



Government
of Canada
Office of the Federal
Ombudsperson for Victims
of Crime

Gouvernement
du Canada
Bureau de l'ombudsman
fédéral des victimes
d'actes criminels

**Faire ce qu'il faut
pour les femmes victimes de violence :
les protections en vertu de la
*Charte canadienne des droits des victimes et
la Charte canadienne des droits et libertés***

Par la professeure Kerri A. Froc

Avril 2026

Heard. Respected. **VICTIMS FIRST.**
Écoutées. Respectées. **LES VICTIMES D'ABORD.**



Canada

Table des matières

Introduction.....	3
Partie I – <i>Charte canadienne des droits des victimes</i>	8
Information.....	8
Protection, y compris la vie privée	10
Participation	12
Dédommagement	14
Partie II – <i>Charte</i>	15
Protection.....	15
Partie III - Prisme de l'égalité des genres de l'article 28 en tant qu'introduisant la CCDV à la <i>Charte</i>	27
Conclusion.....	38

Introduction

Cet article examine dans quelle mesure la *Charte canadienne des droits et libertés* offre aux victimes de violence fondée sur le sexe une protection constitutionnelle — particulièrement en vertu des articles 7, 15 et 28 — comparable aux droits énoncés dans la *Charte canadienne des droits des victimes* (« CCDV »). Tandis que les statistiques sur les crimes déclarés par la police montrent des taux légèrement plus élevés chez les femmes que chez les hommes, certains crimes violents fondés sur le sexe comme les agressions sexuelles sont significativement sous-déclarés. Lorsque l'on inclut la victimisation non déclarée, le risque pour les femmes est presque le double de celui des hommes.¹ Ainsi, parler de « victimes » doit tenir compte du fait que la victimisation est un phénomène genré, surtout lorsqu'on parle de crimes violents. De plus, même si la victimisation est perpétrée par des acteurs non étatiques, cela implique toujours des droits constitutionnels.² La violence fondée sur le genre et la violence sexuelle en particulier est une pratique qui « perpétue le désavantage et sape l'égalité entre les sexes », ou, comme l'a dit brièvement l'ancienne juge L'Heureux-Dubé, signifie que les femmes et les filles sont « encore punies en raison de leur sexe ».³

La CCDV est regroupée autour de quatre domaines fondamentaux — droit à l'information, protection, participation et dédommagement — permettant une évaluation systématique de la manière dont ces intérêts ont été traités tant dans la jurisprudence de la CCDV que *dans la jurisprudence de la Charte*, avec un accent particulier sur les cas impliquant la violence contre les femmes. Comme cela sera détaillé ci-dessous, la CCDV et la *Charte* contiennent tous deux des déficits complémentaires. La CCDV a l'avantage de centrer les victimes et de permettre une reconnaissance explicite de leurs droits, et exige que ces droits soient pris en compte dans le système de justice pénale. Cependant, « le manque de précision et de détails (concernant l'application et la responsabilité d'accomplir) entraîne de droits vides, ce qui entraîne à son tour une déception et une aggravation supplémentaires vécues par les plaignants (d'agression sexuelle). »⁴ [Traduction] Il n'y a pas non plus de recours énuméré pour la violation de ces droits, et en fait, l'article 28 précise explicitement qu'il n'y a pas de cause d'action découlant d'une « violation ou d'un refus d'un droit en vertu de la présente loi ». Le seul recours pour une victime dont les droits en vertu de la CCDV ont été refusés est d'enregistrer une plainte dans le cadre du mécanisme interne de plaintes d'un organisme fédéral (bien que les organismes fédéraux soient responsables de quels droits n'est pas précisé). Le manque d'application est quelque chose que le Bureau de

¹ Andrew Cotter, « La victimisation criminelle au Canada, 2019 » (Ottawa : Statistique Canada, 2021) à 5.

² *R c. Ewanchuk*, [2020] [1999] 1 SCR 330 au paragraphe 69, selon les juges L'Heureux-Dubé et Gauthier.

³ *R c. Friesen*, [2020] 1 SCR 424 au paragraphe 68, citant l'honorable C. L'Heureux-Dubé, « Foreword. Still Punished for Being Female », dans E. A. Sheehy, éd., *Sexual Assault in Canada : Law, Law Practice and Women's Activism* (2012).

⁴ Karen Bellehumeur, « System Discrimination Against Female Sexual Violence Victims » (2023) 11 Can J Humrts 131 à 142.

l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels du Canada et l'Ombudsman lui-même, a dénoncé ses deux derniers rapports d'étape, en le qualifiant d'empêcher la loi de répondre à ses objectifs.⁵

Les droits de la *Charte* disposent de mécanismes d'application explicites : en plus de déclarer invalides les lois en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les tribunaux peuvent rendre toute ordonnance « appropriée et juste dans les circonstances », y compris des déclarations de violations des droits et l'octroi de dommages-intérêts en vertu de l'article 24(1). Pourtant, en vertu de la *Charte*, les droits des victimes ne sont pas explicitement reconnus comme une catégorie distincte, ce qui a conduit un expert constitutionnel à les qualifier de « pas complètement absents », mais leur reconnaissance par les tribunaux a été « partielle et contestée ».⁶ Encore une fois, cette lacune est genrée : comme l'a récemment déclaré le rapport récent de l'Ombudsman, *Repenser la justice pour les survivant.e.s de violence sexuelle : une enquête systémique* :

Les survivant.e.s de violence sexuelle ont aussi des droits constitutionnels. Leurs droits garantis par la *Charte* à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, à l'égalité et à la protection égale de la loi méritent une reconnaissance beaucoup plus grande.⁷

Il y a au moins deux difficultés centrales à faire en sorte que la *Charte* étende des protections comparables à celles de la CCDV aux victimes de la VFS. Elles ne résultent pas du texte de la *Charte* (tel qu'interprété de façon intentionnelle), mais de la doctrine (c'est-à-dire des cadres judiciaires établis pour son application).⁸ Premièrement, les tribunaux n'ont pas reconnu les droits des femmes sur un pied d'égalité avec ceux des hommes lorsque les hommes contestent les protections légales des droits à l'égalité et à la vie privée des victimes ou plaignantes en vertu de l'article 7. Deuxièmement, une distinction artificielle entre les revendications de droits « positifs » et « négatifs » en vertu des articles 7 et 15 de la *Charte* signifie que la jurisprudence concernant le « devoir de protection » d'un État est sous-développée et presque non reconnue. Je critique

⁵ Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, « Rapport d'étape : La *Charte canadienne des droits des victimes* » (Ottawa : Gouvernement du Canada, novembre 2020) à 2; Tenir les promesses de la *Charte canadienne des droits des victimes* : Rapport d'étape décennal » (Ottawa : Gouvernement du Canada, janvier 2026).

⁶ Kent Roach, « Victims' Rights and the Charter » (2005) 49:4 Crim LQ 474 à 483.

⁷ (Ottawa : Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, 2025) à 2-1.

⁸ Une version antérieure de cet article incluait une autre « difficulté centrale », à savoir l'instabilité dans la doctrine de l'égalité de l'article 15 concernant la causalité qui signifie que les tribunaux refusent souvent de reconnaître la complicité de l'État dans des phénomènes systémiques et multicausaux. J'ai récemment écrit sur cette difficulté dans « Nothing to See Here: Gender Discrimination and the Contest to « First Past the Post » dans Fair Voting CA » (2026) 34:3 Constitutional Forum/Forum constitutionnel 11, soutenant que les problèmes rencontrés par les demandeurs dans l'arrêt en question, rejetée à la Cour d'appel de l'Ontario, illustraient l'approche erronée de la causalité formulée dans *R c. Sharma*, 2022 CSC 39. Entre-temps, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Kanyinda*, 2026 CSC 7, dans laquelle une majorité a signalé un recul par rapport à cette approche. Bien qu'il soit trop tôt pour dire si *Kanyinda* stabilisera la doctrine, cela a considérablement atténué mes inquiétudes à ce sujet.

minutieusement la première dans un article à⁹ paraître et je souhaite donc me concentrer sur la seconde ici. Il y a une certaine ironie dans le fait qu'entre une *loi quasi constitutionnelle* comme la CCDV¹⁰ et un instrument constitutionnel comme la *Charte*, les victimes échappent à cette faille d'application de la reconnaissance, leur refusant ainsi à la fois des droits et des recours significatifs pour leur violation.

L'article 28 stipule que, « Malgré tout ce qui est dans cette *Charte*, les droits et libertés qu'elle mentionne sont garantis de manière égale aux hommes et aux femmes. » Dans la structure de la *Charte*, l'article 28 « malgré tout » garantit qu'il prend la priorité sur toutes les autres *dispositions de la Charte* qui pourraient autrement « protéger la discrimination fondée sur le genre ».¹¹ La question de savoir si cette primauté inclut la clause de prescription de l'article 1 et la clause « nonobstant » de l'article 33 fait actuellement l'objet de controverse parmi les chercheurs et, au moment de la rédaction, une question dans un appel de la contestation constitutionnelle de l'interdiction des « symboles religieux » au Québec dans l'*arrêt English Montreal School Board et al. c. Québec* devant la Cour suprême du Canada.¹² Néanmoins, plus pertinente aux fins de cet article est la proposition non controversée que, peu importe ses autres fonctions, l'article 28 joue un rôle interprétatif par rapport à toutes les autres dispositions *de la Charte*.¹³ J'ai soutenu que l'article 28 exige qu'une « perspective sur l'égalité des genres » soit appliquée à l'ensemble de la *Charte* et que les tribunaux procèdent à un « audit constitutionnel des genres » sur la doctrine de la

⁹ « Women as Subjects of the Rights of Man, or Subjected to the Rights of Man? The Supreme Court of Canada's Interpretation of Fundamental Justice and Equal Rights » (1^{er} janvier 2026), disponible sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=6090746> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.6090746> [à paraître dans un numéro spécial de la Supreme Court Law Review]. Voir aussi Kerri A. Froc « Victims' Rights and the Charter » (thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Queen's, 2015) aux pages 449-454. Dans ces deux œuvres, je développe pleinement la notion d'égalité des droits des femmes à la justice fondamentale en vertu des articles 7 et 28 et j'y réfère les lecteurs, car l'espace ne me permet pas de développer l'argument en détail ici (même si je répète une partie de la critique de l'arrêt).

¹⁰ La CCDV prime sur les autres lois fédérales en vertu de l'article 22(1) : « En cas d'incompatibilité, après application des articles 20 et 21, entre une disposition de la présente loi et celle d'une loi, d'une ordonnance, d'une règle ou d'un règlement visés à l'article 21, la disposition de la présente loi l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité » Les tribunaux ont reconnu le statut quasi constitutionnel de la CCDV dans l'*arrêt Société Radio-Canada c. Canada (Commission des services frontaliers)*, 2021 NSPC 48, au paragraphe 59; *R c. Mund*, 2024 QCCQ 5149; et *R c. Pryczek* 2024 QCCQ 7445.

¹¹ *Dickson c. Vuntut Gwitchin First Nation*, 2024 CSC 10 au paragraphe 173 (en lien avec l' *article 25 de la Charte*).

¹² *English Montreal School Board c. Québec (Procureur général)*, 2024 QCCA 254, permission d'appel à la SCC accordée, 41231 (23 janvier 2025). La Cour a entendu l'appel en mars 2026. Dans un souci de divulgation complète, je suis co-avocate de la National Association of Women and the Law, une intervenante dans l'arrêt, qui défend la question de l'article 28 concernant son effet sur l'article 33.

¹³¹³ Voir, par exemple, *Gerard J Kennedy*, « Ils sont tous interprétatifs : vers une approche cohérente des articles 25–31 de la *Charte* » (2023) 56:3 UBC Law Rev 743.

Charte. La doctrine ¹⁴ de la *Charte* qui affecte de manière disproportionnée les femmes, entraînant leur incapacité à jouir de droits et de libertés sur une base substantielle égale à celle des hommes, n'est pas conforme à l'article 28 et doit être révisée en conséquence.

Cet article se déroule en quatre parties. Premièrement, afin d'évaluer dans quelle mesure la *Charte* garantit des droits comparables de la CCDV aux victimes de VFS, il décrit comment les tribunaux et tribunaux ont interprété la CCDV dans les arrêts impliquant des victimes de VFS depuis l'adoption de la loi en 2015 jusqu'à aujourd'hui. Comme cela sera démontré ci-dessous, à quelques exceptions près, les tribunaux n'ont pas utilisé la CCDV de façon constante comme instrument porteur de droits statutaires (ni même comme aide à l'interprétation), mais principalement comme référence complémentaire ou pour souligner ce qui précède les amendements du *Code criminel*. Notamment, la jurisprudence de la CCDV sur les droits de « protection » en dehors des procès criminels est pratiquement inexistante. De plus, de manière générale, la plus grande contribution de la CCDV a été son utilisation par les tribunaux pour empêcher l'élargissement des droits des hommes accusés plutôt que d'élargir les droits des victimes.

Cependant, une mise en garde s'impose. Dans plusieurs décisions récentes, les tribunaux ont qualifié la CCDV de dotée d'un statut quasi constitutionnel et l'ont utilisé comme guide interprétatif concernant les protections fédérales de la vie privée, de la dignité (et de l'égalité des victimes dans le cas d'agression sexuelle).¹⁵ Dans ces cas, la CCDV n'a pas servi simplement de référence complémentaire. Cependant, la mesure dans laquelle ces principes deviennent faisant autorité n'est pas encore connue, d'autant plus que le raisonnement dans ces arrêts est limité et n'a pas encore été approuvé au niveau d'appel.

Deuxièmement, j'aborde quels droits de la *Charte* ont été reconnus pour les victimes de VFS dans les quatre domaines couverts par la CCDV. Il n'existe aucune *jurisprudence de la Charte* concernant le droit d'accès à l'information des victimes de la VFS, et seulement une jurisprudence sporadique et peu citée en vertu des articles 7 et 15 concernant *les droits d'accès de la Charte* en dehors de ce contexte. En ce qui concerne la protection, la participation et la dédommagement, la jurisprudence *de la Charte* et de la common law sur l'obligation de protection est également limitée. L'arrêt historique *Doe c. Metropolitan Toronto (Municipality) Commissioners of Police*, reconnaissant la responsabilité des policiers pour négligence et violations des articles 7 et 15

¹⁴ Kerri A. Froc « Victims' Rights and the Charter » (thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Queen's, 2015) aux pages 376-377, 390-391. Voir aussi « Article 28 de la *Charte des droits et libertés canadiens* : une interprétation finalement » (2005) 17 CJWL 45, en particulier aux pages 64-67

¹⁵ Voir par exemple *R c. Mund*, 2023 QCCQ 7556; *R c. Pryczek*, 2024 QCCQ 7445; *Société Radio-Canada c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2021 NSPC 48.

découlant d'un manquement à avertir les femmes ciblées par un violeur en série, n'a pas ouvert la voie pour que d'autres victimes obtiennent des dommages-intérêts.

En revanche, les contestations constitutionnelles contre les protections légales des plaignantes ont conduit la Cour suprême du Canada à reconnaître, bien que de façon incohérente, les droits à la vie privée et à l'égalité des femmes en vertu de la *Charte* dans le contexte d'agression sexuelle. En évaluant les principes favorables aux hommes accusés, le droit à un procès équitable et le devoir de ne pas condamner ceux qui sont « moralement innocents », la Cour a fait des progrès à la fin des années 90 et au début des années 2000 en reconnaissant l'égalité et les intérêts de sécurité des femmes comme pertinents en vertu de l'article 7 de la justice fondamentale. Cependant, la jurisprudence plus récente a été incohérente, et les ambiguïtés dans les décisions ont entraîné des erreurs judiciaires et une application laxiste des protections légales pour les victimes par les tribunaux inférieurs.

Troisièmement, j'explore les possibilités d'une reconnaissance plus solide des droits de type CCDV en vertu de la *Charte* en abordant la dichotomie public/privé en utilisant la fonction interprétative de l'article 28. Cette disposition n'a pas été largement appliquée par les tribunaux et peu discutée par les chercheurs jusqu'à récemment. J'utilise l'article 28 comme cadre pour discuter d'une *jurisprudence féministe de la Charte*, plus inclusive envers les intérêts des femmes et mieux alignée avec l'objectif de garantir l'égalité substantielle en vertu des articles 15 et 28. Je discute spécifiquement du potentiel pour les tribunaux de reconnaître un « devoir de protection » positif en vertu des articles 7, 15 et 28, en particulier en ce qui concerne la violence subie par les femmes autochtones.

Partie I – Charte canadienne des droits des victimes

Les auteurs précédents ont compilé la jurisprudence de la CCDV en général (jusqu'en 2021),¹⁶ en lien avec l'utilisation de la CCDV pour renforcer la capacité des victimes à soumettre leurs opinions dans les déclarations de la victime, ainsi qu'en ce qui concerne l'utilisation d'animaux de soutien lors des témoignages. Plutôt que de répéter ce travail, je me concentre sur la jurisprudence post-2021 et sur les arrêts qui discutent de la relation entre les droits des victimes garantis par la *Charte* et leurs droits en vertu de la CCDV. De plus, il existe un chevauchement entre les principes généraux énoncés dans la CCDV et les modifications spécifiques au *Code criminel* contenues dans le même dossier de rapport législatif, y compris des modifications du Code à la définition de « victime » et de nouvelles dispositions précisant qui peut agir au nom d'une victime lorsque la victime est décédée ou incapable d'agir, ainsi que des amendements à Dispositions relatives à la production de documents tiers dans l'article 278, les révisions/ajouts aux soutiens pour le témoignage des victimes dans l'article 486 et le nouveau 486.1 (comme les filtres, l'exclusion du public, témoigner avec une personne de soutien et témoigner à l'extérieur de la salle d'audience), les déclarations d'impact sur les victimes et la communauté en vertu des articles 722 et 722.2, ainsi que les ordonnances de dédommagement dans le nouvel article 737.1.¹⁷ À moins que les tribunaux ne fassent des commentaires sur la CCDV comme distincts de ces autres réformes législatives, j'omettais généralement l'arrêt de la jurisprudence que j'examinais (*c'est-à-dire* de simples « références complémentaires »).

Information

Il existe très peu de jurisprudence interprétant les droits des victimes à l'information en vertu de la CCDV. Une exception est *Société Radio-Canada c. Canada (Agence des services frontaliers)*.¹⁸ Là, la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse fait une remarque sur le préambule de la CCDV, qui indique que la « *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* des Nations Unies devraient guider le traitement des victimes », et cite en entier un certain nombre d'articles de la Déclaration, y compris l'article 6, prévoyant (entre autres) : « La réactivité des processus judiciaires et administratifs aux besoins des victimes devrait être facilitée par... informer les victimes de leur rôle ainsi que de la portée, du calendrier et de l'avancement des procédures ainsi que de la gestion de leurs dossiers, en particulier lorsque des crimes graves sont impliqués et lorsqu'elles ont demandé de telles

¹⁶ Alan N Young et Kanchan Dhanjal, *Les droits des victimes au Canada au 21^e siècle* (Ottawa : ministère de la Justice Canada, 2021).

¹⁷ *Projet de loi visant à protéger les victimes*, S.C. 2015, c.13.

¹⁸ NSPC 48 2021.

informations. »¹⁹ Ce faisant, elle a suggéré que ces droits CCDV sont plus que déclaratoires, mais a plutôt reconnu leur potentiel à fonder indépendamment les droits procéduraux.

Pourtant, les seuls arrêts avec un commentaire substantiel sur les droits à l'information ne concernent pas les droits des victimes ou des plaignants. Dans *R c. W(S)*,²⁰ l'accusé a été accusé d'agression sexuelle et d'agression causant des blessures corporelles (concernant l'allégation qu'il aurait cassé le nez de la plaignante). Il a demandé des dossiers concernant des infractions auxquelles le plaignant avait plaidé coupable, impliquant des comportements à son encontre. Le tribunal a accepté la demande, affirmant que les dossiers faisaient « partie de l'histoire de la relation entre elle et S.W. », que l'accusée pouvait « avoir un droit plus important à l'information sur l'enquête que les autres membres du public » en vertu de la CCDV, et après examen, a conclu que les dossiers contenaient des déclarations de la plaignante sur la relation qui « sont probablement pertinentes pour sa crédibilité ». ²¹ Dans un autre arrêt, un détenu craignant des représailles de la part de la famille de la victime s'est vu refuser une demande d'ordonnance pour que Service correctionnel Canada et la Commission des libérations conditionnelles du Canada gardent ses renseignements personnels confidentiels. La cour a déclaré que les institutions ont un « devoir légal public... pour fournir certaines informations sur un délinquant, à la demande d'une victime ou d'autres personnes » en vertu de la CCDV.²² Dans *R c. Roberts-Stevens*,²³ un juge a invoqué la CCDV pour rejeter une demande de récusation pour partialité parce qu'il avait fourni une copie de sa décision refusant une demande de verdict dirigé aux parents pour une victime décédée, remarquant que « les victimes d'actes criminels ont un droit garanti en vertu de la *Charte canadienne des droits des victimes* d'être informées sur demande de ce qu'était une décision de la cour. »²⁴

Bien qu'il ne contienne aucun commentaire substantiel, le cas de *R c. Zadeh* démontre comment ces droits d'information ont été mis en pratique en faveur des victimes, le juge ordonnant que la Couronne informe la victime d'agression sexuelle de la peine et « se conforme à la composante informationnelle contenue dans les articles 6 à 8 de la CCDV. »²⁵ Comme cette analyse se limite aux cas signalés, il est difficile de déterminer, à partir d'un seul cas, si cela reflète une pratique plus large ou s'il est exceptionnel.

¹⁹ *Ibid*, cité au paragraphe 43.

²⁰ 2015 ONCJ 562.

²¹ *Ibid*, cité au paragraphe 30.

²² *McCotter c. Canada (Procureur général)*, 2021 EF 1086 au paragraphe 16.

²³ 2018 ONSC 6184.

²⁴ *Ibid* au paragraphe 78.

²⁵ 2015 BCPC 401 au paragraphe 90. Voir aussi la reconnaissance dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Office des services frontaliers)*, 2021 NSPC 48 au paragraphe 61, commentant (obiter dictum) que la CCDV visait à élargir les « droits individuels des victimes en ce qui concerne les composantes informationnelles », entre autres objectifs.

Protection, y compris la vie privée

En revanche, la jurisprudence sur les droits de protection est plus développée. La CCDV est le plus souvent citée pour appuyer que les tribunaux autorisent les « aides au témoignage » en vertu de l'article 13. La CCDV a été citée comme appui pour permettre aux chiens de soutien d'accompagner les témoins lors des témoignages, malgré l'absence de disposition explicite à ce sujet dans le *Code criminel*. La jurisprudence a été résumée par Dallas Mack :

Dans l'affaire *Benjamin*, [...] le juge précise qu'un chien de soutien peut être couvert par une demande présentée en vertu de l'article 486.1 pour qu'une « personne de confiance » puisse accompagner un plaignant pendant qu'il témoigne. Dans l'affaire *R c. Pine*, le juge, tout en accueillant une demande semblable, s'est demandé si les chiens étaient des personnes. L'approche adoptée dans l'affaire *Benjamin* permet de régler la question d'une manière raisonnable et réfléchie. Deuxièmement, elle reconnaît l'incidence de la modification apportée à la disposition ainsi que l'influence importante de [...] la *Charte canadienne des droits des victimes*.²⁶ [Traduction]

D'autres « aides au témoignage » sont souvent mentionnées dans la jurisprudence (comme témoigner derrière des écrans), mais toute référence pertinente à la CCDV n'est que des « ajouts » aux dispositions du *Code criminel* qui permettent ces soutiens. Cependant, dans l'arrêt *R c. Russell*,²⁷ la cour a fait référence à la CCDV pour permettre à une victime de violence entre partenaires intimes, qui avait des réactions graves en présence de son agresseur, de témoigner par TVCF et avec une personne de soutien plutôt que d'utiliser un écran de confidentialité, ce qui n'a pas été contesté. La cour a indiqué que la Couronne n'était pas tenue de démontrer qu'un écran serait insuffisant, mais que l'aide au témoignage proposée faciliterait un témoignage complet et franc ou serait dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Dans deux récentes décisions judiciaires québécoises, la CCDV s'est vu attribuer un rôle interprétatif plus solide en ce qui concerne les intérêts en matière de vie privée et de dignité des plaignants. Dans *Mund* et *Pryczek*, la cour a décrit la CCDV comme ayant un statut quasi constitutionnel et a souligné que la législation fédérale doit être appliquée conformément à ses dispositions. Dans *Mund*, la cour a explicitement lié la CCDV à l'interprétation des règles de preuve régissant les dossiers privés, indiquant qu'il devait guider l'application de dispositions telles que

²⁶ Comme cité par Susan McDonald et Naythan Poulin, « Programme canin « Pawsitive Directions » : Le point sur l'utilisation des chiens pour soutenir » (2022) *Recueil de recherches sur les victimes d'actes criminels* (Ottawa : ministère de la Justice Canada, Centre de la politique concernant les victimes) 6, p. 8. Les arrêts cités dans le rapport des auteurs sont *R c. Benjamin*, 2017 Carswell Ont 21724, 2018 ONSC 5070 (Ont. S.C.J.) *R c. K. (J.L.)*, 2015 Carswell CA 1444, 2015 BCPC 139 (C.-B. Prov. Ct.) *R c. Levac*, 2019 SKQB 322; *R c. Marchand*, 2016 BCSC 1680; *R c. Roper*, 2015 BCSC 2107; *R c. W. (C.)*, 2016 ONCJ 649. Il est à noter que les auteurs n'ont trouvé aucun cas où une demande de chien de soutien a été refusée.

²⁷ 2025 ONCJ 447.

les articles 278.1 à 278.9 du *Code criminel*.²⁸ Pryczek a cité la CCDV, ainsi que d'autres jurisprudences, pour souligner la nécessité d'évaluer les preuves du plaignant sans s'appuyer sur des stéréotypes.²⁹ De manière controversée, dans l'arrêt *R c. Cope*,³⁰ la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé le rejet d'une recommandation du cercle de détermination des peines dans un arrêt VFS, en partie pour la nécessité de protéger les femmes autochtones, en citant l'article 9 de la CCDV. Cet arrêt est actuellement en appel devant le SCS. À la Cour suprême, l'organisation de défense féministe Fonds d'Action et d'Éducation juridique pour les Femmes a présenté des arguments en tant qu'intervenante pour soutenir que des peines plus sévères pour les hommes autochtones ne rendent pas les femmes autochtones plus en sécurité dans leurs communautés.

Les droits à la vie privée de la CCDV présentent des avantages en complément des dispositions du *Code criminel*, comme l'illustrent les décisions concernant les demandes médiatiques visant à obtenir du matériel relatif à l'événement de masse victime en Nouvelle-Écosse dans lequel 22 personnes ont été tuées. Comme le coupable s'est suicidé, aucune accusation criminelle n'a été portée contre lui. Dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Commission des services frontaliers)*,³¹ il s'agissait de si la CCDV s'applique à une demande visant à déclasser des renseignements à obtenir (ITO, ou mandats). Le juge a conclu, en comparaison avec le *Code criminel* :

La CCDV est beaucoup plus large, il fait référence à bien plus que l'identité. Elle prévoit des garanties substantielles dans tout le système de justice pénale, à partir de l'enquête. Une interdiction de publication est axée sur l'identité. La CCDV constitue une législation beaucoup plus substantielle, tant sur le plan procédural que dans son champ d'application.³² [Traduction]

Elle a conclu que la CCDV s'applique aux demandes de déclassement, et que les principes moteurs de son préambule visant à accorder « courtoisie, compassion et respect aux victimes au sein du système de justice pénale... ne peut pas être simplement une suggestion. »³³ Dans une décision ultérieure, la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse a ordonné que très peu des informations restantes non divulguées, concernant les victimes innocentes de l'auteur, soient dévoilées. Elle a spécifiquement refusé de dévoiler des informations privées qui n'auraient pas permis d'éclaircir les questions centrales des raisons pour lesquelles les autorisations judiciaires

²⁸ *R c. Mund*, 2024 QCCQ 5149 aux paragraphes 68-70, 175 et 228.

²⁹ *R c. Pryczek*, 2024 QCCQ 7445 aux par. 98-99.

³⁰ 2024 NSCA 59.

³¹ NSPC 48 2021.

³² *Ibid* au paragraphe 72.

³³ *Ibid* au paragraphe 107.

ont été accordées et pourquoi l'événement de victimes massives s'est produit, mais qui ne feraient qu'« exposer leur traumatisme à la société ».³⁴

Une omission tragique et importante du droit à la vie privée d'une victime dans la CCDV se produit dans l'arrêt *R c. Barton* (discutée ci-dessous en lien avec les *droits à la vie privée* garantis par la *Charte*).³⁵ La seule référence au CCDV se trouve dans la décision de condamnation, où la Cour note que l'impact sur la victime, lorsqu'une victime est décédée, est mesuré en fonction de sa famille conformément à l'article 2.³⁶

Participation

Contrairement au contexte de protection, les droits de la CCDV en vertu de la participation ont été interprétés de manière restrictive. Dans *R c. Friesen*,³⁷ la Cour suprême du Canada considère la CCDV comme faisant partie du cadre juridique régissant les déclarations de la victime (DV), le citant aux côtés des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Cependant, la CCDV élargit en fait le rôle participatif des victimes au-delà des déclarations de la victime (DV) via l'article 14, qui fait référence aux « décisions à prendre par les autorités compétentes du système de justice pénale qui portent atteinte aux droits de la victime en vertu de cette Loi » (ce qui pourrait raisonnablement inclure des questions de discrétion du procureur, comme accepter un plaidoyer pour une infraction moindre et incluse). En général, ce potentiel n'a pas été réalisé dans la jurisprudence de la CCDV. Cependant, dans les demandes de déclassement mentionnées plus tôt concernant l'événement de masse victime en Nouvelle-Écosse, le juge a établi une structure pour recueillir les avis des victimes concernant les demandes de déclassement et leur offrir la possibilité de donner leur avis sur la manière dont la divulgation de documents affecterait leur identité et leur vie privée. Tout en disant : « Il n'y a rien dans la *Charte canadienne des droits des victimes* qui élève la position des victimes auprès des parties et/ou leur donne le statut d'intervenant », le juge a apparemment fait ce commentaire pour souligner que les médias n'avaient aucun droit de soumettre les victimes à un contre-interrogatoire sur leurs opinions. »³⁸ [Traduction] Le juge a ajouté : « Le projet de loi canadien sur les droits des victimes n'a jamais été destiné, et ne devrait jamais devenir un processus conflictuel. »³⁹ [Traduction]

De plus, l'arrêt *R c. Schols*,⁴⁰ un arrêt d'agression de VFS concerne une autre caractéristique participative de la CCDV. Là, l'avocat de la défense a tenté d'obtenir une ordonnance pour la divulgation des questions posées par la Couronne lors de la consultation de la plaignante

³⁴ *Société Radio-Canada c. Canada* (Procureur général), 2023 NSPC 6.

³⁵ ABQB 603 2021. *R c. Barton*, précité Note 78 a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

³⁶ *Ibid* au paragraphe 83.

³⁷ CSC 9 2020.

³⁸ *Société Radio-Canada c. Canada* (Agence des services frontaliers), 2022 NSPC 22, aux paragraphes 35-36.

³⁹ *Ibid* au paragraphe 52.

⁴⁰ 2025 ABCJ 77

concernant la résolution, et pour la récusation de la Couronne afin qu'elle puisse être contrainte de témoigner au procès. La Couronne a toutefois fourni des notes de la rencontre avec la plaignante et a divulgué ce qu'elle a dit. La Cour a rejeté la demande, appuyant la préparation des témoins dans le cadre d'une administration efficace de la justice et a indiqué que ces notes étaient confidentielles. De plus, le juge a cité les articles 14-16 de la CCDV comme fondement du refus de la demande, déclarant :

Une Couronne qui ignore ces déclarations législatives ne remplit probablement pas ses devoirs d'agir conformément à l'intérêt public. La reconnaissance de ces droits augmente probablement l'obligation du conseiller de la Couronne de rencontrer une victime dans toute poursuite... Cependant, l'idée qu'une Couronne devrait prendre des décisions sur une île sans aucune contribution des personnes concernées par ses décisions n'est pas compatible avec le rôle approprié du conseiller de la Couronne.⁴¹ [Traduction]

La grande majorité des cas de cette catégorie concernent la DV, qui fait l'objet de l'article 15 de la CCDV et de l'article 722 du *Code criminel* (modifié par le projet de loi de réforme de 2015). La CCDV n'apporte généralement pas de manière substantielle aux *caractéristiques participatives du Code criminel*. Marie Manikis, dans son rapport de 2002 sur les DV, indique que l'arrêt *R c. Berner* avant la CCDV⁴² continue d'être citée pour les principes directeurs concernant le contenu des déclarations de la victime. Dans l'arrêt *R c. LA*,⁴³ un délinquant ayant agressé sexuellement ses filles a tenté de s'appuyer sur la CCDV pour faire valoir que le pardon d'une victime et l'opinion d'elle et de sa mère selon laquelle son incarcération nuirait à leur famille auraient dû être pris en compte pour atténuer sa peine. La Cour d'appel de la Saskatchewan a indiqué que, bien que la CCDV semble accorder des droits absolus aux victimes pour que leurs points de vue soit examiné, il « interprète le projet de loi canadien sur les victimes comme déférant au processus établi par l'article 722 du *Code criminel*.⁴⁴ » Compte tenu de la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Friesen*,⁴⁵ ainsi que de l'instruction explicite de la *Code criminel* selon laquelle les principes de dénonciation et de dissuasion prévalent dans de telles infractions, un juge de détermination de la peine n'est pas tenu « de prendre en compte les plaidoyers de clémence formulés en ce qui concerne la détermination de la peine pour des infractions sexuelles contre des enfants. »⁴⁶ Étant donné que le *Code criminel* interdit spécifiquement à la DV d'inclure un avis sur la peine (par souci d'équité envers l'accusé, vraisemblablement), le risque de coercition, et le

⁴¹ *Ibid* au paragraphe 14.

⁴² BCCA 188 2013. Déclarations lors de la détermination de la peine : Faits nouveaux depuis l'adoption de la Charte des droits des victimes» (2022) *Recueil de recherches sur les victimes d'actes criminels* (Ottawa : ministère de la Justice Canada, Centre de la politique concernant les victimes).

⁴³ SKCA 136 2023.

⁴⁴ *Ibid* au paragraphe 63.

⁴⁵ CSC 9 2020.

⁴⁶ *Supra* Note 43 au paragraphe 77.

phénomène bien connu des victimes de VFS se blâmant elle-même pour la violence, cette décision est tout à fait raisonnable, car elle soutient les objectifs de la CCDV.

Dédommagement

Des chercheurs ont rapporté en 2021 que peu de cas mentionnaient la CCDV dans l'envie d'ordonnances de dédommagement à verser aux victimes, et les quatre années qui ont suivi cette recherche ont mené à l'ajout de quelques cas supplémentaires à cette maigre liste.⁴⁷ Les arrêts utilisent les dispositions de la CCDV comme référence complémentaire à celles du *Code criminel*, plutôt que d'appliquer ces dispositions (même comme aide interprétative).⁴⁸ Malgré tout, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a reconnu que « les modifications législatives récentes rendent inapplicables toutes les restrictions et précautions que les tribunaux auraient pu juger nécessaires lors de l'examen d'une ordonnance de dédommagement. ».⁴⁹ Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, du moins, il n'était peut-être pas nécessaire de s'appuyer sur la CCDV pour donner un sens plus profond à l'amendement.

Un autre arrêt mérite d'être commenté, bien qu'elle ne s'applique qu'indirectement aux droits des victimes au dédommagement. Dans l'arrêt *R c. Robinson*, la Cour d'appel de l'Alberta a refusé de permettre à un accusé de s'appuyer sur la divulgation tardive des demandes de dédommagement des témoins pour annuler une condamnation pour meurtre concernant son épouse séparée, s'appuyant en partie sur les dispositions de dédommagement de la CCDV dans ses motifs.⁵⁰ L'un des témoins était une amie du défunt, à qui elle s'était confiée de ses préoccupations à son égard et avait élaboré un « plan de sécurité »; sa demande de dédommagement découlait du traumatisme qu'elle avait retrouvé – des paiements pour du counseling et un remboursement pour des congés du travail. Il est évident que la défense voulait utiliser le fait que les témoins ont fait des demandes de dédommagement pour tenter de remettre en cause leur crédibilité.

⁴⁷Rapport 2021 de Kanchan Dhanjal et Susan McDonald dans le *Recueil de recherches sur les victimes d'actes criminels* à la page 46.

⁴⁸ Par exemple, *R c. Nygard*, 2024 ONSC 4837 (ordonnance de dédommagement refusée, car les pertes due à l'agression sexuelle ne sont pas facilement déterminables).

⁴⁹ *R c. Moulton* (NBCA), citation au par. 31.

⁵⁰ ABCA 361 2020.

Partie II – Charte

Protection

(a) Devoir de protéger

Il n'existe pas d'arrêts de la Cour suprême du Canada concernant directement un devoir de l'État de protéger les femmes contre la violence dans le contexte de la *Charte*.⁵¹ Les cas inférieurs, que ce soit en vertu de la Common Law ou de la *Charte* sont aussi très rares, Melanie Randall observant que les premiers ont « à peine été utilisés au Canada pour imposer une responsabilité à la police pour les nombreux cas de violence conjugale et d'homicide conjugal impliquant des non-mesures policières à faire respecter les ordonnances restrictives ou à intervenir efficacement face à un risque connu ». ⁵²

Dans l'arrêt *Mooney c. Colombie-Britannique (Procureur général)*,⁵³ une femme battue qui a poursuivi la GRC, le Procureur général de la Colombie-Britannique et le solliciteur général du Canada pour négligence au motif qu'ils n'avaient pas pris de « mesures raisonnables... » pour assurer la 'sécurité et la sûreté de sa famille. »⁵⁴ Son ancien partenaire — qui avait un long passé de violence contre elle — s'est introduit chez elle six semaines après sa libération, a tué son amie, blessé sa fille, mis le feu à la maison, puis s'est suicidé.⁵⁵ Peu avant l'attaque, Mme Mooney avait signalé un comportement de harcèlement à la police. Bien qu'une politique établie sur la violence contre les femmes dans les relations exigeant une réponse prioritaire et une enquête approfondie,

⁵¹ Dans un article inédit intitulé *Battered Women and the Charter: A Silence, Not an Absence*, écrit en 2006, je discute de trois arrêts de la *Charte* entendue par la Cour suprême du Canada concernant des réclamations d'un homme qui aurait harcelé un ex-partenaire (dans *Trociuk*, contestant une législation qui permettait à son ancien partenaire de ne pas le nommer comme père sur les certificats de naissance de leurs enfants), une demande infructueuse d'une femme maltraitée qui venait de se séparer de son conjoint de fait pour obtenir des prestations de décès dans le cadre de sa contribution au CPP (*Hodge*), et une réclamation infructueuse d'une jeune femme selon laquelle le régime de travail du Québec réduisait drastiquement l'aide sociale pour les moins de 30 ans, l'obligeant à chercher un logement chez des hommes qui attendaient du sexe en retour (*Gosselin*). Dans aucune des arrêts, la Cour n'a jugé que cette violence ou cette coercition était pertinente pour l'arrêt.

⁵² « Private Law, the State and the Duty to Protect: Tort Actions for Police Failures in Gendered Violence Cases » (2009), 44 S.C.L.R. (2d) 343 à 364.

⁵³ 2004 BCCA 402, autorisation d'appel refusée [2004] SCCA no 428 [*Mooney*].

⁵⁴ Lee Lakeman, *Obsession with Intent: Violence Against Women* (Montréal : Black Rose Books, 2005) à la page 119, citant la transcription du procès.

⁵⁵ La réduction des accusations et la courte peine de 21 jours de prison résultaient d'un accord de plaidoyer de la Couronne pour une agression dans des circonstances que le juge du procès qualifiait d'« horribles » (*Mooney*, note 244 *supra*, au paragraphe 24). La Couronne a conclu l'entente de plaidoyer après que Mme Mooney ait dit à la Couronne qu'elle avait formulé sa plainte. Ayant très peur de lui, et sur la promesse qu'il lui céderait sa part de la maison si elle revenait sur elle, elle a accepté de changer son histoire après qu'il l'ait contactée pendant sa mise sous caution. Elle croyait que la Couronne disposait de preuves suffisantes pour procéder de toute façon (Lee Lakeman, *ibid.*).

l'agent présent a indiqué qu'il n'y avait aucun motif d'accusation, pas besoin d'une caution de paix, et lui a suggérer de demander une ordonnance civile restrictive et de « rester dans des lieux publics ».⁵⁶

Vancouver Rape Relief and Crisis Shelter est intervenu dans l'arrêt pour plaider que l'arrêt soit tranché sur la base du droit de Mme Mooney à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, ainsi qu'à l'égalité.⁵⁷ Ni l'article 7 ni l'article 15 n'ont été mentionnés dans la majorité ni dans les décisions dissidentes de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La cour a convenu que l'agent avait fait preuve de négligence en ne menant pas d'enquête, la majorité a estimé que la négligence n'était pas une cause immédiate des meurtres ultérieurs. La majorité a refusé d'assouplir le critère de « si ce n'était pas pour » de la causalité, présentant la violence comme irrationnelle et imprévisible et l'État comme impuissants à l'arrêter, remplaçant ainsi la responsabilité institutionnelle. L'analyse a fragmenté le schéma de contrôle coercitif en incidents isolés et a minimisé les échecs systémiques : l'absence ou l'absence d'application des politiques de poursuite « sans abandon », l'acceptation par la Couronne d'un plaidoyer malgré des preuves corroboratives, l'ingérence de l'accusé pendant sa mise sous caution, et la dépendance de l'État à la rétractation de Mme Mooney pour évaluer la réhabilitation et la libération. Ses appels à la police pour exiger des comptes pour leur manque de protection sont minimisés comme des « plaintes ».⁵⁸ La Commission des pertes massives (CPM) en Nouvelle-Écosse a documenté des défaillances structurelles similaires en ce qui concerne le contrôle coercitif de son partenaire par l'auteur, la sous-reconnaissance de la violence entre partenaires intimes (et de son escalade) comme prédicteur de violence mortelle, ainsi que des échecs institutionnels à agir sur les plaintes antérieures. Cependant, là-bas, la CPM a reconnu ces enjeux comme impliquant la police et la violence comme prévisible, bien que non pas dans un contexte de défense des droits des victimes, mais plutôt pour formuler des recommandations afin de prévenir un incident futur.⁵⁹

Elizabeth Sheehy soutient que l'arrêt aurait dû incorporer une réclamation fondée sur l'article 15, afin que des preuves puissent être présentées sur la prévisibilité de la violence d'un agresseur et sur les « schémas historiques et actuels de discrimination sexuelle dans l'application de la loi contre les agressions en ce qui concerne les femmes en couple ».⁶⁰ Au lieu de demander si une étape d'enquête manquée ou une intervention avait « causé » un acte de violence ultérieur, la cour

⁵⁶ *Mooney, ibid.* au par. 28. Cette politique est citée au paragraphe 50 de la décision dissidente du juge Donald.

⁵⁷ Lee Lakeman, *Supra*, Note 54, à 120.

⁵⁸ *Ibid.* à 120.

⁵⁹ *Redresser la barre ensemble: dernier rapport de la Commission de pertes massives* (Commission fédérale-provinciale conjointe sur les victimes de masse en Nouvelle-Écosse d'avril 2020, 2023), numéro de catalogue CP32-166/2-2023E-PDF, en ligne : <https://publications.gc.ca/site/eng/9.919997/publication.html>.

⁶⁰ Elizabeth A. Sheehy, « Causation, Common Sense, and the Common Law: Replacing Unexamined Assumptions with What We Know about Male Violence against Women or from *Jane Doe* to *Bonnie Mooney* (2005) 17 C.J.W.L. 87 à 114.

aurait pu évaluer toute la constellation des échecs de l'État à protéger Mooney jusqu'au moment des fusillades. L'arrêt illustre ainsi comment les revendications des victimes sont souvent filtrées à travers des cadres doctrinaux, en particulier la causalité, qui obscurcissent les schémas de violence genrée et diluent la responsabilité de l'État.

Doe v. Métropolitaine de Toronto (Municipalité) Commissaires à la police),⁶¹ concernait une plaignante violée par un délinquant en série que la police enquêtait activement. Plutôt que d'avertir les femmes vivant dans les immeubles ciblés par l'auteur, la police a pris la décision délibérée de retenir des informations. La cour a jugé qu'elles s'étaient appuyées sur des stéréotypes préjudiciables selon lesquels les femmes deviendraient « hystériques » et compromettraient l'enquête. L'enquête manquait aussi d'urgence, car la police considérait le crime comme « uniquement un viol » sans violence supplémentaire. L'appartement de Jane Doe se trouvait dans la zone de risque identifiée, et elle a été agressée exactement de la même manière que les attaques précédentes. Le tribunal a conclu que ses droits en vertu de l'article 15 ont été violés en raison de la dépendance à des « mythes sur le viol et des stéréotypes sexistes » dans l'enquête, et de plus, elle s'est vu refuser le droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 » en la soumettant au risque bien réel d'être attaquée par un violeur en série — un risque dont ils étaient conscients, mais dont ils ont délibérément omis d'informer... »⁶² Parce que la police a exercé son pouvoir discrétionnaire dans une « *négligence et de manière discriminatoire*, »⁶³ le juge MacFarlane a conclu que leurs actions n'étaient pas conformes à la justice fondamentale.

Pourtant, malgré sa reconnaissance explicite de l'égalité et des intérêts sécuritaires dans le contexte policier, *Doe* a eu une vie doctrinale après la mort limitée. L'analyse de la *Charte* n'était pas l'objet principal du jugement — la négligence l'était — et la décision n'est pas devenue un précédent solide pour reconnaître les obligations positives de l'État de protéger les femmes contre les risques connus de violence masculine. Elle n'a pas non plus généré une jurisprudence plus large sur les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* dans des contextes analogues. *Doe* est un exemple rare et sous-développé d'une cour reconnaissant que la sous-surveillance discriminatoire de la violence sexuelle peut porter atteinte aux droits constitutionnels. Sa marginalisation dans la jurisprudence ultérieure souligne un schéma plus large : même lorsque les tribunaux reconnaissent un biais systémique et un risque prévisible, la jurisprudence canadienne demeure réticente à constituer les revendications des victimes en obligations positives exécutoires contre l'État.

Une des raisons principales de ce manque d'expansion est que la *Charte* canadienne jurisprudence est sous-développée en ce qui concerne les soi-disant « droits positifs », c'est-à-dire

⁶¹ *Ci-dessus*, note 268.

⁶² *Ibid*, au paragraphe 163.

⁶³ *Ibid*.

imposant des obligations étatiques d'agir afin de garantir que les femmes puissent jouir de la sécurité de la personne. Dans *Gosselin*,⁶⁴ une jeune femme en extrême pauvreté était soumise aux règlements de la *Loi sur la sécurité du revenu* du Québec⁶⁵ qui réduisait drastiquement les montants mensuels de l'aide sociale versés aux moins de trente ans jusqu'à ce qu'ils soient en dessous des niveaux de subsistance. La juge en chef McLachlin a déclaré : « Je laisse ouverte la possibilité qu'une obligation positive de soutenir la vie, la liberté ou la sécurité de la personne puisse être établie dans des circonstances particulières. Cependant, ce n'est pas le cas. » À ce jour, la Cour n'a jamais trouvé de devoir positif de l'État d'agir pour préserver la sécurité de la personne en vertu de l'article 7, ni les tribunaux inférieurs n'ont été ainsi décidés. Dans *Tanudjaja*,⁶⁶ par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé une ordonnance annulant une contestation constitutionnelle fondée sur le retrait des gouvernements provincial et fédéral des programmes de logement abordable, ce qui a entraîné une augmentation de l'itinérance. Une partie des preuves menées dans cet arrêt concernait les obstacles à la sortie pour les victimes de VFS en raison du manque de logements abordables.⁶⁷ Les réclamations en vertu de l'article 15 sont généralement plus susceptibles à ce que les tribunaux reconnaissent les « droits positifs », du moins lorsque la réclamation peut être qualifiée d'exclusion d'un programme existant.⁶⁸ Cependant, dans *R. c. Sharma*, concernant l'exclusion des personnes condamnées pour certaines infractions liées à la drogue du *Code criminel* régime de peines conditionnelles, une majorité de la Cour suprême a indiqué que, « laissant un fossé entre un groupe protégé et des non-membres du groupe *non affecté* ne contrevient pas à l'article 15(1). »⁶⁹ La décision a fait l'objet de critiques virulentes en raison de son éloignement d'une interprétation téléologique de l'article 15, et une décision récente suggère qu'une Cour composée différemment pourrait s'y rétracter.⁷⁰ Néanmoins, il demeure l'expression la plus récente de la doctrine de l'article 15.

(b) Vie privée et égalité

La reconnaissance la plus solide des droits constitutionnels des victimes à la protection se situe dans le contexte des droits à la vie privée et à l'égalité des victimes d'agression sexuelle, bien que

⁶⁴ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429

⁶⁵ S.Q. 1988, c.51. Les règlements pertinents étaient les articles 23 et 29(a), *Règlement sur l'aide aux personnes et aux familles*, R.R.Q., c. A-16, r.1.r.

⁶⁶ *Tanudjaja c. Canada (Procureur général)*, 2014 ONCA 852.

⁶⁷ *Tanudjaja c. Canada (Procureur général)*, 2013 ONSC 5410 aux paragraphes 54-60.

⁶⁸ Voir, par exemple, *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 SCR 624, *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493, et *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28. Voir aussi Macfarlane, Emmett & Rachael Johnstone, « Égalité des droits, accès à l'avortement et règlement 84-20 du Nouveau-Brunswick » (2021) 72 UNB LJ 302, concernant une obligation positive de fournir des services d'avortement en vertu de l'article 15.

⁶⁹ [2022] 3 SCR 147.

⁷⁰ *Dickson c. Première Nation Vuntut Gwitchin*, 2024 CSC 10.

de manières incohérente et incomplète.⁷¹ Dans l'arrêt *R c. Seaboyer*,⁷² la Cour a contesté la loi du Parlement sur le « bouclier contre le viol » qui limitait le contre-interrogatoire sur les antécédents sexuels d'une plaignante d'agression sexuelle. Bien que la législation ait été animée par la reconnaissance que ces preuves avaient historiquement été utilisées pour soutenir des « mythes du viol » discriminatoires — selon lesquels les femmes non chastes sont plus susceptibles de consentir et de mentir — la majorité caractérisait les préoccupations des femmes principalement en termes d'embarras et de vie privée. La juge McLachlin (comme elle s'appelait alors) a déclaré que la justice fondamentale exigeait l'admission de toutes les preuves pertinentes, sauf si son effet préjudiciable l'emportait largement sur sa valeur probante. Dans l'analyse qui en résulte, il n'y avait pratiquement aucun conteste entre les « intérêts en matière de vie privée » des femmes et les droits à un procès équitable des accusés : la « situation » de la plaignante devait céder au droit constitutionnel à un procès équitable en cas de conflit. À l'article 1, la législation était qualifiée de « trouver le mauvais équilibre » entre ces droits, renforçant la hiérarchie déjà établie dans l'article 7. En fait, la Cour suprême n'a jamais confirmé une infraction à l'article 7 en vertu de l'article 1.

La Cour, dans l'arrêt *R c. Darrach*⁷³, a estimé que le plan révisé du Parlement réconciliait correctement les « préoccupations relatives à la vie privée et à l'égalité » dans le cadre de la justice fondamentale par un processus discrétionnaire structuré d'exclusion de toute preuve présentée pour appuyer les « mythes jumeaux », et avec seulement une présomption d'inadmissibilité de l'histoire sexuelle passée à d'autres fins. Cet arrêt est significatif parce qu'elle sous-entend que l'égalité des femmes est elle-même un principe de justice fondamentale, sur un pied d'égalité avec le droit des hommes à une pleine réponse et à une défense. Même si la loi avait le potentiel d'exclure des preuves pertinentes (si l'effet préjudiciable dépassait la valeur probante), l'approche contextuelle de la justice fondamentale signifiait « [l]e principe interdisant l'auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s'il y a lieu, dans le contexte particulier en cause » (par. 45). Parallèlement, « [c]haque principe de justice fondamentale doit être interprété à la lumière d'intérêts individuels et sociaux qui revêtent suffisamment d'importance pour être qualifiés à juste titre de principes de justice fondamentale ».⁷⁴ Même dans *Darrach*, cependant, la Cour a lu la législation à travers le prisme de son raisonnement antérieur, en réduisant la portée et réduisant la

⁷¹ Mon analyse dans ce qui suit dans cette partie est tirée de ma thèse, « The Untapped Power of Section 28 » *Supra* Note 14, bien que ce que je dis à propos des cas post-2015 de *R c. Chardonneret* et *R c. J.J.* construisez-le dessus.

⁷² *R c. Seaboyer*; *R c. Gayme* [1991] 2 RCS 577.

⁷³ [2000] 2 SCR 443.

⁷⁴ *Ibid* au paragraphe 29, citant *R c. White*, [1999] 2 SCR 417 au paragraphe 47. Je soutiens que l'implication est que l'égalité des femmes est elle-même un principe de justice fondamentale (« Les femmes en tant que sujets des droits de l'homme, ou soumis aux droits de l'homme? L'interprétation de la justice fondamentale et des droits égaux par la Cour suprême du Canada », à paraître dans « CSC à 150 », numéro spécial de la *Supreme Court Law Review* (2026)).

centralité de la pertinence définie par la défense. Par exemple, la Cour a indiqué que la preuve d'antécédents sexuels passés peut être recevable si la défense démontre sa pertinence en raison de ses « caractéristiques non sexuelles »⁷⁵ (y compris, l'incohérence du plaignant); cette « faille » « a préparé le terrain pour une lecture extrêmement étroite de [l'article 276] » par les tribunaux inférieurs et leur évitement des facteurs obligatoires qu'ils doivent considérer avant d'autoriser de telles preuves.⁷⁶

De plus, les avocats de la défense continuent de contre-interroger sur les antécédents sexuels passés sans présenter de requêtes en vertu de l'article 276 et sans aucune intervention des juges.⁷⁷ L'exemple le plus poignant, peut-être, est *R c. Barton*, un arrêt largement critiqué pour son traitement déshumanisant de la victime décédée, une femme autochtone décédée à la suite d'une grave blessure vaginale infligée par l'accusé lors de ce qu'il a soutenu comme une activité sexuelle consentie. L'accusé a longuement parlé de l'activité sexuelle de la victime la nuit précédant sa mort sans qu'il ne fasse de demande en vertu de l'article 276 ni que le juge ne respecte les exigences de la disposition, « au détriment de la dignité et de la vie privée de Mme Gladue (qui ont perduré malgré sa mort) ».⁷⁸ Cela aurait inclus, si l'une des preuves était recevable, « une instruction restrictive soigneuse... d'instruire le jury sur les usages permis et interdits de cette preuve. Parce que cela ne s'est pas produit, le jury s'est retrouvé à la dérive dans une mer d'inférences dangereuses et inadmissibles.⁷⁹ » L'absence de respect de ces procédures a eu un « effet domino », incluant des instructions inadéquates au jury concernant la défense d'une croyance honnête, mais erronée dans le consentement.⁸⁰

Lorsque les avocats de la défense *demandent* de présenter de telles preuves, des études ultérieures ont révélé un manque de compréhension chez les juges quant à la pertinence de l'historique sexuel passé et des interprétations erronées de l'article 276 dans les procès pour Agression sexuelle. Cette incohérence et ce manque de compréhension de la loi soulignent à quel point le cadre pourrait facilement revenir à d'anciennes hypothèses discriminatoires.⁸¹ La reconnaissance formelle de la vie privée et de l'égalité comme principes dans l'analyse de l'article 7 n'a pas remplacé l'orientation plus profonde de la doctrine : les droits à un procès équitable étaient traités comme historiquement vénérés et structurellement primordiaux, tandis que les

⁷⁵ Darrach, *ibid* au paragraphe 35.

⁷⁶ Lise Gotell, « When Privacy is Not Enough: Sexual Assault Complainants, Sexual History Evidence and the Disclosure of Personal Records » (2006) 43 Alta L Rev 743 aux pages 762 et 764.

⁷⁷ Elaine Craig, « Putting trials on trial: sexual assault and the failure of the legal profession » (Montréal et Kingston : McGill Queen's Press, 2018) aux pages 168-174.

⁷⁸ 2019 CSC 33 au paragraphe 83.

⁷⁹ *Ibid* au paragraphe 84.

⁸⁰ *Ibid* au paragraphe 85.

⁸¹ Elaine Craig, « Section 276 Misconstrued: the Failure to Properly Interpret and Apply Canada's Rape Shield Provisions », (2016) 94(1) Examen du Barreau canadien 46.

droits des femmes étaient intégrés comme considérations contextuelles à prendre en compte autant que possible.

En fait, les anciens « mythes des jumeaux » ont pris de nouvelles formes. Par exemple, parmi les demandes d'applications 276 de post-*Seaboyer*, la défense cherchait régulièrement à introduire des antécédents sexuels passés entre le plaignant et l'accusé dans le cadre d'un récit de « sexe brutal » de la défense ou d'autres pratiques sexuelles dans le cadre du « contexte » ou du « récit » nécessaire pour comprendre la théorie de la défense.⁸² Dans l'arrêt *R c. Goldfinch* (l'arrêt dit « amis avec avantages »),⁸³ la Cour suprême a tenté d'imposer des limites à l'utilisation de telles preuves par l'accusé – des preuves de nature sexuelle (par opposition à des preuves plus générales d'une relation, par exemple) ne peuvent être introduites que si elles sont « fondamentales » pour une réponse et une défense complètes.⁸⁴ Néanmoins, l'égalité et les droits à la vie privée des plaignants dans *Goldfinch* ne sont mentionnés qu'en passant plutôt que dans l'analyse,⁸⁵ qui aurait pu servir de prisme pour évaluer ce que « fondamental » implique. En l'état, la décision « a laissé la porte ouverte à un raisonnement problématique » et a ainsi permis à la défense de remettre en question des stéréotypes discriminatoires dans les arrêts post-*Goldfinch*.⁸⁶

Les dossiers de dossiers tiers suivent la même trajectoire. Elle commence avec *R c. O'Connor*,⁸⁷ un arrêt criminel concernant la divulgation d'un tiers en vertu de la Common Law, impliquant un prêtre accusé d'agression sexuelle cherchant à obtenir les dossiers des survivant.e.s des pensionnats autochtones qui étaient les plaignants. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, pour la majorité, ont décrit la réponse complète et la défense comme « l'un des piliers de la justice pénale »,⁸⁸ juxtaposée au droit à la vie privée de « tous les individus ».⁸⁹ La Divulgence reposait sur la « pertinence probable », la vie privée des plaignants étant protégés « autant que raisonnablement possible ».⁹⁰ Ils ont ordonné aux tribunaux de ne pas considérer les intérêts sociaux plus larges dans l'encouragement de la déclaration des infractions sexuelles comme primordiaux, et la discrimination systémique — en particulier l'impact disproportionné de la divulgation sur les

⁸² Janine Benedet & Isabel Grant, « Section 276 Applications in Intimate Partner Sexual Assault Cases: The Impact of *R v Goldfinch* » (2025) 58:1 UBC L Rev 43 à 48; Elizabeth Sheehy, Isabel Grant & Lise Gotell, « Resurrecting 'She Asked for It': The Rough Sex Defence in Canadian Courts » (2023) 60:3 Alta L Rév. 651

⁸³ 2019 CSC 38.

⁸⁴ *Ibid* au paragraphe 69.

⁸⁵ *Ibid* aux paragraphes 1 et 43 (dans le préambule du projet de loi contenant l'article 276 révisé).

⁸⁶ Benedet & Grant, *Supra* Note 82 à 75 ans.

⁸⁷ *R c. O'Connor*, [1995] 4 SCR 411.

⁸⁸ *Ibid* au paragraphe 15.

⁸⁹ *Ibid* au paragraphe 18. Christine Boyle et Elizabeth Sheehy ont noté cette distinction dans la description des droits des plaignantes et des accusées dans « Justice L'Heureux-Dubé and Canadian Sexual Assault Law : Resisting the Privatization of Rape » dans Elizabeth Sheehy, éd., *Adding Feminism to Law : The Contributions of Justice Claire L'Heureux-Dubé* (Toronto : Irwin Law, 2004) 247, où elles soutiennent que le contraste « peut être vu comme fondé dans l'inconsidération de l'égalité pour les plaignantes » (p. 270).

⁹⁰ *O'Connor*, *ibid*.

femmes autochtones historiquement sur documentées⁹¹ et présentées comme « immorales et intrinsèquement sexualisées »⁹² — a été effectivement retirée de l'analyse. La décision a précipité une période d'« accès ouvert aux dossiers des plaignants ».⁹³

Le Parlement a répondu par un régime plus structuré que les règles de Common Law dans *O'Connor*, incluant des droits de participation pour les plaignants, des droits qui ont été confirmés dans *R c. Mills*.⁹⁴ *Mills* représente aussi un progrès puisque la Cour a examiné les droits à la vie privée et à l'égalité des filles et des femmes dans le cadre de la justice fondamentale, directement et explicitement, comme étant égaux en importance aux droits des hommes à un procès équitable. Cependant, malgré sa reconnaissance à *Darrach* seulement un an plus tard que les principes fondamentaux de justice devaient être interprétés les uns par rapport aux autres, la Cour a plutôt analysé séparément le procès équitable, la vie privée et l'égalité et a déclaré que les droits des femmes et des hommes devaient être « équilibrés ». Bien que le régime ait été maintenu, un « paradigme d'équilibre » signifie généralement considérer les droits des femmes comme inférieurs et une menace pour les droits des hommes (comme on le voit dans *Seaboyer*). Par conséquent, « équilibrer » signifiait interpréter le nouveau régime comme exigeant que le droit du plaignant à une « vie privée raisonnable » cède lorsque nécessaire pour préserver la pleine réponse et défense – le remodelant en grande partie par rapport à son jugement antérieur dans *O'Connor*. Comme l'a constaté Lise Gotell dans son étude, les « ambiguïtés de *Mills* » signifiaient que dans les arrêts ultérieures de production par des tiers, « les droits à l'égalité et les préoccupations sociales continuent d'être ignorées », et il y avait souvent une « priorité judiciaire explicite du droit à une pleine réponse et défense »⁹⁵ au détriment des droits individuels à la vie privée des femmes.

D'un point de vue doctrinal, les ambiguïtés de *Darrach* et *Mills* concernant la place de l'égalité des femmes comme principe de justice fondamentale ont permis à une cour composée différemment d'ignorer la première et de distinguer la seconde en excluant l'égalité des femmes comme principe

⁹¹ Karen Busby, « Discriminatory Uses of Personal Records in Sexual Violence Cases », in T. Brett Dawson, *Women, Law and Social Change: Core Readings and Current Issues*, 3^e éd., (North York : Captus Press, 1998) 471 à 472, et Jennifer Koshan, « Aboriginal Women, Justice and the Charter: Bridging the Divide ? » (1998) UBC L Rev 23 au paragraphe 29.

⁹² Gotell, « When Privacy is Not Enough », *Supra* Note 76 à 749; Enquête nationale sur les Femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, *Réclamer notre Pouvoir et Notre Place*, le Rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées. vol. 1a (Ottawa : Enquête nationale, 2019) aux pages 254-257, 386-88 et 663.

⁹³ Lise Gotell, « Tracking Decisions on Access to Sexual Assault Complaints' Confidential Records: The Continued Permeability of Subsections 278.1-278.9 of the *Criminal Code* » (2008) 20 CJWL 111 [“Décisions de suivi”] à 116. Voir aussi Karen Busby, « Third Party Records Cases Since *O'Connor* » (2000) 27 Man LJ 355 (concernant les effets négatifs et le ciblage potentiel de groupes particulièrement vulnérables de filles et de femmes).

⁹⁴ [1999] 3 SCR 668.

⁹⁵ Lise Gotell, « Tracking Decisions », *Supra* Note 93 au point 115.

de justice fondamentale. *R c. Brown*,⁹⁶ a annulé l'article 33.1 du *Code criminel*, empêchant un accusé de se fier à une ivresse extrême auto-induite, comparable à l'automatisme, comme défense contre des crimes violents. Adopté en réponse à *Daviault*,⁹⁷ il visait explicitement à prévenir l'impunité pour la violence sous l'influence de l'ivresse — une violence majoritairement genrée tant dans la perpétration que dans la victimisation. La Cour a qualifié l'égalité, la dignité et les intérêts de sécurité des femmes de simples « intérêts sociétaux » et donc de « mieux considérés »⁹⁸ selon l'exercice de justification de l'article 1 plutôt que la justice fondamentale de l'article 7. Ils n'ont donc pas été utilisés pour façonner le contenu du principe selon lequel les « moralement innocents » ne doivent pas être condamnés.

En réduisant une garantie d'égalité enfoncée constitutionnellement en une préoccupation politique généralisée, la Cour dans *Brown* a relégué les droits des femmes à l'article 1 — où ils n'étaient reconnus qu'au niveau de l'objectif législatif et non pris en compte de manière significative dans l'analyse de justification. Bien que la Cour dans l'arrêt *R c. J.J.*⁹⁹ revenant à l'examen de l'égalité des femmes dans la justice fondamentale, il n'a pas rejeté le geste analytique de *Brown*. Les amendements au *Code criminel* en cause dans *J.J.* exigeaient un contrôle judiciaire avant qu'un accusé puisse présenter les dossiers privés d'un plaignant en sa possession, intégraient ces procédures au cadre de l'antécédent sexuel de l'article 276, et accordaient aux plaignants la qualité pour participer aux audiences d'admissibilité. Notamment, les droits de participation en vertu du régime de production et d'utilisation des documents vont au-delà de ceux expressément prévus dans la CCDV, mais de manière cohérente avec son but protecteur. La Cour suprême a confirmé ces amendements en tenant compte de l'égalité des femmes dans la justice fondamentale. Cependant, elle l'a fait en distinguant *Brown*, affirmant qu'à cet égard, l'exclusion de l'égalité était justifiée sur la base que l'analyse fondamentale de la justice est « très spécifique au contexte ».¹⁰⁰ La Cour a ainsi laissé en suspens lorsque l'égalité des femmes est un principe constitutionnel régissant et lorsqu'elle est rejetée comme un intérêt sociétal périphérique.

Ces arrêts révèlent les lacunes de s'appuyer exclusivement sur *les articles 7 et 15 de la Charte* comme lieu de protection de la vie privée et de l'égalité des femmes dans le système de justice pénale. Même dans la décision relativement progressiste de *Mills*, le langage de « l'équilibre » obscurcissait les hiérarchies durables des droits, où les droits des femmes ne sont reconnus et respectés que s'ils ne remettent pas en cause les conceptions traditionnelles (masculines) du droit à un procès équitable. Néanmoins, *Darrach* affirme que les droits des plaignants à la vie privée, à

⁹⁶ *R c. Brown*, 2022 CSC 18.

⁹⁷ *R c. Daviault*, [1994] 3 SCR 63. *Daviault* a modifié la Common Law pour permettre la défense de l'ivresse volontaire semblable à l'automatisme dans les crimes d'intention générale (pour démontrer un manque de volontarité – et donc pas d'*actus reus* – et pas de *mens rea*).

⁹⁸ *R c. Brown*, précité Note 96 au paragraphe 70.

⁹⁹ 2022 CSC 28.

¹⁰⁰ *Ibid* au paragraphe 121.

la sécurité de la personne et à l'égalité sont des intérêts constitutionnellement connus – ou du moins, un contexte important qui influence l'interprétation de la justice fondamentale lorsque les protections des victimes sont contestées. Cette reconnaissance crée un point important de correspondance avec la CCDV afin de garantir que la vie privée et la sécurité des victimes soient prises en compte par les autorités du système de justice pénale. Le défi, comme le démontrent ces arrêts de l'article 7, est d'assurer la cohérence dans la reconnaissance de l'égalité des femmes comme principe de justice fondamentale équivalent aux droits des hommes à un procès équitable.

(c) Information

Tout comme pour la CCDV, il existe peu de cas sur lesquels les victimes peuvent s'appuyer pour soutenir un droit constitutionnel à l'information. Dans un rapport de 2021 d'Alan Young et Kanchan Dhanjal, ils avancent que les droits des victimes en vertu de l'article 7 de la Charte pourraient être compromis par le fait que les autorités ne les tiennent pas informées de l'avancement de l'arrêt :

Compte tenu de notre compréhension du phénomène de victimisation secondaire, l'omission d'informer une victime de la date du procès ou l'omission de l'informer ou de la consulter au sujet du règlement de l'affaire constituent sans doute une atteinte aux droits à la sécurité de la victime.¹⁰¹

Un rapport de 2018 de FAEJ côte ouest interviewant des victimes d'agression sexuelle confirme leur argument juridique. Le prix à payer, non seulement en termes de « victimisation secondaire », mais aussi en temps et en énergie pour devoir trouver l'information par eux-mêmes, signifiait que « le manque d'information peut aggraver le stress lié au signalement, à la réflexion sur le signalement ou à la navigation dans le système.¹⁰² » Les chercheurs ayant interviewé des femmes autochtones victimes d'agression sexuelle ont rapporté qu'une majorité décrivait un manque d'information sur le processus juridique et la disponibilité de services de soutien aux victimes, y compris des services culturellement spécifiques. Ils ont conclu que l'absence d'information peut « précipiter un sentiment d'impuissance... ce qui peut avoir de graves répercussions sur la résolution et le rétablissement des victimes. »¹⁰³

Néanmoins, il est difficile de trouver de la jurisprudence soutenant la reconnaissance des manquements proactifs des États à fournir de l'information comme *ayant une importance* pour la Charte. Un arrêt appelé *Vanscoy c. Ontario* a interprété négativement une disposition de la

¹⁰¹ Alan N Young et Kanchan Dhanjal, *Les droits des victimes au Canada au 21^e siècle* (Ottawa : ministère de la Justice Canada, 2021) aux pages 19-20

¹⁰² Alana Prochuk, *We Are Here: Women's Experiences of the Barriers to Reporting Sexual Assault*, (Vancouver : West Coast LEAF, 2018) à 40 ans, en ligne : <https://westcoastleaf.org/wp-content/uploads/2023/05/West-Coast-Leaf-dismantling-web-final-1.pdf>.

¹⁰³ Arielle Dylan, Cheryl Regehr et Ramona Alaggia, « And Justice for All? Aboriginal Victims of Sexual Violence » (2008) 14:6 Violence contre les femmes 678 à 687.

législation ontarienne des victimes qui stipulait que « les victimes devraient avoir accès à l'information », la cour ayant conclu qu'il ne s'agissait que d'une déclaration aspirante et que le droit d'une victime à être informée ne s'élevait pas au niveau d'un droit de l'article 7.¹⁰⁴ Cependant, il existe des différences clés entre la législation ontarienne et la CCDV, notamment que la première n'utilise pas le langage des droits. De plus, Vanscoy fournit peu d'analyse de la *Charte*. Ainsi, il ne constitue pas la déclaration définitive sur les droits des victimes à l'information, qu'elle soit quasi constitutionnelle ou constitutionnelle.

Dans l'un des rares arrêts un peu pertinent et tranché par la Cour suprême du Canada, un avocat criminel de renom, Clayton Ruby, a cherché à accéder à ses dossiers personnels conservés par le Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). L'accès a été refusé, en partie, en invoquant des exemptions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* concernant la « sécurité nationale » et les « confidences étrangères ». La contestation constitutionnelle concernait l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, qui exigeait des procédures secrètes lorsque les demandeurs contestaient la confiance du gouvernement dans cette *Loi sur la protection des renseignements personnels* exemptions. La Cour suprême a résumé les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario, selon lesquelles le droit d'accéder à l'information gouvernementale sur soi-même était corollaire du droit à la vie privée, « ne serait-ce que pour vérifier l'exactitude de l'information ».¹⁰⁵ Cependant, la Cour suprême a jugé inutile de déterminer que l'article 7 englobait un droit d'accès en plus du droit à la vie privée, car elle a estimé que toute privation d'un droit de l'article 7 était conforme à la justice fondamentale. L'arrêt suggère qu'il existe un droit à l'information garanti par l'article 7 de la *Charte*, mais ne porte pas de conclusion définitive à cet égard (il n'est pas non plus clair qu'une telle suggestion dépasse les informations sur soi-même).

Le manque de soutien jurisprudentiel aux obligations de l'État envers les victimes d'actes criminels en vertu de la *Charte* contraste évidemment fortement avec le droit constitutionnel reconnu à l'information détenu par les accusés, remontant à l'aube de la *Charte*. Chaque étudiant en droit connaît *Stinchcombe*, ce qui¹⁰⁶ exige la divulgation complète de tous les documents pertinents et non privilégiés en possession ou sous le contrôle de la Couronne aux personnes accusées de crimes (qu'ils soient inculpataires ou disculpatoires), ainsi que le droit à un avocat financé par l'aide juridique pour défendre des accusations, tous deux en vertu de l'article 7 de la *Charte*.¹⁰⁷ Non seulement les avocats montent une défense contre les accusations, mais ils ont aussi des obligations éthiques de tenir leurs clients informés du processus et des résultats probables. Avant la CCDV, la Couronne n'avait pas d'obligations légales correspondantes envers les victimes, car

¹⁰⁴ *Vanscoy c. Ontario* 1999 Carswell Ont 1427 (ONCJ – Division générale) aux paragraphes 22, 34 et 41.

¹⁰⁵ *Ruby c. Canada (solliciteur général)*, 2002 CSC 75, cité au paragraphe 32.

¹⁰⁶ *R c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

¹⁰⁷ *R c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.),

les avocats de la Couronne ne les représentaient pas (bien que de nombreux avocats de la Couronne considéraient cela comme un impératif moral).¹⁰⁸

Ces facettes doctrinales reflètent des hypothèses profondes sur la hiérarchie des droits au sein de la doctrine de la *Charte* qui reflètent et reproduisent la hiérarchie sociale. Si les valeurs de la CCDV doivent avoir une expression significative dans la *Charte*, ces hypothèses doivent être réexaminées. Le rôle interprétatif de l'article 28 en sert de fondement.

¹⁰⁸ En 2006, un sondage mené par Couronne Counsel a révélé que 46 % croyaient avoir la responsabilité d'informer les victimes de l'état de leur dossier et 40 % d'expliquer le système de justice pénale (Prairie Research Associates Inc., *Étude dans de nombreux sites sur les victimes de la criminalité et les spécialistes de la justice pénale partout au Canada* (Ottawa : ministère de la Justice Canada, 2006), en ligne : https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr05_vic1/index.html. J'ai bénéficié de la revue de la littérature secondaire concernant l'impact du manque d'information sur les victimes d'agression sexuelle menée par Airianna Murdoch-Fyke dans son mémoire de maîtrise en droit (LLM), « A Thousand Cuts: A Critical Analysis of the Retributive Response to Sexual and Intimate Partner Violence in Rural Ontario and a New Path Forward » [non publié, Université d'Ottawa, 2026 » et je me suis appuyée sur plusieurs des autorités qu'elle a recueillies dans cette partie.

Partie III - Prisme de l'égalité des genres de l'article 28 en tant qu'introduisant la CCDV à la *Charte*

L'analyse ci-dessus révèle un fossé structurel entre la reconnaissance des droits des victimes et leur application efficace. Bien que la CCDV reconnaisse un certain nombre de droits qui présupposent l'obligation d'une action étatique positive, il ne dispose pas de mécanismes pour l'obliger. En même temps, la jurisprudence de la *Charte* en vertu des articles 7 et 15 a été incohérente et souvent résistante à la reconnaissance des obligations positives, surtout lorsque les gouvernements peuvent qualifier la revendication de garantie autonome d'un avantage.¹⁰⁹ Cet article soutient que l'article 28 de la *Charte*, bien compris, constitue un impératif interprétatif pour identifier et corriger la doctrine constitutionnelle genrée. Même lorsqu'un devoir de protection est qualifié de revendication positive en vertu des articles 7 ou 15, exclure ces revendications de la portée de ces droits affectera de manière disproportionnée les femmes. L'article 28 exclut une telle interprétation.

Les chercheurs ont avancé des récits contradictoires sur la fonction de l'article 28, particulièrement ces dernières années avec son usage politique perçu accru.¹¹⁰ Certains soulignent son rôle comme limitation de la clause dérogatoire, tandis que d'autres la limitent à une disposition interprétative, parfois limitée à restreindre d'autres clauses interprétatives comme l'article 27.¹¹¹ Cette dernière vision risque de minimiser la force constitutionnelle de l'égalité des sexes, d'autant plus que l'article 15 agit déjà comme une garantie interprétative dans toute la *Charte*.¹¹² Cependant, même en reconnaissant ce chevauchement, l'article 28 peut jouer un rôle distinct : identifier et corriger une doctrine constitutionnelle qui est genrée dans ses effets, même lorsqu'elle n'est pas formellement reconnue comme discriminatoire fondée sur le sexe. Cette distinction est cruciale, car elle saisit des formes d'inégalités qui ne découlent pas d'un traitement désavantageux et différencié envers les femmes en elles-mêmes, mais de cadres doctrinaux qui refusent aux femmes l'accès égal aux droits et reproduisent des hiérarchies rigides de genre dans

¹⁰⁹ *R c. Sharma* [2022] 3 SCR 147 au paragraphe 63.

¹¹⁰ Par exemple, Kerri Anne Froc et Paul Akio Mochizuki McGregor, « Where Shielding Clauses Yield : Women's Equal Rights Following the Supreme Court's Dickson Decision » (5 septembre 2025), en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5471466; Emmett Macfarlane, « Not Merely Interpretative: The Supreme Court's Application of Section 25 in the Charter of Rights and Freedoms and its Implications for Section 28 » (2024) 33(2) Constitutional Forum 17.

¹¹¹ Concernant le premier, voir, par exemple, Gérard Kennedy, « They're All Interpretive: Towards a Consistent Approach to ss 25-31 of the Charter » (2023) 56:3 UBC Law Review 743; le second, voir, par exemple, Guillaume Rousseau, « Rights Guaranteed Equally to Both Sexes, the Notwithstanding Clause, and the Act Respecting the Laicity of the State: Overview and Contribution to the Debate from a Quebec Perspective » dans Lucia Ferretti & François Rocher, dirs, *The Challenges of a Secular Quebec: Bill 21 in Perspective* (Vancouver : UBC Press, 2023) 185.

¹¹² Kerri A Froc, « Are You Serious? The Notwithstanding Clause, Section 28, and the Gendered Constitution » (2022) 54:2 *Supreme Court Law Review* (2d) 1.

le droit constitutionnel. La question de savoir comment l'article 28 pourrait s'appliquer à ce titre est clairement soulevée dans le contexte des droits des victimes, où les limites de la doctrine existante de la *Charte* pour traiter les manquements à la protection de l'État sont évidentes.

Cette différence nécessite une explication plus approfondie. Bien que la jurisprudence sur l'égalité se soit principalement concentrée sur l'identification de la discrimination, elle ne reflète pas pleinement comment la doctrine juridique elle-même peut être structurée autour d'hypothèses genrées. Une façon utile de comprendre cette limitation émerge des critiques féministes du droit comme étant à la fois discriminatoire et genrée – des concepts qui sont liés, mais analytiquement distincts. Carol Smart établit cette distinction entre « loi masculine » et « loi comme genrée ». La première capture des situations où des critères juridiques apparemment neutres reflètent des normes masculines, en supposant un sujet masculin. Ce paradigme définit en grande partie l'analyse de la discrimination fondée sur le sexe en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Par exemple, dans *Fraser c. Canada*, la Cour suprême du Canada a reconnu la discrimination par effets négatifs dans le régime de pension de la GRC, qui refusait aux employés temporaires de racheter des crédits de pension. La majorité a souligné que les femmes sont disproportionnellement représentées dans le travail à temps partiel en raison de leurs responsabilités de soins, et que les structures de pension conçues autour d'un emploi à temps plein et ininterrompu — des modes de travail historiquement masculins — perpétuent un désavantage systémique.¹¹³

En revanche, concevoir le droit comme genré se concentre sur la façon dont la doctrine juridique construit et impose des normes hiérarchiques de genre.¹¹⁴ À cet égard, le droit ne reflète pas seulement la différence, mais produit activement et stabilise les distinctions entre la masculinité et la féminité, privilégiant les traits associés à la masculinité hégémonique (c'est-à-dire blanche, hétérosexuelle) tout en dévalorisant ceux associés à la féminité.¹¹⁵ Bien que les hommes qui se conforment à cet idéal soient les plus susceptibles d'en bénéficier, la doctrine genrée peut aussi désavantager ceux qui ne le font pas — comme les hommes racialisés, les hommes LGBTQ ou les hommes engagés dans des rôles de soins. Plus fondamentalement, cependant, la doctrine genrée attribue non seulement les droits de manière inégale, mais façonne aussi les attentes sociales et discipline la conformité aux rôles de genre stratifiés.

Dans la mesure où la féminité est reconnue dans la doctrine juridique, elle est souvent seulement en lien avec les normes masculines — par exemple, par des protections historiquement limitées accordées aux femmes dans des rôles stéréotypés de soignants, comme la présomption des «

¹¹³ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 [*Fraser*] aux paragraphes 98, 106 et 108.

¹¹⁴ Carol Smart, « The woman of legal discourse » (1992) 1:1 *Social & Legal Studies* 29 à 34.

¹¹⁵ Sherene Razack, *Dark Threats and White Knights: The Somalia Affair Peacekeeping and the New Imperialism* (Toronto : University of Toronto Press, 2004) aux pages 57-63.

années tendres » en droit de la famille.¹¹⁶ Ces formes de reconnaissance ne perturbent pas la hiérarchie des genres, mais la renforcent. Les femmes et les hommes ne peuvent pas jouir de droits égaux lorsque la féminité elle-même est dévalorisée, et l'accès même à un semblant d'égalité dépend de la conformité avec les normes de genre dominantes. Cette dynamique est particulièrement aiguë pour les femmes racialisées et autochtones, dont les identités sortent souvent des limites de la féminité hégémonique, et dont la prestation de soins, la sexualité, et même leur féminité elle-même sont dévalorisées, déformées et niées.¹¹⁷

La garantie de l'article 28 que les droits sont également détenus par les « hommes et les femmes », malgré tout autre élément de la *Charte*, exige un examen des doctrines qui entravent la jouissance égale des droits des femmes. Les tribunaux sont donc tenus d'identifier et de corriger les cadres doctrinaux qui ont un impact disproportionné sur les femmes, ou qui sont structurés autour d'hypothèses genrées.¹¹⁸ Cela nécessite ce que l'on pourrait qualifier d'« audit de genre » constitutionnel, à savoir une enquête sûre :

... si, tels qu'interprétés ou appliqués, les droits et libertés prétendument universels incarnent néanmoins des normes genrées qui contribuent à la structuration de la hiérarchie des genres (par exemple, en ignorant les femmes comme détentrices de droits civils, en adoptant une norme masculine, en perpétuant le statut dévalorisé des femmes), ou en des relations de privilège conformes à la différence de genre stratifiée.¹¹⁹ [Traduction]

L'article 28 exige donc non seulement que les intérêts des femmes soient inclus dans l'interprétation des droits, mais aussi que les hypothèses genrées intégrées dans la doctrine constitutionnelle soient identifiées et révisées en faveur de normes plus inclusives.¹²⁰

La distinction jurisprudentielle entre droits positifs et négatifs offre un lieu clé où la doctrine constitutionnelle genrée peut s'appliquer. La jurisprudence de la *Charte* a souvent considéré les

¹¹⁶ Voir S.B. Boyd, « From Gender Specificity to Gender Neutrality? Ideologies in Canadian Child Custody Law » dans C. Smart & S. Sevenhuijsen, dir., *Child Custody and the Politics of Gender* (Londres : Routledge, 1989) 126.

¹¹⁷ Brittany Slatton, « Framing Black women: The utility of knowledge » (2018) 12:5 Sociology Compass 1 at 3-4; Winona Stevenson, « Colonialism and first nations women in Canada » dans Enakshi Dua & Angela Robertson, dirs, *Scratching the surface: Canadian anti-racist feminist thought* (Toronto : Women's Press, 1999) 49.

¹¹⁸ Pour un appui détaillé du texte et de l'histoire soutenant la fonction interprétative de l'article 28 comme identification et correction de la doctrine constitutionnelle genrée, voir le chapitre 5 de ma thèse intitulée Kerri A. Froc, *The Untapped Power of Section 28 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Queen's, 2015) (« Untapped Power »).

¹¹⁹ « Untapped Power », *jid* à 377. Le concept d'audit constitutionnel des genres provient de Helen Irving (*Gender and the Constitution : Equity and Agency in Comparative Constitutional Design* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

¹²⁰ « Untapped Power », *jid* à 409.

revendications « positives » impliquant l'inaction des États comme marginales, la plupart échappant à la protection constitutionnelle. La distinction est en fait très malléable,¹²¹ et là où la ligne entre « positif » et « négatif » n'est pas neutre. Dans des contextes où les échecs de l'État en matière d'application de la loi permettent aux hommes de commettre des VFS en toute impunité, cela risque d'enraciner des hypothèses genrées sur les intérêts qui méritent une reconnaissance constitutionnelle et contribue à la construction du genre lui-même comme rigide, binaire et hiérarchique. L'article 28 exige donc d'examiner les approches interprétatives qui reposent sur cette distinction.

L'action collective proposée dans *Bigeagle c. Canada* a été intentée par Diane Bigeagle, dont la fille, Danita, a disparu en 2007 et n'a pas été retrouvée. Cette allégation découle d'échecs systémiques présumés de la police à enquêter adéquatement sur la violence fondée sur le sexe et les filles autochtones. La décision fournit peu de détails sur Diane et Danita elles-mêmes, reflétant un schéma plus large où l'humanité des victimes se perd au sein du langage juridique technique. Ce qui en ressort, cependant, est une affirmation centrée non pas sur la question de savoir si l'État aurait dû s'engager dans un nouveau domaine politique ou fournir de nouveaux programmes ou ressources — une affirmation « positive » par excellence — mais sur l'échec répété de l'État à fournir une protection adéquate face à des schémas de violence documentés et largement reconnus, aux signalements répétés à la police, et une population très vulnérable.

Devant la Cour fédérale, le recours collectif proposé par Diane Bigeagle a échoué à l'étape de la certification, en partie à cause de lacunes dans les actes de procédure. La juge McVeigh s'est également appuyée sur les contraintes doctrinales relatives aux dommages-intérêts fondés sur la *Charte*, la nature personnelle des réclamations fondées sur la *Charte* et les limites de la qualité pour agir comme représentant. En particulier, elle a statué que les membres de la famille ne pouvaient pas faire avancer des réclamations en vertu de l'article 15 fondées sur la discrimination subie par autrui ni invoquer des réclamations en vertu de l'article 7 au nom de personnes disparues ou assassinées.¹²² Ce raisonnement est cependant difficile à concilier avec le contexte plus large documenté dans l'Enquête nationale sur les Femmes et les filles autochtones et les filles autochtones disparues et assassinées.¹²³ Comme le montre clairement le Rapport de l'enquête, la

¹²¹ Voir *Toronto (Ville) c. Ontario* (Procureur général), 2021 CSC 34 au paragraphe 153 selon la juge Abella dissidente (« The distinction 'is notoriously difficult to make *Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34 au paragraphe 153 selon la juge J. Abella dissidente (« The distinction 'is notoriously difficult to make Appropriate verbal manipulations can easily move most cases across the line' », citant S. F. Kreimer, « Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State » (1984), 132 U. Pa. L. Rev. 1293, p. 1325).

¹²² *Bigeagle c. Canada* (Procureur général), 2021 EF 1298, confirmé 2023 FCA 220.

¹²³ *Enquête nationale sur les Femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Réclamer notre pouvoir et notre place*, le Rapport final de l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, (Ottawa : Bureau du Conseil privé, 2019).

discrimination alléguée ne se limite pas aux victimes directes, mais s'étend à leurs familles et communautés, dont les préoccupations sont souvent minimisées ou ignorées.¹²⁴

Bien que la décision de certification ne tranche pas le fond des revendications constitutionnelles, elle illustre néanmoins comment la doctrine existante façonne les types de revendications pouvant être avancées et reconnues. La juge McVeigh a également identifié le caractère positif de la réclamation comme un obstacle supplémentaire à la certification :

L'absence de politiques visant à protéger les droits garantis aux membres du groupe par l'article 7 de la *Charte* ne constitue pas un manquement à une obligation constitutionnelle qui incombe au gouvernement du Canada. ... De plus, le SCC nous dit que pour l'heure, l'article 7 de la *Charte* n'impose à l'État aucune obligation positive (Gosselin c. Québec (Procureur général) 2002 CSC 84, aux para 81-82)... Il est possible qu'à l'avenir une demande visant à faire reconnaître une obligation positive soit accueillie, mais pour le moment rien dans la jurisprudence ne permet de conclure à l'existence d'une telle obligation en l'espèce. Rien dans la présente affaire ne permet d'établir que l'article 7 impose des obligations positives, et aucun fait substantiel n'a été allégué pour démontrer l'existence d'une telle obligation.¹²⁵

Bien que la plainte ait reposé sur des allégations d'échec systémique à répondre à la violence, le juge l'a néanmoins qualifiée de cherchant à créer de nouvelles obligations étatiques et a donc été traitée comme dépassant la portée actuelle de l'article 7. Notamment, la plainte de discrimination fondée sur l'article 15 reposait sur « l'identité autochtone » plutôt que sur le sexe ou le genre, et l'article 28 n'a pas été invoqué. En conséquence, les dimensions genrées des manquements allégués — et leurs implications pour l'interprétation des droits garantis par la *Charte* — n'étaient pas clairement devant la Cour.

Les conclusions de l'Enquête nationale sur les Femmes et les filles disparues et assassinées fournissent un contexte important pour comprendre la nature genrée des préjudices allégués. L'enquête a conclu que les femmes et filles autochtones sont « sous-protégées » par les services policiers, qui documentent la violence généralisée et persistante, ainsi que les défaillances

¹²⁴ *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 RCS 358 au paragraphe 26 (demandeur pouvant faire valoir une réclamation pour discrimination sexuelle parce qu'il a été affecté par l'incapacité légale de sa mère à lui transmettre la citoyenneté). La réclamation fondée sur l'article 7 poserait plus de difficultés, mais dans une procédure de certification, il ne semble pas exclu que certains parents puissent avoir des réclamations concernant la privation de la relation parent-enfant lorsque la réponse de l'État inclut une déclaration sur la condition physique ou le statut parental du parent : *New Brunswick (ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 SCR 46 au paragraphe 64. Par exemple, lorsque la disparition d'une mère n'est pas prise au sérieux en partie parce que sa maternité est dévalorisée, ou lorsque le membre de la famille déclarant est un parent blâmé pour la disparition de sa fille, on peut voir le *dictat G. (J.)* donner lieu à une réclamation.

¹²⁵ *Bigeagle*, *supra* Note 122 aux paragraphes 207-209.

systémiques dans la police, y compris des enquêtes inadéquates, des retards de réponse et la minimisation des préoccupations soulevées par les familles et les communautés. Il identifie aussi des schémas dans lesquels les femmes autochtones sont criminalisées lorsqu'elles tentent de se protéger de la violence.¹²⁶ L'enquête a également indiqué que de nombreuses familles ont signalé que des échecs de la police à intervenir, ou à répondre adéquatement, ont contribué à ce que des cas restent non résolus.¹²⁷

Bien que les termes « droits positifs » ou « obligations positives » soient souvent utilisés pour décrire des réclamations découlant de l'inaction de l'État, le rapport documente de nombreux cas de conduite policière affirmative ayant contribué aux préjudices allégués. Cela inclut des réponses méprisantes ou décourageantes envers les femmes et les membres de la famille cherchant de l'aide, la dépendance à des hypothèses erronées et des stéréotypes, ainsi que l'utilisation de pratiques de « double accusation » dans les cas de violence envers les femmes — touchant de manière disproportionnée les femmes autochtones — au point que les victimes sont devenues réticentes à rapporter les abus.¹²⁸ En effet, le rapport qualifie le manquement de protection des femmes autochtones de violation de l'article 7 de la *Charte*.¹²⁹ En Saskatchewan (où Danita Bigeagle a disparu), les échecs de la police à protéger adéquatement les femmes autochtones ont été documentés de manière similaire dans un rapport de 2017 de Human Rights Watch.¹³⁰

L'arrêt met ainsi en lumière la tension de la *Charte* quant à la mesure dans laquelle elle inclut des obligations positives envers l'État pour faciliter la jouissance des droits. En 1997, la Cour suprême du Canada a reconnu dans *Eldridge*¹³¹ et *Vriend*¹³² que ce ne sont pas seulement des actes, mais aussi des omissions qui peuvent être reconnues comme discriminatoires en vertu de l'article 15, et a déclaré dans *Vriend* que ce ne sont pas seulement des actes positifs, mais aussi des omissions qui peuvent être examinées en vertu de l'article 15.¹³³ La Cour a observé dans *Eldridge* qu'une approche contraire « révélerait une vision mince et appauvrie de l'article 15(1) ». ¹³⁴ Ce commentaire est conforme au texte et à l'historique de l'article 15, qui avait commencé comme un

¹²⁶ *Ibid* aux pages 648-649, 663 et 704.

¹²⁷ *Enquête nationale sur les Femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, RÉCLAMER NOTRE POUVOIR ET NOTRE PLACE, LE RAPPORT FINAL DE L'ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES*, vol 1b (Ottawa : Bureau du Conseil privé, 2019) à la page 260.

¹²⁸ *Enquête nationale sur les Femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, RÉCLAMER NOTRE POUVOIR ET NOTRE PLACE, LE RAPPORT FINAL DE L'ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES*, vol. 1a (Ottawa : Bureau du Conseil privé, 2019) à la page 634.

¹²⁹ *Ibid* à 562.

¹³⁰ « Submission to the Government of Canada on Police Abuse of Indigenous Women in Saskatchewan and Failures to Protect Indigenous Women from Violence » (juin 2017), en ligne : <https://share.google/UsRBrRuXg4EY3Y0f7>.

¹³¹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 SCR 624.

¹³² *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 RCS 493

¹³³ *Ibid* au paragraphe 56.

¹³⁴ *Eldridge*, ci-dessus Note 131 au paragraphe 73.

projet garantissant un droit limité à la non-discrimination et s'est terminé comme un droit enraciné et positif à l'égalité en ce qui concerne les protections et avantages en vertu de la loi, et à l'égalité dans l'administration et dans le fond de la loi.¹³⁵

Cela dit, la jurisprudence plus récente reflète une réticence à étendre l'article 15 pour imposer des obligations positives à l'État. Dans l'arrêt *R c. Sharma*, la majorité de la Cour a souligné que « l'article 15(1) n'impose pas à l'État une obligation générale et positive de remédier aux inégalités sociales ou d'adopter une législation corrective. »¹³⁶ La majorité a refusé de conclure que le retrait des peines conditionnelles pour certaines infractions avait eu un impact négatif sur les délinquants autochtones, malgré le rôle de la peine conditionnelle dans la surincarcération des autochtones. La décision souligne l'inquiétude persistante de la Cour à distinguer entre l'égalité constitutionnellement requise et les choix politiques.

En même temps, la Cour a reconnu que l'article 15 comporte à la fois des dimensions positives et négatives, et que les tribunaux doivent maintenir un équilibre entre les deux, traçant une ligne entre la liberté de l'État de ne pas créer de nouveaux avantages et son obligation de ne pas distribuer ceux existants de manière discriminatoire.¹³⁷ Cet exercice d'équilibre laisse un espace interprétatif ouvert à l'article 28, particulièrement lorsque la caractérisation d'une réclamation comme « positive » a pour effet d'exclure les préjudices genrés de l'examen constitutionnel.

En ce qui concerne l'article 7, la Cour fédérale a adopté une interprétation restrictive de *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, stipulant que « à ce jour, les obligations positives ne sont pas requises par l'article 7 ». ¹³⁸ Cependant, la majorité des raisons dans *Gosselin* laissent la question des obligations positives plus ouverte que ce que cette formulation suggère. Bien que la demande dans cet arrêt ait finalement échoué, la juge en chef McLachlin a souligné qu'il serait « une erreur de considérer l'article 7 comme figé », et a expressément laissé ouverte la possibilité que des obligations positives de protéger la vie, la liberté ou la sécurité de la personne puissent survenir dans des « circonstances particulières ». ¹³⁹ La décision n'exclut donc pas la reconnaissance des obligations positives, mais reflète plutôt la réticence de la Cour à le faire sur le dossier probatoire devant elle.

Plus largement, la Cour a reconnu que les droits de la *Charte* peuvent comporter à la fois des dimensions négatives et positives. Dans l'arrêt *Fraser c. Ontario (Procureur général)*, par exemple, la Cour a observé dans le contexte de l'article 2(d) que les garanties de la *Charte* peuvent exiger non seulement la retenue, mais aussi une action étatique positive dans les circonstances

¹³⁵ Kerri A. Froc, « A Prayer for Original Meaning: A History of Section 15 and What It Should Mean for Equality » (2018) 38:1. NJCL 147.

¹³⁶ [2022] 3 SCR 147 au paragraphe 63.

¹³⁷ *Kanyinda*, ci-dessus Note 8 aux paragraphes 122-123, citations omises.

¹³⁸ *Big Eagle*, supra Note 122 au paragraphe 208.

¹³⁹ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, aux par. 82-83.

appropriées. À cet égard, la juge en chef McLachlin a déclaré que les articles 7 à 12 de la *Charte* « garantissent un mélange de droits négatifs et positifs. »¹⁴⁰ L'autorité d'appel ultérieure a également mis en garde contre le traitement de Gosselin comme rejetant définitivement les obligations positives en vertu de l'article 7. Dans l'arrêt *Tanudjaja c. Canada (Procureur général)*, par exemple, le juge Feldman a critiqué une approche qui empêcherait prématurément de telles réclamations à une étape préliminaire. Elle a statué que la cour inférieure avait commis une erreur en faisant une déclaration similaire sur l'importance de Gosselin que celle de la juge McVeigh.¹⁴¹

Dans ce contexte, la Cour fédérale était autorisée, du moins au stade de la certification dans *Bigeagle*, de permettre à la réclamation fondée sur l'article 7 de se poursuivre au motif que la *Charte* peut, dans des circonstances appropriées, imposer à l'État un devoir de protéger contre de graves menaces à la sécurité personnelle. L'allégation, telle qu'elle est formulée, ne visait pas à créer de nouveaux programmes sociaux, mais alléguait un manquement à fournir un accès significatif aux services policiers existants dans des circonstances de risque accru (ou, selon les termes du rapport FFADA, des femmes et des filles étant « sous-protégées »). La réclamation serait poursuivie en partant du principe que cet échec présumé avait entraîné la disparition et le meurtre de femmes et de filles qui auraient autrement pu être rendus à leur famille.¹⁴² En ce sens, la faute constitutionnelle de l'État peut être caractérisée non seulement comme une inaction, mais comme une forme d'exclusion de la protection de l'État. L'article 28 renforce cette interprétation. Dans la mesure où le gouvernement se défend en s'appuyant sur la distinction entre droits positifs et négatifs, l'argument du demandeur serait que cette distinction constitue une forme de doctrine constitutionnelle genrée contraire à l'article 28.¹⁴³ À cet égard, la revendication d'un manquement à l'obligation de protection peut relever des « circonstances particulières » envisagées dans l'arrêt *Gosselin*.

Dans l'arrêt *R c. Morgentaler*, les motifs concordants de la juge Wilson portaient sur ce qui est requis pour rendre les droits à la liberté et à la sécurité de la personne significative pour les femmes dans le contexte des décisions concernant la possibilité de porter une grossesse à terme.¹⁴⁴ Le fait

¹⁴⁰ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20 au par. 72.

¹⁴¹ *Tanudjaja c. Canada (Procureur général)*, 2014 ONCA 852 aux paragraphes 55-62 (dissident, mais pas sur cette question, que la majorité a jugée inutile d'aborder).

¹⁴² Évidemment, les faits soutenant une telle allégation devraient être prouvés au procès (ce que le refus de certification empêchait). Mon point concerne le droit de la *Charte* et la fragilité de l'analyse du juge de première instance à cet égard.

¹⁴³ Dans *G.(J.)*, Madame la juge L'Heureux-Dubé, d'accord concordant, a reconnu un droit à l'aide juridique civile lors d'une audience d'appréhension d'enfant en vertu de l'article 7, déclarant : « La perspective interprétative de la garantie d'égalité devrait donc influencer l'interprétation d'autres droits constitutionnels... Les principes d'égalité, garantis à la fois par l'article 15 et l'article 28, influencent significativement l'interprétation de la portée de protection offerte par l'article 7 (*Supra* Note 124 au paragraphe 112). Elle a fourni une analyse intersectionnelle du genre – indiquant que les mères, en particulier les mères célibataires, étaient affectées négativement par les procédures d'appréhension d'enfants.

¹⁴⁴ *R c. Morgentaler* [1988] 1 SCR 30.

qu'un droit à l'avortement n'ait pas été reconnu auparavant n'était pas déterminant. Comme elle l'a observé, l'histoire des droits des personnes a été en grande partie « l'histoire des hommes luttant pour affirmer leur dignité et leur humanité commune face à un appareil d'État dominant », avec « les besoins et aspirations des femmes... seulement maintenant traduit en droits protégés. »¹⁴⁵ Cette analyse souligne que le contenu de l'article 7 ne peut être compris indépendamment du contexte social dans lequel il opère, et que le fait de ne pas reconnaître les devoirs de l'État en vertu de l'article 7 peut avoir des effets disproportionnés sur les femmes, en particulier les femmes autochtones.

L'article 7 et les protections connexes ont souvent été interprétés à travers un cadre qui conceptualise l'État comme la source de l'intrusion corporelle, mettant l'accent sur la protection contre l'ingérence de l'État — comme dans les cas impliquant la prise d'empreintes digitales, des échantillons corporels ou l'extradition vers une juridiction de peine capitale.¹⁴⁶ Ce modèle reflète un paradigme où la préoccupation centrale est la liberté vis-à-vis de l'État, et la préservation d'un corps autonome qui reflète une conception distinctement masculine de la violation et de la vulnérabilité.

La relation des femmes avec l'État est structurée différemment, impliquant une plus grande dépendance au soutien de l'État en raison des taux plus élevés de pauvreté et des revenus plus faibles, ainsi qu'un besoin accru de protection de l'État en raison des risques accrus de violence, en particulier la violence sexuelle. Ces dynamiques sont particulièrement marquées chez les femmes autochtones, qui subissent des niveaux disproportionnés de pauvreté, de victimisation, de criminalisation, de traumatismes intergénérationnels et d'autres phénomènes associés à des systèmes interreliés comme le patriarcat, le racisme et la colonisation.¹⁴⁷ Pourtant, les conceptions juridiques des droits ont tendance à dévaloriser les formes de dépendance, de besoin et de vulnérabilité — des traits historiquement associés aux femmes — les traitant comme en dehors des préoccupations fondamentales de la protection constitutionnelle, sauf lorsqu'elles

¹⁴⁵ *Ibid* au paragraphe 242.

¹⁴⁶ *R c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R c. Stillman*, [1997] 1 SCR 607; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 SCR 283

¹⁴⁷ *Par exemple*, ministère de la Justice, « JustFacts : Surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale canadien : Causes et réponses » (novembre 2024), en ligne : <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jr-cjs-oip/p4.html> ; Elizabeth Sheehy, *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts* (Vancouver : UBC Press, 2014); Brenda Comasky, *Black Eyes All of the Time: Intimate Violence, Aboriginal Women, and the Justice System*, (University of Toronto Press : Toronto, 1999); Jennifer Koshan, *Sounds of silence: The public/private dichotomy, violence and Aboriginal women* », dans Susan Boyd, éd., *Challenging the public/private divide: Feminism, law, and public policy* (Toronto : U of T Press, 1997) 87.

sont confinées à la sphère privée.¹⁴⁸ J'ai soutenu que la réticence de la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Gosselin* à reconnaître une violation de l'article 7 dans le contexte de l'aide sociale de subsistance peut être comprise comme reflétant cette conception genrée et stratifiée des droits.¹⁴⁹ Lorsque la dichotomie entre droits positifs et négatifs entraîne un refus systémique de protection aux femmes — en particulier aux femmes autochtones confrontées à des risques bien documentés —, l'article 28 exige qu'une telle approche interprétative soit reconsidérée.

La juge de première instance dans *Bigeagle* a également jugé les plaidoiries déficientes pour ne pas avoir identifié avec précision les principes de justice fondamentale engagés par la violation alléguée de l'article 7, notant que « toute personne a une dignité et une valeur inhérentes » ne prouve pas que l'atteinte n'est pas conforme à un principe de justice fondamentale. »¹⁵⁰ Cependant, bien formulé, un échec à protéger les femmes autochtones par des enquêtes inadéquates ou non réactives sur leurs disparitions pourrait mettre en cause les principes établis de justice fondamentale. De telles défaillances peuvent être qualifiées d'arbitraires, en ce sens qu'elles n'ont aucun lien rationnel avec des objectifs légitimes d'application de la loi (comme le déploiement efficace des ressources), et comme grossièrement disproportionnées compte tenu des conséquences graves pour la vie et la sécurité de la personne.¹⁵¹

Il peut ne pas être nécessaire de s'appuyer sur l'article 7 pour établir un devoir de protection lorsque la police discriminatoire peut être démontrée. Dans ce contexte, la revendication fondée sur l'article 15 n'est pas une revendication de ressources supplémentaires ou de nouvelles politiques (les revendications que les tribunaux considèrent comme des droits « purs » positifs et un hors-jeu à l'article 15),¹⁵² mais à la fourniture égale des services policiers existants afin de valoriser la vie et la sécurité des femmes et filles autochtones. Lorsque les défauts de réponse significative aux signalements de personnes disparues affectent de manière disproportionnée les femmes et filles autochtones — qui sont stéréotypées comme des « fugueuses », des « prostituées indignes de suivi

¹⁴⁸ Jennifer Nedelsky, *Law's relations: A relational theory of self, autonomy, and law* (New York : Oxford University Press, 2011); Anna Grear *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity* (Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2010) aux pages 96-113; Martha Albertson Fineman, « Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics » dans Martha Albertson Fineman & Anna Grear, éditeurs, *Vulnerability : Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (Farnham, Royaume-Uni : Ashgate, 2013) 13.

¹⁴⁹ « Will Watertight Compartments Sink Women's Charter Rights? The Need for a New Theoretical Approach to Women's Multiple Rights Claims under the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Beverley Baines, Daphne Barak-Erez et Tsvi Kahana, dirs., *Feminist Constitutionalism* (Cambridge : Cambridge University Press, 2012).

¹⁵⁰ *Bigeagle*, *supra* Note 122 au paragraphe 212.

¹⁵¹ Voir *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, en particulier l'article 136 concernant la disproportion flagrante et la disposition du Code criminel interdisant la garde d'une « maison de toilettes commune » (« Une loi empêchant les prostituées de rue de recourir à un refuge sûr... tandis qu'un tueur en série présumé rôde dans les rues, c'est une loi qui a perdu de vue son but »).

¹⁵² Voir, par exemple, *Auton (Tuteur ad litem de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78.

» ou simplement des « fêtes sorties »¹⁵³ —, de telles pratiques peuvent constituer une discrimination par effet négatif dans la distribution d'une prestation de l'État.¹⁵⁴ Compte tenu de ce que cela communique concernant l'humanité des femmes et filles autochtones, ainsi que de la gravité du désavantage résultant de la discrimination, ce traitement différencié touche au cœur de la protection de l'article 15 et de la garantie de droits égaux de l'article 28. *Kanyinda* appuie une analyse intersectionnelle de la discrimination fondée sur le sexe en vertu de l'article 15, affirmant que « Les gens vivent la discrimination en tant que personnes entières, et non comme un ensemble de caractéristiques distinctes. »¹⁵⁵

Il y a une autre dimension à l'impact genré et intersectionnel d'une police inadéquate. Les femmes autochtones sont souvent placées dans une position où les voies d'autoprotection sont limitées. Comme mentionné plus haut, ils sont criminalisés de manière disproportionnée lorsqu'ils se défendent, et lorsque de tels actes entraînent la mort d'un abuseur, ils peuvent être surfacturés et soumis à des peines disproportionnellement sévères.¹⁵⁶ De cette façon, la sous-protection de l'État n'est pas simplement une absence « neutre » de police (pour reprendre le langage de la Cour dans *Vriend*), mais fait partie d'un schéma plus large d'action étatique qui laisse les femmes autochtones effectivement piégées – elles ne peuvent pas compter sur la protection policière contre la violence et pourtant elles sont punies lorsqu'elles tentent d'assurer leur propre sécurité. Cette constellation de facteurs est précisément ce qui augmente le risque de violence et de conséquences graves, que l'article 28 exige voir dans les analyses des articles 7 et 15.

¹⁵³ C'était l'excuse avancée par la police pour ne pas enquêter sur la disparition de Danita Bigeagle lors du signalement : Association des femmes autochtones du Canada, « Storytelling : Danita's Story » (2000), en ligne : https://nwac-afac.ca/assets-knowledge-centre/NWAC_Story_Telling_Danita_Big_Eagle.pdf. Voir aussi : Enquête nationale sur les Femmes et les filles autochtones et les filles autochtones disparues et assassinées, *RÉCLAMER NOTRE POUVOIR ET NOTRE PLACE*, LE RAPPORT FINAL DE L'ENQUÊTE NATIONALE SUR LES FEMMES ET LES FILLES AUTOCHTONES DISPARUES ET ASSASSINÉES, vol 1a (Ottawa : Enquête nationale, 2019) à la page 648 (concernant le nombre de femmes et de filles autochtones qui ont été caractérisées).

¹⁵⁴ *Fraser*

¹⁵⁵ *Kanyinda*, ci-dessus Note 8 au paragraphe 63. Bien que les motifs liés à l'indigénéité aient été reconnus par la Cour, l'indigénéité elle-même ne l'a pas été. Pour un examen des raisons pour lesquelles « race » est un descripteur incomplet et inadéquat de l'identité autochtone, voir *par exemple*, Diana Majury, *Equality Kapped; Media Unleashed*, (2009) 27 Windsor Y.B. Access Just. 1.

¹⁵⁶ Charlotte Baigent, « Why Gladue Needs an Intersectional Lens: The Silencing of Sex in Indigenous Women's Sentencing Decisions », (2020) 32 Can. J. Women & L. 1.

Conclusion

Le ministre de la Justice de l'époque, Peter MacKay, a décrit la CCDV ainsi lorsqu'il est passé devant le Parlement :

Je ne saurais trop insister sur l'importance de cette mesure législative. La *Charte* canadienne des droits des victimes inscrirait explicitement les droits des victimes dans les lois fédérales pour la toute première fois dans l'histoire de notre pays.¹⁵⁷

Le communiqué de presse du gouvernement incluait une citation du premier ministre selon laquelle en adoptant la loi, son gouvernement voulait que « les victimes aient des droits exécutoires dans le système de justice pénale canadien. »¹⁵⁸ La CCDV reflète donc que les victimes d'actes criminels ont droit à une protection, une participation et une dignité significatives au sein du système judiciaire, des droits qui ont été reconnus judiciairement comme ayant un *statut quasi constitutionnel*. Cependant, les droits restent confinés au papier s'ils ne sont pas garantis pour leur durée d'application. Malheureusement, les juges ont été incohérents à cet égard. Les femmes qui subissent de la violence savent trop bien, par leur amère, que leur sécurité n'est pas assurée uniquement par de droits papiers.

En principe, les femmes ont des droits égaux à la vie, à la liberté et à la sécurité personnelle en vertu de la *Charte* que les hommes qui commettent des violences contre elles. De plus, en vertu de l'article 15, ils ont droit au droit positif à l'égalité, à la protection égale de la loi et au bénéfice égal de la loi. Des arrêts comme *Jane Doe* illustrent le potentiel de la *Charte* à réaliser des droits en tenant les forces de l'ordre responsables lorsqu'elles n'offrent pas l'égalité de protection et n'accordent pas aux femmes un bénéfice égal des services policiers. Cependant, l'échec de l'action collective *Bigeagle* illustre comment les allégations de sous protection de l'État peuvent être écartées — que ce soit par la qualification de telles revendications comme inadmissibles « positives », ou par des limitations techniques sur la qualité et les recours — malgré l'existence de schémas clairs et genrés de préjudice. Ainsi, l'écart entre la reconnaissance des droits des victimes et leur réalisation n'est pas simplement une question de texte suffisamment clair quant à l'existence d'un droit et à son application – la *Charte* réussit sur les deux points. Elle reflète les limites de la doctrine existante créée par les juges en rendant reconnaissables le préjudice constitutionnel et la responsabilité de l'État qui découlent dans des contextes de violence systémique et genrée.

¹⁵⁷ Débats à la Chambre des communes, 41e Parlement, 2e Session, Vol 147, No 176 (20 février 2015) à 11455–56 (Hon. Peter MacKay).

¹⁵⁸ Premier ministre du Canada, « Le PM annonce un projet de loi historique qui créera une Charte canadienne des droits des victimes » (3 avril 2014), en ligne : Gouvernement du Canada <https://www.canada.ca/fr/nouvelles/archive/2014/04/pm-annonce-projet-loi-historique-creera-charte-canadienne-droits-victimes.html>

L'article 28 offre un moyen de combler cette lacune. Bien comprise, elle exige que les droits de la *Charte* soient interprétés de manière à ne pas enraciner la hiérarchie des genres dans leur interprétation ou application. Parmi les obstacles juridiques à une compréhension inclusive des droits de la *Charte* figure la dichotomie des droits positifs/négatifs qui structure les articles 7 et 15. Cette dichotomie peut servir à priver les femmes — en particulier les femmes autochtones confrontées à des risques bien documentés de violence — la jouissance égale de ces droits. Elle doit donc être réexaminée à la lumière de l'article 28. Cela n'oblige pas à la reconnaissance des devoirs positifs de l'État dans tous les cas ni ne constitutionnalise la CCDV. Elle exige toutefois que les tribunaux adoptent une perspective de genre et évaluent si les limites doctrinales laissent les femmes sans protection de façon disproportionnée. Comme l'a observé la juge Wilson en 1988, « les besoins et aspirations des femmes ne sont traduits que maintenant en droits protégés », et ce travail se poursuit. L'article 28 a le potentiel de donner une force constitutionnelle aux engagements reflétés dans la CCDV — mais seulement si nous sommes prêts à confronter et à réviser les limites genrées inscrites dans notre cadre constitutionnel.