

La contribution du juge La Forest à la justice civile au féminin

Nathalie Des Rosiers*

Cet article propose d'étudier la démarche du juge La Forest relativement au traitement de questions touchant la justice civile pour les femmes. La thèse défendue est que la contribution du juge La Forest est d'avoir reconnu que la justice doit s'adapter aux réclamations des femmes et que ce processus d'adaptation implique des choix pour le pouvoir judiciaire qui ne peuvent être faits qu'en écoutant attentivement les prétentions des femmes et en leur donnant la parole. C'est donc une analyse féministe qui sera faite de certaines décisions¹ du juge La Forest. Je m'attacherai à décrire non seulement les développements de fond qui ont été provoqués par les décisions du juge La Forest mais aussi le langage utilisé dans les décisions et la place faite à la démarche féministe.

J'ai classifié les décisions étudiées selon deux thèmes, premièrement, le contrôle du corps de la femme et deuxièmement, l'accès à la justice. Ces deux thèmes structurent ma discussion et me permettent de conclure que le juge La Forest a beaucoup contribué à la transformation du système de justice de façon à le rendre plus réceptif à la réalité des femmes. Avant de passer à l'analyse de ces deux thèmes, je décris brièvement ma démarche analytique.

* Je voudrais remercier Ritu Bhasin et Steven Saari pour leur contribution à la recherche.

¹ Les décisions suivantes seront analysées en détail: *Eve c. Mme E.*, [1986] 2 R.C.S. 388 [ci-après *Eve*]; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *K.M. c. H.M.*, [1992] 3 R.C.S. 6. L'article ne vise pas à discuter la position du juge La Forest en matière d'égalité sur le plan constitutionnel, bien qu'à l'occasion, je contrasterai certains aspects de la méthodologie utilisée par l'honorable juge et tenterai de présenter brièvement quelques hypothèses pouvant expliquer certaines différences d'approche. J'ai aussi omis de discuter la contribution du juge La Forest en droit médical, contribution qui n'est pas négligeable, entre autres, en ce qui a trait à l'obligation d'informer du manufacturier. Voir: *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, où le manufacturier de prothèse mammaires est déclaré responsable pour avoir failli à son obligation de communiquer les risques de ruptures des prothèses. Finalement, je ne discuterai pas non plus des affaires mettant en cause l'accès au travail des femmes. Là aussi, voir, entre autres, l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, où la contribution du juge La Forest mériterait certainement un examen attentif.

I - La démarche féministe choisie.

Plusieurs thèmes féministes² sont pertinents à mon analyse. Je les expose ici brièvement. Mentionnons tout d'abord, qu'en général, les féministes se sont intéressées davantage aux *effets* de la structure juridique qu'à ses caractéristiques.³ Elles ont donc voulu permettre aux femmes de se faire entendre, pour faire connaître l'effet concret du droit dans leurs vies.

Au bout du compte, et c'est l'aspect que je privilégie, la théorie féministe a bien reconnu le caractère oppressif du silence. Elle a donc tenté de faire entendre les voix des femmes, dans toute leur complexité. Elle a privilégié une approche historique et contextuelle plutôt qu'une approche abstraite où la réalité peut être dénaturée ou ignorée. Elle a aussi tenté, avec plus ou moins de succès, de faire entendre la voix de *toutes* les femmes, des plus démunies aux plus privilégiées. Ce défi continue d'alimenter les débats critiques de notre temps.⁴ L'attention à l'impact de mesures apparemment neutres sur les groupes défavorisés dans la société aide à bien cerner les effets pervers de la loi.

Les féministes ont aussi tôt fait de reconnaître que les femmes sont souvent blâmées⁵ pour ce qu'il leur arrive et souvent pour tout. Les femmes sont souvent identifiées

Et quand c'est que tu sors du confessionnal et que t'as confessé tous tes péchés et tous ceux de ton homme et tous ceux de tes enfants...

Antonine Maillet, *La Sagouine*, Ottawa, Leméac, 1971 à la p. 40.

comme responsables des problèmes des hommes, surtout lorsqu'elles se plaignent de leur sort. Puisque le blâme contribue au silence et à l'invisibilité, l'approche féministe s'est efforcée de ne pas blâmer mais d'écouter.

² Il existe évidemment de nombreuses écoles de pensée au sein du mouvement féministe. Pour un aperçu, voir: M. Boivin, "Le féminisme en capsule: un aperçu critique du droit" (1992) 5 R.F.D. 357 et H. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, London, Cavendish Publishing, 1998. Le but de cette section de l'article est de clarifier quels aspects de la théorie j'ai privilégiés dans mon étude.

³ Barnett, *ibid.* à la p. 117.

⁴ S. Razack, "Exploring the Omissions and silences in Law Around Race", dans J. Brockman et D. Chunn, dirs., *Investigating Gender Bias: Law, Courts, and the Legal Profession*, Toronto, Thompson Educational Publishing, 1993 aux pp. 37-48.

⁵ Pour une analyse du "backlash", voir: M. Mahoney, "Anatomy of Gender Bias and Backlash", dans Brockman et Chunn, *ibid.* aux pp. 77-84.

Finalement, les solutions à l'inégalité sociale ne font pas unanimité ni dans la société ni chez les féministes. Néanmoins on peut noter quelques points communs. Tout d'abord, toute solution doit débiter par une prise de conscience du problème social. L'ampleur du problème ne signifie pas cependant qu'il faut accepter l'état des choses comme irrémédiable. L'ampleur du problème ne fait qu'inviter une approche plus systémique du problème : c'est la structure du système qui doit changer et c'est là que les solutions doivent miser. Il conviendra donc de développer des solutions plus systémiques qui reconnaissent l'ampleur du problème et qui affirment la réalité des femmes.

Ces quelques thèmes ont alimenté ma réflexion sur la jurisprudence de la Cour suprême en rapport avec les questions de contrôle du corps féminin et de l'accès à la justice civile pour les femmes. Les résultats de cette réflexion sont présentés ci-après.

II - Le contrôle du corps de la femme.

Le respect de l'inviolabilité de la personne est un principe constitutionnel,⁶ mais c'est un principe qui a une connotation particulière pour les femmes. Historiquement, elles ont été possédées, violentées, agressées, harcelées et violées. Le contrôle de son propre corps est donc une revendication féministe de longue date. On pourrait même parler de question centrale de toute la démarche féministe, puisque les questions économiques d'accès au monde du travail peuvent souvent se comprendre dans la poursuite d'un agenda égalitaire qui reconnaît l'interdépendance entre l'indépendance financière et le véritable pouvoir de contrôler son corps. Le droit de contrôler son corps est fondamental à toute démarche d'émancipation et d'accès à l'égalité et ce droit continue de dominer le combat des femmes.

La question du contrôle de la femme sur son corps peut sembler avoir été "résolue" au Canada. En réalité, il n'en est rien. Si certains aspects de la problématique ont été réglés, il reste encore plusieurs obstacles à surmonter. Le cas de l'accès à l'avortement est un bon exemple. Depuis la décision dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*,⁷ les questions juridiques entourant le droit à l'avortement ont refait surface sous d'autres noms : réglementation provinciale du financement⁸ et contrôle

⁶ C'est en quelque sorte l'objectif de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* que de protéger ce principe. Voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1998 à la p. 884 et s.

⁷ [1988] 1 R.C.S. 30.

⁸ *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463.

de la violence anti-avortement. Le judiciaire continue d'avoir un rôle à jouer dans la protection du droit des femmes de contrôler leur corps. Ce rôle n'est pas seulement de reconnaître le caractère fondamental du principe de l'intégrité du corps humain, mais encore d'apprécier la réalité qui entoure l'actualisation de ce droit. Une approche vigoureuse et vigilante est de mise. C'est dans ce cadre que l'approche du juge La Forest dans les décisions étudiées doit être évaluée.

L'analyse sous cette rubrique se fera en deux étapes. Je discuterai tout d'abord des décisions traitant du contrôle de la capacité reproductive des femmes pour ensuite me pencher sur les arrêts abordant le contrôle de leur sexualité.

A) Le contrôle de la capacité reproductive des femmes.

Plusieurs décisions de la Cour suprême depuis la nomination du juge La Forest à la Cour suprême en 1985 ont traité du contrôle de la capacité reproductive des femmes et le débat sur le droit reproductif des femmes n'est certes pas terminé. Cependant les décisions rendues à ce jour ont défini un certain espace de contrôle pour les femmes quant à leurs décisions en matière de reproduction. Les décisions *R. c. Morgentaler*⁹ et *Tremblay c. Daigle*¹⁰ sont bien connues. Elles établissent et protègent le droit des femmes de décider de ne pas avoir d'enfants. Cependant une analyse du droit des femmes de contrôler leur reproduction n'est pas complète sans une analyse de décisions plus controversées, celle dans l'affaire *Eve c. Mme E.*¹¹ et dans l'affaire *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) c. D.F.G.*¹² Ce dernier arrêt marque une victoire importante pour le droit des femmes de contrôler leurs corps, puisque l'argumentation dans l'affaire opposait le droit de la mère aux intérêts de l'enfant qu'elle portait.¹³ La décision établit le droit de la femme à l'inviolabilité de son corps : elle ne peut pas être incarcérée ou traitée contre son gré, même si sa conduite peut être néfaste pour le fœtus qu'elle porte. À mon avis, la décision dans *Winnipeg Child and Family Services* doit beaucoup à la décision

⁹ *Supra* note 7.

¹⁰ [1989] 2 R.C.S. 530.

¹¹ *Supra* note 1.

¹² [1997] 3 R.C.S. 925 [ci-après *Winnipeg Child and Family Services*].

¹³ Beaucoup voudront critiquer cette argumentation simpliste qui met en opposition la mère et l'enfant, sans s'interroger sur le contexte social entourant la situation de la mère. Voir S. Rodgers, "*Winnipeg Child and Family Services v. D.F.G. : Juridical Interference with Pregnant Women in the Alleged Interest of the Fetus*" (1998) 36 *Alta. L. Rev.* 711.

antérieure de la Cour, *Eve c. Mme E.* Je m'attarderai à cette dernière, puisque l'opinion de la Cour portait la signature du juge La Forest.¹⁴

En 1986, dans l'affaire *Eve*, le juge La Forest définissait en termes non équivoques le principe fondamental du droit à l'inviolabilité de la personne. On se rappellera que l'affaire mettait en cause une demande par Mme E., la mère de Eve (pseudonyme dont le symbolisme est pour le moins ambigu¹⁵), de consentir à la stérilisation de sa fille atteinte de déficience mentale. Le juge La Forest rédige la décision unanime de la Cour qui rejette la demande de Mme E.

La décision a été, justement à mes yeux, applaudie par les groupes de personnes handicapées, mais critiquée comme préconisant un régime trop rigide pour la protection des intérêts des personnes atteintes de déficience mentale.¹⁶ Il est vrai que le juge La Forest, dans le cadre de la décision, suggère que la stérilisation non thérapeutique ne devrait *jamais* être ordonnée par un tribunal en vertu de son pouvoir *parens patriae*, signalant qu'il est difficile d'imaginer les cas où la stérilisation pourrait être à l'avantage de la personne concernée.¹⁷ Certaines auteures¹⁸ proposent des exemples où, en raison de l'impossibilité d'utiliser d'autres moyens contraceptifs, la stérilisation est la seule option pour permettre la poursuite d'une vie sexuelle normale. Il se peut donc que l'imagination ait manqué à la Cour. Malgré tout, on doit se réjouir de plusieurs aspects de la décision.

Constatons tout d'abord que la décision est fermement ancrée dans une conviction inébranlable dans le droit à l'inviolabilité de sa personne. C'est le principe qui sous-tend toute l'argumentation proposée. L'État ne devrait jamais violer, sans raisons sérieuses, le droit à l'intégrité physique de ses citoyennes et

¹⁴ Dans l'arrêt *Winnipeg Child and Family Services*, *supra* note 12, le juge La Forest se joint à la majorité qui refuse l'intervention étatique auprès de la mère pendant la grossesse.

¹⁵ M.A. Bolton, "Whatever Happened to Eve? A Comment" (1988) 17 Man. L.J. 219, où l'auteure dénonce l'utilisation du pseudonyme Eve comme impliquant une référence biblique et peut-être à l'origine d'une prédisposition en faveur de la procréation plutôt qu'en faveur du droit à la jouissance sexuelle sans le risque de grossesse.

¹⁶ *Ibid.* Bolton déplore le fait que la cour ait conclu que la stérilisation non thérapeutique ne puisse jamais être dans les meilleurs intérêts de la personne atteinte de déficience mentale. L'auteure conclut sévèrement que la décision "is no victory for women" (*ibid.* à 226). Voir aussi, sensiblement au même effet, la critique de M.A. Shone, "Mental Health - Sterilization of Mentally Retarded Persons - *Parens Patriae* Power: *Re Eve*" (1987) 66 R.B. Can. 635.

¹⁷ *Eve*, *supra* note 1 à la p. 431.

¹⁸ Par exemple, Bolton, *supra* note 15 et Shone, *supra* note 16.

citoyens. Le caractère quasi-sacré de ce principe servira d'assise à l'argumentation en faveur de D.F.G. dans l'arrêt *Winnipeg Child and Family Services*.

Deux autres aspects de la décision méritent particulièrement notre attention parce qu'ils dénotent une approche plus "féministe" de la part de la Cour. Premièrement, le juge La Forest, au nom de la Cour, adopte une approche contextuelle et deuxièmement, le juge s'efforce d'évaluer comment les mesures de stérilisation peuvent affecter davantage les plus vulnérables dans notre société.

Je ne peux convenir qu'un tribunal puisse priver une femme de ce privilège [le droit de procréer] à des fins purement sociales ou à d'autres fins non thérapeutiques sans son consentement.

Le juge La Forest, dans *Eve c. Mme. E*, [1986] 2 R.C.S. 388 à la p. 434.

1) L'approche contextuelle

La Cour fait référence au contexte historique qui entoure la question de la stérilisation. Comme le dit le juge La Forest, "... la décision [d'ordonner la stérilisation non volontaire] comporte des valeurs dans un domaine où notre histoire sociale brouille notre vision et encourage nombre de gens à percevoir l'handicapé mental comme moins humain. Cette attitude a été aidée et encouragée par les théories eugéniques qui sont maintenant discréditées, mais dont l'influence se faisait sentir au pays aussi bien qu'aux États-Unis."¹⁹ L'appréciation contextuelle est souvent préconisée par les féministes, qui y voient une solution aux dangers des abstractions et fictions qui ignorent la réalité des femmes.²⁰ En fait, il n'y a rien de plus dommageable que de faire abstraction du contexte historique pour préconiser une solution sociale aussi dramatique que la stérilisation.

2) La voix aux plus vulnérables

De plus, on notera les efforts pour souligner les abus passés et donner voix aux personnes vulnérables qui ont été exploitées par le passé. Encore une fois, c'est le genre de démarche qui doit être encouragée.

¹⁹ *Eve*, *supra* note 1 aux pp. 427-28.

²⁰ Voir H. Barnett, *supra* note 2 aux pp. 19-27 qui résume la position des féministes sur cette question.

Finalement, on doit aussi apprécier la modestie des propositions avancées – ou plus justement, la reconnaissance des limites du pouvoir judiciaire de rendre des décisions justes concernant les personnes handicapées dans le contexte d’une société inégalitaire comme la nôtre. Surtout, et c’est le cas des décisions relatives à la stérilisation, lorsqu’une décision judiciaire a des conséquences irréversibles.²¹ En quelque sorte, la Cour se préoccupe de ne pas faire plus de mal que nécessaire, surtout dans l’exercice d’une compétence discrétionnaire comme la compétence *parens patriae*. C’est une reconnaissance encore du contexte inégal dans lequel les femmes handicapées opèrent souvent.

La décision aura eu plusieurs conséquences heureuses, outre celle d’avoir clairement affirmé l’importance du principe de l’inviolabilité de l’être humain. On peut noter tout d’abord une reconnaissance du droit de procréer et des conséquences de la perte d’un tel droit.²² Les femmes se voient dorénavant mieux indemnisées pour cette perte. On peut finalement mentionner que de nombreuses décisions qui ont suivi *Eve* ont proposé la centralité de l’enfant dans l’exercice de la compétence *parens patriae*. Indirectement, le langage utilisé et en particulier la restriction que le “pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l’avantage de cette [enfant ou adulte désigné]... mais pas pour celui des autres”²³ a servi de base pour définir des droits à l’enfant vulnérable sous la protection de la couronne.

Au bout du compte, la décision dans *Eve* aura consolidé le droit des femmes de contrôler leur capacité reproductive. La démarche du juge La Forest, dans son approche contextuelle historique et dans sa sensibilité à la situation des personnes handicapées, constitue aussi un développement positif pour le droit canadien. Il s’agit maintenant d’évaluer les développements vis-à-vis du contrôle par les femmes de leur sexualité.

²¹ Le caractère irréversible de la procédure de stérilisation est un aspect déterminant de la décision dans l’affaire *Eve*.

²² Voir les décisions qui ont indemnisé les femmes pour la perte de leur capacité reproductive, entre autres, *Muir c. Alberta* (1996), 179 A.R. 321 et *Kelly v. Lundgard* (1996), A.R. 34 où le tribunal mentionne, à l’instar du juge La Forest, l’ampleur de la perte : “on their face, awards for loss of fertility that are less than awards for whiplash appear not to have taken into account the nature of a loss of fertility to the emotional and psychological make-up of many, if not most, women” (*ibid.* aux pp. 42-43).

²³ *Eve*, *supra* note 1 à la p. 427.

B) Le contrôle de la sexualité des femmes.

La transaction sexuelle entre hommes et femmes est en voie d'être redéfinie dans notre société.²⁴ La prise de conscience que la relation sexuelle doit être *égalitaire* pour être bénéfique aux femmes est un des aspects fondamentaux des revendications des femmes depuis les années 70. Cette prise de conscience a provoqué de profondes transformations dans notre droit. L'évolution de la jurisprudence depuis le début de cette période de prise de conscience a connu des échecs, bien sûr, mais a aussi des succès. Le droit criminel a certainement évolué. Et, c'est le but de la présente partie, le droit des délits a aussi emboîté le pas dans cette démarche de transformation juridique pour mieux répondre à l'exploitation sexuelle.

L'opinion du juge La Forest dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*²⁵ est symbolique de ce questionnement. L'affaire mettait en cause la responsabilité civile d'un médecin qui avait fourni des médicaments à une patiente pharmacodépendante, Mme Norberg, en échange de contacts sexuels. Mme Norberg avait poursuivi le Dr Wynrib en dommages-intérêts et avait été déboutée en première instance et en appel. La Cour suprême a accueilli l'appel. Les sept juges se partagent en trois groupes, tous concluant au succès de l'appel, mais pour des raisons différentes. Le juge La Forest rédige une opinion, endossée par les juges Cory et Gonthier, qui conclut qu'il n'y avait pas de consentement aux attouchements sexuels en raison de l'inégalité de pouvoir entre les parties.²⁶

On ne doit pas minimiser le caractère révolutionnaire de cette conclusion. Cette nouvelle définition du consentement en évaluant la position des parties, l'inégalité de leurs rapports de force et l'exploitation de l'une par l'autre, aura contribué à une évolution majeure dans l'appréciation du consentement en droit des délits. La démarche doit, à mon avis, être applaudie, particulièrement puisqu'elle peut se comprendre, en premier lieu, comme une recherche de l'appréciation concrète de la position des parties; en deuxième lieu, comme une façon de rendre "visible" l'agression sexuelle; et finalement, comme une argumentation qui ne blâme pas la victime.

²⁴ Les deux décisions étudiées ici traitent des relations homme-femme et père-fille. Je n'aborderai donc pas les questions de relations sexuelles entre personnes de même sexe. On peut certainement arguer que la structure juridique de la relation sexuelle homosexuelle contribue à minimiser le contrôle de la femme sur sa sexualité.

²⁵ *Supra* note 1.

²⁶ Mme la juge McLachlin caractérise le fondement de la cause d'action comme étant une action pour manquement à une obligation fiduciaire. Pour sa part, le juge Sopinka ne se penche que sur le manquement à l'obligation professionnelle de soigner comme soutenant la cause d'action.

1) L'appréciation concrète de la position des parties

L'opinion du juge La Forest s'efforce d'être sensible à la réalité des parties. La capacité de consentir de Mme Norberg n'est pas analysée dans l'abstrait : on évalue cette capacité au regard de sa dépendance pharmacologique et de ses options réelles. Cette appréciation de la réalité des parties et de leurs difficultés est, on s'en souviendra, un des objectifs de l'approche féministe.

De plus, et c'est l'aspect le plus intéressant de l'opinion, on s'attache à comprendre la position de Mme Norberg *par rapport* à l'autre. L'autre est un médecin, un professionnel, probablement relativement fortuné, et qui, en tous cas, possède le moyen de maintenir la dépendance pharmacologique, i.e., de fournir la drogue convoitée. Apprécier l'aspect relationnel de la notion de consentement pourrait s'avérer une façon très fructueuse de dépasser le cadre actuel de notre entendement sur les questions de relations sexuelles. Considérer l'aspect relationnel a plusieurs avantages :

1 ° il ne limite pas la personne à ses caractéristiques de vulnérabilité : ce n'est pas seulement parce que Mme Norberg est pharmacodépendante que son consentement est vicié, mais parce que sa dépendance est l'élément exploité par le médecin dans leur relation. À cet égard, mentionnons que le juge La Forest rejette justement l'argument présenté par l'avocat du Dr Wynrib selon lequel le résultat de la décision est que toutes les personnes pharmacodépendantes ne peuvent jamais offrir un consentement valable.

2 ° il permet une appréciation du consentement comme l'évaluation de la dynamique entre deux personnes et non pas comme le simple examen de la résistance ou des agissements de la personne, souvent la femme, dont on présume toujours le consentement. Le consentement devient donc une démarche à deux et non pas l'affaire seulement de la femme qui doit contrer la présomption qu'elle a consenti parce qu'elle ne s'est pas débattue ou sauvée.

En quelque sorte, on pourrait lire la démarche du juge La Forest comme une invitation à dépasser la présomption de consentement qui semblait avoir animé les juges des cours inférieures. Le juge La Forest se penche sur tous les aspects concrets de la relation pour déterminer s'il y a eu consentement, contrairement à la Cour d'appel qui fige l'évaluation dans l'observation que la victime ne s'est pas débattue, qu'il n'y a pas eu de violence physique et que la victime ne s'est pas sauvée en courant. Le juge La Forest s'interroge davantage sur la complexité de la relation entre le médecin et sa patiente. De plus, et c'est le deuxième point de mon analyse, il n'ignore pas l'aspect sexuel de la relation.

2) La visibilité de l'agression

Je voudrais ici contraster l'opinion du juge La Forest avec celle de son collègue le juge Sopinka qui, tout en donnant raison à Mme Norberg, propose un raisonnement bien différent. Le juge Sopinka accueille l'appel non pas en raison de l'agression sexuelle, mais en raison du manquement par le défendeur médecin à son obligation de prodiguer des soins. Selon le juge Sopinka, le médecin avait l'obligation de ne pas prolonger la période de dépendance de sa patiente ou encore de traiter raisonnablement cette dépendance. En autres termes, l'agression sexuelle n'est pas pertinente à l'analyse. L'agression sexuelle est, en quelque sorte, rendue invisible. Ce n'est pas parce que le médecin l'a agressée sexuellement que Mme Norberg obtient gain de cause, mais parce qu'il a continué à lui fournir de la drogue²⁷ sans lui offrir de traitement adéquat. Qu'il y ait eu relation sexuelle ou non, le médecin est responsable. La description des événements, c'est-à-dire le manquement à l'obligation de soigner, est correcte, mais elle ignore l'aspect important du caractère sexuel de l'échange. De plus, notons que le raisonnement du juge Sopinka est basé sur la poursuite de la relation médecin-patiente. En effet, il opine que la preuve n'indiquait pas que le médecin eût fermement signalé son intention de terminer la relation thérapeutique. Et s'il l'avait fait? Si le médecin avait à un moment donné indiqué à Mme Norberg que l'échange sexe-drogues était dans son esprit en dehors de leurs relations médecin-patiente? S'il l'avait invitée dans une chambre d'hôtel plutôt que dans sa chambre attenante à son bureau? Devrait-on conclure que Mme Norberg devrait être déboutée de son action? Le raisonnement du juge Sopinka nous obligerait à conclure que le recours, dans ce cas, est irrecevable. Malgré tout, on comprend bien que l'identification par le médecin de la continuation ou non de la relation docteur-patiente n'est absolument pas pertinente à l'échange du point de vue de Mme Norberg. Ce qui l'a humiliée, c'est l'échange sexuel et sa contrepartie de drogues.

On doit donc apprécier les efforts pour définir le litige en des termes qui reflètent les événements tels que vécus et décrits par la partie au litige²⁸ et ne pas

²⁷ L'approche du juge Sopinka pourrait avoir des retombées importantes. On peut donc penser que, selon son approche, tous les patients, hommes ou femmes, qui ont obtenu des drogues alors que leurs médecins savaient ou auraient dû savoir qu'ils étaient en état de dépendance chimique pourraient instituer des procédures. Tout drogué qu'on n'a pas renvoyé à un centre de désintoxication, alors que sa dépendance était connue ou soupçonnée, pourrait également se prévaloir en dommages-intérêts.

²⁸ L'appréciation correcte des événements tels que perçus par la victime semble un des facteurs de "succès" dans le processus de guérison des victimes qui instituent des procédures judiciaires. Voir pour les résultats d'une étude sur les besoins "thérapeutiques" des victimes, N. Des Rosiers, B. Feldthusen et O.A.R. Hankivsky, "Legal Compensation for Sexual Violence: Therapeutic Consequences and Consequences for the Judicial System" (1998) 4 *Psychology, Public Policy and Law* 433. Voir aussi, les

rendre l'aspect déterminant de l'histoire invisible, par la voie d'une fiction juridique. Finalement, un dernier aspect de l'opinion du juge La Forest peut être analysé : la réponse à l'argument *ex turpi*.

3) Ne pas blâmer la victime

On se rappellera que dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*, le défendeur avait opposé à l'action de la demanderesse la maxime *ex turpi causa non oritur actio* (nul ne saurait plaider avec succès sa propre turpitude). L'argument présenté par le défendeur, et accepté par le tribunal de première instance et par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, était que la demande était fondée sur la collaboration de la demanderesse à une transaction criminelle, c'est-à-dire le trafic d'une drogue prohibée. Le juge La Forest rejette l'argument de la turpitude, en soulignant tout d'abord que l'argument a rarement été utilisé avec succès dans la jurisprudence. Il souligne aussi que cet argument pourrait permettre au défendeur de priver la demanderesse de son recours en raison même de la dépendance qu'il a encouragée et de l'exploitation sexuelle perpétrée. Accepter l'application de la doctrine *ex turpi*, c'est blâmer la victime. Or, c'est précisément ce que traditionnellement la société a fait des femmes qui se plaignaient d'agression sexuelle. C'était leurs fautes, elles étaient l'agent de leur propre malheur. Elles devaient toujours se prémunir contre le désir et l'action sexuels "normaux" de l'homme. C'était la responsabilité de la femme de contrôler les pulsions sexuelles de l'homme et si elle ne le faisait pas ou le faisait mal, les résultats étaient évidemment les effets de sa propre faute. Il faut saluer le refus du juge La Forest d'utiliser la doctrine *ex turpi*. Rappelons aussi que l'utilisation de la doctrine n'a pas un effet neutre. C'est la victime qui ressort perdante, parce que son préjudice n'est pas indemnisé. Le défendeur, lui, se tire indemne de toute la transaction.

En conclusion, je pense qu'il faut saluer l'opinion du juge La Forest dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*. C'est une opinion courageuse qui nous donne peut-être la piste de nouvelles conceptions de l'épineuse question du consentement dans les relations sexuelles dans un monde inégalitaire. C'est aussi une opinion qui permet au droit d'entendre des litiges autrefois absents des cours de justice. La question de l'exploitation sexuelle est maintenant du ressort des tribunaux, et les femmes peuvent obtenir une indemnisation si elles ont été violentées au niveau sexuel. C'est aussi le but de la dernière partie de ce travail que de considérer les décisions du juge

études récentes sur les besoins des victimes de sévices perpétrés dans des établissements scolaires, comme les écoles résidentielles, l'étude de la Commission du droit du Canada, *Le renvoi de la Ministre sur les sévices contre les enfants placés en établissements*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 1998.

La Forest qui ont contribué à minimiser les obstacles procéduraux à l'inscription de procédures judiciaires pour violence sexuelle.

III - L'accès à la justice civile.

À l'instar de beaucoup d'autres auteurs,²⁹ j'ai argumenté ailleurs³⁰ que le droit des délits peut servir de véhicule positif pour l'avancement des intérêts des femmes. À tout le moins, il ne faudrait pas qu'il nuise à cet avancement. Une des décisions qui a contribué de façon significative à la visibilité de l'agression sexuelle contre les enfants et contre les femmes est l'arrêt *K.M. c. H. M.*³¹ Dans cette affaire, le juge La Forest, au nom de la Cour, rejette la défense de prescription dans une affaire d'inceste.

Le jugement est important parce qu'il démasque l'effet pervers de l'application des règles de prescription par le défendeur. La nature de l'exploitation sexuelle est, dans le cas de l'agression sexuelle des enfants et particulièrement dans les cas d'inceste, la raison même pour laquelle la demanderesse ne peut pas poursuivre plus tôt. C'est dénaturer le concept de prescription que de permettre une application de la doctrine qui ignore cette réalité et privilégie le défendeur. C'est à bon droit que le juge La Forest a conclu qu'une telle application n'est pas en accord avec les principes sous-jacents à la prescription et que le délai ne devrait pas courir tant que la victime n'est pas en mesure de reconnaître le lien de causalité entre l'agression par le parent et les problèmes qu'elle vit.

Quelques remarques s'imposent quant à la démarche du juge La Forest dans cette affaire. Tout d'abord mentionnons que l'ampleur du problème ne l'empêche pas d'ouvrir la porte à ce genre de réclamations. La décision dans *K.M. c. H.M.* aura provoqué un influx d'actions et causé certains remous. Les doctrines de responsabilité présumée de l'employeur sont maintenant testées et la responsabilité de l'État est aussi remise en jeu. Il ne fait aucun doute que la décision permet que les injustices passées ressurgissent de l'obscurité et viennent préoccuper le présent. Certains sont sceptiques quant au caractère positif de ce déblocage. Sans aucun doute, les effets de la décision ne sont pas tous positifs : on note maintenant le cas

²⁹ Voir B. Feldthusen, "The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery", dans N.J. Mullany, dir., *Torts in the Nineties*, Sydney (N.S.W.), LBC Information Services, 1997 à la p. 274. J.W.W. Neeb et S.J. Harper, *Civil Action for Childhood Sexual Abuse*, Toronto, Butterworths, 1994.

³⁰ Voir N. Des Rosiers et L. Langevin, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1998 aux pp. ix- xi.

³¹ *Supra* note 1.

d'avocats et de thérapeutes qui ont fraudé le gouvernement sous prétexte d'aider des victimes d'agressions passées.³² Malgré tout, les développements provoqués par la décision *K.M. c. H.M.* ont des aspects positifs. Il suffit de lire les témoignages des victimes finalement indemnisées ou simplement entendues pour reconnaître l'importance de la justice, même tardive.³³ En quelque sorte, on doit conclure qu'on ne peut pas ignorer les injustices du passé et penser construire une société qui soit juste. Il faut que ces injustices passées soient comprises et mises à jour. Les coûts du silence pour la société sont trop élevés.³⁴

J'étudierai particulièrement un dernier aspect de la décision : l'élaboration d'une approche systémique pour le redressement du problème de prescription.

1) l'élaboration de mécanismes de redressement systémiques

L'aspect le plus controversé de la décision *K.M. c. H.M.* est l'élaboration par le juge La Forest d'une présomption qu'en l'absence d'une thérapie quelconque, la victime d'inceste devrait être présumée ne pas avoir reconnu le lien de causalité entre ses dommages et l'agression perpétrée. Le juge Sopinka considère qu'une telle présomption n'est pas nécessaire et la juge McLachlin met en garde contre une dépendance sur l'accès à la thérapie comme élément déclencheur. Soulignons tout d'abord que les faits dans l'affaire *K.M. c. H.M.* indiquent bien que n'importe quelle thérapie ne suffit pas pour permettre une appréciation du lien de causalité. En effet, dans l'affaire *K.M.*, les premiers efforts thérapeutiques de la demanderesse n'avaient pas élicité beaucoup d'appréciation des effets de l'inceste, ce n'est que lorsqu'elle s'est adressée à une thérapeute femme que la demanderesse s'est sentie suffisamment à l'aise pour divulguer les agressions sexuelles passées. La présomption ne vise pas à sacraliser le recours à un premier thérapeute, mais bien à reconnaître qu'une bonne thérapie est souvent l'élément déclencheur.

À mon avis, on peut voir la présomption comme un outil de redressement systémique. Si l'on reconnaît que la justice, et même la science, ont été pendant de longues années peu réceptives à l'idée que l'agression sexuelle contre les enfants était un problème répandu, on peut penser que ces deux domaines ne sont pas très sensibilisés à la question, la comprennent mal et ne sont pas aptes à changer

³² Voir le rapport de la Commission du droit du Canada sur les sévices contre les enfants placés en établissements (à venir, Ottawa, Commission du droit du Canada).

³³ Voir Des Rosiers, Feldthusen et Hankivsky, *supra* note 28.

³⁴ Voir le rapport de la Commission du droit du Canada, *supra* note 32.

rapidement. Dans ce contexte où le juge et les experts sont peu sensibilisés au problème, imposer à la victime le fardeau de prouver l'existence du "syndrome de l'inceste" ou son incapacité de comprendre le dommage de l'inceste, peut sembler trop élevé. C'est dans ce contexte de reconnaissance des imperfections des milieux traditionnels de la justice et de la science qu'un mécanisme systémique peut être envisagé. La présomption élaborée par le juge La Forest est un mécanisme qui vise à éviter les écueils du manque de connaissance systémique des juges et des experts. C'est donc un outil innovateur dont la Cour s'est dotée.³⁵ Tout comme l'affaire *Norberg c. Wynrib*, l'arrêt *K.M. c. H.M.* aura marqué son époque. En définitive, même si la transformation du droit pour qu'il reflète vraiment les aspirations des femmes reste certainement à parachever, on doit constater qu'il y a eu beaucoup de progrès. La route est longue et ardue. Néanmoins, un bout de chemin a été parcouru et il importe de souligner les efforts des personnes qui y ont contribué. J'ai tenté d'expliquer dans cet article comment le juge La Forest, alors qu'il était à la Cour suprême, a contribué à la transformation de la justice civile. J'ai dû restreindre mon choix d'exemples. Beaucoup d'autres auraient pu être choisis, notamment en matière de l'accès au travail ou du droit médical.³⁶

Mon évaluation conclut que l'apport du juge La Forest ne s'est pas fait seulement au niveau du droit de fond. Sa démarche d'identification du contexte historique d'eugénisme et son profond souci à l'égard des personnes vulnérables dans l'arrêt *Eve*, son recours à une approche concrète pour mieux comprendre la situation des parties sans blâmer la victime ni faire disparaître la dimension sexuelle de l'exploitation dans l'affaire *Norberg c. Wynrib* et finalement sa reconnaissance du problème social de l'agression sexuelle des enfants et son recours à une approche systémique pour y faire face, sont aussi des contributions importantes. À mon avis, le juge La Forest a su incorporer certain aspects très positifs de la démarche féministe dans ses décisions et ... c'est un compliment. Les justiciables canadiennes en ont été grandement aidées.

³⁵ Il faudrait examiner si les tribunaux inférieurs ont utilisé la présomption, l'ont ignorée ou ont prétendu l'ignorer. On pourrait postuler que malgré que les tribunaux ne se réfèrent pas beaucoup à l'application comme telle de la présomption, ils donnent effet à son esprit, comme en témoignent leurs résultats assez constants en faveur des victimes.

³⁶ Voir *supra* note 1.