



Le 30 octobre 2017

Par courriel : JUST@parl.gc.ca

Anthony Housefather, député
Président, Comité permanent de la justice et des droits de la personne
131, rue Queen, 6^e étage
Chambre des communes
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

Objet : Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice*

Monsieur,

La Section du droit pénal de l'Association du Barreau canadien (la section de l'ABC) est heureuse de pouvoir présenter ses commentaires sur le projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice*. L'ABC, une association nationale qui regroupe plus de 36 000 avocats et avocates, notaires, étudiants et étudiantes en droit et professeurs et professeures de droit, a pour mandat de chercher des moyens d'améliorer le droit et l'administration de la justice. Cette section de l'ABC compte dans ses rangs des procureurs de la Couronne et des avocats de la défense chevronnés issus de partout au Canada.

L'horaire du Comité étant fort chargé, nous regrettons de ne pas avoir pu lui présenter nos commentaires de vive voix, mais nous sommes convaincus que leur version écrite éclairera ses délibérations. La section de l'ABC appuie l'objet du projet de loi C-51 d'abroger des dispositions inconstitutionnelles ou désuètes du *Code criminel*. De nombreux plaignants dans des affaires d'agression sexuelle sont insatisfaits de la manière actuelle dont les tribunaux et le système de justice pénale traitent ces affaires, et nous sommes d'accord pour réclamer des mesures visant à corriger cette situation. Le projet de loi C-51 viendrait codifier une partie de la jurisprudence existante concernant le consentement à une relation sexuelle et ajouterait d'autres dispositions au *Code criminel*. Toutefois, la section de l'ABC est d'avis qu'une bonne partie de ce qui est proposé n'améliorerait pas vraiment la justice, ni pour les plaignants, ni pour les accusés.

1. Difficultés avec les modifications diverses

La plupart de nos commentaires traitent des modifications que le projet de loi C-51 apporterait en ce qui concerne les agressions sexuelles. Ce projet de loi vise aussi à modifier d'autres parties du *Code criminel* :

- Les articles 9 et 14 aboliraient l'exigence voulant que l'accusé démontre que son comportement illégal était justifié par une excuse légitime, ce qui inverserait le fardeau de la

preuve. L'article 9 modifierait les alinéas 145(2)a) et b) en exigeant que la Couronne prouve que l'accusé n'avait aucune excuse légitime justifiant son omission de comparaître. Cependant, la Couronne, dans bien des cas n'a pas accès à cette information. Il s'agit de renseignements personnels au sujet de l'accusé.

- L'article 14 abolirait la présomption de preuve suffisante prévue à l'article 177 du *Code*, « Intrusion de nuit ». Ici encore, ce serait à la poursuite de prouver que l'accusé n'avait pas d'excuse légitime justifiant son intrusion. Or, dans sa décision *R. v. Tassou*¹, la cour provinciale a jugé que l'actuelle disposition chargeant l'accusé du fardeau ne constituait pas une inversion inconstitutionnelle du fardeau de la preuve².
- L'article 37 modifierait le paragraphe 351(1) et l'article 352 en admettant que la possession d'un instrument ayant déjà servi à pénétrer par effraction dans un endroit constitue un motif suffisant pour déclarer l'accusé coupable, et ce, même si l'accusé n'avait pas l'intention d'utiliser cet instrument à des fins criminelles dans la situation en question.
- L'article 66, qui porte sur le paragraphe 719(3.1) du *Code*, maintiendrait l'interdiction de retrancher de la peine à infliger plus d'un jour et demi pour chaque jour passé en détention présentencielle. À notre avis, ce devrait plutôt être au juge de déterminer au cas par cas quand et dans quelle mesure il serait justifié de retrancher une plus grande partie de la peine.

2. Agression sexuelle

Croyance au consentement

Les modifications projetées pour le paragraphe 153.1(5) et l'article 273.2 sont superflues, car le droit actuel reconnaît que la croyance au consentement ne constitue un motif de défense que dans des conditions très précises. L'ajout de l'alinéa c) serait particulièrement troublant en raison de l'alinéa b) du paragraphe et de l'article en question. Il placerait sur l'accusé le fardeau de produire la preuve positive « que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement ». Si un contact sexuel suivi d'une plainte pour agression sexuelle entraînait pour l'accusé l'obligation positive de prouver le consentement, cela pourrait être interprété comme une inversion du fardeau de la preuve contraire à l'article 7 de la *Charte*. Ce qu'il faut, c'est rendre une décision raisonnable en tenant compte de ce que l'accusé savait et de ce qu'il a fait pour confirmer le consentement.

Nous recommandons de ne pas ajouter les alinéas c) au projet de loi C-51, mais dans le cas de leur ajout, nous recommandons d'en modifier le libellé. La version actuelle de cet alinéa exclut toute défense sans la preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté *de façon explicite* par ses paroles ou son comportement.

L'ajout proposé de l'expression « de façon explicite » se rapportant au comportement du plaignant risque d'être source de confusion, car elle est contraire à l'énoncé de droit fait par la Cour suprême dans l'arrêt *Ewanchuk*³, au paragraphe 49. Dans son examen de la *mens rea*, c'est-à-dire de l'intention criminelle – qui portait en l'espèce sur la possibilité qu'il y ait eu croyance au consentement –, la Cour a affirmé que la notion de consentement signifie que la plaignante avait, par

¹ (1984) 16 C.C.C. (3^e) 567.

² Pour ce type de disposition en général, voir l'affaire *Holmes c. R.* [1988] 1 R.C.S. 914, dans laquelle la Cour suprême a réaffirmé le caractère constitutionnel de l'exigence voulant que l'accusé démontre qu'il avait une excuse légitime de poser une action qui, en temps normal, constituerait une infraction criminelle (para 59).

³ [1999] 1 RCS 330.

ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. L'ajout de l'expression « de façon explicite » amènerait non pas une précision dans la loi, mais de l'incertitude. C'est pourquoi nous recommandons, pour le projet de loi, de simplement reprendre les propos de la Cour suprême du Canada.

Consentement et dossiers de l'autre personne

La modification proposée au paragraphe 276(4) élargirait la définition du terme « activité sexuelle » de façon à englober les communications « à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle ». Il y a une différence fondamentale entre l'activité sexuelle elle-même et le fait d'en parler. Cette modification est proposée pour abolir les idées dépassées voulant qu'une personne, parce qu'elle est sexuellement active, a plus de chances d'avoir consenti à l'activité en question ou est moins crédible. Ces idées se fondaient sur la nature sexuelle de l'activité, mais elles ne s'appliquent pas aux propos.

La version proposée de l'article 278.92 serait sans doute vivement contestée sur le plan constitutionnel, vu la sévérité des critères et des restrictions qui seraient imposés à l'accusé voulant invoquer les dossiers du plaignant, et même ceux que l'accusé a déjà en sa possession légitime. Nous craignons entre autres les répercussions suivantes :

1. On s'inquiète déjà beaucoup de l'efficacité des tribunaux, surtout de la durée des procès. Cette proposition étendrait le champ des motifs d'une demande concernant les antécédents sexuels à des questions sans rapport direct avec ce type d'antécédents. Tribunaux, procureurs et avocats seraient forcés d'y consacrer plus de temps, ce qui retarderait les procès et alourdirait la facture des parties. Les programmes provinciaux et territoriaux d'aide juridique, déjà à court d'argent, auraient eux aussi à déboursier plus pour ces demandes.

Les dossiers déjà en la possession de l'accusé ou les communications du plaignant relèvent des articles 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cette loi autorise le contre-interrogatoire d'un témoin sur de tels antécédents. Sous le régime du projet de loi C-51, un accusé ayant des dossiers pouvant récuser le plaignant ou un témoin ne pourrait les invoquer sans en avoir d'abord sollicité l'autorisation du tribunal. L'accusé ayant sous la main des preuves pertinentes et substantielles sur la crédibilité du plaignant serait ainsi forcé d'en divulguer les détails au tribunal, ce qui reviendrait à informer la poursuite et le plaignant de toute incohérence dans la preuve. Cela ne contribuerait en rien à la recherche de vérité que vise le procès. Cela s'éloignerait en outre de la jurisprudence établie par la Cour suprême dans *R. c. Mills*⁴, et n'empêcherait pas l'accusé de « partir à la pêche » dans le but de nuire (la principale inquiétude ici) puisqu'il aurait déjà le « poisson », c'est-à-dire le dossier.

Cela contribuerait encore plus à surcharger le système, les procureurs de la Couronne et les programmes d'aide juridique, car l'accusé déclaré coupable après avoir été incapable de produire cette preuve peut interjeter appel. En outre, cela retarderait les décisions définitives, d'où plus d'incertitude pour les victimes.

2. Les dispositions du *Code criminel* concernant les antécédents sexuels ont été promulguées pour garantir un traitement juste pour les plaignants quant à leurs antécédents sexuels. Les dispositions sur les dossiers thérapeutiques restreignent l'accès aux renseignements antérieurs dans les cas où la confidentialité est une attente légitime de la relation thérapeutique, et souvent indispensable à cette relation. Or, le projet de loi C-51 viendrait assouplir ces dispositions et placer les renseignements confidentiels produits en contexte thérapeutique sur le même pied que les renseignements normaux.

⁴ [1999] 3 RCS 668.

Quand l'accusé est parvenu à obtenir un dossier ou rapport médical sur le plaignant, les enjeux en matière de vie privée sont importants. Toutefois, la définition du terme « dossier » est assez large pour inclure les courriels, les messages textes et les autres messages de ce genre du plaignant à l'accusé. Si ce dernier a conservé des copies ou si le contenu est en sa possession légitime (comme le dossier judiciaire d'une procédure en droit de la famille), il peut fort bien vouloir contre-interroger le plaignant sur des questions pertinentes pour les allégations ou fortement susceptibles de compromettre la crédibilité du plaignant. Les déclarations à un tiers dans lesquelles le plaignant fait état d'une agression sexuelle alléguée seraient par ailleurs inadmissibles en l'absence d'une demande préalable faite en vertu des articles 278.93 et 278.94.

Les procureurs de la Couronne interrogent couramment les plaignants sur les possibles preuves contenues dans des courriels ou des messages textes et sur la teneur de ces preuves, mais cela ne garantit nullement que le procureur saura tout. Obliger l'avocat de la défense à faire une demande préalable procurerait des avantages évidents au plaignant et au procureur en les informant à l'avance au sujet de ces preuves. En revanche, cette modification proposée hypothéquerait l'efficacité du contre-interrogatoire que l'avocat de la défense pourrait mener. La section de l'ABC s'interroge sur le caractère constitutionnel d'imposer cette obligation de divulgation à l'accusé, et sur les conséquences possibles sur le droit de celui-ci à une défense et réponse complètes, un droit garanti par la *Charte*.

Les relations entre le plaignant et le procureur de la Couronne

Le projet de loi C-51 pourrait avoir des répercussions sur la capacité des procureurs de la Couronne de poursuivre des affaires d'agression sexuelle et aussi aggraver le problème des retards des tribunaux. Accorder au plaignant le pouvoir de prendre des décisions sur la manière de mener la poursuite est contraire au principe, fondé sur la *Charte*, de l'indépendance du procureur général⁵. Les déclarations de la victime au moment du prononcé de la sentence sont une chose, mais placer le plaignant aux commandes de certaines parties de la poursuite est une tout autre chose.

La Déclaration des droits des victimes impose des obligations au procureur de la Couronne, notamment celle de discuter d'une requête avec le plaignant et de veiller à ce que ce dernier soit informé et puisse se faire entendre, mais elle ne va pas jusqu'à lui conférer la qualité pour ester en justice. Les articles 278.93 et 278.94 du projet de loi pourraient revenir à autoriser les témoins ou le plaignant à décider si un élément de preuve pourra être produit ou est digne de foi aux termes des articles 276 ou 278.92. Si le procureur de la Couronne admet que le critère est rempli et que l'élément de preuve est admissible, mais que le plaignant n'est pas d'accord, l'un et l'autre risquent d'avoir des relations tendues par la suite.

La plupart des dispositions de cette section du projet de loi C-51 portent sur les infractions désignées aux termes de la Déclaration des droits des victimes, mais cette loi s'applique même à celles qui ne sont pas désignées. Certes, le plaignant n'est pas toujours d'accord avec les décisions du procureur de la Couronne, mais avoir le droit de faire des observations dissidentes en cour alourdirait considérablement les procédures en cas de désaccord. Même quand le procureur et le plaignant seraient d'accord, leurs observations respectives seraient toutes consignées au dossier, et leurs éléments pourraient ensuite nuire à la cause.

Pour les demandes concernant les dossiers d'un tiers faites en vertu de l'article 278.4, le plaignant ou le témoin a d'ores et déjà le droit de comparaître et de faire des observations. La modification proposée ne ferait qu'autoriser le plaignant à faire la même chose pour les demandes soumises en vertu des articles 276 ou 278.92. Les demandes visant un dossier tiers sont peu fréquentes, et il est rare qu'un plaignant fasse des observations à ce sujet ou demande à son avocat de le faire. Or, les

⁵ *Miazga c. Kvello Estate*, CSC 51 - [2009] 3 RCS 339.

preuves qui pourraient faire l'objet d'une demande aux termes de l'article 276 ou 278.92 sont de nature à pouvoir susciter des observations supplémentaires du plaignant ou de son avocat, ce qui pourrait être une source supplémentaire de tensions, surtout entre le procureur et le plaignant, pour les raisons susmentionnées.

Je vous remercie d'avoir pris le temps de lire les observations de la section de l'ABC. En résumé, nous craignons que les modifications du projet de loi C-51 aux dispositions sur le consentement concernant les agressions sexuelles, et sur les demandes visant les dossiers tiers, ne risquent de rendre la loi trop technique et complexe pour être comprise du public, et trop obscure pour être appliquée de façon cohérente par les juges. Dans une société juste, libre et démocratique, le procès doit respecter le principe fondamental voulant que le vaste pouvoir étatique soit contrebalancé par le droit de l'accusé, à de rares exceptions près, de garder sa défense secrète et de ne la révéler à la poursuite qu'au moment où il décide de la produire en cour. Le projet de loi C-51 viendrait rompre cet équilibre fondamental.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mon profond respect.

(Lettre originale signée par Gaylene Schellenberg au nom Loreley Berra)

Loreley Berra
Présidente, Section du droit pénal de l'ABC