement leur représentation parmi les criminels. Mais nous croyons que cela est tout à fait justifiable vu le peu de gravité de leurs crimes, en général, et le peu de chance qu'elles récidivent lorsqu'elles commettent des crimes graves. Les tribunaux pourraient recourir davantage à cette mesure, dans leur cas.

13.3.2.4 Le casier judiciaire

Les conséquences de la condamnation pénale ne se limitent pas aux peines elles-mêmes. D'ailleurs celles-ci, comme on vient de le voir, ont des effets secondaires (spécialement l'emprisonnement). Bien plus important que la sanction elle-même est le poids du casier judiciaire. Nous avons évoqué au point 13.2.1 quelques études portant sur l'effet du casier judiciaire en relation avec la recherche d'un emploi, la vie familiale, les revenus, etc. Mais une analyse dont nous n'avons pas encore parlé permet d'envisager de façon très spécifique les conséquences du casier judiciaire dans le cas des femmes.

En effet, Hattem et Parent³⁰ évoquent la réaction négative de certaines catégories d'employeurs bien précises face aux 'silences' de certains curriculum vitae, ou lorsqu'ils apprennent que le candidat à un emploi a fait l'objet d'une condamnation pénale. Or, il se trouve que la majorité des

emplois évoqués sont parmi ceux que les femmes occupent le plus fréquemment: emplois de services dans les résidences privées, les caisses dans les banques et les grands et petits magasins, et emplois de secrétaires dans la fonction publique.

Bien que leur enquête n'ait porté que sur des délinquants masculins, plusieurs passages de leur étude ont des applications directes et immédiates pour les femmes qui ont un casier judiciaire. Par exemple, un certain nombre d'emplois entraînent des risques tels que le patron doit assurer son employé ou exiger qu'il s'assure, ce qui suppose dans les deux cas que l'employé est 'assurable', ce qui est le cas des caissiers dans plusieurs banques. Or les services de police et spécialement ceux de la G.R.C. dépistent, pour ces compagnies de 'bondage' ou d'assurance, les personnes avec casier judiciaire et celles-ci sont automatiquement éliminées de tels emplois. D'autre part, plusieurs compagnies d'assurances générales et de crédit ferment leurs portes aux personnes ayant un casier judiciaire.³¹

Ces obstacles additionnels posés sur la route de femmes qui, règle générale, n'ont pas une éducation formelle et professionnelle complète et n'ont probablement pas une longue histoire de travail, constituent des barrières quasi-insurmontables à l'intégration au monde du travail.

13.3.3 Conclusion

Malgré l'absence de données spécifiques sur la population féminine en probation, sur les amendes imposées aux femmes et sur le succès ou l'insuccès de ces mesures, deux grandes conclusions doivent être tirées de l'analyse qui précède: les amendes représentent une part importante (50%) et inquiétante des sanctions pénales imposées aux femmes, alors que leur situation économique est plus difficile et plus problématique que celle des hommes. L'amende constitue donc souvent, dans leur cas, une peine démesurée, inéquitable. De même, à partir de ce que l'on sait déjà du casier judiciaire, ses effets se font très probablement sentir de façon tragique chez les femmes qui tentent de trouver ou de retrouver un emploi après une condamnation pénale.

13.3.4 Recommandations

La situation économique des femmes et leur marginalisation grandissante sur le plan des revenus et de l'emploi exigent que des règles précises soient fixées touchant les amendes qui leur sont imposables et que des études sérieuses soient faites touchant l'emprisonnement pour défaut de paiement d'amende dans le cas des femmes.

D'autre part, il faut que les analyses entreprises à propos des effets du casier judiciaire sur la recherche

d'emploi, les revenus et les relations familiales chez les hommes soient effectuées auprès de population de femmes condamnées. Enfin, il est temps que les études évaluatives de la probation portent aussi sur les femmes.

Pour combattre la discrimination vécue par les femmes à cause de leur casier judiciaire, nous recommandons que toutes les lois sur les droits de la personne, tant fédérales que provinciales, soient modifiées pour y inclure 'le fait d'avoir un casier judiciaire' comme motif de non-discrimination.

CHAPITRE 14

LES FEMMES ET LES CRIMES GRAVES

14.1 Introduction

Nous l'avons vu, les femmes commettent peu de crimes de violence, soit contre les personnes, soit contre la propriété. A peine 20% des accusations portées contre elles se retrouvent au chapitre de la criminalité dangereuse, e.g. homicide, agression sexuelle, voies de fait graves, vols qualifiés ou conduite dangereuse de véhicule à moteur.

Trois questions se posent à propos de la criminalité grave des femmes: Est-elle en augmentation? Quelle est la réaction sociale et pénale à ces infractions qui attentent à l'intégrité des personnes et à l'ordre social? Cette réaction sociale s'inspire-t-elle du principe et des critères qui guident la répression de la criminalité masculine grave?

14.2 Analyse

Voilà maintenant près de 100 ans que l'on s'inquiète de l'évolution possible de la criminalité des femmes qui deviendrait, selon les uns, rapidement une criminalité mâle. C'est en effet en 1893 que Cesare Lombroso publiait La femme criminelle et la prostituée, volume dans lequel il décrit la prostitution comme le crime par excellence que peuvent commettre les femmes et voit chez les auteures de crimes violents des traits viriloïdes.¹

Un peu plus récemment, en 1950, Pollak publiait son classique The Criminality of Women, sorte de compendium de tout ce que l'on savait dans les années 1950 sur la délinquance des femmes. Dans ce livre il émettait l'hypothèse que la très grande majorité des crimes des femmes reste cachée à cause de leur facilité naturelle à mentir ou à agir de façon voilée.²

Depuis 1975, des auteures féminines dont les oeuvres ont fait beaucoup de bruit sont devenues les protagonistes de la thèse de Pollak: selon elles, la criminalité des femmes connaît une croissance rapide et va s'aggravant.³ Pendant ce temps, une majorité d'auteurs nient carrément qu'il y ait augmentation de la criminalité de violence chez les femmes,⁴ et réfutent avec force l'hypothèse voulant que le mouvement de libération des femmes s'accompagne d'une recrudescence et d'une aggravation de la criminalité chez celles-ci. S'il y a augmentation, disent certains, c'est au chapitre des délits contre la propriété sans violence⁵ et on ne voit pas apparaître chez les femmes une criminalité 'mâle'.

Il est difficile de bien apprécier la réaction sociale à la criminalité grave des femmes en l'absence d'étude qualitative et longitudinale. Il serait grand temps d'entreprendre de telles études. On peut cependant constater que depuis 20 ans le nombre des femmes soumises à la peine la plus sévère, l'emprisonnement de deux ans et plus, n'a pas changé. Leur proportion a donc diminué dans l'ensemble et les motifs déterminant de longues peines ont changé. La majorité des femmes purgeant des peines dans le système pénitenciaire canadien en 1982 avaient été trouvées coupables de crimes contre la personne (63%); les auteures de crimes graves contre la propriété constituaient 13% de la population carcérale fédérale féminine; les auteures d'infractions à la Loi sur les stupéfiants, 10%. En 1971, les auteures de crimes contre la personne ne représentaient que 25% de la population carcérale féminine contre 27% d'auteures de crimes violents contre la propriété et 17% condamnées en vertu de la Loi sur les stupéfiants.

Les peines purgées sont au moins aussi longues en 1982 qu'en 1971: 43% des détenues fédérales purgent des peines de plus de six ans en 1982 contre 39% en 1971.

Bien que la criminalité qui a entraîné les peines de pénitencier en 1981 apparaisse, à première vue, comme une criminalité de nature plus grave que celle qui avait fait condamner les prisonnières en 1971, nous croyons que la majorité des ces crimes ne méritaient pas qu'on incarcère les condamnées pour de longues années et que leur récidive est fort improbable dans la majorité des cas de crimes contre la personne. Nous croyons aussi que les sentences imposées sont trop longues et contribuent à dé-socialiser tout à fait les détenues.

Plusieurs auteurs croient qu'à crime égal les femmes sont moins punies que les hommes. C'est l'hypothèse du traitement préférentiel ou de l'attitude chevaleresque, reprise, p. ex.,¹¹ par Crites, Moulds, Steffensmeier,¹⁰ et Thomson et al.¹² Dans une oeuvre plus récente, cependant, Steffensmeier¹² croit que la disparité entre les sentences imposées aux hommes et aux femmes va diminuant.

Quelques auteurs se sont intéressés aux différences dans les sentences selon le sexe dans les cas de crimes graves. Farrell¹³ et Bertrand¹⁴ croient que les meurtrières sont moins punies que les meurtriers mais que les sentences plus clémentes ne sont pas justifiées par le sexe des condamnées; d'autres variables sociales, économiques et criminologiques entrent en cause, p. ex., la présence d'enfants en bas âge, l'absence de casier judiciaire antérieur et le rôle secondaire joué par la condamnée dans la commission du crime. Farrell¹³ observe que les femmes auteures de meurtres dont des hommes sont les victimes s'attirent cependant des peines légères à comparer aux sentences imposées aux

hommes qui tuent des femmes. Fortenberry¹⁶ et Chamblin¹⁷ concluent, à la suite d'études sur la peine capitale, que le sexe du détenu ne joue pas dans la décision de l'appliquer.

Ainsi donc touchant les principes qui guident la réaction pénale à la criminalité grave des femmes, le débat est ouvert, mais une majorité d'auteurs se rangent à l'opinion suivante: c'est la dangerosité réelle des crimes commis par les femmes et c'est surtout leur rôle dans ces crimes qui inspirent aux juges et aux jurys les sentences qu'ils imposent aux femmes condamnées pour crimes graves.¹⁸

14.3 Conclusions

Comme plusieurs auteurs l'ont noté, il se peut qu'il y ait une augmentation légère de la criminalité de violence chez les femmes, mais ce phénomène ne connaît pas l'évolution dramatique que certaines, notamment Adler¹⁹ et Simon,²⁰ ont voulu y voir. La réaction sociale à cette criminalité de violence ressemble à ce qu'elle était il y a 20 ans. Il est vrai qu'un certain nombre de crimes graves commis par des femmes sont traités de façon assez clémentine par les tribunaux, mais nous croyons que cela est tout à fait justifié si l'on tient compte des facteurs et des mobiles de ces crimes et du caractère hautement improbable de la récidive. En effet, les meurtres commis à l'intérieur de la famille, ou de relations affectives, sont des gestes isolés et circonstanciés. Les auteurs ne récidivent pas. Les hommes qui tuent dans des circonstances semblables s'attirent également des peines réduites. La réaction sociale à la criminalité de violence contre les biens est généralement sévère. Les auteurs de vol qualifié sont punies généralement comme le seraient les hommes et les femmes complices écoperent de peines relativement élevées.

14.4 Recommandations

Dans tous les cas où la criminalité grave des femmes leur attire de longues peines d'emprisonnement, les propos que nous tenions concernant les sentences fixes d'emprisonnement s'appliquent. A la peine privative de liberté s'ajoute, dans le cas des femmes, la séparation d'avec des enfants et un conjoint et les risques de rupture avec tous ceux-ci sont énormes. D'autre part, les prisons elles-mêmes, dans le cas des femmes, n'offrent pas les services et programmes requis, sont souvent des lieux ennuyeux, peu propices à la resocialisation des détenues. Telles qu'on les connaît, elles constituent, comparées aux prisons pour hommes, des mesures pénales discriminatoires.

Une vision féministe du droit criminel et des peines est cependant aux antipodes des propositions qui viseraient à procurer aux femmes un traitement privilégié et paternaliste. Il ne s'agit nullement d'épargner aux condamnées

parce qu'elles sont des femmes et des mères les conséquences pénales de leurs crimes. Un traitement plus clément imposé pour les mauvaises raisons devient un traitement préférentiel et il ne peut qu'amoindrir et irresponsabiliser celle qui en est l'objet.

Il s'agit d'imposer un traitement pénal juste et équitable pour les bonnes raisons, c.-à-d. en vue de dissuader le criminel de récidiver à l'avenir, à réparer les torts qu'il a causés à la société et à certains de ses membres et de rappeler à la collectivité les valeurs qu'elle entend protéger.

CHAPITRE 15

RÉPERCUSSIONS DES PRÉJUGÉS SEXISTES SUR L'ATTRIBUTION DES SENTENCES

15.1 Introduction

Nous donnerons ici au mot préjugé son sens courant: un préjugé c'est une croyance, une opinion préconçue souvent imposée par le milieu, l'époque ou l'éducation. C'est aussi un parti pris.¹ Dans cette acception, le mot préjugé est tout proche et même synonyme du mot stéréotype: une opinion toute faite, un cliché. Quant au mot sexiste, il qualifie 'l'attitude de discrimination à l'égard du sexe féminin, dans le langage courant'. Il est synonyme de 'phalocrate'.² Afin d'éviter les confusions, nous nous en tiendrons à ces usages courants. Cependant, nous croyons que l'acception donnée par les dictionnaires au mot sexiste en réduit la portée étymologique.

Le monde de la justice pénale est un monde d'hommes. Jusqu'à tout récemment, policiers, avocats, juges, personnels des institutions pénales (à l'exception peut-être de quelques institutions pour femmes et jeunes filles), bureaucrates et hommes politiques chargés de l'administration et de la direction du système de justice pénale étaient tous des hommes. Sans doute trouve-t-on beaucoup d'autres exemples de systèmes sociaux à dominance masculine évidente.

Dans le monde du travail, le pouvoir de cadres masculins à l'endroit d'employées féminines, p. ex., est considérable. Ce qui le distingue, cependant, du pouvoir des policiers, juges, avocats, administrateurs pénaux, c'est que ces derniers ont droit de vie et de mort sur les femmes qui viennent en contact avec la justice pénale. En effet, qu'est-ce que la vie si l'on doit en passer 25 ans en détention ferme dans un pénitencier fédéral? Ou même 10 ans? Qu'est-ce que la vie sans enfants, sans conjoint, sans milieu social? Sans emploi, sans réputation ou plutôt avec une mauvaise réputation qui nous colle à la peau?

Rien de ce qui précède ne signifie que les sentences pénales sont toutes imméritées. Cette description des conséquences de la condamnation pénale veut plutôt rappeler que le pouvoir masculin dont disposent les agents de l'appareil pénal est un pouvoir plus grand que celui qui est laissé aux mains d'autres hommes exerçant des rôles dominants dans la société. L'arrestation, la condamnation et l'emprisonnement constituent à des degrés divers des formes de mort civile et des infamies. Le pouvoir de ceux qui peuvent enlever la liberté et l'honneur à leurs concitoyens est le plus redoutable de tous les pouvoirs.

15.2 Analyse des écrits et des données

De nombreux auteurs ont étudié les sources, les manifestations et les effets du sexisme affectant les accusées, les victimes, et le personnel féminin dans le système pénal. Ils y ont même proposé des remèdes. Nous examinerons leurs écrits et les faits qu'ils portent à notre attention.

15.2.1 Les préjugés sexistes au tribunal: chez les juges, les avocats et les membres des jurys

Quelques auteurs abordent en des termes plutôt généraux la question des stéréotypes qui ont cours au tribunal. Par exemple, Rafter et Natalizia³ voient dans l'appareil juridique des sociétés capitalistes un moyen remarquable d'opprimer les femmes par des attitudes paternalistes vouant à un échec total les efforts en vue de répondre aux problèmes de ces femmes. Selon ces auteurs, les types de victimisation qui sont le domaine à peu près exclusif des femmes sont enracinés dans un modèle patriarcal qui fait des femmes des objets sexuels qu'il est possible de violer, avec qui il est possible d'avoir des rapports incestueux, qu'il est possible de battre, de harceler sexuellement au travail et d'inviter à la prostitution. Rafter et Natalizia ajoutent qu'un système égalitaire serait sûrement la source d'un meilleur support pour les victimes de crime et démystifierait la famille nucléaire; si la femme délinquante s'engage dans des petits délits contre la propriété ou dans des crimes qui vont à l'encontre de l'idée traditionnelle de son rôle, c'est que ce sont là les seules voies qui lui sont ouvertes.

Bien qu'on croie que les femmes sont mieux traitées que les hommes par le système de justice pénale ou en tout cas de façon plus clémentine, on dispose de preuves irréfutables du fait que ce traitement chevaleresque ne s'applique qu'aux femmes de la société affluente qui se mettent rarement en travers de la loi. Les pratiques des sentences sont absolument discriminatoires et à l'endroit des jeunes filles et à l'endroit des femmes. Quant au concept de la réhabilitation, il est basé, selon Rafter et Natalizia, sur un système de classe, il est sexiste et paternaliste. Les prisons oppriment les détenues féminines, les encouragent à la passivité et promeuvent la conformité au rôle sexuel stéréotypé.

Cinq auteurs s'intéressent à la théorie de l'attitude chevaleresque ('chivalry'), attitude qui entraînerait, selon les uns, un traitement privilégié et préférentiel à l'endroit des femmes, c.-à-d. une clémence du tribunal qui ne se manifesterait pas à l'endroit des hommes pour des crimes semblables. Quatre d'entre eux nient carrément qu'il existe un tel traitement préférentiel à l'endroit des femmes.

Aucun de ces auteurs ne croit que les tribunaux (avocats, juges ou jurys) accordent aux femmes un traitement de faveur. Tous soulignent cependant que le système pénal fait preuve à plusieurs égards d'attitudes paternalistes à l'endroit des femmes. Ainsi, dans une étude faite en Alabama et rapportée par Crites,⁵ les juges eux-mêmes admettent que leurs décisions sont influencées par cette vue traditionnelle qui consiste à croire que le rôle féminin d'épouse et de mère commande un traitement différent. Mais les mêmes juges croient aussi que si les sentences qu'ils ont données à des femmes étaient souvent moins sévères que celles qu'ils imposaient à des hommes, c'est parce que les premières avaient joué un rôle secondaire dans plusieurs crimes.

Chesney-Lind⁶ et Scutt⁷ sont tous deux d'avis que les femmes, au contraire d'être traitées avec clémence, le sont plus durement lorsqu'elles s'éloignent de leur rôle traditionnel. Le cinquième auteur, Moulds⁸ est convaincu que l'attitude chevaleresque et le paternalisme règnent en maître au tribunal. Cette institution en effet veut absolument protéger les femmes soit contre elles-mêmes, soit contre des menaces extérieures. Deux exceptions à la clémence: aux Etats-Unis, dans certains états, il est possible d'imposer des peines indéterminées à des femmes alors qu'on impose à des hommes pour les mêmes délits des peines déterminées et courtes. Le second domaine où le système de justice pénale se montre plus sévère à l'endroit du sexe féminin, c'est à propos des jeunes filles qu'on traite toujours plus sévèrement que les jeunes gens.

Une auteure qui s'est inspirée de la théorie de Black sur le comportement de la loi⁹ étudie deux facteurs bien intéressants du sentencing différentiel dans le cas des femmes, la respectabilité des accusées et leur statut social. Kruttschnitt montre dans une étude que, alors que le casier judiciaire est conçu comme un indicateur universel de la sévérité de la peine qui sera imposée à un accusé masculin, tel n'est pas le cas pour une femme. Ce sont des indices non juridiques de respectabilité qui affecteront la sanction dans le cas des accusées féminines. En effet, les soins psychiatriques antérieurs, l'usage et l'abus de drogues, les jugements d'un employeur et des actes de déviance commis en compagnie de pairs vont tous influencer la décision du juge. Les conclusions de cette étude sont les suivantes: quelle que soit l'infraction commise, plus mince est la respectabilité d'une femme plus grande est la probabilité qu'elle recevra une sentence plus sévère. Dans un autre article, l'auteure montre que les caractéristiques sociales des femmes (p. ex. statut économique, âge ou emploi) jouent un certain rôle le moment venu de prononcer la sentence, mais que le facteur d'intégration sociale et de stratification contribue davantage à expliquer les décisions du tribunal.¹⁰

Hewitt¹¹ et Popiel¹² estiment que l'analyse des facteurs qui conduisent à la décision judiciaire est extrêmement complexe. Le pouvoir discrétionnaire du juge ne laisse pas facilement voir les motifs réels qui sont finalement à l'oeuvre le moment venu de prononcer la sentence. De plus, autre facteur venant compliquer la situation, les femmes ont moins souvent que les hommes des casiers judiciaires antérieurs, elles n'ont pas été condamnées pour des crimes impliquant l'usage d'une arme. L'analyse multi-variée qui permet de rendre compte des facteurs extra-juridiques dans le sentencing judiciaire n'est donc pas une oeuvre facile. Popiel¹³ de son côté estime que la décision du juge peut peut-être être soumise à l'analyse mais on ne saura jamais vraiment par quels moyens le tribunal, le jury ou le juge sont arrivés à la détermination de la sentence. Il suggère que seule la décision de poser un terme au pouvoir discrétionnaire du juge et des commissions des libérations conditionnelles permettrait de faire vraiment respecter la clause de protection égale devant la loi.

Sachs et Wilson et Wikler s'intéressent aux préjugés sexistes de la profession juridique. Sachs et Wilson retracent les obstacles auxquels les femmes ont dû faire face, aux Etats-Unis spécialement depuis 1818, en Grande-Bretagne depuis 1867, avant d'être définies juridiquement comme des personnes de plein droit. Selon eux, les membres des professions légales, juges et avocats, ont une bonne part de responsabilité quant au fait que les combats des femmes ont duré si longtemps et se sont avérés si ardues. On peut ramener leurs conclusions à trois points principaux:

- (1) (traduction) 'Contrairement aux affirmations des avocats, la loi et les juges ne se sont pas rangés en faveur de l'égalité et des droits de l'individu. Ils n'étaient même pas neutres. De façon générale, ils ont agi comme des obstacles, plutôt que des garanties, à l'égalité entre les hommes et les femmes.'
- 2) Cela s'avère vrai tant aux Etats-Unis qu'en Angleterre: (traduction) 'Le résultat était le même, que les juges oeuvraient dans le contexte britannique d'un parlement suprême, ou dans celui de la constitution américaine garantissant les droits de l'individu (...) Ils ont tous appuyé et justifié le refus d'accorder le droit de vote aux femmes jusqu'à la fin de la deuxième décennie de ce siècle,' et
- 3) il n'est pas vrai que la profession juridique s'est portée à la défense des droits individuels contre le pouvoir de l'Etat: (traduction) 'La profession juridique a appuyé les lois et pratiques sociales discriminatoires, ainsi que les pratiques discriminatoires de ses membres (...) Encore

aujourd'hui la profession a tendance à ne manifester qu'une tolérance désagréable et à contrecœur envers les femmes débutantes, plutôt que de leur offrir un accueil complaisant.¹⁴

Quant à Wikler,¹⁵ elle conclut que les juges tendent à renforcer les accusées dans leur rôle sexuel stéréotypé. En effet, les juges adhèrent aux valeurs traditionnelles et aux croyances touchant les rôles propres aux hommes et aux femmes et ils préfèrent les institutions traditionnelles et les rôles familiaux. L'auteur relève aussi le traitement sexiste qui est fait aux femmes victimes dans les tribunaux, et montre que les services juridiques protègent le violeur et se méfient de la femme victime. Wikler conclut que les réformes législatives doivent inclure la présence de femmes parmi le corps judiciaire. Mais il faudra aussi entreprendre l'éducation systématique des juges tant sur une base formelle qu'informelle.

Plusieurs articles portent sur les préjugés et les attitudes sexistes des jurys et des avocats. Cohen et Peterson¹⁶ ont étudié l'effet de la race et du sexe du procureur sur les décisions des jurés. On voit que l'accusé dont la défense est assurée par un avocat de race noire a des chances significativement moins considérables d'être acquitté. Pour ce qui est du sexe du procureur, l'effet n'est pas significatif. Dans une autre étude, Lindner et Ryder¹⁷ montrent que les conceptions que professent les avocats mâles à propos des accusées et de leur comportement ne sont pas partagées par les jurés mais reflètent bien celles de la population en général. Selon ces auteurs, les jurés ont ou développent dans l'exercice de leurs fonctions des vues plus égalitaires et moins sexistes que celles de l'ensemble de la population. Mais les avocats seraient plutôt enclins à partager les stéréotypes sexistes de l'homme moyen et leurs biais se feraient sentir dans leurs plaidoyers.

Plusieurs articles s'intéressent également à la sélection des jurés et aux biais qui sont introduits par les stéréotypes que des avocats entretiennent à propos des femmes et de leur participation à cette institution.¹⁸ La résistance qui s'est manifestée aux Etats-Unis à constituer des jurys composés à part égale d'hommes et de femmes repose sur des stéréotypes mâles tout à fait évidents: même lorsqu'elles seraient choisies, les femmes trouveraient le moyen de se défilier de leur devoir de jurée; elles ne sont pas capables de bien juger; elles ont un cœur trop tendre; elles se laissent influencer; et elles condamnent moins.¹⁹ Elles sont trop soumises; elles sont handicapées dans leur jugement selon l'opinion des avocats parce qu'elles sont émotives, dépendantes et jalouses.²⁰ Pourtant, tous les auteurs cités ou presque reconnaissent que tant que les jurys ne seront pas tout à fait mixtes et même tant que les femmes n'auront pas accès au poste de président du jury, la justice sera plus mal rendue et pour les hommes et pour les femmes, puisque ceux qui l'expriment ne possèdent qu'une

partie de la sagesse et de la culture humaine, celle que développent les mâles.

15.2.2 Le double standard à l'endroit des jeunes délinquantes

Nous avons repéré 14 articles qui s'intéressent à la discrimination dans le traitement fait aux jeunes filles par les organismes pénaux.²¹ Les auteurs de ces articles s'accordent sur tous les points essentiels. Les jeunes filles sont amenées au tribunal des mineurs souvent sans avoir commis de délit 'pour leur protection', elles sont plus souvent que les garçons gardées en détention avant le procès, elles sont soumises à des 'peines' d'institutionnalisation plus longues que les garçons, elles sont presque toujours soupçonnées d'avoir eu des rapports sexuels à l'occasion de fugues et elles sont jugées incorrigibles, c.-à-d. ayant des moeurs peu recommandables. Les parents ne tolèrent pas de la part de leur fille des comportements qui s'éloignent des rôles sexuels traditionnels et les amènent eux-mêmes à la cour si elles défient l'autorité parentale. L'un des auteurs conclut que cette discrimination va si loin qu'il faut absolument que les adultes qui peuvent modifier cette situation aident les jeunes filles à organiser leur résistance à pareil système d'injustice.²²

Au Canada, la nouvelle Loi sur les jeunes contrevenants²³ ne laisse plus de place à ces délits d'attitude et de condition sociale ('status crimes') que prévoyait l'ancienne Loi sur les jeunes délinquants de 1908.²⁴ Cette dernière, en effet, permettait de se saisir des mineurs à cause de leur incorrigibilité et de leur 'conduite sexuelle immorale'. Cette disposition était utilisée de façon discriminatoire à l'endroit des filles, p. ex. on arrêtait très rarement les jeunes gens pour conduite sexuelle immorale. Les jeunes filles ainsi amenées au tribunal de la jeunesse étaient très²⁵ souvent soumises à de longs séjours en institution.

On veut croire que cette source d'inéquité que constituaient les dispositions sur l'immoralité et l'incorrigibilité est effectivement tarie par la nouvelle législation fédérale sur les mineurs. Mais comme le remarquent les observateurs et le législateur lui-même, les provinces ont tout le loisir de compléter par leurs lois sur la protection de la jeunesse la nouvelle Loi sur les jeunes contrevenants. Or déjà, dans toutes les provinces canadiennes, ces lois provinciales servent à 'protéger' beaucoup plus de jeunes filles que de jeunes gens. Elles sont utilisées pour 'traiter en douceur' mais 'en longueur' (c.-à-d. par des mesures indéterminées) les adolescentes coupables de fugues, p. ex. celles qui entrent vraiment trop tard ou n'entrent pas à la maison ou passent la nuit chez leur petit ami. Rien ne permet de croire que ce traitement différentiel et paternaliste

cessera. En 1985, les dossiers de centres d'accueil de plusieurs provinces indiquent comme motif de placement chez les filles soit 'fugue' soit 'conduite sexuelle immorale'. Pourtant, ces provinces prétendent appliquer depuis 1982 la nouvelle Loi sur les jeunes contrevenants.

Autre forme de traitement discriminatoire à l'endroit des jeunes filles: il est fréquent qu'on leur impose des examens gynécologiques complets à l'occasion de leur séjour en détention avant procès dans l'intention officielle de dépister chez elles la présence de maladies vénériennes et dans l'intention officieuse de vérifier leur 'virginité'. Cette pratique de l'examen gynécologique des jeunes filles a une longue et honteuse histoire, car les médecins fonctionnaires affectés aux centres où sont détenus les mineurs avant leur comparution sont très souvent des hommes fort âgés, indéliçats et peu compétents.

Trois auteurs américains se sont intéressés à la discrimination raciale et leur analyse nous semble tout à fait adaptable à la situation des femmes autochtones.²⁶ Les deux premiers auteurs, Adams et Foley, constatent que les détenues noires purgent des peines plus longues en prison que leur contrepartie de race blanche. Selon Foley et al, cela s'explique en partie par le fait que les condamnées de race noire ont des casiers judiciaires plus²⁷ chargés que leurs consoeurs de race blanche. Mais Adams²⁷ nous met en garde contre ces données. En effet, des études de victimisation démontrent que la population en général ne se plaint pas d'avoir été attaquée par des noirs dans les mêmes proportions où la police de Washington, D.C. arrête des prévenus noirs. L'auteur conclut que ce renseignement et d'autres qu'il apporte dans son étude établissent que le système de justice criminelle de Washington, D.C. présente des biais raciaux. Enfin, French²⁸ démontre qu'il y a une relation inversée entre la distribution démographique et la distribution raciale des détenus dans le système correctionnel. Cette distribution est significativement inversée dans le cas des femmes, mais n'est pas aussi marquée dans le cas des hommes. Les femmes noires ont un dossier occupationnel particulièrement pauvre et une éducation tout à fait insuffisante.

Il nous a paru en lisant les données disponibles au Ministère du Solliciteur général du Canada que ces constatations présentaient beaucoup d'analogie avec la situation des délinquantes autochtones au Canada. Celles-ci également sont plus nombreuses en prison que dans la population en général et encore plus nombreuses proportionnellement que leurs confrères masculins. Elles purgent de longues peines et ne bénéficient pas de libération avant la libération obligatoire. C'est également la conclusion à laquelle en arrive Pitcher La Prairie dans un article tout récent portant sur les détenues autochtones.²⁹

15.2.3 Les stéréotypes à l'oeuvre en prison

Plusieurs auteurs traitent de la discrimination en prison et des stéréotypes qui frappent les femmes détenues.³⁰ Ces articles reprennent pour une part les observations et les critiques que nous avons faites à propos de la prison au chapitre des sentences minimales mais ils ajoutent d'autres éléments qui rendent les prisons³¹ pour femmes encore plus discriminatoires. Ainsi, Feinman³¹ montre que même les femmes administratrices de prisons sont remplies de préjugés à l'endroit de leurs administrées. Elles perpétuent les rôles stéréotypés chez les détenues, en encourageant, par des attitudes autoritaires et parfois sadiques, les comportements infantiles, la dépendance; en favorisant les programmes remplis d'activités traditionnellement féminines; et en confinant les détenues à ce genre de travaux quand elles leur imposent des sanctions administratives. Haft³² soutient que les femmes purgent en prison des sentences plus longues. Dans les institutions pour jeunes femmes, on développe des programmes rigides et des attentes qui sont étroitement reliées à des rôles féminins traditionnels. Tous les auteurs recommandent d'éliminer les facteurs de double standard qui règnent dans le système pénal.

15.2.4 Propositions correctives

Beaucoup d'oeuvres portent sur les personnels du système de justice pénale, depuis les secrétaires et les greffiers, jusqu'aux juges en passant par les policiers, les gardiens de prison, les matrones et les cadres supérieurs. La réflexion d'ensemble est la suivante: les femmes doivent avoir accès aux emplois, à tous les niveaux, dans le système pénal et correctionnel. Il faut en arriver à ce que tombent les barrières qui empêchent les femmes de devenir juges, présidentes de jury, jurées, avocates en défense et en poursuite, directrices d'institutions, même d'institutions masculines, policières et agents de sécurité. Tous les auteurs reconnaissent que ce n'est que par l'introduction progressive et suffisamment massive des femmes dans le système de justice pénale que plusieurs des biais³³ et des sources de discrimination finiront par disparaître.

Les deux derniers articles que nous analyserons s'intéressent à un autre ordre de remèdes. Dans le premier, Popiel s'élève contre le pouvoir discrétionnaire des juges et des services de libération conditionnelle et croit qu'il faut absolument limiter ce pouvoir. On doit établir des mécanismes qui permettent de réviser les sentences et les décisions qui y sont reliées et poser une limite aux facteurs qui peuvent être pris en compte lors de la détermination de la sentence. Pour cela, il faut accepter de reconsidérer le fameux modèle de réhabilitation. Le juge et la commission de libération conditionnelle doivent être empêchés de scruter tous les aspects du passé d'un accusé ainsi

que sa personnalité. La revision des sentences et des décisions des commissions de libération conditionnelle, les limites posées à la discrétion judiciaire, des guides permettant à ces décisions d'avoir plus de cohérence représenteraient tous des améliorations considérables à l'actuel système discriminatoire du sentencing individualisé. Dans le second article, Wright et Wright³⁴ en arrivent exactement aux mêmes conclusions: on doit proposer des modèles et des guides favorisant un sentencing plus cohérent à l'endroit des hommes et des femmes.

15.3 Conclusion

L'abondance des écrits et des études portant sur les préjugés sexistes qui favorisent dans le domaine de la justice pénale une grande inégalité des peines démontre que cette question est importante et qu'il est urgent d'y voir. Si de rares auteurs continuent de prétendre que les femmes sont traitées avec plus de clémence par le système de justice pénale, la grande majorité des écrits concourent pour dire que des facteurs autres que l'indulgence du juge pour le sexe féminin entrent en cause dans ce sentencing différentiel. C'est un fait que les femmes commettent moins de délits que les hommes et qu'elles ont des casiers judiciaires moins chargés. C'est un fait aussi que des facteurs extérieurs à leur situation d'accusée interviennent au moment de prononcer la sentence et qu'il convient d'en limiter l'effet.

15.4 Recommandations

Il ne fait pas de doute que l'un des moyens de modifier le caractère biaisé et sexiste du système de justice pénale et de le rendre plus équitable à l'endroit des femmes c'est de mettre sur pied un programme d'action positive qui touche tous les emplois de ce système y compris et surtout les plus importants et les plus influents pour que la justice pénale cesse d'être un monde d'hommes. Tous les personnels qui travaillent dans le domaine de la justice pénale doivent être informés des inéquités et des discriminations qui ne cessent de s'exprimer à l'endroit des jeunes filles délinquantes et des femmes incriminées. Nul doute que la nouvelle Loi sur les jeunes contrevenants laissera moins de place aux 'status crimes'. Mais on peut redouter que les provinces utilisent leur loi de protection de la jeunesse pour contraindre les jeunes filles à observer la chasteté et la conduite correcte que les parents, les éducateurs, les juges et les officiers de probation veulent leur imposer.

Nous avons peu parlé du sort fait aux victimes féminines d'actes criminels par le système de justice pénale. Cependant, quelques auteurs s'attachent à montrer que les femmes victimes sont souvent traitées comme des menteuses et comme des femmes de petite vertu. On ne leur donne même pas

le bénéfice du doute et même si les enquêtes sur leur chasteté antérieure dans les cas d'agression sexuelle sont maintenant interdites,³⁵ on doute d'elles et on les croit capables d'avoir mérité ce qui leur arrive. Plusieurs auteurs notent que tel est toujours le cas dans un grand nombre de tribunaux canadiens et américains. Là aussi des efforts d'information, d'éducation et de conscientisation s'imposent. Mais c'est par la présence de plus en plus abondante de personnels féminins parmi les avocats, les juges, les psychologues et conseillers du tribunal que ces attitudes stéréotypées et injustes changeront.

TABLEAU 1

INFRACTIONS DONT LES FEMMES
SONT ACCUSEES, PAR FAMILLE D'ACCUSATIONS
ET EN POURCENTAGES, CANADA, 1972 ET 1982

<u>Familles d'accusations</u>	<u>1972</u>	<u>1982</u>
	<u>%</u>	<u>%</u>
Violence contre les personnes	3,9	4,0
Violence contre les biens	1,6	1,9
Contre les biens sans violence	28,7	31,0
Contre les moeurs	3,4	4,5
Autres, code criminel	9,5	14,1
Contre les lois fédérales	6,1	4,5
Contre les lois provinciales	22,8	21,1
Contre les lois municipales	7,7	4,0
Circulation:		
Lois fédérales	7,7	14,9
Lois provinciales	8,6	-
	<u>100,0</u>	<u>100,0</u>

Source: Statistique Canada, cat. 85-205, 1972 et 1982.

TABEAU 2

SENTENCES IMPOSÉES AUX HOMMES ET AUX FEMMES, ACTES CRIMINELS,
CANADA, 1960-1972 (CAT. 85-201)

		Sentences imposées aux hommes pour actes criminels Canada, 1960-1972										Sentences imposées aux femmes pour actes criminels Canada, 1960-1972									
Année	Nombre	Amende	Prison	Maison de correction	École de formation	Pénitencier	Peine capitale	Peine additionnelle	TOTAL	1960	Suspense	Suspense et probation	Amende	Prison	Maison de correction	École de formation	Pénitencier	Peine capitale	Peine additionnelle	TOTAL	
1960	3788	6910	11 939	1823	217	2868	10	603	32 891	570	484	793	558	70	15	62	-	28	2552		
	*11,5	21	36	5,5	16	9	0,03	2		**22,3	19,0	31,1	21,9	2,7	59	2,4	-	-			
1961	3856	7481	13 249	1764	206	3016	12	973	35 516	626	609	1027	744	80	14	63	-	65	3163		
	11	21	37	5	5	8	0,03	3		19,8	19,3	32,5	23,5	2,5	44	2	-	-			
1962	4009	7404	12 850	1632	197	3257	13	915	35 513	656	638	1099	591	83	5	78	-	39	3150		
	11	21	36	4,5	5	9	0,03	2,5		20,8	20,3	34,9	18,8	2,6	16	2,5	-	-			
1963	4130	8753	14 013	1667	278	3374	11	1273	39 178	724	746	1345	722	110	22	67	-	68	3736		
	10,5	22	36	4	7	9	0,02	3		19,4	20	36	19,3	2,9	59	1,8	-	-			
1964	4025	8526	13 133	1713	250	3235	5	1281	37 927	878	787	1598	724	94	15	74	-	83	4170		
	11	22	35	4,5	7	8,5	0,01	3		21,1	18,9	38,3	17,4	2,3	36	1,77	-	-			
1965	3489	8949	12 371	1574	216	3079	19	1478	36 992	829	998	2096	726	92	19	80	-	100	4840		
	9	24	33	4	6	8	0,05	4		17,1	20,6	43,3	8,8	1,9	39	1,65	-	-			
1966	4560	10215	12 742	1736	293	2849	9	1581	39 941	1169	1001	2563	808	119	15	54	-	203	5729		
	11	22,5	32	4	7	7	0,02	4		20,4	17,5	44,7	14,1	2,08	26	94	-	-			
1967	4709	9920	12 862	1736	261	2902	7	1487	39 887	1100	1087	2716	706	102	26	79	-	145	5816		
	12	25	32	4	6	7	0,01	4		18,9	18,7	46,7	12,1	1,8	45	1,4	-	-			
1968*	3820	8350	11 199	1918	13	2360	1	1081	33 701	1040	807	2208	676	116	5	56	-	93	4908		
	11	25	33	6	0	7	0	3		21,2	16,4	45,0	13,8	2,4	10	1,1	-	-			
1969	2963	8504	10 304	1815	14	2204	-	1313	32 950	927	1070	2318	612	91	-	49	-	123	5067		
	9	26	31	5,5	0	7	-	4		18,3	21,1	45,7	12,1	1,8	-	97	-	-			
1970	2711	10910	11 485	2089	10	2076	3	1542	38 883	848	1691	3577	694	141	1	45	-	168	6997		
	7	28	29	5	0	5	0	4		12,1	24,2	51,1	9,9	2,0	6,01	1,64	-	-			
1971	2500	11531	12 764	1332	2	2002	-	1998	40 139	870	1771	4103	844	112	-	35	-	218	7735		
	6	29	12	3	0	5	-	5		11,2	22,9	53,0	9,9	1,4	-	45	-	-			
1972	2526	11557	12 180	884	4	1738	1	1643	38 331	923	1706	3605	836	150	3	60	-	215	7283		
	6,5	30	32	2	0	4,5	0	4		12,7	23,4	49,5	11,5	2,1	0,04	82	-	-			

* Le Québec et l'Alberta non compris à compter de 1968

** Pourcentage des hommes

** Pourcentage des femmes

Source: Statistique Canada, Statistique de la criminalité, cat. 85-201, pour chaque année de 1960 à 1972.

Adapté par BERTRAND, M.A., Recension des écrits sur la pathologisation des comportements féminins et la victimisation des femmes (1984), Rapport de recherche, Université de Montréal, Ecole de criminologie, 79.

TABLEAU 3

PEINES IMPOSEES AUX FEMMES CONDAMNEES PAR
CERTAINS TRIBUNAUX CANADIENS EN 1978, 1979, 1980 (en %)
(Code criminel et lois fédérales)

	<u>1978</u>	<u>1979</u>	<u>1980</u>
Non déclaré	0,3	0,4	0,1
Probation	29,2	34,4	31,6
Amende	57,7	48,4	54,6
Institution			
- jusqu'à 6 mois	11,7	13,9	12,7
Institution			
- 6 à 24 mois	0,7	2,3	0,6
Institution			
- 2 à 5 ans	0,4	0,5	0,2
Institution			
- 5 à 10 ans	0	0	0 (4 cas)
Institution			
- perpétuité	0	0	0 (2 cas)
	<u>100,0</u>	<u>99,9</u>	<u>99,8</u>

Source: note 18 Statistique Canada,
Centre canadien de la statistique juridique,
Tableaux: types de peines par province, femme,
1978, 1979, 1980.

TABLEAU 4

INFRACTIONS AU CODE CRIMINEL ET AUX LOIS FEDERALES POUR
LESQUELLES LES FEMMES ONT ETE CONDAMNEES, AU CANADA,
EN 1980, EN POURCENTAGES (relevés partiels)

<u>Infractions</u>	<u>%</u>
Contre la propriété sans violence	
vols	38,6
possession d'objets volés	1,7
faux et fraude	15,0
sous-total	<u>55,3</u>
Conduite automobile	
facultés affaiblies	7,5
alcool 80mg	9,0
autres	3,9
sous-total	<u>20,4</u>
Violence contre les personnes et les biens	
homicide et tentative et négligence criminelle	0 (4 cas)
voies de fait	2,7
armes offensives	0,4
vol qualifié	0,1
pénétrer par effraction	1,3
méfaits	1,5
sous-total	<u>6,0</u>
Drogues	
possession de stupéfiants	3,1
autres	1,1
sous-total	<u>2,7</u>
Infractions sexuelles	
moeurs et inconduite	2,7
sous-total	<u>2,7</u>
Autres	
ordonnance de probation	1,1
défaut de comparaître	1,8
tentative de complot	0,6
corrompre et tromper	1,9
autres, code criminel	1,7
autres, lois fédérales	4,4
sous-total	<u>11,5</u>
Total	<u>100,1</u>

Source: note 18,
Statistique Canada,
Centre canadien de la statistique juridique, Rap-
ports sur les condamnations et les sentences dans
quelques districts judiciaires de la Colombie bri-
tannique et du Québec, 1980.

RÉFÉRENCES

Avant-Propos

1. Comme Frances Olsen l'a fait remarquer, certaines féministes ont soutenu que (traduction) 'Le droit est fondamentalement de nature patriarcale et la résolution des conflits par le biais de l'appel aux droits prévus par la loi constitue une approche masculine limitée. Elle suggère cependant que le droit est une pratique sociale complexe et que certains gains féministes ont pu être réalisés et continueront de l'être dans le domaine du droit'. Voir Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis (1984) 63 Texas L.R. 387, 400-401.
2. MacKinnon, Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence (1983) 8 Signs 635, 644.
3. Le professeur McCalla Wickers discute de la rébellion contre la décontextualisation qui s'est produite dans toutes les disciplines dans son article intitulé 'Memoirs of an Ontological Exile: The Methodological Rebellions of Feminist Research', in Miles and Fine (eds.) Feminism in Canada (1983). On peut trouver un exemple juridique dans la discussion relative à la légitime défense au chapitre 4.4.1, infra.
4. Voir aussi Clark, 'Privacy, Property, Freedom and the Family', in Bronaugh (ed.) Philosophical Law: Equality, Adjudication, Privacy, (1978) 167 et seq. McIntosh, Review Symposium: Women, Crime and Criminology (1977) 17 British J. of Criminology 395. Stang Dahl, Towe and Snare, 'The Coercion of Privacy: A Feminist Perspective' in Smart and Smart (eds.), Women, Sexuality and Social Control (1978).

Chapitre 1

1. Implications of Feminist Theory for the Direction of Reform of the Criminal Code (1984) (préparé pour M. le Juge Allen Linden, président de la Commission de réforme du droit au Canada).
2. P. ex., la défense de la contrainte d'un conjoint est maintenant de genre neutre: art. 18 C. cr., S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. 1980-81-82, ch. 125, art. 4; ainsi que l'art. 197(1)(b) relativement à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint, mod. 1974-75-76, ch. 66, art. 8(1). Les renvois qui suivent se réfèrent aux dispositions actuelles du C. cr., sauf si le contraire est indiqué.

(Chapitre 1/suite)

3. Voir Miles 'Introduction' in Miles et Finn (eds.), Feminism in Canada (1983).
4. Le professeur Lahey parle aussi d'un genre de féminisme critique, lequel commence avec la supposition que toutes les femmes sont libres, et que le seul obstacle à la réalisation de cette liberté est le rôle envahissant des stéréotypes fondés sur le sexe. Ces féministes visent la création d'un idéal asexué et rejettent la dichotomie du sexe. Voir Lahey, supra, note 7, 46-47. Bien sûr, il y a plusieurs façons de classer les différents types de féminismes, y compris le féminisme socialiste et le féminisme radical.
5. Black, The Behavior of the Law (1976); Hulsman et Bernat de Celis, Peines perdues: le système pénal en question (1982); Miaille, Le droit-violence (1980) 4 Déviante et Société 167.
6. Beccaria, Des délits et des peines (Dei delitti e delle pene) (1965) (publié pour la première fois en 1764).
7. Mill, 'On Liberty,' in Lerner (ed.), Essential Works of John Stuart Mill, (1965) 253-360.
8. Montesquieu, De l'esprit des lois (1961) (publié pour la première fois en 1748), 2 tomes.
9. Allen, The Borderline of Criminal Justice(:) Essays in Law and Criminology (1964).
10. Fuller, The Morality of Law (1964).
11. Hart, Law, Liberty and Morality (1963).
12. Le Dain, Rapport final de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales (1973).
13. Supra, note 1.
14. Packer, The Limits of Criminal Sanction (1968).
15. Commission de réforme du droit du Canada, Les confins du droit pénal (1975); Commission de réforme du droit du Canada, Notre droit pénal (1976).
16. Supra, notes 14 et 15.
17. Statistique Canada, Statistique de la criminalité et de l'application des règlements de la circulation, (pour chaque année de 1975 à 1982), cat. 85-205.

(Chapitre 1/suite)

18. Bertrand, Femmes et justice: problèmes de l'intervention (1983) 16 No. 2 Criminologie, 77.

Chapitre 2

1. Ainsi, par exemple, le droit concernant l'agression pourrait viser à protéger le droit à la sécurité physique, mais si l'on examine la façon dont la loi est appliquée, on remarque que l'autorité maritale est privilégiée de même que le droit au maintien du mariage.
2. Implications of Feminist Theory for the Direction of Reform of the Criminal Code, 31 (préparé pour M. le Juge Allen Linden, président de la Commission de réforme du droit au Canada).
3. Voir p. ex. Le Droit pénal dans la société canadienne (1982), 48, qui met en évidence la nécessité de faire une utilisation modérée des sanctions criminelles.
4. L'outrage au tribunal est la seule infraction de common law. Voir art. 8 du Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod.
5. Art. 171(1).
6. Art. 128.
7. Art. 246.
8. Art. 118 et 184. Pour une discussion à propos de ces infractions en tant qu'infractions de contrôle général, voir Ericson et Baranek, The Ordering of Justice (1982), p. 68. Les auteurs déclarent que, pour la plupart des gens, (traduction) 'l'obéissance était un élément évidemment nécessaire dans tous les rapports quotidiens avec la police. Les personnes que nous avons interrogées avaient une perception très réaliste de la situation, et elles savaient notamment que l'autorité de la police est assez forte pour qu'elles empirent éventuellement leur situation par des accusations plus nombreuses (comme d'entrave à la police, de voies de fait contre la police, ou de trouble de la paix)... Elles savaient que ces accusations pouvaient être portées contre elles comme équivalent fonctionnel de l'accusation d'outrage au tribunal ...' (à la page 45).
9. Art. 60, 62 et 63.
10. Art. 46-57.

(Chapitre 2/suite)

11. Art. 214(4).
12. Art. 64-70. Voir aussi l'art. 71 (Exercices illicites). On peut aussi inclure dans cette catégorie générale les infractions contre l'application de la loi et de l'administration de la justice (Code criminel, Partie III).
13. Voir, en général, les infractions contre les droits de propriété (Partie VII).
14. Voir, en général, les opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce (Partie VIII).
15. Voir, en général, les actes volontaires et prohibés concernant certains biens (Partie IX). Il est intéressant de noter que la cruauté envers les animaux (Art. 402 et 403) figurent comme une atteinte aux droits de propriété.
16. Voir, en général, les infractions relatives à la monnaie (Partie X). Elles pourraient aussi être conçues comme des infractions de protection de l'État.
17. Art. 38-42.
18. Pour des statistiques qui comparent la situation des hommes et des femmes, voir Statistique Canada, Les femmes au Canada (1985), 75-84.
19. L'analyse féministe suggère que les femmes ont été considérées comme des objets de propriété et non comme des propriétaires. Voir Clark et Lewis, Rape: The Price of Coercive Sexuality (1977), 124.
20. Le Black's Law Dictionary (5th edition, 1979) définit le fait de s'aider soi-même comme (traduction) 'le fait d'agir en personne ou par l'intermédiaire d'un représentant avec des conséquences juridiques, que l'acte soit licite ou non, par exemple une éviction où le propriétaire enlève les biens d'un locataire dans un appartement et ferme la porte à celui-ci ...' Dans ce contexte, le concept est utilisé pour désigner les femmes qui prennent tout simplement des biens aux hommes sans recourir à la loi.
21. Pour une critique des limites de la perspective féministe en général, voir Lacombe, Two Views on the Oppression of Women: The Limitations of Marxist and Radical Feminist Perspectives (1984), 6 Canadian Criminology Forum 165.

(Chapitre 2/suite)

22. Voir Glendon, The New Family and The New Property (1981).
23. Art. 244-246.
24. Art. 246.1-246.3. J'incluerais dans cette catégorie les infractions sexuelles touchant les jeunes: Art. 143-158.
25. Art. 205-211.
26. Art. 247-250.2.
27. Art. 389-392.
28. Voir en général art. 233-243.
29. Art. 226.
30. Voir la partie II.1 en général.
31. Voir la partie II en général. Il ne s'agit pas là d'une liste exhaustive, vu qu'il existe aussi des infractions portant sur la conservation de la vie (art. 197-201) et la protection contre les lésions corporelles (art. 228-232). Ces droits sont aussi reconnus dans la légitime défense (art. 34-37), la contrainte par menaces (art.17) et la défense de nécessité qui existe en common law. Certains pourraient ajouter les infractions de l'avortement (art. 251-252) dans cette catégorie et, en fait, elles figurent dans le Code à la partie VI, Infractions contre la personne et la réputation. Une analyse féministe montrerait en revanche que ces infractions constituent la négation du droit des femmes à la sécurité physique.
32. L'annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée par la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), ch. 11 (ci-après désignée la Charte).
33. Certaines féministes établissent une distinction entre le 'sexe' et le 'genre', utilisant le terme 'sexe' pour référer à la biologie et le 'genre' dans un sens culturel. Si on apprécie cette distinction, on peut préconiser une réforme du droit qui soit spécifique au sexe mais neutre sur le plan du genre, c'est-à-dire avec une rédaction neutre sur le plan du genre des lois qui ont un sens particulier pour l'expérience des femmes. Dans le présent rapport, les termes 'sexe' et 'genre' sont utilisés de façon interchangeable. Voir MacKinnon, Not a Moral Issue (1984) 2 Yale L. and Policy R. 321, 322.

(Chapitre 2/suite)

34. Voir Partie IV.I, Atteinte à la vie privée.
35. Art. 158.
36. Art. 254. Les infractions à l'encontre des droits conjugaux sont comprises dans la partie VI, Infractions contre la personne et la réputation. Cela pourrait maintenant être justifié par le fait que certaines de ces infractions, p. ex. le fait de procurer un mariage feint (art. 256) ressemblent à une agression sexuelle par fraude.
37. Gordon Rose présume que l'article 23(2) tire son origine du rôle traditionnel de servitude qui incombait à la femme en common law. Parties to an Offence (1982), 177. Il suggère que l'on cherche dans la politique actuelle à préserver l'accord marital. Ces politiques ne sont pas nécessairement différentes.
38. Pour une analyse féministe de l'institution de l'hétérosexualité, voir Rich, Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence (1980) 5 Signs 631.
39. L'art. 15 de la Charte peut certainement être interprété en disant que les distinctions fondées sur le statut matrimonial ou l'orientation sexuelle sont contraires à la Constitution.
40. Art. 281.1-281.3.
41. Art. 261-280.
42. Art. 159.
43. Art. 60-63.
44. Art. 8.
45. Art. 177.
46. Art. 120.
47. Art. 195.1.
48. Art. 128.
49. Il est suggéré, comme thème générale de cette étude, qu'un tort important est commis envers les femmes par le fait de savoir qu'à tout moment, certaines femmes sont battues, violées et utilisées dans la production de matériel pornographique. En autant que cette thèse est valide, et qu'elle est la raison fondamentale pour laquelle un crime commis contre un individu est

(Chapitre 2/suite)

considéré comme étant contre l'intérêt public, alors un préjudice commis contre une femme en particulier est un tort contre toutes.

50. Pour une discussion de fond, voir Ch. 5, infra.
51. Art. 169.
52. Art. 170.
53. Art. 171. Voir aussi art. 172.
54. Art. 178.
55. Art. 260.
56. Art. 281.1-281.3.
57. Art. 159-168.

Chapitre 3

1. L'annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée par la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), ch. 11 (ci-après désignée la Charte).
2. La discussion suivante a surtout été influencée par les théoriciens américains, mais cela ne signifie pas cependant que les théories européennes et celles des Nations-Unies portant sur l'égalité n'ont pas aussi une certaine valeur. Pour une discussion des limites de la jurisprudence comparative, voir McWhinney, The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Lessons of Comparative Jurisprudence (1983) 61 Rev. Bar. Can. 55.
3. (1982), 7 Women's Rights Law Reporter 175.
4. Ibid., 180.
5. (1984) (préparé pour M. le juge Allen Linden, président de la Commission de réforme du droit du Canada).
6. L'accueil a été si enthousiaste que le mouvement en faveur de la neutralité quant au genre a précédé l'entrée en vigueur de l'article 15 comme nous l'avons mentionné à la note 7. L'article 15 et la nécessité de dispositions relatives à l'agression sexuelle qui soient neutres sur le plan du genre ont été liés de façon explicite à ce moment-là, voir Jean Chrétien, ministre de la Justice, débat parlementaire, Chambre des communes, vol. 124, n° 395, 20039, le 4 août 1982. Ceci entre en contradiction avec le progrès assez lent qui a été réalisé dans d'autres domaines.

(Chapitre 3/suite)

7. P. ex., dans le document de travail intitulé Les droits à l'égalité et la législation fédérale, publiée par le ministère de la Justice en janvier 1985, la seule infraction qui a été mentionnée et imposait éventuellement une réforme se trouve à l'art. 146.1. On cite l'adoption d'une rédaction des infractions d'agression sexuelle de façon neutre sur le plan du genre comme mesure préliminaire en vue de l'abolition de toute discrimination sexuelle dans le langage législatif du Code.
8. Ainsi, l'art. 246.6 peut être considéré comme une tentative de neutraliser le langage sur la plan sexuel afin d'éviter l'expérience dégradante qu'ont eue les femmes lorsqu'elles sont interrogées sur leurs antécédents sexuels dans le cadre d'un procès pour viol. Le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme peut avoir été influencé par une telle analyse lorsqu'il a préconisé l'adoption d'une formulation neutre sur le plan du sexe dans le contexte de l'agression sexuelle. Voir les procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, le 6 mai 1982, fascicule no. 82,3.
9. Wolgast, Equality and the Rights of Women (1980).
10. (Traduction) 'Il fut un temps où le point de vue libéral qui consistait à voir les êtres humains comme des individus abstraits pour lesquels l'âge, la race, le sexe ou la classe économique n'avaient pas d'importance a pu être extrêmement progressiste à un certain moment et le demeure encore aujourd'hui dans de nombreux contextes. (Mais) elle présente des inconvénients ... (Elle) permet non seulement de faire fi des besoins particuliers (des femmes, des enfants, etc.) mais même de prétendre que si l'on prenait soin de leurs droits, on aboutirait à une discrimination à l'envers...' Jaggar, 'Human Biology in Feminist Theory: Sexual Equality Reconsidered' in Gould (ed.) Beyond Domination (1984), 26.
11. Ce paragraphe a été fondé sur la présentation de MacKinnon intitulé 'Equality Theories and their Results' au symposium national sur les droits à l'égalité, le 31 janvier 1985. Voir son ouvrage intitulé Sexual Harassment of Working Women (1979).
12. P. ex., dans le règlement sur la pornographie de Mineapolis, la définition évoquait de façon explicite la subordination des femmes, mais les hommes pouvaient aussi déposer des plaintes s'ils étaient en mesure de

(Chapitre 3/suite)

prouver un préjudice de la même façon qu'une femme. Pour une discussion sur ce point, voir Duggan, Hunter et Vance, 'False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.' in Burstyn (ed.), Women Against Censorship (1985).

13. (1984) 40 C.R. (3d) 282. Cette affaire est en appel devant la Cour suprême du Canada (n° du greffe 18846), mais elle n'a pas encore été entendue au moment de la publication du présent document.
14. Le meilleur exemple est sans doute celui du concept de la discrimination à l'envers qui a été rattaché à la théorie libérale de l'égalité. Dans le domaine pénal, la théorie de l'égalité libérale pourrait servir à l'encontre des infractions de nature pornographique.
15. Ainsi, p. ex., il est possible de bénéficier des avantages d'un langage neutre sur le plan du genre tout en rédigeant des lois qui correspondent de façon positive à la particularité des femmes et reflètent leur statut subordonné. La législation sur la pornographie pourrait constituer un exemple si celle-ci réglait le problème de la dégradation des femmes mais en incluant les hommes. Voir supra, note 11.
16. S.R.C. 1970, App. III, art. 1.
17. (1976) W.W.D. 88 (B.C.S.C.). Pour d'autres affaires où les infractions fondées sur le genre ont été maintenues, voir R. c. Krenn (1975) 27 C.C.C. (2d) 168 (B.C.S.C.); R. c. Ferguson 7 C.C.C. (2d) 240 (Sask. Q.B.) qui confirme le viol; R. c. Beaulne, Ex parte Latreille, [1971] 1 O.R. 630 (H.C.) confirmant l'article 164(1)(c) maintenant abrogé, l'infraction 'vag. C.', la Cour a déclaré que toutes les femmes n'étaient pas touchées par cette infraction, seulement les prostituées. Cf. R. c. Viens (1970) 10 C.R.N.S. 363 (Ont. Prov. Ct.) qui avait déclaré l'art. 164(1)(c) inconstitutionnel. On trouve une affaire américaine qui confirme le viol aux termes de la loi: voir Michael M. c. Superior Court of Sorama County (1980) 101 St. Ct. 1200 (Cal.); l'un des objectifs de la loi était d'empêcher la grossesse chez les adolescentes.
18. (1985) 14 W.C.B. 227 (Ont. Dist. Ct.)
19. (1985) 14 W.C.B. 227 (N.S.C.A.)
20. (1985) 14 W.C.B. 235 (Ont. Dist. Ct.)

(Chapitre 3/suite)

21. L'art. 157 a tendu jusqu'à présent à être utilisé à l'encontre des homosexuels de sexe masculin. Voir, p. ex., R. c. Goguen (1977) 36 C.C.C. (2d) 570 (B.C.C.A.). Mais il existe cependant la possibilité de l'utiliser à l'encontre des lesbiennes. Au niveau de la première instance dans R. c. C. (1981) 30 Nfld. & P.E.I.R. 451 (Nfld. Dist. Ct.), une femme avait été condamnée pour grossière indécence parce qu'elle s'était livrée à des actes de lesbianisme au lit avec une jeune fille de 17 ans. Cette décision a été infirmée en appel sans analyse: 1982 39 Nfld. & P.E.I.R. 8 (Nfld. C.A.). La recherche ne montre pas de cas d'utilisation de l'art. 169 pour couvrir des manifestations d'affection entre des femmes en public, mais cela ne veut pas dire bien entendu qu'il n'a pas un effet de dissuasion.
22. Voir Bender, The Canadian Charter of Rights and Freedoms and the United States Bill of Rights: A Comparison (1983) 28 McGill L.J. 811, 834.
23. Charter Equality Rights: Some General Issues and Specific Applications in British Columbia to Elections, Juries and Illegitimacy (1984) 15 U.B.C.L. R. 351.
24. S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 3(1) et 26(6). Voir aussi Eberts, Étude préliminaire: les droits à l'égalité en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés et des statuts du Canada, Condition féminine Canada 1983, 102.
25. Il existe aussi d'autres infractions où l'accusé doit être de sexe masculin et elles portent toutes sur l'activité sexuelle: art. 146(2), 151, 152, 153 et 154. Il existe d'autres infractions où la victime doit être de sexe féminin: art. 166 et 167. Et aussi un certain nombre où l'accusée doit être de sexe féminin: art. 216, 226 et 251(2). L'art. 251(2) (procurer un avortement) est lié au sexe, mais il fait l'objet d'une discussion particulière dans la section suivante du fait que les infractions relatives à l'avortement soulèvent en général des questions complexes en ce qui concerne l'égalité.
26. Comme cela est présenté en termes généraux à 3.2.1, supra.
27. Voir supra, note 16.
28. Les infractions sexuelles à l'égard des enfants (1984), Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, 51 (ci-après désigné le Rapport Badgley (enfants)).

(Chapitre 3/suite)

29. Brown, Emerson, Falk and Freedman, The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women (1971) 80 Yale L.J. 871, 958.
30. Voir Bertrand, Les femmes dans le droit criminel, mémoire présenté à la Commission d'enquête sur la situation de la femme au Canada, Études non publiées, R.O. 33/89, vol. 2.5, discuté dans Barnhorst, Female Delinquency and the Role of Women (1978) 1 Can. J. Fam. L. 254. Voir aussi supra, note 17 et seq. et le texte correspondant.
31. Cf: R. c. Lucas, supra, note 20.
32. L'infanticide fait l'objet d'une discussion ultérieurement au chapitre 4, infra.
33. Voir supra, 3.2.2.
34. Supra, note 18.
35. Voir ibid, 834.
36. [1976] R.C.S. 616, 635 (souligné par nos soins).
37. (1984) 47 O.R. (2d) 353, 392.
38. Voir le Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement (1977) (ci-après désigné le Rapport Badgley (avortement)).
39. Des affaires comme Griffin c. Illinois (1956) 351 U.S. 12 portent sur des aspects comme la fourniture des dossiers de procès aux indigents.
40. (1977) 432 U.S. 464.
41. Ibid., 470-471.
42. (1983) 6 C.R.R. 210 (S.C. T.D.).
43. Voir ibid, 212. À noter l'absence d'intention de discriminer qui protège une disposition discriminatoire de façon évidente!
44. La question et ses ramifications plus larges font l'objet d'une discussion au chap. 4, infra.
45. Pour une analyse féministe extensive de l'importance de la liberté, voir Burstyn (ed.), Women Against Censorship, supra, note 12.

(Chapitre 3/suite)

46. Voir, p. ex., le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, Pornographie et prostitution, mémoire présenté au Comité spécial sur la pornographie et la prostitution.
47. Pour une discussion de la discrimination fondée sur l'expression politique, voir Russell, Discrimination on the Basis of Political Convictions or Beliefs (1985) 45 n° 3 R. du B.
48. Voir art. 261-281.3.
49. La libelle diffamatoire (1984). Document de travail 35. Ce document de travail ne présente pas d'analyse féministe mais ses conclusions peuvent être acceptées puisqu'elles entraîneraient la disparition d'un moyen de contraindre les femmes au silence.
50. Il est à noter cependant que l'art. 279 dans sa forme actuelle protège le même droit et renforce ainsi le caractère légitime de cette préoccupation. Cependant, on peut encore dire que p. ex. ceux qui se plaignent de harcèlement sexuel ne devraient pas courir le risque de poursuites. Cela pourrait avoir un effet de dissuasion en soi. Des préoccupations équivalentes découlent d'infractions comme l'outrage au tribunal, la sédition, la violation de la paix, le tapage public ou même la propagande haineuse. Il s'agit d'une question connexe qui va au-delà de notre propos et consiste à se demander si les actions civiles en diffamation devraient être utilisées de façon à réduire l'intimidation politique. Voir Pell, The Big Chill (1984) 177-188, pour une discussion sur cette utilisation aux États-Unis.
51. L'obscénité ne fait partie de la protection visée par le premier amendement aux États-Unis: voir Miller c. California (1973) 413 U.S. 15. Pour une discussion sur la protection éventuelle de la liberté de parole en tant que fin ou moyen, voir Tribe, American Constitutional Law (1979). On a pu dire qu'il n'y avait pas de conflit entre les dispositions relatives à l'obscénité et la Déclaration canadienne des droits: R. c. Prairie Schooner News Ltd. (1970) 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.).
52. P. ex., voir Lehman c. City of Shaker Heights (1974) 418 U.S. 298.
53. Il a été décidé dans Ginsberg c. New York (1968) 390 U.S. 629 que les enfants pouvaient être protégés contre certaines oeuvres quand des adultes ne pouvaient pas l'être.

(Chapitre 3/suite)

54. Voir aussi la discussion relative à la liberté d'expression au chap. 2, supra.
55. Pour une discussion de la certitude en tant qu'élément de la légalité, voir Stuart, Canadian Criminal Law (1982) Carswell, Toronto, 15-21.
56. Voir, p. ex., la décision récente de la Cour d'appel fédérale portant sur la Loi sur les tarifs douaniers (le rapport n'est pas encore disponible).
57. Comme dans Chase c. The Queen (1984) 40 C.R. (3d) 282 (N.B.C.A.) où il a été décidé que le fait de toucher les seins d'un jeune fille n'était pas un acte sexuel.
58. Pour cet argument dans le contexte américain, voir Michelman, Welfare Rights in a Constitutional Democracy (1979) Wash. Univ. L.Q. 659.
59. L'argument selon lequel l'art. 7 instaure des droits positifs à la liberté et à la sécurité de la personne et donne lieu à un débat constitutionnel sur des aspects comme les politiques d'application de la loi en ce qui concerne le mauvais traitement des épouses est exposé dans Boyle, Sexual Assault (1984), chap. 2. Nous ne le répèterons pas ici pour cette raison et aussi parce qu'il est très important en ce qui touche à l'application de la loi. Nous suggérons cependant que l'un des principes directeurs de toute réforme du droit pénal devrait être de se demander si la réforme contribue à améliorer un monde où les femmes devraient être aussi libres que les hommes de se déplacer dans leur milieu et être protégées contre toute attaque physique.

Chapitre 4

1. Art. 251 C. cr., S.R.C. 1970, ch. C-34, mod.
2. Art. 216.
3. Art. 8
4. Préparé pour l'Association nationale de la femme et le droit, 1982.
5. P. ex., la santé pourrait être définie de façon explicite dans l'art. 251(4)(c) afin d'inclure les motifs sociaux et économiques de l'avortement. On pourrait ajouter des considérations eugénistes sur le viol et l'inceste et dire qu'il n'est pas permis de demander le consentement du père du fœtus ou des parents d'un mineur. Une distinction très nette pourrait être faite entre l'avortement et la contraception avec une référence explicite au fait

(Chapitre 4/suite)

qu'il n'y a pas de limite dans le temps.

6. Il s'agit de la position adoptée par l'Association canadienne pour le droit à l'avortement, par l'Association nationale de la femme et du droit (A.N.F.D.), par le Y.W.C.A. du Canada et par le Comité national d'action sur le statut de la femme.
7. Voir, p. ex., la résolution adoptée lors de la deuxième conférence de la A.N.F.D. à Ottawa, 1977, demandant l'abrogation de l'art. 251: Manuel de l'Association nationale de la femme et le droit (1981), B-201.
8. Voir, en général, MacKinnon The Male Ideology of Privacy: A Feminist Perspective on the Right to Abortion (1983) 17 (n° 4) Radical America 23.
9. (Traduction) 'La jeune fille qui sait bien se servir des contraceptifs est une dépravée', Ibid, 25.
10. Right-Wing Women (1983), réimprimé (1983) 1 Law and Inequality 95.
11. Statistique Canada, Avortements thérapeutiques (1982) 58. Des statistiques américaines montrent que le risque de décéder à cause d'un avortement provoqué pendant les quinze premières semaines de la grossesse est égal à 1/7e du risque de décès avec la grossesse et l'accouchement. Cates, Legal Abortion: The Public Record (1982) 215, 26 Science 1587.
12. Ibid., 110. Le rapport Badgley (avortement) a aussi mis en évidence que l'on pouvait réduire les complications grâce à un avortement précoce et par l'utilisation d'unités spécialisées (p. 358). Voir le Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement (1977). Voir aussi Cates, Schultz, Grimes et Tyler, The Effect of Delay and Method Choice on the Risk of Abortion Morbidity (1977) 9 Family Planning Perspectives 266.
13. Voir supra, note 11, 69. Cf. les chiffres des États-Unis pour 1980: Tietze, Induced Abortion: A World Review (1983) 1.
14. Voir Grimes, Cates et Selik, Abortion Facilities and the Risk of Death (1981) 13 Family Planning Perspectives 30.
15. Ceci s'est produit en Roumanie dans le cadre d'un mouvement de réforme des lois sur l'avortement. Voir Facts on Abortion, publié par le Childbirth by Choice Trust de Toronto. Voir aussi Jaffe, Lindheim et Lee, Abortion Politics (1981) 13 et seq., 21 et seq.

(Chapitre 4/suite)

16. Supra, note 12, à la page 73.
17. Statistique Canada, Avortements thérapeutiques (1982) 54.
18. Pour une recherche sur les effets négatifs de ce facteur, voir Adler, Abortion: A Social-Psychological Perspective (1979) 35 J. of Social Issues 100. Cette tension nerveuse vient s'ajouter à ce qui est parfois la douleur ou la souffrance causée par l'avortement lui-même du fait que l'on a pu mettre en évidence des effets négatifs et aussi un sentiment de soulagement. La collectivité féministe s'intéresse de plus en plus aux effets négatifs et s'oppose absolument à ce que l'État les aggrave. Voir McDonnell, Abortion: Not an Easy Choice (1984).
19. MacKinnon, supra note 8, 29. Pour une discussion du rôle médical dans la législation anti-avortement, voir Mohr, Abortion in America: The Origins and Evolutions of National Policy, 1800-1900 (1978) et Luker, Abortion and the Politics of Motherhood (1984), chap. 2. L'évolution de la législation en matière d'avortement au Canada a donné lieu à peu de publications, mais voir Collins, The Politics of Abortion: Trends in Canadian Fertility Policy (1982) 7 Atlantis 2, et de Valk, Morality and Law in Canadian Politics: The Abortion Controversy (1974).
20. Voir en général MacKinnon, supra, note 8.
21. Il n'est peut-être pas possible de mesurer ce phénomène mais la criminalisation de comportement inévitable peut avoir un effet négatif sur le respect de la loi en général.
22. Voir Wardley, The Abortion Privacy Doctrine: A compendium and Critique of Federal Court Abortion Cases (1980).
23. (1973) 410 U.S. 113.
24. (1973) 410 U.S. 179.
25. Le tribunal n'a cependant pas nié que le droit à l'avortement était un droit absolu.
26. Dans Harris c. McRae (1980) 100 S. Ct. 2671, la Cour suprême a maintenu le caractère constitutionnel du refus de financement par le régime assurance-maladie. Voir aussi Beal c. Doe (1977) 432 U.S. 438, Maher c. Roe (1977) 432 U.S. 464 et Poelker c. Doe (1977) 432 U.S. 519.

(Chapitre 4/suite)

27. Voir MacKinnon, supra, note 8.
28. Voir la position canadienne dans 3.2.4, supra.
29. Art. 203 et 204.
30. Art. 198.
31. Voir art. 8 du Code criminel. Cependant, des solutions de rechange fonctionnelles pourraient se trouver à l'art. 116 (désobéissance à un ordre de la Cour) et à l'art. 127 (entrave à la justice).
32. Pour le principal courant de pensée sur le besoin de réforme, voir la Commission de réforme du droit du Canada, Outrage au tribunal (1982), rapport 17. On y trouve l'affirmation surprenante selon laquelle 'les citoyens canadiens connaissent et comprennent le rôle du juge. Il acceptent volontiers de se soumettre à sa décision, à son arbitrage, parce que celui-ci est impartial. Le plaideur qui perd, tout mécontent soit-il d'avoir perdu, acceptera son sort parce qu'il aura eu droit à une décision non entâchée de préjugés ou de partialité'. (p. 11.)
33. R. c. Dalke (1981) 21 C.R. (3d) 380 (B.C.S.C.).
34. R. c. Larose [1965] C.S.Q. 318.
35. Hébert c. P.-G. Que. [1966] B.R.Q. 197 (C.A.Q.).
36. Voir Hamilton rape victim plans to complain about judge's remark, Globe and Mail, 11 fév. 1985.
37. Outrage au tribunal, supra, note 32, 29.
38. Voir en général Tribe, American Constitutional Law (1979), 623 et seq.
39. Dans une affaire de viol en Ontario, la plaignante a été mise en prison pendant sept jours pour outrage au tribunal parce qu'elle avait refusé de témoigner. Elle a déclaré qu'elle craignait pour elle-même et pour sa famille. Voir Strauss, Experts Disagree on Sentencing of Reluctant Witness, Globe and Mail, 2 déc. 1983 et Cruickshank, Jailing of complaining sparks protest, Globe and Mail, 2 déc. 1983. Le juge a menacé 12 femmes de condamnation pour outrage au tribunal lorsqu'elles brandissaient une banderole disant (traduction) 'nous jugeons que ce tribunal outrage les femmes'.

(Chapitre 4/suite)

40. Une affaire en Ontario qui a beaucoup retenu l'attention du public est celle d'une jeune femme qui avait été condamnée à trois mois de prison pour avoir refusé de témoigner contre le père de l'enfant qu'elle portait dans son sein. Sa sentence avait été atténuée en appel. Voir Platiel, Jailed one week for refusing to testify, woman recalled, Globe and Mail, 20 mars 1984.
41. De plus, on devrait se demander si les témoins, en particulier ceux qui sont victimes d'attaques sexuelles devraient être contraints à témoigner deux fois. L'abolition de l'étape de l'enquête préliminaire pourrait très bien avoir des conséquences pratiques sur ce point. Voir Partie III, infra.
42. In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and Morality' (1977) 47 Harvard Educational Review 481.
43. Au dernier niveau se trouve la moralité de la non violence. Kohlberg a par ailleurs conclu que les hommes (bien qu'il est appliqué sa recherche aux femmes et les ait trouvé inférieures sur le plan de leur développement moral) passait par six étapes de développement, à commencer par celle où le bien était identifié à l'obéissance aveugle aux règles et se terminant au moment où le bien est considéré comme le respect des principes moraux universels. Les hommes se trouvaient pratiquement tous à la quatrième étape, celle où le bien est associé au droit et à l'ordre. Pour une brève description des travaux de Kohlbert, voir Golding and Laidlaw, Women and Moral Development: A Need to Care (1979-80) 10 Interchange 95.
44. Dans une étude restreinte faite en Ohio, on a conclu que l'on pouvait établir un lien entre les attitudes envers le droit, les institutions juridiques et les valeurs morales et des rôles sexuels déterminés par la société. Kay, Value Orientations as Reflected in Expressed Attitudes are Associated with Ascribed Social Sex Roles (1969) 11 Canadian J. of Corrections 193.
45. Voir 2.5, supra.
46. Comme le reconnaît déjà l'art. 4 de la Loi sur la preuve du Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, mod., et les articles 91-94 et 166-174 du projet de loi S-33.
47. Les distinctions fondées sur le mariage ne sont pas justifiables, mais au moins elles ont le mérite d'être faciles à faire.

(Chapitre 4/suite)

48. Notez aussi les art. 226 (négligence à se procurer de l'aide lors de l'enfantement) et 227 (supression de part).
49. Art. 220. L'incidence de l'infanticide est très faible, en comparaison aux autres formes de meurtre. Par exemple en 1982, on a seulement rapporté une accusation d'infanticide (Statistique Canada), Statistique de la criminalité et de l'application des règlements de la circulation (1982), p. 2-1, tandis qu'en 1984 il n'y a eu que cinq cas rapportés d'infanticide au Canada (Moins d'homicides au Canada mais pas au Québec, Le Devoir, 1er août 1985, 8).
50. Les paragraphes 2 et 4 de l'art. 538 interdisent des condamnations subséquentes. Voir aussi chapitre 14, infra.
51. Voir 2.1. et 2.3., supra.
52. Voir R. c. Szola (1977) 33 C.C.C. (2d) 572 (C.A. Ont.) selon lequel l'emprisonnement n'est pas la peine qui convient.
53. Cf. Commission de réforme du droit du Canada, Homicide (1984), document de travail 33, 84-88.
54. Voir Partie IV, infra.
55. Voir aussi art. 227 (supression de part).
56. Pour un résumé, voir Schur, Labeling Women Deviant, Gender, Stigma and Social Control (1984), 92 et seq.
57. A Halifax, trois sage-femmes ont été condamnées pour négligence criminelle ayant entraîné la mort à la suite du décès d'un bébé qui était né à la maison. Les accusations ont ensuite été rejetées lors d'une audience préliminaire. Voir Globe and Mail, 26 nov. 1983. A Brantford, une adolescente a été acquittée dans une affaire d'homicide involontaire coupable: elle avait laissé son bébé mourir dans les toilettes après lui avoir donné naissance, voir Globe and Mail, 19 mars 1985. Pour des cas semblables, voir Globe and Mail, 19 fév. 1985, 11 déc. 1982, 26 mars 1982 et 17 oct. 1982. Il a été jugé qu'un foetus qui était en train de naître était une personne aux fins de l'art. 203 dans R. c. March (1979) 2 C.C.C. (3d) 1 (B.C. Co. Ct.).

(Chapitre 4/suite)

58. Voir Colvin, Recklessness and Criminal Negligence (1982) 32 U.T.L.J. 345, 349-56, et Stuart, Canadian Criminal Law (1982), 176-179.
59. Pour une comparaison, voir Boyle, Sexual Assault (1984) 76-88.
60. Comme il est dit au chap. 2, infra, on pourrait modifier la loi afin de prévoir une infraction d'agression sexuelle par négligence, ce qui ferait disparaître cet argument de manque de cohérence. Nous ne suggérons cependant pas que pour atteindre l'égalité, il faille adopter une seule et unique norme de culpabilité. Les normes établies dans le contexte de chaque crime comme l'a dit le professeur Pickard dans Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime (1980) 30 U.T.L.J. 75. On peut certainement dire qu'il est dans l'intérêt public de promouvoir le contrôle des femmes sur les naissances qu'elles désirent et non pas de promouvoir l'activité sexuelle. La loi, dans sa forme actuelle, est plus généreuse en permettant des erreurs de bonne foi dans ce dernier contexte que dans le premier.
61. Tout comme il n'est pas interdit de se fonder sur l'une des différentes théories féministes présentées dans l'introduction générale, Partie I, supra, il est tout aussi bien permis d'adopter un critère subjectif ou objectif selon les circonstances particulières.
62. Pour une discussion de l'art. 193 voir Russell The Offence of keeping a common bawdy-house in Canadian criminal law (1982) 14 Ottawa L.J. 270.
63. Voir Procès-verbaux et témoignages devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, le 20 mai 1982, fascicule n° 86. L'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry a aussi préconisé l'abolition de l'infraction de sollicitation. Voir Ibid., fascicule n° 88, 37.
64. La prostitution au Canada (1984), 90.
65. Rapport du Comité spécial sur la pornographie et la prostitution au Canada (1985), ci-après désigné le Rapport Fraser.
66. Ibid., 573, 578.
67. Ibid., pp. 579, 586-587. Voir aussi Russell, supra, note 62, 309 et seq., qui préconise l'abolition totale de l'art. 193.

(Chapitre 4/suite)

68. Voir Rapport Fraser, ibid., pp. 579-582 pour des propositions de modification de l'art. 171 afin de mieux répondre au problème des nuisances publiques causées par la prostitution dans la rue. À noter qu'une certaine forme de l'infraction envisagée cause des ennuis à cause de l'utilisation de remarques ou de suggestions offensives sur le plan sexuel. Cela pourrait offrir une certaine protection aux femmes dans les zones de prostitution urbaines et aussi à d'autres endroits. Il existe aussi un article explicite portant sur la prostitution selon lequel une prostituée (ou son client) pourrait être condamné si elle fait signe aux piétons, les arrête ou tente de les arrêter et d'engager la conversation avec eux. (p. 578). En effet, il s'agit d'une infraction de sollicitation sous une autre forme qui entraînerait des poursuites contre les femmes alors qu'elles sont les victimes dans ce contexte.

69. Le motif est mis en évidence par Backhouse qui cite Flexner, Prostitution in Europe (1914), 108.

La prostituée professionnelle étant mise au ban de la société, il est possible de la punir à intervalles réguliers sans déranger le cours normal de la société. L'homme, par contre, est beaucoup plus qu'un participant à un acte immoral; il a des relations sociales et commerciales importantes, c'est un père ou un frère responsable de personnes à sa charge, il a des obligations dans le commerce ou l'industrie. Il ne peut être jeté en prison sans que la société soit perturbée.

70. Voir art. 179(1), modifié par 1980-81-82, chap. 125, art. 11 et R. c. Obey (1973) 3. W.W.R. 382 (B.C.S.C.); cf. R. c. Patterson (1972) 19 C.R.N.S. 289 (Ont. Co. Ct.) qui a décidé que seules les femmes pouvaient être accusées du fait que toutes les définitions de prostituées faisaient référence au sexe féminin.

71. (1978) 41 C.C.C. (2d) 31 (B.C.C.A.).

72. (1978) 4 C.R. (3d) 121 (Ont. C.A.)

73. Comme cela aurait été le cas dans le Projet de loi C-19, Une loi modifiant le Code criminel, etc., 32ième Parl., 2ième session, 32-33 Eliz. II, 1983-1984), s'il avait été adopté. La clause 48 aurait ajouté la disposition suivante à l'art. 195.1: (Traduction) 'La prostitution comprend le fait d'obtenir les services d'une prostituée.' Voir aussi les propositions du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, mars 1983.

(Chapitre 4/suite)

74. Les infractions sexuelles à l'égard des enfants, 1103.
75. Elles font l'objet d'une discussion au chapitre 2, infra.
76. Cependant, pour voir comment les actions en diffamation sont utilisées aux États-Unis pour effrayer les activistes politiques et les personnes qui se plaignent de la brutalité policière, voir Pell, The Big Chill (1984), 177-188.
77. Ceci parce que si l'on élabore une doctrine pour que la loi soit plus adaptée, par exemple, au syndrome de la femme battue, la loi pourrait perdre sa souplesse. Ainsi, les femmes accusées pourraient être condamnées parce que leur situation ne correspond précisément pas à celle que les juges et les jurés avaient commencé à saisir. Voir Crocker, The Meaning of Equality for Battered Women who Kill Men in Self-Defence (1985) 8 Harvard Women's L.J. 121, pour une analyse de ce phénomène aux États-Unis. Ainsi ce que nous préconisons ici n'est pas d'établir un moyen de défense de femme battue, mais une approche qui permettra aux tribunaux d'examiner la situation dans l'ensemble de son contexte d'après la perspective de l'accusée.
78. On pourrait ainsi appuyer l'hypothèse selon laquelle les acteurs du système de la justice pénale 'patrouillent les frontières du rôle de la femme sur le plan sexuel': Chesney-Lind, 'Chivalry Re-examined: Women and the Criminal Justice System' in Bowker, Women, Crime, and the Criminal Justice System (1978), 207. Chesney-Lind fait référence à de la recherche qui montre des distinctions entre les différents types de femmes accusées, (p. 218).
79. Schneider, Jordan et Arguedas (1978) 1 Fam. L.R. 118. Voir aussi Vanderbraak, Limits on the Use of Defensive Force to Prevent Intramarital Assaults (1978-79) 10 Rutgers-Camden L.J. 643.
80. (1977) 88 Wash. 2d 221, 559 P. 2d 548.
81. Cité par Schneider et al, supra note 79, 122.
82. Voir Ibid., at 121.
83. Voir art. 34-37.
84. (1957) 26 C.R. 150 (C.A.Q.). Dans cette affaire, l'accusé était un homme.

(Chapitre 4/suite)

85. Voir aussi R. c. Robertson [1954] O.W.N. 164 (C.A.) (des manifestations de violence ou de rage antérieures considérées comme pertinentes); R. c. Cadwallader [1966] 1 C.C.C. 380 (Sask. Q.B.) (un garçon de 14 ans a tué son père à cause d'une extrême tension nerveuse provoquée par les menaces de mort proférées par son père à son encontre pendant longtemps); R. c. Scott (1910) 15 C.C.C. (2d) 442 (Ont. H.C.) (l'accusée est acquittée quand la preuve révèle des voies de fait antérieures, et elle a tué le défunt lorsqu'il est venu vers elle en la frappant avec un bâton).
86. (1983) 37 C.R. (3d) 198.
87. Lors du nouveau procès, l'accusée a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable.
88. (1976) 6 W.W.R. 390 (Alta. C.A.).
89. Voir p. ex. R. c. Ward (1978) 4 C.R. (3d) 190 (Ont. C.A.). (Traduction) 'Il n'est pas exact de dire, que la légitime défense, en droit, est seulement justifiée lorsqu'il n'existe pas d'autre moyen raisonnable pour une personne de battre en retraite' (p. 192).
90. P. ex., R. c. Deegan (1979) 49 C.C.C. (2d) 417 (Alta. C.A.).
91. Voir en général, Stuart, supra, note 58, 394-402.
92. Langley et Levy, Wife Beating: The Silent Crisis (1977), montrent les effets néfastes de la violence sur l'esprit de la victime comme l'a fait Martin dans Battered Wives (1976).
93. Art. 215.
94. Voir Boyle, 'Violence Against Wives - the Criminal Law in Retreat?' (1980) 31 N.I.L.Q. 35, 50-54.
95. R. c. Jan Mohamed, A.I.R., [1929] Lah. 861; Sornarajah, 'Commonwealth Innovations on the Law of Provocation' (1975) 24 I.C.L.Q. 184 et 'The doctrine of Continuing Provocation' (1971), 2 J. of Ceylon Law 101; et Parker c. La Reine (1963) 111 C.L.R. 610 (Aust. H.C.) où la Cour a reconnu que la provocation pouvait consister en une série d'actes. Dans State c. Wanrow, supra, note 80, la Cour a estimé qu'une trop grande restriction de délais limitait à tort l'enquête aux événements liés de façon immédiate au meurtre. Voir aussi Kieviet, The Battered Wife Syndrome: A Potential Defence to a Homicide Charge (1978-79) 6 Pepperdine L.R. 213, 226 et seq.

(Chapitre 4/suite)

96. [1978] A.C. 705.
97. Ibid., 718. Ce critère ne donne aucun crédit à l'idée de la fragilité féminine; il suggère plutôt que le juge du fait doit chercher à comprendre ce qui amène une femme, en particulier, à perdre son sang-froid.
98. [1969] S.C.R. 335, adoptant la décision britannique dans Bedder c. D.P.P.
[1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.) infirmée dans Camplin.
99. (1982) 2 C.C.C. (3d) 394 (Ont. C.A.)
100. Bien que ceci ne soit pas en harmonie avec la politique qui vise à empêcher la révélation des antécédents sexuels de la victime dans les affaires d'agression sexuelle, la principale préoccupation est ici de veiller à ce que les tribunaux soient encouragés à se placer dans la perspective de la femme.
101. La Cour suprême du Canada dans Morgentaler c. La Reine (1975) 20 C.C.C. (2d) 449, a tenté de reconnaître une version restreinte de ce moyen de défense: 'Si elle existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible'. En appliquant ce principe à l'avortement, la Cour a jugé qu'il devait y avoir une preuve '(i) que l'accusé a de bonne foi considéré la situation si urgente que ne pas interrompre la grossesse immédiatement privait de mettre en danger la vie ou la santé et (ii) que selon toute façon raisonnable de voir les faits, l'observation de la loi était impossible'. Comme dans les articles relatifs à l'avortement, on a proposé l'abrogation de toutes les infractions liées à l'avortement, il ne convient donc pas à ce stade de s'intéresser aux limites de la défense de nécessité. Toutefois, il est clair que si les réalités politiques rendent l'abrogation improbable, il serait souhaitable d'élargir et de préciser ce moyen de défense.
102. Le droit pénal, La partie générale: responsabilité et moyens de défense, (1983) document de travail 29, 111.
103. Dans la mesure où l'État se charge des besoins fondamentaux, ce moyen de défense ne pourrait pas triompher.
104. Art. 17 du Code criminel.

(Chapitre 4/suite)

105. Paquette c. La Reine [1977] 2 R.C.S. 189 limite l'art. 17 à une personne qui commet effectivement l'infraction et applique le moyen de défense de common law aux parties.
106. Voir en général Stuart, Canadian Criminal Law, supra, note 58, 383-393. Pour une discussion sur le meurtre par interprétation, voir chapitre 12, infra.
107. Comme l'a suggéré la Commission de réforme du droit, supra, note 102, et par analogie à la reconnaissance dans l'art. 246(2)b) du fait que les menaces à l'encontre d'un tiers peuvent avoir un caractère gravement coercitif. L'art. 246(2)b) institue une forme d'agression sexuelle au second degré lorsque la victime se soumet à cause de menaces envers un tiers.
108. Ainsi, il conviendrait de revoir l'exigence selon laquelle les menaces doivent être soudaines et présenter un choix brutal à l'accusé, comme dans R. c. Gardiner (1983), 34 C.R. (3d) 237 (B.C. Co. Ct.) dans le contexte d'une relation violente permanente lorsqu'une femme n'a pas d'autre endroit où aller et ne jouit pas d'une protection adéquate de la police.
109. Une affaire qui mérite l'attention est celle de Gamble and Nichols c. La Reine (1978) 40 C.C.C. (2d) 415 (Alta. C.A.) dans laquelle Janice Gamble a été condamnée comme complice d'un meurtre du premier degré: or, elle avait joué un rôle relativement passif dans les événements. Les discussions sur la réforme du droit seraient beaucoup moins théoriques si l'on tenait compte des perceptions de femmes comme elle, en ce qui touche aux motifs qui les ont poussé à agir comme elles l'ont fait.
110. Il est surprenant qu'il ait été conservé sous une forme quelque peu différente mais tout en conservant son libellé particulier à un sexe, dans le Project de Loi C-19, Cl. 35. Voir supra, note 67.
111. Il est bien sûr possible qu'un enfant soit l'auteur et non pas la victime de l'inceste. Il peut ainsi exister une relation de coercition entre un frère de 13 ans et sa petite soeur de 5 ans. S'il est impossible d'accuser un enfant d'inceste, ces affaires seront alors traitées d'après le droit de l'agression sexuelle et du viol. En harmonie avec 2.2.5, infra, nous proposons de réétudier le concept de l'inceste pour s'attacher aux relations sexuelles dans une relation de dépendance. Il semble artificiel de remplacer un concept par une différence d'âge arbitraire, et cela pourrait même aller à l'encontre de l'art. 15 de la Charte.

(Chapitre 4/suite)

112. Voir p. ex. Wallach et Ruben, Premenstrual Syndrome and Criminal Responsibility (1971) 19 U.C.L.A.L. Rev. 209 et Taylor et Dalton, Premenstrual Tension: A New Criminal Defence? (1983) 19 Cal. West. L. Rev. 269.
113. (1983) 6 Criminal Justice 187.

Chapitre 5

1. Comme l'a dit MacKinnon: '(Traduction) Avec le viol et la prostitution à laquelle elle participe, la pornographie institutionnalise la sexualité de la suprématie masculine qui confond l'érotisation de la domination et la soumission avec les rôles sociaux de l'homme et de la femme' Not a Moral Issue (1984) 2 Yale L. and Policy R. 321, 326.
2. Voir Burstyn (ed.) Women Against Censorship (1985).
3. Pour des doutes sur l'aptitude de l'État à exécuter un mandat féministe, voir King 'Censorship and Law Reform: Will Changing the Laws Mean a Change for the Better' Ibid., 88.
4. Voir Clark, 'Liberalism and Pornography,' in Copp and Wendell (eds.), Pornography and Censorship (1983).
5. Voir Pornographie et prostitution, mémoire présenté au Comité spécial sur la pornographie et la prostitution, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, avril 1984. Pour une discussion sur la série de points de vue féministes, voir Jarvis Whose Freedom?; Pornography, Feminism and the Law (1983), étude préparée pour Condition féminine Canada.
6. Kostash, 'Second Thoughts' in Burstyn, supra, note 2, 32.
7. Voir Mahoney, Obscenity, Morals and the Law: A Feminist Critique (1985) 17 Ottawa L.R. 33.
8. (1985) 11 William Mitchell L. R. 41, 75-76.
9. Supra, note 1, 324.
10. Supra, note 8, 56-58.
11. Rapport du Comité spécial Pornographie et prostitution au Canada (1985), 288. Pour une critique récente sur le rapport du Comité Fraser, voir Noonan; Pornography: Preferring the Feminist Approach of the British Columbia Court of Appeal to that of the Fraser Committee (1985) 45 C.R. (3d) 61.

(Chapitre 5/suite)

12. Ibid. 266, 259.
13. Lewis, Procès-verbaux et témoignages devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, fascicule n° 12, le 3 mars 1978.
14. Longino, 'Pornography, Oppression and Freedom: A closer Look,' in Lederer (ed.), Take Back the Night: Women on Pornography (1982).
15. MacKinnon, supra note 1, 321. '(Traduction) Cette définition est une version quelque peu modifiée de celle qui a été adoptée par le Conseil municipal de Minneapolis le 30 déc. 1983. Minneapolis, Minn. Ordinance Amending title 7, chs. 139 et 14, Minneapolis Code of Ordinance Relating to Civil Rights. Le maire avait opposé son veto; l'ordonnance a été présentée une autre fois, réadoptée, et elle a nouveau reçu le veto en 1984. Ibid. Voir, en général, Baldwin The Sexuality of Inequality: The Minneapolis Pornography Ordinance (1984) II Law and Inequality 629. Cette définition a été critiquée par les féministes parce qu'elle attaque des documents explicites sur le plan sexuel, est utilisée par des anti-féministes, adopte le point de vue masculin sur la vie privée et donne une idée de la sexualité selon laquelle la femme doit toujours en être victime. Voir Duggan, Hunter et Vance 'False promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.', in Burstyn, supra, note 2, 130 et seq.
16. Mémoire, supra, note 5, 3.
17. Pour des définitions complètes, voir le rapport Fraser, supra, note 11, 297-300, 674-675. Les infractions qui touchent chaque niveau sont différentes.
18. Pour une analyse des autres images données par les média, voir Steele, 'A Capital Idea: Gendering in the Mass Media', Burstyn, supra, note 2, 58.
19. Il peut être plus facile d'obtenir un consensus sur la criminalisation de la pornographie violente. Voir Clark, supra, note 4. Mais la tendance à se concentrer sur la pornographie et l'agression sexuelle, comme s'il s'agissait de violence et non pas de sexualité du phénomène sexuel dans l'autre société.
20. Le rapport Fraser, supra, note 11, 297-300.
21. Voir R. c. Doug Rankine Co. (1983) 36 C.R. (3d) 154 (Ont. Co. Ct.) '(Traduction) Les films qui consistent surtout ou en partie en des scènes de violence et de cruauté associées au sexe, en particulier lorsque le

(Chapitre 5/suite)

fait de commettre des actes indignes dégrade et avilit ceux qui en font l'objet dépasse les limites de la tolérance collective. (p. 173). Voir aussi R. c. Wagner (1985) 43 C.R. (3d) 318, avec l'annotation de Noonan.

22. Les infractions sexuelles à l'égard des enfants (1984), rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, voir chap. 47-55 et pour un résumé, pp. 107-110. Le rapport recommande aussi la restriction de l'accès à la pornographie pour les enfants, p. 106. Nous n'entérinons pas ces recommandations ici parce que, à notre avis, la pornographie ne devrait tout simplement pas exister. Voir aussi la discussion et les propositions contenues dans le rapport Fraser, supra, note 11, 621-634, 673-694.
23. Voir art. 281.1-281.3 du Code criminel.
24. La Comité Fraser ne partageait pas ces préoccupations et il a proposé d'inclure le terme 'sexe' dans les dispositions sur la littérature haineuse (art. 281.1(4)) avec les autres modifications conçues pour améliorer ces dispositions. Voir, en général, supra, note 11, chap. 25.
25. Schur présente le dilemme féministe dans son ouvrage Labeling Women Deviant (1984), 171-172.
26. Procès-verbaux et témoignages devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, le 2 mai 1982. La Cour suprême du Canada a jusqu'à présent renversé toute initiative municipale: voir Westendorp c. La Reine (1983) 32 C.R. (3d) 97, et Whyte, Prostitution: Municipal Regulation and the Domain of Criminal Law Meet Again (1983) 32 C.R. (3d) 107. Cependant, cela ne veut pas dire que des règlements municipaux qui traitent nettement des nuisances publiques au lieu de la prostitution seraient inconstitutionnels.
27. La prostitution au Canada (1984), 104.
28. Art. 15 de la Charte. Voir aussi In re P., (1977) 92 Misc. 2d 62, 400 N.Y.S. 2d 455 (l'application d'une loi sur la prostitution presque exclusivement dirigée à l'encontre des femmes viole les dispositions sur l'égalité de la protection).

(Chapitre 5/suite)

29. Complété par l'infraction relative aux troubles de la paix, art. 251. Voir, p. ex., R. c. Kennedy (1973) 21 C.R.N.S. 251 (Ont. C.A.). On ne sait pas très bien si les troubles doivent effectivement avoir eu lieu (Poole c. Tomlinson (1957) 26 C.R. 92 (Sask. Q.B.); R. c. Eyre [1973] 2 W.W.R. 656 (B.C.S.C.); dans R. c. Pordriski (1980) 23 A.R. 329 (Alta. Q.B.), il a été jugé que le fait de boire et de crier des obscénités grossières était suffisant pour entraîner une condamnation et s'il faut que la conduite en question ait pu raisonnablement troubler la paix (R. c. Swinimer (1978) 25 N.S.R. (2d) 512 (C.A.)). Il semble cependant difficile de justifier la criminalisation d'une conduite qui ne cause pas en fait de troubles publics.
30. Supra, note 22, chap. 42-46.
31. Ibid., 107.
32. Ibid., 104.
33. Ibid., 102.
34. Ibid., 103.
35. Comme le montre le rapport Fraser, supra, note 11, 487-489.
36. Ibid., 583-586.
37. Ibid., 583.
38. Supra, note 26. Le professeur Constance Backhouse et un groupe d'étudiants en droit de l'Université de Western Ontario ont proposé au Comité Fraser que la conduite du client soit constituée en infraction. Selon eux, c'est parce que les hommes recherchaient les services de prostituées que le problème existe. Leur proposition a été rejetée du fait qu'elle pouvait être critiquée en vertu de l'art. 15 de la Charte. (Voir supra, note 11, 559-560.) Cela illustre très bien les limites d'une approche de l'égalité qui ne soit pas fondée de façon solide sur une compréhension du statut d'infériorité de la femme.
39. Pour une discussion des différents problèmes causés par la prostitution, notamment la victimisation de la prostituée, voir Jennings, The Victim as Criminal: A Consideration of California's Prostitution Law (1976) 64 Cal. L.R. 1235. Voir aussi Erbe, Prostitutes: Victim of Men's Exploitation and Abuse (1984) II Law and Inequality 609.

(Chapitre 5/suite)

40. Barry, Female Sexual Slavery (1981).
41. Heyl, 'Prostitution: An Extreme Case of Sex Stratification' in Adler et Simon (eds.), The Criminology of Deviant Women (1979).
42. Collins, A Conflict Theory of Sexual Stratification (1971) 19 Social Problems 3.
43. Voir, p. ex., le rapport Fédéral-provincial-territorial sur les femmes battues, présenté à la réunion des ministres responsables de la condition féminine, les 28-30 mai 1984.
44. Ibid., 351-354. Les questions de droit portant sur la légitime défense, la provocation et l'outrage au tribunal font l'objet d'une analyse au chap. 4, supra. Voir Stallone, Decriminalization of Violence in the Home: Mediation in Wife Battering Cases (1983) II Law and Inequality 493.
45. Pour un résumé des effets de la Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1980-81-82, ch. 125, voir Boyle, Sexual Assault (1984), Ch. 3.
46. P. ex., Kinnon dans le Rapport sur l'agression sexuelle au Canada (1981) préparé pour le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme suggère que les pressions en vue d'une réforme se concentrent sur la nécessité d'une égalité sexuelle devant la loi, sur la reconnaissance de la nature agressive du viol et sur des pénalités plus réalistes et plus faciles à appliquer. Les travaux de Lorene Clark et de Debra Lewis ont beaucoup favorisé le mouvement de réforme. Voir Rape: The Price of Coercive Sexuality (1977).
47. P. ex., le Toronto Area Caucus of Women and the Law a publié Joint Statement on C-53, par lequel elles mettaient en évidence certains des problèmes. Voir aussi MacKinnon, Not a Moral Issue, supra, note 1, 343 qui critique le fait que l'on insiste sur le viol en tant qu'acte de violence et non pas sexuel.
48. Chase c. The Queen (1984) 40 C.R. (3d) 282, 13 C.C.C. (3d) 187. L'autorisation d'appel a été accordé en C.S.W.: 41 C.R. (3d) xxiv.
49. (1985) 44 C.R. (3d) 254 (Ont. C.A.).
50. (1985) 44 C.R. (3d) 263 (Alta. C.A.)

(Chapitre 5/suite)

51. Chase n'a pas été suivi dans R. c. Ramos (1984) 42 C.R. (3d) 370 (C.T.N.O.). (Le critère devrait être le bon sens allié aux valeurs fondamentales de notre société; les seins sont intimement liés au sexe) et Gardynik c. La Reine (1984) 42 C.R. (3d) 362 (Ont. Co. Ct.) (les seins constituent un symbole sexuel évident).
52. R. c. Lang, non publiée; le jugement a été rendu le 22 oct. 1984.
53. R. c. Thorne (1984) 13 W.C.B. 261 (Ont. Co. Ct.).
54. Il peut très bien y avoir des perspectives lesbiennes et hétérosexuelles différentes.
55. Il s'agit là d'une question beaucoup plus vaste mais, dans ce cas particulier, elle constitue un excellent exemple. Il existe de nombreux domaines du droit où les perspectives masculines et féminines peuvent tendre à diverger. Jusqu'à présent, la nomination de juges de sexe masculin a signifié que nous avons tendu à adopter la perspective masculine. Il importe pour le long terme que un nombre de plus en plus grand de femmes soient nommées juges et que les juges actuellement en poste subissent un recyclage sur certaines questions, comme la signification du terme sexuel.
56. P. ex., dans le Joint Statement on Bill C-53, publié par le Toronto Area Caucus of Women and the Law, il est dit '(Traduction) il faudrait, au minimum, que le jury sache que le moyen de défense de croyance sincère doit être fondée sur des motifs honnêtes et raisonnables et qu'une simple défense de bonne foi ne constitue pas un moyen suffisant. N.B.: Nous disons 'minimum' parce que certaines d'entre nous, si ce n'est la plupart, croient qu'il ne devrait pas exister de défense fondée sur une croyance sincère. Il est même possible de trouver des féministes qui acceptent l'approche adoptée dans l'affaire Pappajohn c. La Reine (1982) R.C.S. 120. Voir le témoignage de Lorenne Clark Procès-verbaux et témoignages devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques, fascicule n° 91, le 6 juin 1982.
57. Ibid..
58. Voir cependant la décision dans R. c. Sansregret (1983) 37 C.R. (3d) 45 (Man. C.A.) dans laquelle le juge d'appel Matas a semblé rejeter ce moyen de défense lorsque l'accusé avait terrorisé la victime avant qu'elle ne donne son apparence de consentement. Il s'agit d'une affaire dont il est difficile d'extraire tout principe du fait que le raisonnement est obscur et que la décision semble rejeter la conclusion de fait au

(Chapitre 5/suite)

59. Pour une critique, voir Boyle, supra, note 45, 76-88.
60. Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Pea to the Crime (1980) 30 U.T.L.J. 75 et Culpable Mistakes and Rape: Harsh Words on Pappajohn (1980) 30 U.T.L.J. 415.
61. Punishment and Responsibility(:) Essays in the Philosophy of Law (1968), 154. Il s'agit d'une approche semblable à celle que préconise le professeur Pickard.
62. Voir The Australian Aftermath of D.P.P. v. Morgan (1977) 25 Chitty's L.J. 289, 296.
63. Voir Pickard, supra, note 60.
64. C.-à-d., lorsque la victime s'est soumise à des attouchements sexuels. Cela n'aurait aucune pertinence pour les blessures causées si elle ne s'est pas soumise ou si elle a été obligée de tolérer des conditions de travail abusives sans qu'il n'y ait d'attouchements.
65. Voir Boyle, supra, note 45, 69-71.
66. Voir, p. ex., sur les voies de fait, R. c. Barron (1984) 39 C.R. (3d) 379 (Ont. H.C.), où il a été décidé que la victime avait consenti implicitement à un jeu d'adolescents. M. le juge Ewaschuk semble s'être opposé à ce que l'on établisse l'absence de consentement, vu que les jeunes adolescents s'adonnent habituellement, comme le montrait la preuve, à des jeux de contacts physiques où ils se poussent et se touchent.
67. Art. 146 du Code criminel.
68. Art. 150.
69. Art. 151.
70. Art. 152.
71. Art. 153.
72. Art. 154.
73. Art. 166.
74. Art. 167.
75. Art. 168.

(Chapitre 5/suite)

76. Soit à l'encontre des hommes ou à l'encontre d'eux-mêmes. P. ex., la Cour d'appel de l'Alberta a déclaré que de telles infractions protègent les jeunes femmes et les jeunes filles contre elles-mêmes: R. c. Wiberg (1955) 22 C.R. 321. Si c'est le cas, il existe des restrictions à l'autonomie sexuelle qui passent pour de la protection.
77. La Commission de réforme du droit a adopté une approche semblable dans sa proposition en vue de la création d'une infraction d'attouchement sexuelle fondée sur la dépendance. Voir le Rapport sur les infractions sexuelles (1978), 24.
78. Voir, en général, Backhouse and Cohen, The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women (1978).
79. Voir, p. ex., la position du Comité national d'action et de la Vancouver Coalition for a Non-Sexist Criminal Code, Procès-verbaux et témoignages devant le Comité permanent sur la justice et les questions juridiques, fascicule n° 91, le 6 juin 1982.
80. Ils sont résumés dans le Rapport aux pages 49-52.
81. Voir supra, note 27, et seq., Ch. 3 et le texte correspondant.
82. P. ex., le nouvel art. 167(2)(d) proposé par le Projet de loi C-53 (1ère session, 32e Par., 29 Eliz. II, 1980-81) aurait tout simplement introduit un nouveau libellé qui permette à l'accusé d'invoquer comme moyen de défense qu'il est moins responsable que le plaignant de l'inconduite sexuelle qui a eu lieu.
83. Voir Lahey, Implications of Feminist Theory for the Direction of Reform of the Criminal Code (1984) qui commente la proposition de la Commission de réforme du droit: (Traduction) 'La déjudiciarisation de l'inceste d'adultes est particulièrement tragique pour les femmes âgées de plus de dix-huit ans parce qu'elles ont maintenant moins de possibilités de se libérer de ces relations au fur et à mesure qu'elles s'implantent. Au moins, la menace de dénonciation à la police donne aux femmes adultes un certain pouvoir dans les relations incestueuses; ...' (p. 62 souligné tel que dans le texte original). La Commission de réforme du droit a cependant recommandé l'abrogation de l'art. 150 tout en conservant certaines dispositions pour le contrôle des relations incestueuses. Voir Commission de réforme du droit du Canada, Rapport sur les infractions sexuelles (1978), 27 et seq.

(Chapitre 5/suite)

84. Incest, article présenté lors d'une conférence intitulée 'The Changing Law of Sexual Assault', Faculté de droit, Université de Dalhousie, janv. 1982.
85. Pour clarifier la question, on n'imagine pas que les juges doivent simplement recevoir une certaine formation sur les différentes perspectives dans ce domaine. Il s'agit seulement d'un des nombreux domaines où les juges devraient se rendre compte que leur propre optique comporte sans doute certaines limites.

Chapitre 6

1. Il est particulièrement important de rechercher les différentes analyses féministes, vu qu'il est fort improbable qu'il existe un consensus, en particulier, du fait que la liste suivante peut sembler refléter l'idée que les femmes sont des être vertueux, aimants et tendres, non seulement envers les autres adultes et les enfants mais envers l'ensemble de l'univers.
2. Voir Freeman, The Rights of Children in the International Year of the Child (1980) 33 Current Legal Problem 2. Il suggère que ce qui contribue au mauvais traitement des enfants est notre acceptation sociale du châtement corporel (p. 8).
3. Voir art. 244(1)(a) et en général Stuart, Canadian Criminal Law (1982), 457-468.
4. Voir, p. ex., la description de Llewellyn et Hoebel des contours assez vagues de la propriété privée de Cheyenne face aux besoins ou aux désirs que peut avoir ceux qui ne les possèdent pas, dans The Cheyenne Way (1961), pp. 226 et seq. Il dit qu'il ne semble pas exister de mécanisme juridique véritable pour s'attaquer aux petits voleurs (p. 227).
5. Voir art. 180 sur les loteries d'État.
6. Voir, p. ex. Boyle, Home Rule for Women: Power Sharing Between Men and Women (1983) Dalhousie L.J. 790.

Chapitre 7

1. Voir l'avant-propos, supra, note 3 et texte correspondant.
2. L'annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée par la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), c. 11. (ci-après désignée la Charte).

Chapitre 8

1. Cité dans Whitely, Jurisdiction in Criminal Law (1985), 223.
2. S.R.C. 1970, ch. C-34, mod.
3. Les fondements de la constitutionnalité du droit canadien se retrouvent dans les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30-31, Vict. c. 3, et dans la Charte.
4. Cet aspect du droit pénal a été traité plus en détail à la partie II, supra.
5. Il existe quelques causes où le syndrome prémenstruel a été invoqué avec succès par la défense pour faire diminuer la responsabilité criminelle dans des cas d'homicide; citons, p. ex., les causes de Sadie Craddock (1979) et de Christine English (1980) en Grande-Bretagne, et celle de Shirley Santos (1982), aux États-Unis (Brooklyn, New York). Voir aussi Norris, PMS, (1981), 269-288; Dalton, Once a Month, 1983, 203-215. De plus, le texte humoristique de Gloria Steinem, 'If Men could Menstruate' in Outrageous Acts and Everyday Rebellions, (1983), 337, illustre brillamment certaines des considérations d'ordre politique qui peuvent expliquer l'hésitation à intégrer à la jurisprudence le syndrome prémenstruel comme moyen de défense. Voir aussi au chapitre 9, infra, les notes 7 et 16 ainsi que les textes correspondants.
6. On peut se faire une idée de l'acceptation populaire de cette notion en lisant l'ouvrage de Susan Browmiller, Against Our Will, publié en 1971.
7. Les lois provinciales sur la preuve exigent que le témoignage des femmes soit corroboré dans les poursuites pour des infractins comme la rupture de promesses de mariage et la séduction. Dans le Code criminel, les dispositions exigeant la corroboration des témoignages en cas d'agression sexuelle ont été abrogées. Voir 11.5, infra.
8. La Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 4.
9. Pour des exemples mettant en cause l'art. 195, voir R. c. Murphy and Bieneck (1981), 60 C.C.C. (2d) 1 (Alta. C.A.).
10. P. ex., l'infraction de 'vagabondage' (art. 175(1)(c)) a été abrogée en 1972. Anciennement, dans certaines provinces, seules des femmes pouvaient se rendre

(Chapitre 8/suite)

coupables de sollicitation, tandis que dans d'autres, cette infraction touchait autant les hommes que les femmes.

Chapitre 9

1. L'annexe B de la Loi constitutionnelle de 1982, adoptée par la Loi de 1982 sur le Canada (R.-Ü.), c.11. (ci-après désignée la Charte).
2. Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, annexe III, mod., art. 2(a) et (b).
3. Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 5.
4. Déclaration canadienne des droits, supra, note 2, art. 1(a).
5. (1981) 450 U.S. 464.
6. Il a été statué que l'art. 15 de la Charte avait primauté sur l'art. 146 par lequel les hommes commettent une infraction lorsqu'ils ont des relations sexuelles avec certaines catégories de jeunes femmes, mais pas les femmes avec les catégories correspondantes de jeunes hommes: R. c. Lucas (1985), 14 W.C.B. 235 (Ont. Dist. Ct.). L'analyse proposée pourrait contrarier l'application de l'art. 216 et de l'alinéa 543(2)(b) s'il se révélait que leur application désavantage l'inculpé.
7. Voir ch. 8, supra, note 5, et infra, note 16 et texte correspondant.
8. Siggins, Brian and the Boys (1985) p. 27.
9. Une loi controversée du Minnesota créait un motif de poursuites pour dommages découlant du 'tort' causé par la vue du matériel pornographique sur les tablettes des dépanneurs, dans les vitrines des cinémas, etc.; arrêté de la ville de Minneapolis modifiant le titre 7 du chapitre 139 du Minneapolis Code of Ordinance relating to Civil Rights in General (1983).
10. Voir l'interprétation judiciaire de la liberté d'expression et des limites raisonnables qui peuvent être imposées à cette liberté dans R. c. Ramsingh (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (Man. Q.B.); R. c. Red Hot Video Ltd. (1984), 11 C.C.C. (3d) 389 (B.C.Co.Ct.); Ontario Film and Video Appreciation Society c. Ontario Board of Censors (1983) 34 C.R. (3d) 73 (Ont. Dist. Ct.), en appel (1984) 38 C.R. (3d) 271 (Ont. C.A.).

(Chapitre 9/suite)

11. Voir Ch. 3.2.4 et Ch. 4.2.1, supra.
12. Voir, p. ex., Borowski c. A.G. Canada and Minister of Finance (1983) 8 C.C.C. (3d) 392 (Sask. Q.B.).
13. Voir partie I, ch. 3, supra.
14. Voir R. c. Diabo (1974), 27 C.C.C. (2d) 411 (Que. C.A.)
- composition du jury contestée par un accusé de race autochtone, pour le motif qu'il n'y avait aucun autochtone sur le rôle d'évaluation foncière qui a servi de base pour la formation de la liste des jurés. Appel rejeté: exclusion fondée sur géographie et non la race.
R. c. LaForte (1975), 25 C.C.C. (2d) 75 (Man. C.A.)
- contestation de la composition du jury parce que peu de femmes et d'autochtone rejetée, et rejet maintenu - aucun preuve de mauvaise conduite par le Sheriff.
15. S.R.C. 1970, c. E-10, mod., infra, 5.3.
16. R. c. Saxell (1980), 59 C.C.C. (2d) 176 (Cour d'appel de l'Ontario).
17. Voir aussi Ch. 4.2.3 et 4.4.5, supra.

Chapitre 10

1. C. cr., art. 455, 455.3, 723, 724.
2. Lois refondues de l'Ontario 1980, c. 107, art. 12(b). Il semble que cet article soit unique au Canada. Voir aussi l'art. 12(d).
3. McLeod, Victim Non Cooperation in the Prosecution of Domestic Assault (1983) 21 Criminology 395.
4. Voir Lewis, Rape: The Price of Coersive Sexuality (1977); Baril, Cousineau et Gravel, Quand les femmes sont victimes, quand les hommes appliquent la loi (1983) 16 Criminologie 89; McLeod, ibid.
5. Entre 40% et 50% de tous les homicides surviennent en milieu familial, dont la moitié entre conjoints: Chimbos, 'Marital Violence: A Study of Husband-Wife Homicide', in The Canadian Family, K. Ishwaren (ed.), (2e éd., 1976).
6. C. cr., art. 745.
7. Voir R. c. Chohan (1969) 5 C.R.N.S. 30 (B.C.S.C.); McKenzie c. Martin [1954] S.C.R. 361, 108 C.C.C. 305.
8. Art. 472.

(Chapitre 10/suite)

9. Art. 457 (2) (d).
10. Art. 457 (7) (b).
11. Voir Visher, Gender, Police Arrest Decisions, and Notions of Chivalry (1983) 21 Criminology 5; Barnhorst, Female Delinquency and the Role of Women (1978) Can. J. Fam. L. 254.
12. Voir Dowson c. La Reine (1983) 7 C.C.C. (3d) 527 (S.C.C.); Armstrong et Chasse, The Right to an Independent Prosecutor (1974) 28 C.R.N.S. 160.
13. Commission canadienne de réforme du droit, la communication de la preuve par la poursuite, rapport 22, 1984. Une étude empirique effectuée sur 7 219 cas de poursuite a révélé que dans 30% des cas, il y avait eu enquête préliminaire. Des témoins n'ont été cités et entendus que dans 46% de ces enquêtes. Il y a eu plaidoyer de culpabilité dans 71% des cas où l'enquête préliminaire a été suivi d'un procès.
14. R. c. Williams, 1^{er} avril 1982, (Ont. Prov. Ct.) selon M. le juge Dnieper.
15. R. c. X. (1983) 43 O.R. (2d) 685 (Ont. H.C.) selon M. le juge Linden.
16. Ibid, 689.
17. Ibid.

Chapitre 11

1. S.R.C. 1970, ch. E-10, mod. (ci-après, 'L.P.').
2. S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. (ci-après, 'C.Cr.').
3. Cross on Evidence, (5e éd., 1979), 236.
4. MacCrimmon, Consistent Statement of a Witness (1979), 17 Osgoode Hall L.J. 285.
5. R. c. Lillyman (1896) 2 L.R. 167; R. c. Osborne (1905), 1 K.B. 551 (C.C.R.); Thomas c. La Reine [1952] 2 S.C.R. 344; R. c. Kulak (1979) 46 C.C.C. (2d) 30 (C.A. Ont.).
6. Timm c. La Reine [1981] 2 R.C.S. 315.
7. R. c. Kistendey (1975) 29 C.C.C. (2d) 382 (C.A. Ont.)
R. c. Boyce (1974) 28 C.R.N.S. 336 (C.A. Ont.)

(Chapitre 11/suite)

8. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125 (Loi C-127).
9. Par rapport au libellé de la modification proposée dans le projet de Loi C-53, Loi modifiant le Code Criminel en matière d'infractions sexuelles, etc., 1ère sess., 32e législature, 29 Eliz. II, 1980-81.
10. Celles impliquant un consentement et celles avec une absence de consentement. Voir à ce sujet, Cross on Evidence (1979), 5e éd, 212. Contra: MacCrimmon supra, note 4, qui affirme que la règle s'applique également aux infractions de violence non sexuelle.
11. Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, La preuve au Canada (1983), 336.
12. Watt, The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127 (1984) 164-214. Pour démontrer l'incongruité d'une telle limitation, l'auteur donne l'exemple d'un acte d'accusation avec un chef d'inceste et un d'assaut sexuel où la règle s'appliquerait dans un cas et serait abolie dans l'autre.
13. Boyle, Sexual Assault (1984), 152.
14. Voir Dawson, The Abrogation of Recent Complaint: Where Do We Stand Now? (1985) 27 Crim. L. Q. 57.
15. Fortin Preuve Pénale (1984) ed. Thémis, 493.
16. Watt, supra, note 12, 187.
17. Fortin, supra, note 15; Watt, supra, note 16.
18. Ibid..
19. Telle était la conclusion du Rapport fédéral-provincial sur la preuve quant aux effets de l'abolition de la plainte spontanée: supra, note 11.
20. (1984) 40 C.R. (3d) 84 (Ont. H.C.)
21. (1983) 36 C.R. (3d) 281 (Co. Ct. N.-E.).
22. (1984) 13 W.C.B. 134 (C.S. C.B.).
23. R. c. Temple (1984) 12 W.C.B. 71 (Co. Ct. Ont.)
24. Supra, note 11, art. 118 et 120.
25. Supra, note 9.

(Chapitre 11/suite)

26. Projet de loi S-33, Loi uniforme sur la preuve, 18 novembre 1982.
27. Supra, note 20.
28. Nelson, An Experimental Study Concerning Jury Decisions in Rape Trials (1978) 1 C.R. (3d) 265.
29. Hoskyn c. Metropolitan Police Commissioner [1978] 2 All E.R. 136.
30. (1980) 12 C.R. (3d) 193 (C.A. Ont.). Voir également R. c. Felliche (1980) 12 C.R. (3d) 207 (C.S.C.B.); R. c. Marchand (1980) 55 C.C.C. (2d) 77 (C.A.N.E.).
31. R. c. Morrisson (1984) 11 W.C.B. 294 (Ont. Co. Ct.); R. c. Sillars (1978) 12 C.R. (3d) 202 (C.A.C.B.)
32. Supra, note 26.
33. Etant donné que l'expérience démontre que les femmes sont plus souvent appelées comme témoin contre ou pour leur conjoint que l'inverse.
34. Supra, note 11, 281.
35. Trammel c. U.S. (1980) 445 U.S. 40.
36. Le Criminal Law Revision Committee de l'Angleterre et le Criminal Law and Penal Methods Reform Committee de l'Australie ont opté pour la capacité des conjoints à témoigner.
37. Commission de réforme du droit du Canada Rapport sur la preuve (1975). Voir art. 54.
38. Ibid, 100.
39. Supra, note 11, 292.
40. Delisle, Evidence: Principle and Problems (1984).
41. 8 Wigmore on Evidence, s. 2333.
42. Gosselin c. La Reine (1903) 33 R.C.S. 255; R. c. Kotapski (1981) 66 C.C.C. (2d) 78 (C.S. Qué.)
43. Le droit au secret exige un mariage valide et ne s'applique donc pas aux concubins. Voir R. c. Coffin (1954) 19 C.R. 222 (B.R. Qué.).
44. R. c. Kanester (1966) 4 C.C.C. 231 (C.A. C.B.)

(Chapitre 11/suite)

45. R. c. St-Jean (1976) 34 C.R.N.S. 378 (C.A. Qué.).
46. Supra, note 26, art. 166 à 173.
47. Art. 167-168.
48. Art. 169.
49. Art. 170.
50. Art. 172.
51. Art. 173.
52. Supra, note 11, 461-462.
53. Report on the Law of Evidence (1976), 141.
54. Eleventh Report, Evidence (General), Cmmd. 4991 (1972)
55. 8 Wigmore on Evidence, s. 2228.
56. Tout en reconnaissant la mutualité du secret entre époux.
57. Supra, note 37.
58. Les offenses actuelles exigeant la corroboration sont plutôt rares (e.g. parjure, art. 123; Trahison, art. 47(2); faux, art. 324; art. 195, et art. 256). En ce qui concerne les témoins, la corroboration existe pour les complices et les enfants. Avant, elle concernait également les victimes d'infractions sexuelles mais cette règle a été abolie (art. 246.4). Quant au témoignage du complice, la règle a été allégée; voir: Vetrovec c. La Reine (1982) 27 C.R. (3d) 304 (C.S.C.)
59. C.-à-d., capacité d'observation, mémoire et communication.
60. Art. 16(2) L.P. et 586 C.Cr.
61. La jurisprudence a élaboré cette règle de pratique, elle consiste à avertir le jury du danger de donner foi au témoignage de l'enfant en l'absence de corroboration. Voir R. c. Campbell [1956] 2 Q.B. 432, et Kendall c. La Reine [1962] S.C.R. 469.
62. Dans R. c. Heaney le juge Hachborn a décidé que la corroboration est nécessaire pour n'importe quel genre de témoignage d'un enfant (11 juillet, 1985, C. Prov. Ont. non-rapport).

(Chapitre 11/suite)

63. 3 Wigmore on Evidence (1940, 3d ed.) s. 924a, 459.
64. Art. 586.
65. Supra, note 15.
66. Supra, note 26.
67. Soulignons que cet article peut causer des problèmes car il pourrait faire revivre la règle dans les cas d'infractions sexuelles (art. 246.4 C.Cr.). Il y aurait lieu de clarifier.
68. Il ne faut pas oublier que dans ce projet, le serment est conservé.
69. Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (1984), recommandation no. 19, 74.
70. Art. 142 C.Cr., S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8.
71. Forsythe c. La Reine (1981) 19 C.R. (3d) 261, 53 C.C.C. (2d) 225 (C.S.C.).
72. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 6.
73. L'art. 246.6(2) et (3) a été édicté pour faire échec à Forsythe, supra, note 71. Mentionnons de plus que cet article sur la conduite sexuelle s'applique aux infractions d'assauts sexuels et donc qu'il ne couvre pas nécessairement les autres infractions d'ordre sexuel.
74. Voir Boyle, supra, note 13; Watt, supra, note 12.
75. Boyle, supra, note 13.
76. Watt, supra, note 12.
77. Parker, The 'New' Sexual Offences, (1983) 31 C.R. (3d) 317.
78. Voir Boyle, supra, note 13. Dans ces cas, comme la preuve est introduite par la couronne, les surprises pourront donc être évitées et la victime saura à quoi s'attendre.
79. Fortin, supra, note 15.
80. Supra, note 13.

(Chapitre 11/suite)

81. L'ancien art. 142 était plus spécifique et évitait tout élément de surprise à la victime. Voir, à ce sujet Boyle, supra, note 13.
82. Annexe B de la Loi Constitutionnelle de 1982, promulgué par le Canada Act, 1982 (R.-U.), ch. 11.
83. Watt, supra, note 12.
84. Cet article a été édicté pour contrer le jugement de la Cour suprême dans Forsythe.
85. Watt, supra, note 12. Doherty, 'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial (1984) 40 C.R. (3d) 55.
86. (1984) 40 C.R. (3d) 41 (B.R. Man.)
87. R. c. Roche (1984) 40 C.R. (3d) 138 (Co. Ct. Ont.); (où le juge conclut que l'exclusion de la défense d'erreur de fait, dans une infraction selon l'art. 246.1(2), constitue une violation des articles 7 et 11(d) de la Charte).
88. Pour une critique détaillée de cette décision voir Doherty, supra, note 85.
89. Tanford et Bocchino, Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment (1979) 128 U. Pens. L. R. 544.
90. Backhouse et Schoemroth, A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law (1983) 6 Can-U.S. L.J. 48.
91. Solliciteur-général du Canada Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain, Crimes signalés et non signalés, Bulletin no 2, 1984
92. Supra, note 28.

Chapitre 12

1. Comité de planification stratégique, Troisième rapport du Comité de planification stratégique soumis au Service correctionnel du Canada (1983).
2. Bertrand, Recension des écrits sur la pathologisation des comportements féminins et la victimisation des femmes (1984). Rapport de recherche, Université de Montréal, Ecole de criminologie.
3. Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod.

(Chapitre 12/suite)

4. S.R.C. 1970, ch. N-1, mod.
5. Art. 669(a) et (b) C.Cr.
6. Art. 5(1), Loi sur les stupéfiants.
7. Art. 234(1), C.Cr.
8. Service correctional Canada, Services d'information opérationnelle, (février 1985). Communication à l'auteure par C. Gillis, S.C.C., Ottawa.
9. Crisman, 'Female Offenders,' (1976) Proceedings of the 106th Annual Congress of Corrections, American Correctional Association, 147-155.
10. Potter, Women in prison (1979a) 2 no 4 Prison Law Monitor 73. Potter, Women's Work? The Assault on Sex Barriers in Prison Job Training (1979b) 5 no 3 Corrections Magazine 43.
11. U.S. Comptroller General, Women in Prison - Inequitable Treatment Requires Action (1980).
12. Sacks, Case for Coeducational Institutions (1978) 2 no 3 Offender Rehabilitation 255.
13. Sobel, Women in Prison: Sexism Behind Bars (1980) 2 Professional Psychology 331.
14. Anderson, Criminal Justice and Women (1980) 142 America 339. Voir, également: Herbert, Women's Prisons, An Equal Protection Evaluation (1985) 94 Yale L.J. 1182; Koban, Parent in Prison: A Comparative Analysis of Incarceration of the Families of Men and Women (1983) 5 Research in Law, Deviance and Social Control 171.
15. Fabian 'Women Prisoners - Challenge of the Future,' in Alpert (ed.), Legal Rights of Prisoners (1980), 171.
16. Supra, note 11.
17. Supra, note 15.
18. Supra, note 12.
19. Smykla, Does Coed Prison Work (1979) 59 no 1 Prison Journal 61.
Smykla, Coed Prison (1980) New York, Human Sciences Press.
20. Supra, note 13.

(Chapitre 12/suite)

21. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada, Rapport (1970), 413 et seq.
22. Comité Canadien de la réforme pénale et correctionnelle, Rapport ('Rapport Ouimet') (1969).
23. Société canadienne de criminologie, Mémoire sur la femme délinquante (1969).
24. Berzins et Cooper, The Political Economy of Correctional Planning for Women: The Case of the Bankrupt Bureaucracy (1982) 24 Revue canadienne de criminologie 399.
25. Supra, note 1.
26. Supra, note 8.
27. Statistique Canada, L'homicide au Canada (1976), 85-505.
28. Voir, p. ex., 13.3.2 et seq., infra.
29. Commission de réforme du droit du Canada, L'homicide (1984) document de travail no 33.
30. Supra, note 2.
31. Box et Hale, Liberation/Emancipation, Economic Marginalization or Less Chivalry (1984) 22 Criminology 473.
32. Bedford, Women and Parole (1974) 14 British Journal of Criminology 106.

Chapitre 13

1. Supra, Partie I.
2. S.R.C. 1970, ch. N-1, mod.
3. Bureau des drogues dangereuses, Direction générale de la protection de la santé, Santé bien-être Canada, Statistiques concernant les stupéfiants, les drogues contrôlées et les drogues d'usage restreint (1983).
4. Landreville, Blankevoort et Pires, Les coûts sociaux du système pénal (1981). Rapport de recherche, Université de Montréal, Ecole de criminologie.
5. Bergeron, De l'incapacité consécutive à une condamnation pénale (1977), Mémoire de droit criminel et pénal, Université de Montréal, Faculté de droit.

(Chapitre 13/suite)

6. Boshier et Johnson, Does Conviction Affect Employment Opportunities? (1974) 14 no. 3 British Journal of Criminology 264.
7. Grenier, et al., Le délinquant face au marché du travail (1978), Recherche effectuée en collaboration avec le Centre de main-d'oeuvre du Canada de la région Est du Québec.
8. Leon, Post Sentencing Problems: Some Consequences of a Finding of Guilt in Criminal Case (1978-79) 21 Crim. L. Q. 318.
9. Lykke, Attitude of Bonding Companies Toward Probationers and Parolee (1957) 21 no. 4 Federal Probation 36.
10. Melichercki, Employment Problems of Former Offenders (1956) 2 National Probation and Parole Association Journal 43.
Portnoy, Employment of Former Criminals (1970) 55 Cornell L.R. 306.
11. Lemert, Human Deviance, Social Problems, and Social Control (1967).
12. Matza, Becoming Deviant (1969).
Schwartz et Skolnick, 'Two Studies of Legal Stigma,' in Becker (ed.), The Other Side (1964), 103-117.
13. Ibid.
14. Supra, note 4.
15. Commission de réforme du droit du Canada, Notre droit pénal (1976), 21-22.
16. Statistique Canada, Statistique de la criminalité et de l'application des règlements de la circulation, cat. 85-205, pour chaque année de 1972 à 1982.
17. Bertrand, Recension des écrits sur la pathologisation des comportements féminins et la victimisation des femmes (1984), Rapport de recherche, Université de Montréal, Ecole de criminologie.
18. Ibid.
19. Communication à l'auteure. Lettre de B. Grainger, chef du programme des tribunaux pour adultes, 8 septembre 1983. Centre canadien de la statistique juridique. Tableaux: types de peines par province, par femme, 1978, 1979, 1980, accompagnés de documents intitulés: Limites des données.

(Chapitre 13/suite)

20. Ibid.
21. Bertrand, La femme et le crime (1979); Collette-Carrière et Langelier Biron, Du côté des filles et des femmes, leur délinquance et leur criminalité (1983) 16 no 2 Criminologie 27.
22. Hatty, 'Women in the Prison System,' (1984) AIC Seminar: Proceedings no. 3, Australian Institute of Criminology, Canberra.
23. Mawby, Women in Prison: a British Study (1982) 28 Crime and Delinquency 24.
24. Office des droits des détenu(e)s de la Ligue des droits et libertés, 'Gomin', (1981) 4 no 2-3 Face à la Justice 2.
25. Ramsey, Special Features and Treatment Needs of Female Drug Offender (1980) 4 no 4, Journal of Offender Counselling, Services and Rehabilitation
26. Collette-Carrière, Réflexion autour de la notion de services aux femmes dans le système de justice (1983) 16 n° 2 Criminologie 101.
Lewis, Female Exoffenders and Community Programs: Barriers to Service (1982) 28 Crime and Delinquency 40.
27. Nagel et Hagan, Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal Court Sanction (1983) 4 Crime and Justice: An Annual Review of Research 91.
28. Kruttschnitt, Women, Crime and Dependency (:) An Application of the Theory of Law (1982) 19 Criminology 495.
29. Statistique Canada, Services correctionnels pour adultes au Canada, cat. 85-211 (Annuel) 1981-82. Types de peines par province, par femmes: 1978, 1979 et 1980.
30. Hattem et Parent, Les effets négatifs d'un casier judiciaire au niveau de l'emploi (1982) 8 Les cahiers de l'Ecole de criminologie. Université de Montréal, Ecole de criminologie.
31. Ibid.

Chapitre 14

1. Lombroso et Ferrero, The Female Offender (1983).
2. Pollak, The Criminality of Women (1950).

(Chapitre 14/suite)

3. Adler, Sisters in Crime (1950).
Adler 'Changing Patterns,' in Adler et Simon (ed.),
Criminology of Deviant Women (1979) 91-95.
Henson, 'Female as Totem, Female as Taboo: An Inquiry
Into the Freedom to Make Connections,' in Sagarin
(ed.), Taboos in Criminology (1980) 67-80.
Simon et Benson 'Evaluating Changes in Female
Criminality,' in Klein et Teilmann (eds.), Handbook of
Criminal Justice Evaluation (1980), 549-571.
4. Bowker, The Incidence of Female Crime and Delinquency:
A Comparison of Official and Self-Report Statistics
(1978) 1 no. 2 International Journal of Women's Studies
178.
Hindelang, Sex Differences in Criminal Activity (1979)
27 No. 2 Social Problem 143.
Steffensmeier, Steffensmeier et Rosenthal, Trends in
Female Violence, 1960-1977 (1979) 12 Sociological Focus
217.
Steffensmeier, Assessing the Impact of the Women's
Movement on Sex-Based Differences in the Handling of
Adult Criminal Defendants (1980) 26 Crime and
Delinquency 344.
5. Bertrand, La femme et le crime (1979).
Box et Hale, Liberation/Emancipation, Economic
Marginalization or Less Chivalry (1984) 22 no 4
Criminology 473.
6. Comité de planification stratégique, Troisième Rapport
Service correctionnel du Canada (1983).
7. Ibid.
8. Crites, 'Women in the Criminal Court' in Hepperle et
Crites (eds.) Women in the Court (1978).
9. Moulds, Chivalry and Paternalism: Disparities of
Treatment in the Criminal Justice System (1978) 31
Western Political Quarterly 416.
10. Steffensmeier, Effects of Judge's and Defendant's Sex
on the Sentencing of Offenders (1977) 14 no 3
Psychology 3.
Steffensmeier et Faulkner, Defendant's Parental Status
as Affecting Judges' Behavior: An Experimental Test
(1978) 42 Psychological Report 939.
11. Thompson et Zingraff, 'Paternalistic Sentencing: Myth
or Fact?' Conference: Society for the Study of Social
Problems, Raleigh, (1981).
12. Supra, note 4.

(Chapitre 14/suite)

13. Farrell et Swogert Legal Disposition of Inter-Group and Intra-Group Homicides (1978) 19 Sociological Quarterly 565.
14. Supra, note 5.
15. Supra, note 13.
16. Fortenberry, 'Socio-economic Attributes Affecting the Imposition of the Death Penalty.' Symposium: Extra-Legal Attributes Affecting Death Penalty Sentencing, New York, (1979).
17. Chamblin, 'Effect of Sex on the Imposition of the Death Penalty'. ibid.
18. Voir Bowher, Crites, Chensney-Lind et Scutt, chapitre 15, note 4, infra.
19. Supra, note 3.
20. Supra, note 3.

Chapitre 15

1. Robert, Le petit Robert 1 (1984), 1513.
2. Ibid.
3. Rafter et Natalizia, Marxist Feminism: Implications for Criminal Justice (1981) 27 Crime and Delinquency 81.
4. Bowker (ed.), Women, Crime and the Criminal Justice System (1978).
Crites, 'Women in the Criminal Court,' in Hepperle et Crites (eds.) Women in the Courts, (1978).
Chesney-Lind, 'Chivalry Reexamined: Women and Criminal Justice System' in Bowker (ed.), Women, Crime and the Criminal Justice System, 197 et seq.
Scutt, Myth of the Chivalry Factor in Female Crime (1979) 14 no. 1 Australian Journal of Social Issues 3.
5. Ibid.
6. Supra, note 4.
7. Supra, note 4.
8. Moulds, Chivalry and Paternalism: Disparities of Treatment in the Criminal Justice System (1978) 31 Western Political Quarterly 416.

(Chapitre 15/suite)

9. Black, The Behavior of Law (1976).
10. Kruttschnitt, Social Status and Sentences of Female Offenders, (1980) 15 Law Society R. 247.
Kruttschnitt, Respectable Women and the Law (1982) 23
No. 2 The Sociological Quarterly 221.
11. Hewitt, Multivariate Analysis of Legal and Extralegal Factors in Judicial Sentencing (1975) Doctorial
Dissertation, Washington State University.
12. Popiel, Sentencing Women - Equal Protection in the Context of Descretionary Decisionmaking (1980) 6
No. 1-2 Women's Rights L. Reporter 85.
13. Ibid.
14. Sachs et Wilson, Sexism and the Law: A Study of Male Beliefs and Legal Bias in Britain and the United States (1978), 225-226.
15. Wilker, On the Judicial Agenda for the 80s - Equal Treatment for Men and Women in the Courts (1980)
64 no 5 Judicature 202.
16. Cohen et Peterson, Bias in the Courtroom: Race and Sex Effects of Attorneys on Juror Verdicts (1981)
9. no.1 Social Behavior and Personality 81.
17. Linder et Ryder, Gender and Juries (1977) Conférence:
Association for Humanist Sociology, Buffalo, N.Y.
18. Les auteurs de ces articles sont:
Alker Hosticka et Mitchell, Jury Selection as a Biased Social Process (1976) 11 Law and Society R. 9;
Beckham et Aronsom, Selection of Jury Foremen as a Measure of the Social Status of Women (1978) 43
Psychological Reports 475;
Copelon, Schneider et Stearns, Constitutional Perspectives on Sex Discrimination in Jury Secection
(1975) 2 no. 4 Women's Rights Law Reporter 3;
Mahoney, 'Sexism in voir dire - The Use of Sex Stereotypes in Jury Seleciton,' in Hepperle et
Crites (eds.), supra, note 4;
Nagel et Weitzman, Sex and the Unbiased Jury (1972) 56
No. 3 Judicature 108;
Wright, State v. Duren - The Missouri Supreme Court's Stand Against Jury Selection Reform - 556 SW 2d 11
(MO 1977) (1978) 47 U.M.K.C. L.R. 247;
Nemeth, Endicott et Wachtler, From the '50s to the '70s: Women in Jury Deliberations (1976) 39 Sociometry
293; Zeisel, Dr. Spock and the Case of the Vanishing Women Jurors (1969) 37 U. of Chicago L. R. 1.

(Chapitre 15/suite)

19. Ibid.
20. Supra, note 10.
21. Cohen, Double Standard of Justice - Juvenile Courts Treat Young Women Differently (1978) 10. no.3 Civil Rights Digest 10;
Bertrand, Le Caractère discriminatoire et inique de la Justice pour mineurs; les filles dites 'délinquantes' au Canada (1977) 1 Déviance et Société 187;
Chesney-Lind, Young Women in the Arms of the Law in Bowker (ed.) Supra, note 4, 171 et seq.;
Cohen et Kluegel, Detention Decision: A Study of the Impact of Social Characteristics and Legal Factors in Two Metropolitan Juvenile Courts (1975) 58 Social Forces 146;
Dover, 'Closing the Door to Status Offenders - One Juvenile Court's Experiment in Fairness and Equality', in Ruth Crow et Ginny McCarthy (eds.), Teenage Women in the Juvenile Justice System - Changing Values (1979);
Kratcoski, Differential Treatment of Delinquent Boys and Girls in Juvenile Court (1979) 53 no 1 Child Welfare 16;
Lehman, Juvenile Justice? Conflict Theory and Juvenile Court Processing in Florida (1978) Doctorial Dissertation, University of Massachusetts;
Mann, Differential Treatment Between Runaway Boys and Girls in Juvenile Court (1979) 30 no. 2, Juvenile and Family Court Journal 27;
Marshall, Judicial Decision-Making in the Juvenile Court - An Empirical Test of a Labeling/Conflict Proposition (1977) United States (Not copyrighted);
Chesney-Lind, supra, note 4;
Ministry of the Solicitor General of Canada, Whom is She Offending, (1979) 5 No. 2 Liaison 10;
Schlossman et Wallach, Crime of Precocious Sexuality-Female Juvenile Delinquency in the Progressive Era (1978) 48 No. 1 Harvard Educational Review 65;
Sussman, 'Sex-Based Discrimination and PINS (Persons in Need Supervision) Jurisdiction' in Teitelbaum et Gough (eds.), Beyond Control: Status Offenders in the Juvenile Court (1977) 179 et seq.;
Teilmann et Landry, Gender Bias in Juvenile Justice (1981) 18 Journal of Research in Crime and Delinquency 47.
22. Cohen, Ibid.
23. S.C. 1980-81-82, ch. 110.
24. S.R.C. 1970, ch. J-3, mod.

(Chapitre 15/suite)

25. Bertrand, supra, note 21.
26. Adams, Black-Shift Phenomenon in Criminal Justice-
Research Note (1976) 2 No. 2 Justice System Journal
185.
Foley et Rasche, 'Effect of Race on Sentence,
Actual Time Served and Final Disposition of Female
Offenders' in Conley (ed.), Theory and Research in
Criminal Justice - Current Perspectives 1979 (1979);
French, Assessment of the Black Female Prisoner in the
South (1977) 3 Signs 483.
27. Ibid.
28. Supra, note 26.
29. Pitcher La Prairie, Selected Criminal Justice and
Socio-Demographic Data on Native Women (1984) 26
R. can. de criminol. 161.
30. Feinman, Sex Role Stereotypes and Justice for Women
(1979) 25 Crime and Delinquency 87;
Haft, Women in Prison - Discriminatory Practices and
Some Legal Solutions (1974) 8 Clearinghouse Review 1;
Lindquist, Prison Discipline and the Female Offender
(1980) 4 no. 4 J. Of Offender Counseling, Services and
Rehabilitation 305;
Lown et Snow, 'Women, the Forgotten Prisoners - Glover
v. Johnson' in Alpert (ed.), Legal Rights of
Prisoners (1980);
Velimesis, Female Offender (1975) 7 no. 1 Crime and
Delinquency Literature 94.
31. Ibid.
32. Supra, note 30.
33. American Bar Association Criminal, Town Hall Forum on
Criminal Justice (1976), Washington, American Bar
Association Criminal Justice Section;
Blazicek, 'Women and the Administration of Justice',
in Chang (ed.) Fundamentals of Criminal Justice - A
Syllabus and Workbook (1977, 3 ed.);
Eremson, Culhane, Mayson et Milton, Equal Employment
Opportunity in the Court (1979) 3 no. 3 State Court
Journal 11;
Cook, 'Women Judges - The End of Tokenism, in Hepperle
et Crites (eds.), supra note 4;
Feinman, Women in the Criminal Justice System (1980);
Gilsinan, Obernyer et Gilsinan, Women Attorneys and
the Judiciary (1975) 52 no. 4 Denver Law Journal 881;
Hepperle et Hendryx, 'Women in Court Administration' in
Hepperle et Crites (eds.), supra, note 4 ;

(Chapitre 15/suite)

Jacobs, Sexual Integration of the Prison's Guard Force - A Few Comments On Dothard v. Rawlinson (1977) 10 No. 2 U. Toledo L. R. 389;
Massachusetts Committee on Criminal Justice, Survey of Women and Minorities in the Criminal Justice Workforce Executive Summary (1979);
Morton, 'Women in Correctional Employment - Where Are They Now and Where Are They Headed?' Proceedings of the 109th Annual Congress of Correction, (1980) American Correctional Association, College Park, Md.;
Oliver 'Female in the Trial Court'; in Hepperle et Crites (eds.) supra, note 4;
Olsson, Women in Corrections (1981);
Potter, Women's Work? The Assault on Sex Barriers in Prison Job Training (1979) 5 no. 3 Corrections Magazine 43;
Schoonmaker et Brooks, Women in Probation and Parole, 1974 (1975) 21 no. 2 Crime Delinquency 109;
Steffensmeier, Sex Role Orientation and Attitudes Toward Female Police (1979) 2 no. 1 Police Studies 39;
Tharnish, Sex Discrimination in Prison Employment: The Bona Fide Occupational Qualification and Prisoners' Privacy Rights (1980) 65 Iowa L.R. 428;
Toombs, 'Female Officers in Male Institutions - Inmates' Rights to Privacy vs Women's Right to Work,' Proceedings of the 109th Annual Congress of Correction, (1980) American Correctional Association, College Park, Md.;
US Commission on Civil Rights Utah Advisory Committee, Affirmative Action in Salt Lake's (Utah) Criminal Justice Agencies - Report (1978);
Velimesis, Margolis et York, 'Mistreating of Female Offenders' in Cooke (ed.), The Role of the Forensic Psychologist (1980).

34. Wright et Wright, 'Legal or Illegal: What's your Sex?' (1978) Conference: MSS (Midwest Sociological Society), Drake U. Des Moines, Ia.
35. Art. 246.6(1) C. Cr.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

ADLER, F.

Sisters in Crime, New York, McGraw Hill (1979).

ADLER, F. and SIMON, R.J. (eds.)

Criminology of Deviant Women, Boston, Houghton Mifflin (1979).

ALLEN, F.A.

The Borderline of Criminal Justice: Essays in Law and Criminology, Chicago, The University Chicago Press (1964).

BACKHOUSE, C.

'Nineteenth Century Canadian Prostitution Law: Reflections on a Discriminatory Society'; in Flaherty (ed.), Essays on The History of Canadian Law. Vol. 2. University of Toronto Press (1983).

BACKHOUSE, C. and COHEN, L.

The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women, Toronto, Macmillan (1978).

BARNHORST, S.

Delinquency and the Role of Women (1978) Can. J. Fam. L. 254.

BARRY, K.

Female Sexual Slavery, New York, Avon Books (1981).

BECCARIA, C.

Des délits et des peines, (Dei delette delle pene), Genève, Droz (1965).

BEDFORD, A.

Women and Parole, (1974) 14 British Journal of Criminology 106.

BERGERON, M.

De l'inhabilité consécutive à Une condamnation pénale, Mémoire de droit criminel et pénal, Université de Montréal, Faculté de droit (1977).

BERTRAND, Marie-Andrée,

La femme et le crime, Montreal, L'Aurore (1979).

BERTRAND, Marie-Andrée,

Caractère discriminatoire et inique de la Justice pour mineurs: les filles dites 'délinquantes' au Canada, (1977) 1 Déviance et Société 187.

BERTRAND, Marie-Andrée,
Femmes et justice: problèmes de l'intervention (1983) 16
no. 2 Criminologie 77.

BERZINS, L. and COOPER, S.
The Political Economy of Correctional Planning
for Women: The Case of the Bankrupt Bureaucracy, (1982) 24
Revue canadienne de criminologie 399.

BLACK, D.
The Behavior of Law, New York, Academic Press (1976).

BOWKER, L.H.
The Incidence of Female Crime and Delinquency: A
Comparison of Official and Self-Report Statistics, (1978)
1 no. 2 International J. of Women's Studies 178.

BOWKER, L.H.
Women, Crime and the Criminal Justice System, Lexington Ma.,
Heath Lexington Books (1978).

BOYLE, Christine
Sexual Assault, Toronto, Carswells (1984).

BROWNMILLER, S.
Against Our Will: Men Women and Rape, Toronto, Bantam Books
(1971).

BURSTYN, V. (ed.)
Women Against Censorship, Vancouver and Toronto, Douglas and
McIntyre (1985)

CANADIAN ADVISORY COUNCIL ON THE STATUS OF WOMEN,
Prostitution in Canada, (1984).

CANADIAN COMMITTEE ON CORRECTIONS
Report, (Ouimet Report), Queen's Printer (1969).

CHIMBOS, P.,
'Martial Violence: A Study of Husband-Wife Homicide',
in K. Ishwaren (ed.) The Canadian Family (rev'd ed.)
Toronto, Holt Rinehart (1976).

CLARK, I. and LEWIS, D.
Rape: The Price of Coercive Sexuality, Toronto, Women's
Press (1977).

COHEN, P.
Double Standard of Justice - Juvenile Courts Treat
Young Women Differently (1978) 10 no. 3 Civil Rights Digest
10.

COLLETTE-CARRIERE, R.
'Reflexions autour de la notion de services aux femmes dans le système de justice', (1983) 16 no. 2 Criminologie 101.

COLLETTE-CARRIERE, R. et LANGELIER BIRON, L.
Du coté des filles et des femmes, leur délinquance et leur criminalité, (1982) 5 no. 2 Criminologie 27.

COLLINS, L.D.
The Politics of Abortion: Trends in Canadian Fertility Policy (1982) 7 Atlantis 2.

COMITE CANADIEN DE LA REFORME PENALE ET CORRECTIONNELLE,
Rapport, (Rapport du Ouimet), Ottawa, Imprimeur de la Reine (1969).

COMITE DE PLANIFICATION STRATEGIQUE,
Troisième rapport du Comité de planification stratégique soumis au Service correctionnel du Canada, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services (1983).

COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION,
Rapport, Ottawa, Ministère des approvisionnementnements et services, (1985).

COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS,
Infractions sexuelles à l'égard des enfants, Ottawa, Ministère des approvisionnementnements et services, (1984).

COMMISSION DE REFORME DU DROIT AU CANADA,
Rapport sur la preuve, Ottawa, Ministère des Approvisionnementnements et Services, (1975).

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA,
Les confins du droit pénal, Ottawa, Information Canada (1975).

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA,
L'homicide, Document de travail no 33, Ministère des Approvisionnementnements et Services, Ottawa (1984).

COMMISSION ROYALE D'ENQUETE SUR LA SITUATION DE LA FEMME AU CANADA,
Rapport, Ottawa, Imprimeur de la Reine (1970).

COMMITTEE ON SEXUAL OFFENCES AGAINST CHILDREN AND YOUTHS,
Report, Sexual Offences Against Children, Supply and Services Canada, (1984).

CONSEIL CONSULTATIF CANADIEN DE LA SITUATION DE LA FEMME,
La prostitution au Canada, (1984).

CRITES, L.

'Women in the Criminal Court', in W.L. Hepperle and L. Crites (eds.), Women in the Courts, Williamsburg, Va., National Centre for State Courts Publications Dept. (1978).

CROW, R. and McCARTHY, G. (eds.)

Teenage Women and the Juvenile Justice System - Changing Values, Tucson, Az., New Directions for Young Women (1979).

DALTON, K.

Once a Month, Claremont, California, Hunter House (1983).

de VALK, A.

Morality and Law in Canadian Politics: The Abortion Controversy, Montreal, Palen (1974).

DELISLE, R.J.

Evidence: Principle and Problems, Toronto, Carswell (1984).

DWORKIN, A.

Right Wing Women, New York, Perigee Books (1983), reprinted in (1983) I Law and Inequality 95.

ERBE, N.

Prostitutes: Victims of Men's Exploitation and Abuse (1984) II Law and Inequality 609.

FEDERAL-PROVINCIAL TASK FORCE ON UNIFORM RULES OF EVIDENCE
Report on Evidence in Canada, ed. Yvon Blais Inc., (1982).

FEINMAN, C.

Sex Role Stereotypes and Justice for Women, (1979) 25
Crime and Delinquency 87.

FORTIN, J.

Freuve Pénale, Montreal, Université de Montreal, ed. Thémis, (1984).

FULLER, L.L.

The Morality of Law, New Haven, Yale University Press (1964).

GILLIGAN, C.

In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and Morality (1977) 47 Harvard Educational Review 481.

GROUPE DE TRAVAIL FEDERAL-PROVINCIAL SUR L'UNIFORMISATION
DES REGLES DE PREUVE,
La preuve au Canada, ed. Yvon Blais Inc. (1982).

HART, H.L.A.

Law, Liberty and Morality, Stanford, Ca., Stanford University Press (1963).

HATTEM, T. et PARENT, C.

Les effets négatifs d'un casier judiciaire au niveau de l'emploi, Cahier no. 8, Les cahiers de l'Ecole de criminologie, Montréal, U. de Montréal (1982).

HEWITT, J.D.

Multivariate Analysis of Legal and Extralegal Factors in Judicial Sentencing, Doctorial Dissertation, Washington, Washington State University (1975).

HINDELANG, M.J.

Sex Differences in Criminal Activity, (1979) 27 no. 2 Social Problems 143.

HULSMAN, L. et BARNHAT DE CELIS, J.

Peines perdues: le systéme pénal en question, Paris, Editions du Centurion (1982).

KINNON, D.

Report on Sexual Assault in Canada, Canadian Advisory Council on the Status of Women (1981).

KINNON, D.

Rapport sur l'agression sexuelle au Canada, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme (1981).

KRUTTSCHNITT, C.

Social Status and Sentences of Female Offenders, (1980) 15 Law and Society Review 247.

LACOMBE, D.

Two Views On The Oppression of Women: The Limitations of Marxist and Radical Feminist Perspectives, (1984) 6 no. 2 Canadian Criminology Forum 165.

LAHEY, K.

Implications of Feminist Theory for the Direction of Reform of the Criminal Code, A paper prepared for Mr. Justice Allen Linden, President of the Law Reform Commission of Canada (1984).

LANDREVILLE, P., BLANKEVOORT, V. et PIRES, A.P.

Les couts sociaux du systéme pénal, Rapport de recherche, Montreal, Université de Montréal, Ecole de criminologie (1981).

LAW REFORM COMMISSION OF CANADA,

Report on Evidence, Supply and Services Canada, (1975).

LAW REFORM COMMISSION OF CANADA,
The Limit of Criminal Law, Ottawa, Information Canada,
(1975).

LAW REFORM COMMISSION OF CANADA,
Homicide, Working Paper no. 33, Ottawa, Supply and Services
Canada, (1984).

LEDERER, L. (ed.)
Take Back the Night: Women on Pornography, Toronto, Bantam
Books (1982).

LEMERT, E.
Human Deviance, Social Problems and Social Control,
Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall (1967).

LINDQUIST, C.A.
Prison Discipline and the Female Offender, (1980) 4 no. 4
J. of Offender Counseling, Services and Rehabilitation
305.

LOMBROSO, C. and FERRERO, G.
The Female Offender, London, Fisher Unwin (1893).

MacCRIMMON, M.T.
Consistent Statement of a Witness, (1979) 17 Osgoode Hall
L. J. 285.

MacKINNON, C.
The Male Ideology of Privacy: A Feminist
Perspective on the Right to Abortion, (1983) 17 no.4
Radical America 23.

MacKINNON, C.
Not a Moral Issue (1984) 2 Yale L. and Policy Review 321.

MATZA, D.
Becoming Deviant, Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall
(1969).

McDONNELL, K.
Abortion: Not an Easy Choice, Toronto, Women's Press
(1984).

McLEOD, M.
Victim Non Cooperation in the Prosecution of
Domestic Assault (1983) 21 Criminology 395.

MIAILLE, M.
Le droit-violence (1980) 4 Déviante et Société 167.

MILL, J.S.

'On Liberty', in M. Lerner (ed.) Essential Works of John Stuart Mill Toronto, Canada Bantam Matrix (1965) 253.

MINUTES OF PROCEEDINGS AND EVIDENCE
HEARINGS BEFORE THE STANDING COMMITTEE ON JUSTICE AND LEGAL
AFFAIRS, Issue no. 86, Queen's Printer (1982).

NAGEL, I.H. and HAGAN, J.

Gender and Crime: Offense Patterns and Criminal
Court Sanctions, (1983) 4 Crime and Justice: An Annual
Review of Research 91.

NORRIS, R. and SULLIVAN, C.

PMS, New York, Berkley Books (1981).

OLSSON, B.H.

Women in Corrections, College Park, Md., American
Correctional Assoc. (1981).

PACKER, H.L.

The Limits of Criminal Sanction, Stanford, Ca., Stanford
University Press (1968).

PICKARD, T.

Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea
to the Crime (1980) 30. U. of T.L.J. 75; and
Harsh Words on Pappajohn (1980) 30 U. of T.L.J. 415.

PITCHER LA PRAIRIE, C.

Criminal Justice and Socio-Demographic Data
on Native Women, (1984) 26 R. can. de criminol. 161.

PLATT, A.

The Child Savers, New York, U. of Chicago Press (1974).

POLLAK, O.

The Criminality of Women, New York, Perpetua (1950).

POPIEL, M.

Sentencing Women - Equal Protection in the Context
of Discretionary Decisionmaking, (1980) 6 no. 1-2
Women's Rights Law Reporter 85.

POTTER, J.

Women's Work? The Assault on Sex Barriers in
Prison Job Training (1979) 5 no. 3 Corrections Magazine 43.

PROCÈS-VERBAUX ET TÉMOIGNAGES

COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES,
Fascicule no. 86, Imprimeur de la Reine (1982).

RICH, A.
Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence, (1980) 5
Signs 631

ROYAL COMMISSION ON THE STATUS OF WOMEN IN CANADA,
Report, Ottawa, Queen's Printer, (1970).

RUSSELL, Stuart
The Offence of Keeping a Common Bawdy-House in
Canadian Criminal Law, (1982) 14 Ottawa L. J. 270.

SACHS, A. and WILSON, J.H.
Sexism and the Law: A Study of Male
Beliefs and Legal Bias in Britain and the United
States, New York, The Free Press (1978).

SCHLOSSMAN, S. and WALLACH, S.
Crime of Precocious Sexuality - Female
Juvenile Delinquency in the Progressive Era (1978) 48 no. 1
Harvard Educational Review 65.

SCHNEIDER, F.M., JORDAN, S.B. and ARGUEDAS, C.C.
Representation of Women Who Defend Themselves in Response
to Physical or Sexual Assault (1978) 1 Fam. L. R. 118.

SCHOONMAKER, M.H. and BROOKS, J.S.
Women in Probation and Parole 1974, (1975) 21 no. 2
Crime and Delinquency 109.

SCHUR, F. M.
Labeling Women Deviant: Gender, Stigma and
Social Control, New York, Random House (1984).

SCHWARTZ, R.D. and SKOLNICK, J.
'Two Studies of Legal Stigma' in H. S. Becker
(ed.), The Other Side, New York, The Free Press of Glencoe
(1964).

SIMON, R.J. and BENSON, M.
'Evaluating Changes in Female Criminality' in M.W. Klein
and K.S. Teilmann (eds.)
Handbook of Criminal Justice Evaluation, Beverly Hills, Sage
Publications (1980).

SMYKLA, J.O.
Coed Prison, New York, Human Sciences Press (1980).

SOCIETE CANADIENNE DE CRIMINOLOGIE,
Memoire sur la femme délinquante, Ottawa, Société can. de
Criminologie (1969).

SPECIAL COMMITTEE ON PORNOGRAPHY AND PROSTITUTION IN CANADA,
Report, Supply and Services Canada (1985).

STATISTICS CANADA,
Therapeutic Abortions, Cat. No. 82-211 (1983)

STATISTIQUE CANADA
Avortements thérapeutiques, Cat. no. 82-211 (1983).

STEFFENSMEIER, D.J.
Assessing the Impact of the Women's Movement on
Sex-Based Differences in Handling of Adult
Criminal Defendants (1980) 26 *Crime and Delinquency* 344.

STEFFENSMEIER, D.J.
Sex Role Orientation and Attitudes Toward
Female Police, (1979) 2 no. 1 *Police Studies* 39.

STEFFENSMEIER, D.J., and FAULKNER, G.L.
Defendant's Parental Status as Affecting Judges'
Behavior: An Experimental Test, (1978) 42 *Psychological
Reports* 939.

STRATEGIC PLANNING COMMITTEE
Third Report of the Strategic Planning Committee of the
Correctional Service of Canada, Supply and Services Canada
(1983).

TAYLOR, L. and DALTON, K.
Premenstrual Tension: A New Criminal Defence? (1983) 19
Cal. West. L. Rev. 269.

THARNISH, D. M.
Sex Discrimination in Prison Employment:
The Bona Fide Occupational Qualification and
Prisoners' Privacy Rights, (1980) 65 *Iowa Law Review* 428.

U.S. COMPTROLLER GENERAL,
Women in Prison - Inequitable Treatment Requires
Action, Washington, The Comptroller General (1980).

VISHER, C.A.
Gender, Police Arrest Decisions and Notions of Chivalry
(1983) 21 *Criminology* 5.

WALLACH, A. and RUBEN, I.
Premenstrual Syndrome and Criminal Responsibility, (1971)
19 *U.C.L.A.L. Rev.* 209.

WALLS, S.
Abortion Law and Improved Abortion Services, Ottawa,
Prepared for the National Association of Women and the
Law (1982).

WATT, D.
The New Offences Against the Person: The Provisions
of Bill C-127, Toronto, Butterworth (1984).

WHITELEY, S.
Jurisdiction in Criminal Law, Toronto, Carswells (1985).

WIKLER, N.J.
On the Judicial Agenda for the 80's - Equal Treatment
for Men and Women in the Courts (1980) 64 no. 5 Judicature
202.