

FEMINISME ET DROIT COMPARÉ : UN MARIAGE POSSIBLE ?

Louise Langevin

Volume 43, Number 1-2, 2013

Actes du Colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105877ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10197>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Langevin, L. (2013). FEMINISME ET DROIT COMPARÉ : UN MARIAGE POSSIBLE ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(1-2), 343–386. <https://doi.org/10.17118/11143/10197>

Article abstract

According to a fundamental principle of Western feminist theories, women of all origins share a common condition, which is one of oppression in patriarchal societies. The idea of common conditions and common claims has encouraged the women's movement to learn more about the battles, the strategies and the successes of women in other societies. The legal successes by women elsewhere have also attracted the attention of feminist activists. In this context, comparative law has been very useful in achieving progress for women. However, the idea of women's common conditions has been called into question by some feminists, especially from third-world countries, who have criticized Western feminists for imposing their points of view and ignoring other forms of oppression experienced by women victims of minoritization. Comparative law has also been criticized by a group of legal scholars advancing new approaches to comparative law. They are critical of the classical school of comparative law which seeks universal solutions to legal problems they consider to be universal, utilizing an unclear methodology and an obvious eurocentrist approach.

Feminist scholars and critical comparatists have highlighted some problematic aspects of comparative law. They have even considered impossible the comparative law project. In some cases, however, comparative law may be fruitful for women. We suggest that feminist lawyers and scholars should exploit the subversive potential of comparative law. Civil actions commenced by victims of sexual and spousal violence in Québec, especially relating to questions of limitation periods, will serve as an example of a fruitful comparative law exercise.

ARTICLE

FEMINISME ET DROIT COMPARÉ : UN MARIAGE POSSIBLE?

par Louise LANGEVIN*

Selon l'un des postulats de base des théories féministes occidentales, les femmes de toutes origines partagent une condition commune, l'oppression dans une société patriarcale. Cette idée de conditions et de revendications communes a poussé le mouvement des femmes occidentales à vouloir connaître les luttes, les stratégies et les avancées de leurs sœurs dans d'autres sociétés. Les progrès juridiques des femmes dans différents pays ont aussi retenu l'attention des militantes. Dans ce contexte, le droit comparé a donc été très utile pour faire progresser les revendications des femmes. Cependant, l'idée d'une condition commune des femmes a été critiquée par d'autres féministes, surtout des pays en voie de développement, qui ont reproché aux féministes blanches occidentales d'imposer leurs propres revendications et d'ignorer d'autres formes d'oppression que vivent les femmes minorisées. Le recours au droit comparé a aussi été critiqué par un courant contestataire de comparatistes qui a reproché à l'école classique en droit comparé de chercher des solutions universelles à des problèmes juridiques universels, avec une méthodologie des plus incertaines et un eurocentrisme certain.

Les critiques féministes et les comparatistes contestataires mettent donc en lumière certains aspects plus problématiques du droit comparé, allant même jusqu'à déclarer le projet juridique comparatif impossible. Dans certains cas cependant, le recours au droit comparé peut faire avancer la cause des femmes. Nous suggérons que les féministes utilisent le potentiel subversif du droit comparé. Les poursuites civiles intentées par des victimes de violence sexuelle et conjugale au Québec, plus particulièrement la question de la suspension des délais de prescription, serviront de terrain d'analyse.

According to a fundamental principle of Western feminist theories, women of all origins share a common condition, which is one of oppression in patriarchal societies. The idea of common conditions and common claims has encouraged the women's movement to learn more about the battles, the strategies and the successes of women in other societies. The legal successes by women elsewhere have also attracted the attention of feminist activists. In this context, comparative law has been very useful in achieving progress for women. However, the idea of women's common conditions has been called into question by some feminists, especially from third-world countries, who have criticized Western feminists for imposing their points of view and ignoring other forms of oppression experienced by women victims of minoritization. Comparative law has also been criticized by a group of legal scholars advancing new approaches to comparative law. They are critical of the classical school of comparative law which seeks universal solutions to legal problems they consider to be universal, utilizing an unclear methodology and an obvious eurocentrist approach.

Feminist scholars and critical comparatists have highlighted some problematic aspects of comparative law. They have even considered impossible the comparative law project. In some cases, however, comparative law may be fruitful for women. We suggest that feminist lawyers and scholars should exploit the subversive potential of comparative law. Civil actions commenced by victims of sexual and spousal violence in Québec, especially relating to questions of limitation periods, will serve as an example of a fruitful comparative law exercise.

*. Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure désire remercier les professeures Nathalie Vézina, Marie-Claire Belleau et Michelle Cumyn pour des discussions sur le droit comparé. Les opinions exprimées ici n'engagent que l'auteure.

SOMMAIRE

Introduction	345
1. Le droit comparé sous la loupe de la critique	349
1.1 Droit comparé et féminisme : des revendications communes à la fragmentation des identités	351
1.2 Droit comparé et courant contestataire : de la norme universelle à l'incommensurabilité.....	357
1.3 Le droit comparé comme outil féministe subversif.....	358
2. Prescription, présomption et percolation	363
2.1 Présomption de conscience.....	368
2.2 Percolation en droit québécois	371
2.2.1 Percolation dans l'interprétation de la <i>Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels</i>	371
2.2.2 Percolation dans l'interprétation du Code civil par les tribunaux de droit commun ...	375
2.2.3 Percolation jusqu'à la modification législative.....	380
Conclusion	384
Épilogue	385

INTRODUCTION

Le rapport des juristes féministes au droit comparé est assez ambigu, comme aux autres domaines du droit d'ailleurs. Le droit, qu'il soit analysé ou interprété dans un contexte comparatif ou non, est à la fois un outil de subordination et de changement social, entre autres, pour les femmes. Les décisions jurisprudentielles d'hier et d'aujourd'hui qui utilisent le droit comparé pour régler des litiges concernant des femmes offrent une multitude d'exemples de ce paradoxe. En 1915, dans la décision *Langstaff*¹, le droit comparé comme source d'autorité était utilisé par les juges pour refuser aux femmes l'accès aux professions juridiques. En Cour supérieure, le juge Saint-Pierre cite des décisions des États-Unis, des lois de l'Angleterre et de la France pour légitimer sa position. Il veut démontrer que l'exclusion des femmes des professions juridiques est une pratique universelle dans les « pays civilisés » et que le Québec s'inscrit dans ce courant. Il utilise le droit comparé pour maintenir le statu quo juridique. En Cour d'appel, les juges Pelletier et Archambault font de même². Quant au juge dissident Lavergne, il refuse de considérer le droit des autres pays; il analyse la loi de la « province de Québec »³. Il cite pourtant les États-Unis, la France, les pays scandinaves, le Nouveau-Brunswick et l'Ontario qui admettent les femmes à la profession d'avocat. En réponse au juge de la Cour supérieure qui répugne à admettre les femmes à la pratique du droit, il répond : « On ne dira pas que les États-Unis sont un pays

1. *Langstaff c. The Bar of the Province of Québec*, (1915) 47 C.S. 131, (1916) 25 B.R. 11. Voir Mary Jane MOSSMAN, *The First Women Lawyers : A Comparative Study of Gender, Law and the Legal Professions*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
2. Le juge Pelletier souligne que la loi française comme la loi anglaise interdisent l'accès à la profession d'avocat aux femmes. Il ne précise pas expressément les lois. Il renvoie à une décision française de la Cour d'appel de Paris (sans la citer expressément) qui interdit aux femmes d'exercer la profession d'avocat. Il note qu'en France, il a fallu qu'une loi spéciale soit adoptée pour permettre aux femmes d'exercer la profession d'avocat. Il ne cite pas expressément la loi. Le juge Archambault souligne que les lois anglaises excluent les femmes de la pratique d'avocat.
3. « La loi de la province de Québec est la seule qui, je crois, doit s'appliquer dans ce cas. », préc., note 1, p. 12.

barbare »⁴. Le juge Lavergne se sert du droit comparé pour faire avancer la situation juridique des femmes.

À une autre époque, dans un autre contexte, mais encore au sujet de discrimination à l'égard des femmes, la Cour suprême fait appel au droit comparé dans sa décision *Bruker c. Marcovitz*⁵ portant sur le get juif. Dans le cadre de l'analyse de la notion d'ordre public à l'article 9.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec⁶, la juge Abella, au nom de la majorité, analyse les solutions jurisprudentielles adoptées dans d'autres pays démocratiques confrontés aux cas de femmes juives qui se sont vu refuser le divorce juif par leur ex-conjoint⁷. La juge Abella trouve une source de justification et d'appui dans ces décisions, qui ont condamné d'une façon ou d'une autre l'ex-conjoint juif récalcitrant. La juge Deschamps, dissidente, qui considère que les tribunaux canadiens ne devraient pas s'immiscer dans des affaires religieuses et qui aurait rejeté le pourvoi, fait aussi un exercice de droit comparé⁸. Parmi les décisions de droit étranger que les deux juges considèrent, quatre leur sont communes⁹. La juge Deschamps n'en tire pourtant pas les mêmes conclusions que la juge Abella :

4. Préc., note 1, p. 14.

5. *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54. Dans le cadre du divorce civil, l'ex-conjoint s'était engagé contractuellement à accorder le divorce religieux juif à son ex-épouse. Celle-ci le poursuit pour ne pas avoir respecté son engagement. La Cour suprême doit se prononcer sur la validité et le caractère exécutoire d'un tel contrat. Pour des commentaires sur cet arrêt, voir Louise LANGEVIN, Louis-Philippe LAMPRON, Christelle LANDHEER-CIESLAK, Alain PRUJINER et Patrick TAILLON, « L'affaire *Bruker c. Marcovitz* : variation sur un thème », (2008) 49 C. de D. 655.

6. L.R.Q., c. C-12.

7. Elle analyse la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme, de la France, de l'Angleterre, de l'Australie, des États-Unis, de l'Afrique du Sud et d'Israël.

8. Elle analyse la jurisprudence de la France, de l'Angleterre, des États-Unis et d'Israël.

9. *Brett c. Brett*, (1969) 1 All E.R. 1007 (C.A.); *Avitzur c. Avitzur*, 459 N.Y.S. 2d 572 1983; *Temple Mount Faithful c. Jerusalem district police commander*, H.C. 292/8338(2) P.D. 449; *Jane Doe c. John Doe*, Jérusalem 19270/03, 21 décembre 2004.

Les décisions étrangères reposent sur les mécanismes propres à chaque pays. On n'y retrouve pas un principe de droit public qui aurait une force persuasive telle que les tribunaux canadiens devraient modifier leur approche. Les solutions canadiennes mentionnées précédemment sont prudentes et suffisantes¹⁰.

La juge Deschamps souligne la difficulté de comparer les solutions juridiques adoptées par différents pays ou de s'inspirer de ces solutions, ou encore de chercher une autorité quelconque auprès des décisions de ces pays occidentaux qui, même s'ils sont assez proches du Québec sur le plan juridique, s'en distinguent dans l'application des règles juridiques. Alors, doit-on déduire de sa position que tout exercice de droit comparé est futile¹¹, comme l'avancent les comparatistes contestataires que nous abordons plus loin? Cette approche que l'on pourrait qualifier de « repli sur soi », et qui peut mener à des positions sclérosantes, nie l'internationalisation des solutions juridiques¹² et la possibilité d'apprendre des autres systèmes.

La façon dont la juge Abella recourt au droit comparé prête aussi flanc à la critique. Sa méthodologie n'est pas claire¹³. On peut comprendre pourquoi elle mentionne les solutions de la France (en raison du droit civil?), de l'Angleterre (source du droit

10. Préc., note 5, par. 155.

11. Voir le reproche que fait Horatia Muir Watt à la Cour de cassation française qui se tournait alors peu vers le droit comparé. Horatia MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 42 R.I.D.C. 503.

12. Rappelons que le Canada, à l'instar de plusieurs autres pays, est intervenu dans ce domaine en modifiant la *Loi sur le divorce* pour éviter que des situations comme celle de Mme Bruker ne se reproduisent, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 21.1.

13. Comme le dit Ran Hirshl, dans « The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law », (2005) 53 Am. J. Comp. L. 125, elle fait du « cherry picking » (que l'on peut traduire par : elle pige ici et là), à la p. 153. Ou encore comme l'affirme Otto Pfersmann, dans « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », (2001) 53 R.I.D.C. 275 à la p. 287, il s'agit « d'un abus idéologique d'un discours à prétention explicative mais au fonctionnement prescriptif en vue de propager l'adoption de certaines solutions en droit national [...] ».

public au Québec?) et des États-Unis (nos voisins?). Mais les solutions juridiques retenues dans ces pays dépendent aussi de contextes différents, comme dans le cas d'Israël (qui applique le droit hébraïque), qu'il faut prendre en considération, comme le mentionne la juge Deschamps. À notre avis, le mérite de l'opinion de la juge Abella repose sur le fait d'utiliser le droit comparé pour critiquer son propre système juridique et permettre l'accès à la justice aux femmes¹⁴.

Cette utilisation du droit comparé, à la fois pour maintenir le statu quo juridique et pour s'en sortir, ne devrait pas surprendre les observatrices. Le droit comparé et les comparatistes qui le pratiquent ne sont pas différents du reste du droit : ils reproduisent les hiérarchies et les formes de domination. En important ou en s'inspirant de solutions étrangères tout à fait conformes à sa position, le décideur utilise le droit comparé pour justifier une supposée rationalité et raisonnablement de sa décision.

Le présent texte vise à réfléchir au rapport entre les critiques féministes et le droit comparé. Les théoriciennes féministes ont dénoncé le caractère faussement neutre et universel de la norme juridique, qui reproduit le statu quo et maintient la subordination des femmes. Il n'est pas surprenant de constater qu'elles opposent la même critique au droit comparé : les pièges de l'ethnocentrisme sont très grands, quand comparer veut souvent dire imposer la vision du comparatiste ou chercher ailleurs des concepts familiers. En cela, elles rejoignent les juristes du groupe « *New Approaches to Comparative Law* », courant contestataire postmoderne critique à l'égard de l'école traditionnelle du droit comparé¹⁵. Les deux courants critiques abordent la même

14. Voir Louise LANGEVIN, « Lorsque la liberté de religion affronte le droit des femmes à l'égalité : une critique féministe » dans « *L'affaire Bruker c. Marcovitz* : variation sur un thème », préc., note 5, p. 667 et s.

15. Voir Günter FRANKENBERG, « *Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law* » (1985) 26 *Harv. Intern. L. J.* 411; D. HIRSCHL, préc., note 13; Mark VAN HOECKE et Mark WARRINGTON, « *Legal Cultures, Legal Paradigms, Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law* » (1998) 47 *Intern. Comp. L. Q.* 498. A. Peters et H. Schwenke donnent une définition de ce courant portant sur les nouvelles approches,

question : comment éviter l'ethnocentrisme sans tomber dans le relativisme culturel? La pratique du droit comparé est-elle encore possible ou même souhaitable? Malgré les pièges du droit comparé, les juristes féministes doivent se servir de sa fonction subversive et critique. Les critiques féministes peuvent enrichir le droit comparé, comme celui-ci peut enrichir les militantes féministes. Les poursuites civiles intentées par des victimes de violence sexuelle et conjugale au Québec, plus particulièrement la question de la suspension des délais de prescription, serviront de terrain d'analyse.

Dans la première partie de ma réflexion, je présente les critiques que les féministes anglo-saxonnes et les comparatistes contestataires issus des « *New Approaches to Comparative Law* » ont adressées à l'école traditionnelle du droit comparé. Dans la seconde partie, à la lumière des enseignements des critiques féministes et des comparatistes contestataires, j'aborde un exemple de l'utilisation subversive du droit comparé par les critiques féministes pour faire avancer le droit.

1. Le droit comparé sous la loupe de la critique

Tant les juristes féministes que les contestataires parmi les comparatistes ont critiqué l'objectivité et l'universalité du droit. Les féministes ont dénoncé la subjectivité du droit et son caractère universel (1.1). Les comparatistes contestataires ont mis à mal le manque d'objectivité de la méthode comparatiste et des résultats obtenus, ainsi que son caractère hégémonique occidental (1.2). En intégrant ces deux critiques, le regard comparatif peut être utile aux juristes féministes pour comprendre et critiquer leur propre système juridique. Je propose qu'elles utilisent le droit comparé de façon subversive (1.3).

« *Comparative Law Beyond Post-Modernism* » (2000) 49 *Intern. Comp. L. Q.* 808 à la p. 801; Ugo MATTEI, « *Comparative Law and Critical Legal Studies* » dans Mathias REIMANS et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 815.

La comparaison, et les approximations qui en découlent, sont au cœur même du processus du droit comparé. Dans toute entreprise de comparaison se posent les mêmes questions au sujet du processus lui-même : *Qui* compare? *Que* compare-t-elle? *Comment* compare-t-elle? *Pourquoi* compare-t-elle? *Comment* sont utilisées les conclusions de la comparaison et *par qui*? Les juristes féministes et les militantes féministes savent d'expérience que la comparaison se transforme en jeu risqué pour elles. Des études ont comparé le poids des cerveaux des hommes et des femmes¹⁶, ou leurs réactions à certaines questions morales¹⁷, la comparaison servant toujours à désavantager les femmes. En matière de droit à l'égalité, qui est un concept comparatif¹⁸, le paradigme de l'égalité formelle est encore trop présent : le modèle de l'homme comme référent ne mène pas à l'égalité réelle pour les femmes. Elles ne veulent pas être traitées comme des hommes, mais elles veulent au moins les mêmes traitements et mêmes bénéfiques dont jouissent les hommes. Elles demandent à être reconnues dans

-
16. Voir Catherine VIDAL, « Le cerveau a-t-il un sexe? » dans Michel DUGNAT (dir.), *Féminin, masculin, bébé*, Toulouse, ERES « Enfance et parentalité », 2011, 55.
 17. Par exemple, la critique de Carol Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
 18. Depuis l'arrêt *Withler c. Canada (P.G.)*, 2011 CSC 12, au par. 60, la Cour suprême mesure les dangers de la comparaison, qui peuvent mener à l'égalité formelle. Comme le précise la juge en chef, « [...], une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l'inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l'analyse de l'égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu'une telle démarche ne permette pas – voire empêche – la reconnaissance de la discrimination à laquelle l'art. 15 est censé remédier. »

leurs différences, ce qui peut par ailleurs mener à la reproduction des stéréotypes¹⁹.

1.1 Droit comparé et féminisme : des revendications communes à la fragmentation des identités

Une réflexion sur les rapports entre le féminisme et le droit comparé conduit à constater que le courant de l'école traditionnelle en droit comparé rejoint la critique féministe du droit sur le terrain de l'universel. La recherche de solutions juridiques universelles, idéales et répondant à des problèmes juridiques identiques, a animé une partie des comparatistes « fonctionnalistes »²⁰. Une condition humaine commune appelait en toute logique des solutions juridiques communes. Une présomption de similarité dans l'adoption de solutions juridiques²¹ se retrouve aussi, d'une certaine façon, du côté des féministes occidentales, qui ont dénoncé les conditions d'oppression universelle de toutes les femmes.

Selon l'un des postulats de base des théories féministes occidentales, les femmes de toutes origines partagent une

19. Voir Louise LANGEVIN, « Les dilemmes du concept d'égalité entre les sexes » dans Jean-Pierre THERON (dir.), *L'égalité des sexes dans le monde francophone*, Conférence internationale des Facultés de droit ayant en commun l'usage du français (CIFDUF), Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2009, 225; Louise LANGEVIN, « L'analyse comparative entre les sexes : la difficile mise en œuvre du droit à l'égalité. Analyse du Rapport de la vérificatrice générale du Canada », (2010) 22 R.F.D. 1.

20. Ces comparatistes considèrent que la norme juridique vise à régler des problèmes sociaux et qu'il existe nécessairement des ressemblances entre les systèmes juridiques. Pour une critique de cette approche, voir G. FRANKENBERG, préc., note 15, p. 434; Christina DELYIANNI-DIMITRAKOU, « Les mutations des prémisses philosophiques du droit comparé », dans *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, 25.

21. Comme le proposent Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 2^e édition révisée, Oxford, Clarendon Press, 1992.

condition commune, l'oppression dans une société patriarcale²². Elles forment la « classe des femmes »²³, au même titre que la classe ouvrière ou les classes minorisées. Cette idée de conditions et de revendications communes, illustrée par l'expression « Global Sisterhood »²⁴, a poussé le mouvement des femmes occidentales à s'organiser sur le plan international, à vouloir connaître les luttes, les stratégies et les avancées de leurs sœurs dans d'autres sociétés²⁵. Dans le contexte d'un mouvement féministe globalisé, la Marche mondiale des femmes, mise en branle au Québec, constitue un bon exemple de cette sororité internationale, tout comme les conférences internationales²⁶ et les conventions internationales sur les femmes²⁷. Les progrès ou les reculs juridiques des femmes dans différents pays ont aussi retenu l'attention des militantes.

Dans ce contexte, particulièrement au sujet de questions à caractère international, comme la prostitution²⁸, la traite des

-
22. Voir Christine DELPHY, *L'ennemi principal, Économie politique du patriarcat*, vol.1 coll. Nouvelles questions féministes, Paris, Syllepse, 2009, aux n° 259 et s.
 23. Voir Danielle JUTEAU, « "Nous" les femmes : sur l'indissociable homogénéité et hétérogénéité de la catégorie », *L'homme et la société*, 2010/n° 176-177, p. 65.
 24. Robin Morgan est à l'origine du « global sisterhood », par la suite très critiqué. Robin MORGAN (dir.), *Sisterhood is Global, The International Women's Movement Anthology*, Anchor Press/Doubleday, New York, 1984.
 25. Voir, par exemple, Beverley BAINES et Ruth RUBIO-MARIN, *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 2005; Ruth A. MILLER, *The Limits of Bodily Integrity, Abortion, Adultery, and Rape Legislation in Comparative Perspective*, Aldershot, Ashgate, 2007; Pascale DUFOUR (dir.) et al., *Transnationalizing Women's Movements, Solidarities Beyond Borders*, Vancouver, UBC Press, 2010.
 26. Nations Unies, *Déclaration et Programme d'action de Beijing, la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, 1995.
 27. Par exemple, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)*, Res AG 34/ 80 (18 déc 1979).
 28. On pense ici à l'influence du modèle suédois de non-criminalisation des prostituées et de criminalisation des clients et des proxénètes. Voir Arthur GOULD, « The Criminalisation of Buying Sex : The Politics of Prostitution in Sweden », (2001) 30 *Journal of Social Policy* 437; Jane

femmes ou le tourisme sexuel²⁹, les juristes féministes ont comparé les lois écrites et les lois en action, les décisions des tribunaux et leurs effets directs et indirects sur les femmes, et l'accès de celles-ci à la justice dans différents pays. Elles ont voulu connaître les conditions de vie des femmes de partout, comprendre leurs stratégies pour l'atteinte de l'égalité pour toutes les femmes³⁰. Les ouvrages analysant les conditions de vie des femmes regroupent souvent des textes de différentes régions du globe³¹ ou des textes abordant de façon comparative les normes juridiques de plusieurs pays³². Le droit comparé devient un outil qui permet une compréhension critique du droit en mettant à nu le fonctionnement de mécanismes semblables d'oppression. Derrière le constat de conditions communes et de revendications communes des femmes se profile l'idée de solutions communes.

-
- SCHOULAR, « Criminalising 'Punters': Evaluating the Swedish Position on Prostitution », (2004) 26 *Journal of Social Welfare and Family Law* 195.
29. Voir Melissa FARLEY et al., « Prostitution and Trafficking in Nine Countries : An Update on Violence and Post-Traumatic Stress Disorder », dans *Prostitution, Trafficking and Traumatic Stress*, The Haworth Press, 2003, 33. En ligne : <<http://www.prostitutionresearch.com/pdf/Prostitutionin9Countries.pdf>>
30. Voir l'introduction dans B. BAINES et R. RUBIO-MARIN, préc., note 25 : « Our primary goal is in short to identify, sustain and promote the constitutional norms and strategies that will promote gender equality for women. », p. 5; Daphne BARAK-EREZ et Jyana KOTHARI, « When Sexual Harrassment Law Goes East : Feminism, Legal Transplantation, and Social Change », (2011) 47 *Stand. J. Intern. L.* 175.
31. Par exemple, voir Rebecca J. COOK (dir.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994; voir le numéro spécial (2011) 22 de la Revue Femmes et Droit sur la régulation du travail domestique, qui présente des analyses des problèmes rencontrés dans plusieurs pays pour encadrer ce travail et éviter l'exploitation de femmes pauvres, surtout migrantes.
32. Voir Myriam HUNTER-HENIN, « Surrogacy : Is there Room for a New Liberty Between the French Prohibitive Position and the English Ambivalence? » dans Michael FREEMAN (dir.), *Law and Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 329; Louise LANGEVIN, « Vers la reconnaissance juridique de la pratique des mères porteuses : état du droit canadien et québécois » dans *La gestation pour autrui, Surrogate Motherhood*, Actes du XVIII^e Congrès International de droit comparé, Washington, D.C., Paris, Société de législation comparée, 2011, 85.

Avec des objectifs variés, tant les féministes de ce courant que les comparatistes fonctionnalistes ont travaillé à démontrer les ressemblances des normes juridiques ou autres. Cependant, le rapprochement entre féministes et comparatistes fonctionnalistes s'arrête là.

La critique féministe occidentale a dénoncé la neutralité du droit et son caractère hégémonique. Le droit produit et reproduit l'oppression des femmes. Cette critique s'applique au droit comparé, comme à tout autre domaine du droit. Le droit comparé n'est pas neutre; le comparatiste ne peut s'extirper de son bagage culturel lorsqu'il compare.

Si le féminisme est critique à l'égard de la construction du savoir, il l'est aussi envers lui-même. L'idée d'une condition commune des femmes, d'une sororité internationale, a été attaquée par des féministes postmodernes et postcoloniales, qui ont reproché au mouvement occidental féministe de ne représenter que des femmes blanches, occidentales, de la classe moyenne, en excluant d'autres femmes³³. L'existence même de la catégorie « femmes » et du « Global Sisterhood » a été remise en question. Les féministes des pays en voie de développement ont reproché aux féministes blanches occidentales d'imposer leurs propres points de vue³⁴, de ne pas respecter leur culture, de les voir comme des victimes de leur culture, de nier leur capacité de résistance³⁵ et d'ignorer d'autres formes d'oppression que vivent

33. Voir Kimberlé Williams CRENSHAW, « Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur » dans *Féminismes, penser la pluralité, Cahiers du genre*, n° 39, 2005, p. 51; Tracy E. HIGGINS, « Anti-essentialism, Relativism and Human Rights », (1996) 19 Harv. Women's L. J. 89.

34. Voir, au sujet des tensions internes dans les mouvements internationaux de femmes, Annick DRUELLE, « Que célébrer 30 ans après l'année internationale des femmes : une autre crise au sein des mouvements internationaux des femmes? », (2004) 17 Recherches féministes 115.

35. Voir Karen ENGLE, « International Human Rights and Feminisms : When Discourses Keep Meeting », dans Doris BUSS et Ambreena MANJI (dir.), *International Law, Modern Feminist Approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2005, 47; Sirma BILGE, « Beyond Subordination vs Resistance : an Intersectional Approach to the Agency of Veiled Muslim Women », (2010)

les femmes minorisées³⁶. Des solutions juridiques du Nord ne peuvent être imposées aux femmes du Sud³⁷. Pour reprendre l'exemple de la Marche mondiale des femmes, l'établissement d'un consensus au sujet d'un programme d'action commun n'a pas été facile³⁸. Le choix stratégique des thèmes de la pauvreté et de la violence faite aux femmes, au lieu du droit à l'égalité, se voulait une ouverture des féministes du Nord vers les féministes du Sud. Cependant, dans la définition de la violence, les féministes du Nord n'ont pu y faire inclure les revendications sur

-
- 31 Journal of Intersectional Studies 9; Sirma BILGE, « Between Gender and Cultural Equality », dans E. ISIN (dir.), *Recasting the Social in Citizenship*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, 100.
36. Voir Françoise COLLIN, « La même et les différences », Cahiers du GRIF, 1984, n° 28, hiver, 7; Iris Marion YOUNG, « Le genre, structure sérielle : penser les femmes comme un groupe social », Recherches féministes, vol. 20, n° 2, 2007, 7; Chantal MAILLÉ, « Réception de la théorie postcoloniale dans le féminisme québécois », (2007) 20-2 *Recherches féministes* 91, 2007, 91; Farida OSMANI, « L'égalité pour toutes? L'engagement féministe et les droits des immigrantes au Québec », Recherches féministes, vol. 15, n° 2, 2002, 141; Lucie LAMARCHE, « Pluralisme juridique, interculturalisme et perspectives féministes du droit : des nouvelles du Québec », dans *Genre, inégalités et religion, Actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique Aspects de l'État de droit et démocratie*, Agence universitaire de la Francophonie, Paris, Éditions des archives contemporaines, 2007, 357; Sherene H. RAZACK, *La chasse aux musulmans, évincer les musulmans de l'espace politique*, Montréal, Lux, 2011; Kimberlé CRENSHAW, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », (1989) U. Chicago Legal F. 139; Kimberlé CRENSHAW, « Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Colour », (1991) 43 Stand. L. R. 124.
37. Les féministes du Sud ont même critiqué la pertinence du droit comme outil de changement social pour les femmes du Sud. Voir Ambreena S. MANJI, « Imagining Women's Legal World, Towards a Feminist Theory of Legal Pluralism in Africa », (1999) 8 (4) *Social & Legal Studies* 435; Radhika COOMARASWAMY, « To Bellow Like a Cow : Women Ethnicity and the Discourse of Rights », dans Rebecca J. COOK (dir.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1994, 39.
38. Voir Isabelle GIRAUD, « La transnationalisation des solidarités : L'exemple de la marche mondiale des femmes », (2001) 45 *Lien social et Politiques* 145.

l'homosexualité et les droits reproductifs, compte tenu des positions très différentes des femmes du Sud sur ces sujets.

S'il n'y a pas *une* condition commune des femmes, mais plutôt des identités fragmentées, alors des revendications communes et un combat commun deviennent impossibles. Cependant, la reconnaissance des réalités diversifiées des femmes dans des contextes tout aussi diversifiés peut dériver vers du relativisme culturel. Les débats à l'intérieur du mouvement féministe sur le rôle de la culture comme source d'oppression des femmes³⁹, sur les mutilations génitales⁴⁰ ou la polygamie⁴¹ le démontrent. Serait-ce alors la fin du mouvement des femmes?

Si les juristes féministes peuvent partager des affinités avec les comparatistes de l'école traditionnelle en matière de recherche du commun et de l'universel, elles se rapprochent davantage des comparatistes postmodernes en termes de critique de l'universel. Le défi tant des féministes que des comparatistes contestataires est de trouver le juste milieu entre l'ethnocentrisme et le relativisme culturel.

-
39. Voir Sally Engle MERRY, « Constructing a Global Law-Violence Against Women and the Human Rights System », (2003) *Law and Social Enquiry* 941; Sirma BILGE, « Le dilemme genre/culture ou comment penser la citoyenneté des femmes minoritaires au-delà de la doxa féminisme/multiculturalisme? », dans *Actes du colloque Diversité de foi, Égalité de droits*, Conseil du Statut de la femme, Montréal, 2006, 89; S. H. RAZACK, préc., note 36; Leti VOLPP, « Feminism versus Multiculturalism », (2001) 101 *Col. L. Rev.* 1181.
40. Voir Claudie GOSSELIN, « Feminism, Anthropology and the Politics of Excision in Mali: Global and Local Debates in a Postcolonial World », (2000) 42-1 *Anthropologica* 43; Aoua Bocar LY-TAL, « Marcher pour éliminer les mutilations génitales féminines », (2000) 13-1 *Recherches féministes* 117; Elisabetta GRANDE, « Hegemonic Human Rights and African Resistance: Female Circumcision in a Broader Comparative Perspective », (2001) 4 *Global Jurist Frontiers* (article 3).
41. Rebecca J. COOK et Lisa M. KELLY, *La polygynie et les obligations du Canada en vertu du droit du droit international en matière de droits de la personne*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2006. En ligne: <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/poly/index.html>>

1.2 Droit comparé et courant contestataire : de la norme universelle à l'incommensurabilité

Le droit comparé classique a été beaucoup critiqué pour son manque de réflexions théoriques, l'imprécision de son objet, son eurocentrisme, son caractère hégémonique et l'impressionnisme de ses conclusions⁴². L'époque de la construction des grandes familles de droit⁴³, basées sur les ressemblances et les différences, est révolue; les droits nationaux sont plus que jamais interreliés, économie mondialisée oblige; le pluralisme juridique ne peut être ignoré. La recherche des ressemblances et des différences entre les systèmes de droit vise souvent à démontrer qu'il existe des solutions juridiques universelles idéales à des problèmes juridiques universels, un droit transnational en quelque sorte⁴⁴, ce qui suppose que le droit est en mesure d'apporter une solution. Les comparatistes de l'école traditionnelle recherchent, volontairement ou involontairement, des concepts familiers et leurs analyses sont nécessairement incomplètes.

42. Voir, entre autres, G. FRANKENBERG, préc., note 15; A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15; C. DELYIANNI-DIMITRAKOU, préc., note 20; O. PFERSMANN, préc., note 13.

43. Par exemple, René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Coll. précis Dalloz, Paris, Dalloz, 2002. Dans cette édition, malgré la disparition de la famille des droits socialistes, les auteurs maintiennent le groupement des droits en familles. Des raisons didactiques justifieraient leur choix, malgré les critiques qui ont été formulées à l'égard de toute tentative de classement. Voir l'introduction.

44. Voir Vivian CURRAN, « Cultural Immersion, Difference and Categories in US Comparative Law », (1998) 46 Am. J. Comp. L. 43. Elle explique les raisons qui ont motivé certains professeurs européens de droit comparé, qui ont fui le régime nazi et ont enseigné dans les facultés de droit américaines, à rechercher les ressemblances entre les systèmes juridiques (et pas les différences). Compte tenu de leurs expériences, les « émigrés comparatistes » étaient à la recherche d'une condition humaine universelle. Voir la critique de O. PFERSMANN au sujet du droit comparé comme système juridique transnational, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », préc., note 13, p. 277 et s.

Pour reprendre l'exemple de Frankenberg⁴⁵, le comparatiste peut ressembler à un voyageur : pourquoi voyage-t-il? À quoi servent ses découvertes? À le distraire ou à lui faire mieux comprendre le monde? Le touriste regarde avec ses yeux selon ses expériences personnelles. Il n'est peut-être pas ouvert à de nouvelles découvertes. Lorsqu'il sort de son autocar pour visiter pendant quelques minutes un lieu historique important, il n'a peut-être pas le temps d'en comprendre toute la portée. Dans son travail de comparaison d'un autre système juridique, le comparatiste ne peut faire abstraction de ses expériences personnelles, de son bagage culturel et juridique. Il n'est pas neutre lorsqu'il observe. Frankenberg qualifie le comparatiste de ventriloque : le comparatiste donne la parole à l'autre système, mais en réalité c'est lui qui parle à partir de son point de vue, comme le fait le ventriloque qui manipule la marionnette. Frankenberg suggère de s'éloigner d'une approche légicentrée pour proposer des solutions en dehors du droit.

1.3 Le droit comparé comme outil féministe subversif

Ces deux formes de critiques mènent ultimement à nier tout exercice de droit comparé. Le sujet politique « femme » n'existe pas; alors les revendications féministes juridiques ou autres sont impossibles. Toute comparaison est nécessairement située; alors toute tentative de droit comparé est futile. Comment concilier ces deux formes de critiques dans l'exercice du droit comparé et l'enrichir?

Sans aller aussi loin que les comparatistes contestataires pour qui toute comparaison entre normes juridiques est impossible⁴⁶, puisque nécessairement culturellement située et

45. G. FRANKENBERG, préc., note 15.

46. Voir A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15, qui réfutent les arguments – souvent exagérés à leur avis – des CRITS à l'encontre du droit comparé. Sur l'incommensurabilité, c'est-à-dire l'impossibilité de comparer les traditions juridiques, voir C. DELYIANNI-DIMITRAKOU, préc., note 20; H. Patrick GLENN, « Are Legal Traditions Incommensurable? », (2001) 49 Am. J. Comp. L. 133.

donc subjective, je crois que les féministes doivent faire du droit comparé et profiter des expériences positives et négatives des autres. Comme le suggère Frankenberg⁴⁷, elles doivent garder en tête l'image du ventriloque : ce dernier parle pour sa marionnette; la comparatiste ne pose pas un regard neutre dans sa compréhension de l'autre système juridique. Elle réinterprète ce qu'elle voit. Cependant, comme l'ont rappelé d'autres chercheurs en droit comparé, le juriste qui propose une solution inspirée d'ailleurs l'adapte à son propre système juridique⁴⁸. De plus, il serait stratégiquement dangereux et logiquement injustifiable⁴⁹ de ne pas comparer les solutions juridiques dans un contexte globalisé. Les législateurs regardent ailleurs et ne retiennent pas toujours les solutions qui pourraient être les plus avantageuses pour les femmes⁵⁰.

De même, sans adopter la position extrême des féministes postmodernes pour qui le sujet politique « femme » n'existe pas, en raison des identités fragmentées des femmes et des formes imbriquées de discrimination qu'elles vivent, et donc que tout

47. G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », préc., note 15.

48. « S'il y a recours au droit comparé, c'est un recours fait par le système juridique national, à ses fins et selon ses méthodes, pour que le droit comparé soit un apport au système juridique et non pas un élément de déstabilisation. » (H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 R.J.T. 342, p. 345). O. PFERSMANN, préc., note 13, p. 278, affirme la même idée : « si un système intègre telle ou telle donnée d'un autre, celle-ci sera valide dans le système qui l'intègre, en tant que règle de ce système, en raison des règles de ce système qui ont permis cette opération et non en raison de la nature intrinsèque de la règle intégrée ou en vertu des règles du système dont elle provient. »

49. Comme l'affirme O. PFERSMANN, préc., note 13, p. 288 : « il est moralement irresponsable de ne pas étudier les structures juridiques possibles ». Pour lui, la fonction critique constitue l'objet du droit comparé. D'autres disciplines reconnaissent la nécessité de comparer : la linguistique comparée, la littérature comparée, etc.

50. Les nombreux projets de loi privés visant à recriminaliser l'avortement et présentés par des élus du Parti conservateur du Canada sont directement inspirés par des lois des États-Unis. Voir Lucie LEMONDE, « Les menaces au droit à l'avortement et à l'autonomie des femmes enceintes », (2009) 50 C. de D. 611.

combat commun serait dès lors suspect, essentialisant et réducteur, je considère que la « classe des femmes » existe, que les femmes n'ont pas atteint l'égalité réelle et qu'au-delà des différences, les femmes partagent des valeurs communes et que des combats communs demeurent⁵¹. Il serait stratégiquement néfaste de rejeter la « classe des femmes », puisqu'elles continuent de vivre des inégalités. Donc, l'exercice de droit comparé comme outil féministe est possible et nécessaire, malgré ses limites.

Je ne désire pas proposer ici une méthodologie *nouvelle* en droit comparé. D'ailleurs, les théories féministes n'offrent pas des méthodologies nouvelles, mais plutôt des perspectives différentes. En droit comparé, les difficultés liées à la méthodologie peuvent devenir un argument commode pour refuser de regarder ailleurs et se conforter dans le statu quo. À mon avis, les juristes féministes doivent aborder le droit comparé de la même façon qu'elles le font dans d'autres domaines du droit⁵². Le droit comparé a souvent servi à légitimer des normes qui ont maintenu les femmes dans une position d'oppression. Il continue de le faire. Les juristes féministes doivent déconstruire le savoir pour le reconstruire en tenant compte des points de vue des femmes : comment et quand les comparatistes utilisent-ils le droit comparé à l'égard des femmes? Dans l'entreprise de comparaison des normes juridiques,

-
51. Je ne considère pas que mon approche soit une approche traditionnelle du féminisme, entendre essentialisante et réductrice; elle découle du féminisme matérialiste, élaboré entre autres par Christine Delphy, voir « Pour un féminisme matérialiste », dans *L'ennemi principal*, préc., note 22, à la p. 259. Voir aussi Francine DESCARRIES, « Le projet féministe à l'aube du XXI^e siècle : un projet de libération et de solidarité qui fait toujours sens », (1998) 30 *Cahiers de recherche sociologique* 179; D. JUTEAU, préc., note 23, p. 65; Michelle BOVIN, « La catégorie "femmes" dans la discrimination sur le sexe », (1998) 13 R.C.D.S. 29; Catharine MACKINNON, « Féminisme, marxisme et postmodernité », dans Annie BIDET-MORDREL (dir.), *Les rapports sociaux de sexe*, Paris, PUF, 2010, 76.
52. Pour des exemples de droit comparé à la lumière d'une grille d'analyse féministe, voir Brenda COSSMAN, « Turning the Gaze Back on Itself : Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project », (1997) 2 *Utah Law Review* 525; Antoinette SEDILO LOPEZ, « A Comparative Analysis of Women's Issues : Toward a Contextualized Methodology », (1999) 10 *Hastings Women's Law Journal* 347.

les juristes féministes doivent préciser leurs objectifs : Qui compare? Que comparent-elles? Pourquoi comparent-elles? Que font-elles avec les résultats de la comparaison? Elles doivent être conscientes du besoin de contextualiser pour éviter le piège de l'ethnocentrisme⁵³. Tout regard posé sur les autres systèmes juridiques ne sera pas neutre (comme le rappelle l'image du ventriloque de Frankenberg⁵⁴). La comparaison en droit peut servir à différentes fins. Pour certains, il s'agit de démontrer l'évolution de certains concepts juridiques, de systématiser, d'harmoniser, d'éviter certaines erreurs, de rechercher la norme idéale et universelle, ou de rechercher une solution à un nouveau problème juridique⁵⁵. Aucune comparaison ne sera parfaite⁵⁶. Il y aura toujours des pertes, des distorsions, comme pour toute traduction⁵⁷, mais il faut quand même comparer.

53. Pour répondre au besoin de tenir compte du contexte et des différences culturelles, certaines ont proposé de connaître, outre le système juridique de l'Autre, la langue, l'histoire, la culture populaire, l'économie, la littérature, même faire des entrevues. Ce projet me semble trop ambitieux et ne peut servir qu'à décourager tout projet de droit comparé dans une perspective féministe. Voir V. CURRAN, « Cultural Immersion », préc., note 44. A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15, proposent un travail de collaboration et de discussion entre comparatistes de différents régimes juridiques.

54. Préc., note 15.

55. Voir une description des différents courants dans A. PETERS et H. SCHWENKE, préc., note 15.

56. V. CURRAN, préc., note 44.

57. Au sujet de la difficulté à traduire certains concepts, pensons à la notion de *gender*/genre. Cette notion a été développée par des féministes britanniques pour marquer la distinction entre l'inné et le socialement construit. L'identité sexuelle est une construction sociale. Cette notion a été traduite par « genre » en français et a été reprise par les chercheuses francophones. Mais on peut se demander si les féministes anglo-saxonnes et francophones parlent bien de la même chose. Dans la Francophonie, le mot « genre » est souvent utilisé pour éviter le terme « féminisme » et son côté militant. Voir Hélène HIRATA (dir.) et al., *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, vs « sexe et genre » p. 191; Marie-Victoire LOUIS, « Dis-moi, "le genre", ça veut dire quoi? », en ligne : <<http://www.marievictoirelouis.net/document.php?id=919&themeid=>>. Voir Sari KOUVO, *Making Just Rights? Mainstreaming Women's Human Rights and a Gender Perspective*, Sweden, Iustus Forlag, 2004, p. 165; Sally BADEN et Anne

Je suggère aux juristes féministes d'utiliser la fonction subversive et critique du droit comparé dans leurs écrits, leurs représentations devant les tribunaux et organismes étatiques, ainsi que lors de leurs prises de positions publiques pour faire respecter les droits fondamentaux des femmes. Par fonction subversive du droit comparé, qui n'est pas réservée qu'aux féministes⁵⁸, j'entends les possibilités qu'offre le regard sur l'autre système juridique : découvrir de nouvelles façons d'appréhender le droit et éviter certaines erreurs. Mais surtout, l'utilisation du droit comparé devient subversive lorsqu'elle permet de mieux comprendre son propre système juridique, de le critiquer et de dénoncer les mécanismes d'oppression à l'œuvre. Le droit comparé devient aussi subversif lorsqu'il permet de faire plus, mais sans le dire explicitement. L'image de l'iceberg exprime bien cette idée. En retenant une solution inspirée d'un autre système juridique, le comparatiste, le législateur ou le tribunal empruntent en même temps tout ce qui se cache derrière l'emprunt : les études de toutes sortes et les débats qui ont motivé l'autre système juridique à choisir une solution plutôt qu'une autre. Dans ce sens, l'emprunt juridique n'est que la pointe de l'iceberg : il permet l'interdisciplinarité qui ouvre la porte à d'autres connaissances qui font ainsi leur entrée dans le système juridique.

Marie GOETZ, « Who Needs (Sex) When You Can Have (Gender)? », (1997) 56 *Feminist Review* 3; Joan W. SCOTT, « Fantasma du millénaire : le futur du "genre" au XXI^e siècle », (2010) 32 *Clio histoire, femmes, société* 89.

58. Voir H. MUIR WATT, préc., note 11, p. 504 : « [...] la subversion – au sens d'une action de sape menée contre l'ordre établi »; « Le message subversif est donc fort mais très simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. » à la p. 506; Georges FLETCHER, « Comparative Law as a Subversive Discipline », (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 683; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », préc., note 13; Vivian Grosswald CURRAN, « Dealing in Difference : Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspective » (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 657.

2. Prescription, présomption et percolation

Dans la première partie de ma réflexion, j'ai proposé la fonction subversive et critique du droit comparé comme outil féministe de réforme législative. Dans la seconde partie, je retiens un exemple dans lequel le travail en droit comparé de juristes féministes⁵⁹ canadiennes et québécoises a eu un effet subversif en droit, puisqu'il a amené une critique de leur propre droit, une prise de conscience des besoins des femmes victimes de violence et des modifications législatives qui ont tenu compte des arguments de ces juristes. Au final, le travail de ces juristes féministes comparatistes a permis un meilleur accès à la justice pour des femmes victimes de violence.

L'assouplissement des délais de prescription dans le cas de demandeurs et de demandresses victimes de violence sexuelle, tant en common law canadienne qu'en droit civil québécois, constitue un exemple intéressant de la fonction subversive du droit comparé utilisé par des juristes féministes pour faire changer leur propre droit. Cet assouplissement, par le mécanisme de la présomption de conscience en common law et l'impossibilité psychologique d'agir en droit civil, s'inscrit dans un contexte plus large de dénonciation de la violence faite aux femmes et de recherche de solutions à ce problème systémique.

Tant aux États-Unis qu'au Canada, parmi différents modes d'intervention, la voie de la judiciarisation a été mise de l'avant par le mouvement des femmes qui a fait pression sur le système pénal pour que la violence faite aux femmes soit considérée comme un crime et pour que les hommes violents soient condamnés et incarcérés⁶⁰. Dès le début des années 1980, ont été publiées aux

59. Je qualifie ces écrits de féministes dans la mesure où les auteurs reconnaissent l'oppression des femmes, mettent les expériences des femmes au cœur de leurs analyses et proposent des solutions pour adapter le système juridique à leurs besoins. Voir les textes mentionnés, *infra* à la note 79.

60. Voir Chantal LAVERGNE, « Analyse du processus de construction de la violence faite aux femmes en contexte conjugal comme problème

États-Unis les premières études juridiques analysant la possibilité de recours civils pour les victimes d'inceste⁶¹. En réaction aux procédures criminelles qui semblaient insensibles aux réalités des victimes, les recours civils permettaient à la victime d'obtenir une indemnisation pour se procurer des soins de santé et compenser ses pertes salariales⁶². Ces études doctrinales ont eu des échos au Canada où des juristes de common law les ont utilisées pour faire changer le droit canadien⁶³, comme en témoigne la décision de la Cour suprême dans l'affaire *M.(K.) c. M.(H.)*⁶⁴, qui sera à l'origine des modifications législatives provinciales. Les juristes féministes qui ont proposé des poursuites civiles aux victimes de violence

sociopénal au Québec », (1998) 10 R.F.D. 377; Arlene GAUDREULT, « La judiciarisation de la violence conjugale : regard sur l'expérience » dans R. CARIO et D. SALAS (dir.), *Oeuvre de justice et Victimes*, vol. 2, Paris, Harmattan, 2002, 109.

61. Voir, par exemple, Margaret J. ALLEN, « Tort Remedies for Incestuous Abuse », (1983) 13 Golden Gate Uni. L. Rev. 609; Denise M. DE ROSE, « Adult Incest Survivors and the Statute of Limitations : The Delayed Discovery Rule and Long-Term Damages », (1985) 25 Santa Clara L. Rev. 191.
62. Plusieurs auteures se tournent vers la poursuite civile pour ces raisons : Nora WEST, « Rape in the Criminal Law and the Victim's Tort Alternative : A Feminist Analysis », (1992) 50 U. of T. Fac. L. Rev. 96; Elizabeth SHEEHY, « Compensation for Women Who Have Been Raped » dans J.V. ROBERTS et R.M. MOHR (dir.), *Confronting Sexual Assault : A Decade of Legal and Social Change*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 205.
63. À la lecture de la doctrine canadienne sur le sujet, l'influence de la jurisprudence et de la doctrine américaine est évidente. Voir Nathalie DES ROSIERS, « Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse », (1992) 9 C.F.L.Q. 43, qui fait une revue de la jurisprudence américaine dans le domaine; Nathalie DES ROSIERS, « Les recours des victimes d'inceste », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Common Law, d'un siècle l'autre*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, p. 153; Nathalie DES ROSIERS, « Childhood Sexual Assault – Will there be a Meaningful Civil Remedy? : *Gray v. Reeves* », (1992) 10 C.C.L.T. (2d) 86; Nora WEST, préc., note 62 : elle mentionne à la p. 111 que ce genre d'actions civiles existe depuis vingt ans aux États-Unis; Bruce FELDTHUSEN, « The Civil Action for Sexual Battery : Therapeutic Jurisprudence? », (1993) 25 Ott. L. R. 203; Bruce FELDTHUSEN, « Damage Quantification in Civil Actions for Sexual Battery », (1994) 44 U. of T.L.J. 133; Elizabeth SHEEHY, préc., note 62.
64. *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, inf. (1989), 18 A.C.W.S. (3d) 490 (C.A. Ont.). Le juge de première instance a conclu que l'action était prescrite.

sexuelle et conjugale considéraient le droit comme un instrument de changement social et voyaient dans ces actions une source de pouvoir pour les femmes. Mais elles savaient qu'elles devaient redéfinir certains concepts et catégories en droit pour répondre à la situation particulière des demanderesse, d'où leur recours au droit comparé pour comprendre ce qui se passait ailleurs et proposer des analyses innovantes pour faire bouger leur propre droit.

C'est dans ce sens que je considère qu'elles ont utilisé le droit comparé de façon subversive. Elles ont rapidement ciblé les délais de prescription trop rigides dans leur système qui fermaient la porte à toute action civile⁶⁵. Le même problème se présentait dans d'autres pays de common law, qui avaient, selon le cas, plus ou moins bien répondu au problème⁶⁶. Ces délais constituaient donc le premier obstacle à faire tomber. Elles ont travaillé par la suite à surmonter d'autres obstacles juridiques, dont les critères d'indemnisation des victimes. Leurs travaux ont aidé toutes les victimes de violence sexuelle, hommes ou femmes.

65. Sur l'impact négatif des courts délais de prescription pour les victimes de violence sexuelle, voir les analyses canadiennes de cette époque : Janet MOSHER, « Challenging Limitation Periods : Civil Claims by Adult Survivors of Incest », (1994) 44 U. of T.L.J. 169; N. DES ROSIERS, « Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse » préc., note 63; N. DES ROSIERS, « Les recours des victimes d'inceste », préc., note 63.

66. Au cours des années 1980-1990, la doctrine américaine s'est beaucoup penchée sur cet obstacle majeur. Voir, entre autres, Melissa G. SALTEN, « Statutes of Limitations in Civil Incest Suits : Preserving the Victim's Remedy », (1984-1985) 7 Harv. Women's L. J. 189; Carolyn B. HANDLER, « Civil Claims of Adults Molested as Children : Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle », (1987) 15 Fordham Urban L. J. 709; Carol W. NAPIER, « Civil Incest Suits : Getting Beyond the Statute of Limitations », (1990) 68 Wash. U. L.Q. 995; Rebecca L. THOMAS, « Adult Survivors of Childhood Sexual Abuse and Statutes of Limitations : A Call for Legislative Action », (1991) 26 Wake Forest Law Rev. 1245; Ann Marie HAGEN, « Tolling the Statute of Limitations for Adult Survivors of Childhood Sexual Abuse », (1991) 76 Iowa L.R. 355.

Comme nous le verrons, leur travail de droit comparé a aussi introduit l'interdisciplinarité, ce que j'ai qualifié plus haut de partie cachée de l'iceberg. Elles ont cité des études en sciences sociales qui expliquaient la situation particulière dans laquelle se retrouvaient les victimes de violence sexuelle : la prévalence de cette forme de violence dans la société, les tabous l'entourant et les effets délétères à long terme sur les victimes. Ces études qui ont été reprises par les tribunaux sont entrées dans le savoir juridique.

En droit québécois, l'influence du travail de droit comparé de juristes féministes s'est faite par « percolation »⁶⁷. D'abord, leurs propositions de réforme ont influencé la prise de position de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*⁶⁸. Ensuite, cet arrêt a été suivi par les tribunaux administratifs québécois et quelques années plus tard, par les tribunaux de droit commun. Enfin, le législateur québécois a prévu modifier le Code civil pour y intégrer les enseignements de la Cour suprême, plus de 20 ans après les modifications législatives dans les provinces canadiennes de common law.

Un avertissement s'impose. Si le droit comparé peut servir des objectifs féministes, sa pertinence est une question délicate en droit civil québécois. Le Québec, qui connaît un système juridique mixte, est habitué à regarder ailleurs, dans les pays de droit civil et de common law. Les influences entre les deux systèmes juridiques sont déjà bien documentées⁶⁹. Le Québec a été qualifié plus d'une fois de laboratoire de droit comparé⁷⁰. La mixité est inhérente à tous les systèmes de droit, encore plus aujourd'hui

67. « Circulation d'un fluide à travers une substance, sous l'effet de la pression » : *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2011. Le concept de la percolation rend l'image d'une idée qui se fraye un chemin en passant par différentes étapes.

68. Préc., note 64.

69. Voir H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », préc., note 48, p. 344.

70. Par exemple, Louis BAUDOIN, *Le Droit civil de la Province de Québec, Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953.

avec la mondialisation des économies⁷¹. Cependant, compte tenu de la position du droit civil en Amérique du Nord et de l'hégémonie du droit américain, la nécessité de protéger la spécificité du droit civil québécois est bien réelle⁷². Afin de respecter sa cohérence interne, les tribunaux québécois peuvent être réticents à incorporer des principes de common law dans le droit civil québécois⁷³. Le Code civil contient les éléments essentiels à son évolution. Encore faut-il que les tribunaux québécois utilisent tous les outils à leur disposition pour adapter le droit civil aux nouvelles réalités sociales. Il est vrai aussi qu'au Canada, l'exercice de droit comparé se fait souvent en un seul sens.

Après avoir décrit la présomption de conscience élaborée par le plus haut tribunal dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*⁷⁴, j'analyserai sa lente percolation dans le droit québécois.

-
71. Voir H. P. GLENN, « Droit comparé et droit québécois », préc., note 48.
72. L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Québec (P.G.) c. A*, 2013 CSC 5, portant sur la protection juridique des conjoints de fait au Québec en cas de rupture, illustre très bien la réticence du plus haut tribunal à intervenir en matière de droit civil. Voir spécialement l'opinion de la juge en chef McLaughlin à ce sujet, qui invite le législateur québécois à regarder l'encadrement juridique des conjoints de fait ailleurs au Canada. Mais elle se garde bien de lui imposer des solutions de protection.
73. Les exemples abondent sur la « complétude » du droit civil québécois. Voir Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 R. du B. can. 247. Par exemple, dans une poursuite en responsabilité extracontractuelle pour inceste, *L.(P.) c. L. (J.)*, 2009 QCCS 5655 au par. 28, le juge refuse d'appliquer l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 64, parce qu'il s'agit d'un arrêt de common law, infirmé en appel sur ce point, 2011 QCCA 1233. La juge Dutil affirme au par. 36 : « Il faut donc être prudent avant d'en importer les principes en droit civil. Toutefois, comme le soulignent les professeures Louise Langevin et Nathalie Des Rosiers : "L'esprit de cette décision s'applique au droit civil du Québec : il permet d'expliquer et de mettre en preuve l'impossibilité psychologique d'agir des victimes". » Voir, entre autres, les rappels des tribunaux québécois au sujet des distinctions entre la poursuite pour diffamation en droit civil et en common law. Voir Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2007, par. 293 et s. et par. 262 et s.
74. Préc., note 64.

2.1 Présomption de conscience

En 1992, dans l'arrêt de principe de common law, *M.(K.) c. M.(H.)*⁷⁵, le plus haut tribunal a reconnu la fréquence de l'inceste dans la société, les conséquences graves pour la victime et la latence des préjudices⁷⁶. Il a aussi admis le problème que représentent les délais de prescription pour ces victimes, qui ne sont pas toujours en mesure d'intenter une action dans les délais⁷⁷. Dans cette affaire, la demanderesse victime d'inceste avait déposé son action douze ans après la fin des agressions, bien au-delà du délai de prescription de quatre ans. Les recherches menées au Canada et aux États-Unis ont démontré que les victimes de violence sexuelle ne se confient pas et ne portent pas plainte parce qu'elles ont honte, se sentent responsables, ont peur de l'agresseur, ou ne veulent pas briser leur famille⁷⁸. Le secret qu'elles portent est très lourd. La Cour suprême s'est basée, entre autres, sur ces recherches⁷⁹ pour adapter le droit et permettre un meilleur accès aux tribunaux à ces victimes. Il s'agit ici d'une manifestation de l'interdisciplinarité, un aspect qui découle du droit comparé.

75. *Id.*

76. *Id.*, p. 18.

77. *Id.*, p. 17.

78. *Id.*

79. Elle cite la doctrine suivante : N. DES ROSIERS, « Les recours des victimes d'inceste et d'agression sexuelle », préc., note 63; N. DES ROSIERS, « Limitation Periods and Civil Remedies for Childhood Sexual Abuse », préc., note 63; David FINKELHOR et Angela BROWNE, « The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse : A Conceptualization », (1985) 55 *Amer. J. Orthopsychiat.* 530; Denise J. GELINAS, « The Persisting Effects of Incest », (1983) 46 *Psychiatry* 312; Carolyn B. HANDLER, « Civil Claims of Adults Molested as Children: Maturation of Harm and the Statute of Limitations Hurdle », (1987) 15 *Fordham Urb. L.J.* 709; Jocelyn B. LAMM, « Easing Access to the Courts for Incest Victims : Toward an Equitable Application of the Delayed Discovery Rule », (1991) 100 *Yale L.J.* 2189; Alan ROSENFELD, « The Statute of Limitations Barrier in Childhood Sexual Abuse Cases : The Equitable Estoppel Remedy », (1989) 12 *Harv. Women's L.J.* 206.

Pour régler le problème du point de départ de la prescription, le tribunal a proposé une présomption de conscience, inspirée des travaux de juristes canadiens et américains⁸⁰ ainsi que de la jurisprudence américaine⁸¹. La victime, qui n'aura pu intenter de recours à l'intérieur des délais de prescription en raison du « syndrome des victimes d'inceste »⁸², est présumée avoir eu conscience du lien de causalité entre le préjudice subi et la faute de l'agresseur seulement lorsqu'elle entreprend une thérapie qui lui permet de faire cette découverte⁸³. Bien que perfectible⁸⁴, cet arrêt réglait une partie des problèmes d'accès à la justice civile pour les victimes de violence sexuelle.

À la suite de cette décision de la Cour suprême, dans laquelle le plus haut tribunal exprimait le souhait que le droit de

80. Voir la doctrine citée, *id.*

81. Le juge La Forest procède à une analyse détaillée de la jurisprudence américaine dans ce domaine à partir du para 33.

82. Pour décrire ce syndrome, le juge cite l'extrait suivant : « Bien que la victime puisse savoir qu'elle a des problèmes psychologiques, le syndrome l'empêche de se rendre compte de la nature et de l'étendue des préjudices qu'elle a subis, que ce soit parce qu'elle a complètement oublié les agressions subies ou parce que ses souvenirs sont trop pénibles pour y faire face directement. En conséquence, jusqu'à ce que la victime se rende compte que le comportement de l'auteur de l'agression lui a causé un préjudice psychologique, le syndrome l'empêche d'engager des poursuites. C'est souvent un mécanisme de déclenchement, comme par exemple la psychothérapie, qui permet à la victime de surmonter les blocages psychologiques et de reconnaître le lien entre la conduite incestueuse de l'auteur de l'agression et ses souffrances psychologiques ». J. B. LAMM, préc., note 78, p. 2194 et 2195, cité dans *M. (K.) c. M. (H.)*, préc., note 64 à la p. 37.

83. La demanderesse avait suivi plusieurs thérapies avant de prendre conscience du lien entre la faute et les préjudices.

84. J. MOSHER, préc., note 65, critique cette présomption de conscience qui n'aide pas les victimes qui connaissent les préjudices et leur origine, mais qui sont incapables d'engager des poursuites, parce qu'elles ignorent leurs droits, ou n'ont pas les ressources financières pour intenter un tel recours. Elle aurait préféré l'imprescriptibilité pour ces victimes. Elizabeth Adjin-Tettey adopte la même position, voir « Improving the Potential of Tort Law for Redressing Historical Abuse Claims : The Need for a Contextualized Approach to the Limitation Defence », (2010-11) 42 *Ottawa Law Rev.* 95.

la prescription soit révisé pour tenir compte des réalités des victimes de violence sexuelle⁸⁵, plusieurs provinces canadiennes ont modifié leurs délais de prescription en conséquence⁸⁶. Dans certaines provinces canadiennes, les allégations de violence sexuelle ne sont pas soumises aux délais de prescription civile⁸⁷ ou les lois prévoient des délais de prescription plus longs. Ainsi, en Ontario, le délai de prescription de base de deux ans (art. 4) et le délai ultime de quinze ans de prescription (art. 15 (2)) ne courent pas lorsque la demanderesse est dans l'incapacité d'introduire une instance relative à la réclamation en raison de son état physique, mental ou psychologique⁸⁸. La loi prévoit une présomption simple d'incapacité d'introduire l'action, en faveur de la demanderesse, dans les cas d'agressions sexuelles et de voies de fait lorsqu'une des parties au litige était dans une relation d'intimité avec la demanderesse ou était une personne de qui la demanderesse dépendait financièrement ou autrement⁸⁹. Aucun délai de prescription ne s'applique dans les instances découlant d'une agression sexuelle si, au moment où l'agression a été commise, l'une des parties à l'agression était responsable de la personne agressée ou se trouvait dans une position de confiance

85. Préc., note 64, p. 58.

86. En Saskatchewan : *Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1 (art. 8); en Alberta : *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12 (art. 5.1); en Nouvelle-Écosse : *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258 (art. 2); en Ontario : *Prescription des actions (Loi de 2002 sur la)*, L.O. 2002, c. 24, ann. B (art. 6); aux Territoire du Nord-Ouest : *Prescriptions, Loi sur les*, L.R.T.N.-O. 1988, c. L-8 (art. 1 et 5); à l'Île du Prince-Édouard : *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7 (art. 1 et 5); à Terre-Neuve et Labrador : *Limitations Act*, S.N.L. 1995, c. L-16.1 (art. 15); au Nouveau-Brunswick : *Loi sur la Prescription*, L.R.N.-B. 2009, c. L-8 (art.18.1); au Yukon : *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139 (art.1 et 5). Voir E. ADJIN-TETTEY, préc., note 84.

87. En Colombie-Britannique, *Limitation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 266, s. 3 (4) (k) (l); au Manitoba, *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M. c. L-150, s. 2.1 (2) (a); en Saskatchewan, *The Limitation of Actions Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, s. 16 (1) (a), au Yukon; *Limitation of Actions Act*, R.S.Y. 2002, c. 139, s. 2 (3) (a) (b).

88. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, préc., note 86, art. 10 (1), 15 (4).

89. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, préc., note 86, art. 10 (2) et (3), 15 (5).

ou d'autorité par rapport à elle, ou la personne agressée dépendait de la partie financièrement ou autrement⁹⁰.

2.2 Percolation en droit québécois

Le Québec a malheureusement tardé à suivre la voie de la modification législative, laissant plutôt la tâche aux tribunaux de faire évoluer le droit. À cette époque, en 1991, le nouveau Code civil du Québec venait d'être adopté et toutes les énergies étaient investies à assurer la transition vers le nouveau droit. Il aurait été surprenant que le législateur québécois modifie à nouveau le droit de la prescription⁹¹.

Les instances chargées de la mise en œuvre de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁹² et les tribunaux administratifs ont été les premiers à utiliser les enseignements de la Cour suprême en matière de suspension de la prescription (2.2.1). Avec certaines hésitations, les tribunaux de droit commun ont incorporé au droit civil l'idée d'une présomption de conscience (2.2.2). Beaucoup d'efforts continuent à être investis par les parties demandresses dans la preuve de cet aspect procédural, au détriment de la preuve du préjudice. Une intervention législative aurait évité plusieurs années de tâtonnements jurisprudentiels (2.2.3).

2.2.1 Percolation dans l'interprétation de la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*⁹³

Depuis le milieu des années 1990, les instances qui appliquent la *L.I.V.A.C.*, comme les bureaux de révision de l'*I.V.A.C.* et la Commission des affaires sociales qui a été remplacée par le Tribunal administratif du Québec, ont adopté une position d'ouverture envers les victimes de violence sexuelle

90. *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, préc., note 86, art. 16 (h).

91. Dans le cas de poursuites pour préjudice, le nouveau Code civil a uniformisé la plupart des délais de prescription en établissant un délai de droit commun de trois ans. Art. 2925 C.c.Q.

92. L.R.Q. c. I-6 [*L.I.V.A.C.*].

qui présentent des demandes d'indemnisation hors délai⁹⁴. Notons qu'il n'en a pas toujours été ainsi. En 1994, parmi les 202 demandes d'indemnisation rejetées pour le motif de prescription, 155 concernaient des cas d'agressions sexuelles de victimes mineures.

D'abord, ces instances ont appliqué l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*⁹⁵ de la Cour suprême, que nous avons analysé plus haut. D'ailleurs, dans son *Rapport annuel d'activité 1996*, la Direction de l'I.V.A.C. soulignait la venue d'une nouvelle clientèle constituée notamment de victimes de violence par des thérapeutes et de survivants d'inceste. Cette situation serait due à l'interprétation de plus en plus large de la *L.I.V.A.C.*⁹⁶ En 2004, le Tribunal administratif du Québec a affirmé que « [l]a demande faite par les victimes d'inceste pour bénéficier des avantages de la *L.I.V.A.C.* doit faire l'objet d'un traitement particulier quant au recours reçu tardivement,

93. Cette partie est adaptée de Louise LANGEVIN et Nathalie DES ROSIERS, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2^e éd., en coll. avec Marie-Pier NADEAU, Cowansville, Yvon Blais, 2012, aux par. 192 et s.

94. Voir Gouvernement du Québec et Commission de la Santé et de la Sécurité au Travail, *Rapport annuel d'activité 1994*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 1995 à la p. 17. Voir aussi Québec, *Rapport annuel d'activité 1991*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 1992 à la p. 2, qui mentionne le rejet d'une demande d'une survivante d'inceste, parce qu'elle n'aurait pas présenté sa demande à l'intérieur du délai. La Direction de l'I.V.A.C. ne tient pas compte de la peur de la victime de faire éclater la cellule familiale et de sa peur de l'agresseur. En 1996, 62 demandes ont été rejetées pour le motif de prescription. Voir Québec, *Rapport annuel d'activité 1996*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 1997 à la p. 18. En 2010, 392 demandes ont été refusées sur 1 192, soit 33 % des demandes rejetées, pour le motif de prescription, voir Québec, *Rapport annuel d'activité 2010*, Québec, Direction de l'indemnisation des victimes d'actes criminels, 2011, tableau 10 à la p. 25. Le rapport ne mentionne pas le nombre de demandes rejetées concernant la violence sexuelle.

95. Préc., note 64. Dès 1995, la Commission des affaires sociales applique l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels - 1*, [1996] C.A.S. 1.

96. Voir Québec, *Rapport annuel d'activité 1996*, préc., note 94, p. 8.

conformément à la jurisprudence du présent tribunal et aux enseignements des cours supérieures »⁹⁷.

Ensuite, comme deuxième signe d'ouverture envers les victimes de violence sexuelle intrafamiliale, dès 1995, la jurisprudence a interprété le délai d'un an pour présenter une demande en vertu de l'article 11 *L.I.V.A.C.*⁹⁸ non pas comme un délai de prescription ou de déchéance, mais plutôt comme « un simple laps de temps au terme duquel peut naître une présomption de renonciation [aux avantages de la loi] »⁹⁹. Après l'écoulement de ce délai, une présomption de renonciation aux avantages de la loi s'applique. Cependant, cette présomption peut être renversée par la victime. Le formulaire « Annexe 2 – demande de prestations présentée après l'expiration du délai prévu » demande à la victime de motiver son retard¹⁰⁰. Ainsi, la victime peut prouver qu'elle n'a pas renoncé aux avantages de la loi, puisqu'elle était incapable de présenter une demande d'indemnisation en raison d'un état de choc, d'événements troublants ou traumatisants qu'elle a vécus, ou qu'elle ne faisait

97. Voir *Ministre de la Justice c. Direction IVAC et C. B.*, (21 septembre 2004), AZ-50277065 (T.A.Q.), SAS-Q-095207-0302 (T.A.Q.), qui cite *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 64.

98. Le délai d'un an devrait être porté à trois ans. Il est difficile de justifier que les victimes qui intentent une action civile jouissent de délais plus longs que celles qui présentent une demande d'indemnisation auprès de la direction de l'IVAC, alors que leur préjudice est similaire. Voir nos commentaires dans *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, préc., note 94, par. 211, p. 237.

99. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels – 1*, [1995] C.A.S. 1; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels – 2*, [1995] C.A.S. 5.

100. Dans le formulaire « Annexe 2 – demande de prestations présentée après l'expiration du délai prévu », trois questions lui sont posées : 1) Expliquez pourquoi votre demande de prestations n'a pas été présentée à la Direction de l'IVAC dans les délais prévus par la loi, 2) Avez-vous été empêché par une maladie, une hospitalisation, des problèmes psychologiques, une cure fermée, etc., de présenter votre demande de prestations plus tôt?, 3) Avez-vous déjà entrepris une démarche auprès d'un professionnel de la santé (médecin, psychologue, travailleur social) qui vous a permis d'établir un lien entre votre état psychologique et les événements? En ligne : <<http://www.ivacqcca/PDF/0210F.pdf>>. Voir *R. P. c. Québec (Procureur général du Québec)*, 2010 QCTAQ 04101.

pas le lien entre ses problèmes actuels et les gestes de violence passés¹⁰¹. La victime fait habituellement appel à des experts médicaux¹⁰². Selon un courant jurisprudentiel très contestable, le seul fait d'ignorer l'existence de la loi ne suffit pas à renverser la présomption de renonciation aux avantages de la *L.I.V.A.C.*¹⁰³ Mais elle n'a pas à prouver une impossibilité d'agir¹⁰⁴, puisque le

-
101. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 9, [1990] C.A.S. 46; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 9, [1994] C.A.S. 354; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 1, [1996] C.A.S. 1; *Décision du Bureau de révision IVAC – civisme*, dossier n° 9980 645, le 8 décembre 1989; *Décision du Bureau de révision de la région de l'Outaouais*, dossier n° 0 0726 674 5, le 11 mai 1995; *Décision du Bureau de révision de la région de Montréal*, dossier n° 0 0622 345 7, le 19 décembre 1994; *Décision du Bureau de révision IVAC/civisme, région hors Québec*, n° de dossier 0 0682 6697, le 27 février 1997; *G. C. c. Procureur général du Québec et CSST*, (8 mai 2001) SAS-Q-069727-0011 (TAQ), AZ 50244783 (T.A.Q.); *Ministre de la Justice c. Direction IVAC et C. B.*, (21 septembre 2004), SAS-Q-095207-0302 (T.A.Q.), AZ-50277065 (T.A.Q.); C.S. c. *Québec (Procureur général)*, 2010 QCTAQ 06290.
102. Sur la valeur du témoignage de l'expert, voir *M.S. c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCTAQ 09208, qui cite avec approbation *P.L. c. J.L.*, 2011 QCCA 1233, première décision de la Cour d'appel à avoir incorporé en droit québécois l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*, préc., note 64.
103. *Accidents du travail* – 88, [1982] C.A.S. 808, 810. Voir aussi *Décision du Bureau de révision IVAC/civisme de la région de Montréal*, dossier n° 0 0729 1529, le 8 novembre 1996; *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 24, [1998] C.A.S. 5 (C.A.S.); *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 22, [1997] C.A.S. 422 (C.A.S.); *C...L... c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, SAS-Q-086167-0204; *H.P. c. Québec (Procureur général)*, [2002] T.A.Q. 956 (rés.); *S.P. c. Tribunal administratif du Québec*, J.E. 2006-2317 (C.S.) (requête pour permission d'en appeler rejetée, C.A., 500-09-01204-066); *G.R.V. c. Québec (Procureur général)*, [2004] T.A.Q. 1068 (rés.); *M. B. c. Québec (Procureur général) et Direction I.V.A.C.*, AZ-50246833.
104. Voir *Sauveteurs et victimes d'actes criminels* – 2, [1995] C.A.S. 5; *C. L. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, 18 août 2003, SAS-Q-086167-0204, T.A.Q.; *J. S. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, SAS-M-105570-0506, 8 juin 2006, T.A.Q.; Voir *C. P. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail (IVAC)*, [2005] QCTAQ 0410. Voir Louise LANGEVIN et Nathalie DES ROSIERS, « L'impossibilité psychologique d'agir et les délais de prescription : lorsque le temps compte », (2008) 42 R.J.T. 395.

tribunal apprécie les circonstances particulières de chaque espèce selon des critères de raisonnabilité¹⁰⁵.

Il est permis de penser que l'influence de la présomption de conscience de la Cour suprême, dans des affaires d'indemnisation de victimes de violence sexuelle, s'est d'abord fait sentir dans l'interprétation de la *L.I.V.A.C.* par la Commission des affaires sociales (et non chez les tribunaux de droit commun dans le cadre d'une poursuite civile), en raison des objectifs indemnitaires de la loi. La Commission ne s'inquiète pas de l'origine de common law de la décision *M.(K.) c. M.(H.)*. Cette approche libérale dans l'interprétation de la *L.I.V.A.C.* n'est pas particulière au Québec, puisque plusieurs lois des provinces canadiennes similaires à la *L.I.V.A.C.* permettent aussi de prolonger le délai d'un an ou deux ans pour tenir compte de circonstances particulières¹⁰⁶.

2.2.2 Percolation dans l'interprétation du Code civil par les tribunaux de droit commun

Au moment où la décision de principe *M.(K.) c. M.(H.)*¹⁰⁷ est rendue par la Cour suprême en 1992, les tribunaux québécois appliquent de façon très étroite l'impossibilité d'agir pour

105. Voir *C. P. c. Procureur général du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail (IVAC)*, 2005 QCTAQ 0410; *A. c. Procureur général du Québec et Direction – IVAC*, 2007 QCTAQ 02172; *A. M. c. Québec (Procureur général)*, 2009 QCTAQ 03487; *P. L. c. Québec (Procureur général)*, 2010 QCTAQ 02578.

106. Colombie-Britannique : *Criminal Injury Compensation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 85, art. 6; Ontario : *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.O. 1990, c. C-24, art. 6 : La requête en indemnisation doit être présentée dans les deux ans qui suivent la date de la lésion ou du décès. La Commission peut toutefois, avant ou après l'expiration de cette période de deux ans, proroger le délai d'une durée qu'elle juge justifiée. Alberta : *Victims of Crime Act*, R.S.A. 2000, c. V-3, art. 12; Ile-du-Prince-Édouard : *Victims of Crime Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. V-3.1, art. 17; Manitoba : *The Victim's Bill of Rights*, C.C.S.M. c. V-5, art. 51; Nouvelle-Écosse : *Compensation for Victims of Crime Act*, R.S.N.S. 1989, c. 8, art. 8; Saskatchewan : *Victims of Crime Act*, 1995, S.S. 1995, c. V-6.011, art. 14.

107. Préc., note 64.

suspendre la prescription (art. 2232 C.c.B.C.)¹⁰⁸. L'impossibilité d'agir doit équivaloir à un cas de force majeure. Cette interprétation restrictive empêche toute forme d'accès à la justice civile pour les victimes de violence sexuelle, dont la capacité d'action et le libre arbitre sont paralysés par une multitude de facteurs. Le recours collectif intenté par « Les Orphelins de Duplessis » en 1995 est rejeté pour cette raison¹⁰⁹. L'article 2904 C.c.Q., qui abandonne le caractère « absolu » de l'impossibilité d'agir, entre en vigueur en 1994. En 1998, dans un litige en responsabilité extracontractuelle pour inceste, une première décision de la Cour supérieure¹¹⁰ applique la présomption de conscience de l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹¹¹ pour suspendre la prescription. La thérapie ne sera pas l'élément déclencheur, mais plutôt un événement particulier qui permettra à la demanderesse victime d'inceste d'établir le lien entre l'agression subie dans le passé et ses problèmes actuels.

La même année, dans une affaire de violence policière¹¹², la Cour suprême se prononce en droit civil sur l'interprétation de l'impossibilité psychologique d'agir comme mécanisme d'assouplissement de la prescription. Le juge Gonthier rejette la force majeure comme critère d'évaluation de l'impossibilité d'agir. Selon lui, le droit civil québécois reconnaît que l'impossibilité d'agir peut résulter de la faute du débiteur, par exemple lorsque l'état psychologique de crainte du demandeur est causé par la faute du défendeur. En s'inspirant de la crainte, vice de

108. Voir *Semmelaack c. Ferguson*, (1941) 48 R.L. 163 (C.S.); *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et des courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113; *Gauthier c. Beaumont*, J.E. 90-871 (C.S.), maintenu en appel [1996] R.D.J. 126 (C.A.), inf. par la Cour suprême [1998] 2 R.C.S. 3 [Gauthier].

109. *Kelly c. Communauté des Sœurs de la charité de Québec*, J.E. 95-1875 (C.S.) (appel déserté le 8 février 1996). Voir aussi *Sylvestre c. Communauté des Sœurs de la charité*, J.E. 96-1736 (C.S.).

110. *A. c. B.*, [1998] R.J.Q. 3117 (C.S.).

111. Préc., note 64.

112. *Gauthier*, préc., note 108. Voir Louise LANGEVIN, « Suspension de la prescription extinctive : à l'impossible nul n'est tenu », (1996) 56 R. du B. 185; Louise LANGEVIN, « *Gauthier c. Beaumont* : la reconnaissance de l'impossibilité psychologique d'agir », (1998) 58 R. du B. 167.

consentement (art. 1402 C.c.Q., 995 C.c.B.C.), le magistrat adopte un critère d'évaluation de l'impossibilité d'agir à la fois objectif et subjectif. Le tribunal doit déterminer de façon objective l'existence d'un mal sérieux et présent, mais il doit aussi évaluer subjectivement le caractère déterminant de la crainte. La Cour suprême indique que la crainte du demandeur, engendrée par la faute du défendeur, peut expliquer l'impossibilité psychologique d'agir de celui-ci et suspendre la prescription.

De 1998 à 2009, dans de nombreuses poursuites en responsabilité extracontractuelle pour violence sexuelle, les juges appliquent tant bien que mal la présomption de conscience pour suspendre la prescription¹¹³. Certains s'en tiennent à la crainte du demandeur comme motif de suspension¹¹⁴. Les demanderesses consacrent beaucoup d'énergie à établir cette preuve. Dans le cadre de recours collectifs intentés par des victimes contre des maisons d'enseignement pour des agressions sexuelles commises par leurs enseignants, des règlements prévoient la mise de côté des délais de prescription¹¹⁵. Cette mesure est nécessaire, compte

113. Il serait trop long de citer toutes des décisions rapportées. Voir, par exemple, *M. B.-C. c. L. H.*, 2005 CanLII 9514 (QC CS); *M.S. c. A.S.*, 2006 QCCS 1097; *R. c. L.D.*, 2007 QCCS 2159; *E.L. c. J.B.*, 2007 QCCQ 14998; *G.P. c. Binet*, 2007 QCCS 4027; *L.H. c. L.G.*, 2008 QCSC 4646.

114. Voir, par exemple, *Lauzon c. Auger*, 2010 QCCS 83, 2012 QCCA 27, maintenu en appel sauf pour la possibilité de réouverture du dossier en vertu de l'art. 1615 C.c.Q. Permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada refusée, n° 34710, 31 mai 2012.

115. Dans le recours collectif d'anciens étudiants contre l'Association Selwyn House pour des comportements de nature sexuelle par des enseignants de cet établissement, l'entente prévoit entre autres qu'aucun délai de prescription ne serait imposé aux membres des groupes visés et à leur famille. Le tribunal considère que cet aspect du règlement est très avantageux pour les membres. Par ailleurs, le temps court toujours contre ces victimes, puisqu'elles doivent respecter les délais pour se joindre au recours collectif. Voir *M.G. c. Association Selwyn House*, 2009 QCCS 989, qui a autorisé la deuxième transaction. Voir aussi *Règlement et processus d'indemnisation à l'endroit des membres et des parents*, dans l'affaire du recours collectif *Cornellier c. La province canadienne de la congrégation de Sainte-Croix et Collège Notre-Dame-du-Sacré-Cœur*, 2011 QCCS 6670, qui prévoit que les intimés s'engagent à renoncer à plaider le délai de prescription.

tenu de la difficulté d'étayer la preuve dans des cas qui se sont produits il y a plusieurs décennies.

En 2009, la Cour d'appel a l'occasion de se prononcer sur l'impossibilité d'agir d'une mineure victime d'attouchements sexuels par un religieux¹¹⁶. Le tribunal conclut que les parents de la mineure n'étaient pas dans l'impossibilité d'agir, puisqu'ils faisaient le lien entre les agressions subies par leur fille et ses problèmes. Les juges majoritaires ne citent pas l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹¹⁷, mais appliquent clairement la présomption de conscience¹¹⁸. Le juge Chamberland, dissident, mentionne la présomption de conscience élaborée dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)* pour déterminer le point de départ de la prescription¹¹⁹. Puisque la preuve sur la prise de conscience des parents n'est pas claire et qu'à l'étape de la requête en irrecevabilité, le juge n'est pas en mesure de trancher une question de fait, le juge Chamberland rejette la requête en irrecevabilité au motif de prescription. La Cour suprême partage l'opinion de ce dernier¹²⁰. Elle se trouve ainsi à reconnaître que la présomption de conscience fait partie du droit civil.

C'est en 2011 que la Cour d'appel réconcilie les deux mécanismes d'assouplissement de la prescription proposés par la Cour suprême, soit la présomption de conscience et la crainte, et confirme l'incorporation de la présomption de conscience en droit civil¹²¹. La crainte ressentie par la victime envers l'agresseur,

116. *S.C. c. Archevêque catholique romain de Québec et Paul-Henri Lachance*, 2009 QCCA 1349, inf. par 2010 CSC 44. La Cour suprême retourne le dossier en Cour supérieure pour décider si les faits permettent de tirer des inférences établissant que la prescription n'a pas commencé à courir avant 2006 ou, possiblement, qu'elle a été suspendue en raison des circonstances de l'espèce. Un règlement à l'amiable a eu lieu en décembre 2011. La question demeure donc ouverte.

117. Préc., note 64.

118. Voir, entre autres, aux par. 105 et 106.

119. Préc., note 116 au par. 135.

120. *Id.*

121. *P.L. c. J.L.*, préc., note 103.

comme dans l'arrêt *Gauthier*¹²², figure *parmi* les éléments qui empêchent la victime de prendre conscience et d'agir, comme proposé par la présomption de conscience dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹²³. La juge Dutil considère que « [l]'esprit de cette décision [*M.(K.) c. M.(H.)*] s'applique au droit civil du Québec : il permet d'expliquer et de mettre en preuve l'impossibilité psychologique d'agir des victimes »¹²⁴. Un élément déclencheur permettra une prise de conscience de la victime et le délai de prescription commencera à courir à ce moment. Le critère de la crainte est trop restrictif quand la victime n'a pas peur de l'agresseur. D'autres motifs que la crainte envers le défendeur peuvent expliquer l'absence de libre arbitre de la demanderesse¹²⁵. Ainsi, le silence de la victime peut se justifier par sa crainte de briser sa famille ou de perdre l'amour et l'appui de certaines personnes chères¹²⁶, la crainte de la réaction des autres et le tabou entourant l'inceste¹²⁷. Dans certains cas, la victime adolescente peut considérer l'agresseur comme son amoureux¹²⁸. La Cour d'appel a peaufiné l'application de la présomption de conscience en reconnaissant que, dans certains cas, la prise de conscience nécessite plusieurs événements qui, pris séparément, ne sont pas suffisants pour permettre à la victime d'agir, mais qui s'inscrivent dans un continuum.

Malgré l'adoption de la présomption de conscience en droit civil, qui facilite la tâche aux demanderesse, elles doivent faire la

122. Préc., note 108.

123. Préc., note 64.

124. Préc., note 103, par. 36.

125. Voir *Catudal c. Borduas*, J.E. 2004-1129 (C.S.), au par. 126 : la demanderesse avait peur de se faire mal à elle. Cette décision est infirmée sur la question de la prescription par 2006 QCCA 1090, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême refusée, 2007 CSC 31701.

126. Voir *L.H. c. L.G.*, préc., note 113 : la demanderesse a attendu la mort de sa tante, la seule personne significative dans sa vie, avant d'intenter son recours contre son oncle agresseur.

127. Voir *A. c. B.*, 2007 QCCS 5, conf. en appel EYB 2008-131357; *Ringuette c. Ringuette*, 2003 CanLII 23578 (QC CS), conf. par C.A., EYB 2004-64949.

128. Voir *K.M. c. P.V.*, 2008 CSQC 2725.

preuve que la présomption s'applique à elles¹²⁹. Si elles réussissent, elles sont encore soumises à un délai de prescription de trois ans (art. 2925 C.c.Q.).

2.2.3 Percolation jusqu'à la modification législative

Vingt ans après le souhait de réforme législative formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹³⁰ et les modifications législatives adoptées par les autres provinces canadiennes, le gouvernement québécois a décidé de modifier le Code civil. On peut s'interroger sur la lenteur du législateur québécois à réagir. Dans le projet de loi 70¹³¹, il a proposé un délai de prescription de dix ans dans le cas d'une action en réparation du préjudice découlant d'actes qui portent atteinte à la personne et qui peuvent constituer des infractions criminelles. Ce délai commencerait à courir à partir du jour où la victime a connaissance que son préjudice est attribuable à cet acte¹³². Le délai de prescription ne courrait pas dans le cas d'actions intentées au nom de mineurs et de majeurs sous curatelle ou tutelle victimes d'infractions criminelles¹³³. Dans la conférence de presse qu'il a accordée en avril 2012 lors du dépôt de ce projet de loi à l'Assemblée nationale, le ministre de la Justice soulignait que les modifications proposées visaient à accorder plus de temps aux victimes de violence pour entreprendre leur action civile¹³⁴.

129. Les demanderessees ne réussissent pas toujours à faire cette preuve : voir *B. (F.) c. Therrien (succession de)*, 2012 QCCS 175.

130. Préc., note 64.

131. P.L. 70, *Projet de loi facilitant les actions civiles des victimes d'actes criminels portant atteinte à la personne et l'exercice de certains autres droits*, 2^e session, 39^e législature, Québec, 2012. Projet de loi mort au feuillet en raison du déclenchement des élections provinciales en août 2012.

132. Art. 7 du P.L. qui ajoute l'art. 2926.1 C.c.Q.

133. Art. 6 du P.L. qui modifie l'art. 2904 C.c.Q. Le législateur solutionne ainsi le problème soulevé dans l'arrêt *S.C. c. Archevêque catholique romain de Québec et Paul-Henri Lachance*, préc., note 114.

134. Voir en ligne : <<http://communiqués.gouv.qc.ca/gouvqc/communiqués/GPQF/Avril2012/17/c6448.html>>.

Quelques commentaires s'imposent. Les modifications proposées visent tout acte criminel qui porte atteinte à la personne, et pas seulement les agressions sexuelles, ce qui inclut par exemple les voies de fait, les menaces et le harcèlement criminel. Notons que la condamnation pénale n'est pas exigée. Il s'agit de prouver selon la prépondérance des probabilités que les gestes subis, qui sont des atteintes à l'intégrité physique et psychologique de la personne, seraient aussi des infractions criminelles d'un point de vue objectif. À notre avis, pourrait aussi être incluse, par exemple, la fraude qui a des conséquences psychologiques sur la victime. Il doit s'agir d'une atteinte à la personne, ce qui inclut le préjudice tant physique que psychologique. Cette dernière forme de préjudice ne doit pas nécessairement découler du préjudice physique. Le législateur évite de reprendre la distinction entre le préjudice physique, moral et matériel de l'article 1607 C.c.Q., prévenant ainsi la confusion qui peut en découler¹³⁵.

Le délai de dix ans commencerait à courir à partir du moment où la victime fait le lien entre la faute et son préjudice. Il s'agit là de la codification du droit actuel. On pourrait y avoir une codification de la présomption de conscience de la Cour suprême élaborée dans l'arrêt *M.(K.) c. M.(H.)*¹³⁶. Le Code civil du Québec reconnaîtrait explicitement que l'impossibilité psychologique peut empêcher la demanderesse d'intenter une action. Il ne s'agit pas de suspension de la prescription, mais de non-cristallisation de la cause d'action. Le fardeau de preuve de la victime de violence sexuelle ou conjugale n'est pas allégé pour autant. Elle doit prouver sa prise de conscience par un événement déclencheur ou encore par les résultats de thérapies qui lui ont permis de prendre conscience du lien entre l'acte de violence subi et son préjudice. Le défendeur tentera certainement de mettre en preuve que la victime en avait pris conscience bien avant.

135. Sur cette question, voir L. LANGEVIN et N. DES ROSIERS, préc., note 93, au par. 412, p. 298.

136. Préc., note 64.

On peut regretter que le gouvernement n'ait pas proposé, au minimum, en termes clairs une présomption simple d'incapacité d'agir qui découle de l'agression sexuelle : les études démontrent les effets néfastes des agressions sur la santé psychologique des victimes et sur leur libre arbitre¹³⁷. Par cette présomption simple, la demanderesse prouve l'agression et ses conséquences physiques et psychologiques. Son incapacité à agir plus tôt est ainsi présumée. Elle n'a pas à prouver sa prise de conscience à un moment précis. Le délai de prescription commence à courir au jour de l'introduction de l'action. Alors, le défendeur peut tenter de renverser cette présomption¹³⁸.

Par ailleurs, on peut s'interroger sur la pertinence d'un délai de dix ans proposé dans le projet de loi¹³⁹ : quel est l'objectif? Que désire-t-on protéger? La tranquillité d'esprit du défendeur, la qualité des éléments de preuve, la sécurité dans les relations juridiques? Pourquoi pas vingt ans¹⁴⁰? Comment justifier le délai

-
137. Voir D. FINKELHOR et A. BROWNE, « The Traumatic Impact of Child Sexual Abuse : A Conceptualization », préc., note 79; Azmaira Hamid MAKER et al., « Long Term Psychological Consequences in Women of Witnessing Parental Physical Conflict and Experiencing Abuse in Childhood » (1998) 13 *Journal of Interpersonal Violence* 574; Isabelle ÉMOND et al., « Les troubles extériorisés et intériorisés des enfants témoins de violence conjugale et leurs variables associées : une recension des écrits », (2000) 25 *Santé mentale au Québec* 258; Cynthia R. MARKS et al., « Effects of Witnessing Severe Marital Discord on Children's Social Competence and Behavioral Problems », (2001) 9 *The Family Journal Counselling and Therapy for Couples and Families* 94.
138. C'est ce qu'a proposé la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Commentaires sur le projet de loi n° 70, Loi facilitant les actions civiles des victimes d'actes criminels et l'exercice de certains autres droits*, Québec, juin 2012.
139. Le délai de dix ans peut avoir été inspiré par l'Office de révision du Code civil. Dans le cas où le préjudice se manifeste graduellement, l'ORCC proposait un délai de déchéance de dix ans à partir du fait qui a causé le préjudice. Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1977, Livre septième, art. 51.
140. L'art. 2226 du Code civil français a été modifié en 2008 pour permettre une prescription de vingt ans lorsque le préjudice est causé par des tortures et des actes de barbarie, des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008

de dix ans? Il serait contraire à l'ordre public si un agresseur acquérait une immunité contre les conséquences de son agression par l'effet du temps. De plus en plus, les crimes sérieux, comme les crimes de guerre et la torture, ne sont pas prescriptibles¹⁴¹. Nous sommes davantage dans une ère d'imputabilité, ce que la responsabilité extracontractuelle doit refléter.

Le délai de dix ans n'est-il pas en fait un délai de déchéance ou un délai ultime, car il ne pourra pas être suspendu plus tard. Si la victime a fait la preuve du moment où elle a établi le lien de causalité, elle ne pourra pas par la suite, pendant les dix ans, demander la suspension de la prescription, si par exemple des problèmes de santé retardent le dépôt de son action.

À notre avis, pour des raisons d'accessibilité à la justice, les délais de prescription dans les cas de violence sexuelle (violence conjugale incluse) et non sexuelle commise sur des personnes, mineures ou non, dans des relations d'intimité, d'autorité, de confiance ou de dépendance, devraient être abolis¹⁴².

portant réforme de la prescription en matière civile. Voir Cristina CORGAS-BERNARD, « La loi du 17 juin 2008 et le droit de la réparation du dommage corporel » dans Philippe CASSON et Philippe PIERRE (dir.), *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin régulé?*, Paris, Dalloz, 2010, 93.

141. Art. 29, Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, adopté le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

142. Voir en Ontario, *Prescription des actions (Loi de 2002 sur la)*, préc., note 86, art. 10 (3) : « À moins de preuve du contraire, le titulaire d'un droit de réclamation fondé sur une agression sexuelle est présumé avoir été dans l'incapacité d'introduire l'instance antérieurement à la date de son introduction ». E. Adjin-Tettey propose l'abolition de toute forme de délais de prescription ou de délais de déchéance dans des actions civiles concernant des violations – commises il y a de nombreuses années – de l'intégrité et de l'autonomie de personnes vulnérables, comme des enfants, des femmes, des handicapés et des autochtones. Elle propose de tenir compte du contexte particulier de ces violations. En plus des cas de violence sexuelle et non sexuelle dans les pensionnats autochtones, dans des familles d'accueil, dans des établissements d'enseignement, dans des hôpitaux pour enfants handicapés, violations qui se sont déroulées il y a plusieurs décennies et souvent sous l'autorité de l'État, elle mentionne

La description de cette évolution historique permet de voir de quelle façon le travail des chercheuses féministes, qui ont utilisé le droit comparé, a mené ultimement à des réformes législatives. La percolation dans le droit civil d'une solution inspirée de la common law canadienne s'est produite sur vingt ans. Le recours à une présomption de conscience ne perturbe pas ou ne modifie pas une conception de base ou une institution du droit civil. La présomption facilite l'expression de l'impossibilité psychologique d'agir. D'ailleurs, les règles de la responsabilité extracontractuelle utilisent déjà le mécanisme de la présomption¹⁴³. On remarque aussi une similitude entre la règle de la possibilité de la découverte tardive de common law, qui permet de retarder le déclenchement des délais de prescription, et la règle de l'impossibilité d'agir pour suspendre la prescription du Code civil du Québec. De plus, la common law canadienne des délits a déjà beaucoup d'influence sur le droit de la responsabilité extracontractuelle¹⁴⁴.

CONCLUSION

Si le droit peut servir d'outil de changement social pour les femmes, la fonction subversive du droit comparé peut y contribuer. L'exemple de l'adaptation progressive des délais de

aussi des cas de stérilisation forcée. Voir E. ADJIN-TETTEY, préc., note 83. C'est aussi la position du Barreau du Québec au sujet du projet de loi 70, voir la lettre du Bâtonnier au ministre de la Justice du 23 mai 2012, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2012/20120523-pl-70.pdf>>.

143. Pensons, par exemple, à la présomption de faute des parents pour le fait dommageable de leur enfant (art. 1459 C.c.Q.) ou du gardien du bien pour le préjudice causé par le bien qu'il a sous sa garde (art. 1465 C.c.Q.). Ou encore la présomption de responsabilité de l'employeur pour la faute de son employé (art. 1463 C.c.Q.).

144. Pensons à la trilogie de la Cour suprême en matière de règles de calcul de l'indemnisation du préjudice corporel (*Andrews c. Grand and Toy, Alberta Ltd*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Thornton c. Prince George School Board*, [1978] 2 R.C.S. 267; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287), aux critères d'évaluation des dommages-intérêts punitifs de l'art. 1621 C.c.Q. inspirés du rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Exemplary Damages*, Toronto.

prescription, tant en common law canadienne qu'en droit québécois, témoigne de ce travail subversif en droit. Dans le sillon laissé par l'adoption de la présomption de conscience en droit québécois pour assouplir les délais de prescription ont suivi les études, entre autres, en psychologie, en criminologie et en médecine sur les effets dévastateurs des violences sexuelles sur les survivantes. En citant ces études qui sont à la base des réformes jurisprudentielles, les tribunaux ont fait entrer ce savoir dans le domaine du droit. D'autres tribunaux ont mentionné à leur tour ces études.

Les féministes et les comparatistes contestataires ont souligné que la comparaison comporte son lot de pièges : la norme juridique n'est ni neutre, ni universelle. Le comparatiste ne peut s'extraire de son contexte culturel et à coup sûr, sa comparaison est empreinte de biais. La mission de comparaison est-elle alors impossible? Comme le démontre l'exemple de la percolation en droit québécois de la présomption de conscience, qui à l'origine avait été proposée par des chercheuses féministes, le droit comparé peut être utilisé comme un outil féministe de réforme législative. L'emprunt et l'adaptation de solutions juridiques d'autres systèmes juridiques, comme dans le cas exposé ci-haut, peut se faire entre sociétés similaires. Comme l'affirme Patrick Glenn, « [t]he legal tradition which is recognizable as Other is never entirely alien »¹⁴⁵.

ÉPILOGUE

La rédaction du présent texte a été complétée avant l'adoption du projet de loi 22 présenté par le nouveau gouvernement¹⁴⁶. Les

145. H. P. GLENN, préc., note 46, p. 140. Dans son article, « La civilisation de la common law », (1993) 45 R.I.D.C. 559, H. P. Glenn souligne aussi l'influence du droit civil sur la common law, pour démontrer que les deux systèmes ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Voir aussi nos commentaires, préc., note 48.

146. *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription*, L.Q. 2013, c. 8.

dispositions adoptées en matière de prescription répondent en partie aux critiques énoncées ci-dessus relativement au projet de loi 70, mais le législateur s'est refusé à admettre l'imprescriptibilité du droit d'action des victimes d'actes portant atteinte à la personne et qui peuvent constituer des infractions criminelles.