

LE TRAITEMENT DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELIGIEUSE PAR LE *CODE CRIMINEL* DE 1892 : LES EXEMPLES DE LA POLYGAMIE MORMONE ET DE LA PROSTITUTION DE LA « FEMME SAUVAGE »

Marie-Pierre Robert

Numéro hors-série, 2013

Numéro spécial SoDrus

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105936ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10248>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Robert, M.-P. (2013). LE TRAITEMENT DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELIGIEUSE PAR LE *CODE CRIMINEL* DE 1892 : LES EXEMPLES DE LA POLYGAMIE MORMONE ET DE LA PROSTITUTION DE LA « FEMME SAUVAGE ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 131–158. <https://doi.org/10.17118/11143/10248>

Résumé de l'article

Ce texte analyse le traitement de la diversité culturelle et religieuse par le *Code criminel* de 1892 à partir de deux exemples de dispositions qui font explicitement référence à de telles minorités : celle relative à la criminalisation de la polygamie, qui mentionne la pratique du mariage spirituel ou plural des mormons, et celle relative à la prostitution de la « femme sauvage ». Dans les deux cas, les dispositions seront analysées en tenant compte du contexte socio-historique dans lequel elles ont été adoptées.

Cette étude d'infractions qui visent les relations maritales et sexuelles fera ressortir le fait que le droit criminel de l'époque, fortement empreint de la morale victorienne, a été utilisé comme un outil d'assimilation des minorités dont les moeurs différentes étaient jugées immorales.

ARTICLE

LE TRAITEMENT DE LA DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELIGIEUSE PAR LE CODE CRIMINEL DE 1892 : LES EXEMPLES DE LA POLYGAMIE MORMONE ET DE LA PROSTITUTION DE LA « FEMME SAUVAGE »

par Marie-Pierre ROBERT*

Ce texte analyse le traitement de la diversité culturelle et religieuse par le Code criminel de 1892 à partir de deux exemples de dispositions qui font explicitement référence à de telles minorités : celle relative à la criminalisation de la polygamie, qui mentionne la pratique du mariage spirituel ou plural des mormons, et celle relative à la prostitution de la « femme sauvage ». Dans les deux cas, les dispositions seront analysées en tenant compte du contexte socio-historique dans lequel elles ont été adoptées.

Cette étude d'infractions qui visent les relations maritales et sexuelles fera ressortir le fait que le droit criminel de l'époque, fortement empreint de la morale victorienne, a été utilisé comme un outil d'assimilation des minorités dont les mœurs différentes étaient jugées immorales.

This text analyses how the 1892 Criminal Code deals with cultural and religious diversity, using two examples of provisions making explicit reference to minorities: the section on polygamy, which mentions Mormon spiritual and plural marriages, and the section on the prostitution of Indian women. In both cases, the provisions will be analysed taking into account the socio-historical context in which they were adopted.

The study of these offenses relating to marital and sexual relations will highlight the fact that the criminal law of the time, greatly influenced by Victorian morality, was used as a tool to assimilate minorities with different customs seen as immoral.

* . Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et codirectrice du Centre de recherche Société, Droit et Religions de l'Université de Sherbrooke (SoDRUS).

SOMMAIRE

Introduction		133
1. La polygamie ou le mariage spirituel des mormons...		136
1.1	La polygamie chez les mormons	136
1.2	L'historique de la criminalisation de la polygamie au Canada	137
1.3	L'effet de cet historique sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie	142
2. La prostitution de la « femme sauvage »		144
2.1	Les distinctions entre l'infraction visant la prostitution de la femme indienne et les dispositions générales applicables à la prostitution	147
2.2	L'association de l'Indienne à la prostitution	149
2.3	Pourquoi prévoir une disposition spécifique à ce sujet?	154
Conclusion		156

Introduction

Le *Code criminel*¹ canadien, sanctionné le 9 juillet 1892, était l'un des premiers codes criminels adopté par un pays de l'Empire britannique². La Grande-Bretagne avait elle-même tenté de codifier son droit criminel quelques années auparavant, mais sans succès. Le projet britannique rédigé par James Fitzjames Stephen a d'ailleurs servi de base aux travaux de codification canadiens³, pilotés par John Thompson⁴, ministre de la Justice conservateur sous John A. MacDonald, puis sous John Abbott. Après avoir réussi son grand projet de codification du droit criminel, Thompson deviendra premier ministre du Canada, jusqu'à son décès en 1894.

Le *Code criminel* définit principalement les infractions, les peines applicables⁵ ainsi que la procédure criminelle. Ses buts à l'origine étaient de simplifier la procédure, notamment en abandonnant la distinction traditionnelle entre les *felonies* et les *misdemeanours*, ainsi que de rendre le droit criminel plus accessible au public. La codification des principes généraux de la responsabilité pénale n'était cependant pas la priorité, le principe de légalité et la présomption d'innocence ne figurant même pas au Code. Cette loi a été adoptée assez rapidement, soulevant

-
1. *Code criminel*, (1892) 55-56 Vict. c. 29. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1893. Dans ce texte, les références au *Code criminel* visent le Code de 1892 et non celui qui est en vigueur actuellement.
 2. Un Code pénal, considéré comme étant de haute qualité, est entré en vigueur en 1862 dans l'Empire britannique des Indes, bien avant l'indépendance du pays. Graham PARKER, « The Origins of the Canadian Criminal Code », dans David H. FLAHERTY (dir.), *Essays in the History of Canadian Law*, vol. 1, chap. 7, Toronto, University of Toronto Press, 1981, 249, à la page 251.
 3. Desmond H. BROWN, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, University of Toronto Press, 1989.
 4. Desmond H. BROWN, « Parliamentary Magic: Sir John Thompson and the Enactment of the Criminal Code », (1992-1993) 27 *Revue d'études canadiennes* 26.
 5. Voir à ce sujet Fernando ACOSTA, « Récit de voyage à l'intérieur du Code criminel de 1892 où entre autres mention est faite des peines auxquelles ses transgresseurs s'exposent », (1995) 28 *Criminologie* 81.

relativement peu de débats – compte tenu de l'importance du projet – tant dans la communauté juridique qu'au Parlement⁶. La plupart des commentaires portaient sur des points mineurs, très peu visaient l'idée même d'une codification ou les principes généraux du droit criminel⁷.

Ce premier *Code criminel* constitue, encore aujourd'hui, la base de notre droit criminel, aucune réforme majeure n'ayant été faite depuis. Seules quelques révisions ont tenté de mettre un peu d'ordre dans cette loi qui a été amendée à de très nombreuses reprises⁸ depuis son entrée en vigueur. Il en résulte un Code compliqué, hermétique, qui n'a plus de logique interne⁹.

Le *Code criminel* de 1892 est le fruit de son époque. Guidé par la morale victorienne, il a été considérablement influencé par le christianisme. Dans cette logique, Stephen ne voyait pas le besoin de définir trop précisément les crimes, car il assimilait ceux-ci aux péchés, qui sont facilement reconnaissables selon lui¹⁰. Les rédacteurs du Code n'étaient donc pas du tout empreints de la philosophie des droits et libertés : « The common lawyers

6. D. H. BROWN, préc., note 4, p. 35 et suiv. Pour consulter les principaux documents d'archive relatifs à l'adoption du *Code criminel*, voir Desmond H. BROWN (dir.), *The Birth of a Criminal Code : The Evolution of Canada's Justice System*, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

7. G. PARKER, préc., note 2, 271-274. Le juge Taschereau, de la Cour suprême du Canada, fait cependant exception à cette règle.

8. Pour une analyse des modifications législatives effectuées au *Code criminel*, voir André CELLARD et Gérard PELLETIER, « La construction de l'ordre pénal au Canada, 1892-1927 : approches méthodologiques et acteurs sociaux », (1999) 23 *Déviante & Société* 367; Alan W. MEWETT, « The Canadian Criminal Code, 1892-1992 », (1993) 72 *Rev. du B. can* 1.

9. Voir Gilles LÉTOURNEAU, « Le Code criminel canadien ou la faillite du pouvoir législatif », dans Josiah WOOD et Richard C.C. PECK (dir.), *100 years of the Criminal Code in Canada : essays commemorating the centenary of the Criminal Code in Canada / Le centenaire du Code criminel du Canada : mémoires commémorant le centenaire du Code criminel du Canada*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1993, à la page 67.

10. G. PARKER, préc., note 2, à la page 251.

who drafted the Code had no love for the Yankee ideas of democracy, civil liberties, or bills of rights »¹¹.

L'édiction d'un *Code criminel* canadien s'inscrivait au contraire dans le projet de *nation-building* de John A. MacDonald, au même titre que la construction d'un chemin de fer reliant le pays d'un océan à l'autre¹². Ce projet de construction d'une nation vertueuse était notamment basé sur une conception traditionnelle de la famille ainsi que sur les différents rôles pour l'homme et la femme qu'elle implique¹³.

Dans ce contexte, nous nous sommes posé la question de savoir comment le *Code criminel* de 1892 traitait la diversité culturelle et religieuse. Pour répondre à cette question, nous avons identifié deux dispositions du Code qui ciblent explicitement des minorités, soit l'article visant la polygamie, qui fait référence aux mormons, ainsi qu'une disposition relative à la prostitution de la « femme sauvage ». Ces exemples ont été choisis, d'une part, parce qu'ils concernent les deux minorités spécifiquement mentionnées dans le Code et, d'autre part, parce qu'ils visent tous les deux les relations maritales et sexuelles, une sphère fertile pour analyser le choc des normes culturelles et morales.

L'étude de ces deux dispositions montrera que le droit criminel était conçu comme un outil d'assimilation des minorités. Dans l'esprit du législateur de l'époque, le fait que les mœurs de ces minorités étaient jugées immorales justifiait l'intervention du droit criminel.

11. *Id.*, à la page 265.

12. Carolyn STRANGE et Tina LOO, *Making Good : Law and Moral Regulation in Canada 1867-1939*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, p. 20.

13. *Id.*, p. 17; Sarah CARTER, *The Importance of Being Monogamous: Marriage and Nation Building in Western Canada to 1915*, Edmonton, University of Alberta Press, 2004.

1. La polygamie ou le mariage spirituel des mormons

Les mormons ne sont mentionnés que dans une seule disposition : celle relative à la polygamie. Après avoir tracé un bref tableau de la pratique de la polygamie chez les mormons, nous étudierons l'historique de sa criminalisation au Canada ainsi que les répercussions de cet historique sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie.

1.1 La polygamie chez les mormons

L'Église mormone, ou Église de Jésus-Christ des Saints des derniers jours, fut fondée aux États-Unis, en 1830, par Joseph Smith. Le Livre des mormons, dont le contenu lui fut révélé, constitue le livre sacré contenant les principes du mormonisme. L'Apocalypse, qui est imminente et associée au retour sur terre de Jésus-Christ, occupe une place centrale dans la foi mormone. L'imminence de cette apocalypse amène une préoccupation constante pour le salut éternel.

La pratique de la polygamie ne faisait pas partie des principes fondateurs de l'Église mormone. Ce principe fut dévoilé plus tard et ne devint une doctrine officielle qu'en 1852, date à laquelle elle est devenue une obligation religieuse, donc une condition pour atteindre le salut éternel¹⁴. Pour atteindre la « plénitude de l'exaltation », ce qui leur permettra de devenir des dieux régnant sur leur royaume en compagnie de leurs épouses et de leurs enfants, les hommes vertueux doivent avoir au moins trois épouses. Quant aux femmes, pour accéder à ce royaume céleste, elles doivent être mariées à un tel homme vertueux et remplir leur devoir de procréation¹⁵.

La pratique de la polygamie par les mormons suscitait de l'hostilité à leur égard. Ainsi, par une série de mesures législatives,

14. Irwin ALTMAN et Joseph GINAT, *Polygamous Families in Contemporary Society*, New York, Cambridge University Press, 1996, p. 28.

15. *Id.*, p. 26.

le Congrès américain a successivement interdit la polygamie¹⁶, enlevé des pouvoirs à l'Église mormone, interdit aux mormons de se présenter aux élections, d'agir comme juré et d'occuper d'autres fonctions importantes¹⁷ et permis la saisie des biens de l'Église mormone.

À la suite de ces mesures, plusieurs mormons ont décidé d'émigrer au Canada ou au Mexique¹⁸. Dans ce contexte, l'Église mormone accepta de renoncer officiellement à la polygamie en 1890, ce qui fit en sorte de diminuer de façon importante cette pratique. Cependant, en 1929, un schisme apparut au sein de l'Église mormone et un mouvement fondamentaliste, attaché à la pratique de la polygamie, se créa. Aujourd'hui, ce ne sont donc que les mormons fondamentalistes qui pratiquent la polygamie, comme ceux de la communauté de Bountiful en Colombie-Britannique¹⁹.

1.2 La criminalisation de la polygamie au Canada

En 1887, les premiers immigrants mormons venaient s'établir dans l'Ouest canadien afin de fuir la persécution dont ils étaient victimes aux États-Unis. L'année suivante, des représentants de la communauté mormone se sont rendus à Ottawa pour demander au gouvernement fédéral de John A.

16. Voir le Morrill Act: *An Act to Punish and Prevent the Practice of Polygamy in the Territories of the United States and Other Places, and Disapproving and Annuling Certain Acts of the Legislative Assembly of the Territory of Utah*, 37th Congress, Session II, ch. 26 (1862).

17. Voir le Edmunds Act : *An Act to Amend Section 5352 of the Revised Statutes of the United States in Reference to Bigamy and for Other Purposes*, c. 47, §§ 1-9, 22 Stat. 30 (1882).

18. B. Carmon HARDY, « Mormon Polygamy in Mexico and Canada: A Legal and Historiographical Review », dans Brigham Young CARD, Herbert C. NORTHCOTT et John E. FOSTER (dir.), *The Mormon Presence in Canada*, chap. 10, Edmonton, University of Alberta Press, 1990.

19. Marie-Andrée PELLAND, *Allégations d'entorses aux lois : Effets sur la réalité sociale d'un groupe de mormons polygames canadiens*, thèse de doctorat, Montréal, École de criminologie, Université de Montréal, 2007.

MacDonald la permission de pratiquer la polygamie au Canada²⁰. Non seulement le gouvernement refusa-t-il cette demande, mais, en 1890, le Parlement fédéral adopta une loi qui visait cette minorité à deux égards. Premièrement, elle modifiait la définition de l'infraction de bigamie afin d'interdire le fait de se marier simultanément à plus d'une personne à la fois, car, selon le ministre John Thompson, « c'est là la pratique des Mormons »²¹. Deuxièmement, elle créait l'infraction de polygamie en faisant explicitement référence à la pratique mormone²². Deux ans plus tard, cette disposition sera incluse au *Code criminel* :

278. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de cinq cents piastres, toute personne qui –

a) Pratique ou – d'après les rites, cérémonies, formes, règles, coutumes de sectes ou sociétés religieuses ou séculières, ou par forme de contrat, simple consentement mutuel, ou de quelque autre manière, et que ce soit d'une manière reconnue ou non par la loi pour mode valable de mariage- convient ou consent de pratiquer –

i) La polygamie sous quelque forme que ce soit;

ii) Quelque union conjugale avec plus d'une personne à la fois;

iii) Ce que, parmi les personnes communément appelées Mormons, on qualifie de mariage spirituel ou *mariage plural*;

iv) Vit, cohabite, convient ou consent de vivre ou cohabiter, dans quelque union conjugale, avec une personne déjà mariée à une autre, ou avec une personne qui vit ou cohabite avec une autre ou d'autres dans une union conjugale quelconque; ou

20. Howard PALMER, « Polygamy and Progress: The Reaction to Mormons in Canada, 1887-1923 », dans Brigham Young CARD, Herbert C. NORTHCOFF et John E. FOSTER (dir.), *The Mormon Presence in Canada*, chap. 6, Edmonton, University of Alberta Press, 1990, 108, à la page 27; S. CARTER, préc., note 13, p. 43.

21. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 129 (10 avril 1890), p. 3242 (Sir John Thompson).

22. *Acte modifiant de nouveau la loi criminelle*, (1890) 53 Vict., c. 37, art. 11.

- b) Célèbre les rites ou cérémonies susmentionnées tendant à rendre valables ou confirmer quelque'une des unions sexuelles mentionnées à l'alinéa coté a) du présent article, ou participe ou aide à ces rites ou cérémonies; ou
- c) Procure, assure, facilite l'accomplissement ou l'observation de quelque'une des formes, règles ou coutumes en question pour la fin ci-dessus; y participe ou y aide; ou
- d) Procure, assure, facilite quelque contrat ou consentement de la forme ou nature susmentionnée, pour la fin ci-dessus; y participe ou y aide. (nous soulignons, mais les italiques figurent dans le texte original)

Dans cette disposition, le *Code criminel* définit donc une infraction en fonction de la pratique religieuse d'une minorité : les mormons. Le texte de l'article 278 C.cr. exprime clairement le fait que cette minorité religieuse est spécifiquement visée par cette infraction. Les mormons pratiquaient des mariages spirituels ou pluraux, c'est-à-dire des mariages d'un homme à plusieurs femmes, selon une cérémonie religieuse dont la validité n'était pas reconnue par l'État. Comme l'homme n'était pas légalement marié à deux femmes, il ne pouvait pas être accusé de bigamie²³. La définition de la polygamie était cependant plus large, visant toute forme d'union conjugale multiple, dont le mariage spirituel ou plural des mormons. Dans la définition des infractions prévues au *Code criminel*, ce n'est donc pas tant le nombre d'épouses qui distingue la polygamie de la bigamie, mais plutôt l'exigence d'un mariage multiple légalement reconnu.

Dans le *Code criminel* de 1892, la bigamie était punie plus sévèrement que la polygamie. Alors que la polygamie était passible de 5 ans d'emprisonnement, la bigamie était, quant à elle, passible de 7 ans d'emprisonnement²⁴. Une explication potentielle à cette peine plus sévère pourrait être le fait que la bigamie était perçue comme menaçant davantage le caractère sacré du mariage.

23. C.cr., art. 275.

24. C.cr., art. 276.

À une époque où une conception dite traditionnelle du mariage dominait tout jugement moral, la pratique de la polygamie était vue comme immorale, comme l'étaient d'ailleurs ceux qui la pratiquaient. En conséquence, l'immigration de mormons polygames et, par extension, des mormons en général, était jugée par certains comme non souhaitable. Lors des débats à la Chambre des communes sur la criminalisation de la polygamie, la discussion a d'ailleurs porté principalement sur l'immigration mormone, dépeinte comme indésirable :

[J]e ne pense pas qu'il y ait un seul d'entre nous qui soit d'opinion que dans ces circonstances, une telle immigration soit utile, bienfaisante et désirable. Je ne veux pas dire que nous ne pouvons faire plus, par une législation étendue et bien étudiée, que de donner le moyen de prévenir et d'empêcher ces pratiques abominables auxquelles ces gens se livrent sous des prétextes religieux. [...] Je crois donc qu'il est de notre devoir, non seulement d'appuyer l'honorable ministre dans les efforts raisonnables qu'il fait pour décréter de crimes ces pratiques immorales, et pour rendre aussi efficaces que les circonstances l'exigeront, les dispositions de la loi contre ce crime, mais aussi qu'il faut, le plus tôt possible, que le parlement, qui représente le peuple, donne, non pas de l'encouragement, mais affirme sa désapprobation au sujet des abus et des pratiques des Mormons, ainsi qu'au sujet des idées qu'ils ont sur le gouvernement civil, sur l'allégeance qu'ils lui doivent, et sur la question du mariage, car je crains que c'est dans l'intention de se livrer à de telles pratiques qu'ils s'en viennent au milieu de nous²⁵. (nous soulignons)

Il ressort donc des débats parlementaires, comme du texte de loi, que c'est en ayant principalement les mormons à l'esprit que cette législation a été adoptée. Malgré le criant besoin

25. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 129 (10 avril 1890), p. 3245 (M. Blake). Au sujet des débats parlementaires, voir aussi S. CARTER, préc., note 13, p. 44.

d'immigrants pour peupler l'Ouest canadien, les mormons n'étaient pas nécessairement les bienvenus :

The Mormon colonists were soon successful; however, their reputation in the United States as an immoral and aberrant sect followed them. They became the focus of the zeal of Canadian reformers who were seeking to build Canada and the West in their own image²⁶.

Dans ce contexte, on peut se demander si les autorités considéraient que la pratique de la polygamie ternissait l'image de l'Ouest pour d'autres futurs immigrants, qu'on souhaitait attirer davantage.

Quoiqu'il en soit, les tribunaux canadiens reconnaîtront, à la fin du 19^e siècle et au début du 20^e siècle, que l'objectif de la criminalisation de la polygamie était la répression du mormonisme²⁷. Par contre, la seule décision jurisprudentielle rapportée dans laquelle une personne a été condamnée pour polygamie concerne non pas un mormon, mais un membre de l'autre minorité que nous étudierons dans ce texte, soit un autochtone²⁸.

26. B. C. HARDY, préc., note 18, à la page 75.

27. *R. v. Liston*, une cause non rapportée de 1893 citée à (1898) 34 C.L.J. 546n; *R. c. Labrie*, (1891) M.L.R., 7 B.R. 211; *Dionne c. Pépin*, (1934) 72 C.S. 393. Voir également COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La Bigamie*, document de travail no 42, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985, p. 23.

28. *R. v. Bear's Shin Bone*, (1899) 4 Terr. L. R. 173; 3 C.C.C. 329 (N.W.T.S.C.). Au sujet de la polygamie pratiquée par les peuples autochtones, voir aussi l'affaire *R. v. Nan-E-Quis-A-Ka*, [1889] 1 Terr. L.R. 211 (N.W.T.S.C.), décision concernant la bigamie d'un autochtone rendue avant que la législation sur la polygamie ne soit adoptée et, bien sûr, CARTER, préc., note 13.

1.3 L'effet de cet historique sur la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie

Bien que la référence aux mormons ait été supprimée en 1953-1954²⁹, l'article visant la polygamie existe encore dans le *Code criminel* actuel, ce qui soulève des questions constitutionnelles importantes. Le respect de la liberté de conscience et de religion, le droit à la liberté protégé par l'article 7 de la Charte canadienne ainsi que les droits à l'égalité sont en cause³⁰. La violation de la liberté de religion semble très claire, car les mormons fondamentalistes croient qu'il leur faut pratiquer la polygamie afin d'obtenir le salut éternel.

Dans cette logique, la constitutionnalité de la criminalisation reposera sur la justification de cette violation à la liberté de religion, justification qui s'évalue en fonction de l'objectif législatif. Cette question a d'ailleurs été récemment débattue devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans le Renvoi à ce sujet³¹, la Cour estime que la criminalisation de la polygamie, dans la mesure où on l'applique aux adultes, est constitutionnelle. La Cour juge qu'elle viole la liberté de conscience et de religion, mais que cette violation est néanmoins justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. La Cour estime que la polygamie a été criminalisée au Canada dans le but de protéger les femmes, les enfants et la société en général contre les torts associés à sa pratique, ainsi que pour protéger l'institution du mariage monogame³².

29. L.C. 1953-1954, c. 51. Selon Ruth SULLIVAN, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd., Markham, Lexis Nexis, 2008, p. 585, dans le contexte de la révision du *Code criminel* en 1953-54, même des modifications importantes dans le libellé d'un article visent à en simplifier le texte.

30. Ces questions sont analysées dans Marie-Pierre ROBERT et Stéphane BERNATCHEZ, « La criminalisation de la polygamie soumise à l'épreuve de la Charte », (2010) 40 R.G.D. 541.

31. *Reference re : Section 293 of the Criminal Code of Canada*, 2011 BCSC 1588.

32. Pour différentes critiques de ce renvoi, voir le dossier spécial sur la polygamie au Canada dans *l'Annuaire Droit et Religion*, Presses universitaires d'Aix/Marseille, 2013 (à paraître).

La Cour s'appuie sur une grande quantité de littérature, de témoignages et de rapports d'expert qui décrivent les conséquences néfastes de la polygamie sur les femmes³³ : peu d'instruction, mariages précoces, problèmes de santé mentale plus fréquents, etc. Les enfants élevés dans les familles polygames seraient également atteints : manque d'attention paternelle, pauvreté, difficultés scolaires, etc.

Lorsqu'un tribunal analyse la question de la justification d'une violation aux droits et libertés, il doit identifier l'objectif d'origine de la disposition³⁴. La Cour suprême de la Colombie-Britannique estime donc que la protection des femmes et des enfants a motivé le législateur canadien en 1890. Bien que la preuve présentée lors du renvoi soit très volumineuse, peu d'analyses avaient un tel caractère historique. Nous aimerions croire que cet objectif tellement plus noble a motivé le législateur de l'époque, mais l'historique législatif nous montre malheureusement que ce n'était pas le cas, comme en fait foi la criminalisation de la femme qui y participe. Ainsi, attendions-nous avec impatience que ce renvoi soit porté en appel pour que la Cour suprême du Canada puisse éventuellement donner son avis sur la question. À la surprise de plusieurs commentateurs, le gouvernement de la Colombie-Britannique en a finalement décidé autrement. Comme aucun appel n'a été logé à la plus haute instance judiciaire du pays, nous ne connaissons pas son avis prochainement et la question de la constitutionnalité de la criminalisation de la polygamie n'est donc toujours pas réglée.

33. Voir, à titre d'exemple, Alberta Civil Liberties Research Centre, « Separate and Unequal: The Women and Children of Polygamy » in *Polygamy in Canada: Legal and Social Implications for Women and Children: A Collection of Policy, Research Reports*, Ottawa, Status of Women Canada, 2005; Beverley BAINES, « Equality's Nemesis », (2006) 5 *Journal of Law and Equality* 57-80; Nicholas BALA, « Why Canada's Prohibition of Polygamy Is Constitutionally Valid and Sound Social Policy », (2009) 25 *Canadian Journal of Family Law* 165.

34. *R. c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

2. La prostitution de la « femme sauvage »

Les Indiens³⁵ étaient une autre minorité culturelle explicitement ciblée par le *Code criminel* de 1892, certaines dispositions référant, selon le vocabulaire de l'époque, aux « Sauvages »³⁶. C'est le cas, notamment, de l'interdiction de voler une chose déposée près du tombeau de « Sauvage »³⁷ et de provoquer des « sauvages » ou des Métis à la violence³⁸. La

35. Nous utilisons ici le terme « Indiens » pour désigner les ancêtres des membres des Premières Nations, à l'exception des Inuits. Cette appellation a été préférée à celle d'« autochtones » pour des considérations tant historiques que constitutionnelles. En effet, l'alinéa 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), définit les « peuples autochtones du Canada » comme comprenant les Indiens, les Inuits et les Métis du Canada.

36. Ce terme sera utilisé dans ce texte dans une perspective historique, entre guillemets. Son utilisation ne doit pas être perçue comme dénotant une perception péjorative des Premières nations. Dans le *Code criminel* de 1892, le terme « sauvage » est parfois écrit avec une lettre majuscule, parfois avec une lettre minuscule, indépendamment du fait qu'il soit un adjectif ou un nom.

37. C.cr., art. 352 : Quiconque dérobe, ou illégalement endommage ou enlève quelque image, figure, ossement, article ou chose déposé dans ou près un tombeau de Sauvage, est coupable de contravention et passible, pour une première infraction, sur conviction par voie sommaire, d'une amende de cent piastres au plus ou de trois mois d'emprisonnement, et, pour toute récidive, de la même amende et de six mois d'emprisonnement aux travaux forcés. Sur les cimetières de bande, voir Claude GÉLINAS et Jean-François VACHON, « Politique indienne et liberté religieuse au Canada, 1870-1950 : l'exemple des cimetières de bande », dans ce numéro de la R.D.U.S.

S.R.C., c. 164, art. 98.

38. C.cr., art. 98 : Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans au plus, quiconque induit, engage ou provoque des sauvages, des sauvages non compris dans les traités, ou des métis agissant apparemment de concert, au nombre de trois ou plus,—

(a.) À faire quelque requête ou demande à un agent ou autre employé de l'État d'une manière tumultueuse, violente, turbulente ou menaçante, ou d'une manière propre à causer une violation de la paix; ou

(b.) À commettre un acte propre à causer une violation de la paix.

S.R.C., c. 43, art. 111.

disposition qui a particulièrement attiré notre attention est celle traitant de la prostitution des « femmes sauvages », qui se lit comme suit :

190. Est coupable d'un acte criminel et passible d'une amende de dix piastres à cent piastres, ou d'un emprisonnement de six mois, tout individu qui,—

(a.) Tenant une maison, tente ou wigwam, permet ou tolère qu'une femme sauvage non-émancipée y vienne ou y reste, sachant ou ayant cause probable de croire que cette femme y vient ou y reste avec l'intention de s'y prostituer; ou

(b.) Étant une femme sauvage non-émancipée, s'y prostitue elle-même; ou

(c.) Étant une femme sauvage non-émancipée, tient, fréquente ou est trouvée dans une maison, tente ou wigwam déréglé servant à un pareil but.

2. Toute personne qui, par ses actes ou sa manière d'agir, paraît être le maître ou la maîtresse, ou avoir le soin, la conduite ou la direction d'une maison, tente ou wigwam, que fréquente une femme sauvage non-émancipée ou dans laquelle ou lequel elle reste avec l'intention de s'y prostituer, est réputée tenir cette maison, bien qu'elle puisse ne pas la tenir réellement.

Cette disposition est tirée des statuts révisés du Canada de 1886, où l'on trouve l'*Acte des Sauvages*³⁹. Elle a donc été retirée de cette loi pour être insérée au *Code criminel*. Elle crée un acte criminel visant spécifiquement la « femme sauvage non-émancipée ». Cette expression n'est pas définie au *Code criminel*, mais réfère au vocabulaire utilisé par l'*Acte des sauvages*, selon lequel un « sauvage » signifie :

Premièrement. – Tout individu du sexe masculin et de sang sauvage, réputé appartenir à une bande particulière;

39. S.R.C. 1886 c. 43, art. 106 et 107; 50-51 V., c. 33, art. 11. L'infraction apparaît pour la première fois dans l'*Acte des Sauvages*, S.C. 1880, 43 Vict., c. 28, art. 95 et 96, modifiée par S.C. 1882, 45 Vict., c. 30; puis par S.C. 1884, 47 Vict. c. 27, art. 14, qui a ajouté la référence à une « tente ou wigwam ».

Secondement. – Tout enfant de tel individu;
Troisièmement. – Toute femme qui est ou a été légalement
mariée à un tel individu⁴⁰.

Le statut de la femme était donc déterminé en fonction de son mari. En épousant un homme qui n'est pas indien, elle perdait son statut, alors que l'homme indien qui épousait une non-Indienne le conservait. Le fait, pour une femme indienne, de se marier à un non-Indien était une des façons de s'émanciper, ce qui signifiait qu'elle était supposée renoncer à son identité et son mode de vie indien et qu'elle perdait ce statut. Ce régime discriminatoire a duré plus d'un siècle⁴¹.

L'article 190 C.cr. sur la prostitution de la « femme sauvage » était loin d'être le seul article du *Code criminel* relatif à la prostitution. Au contraire, ce Code renfermait des dispositions criminalisant le fait de tenir⁴², d'avoir l'habitude de fréquenter⁴³ ou d'habiter⁴⁴ dans une maison de débauche, le fait d'induire une femme à la prostitution⁴⁵, de vivre des fruits de la prostitution⁴⁶ ou d'être une prostituée qui erre⁴⁷. Dans ce contexte, on peut se demander pourquoi le législateur fédéral a prévu une disposition spécifique visant la « femme sauvage ». Pourquoi viser cette minorité culturelle dans le *Code criminel*? Avant de répondre à ces

40. *Id.*, art. 2 h).

41. Après que la Cour suprême du Canada ait considéré que ce régime ne violait pas la *Déclaration canadienne des droits* dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, le Comité des droits de la personne des Nations Unies a estimé qu'il était incompatible avec les obligations du Canada prévues au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (*Sandra Lovelace c. Canada*, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) p. 166 (1981)). Suite à l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce régime a été modifié par la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C., 1985, c. 27 (projet de loi C-31).

42. C.cr., art. 198.

43. C.cr., art. 207 k).

44. C.cr., art. 207 j).

45. C.cr., art. 185.

46. C.cr., art. 207 l).

47. C.cr., art. 207 k).

questions, nous analyserons d'abord les distinctions entre la disposition relative à la « femme sauvage » et le régime juridique général visant la prostitution, avant de se tourner vers une analyse plus sociohistorique de la conception de la femme autochtone à cette époque.

2.1 Les distinctions entre l'infraction visant la prostitution de la femme indienne et les dispositions générales applicables à la prostitution

La disposition relative à la prostitution indienne est semblable à celle relative aux maisons de débauche, mais vise spécifiquement la « femme sauvage » et ne se limite pas aux maisons, mais inclut aussi les tentes et les wigwams. Les Indiens étant pour la plupart nomades ou semi-nomades à cette époque, ils vivaient dans différentes tentes – le tipi, par exemple – ou dans des wigwams, qui étaient des huttes plus ou moins permanentes en forme de dôme, bâties à l'aide de perches recourbées qu'on recouvrait notamment de broussailles, d'écorces de bouleau ou de peaux d'animaux en hiver.

L'article 190 relatif à la prostitution de la « femme sauvage » se trouve au *Code criminel* sous le titre IV : Crimes contre la religion, les mœurs et la commodité du public, dans la partie XIII : Des crimes contre les mœurs. Il ne se trouve donc pas dans la même partie que les dispositions relatives aux maisons de débauche, qui apparaissent plutôt à la partie XIV : Des nuisances. Alors que la prostitution de la « femme sauvage » affecte les bonnes mœurs, comme peut le faire l'inceste ou le crime contre nature⁴⁸, la tenue d'une maison de débauche constitue plutôt une nuisance, à l'instar des paris et des loteries. Par contre, dans la partie XIII, la disposition relative à la prostitution de la « femme sauvage » côtoie d'autres dispositions relatives à la prostitution, comme le fait d'induire une femme à se prostituer⁴⁹. Cette

48. C.cr., art. 174 : Est coupable d'un acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

49. Voir les articles 185 à 187 C.cr.

classification particulière, qui pourrait nous porter à croire que le législateur jugeait que la prostitution de la « femmes sauvage » était plus immorale que les autres formes de prostitution, reflète peut-être davantage le caractère hétéroclite de la classification du Code.

Les peines applicables en cas de prostitution de « femme sauvage » diffèrent de celles applicables pour avoir tenu une maison de débauche. Dans le premier cas, la peine maximale est de 6 mois d'emprisonnement, alors que dans le second, elle est d'un an. Par contre, l'article 190 C.cr. prévoit la possibilité d'une amende de dix piastres à cent piastres pour la prostitution de la « femme sauvage », alternative qui n'est pas prévue à l'article 198(1) C.cr. relatif aux maisons déréglées⁵⁰. La disposition relative à la « femme sauvage » prévoit donc une peine maximale moins élevée, mais elle prévoit cependant une peine minimale de dix piastres.

Une autre distinction importante entre ces deux dispositions, qui explique peut-être la différence entre les peines maximales applicables, est l'exigence, dans le cas d'une maison de débauche, qu'elle soit tenue dans un but de prostitution⁵¹. Par définition, une maison de débauche est tenue à cette fin, ce qui n'est pas nécessairement le cas des tentes ou des wigwams. En effet, toute personne qui, tenant une maison, tente ou wigwam, permet qu'une « femme sauvage non-émancipée » y vienne avec l'intention de s'y prostituer est coupable de l'infraction, même si la femme en question ne s'y prostitue pas finalement et même si personne ne s'y est jamais prostitué et que l'endroit n'est pas tenu à cette fin. Plus encore, l'infraction est consommée si la personne tenant la maison, la tente ou le wigwam a cause probable de croire

50. C.cr., art. 198 (1) : Est passible d'un acte criminel et passible d'un an d'emprisonnement, tout individu qui tient une maison déréglée, c'est-à-dire une maison de débauche, une maison de jeu ou une maison de paris, telles que définies ci-dessus. Art. 195 C.cr. : Une maison de débauche publique est une maison, chambre, suite de chambres ou local d'un genre quelconque tenu dans un but de prostitution.

51. C.cr., art. 195.

que la « femme sauvage » y vient dans l'intention de s'y prostituer, même si ce n'est pas le cas. Il n'est donc pas nécessaire de prouver la prostitution, ni même l'intention de se prostituer, ce qui allège le fardeau de la preuve de la poursuite et rend les condamnations plus faciles dans le cas du tenancier de tente ou de wigwam.

Il est difficile de savoir comment les tribunaux ont interprété l'article 190 C.cr., car il n'existe aucune cause rapportée à ce sujet⁵². À Vancouver, les Indiennes arrêtées pour des infractions relatives à la prostitution étaient cependant expulsées et forcées de retourner sur leur réserve⁵³. Les dispositions générales relatives à la prostitution ont, quant à elles, donné lieu à une certaine jurisprudence analysée en détail par Constance Backhouse⁵⁴. Son étude démontre le caractère discriminatoire de la législation sur la prostitution au 19^e siècle, tant en ce qui concerne le sexe que l'origine ethnique. Ces dispositions ont en effet été appliquées presque exclusivement à l'encontre des femmes, et visaient – dans leur libellé ou leur application – particulièrement les femmes issues des minorités : noires, irlandaises et indiennes⁵⁵. Des dispositions discriminatoires étaient donc utilisées pour régler un problème social qui était lui-même le reflet d'une société discriminatoire⁵⁶.

2.2 L'association de l'Indienne à la prostitution

Le *Code criminel* ne définissait pas la prostitution et il semble qu'une conception particulièrement large, voire élastique, ait été adoptée, du moins en ce qui concerne les Indiennes. Vers la

52. Constance BACKHOUSE, « Nineteenth-Century Canadian Prostitution Law : Reflection of a Discriminatory Society », (1985) 18 *Histoire sociale* 387, 422; Renisa MAWANI, *The « Savage Indian » and the « Foreign Plague » : Mapping Racial Categories and Legal Geographies of Race in British Columbia, 1871-1925*, Thèse de doctorat, Centre de criminologie, Université de Toronto, 2001, p. 177.

53. R. MANAWI, *id.*, p.178.

54. Préc., note 52.

55. *Id.* Voir aussi C. STRANGE et T. LOO, préc., note 12, p. 54.

56. C. BACKHOUSE, préc., note 52, 388.

fin du 19^e siècle, de nombreux préjugés étaient entretenus à l'égard des Indiens en général et des femmes indiennes en particulier. En fait, l'Indienne était d'emblée assimilée à une prostituée, comme l'explique la professeure Jean Barman :

Most important, the campaign to tame Aboriginal sexuality so profoundly sexualized Aboriginal women that they were rarely permitted any other form of identity. Not just Aboriginal women but Aboriginal women's agency was sexualized. [...] By default, Aboriginal women were prostitutes or, at best, potential concubines⁵⁷.

Considérées comme des prostituées, les Indiennes étaient vues comme des menaces à la moralité et à la santé⁵⁸. La prostitution indienne et la propagation des maladies vénériennes qu'elle implique existaient au Canada au 19^e siècle, mais l'ampleur de ce phénomène ne doit cependant pas être exagérée⁵⁹.

Le problème de la prostitution indienne est apparu à la fin du 19^e siècle⁶⁰. Auparavant, pendant la traite des fourrures, les mariages entre les coureurs des bois et les Indiennes étaient assez répandus. Ces alliances créaient un réseau de contacts fort utile,

57. Jean BARMAN, « Taming Aboriginal Sexuality : Gender, Power, and Race in British Columbia, 1850-1900 », dans Mary-Ellen KELM et Lorna TOWNSEND (dir.), *In the Days of our Grandmothers : A Reader in Aboriginal Women's History in Canada*, chap. 11, Toronto, University of Toronto Press, 2006, 270, à la page 289.

58. Sarah CARTER, « « Complicated and Clouded » : The Federal Administration of Marriage and Divorce among the First Nations of Western Canada, 1887-1906 » dans Sarah CARTER (dir.) *Unsettled Pasts : Reconceiving the West through Women's History*, chap. 9, Calgary, University of Calgary Press, 2005, 151, à la page 158. Voir aussi R. MANAWI, préc., note 52, section *Governing the « Native Woman as Prostitute » and the Making of White Spaces*, p. 175 et suiv.

59. Sylvia VAN KIRK, « *Many Tender Ties* » : *Women in Fur-Trade Society in Western Canada, 1670-1870*, Winnipeg, Watson & Dwyer Publishing, 1980. Dans le même sens, R. MANAWI rejette l'idée qu'il y avait un si grand nombre de prostituées autochtones, préc., note 52, p. 156.

60. R. MANAWI, préc., note 52, p. 154.

voire essentiel pour le commerce de la fourrure⁶¹. Elles étaient donc, à l'époque, vues d'un bon œil. Ces mariages se faisaient souvent « à la façon du pays »⁶², c'est-à-dire en respectant les coutumes indiennes. La validité de ces mariages, qui étaient stables et ont engendré des métis, a été reconnue par les tribunaux⁶³.

Dans les années 1880, le vent tourne. Avec l'inauguration du chemin de fer dans l'Ouest et l'arrivée de plus en plus de femmes d'origine européenne, les relations avec les femmes indiennes étaient de moins en moins bien vues⁶⁴. Les cultures indiennes sont mal comprises et analysées à travers le prisme de la morale victorienne, à laquelle elles ne correspondent pas. Le fait que plusieurs familles puissent vivre dans une seule maison, par exemple, était vu comme immoral⁶⁵.

Des conceptions différentes de la sexualité⁶⁶ et du mariage⁶⁷ contribuent à renforcer les préjugés contre les Indiens. À cette époque, le mariage était une institution religieuse qui était vue comme le fondement moral de la société. Basée sur le christianisme, le patriarcat, la monogamie et l'hétérosexualité, cette conception était stricte⁶⁸. La conception du mariage qu'avaient les Indiens, non chrétienne et plus souple, était donc

61. S.VAN KIRK, préc., note 59; Susan SLEEPER-SMITH, « Women, Kin, and Catholicism: New Perspectives on the Fur Trade », dans Mary-Ellen KELM et Lorna TOWNSEND (dir.), préc., note 57, chap. 2, p. 26.

62. *Id.*

63. *Connolly v. Woolrich and Johnson and al.*, (1867) 17 R.J.R.Q. 75 (Cour supérieure de Montréal), conf. en appel sub. nom. *Johnstone v. Connolly*, (1869) 17 R.J.R.Q. 266 (Cour du Banc de la Reine). Pour une analyse de cette affaire, voir Constance BACKHOUSE, *Petticoats and Prejudices: Women and Law in the Nineteenth-Century Canada*, Women's Press, 1991, p. 16-21.

64. S. CARTER, préc., note 58.

65. J. BARMAN, préc., note 57, à la page 284.

66. *Id.*, à la page 274.

67. Constance BACKHOUSE, « "Pure Patriarchy": Nineteenth-Century Canadian Marriage », (1986) 31 *R.D. McGill* 264; S. CARTER, préc., note 58, à la page 151.

68. *Id.*; S. CARTER, préc., note 13.

vue comme immorale. Il y avait plusieurs formes d'unions conjugales chez les Indiens, certains peuples pratiquant la polygamie et acceptant le mariage entre conjoints de même sexe⁶⁹. Ces unions pouvaient également se dissoudre plus facilement, ce qui, dans la morale victorienne, faisait planer le redoutable spectre du divorce. En fait, non seulement les coutumes indiennes étaient considérées immorales, mais les mariages indiens en sont venus à ne plus être considérés comme des mariages reconnus juridiquement⁷⁰.

À cette époque où la différence était rapidement associée à l'immoralité, les cultures indiennes ont été stigmatisées, tant socialement que juridiquement. Par exemple, le potlatch, cette cérémonie spirituelle où des dons étaient échangés et où des danses étaient effectuées, fut interdit⁷¹. Le potlatch était vu comme une atteinte au christianisme et à la moralité⁷². On l'associait même à la prostitution en véhiculant l'idée que de jeunes filles indiennes étaient vendues pour amasser les fonds suffisants pour les dons du potlatch, ce qui était loin d'être prouvé⁷³.

Toute relation sexuelle faite en dehors des liens du mariage étant vue comme immorale, elle était facilement assimilée à de la prostitution, qui avait un sens très large à l'époque et n'impliquait pas nécessairement l'échange de services sexuels contre une

69. S. CARTER, *supra* note 58, à la page. 153; S. CARTER, préc., note 13.

70. *Jones v. Fraser*, (1886) 13 R.C.S. 342 (J. Tachereau); S. CARTER, préc., note 58.

71. *Acte pour amender l'Acte relatif aux Sauvages*, L.C. 1880, c. 27, art. 3. La participation au potlatch était un délit passible de 2 à 6 mois d'emprisonnement. Sur l'interdiction de tels rituels religieux, voir Claude GÉLINAS, « L'État canadien et la répression des pratiques religieuses autochtones, 1884-1932 », dans Lorraine DEROCHE, Claude GÉLINAS, Sébastien LEBEL-GRENIER et Pierre C. NOËL (dir.), *L'État canadien et la diversité culturelle et religieuse, 1800-1914*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 93.

72. Constance BACKHOUSE, *De la couleur des lois : une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950*, chap. 3, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2010.

73. J. BARMAN, préc., note 58, aux pages 285-288.

rémunération. Une femme indienne ayant des relations sexuelles avec un homme blanc était *a priori* considérée comme une prostituée⁷⁴. Même le superintendant aux affaires indiennes considérait qu'une Indienne qui accueille un homme qui n'est pas son époux dans son lit, même sans rémunération, doit certainement être considérée comme une prostituée⁷⁵. Cette conception était partagée par les personnes occupant les plus hautes sphères du pouvoir.

En 1887, un rapport du Comité du Conseil privé, rédigé par John Thompson, alors qu'il était ministre de la Justice dans le cabinet de John A. MacDonald, dépeint les Indiennes comme des prostituées, qui sont vendues et habituées à avoir de nombreux partenaires⁷⁶. La solution à ce problème est de « civiliser » les Indiens :

[...] the true remedy of this lax state of things must come from the gradual civilization of the Indians, and more especially by the inculcation into their minds of the views which prevail in civilized communities as regards to women's true position in the family; and of the Christian doctrine respecting the sanctity and indissolubility of the marriage tie. When they come to grasp this higher morality, it will no doubt be easy to bring about the desired change in their social relations⁷⁷.

Le droit criminel sera un outil de choix afin d'imposer cette réforme morale⁷⁸.

74. C. BACKHOUSE, préc., note 52, 422.

75. Superintendent of Indian Affairs to Beattie, 17 septembre 1891, Archives nationales du Canada, RG 10, reel c-11245, vol. 2591, file 119,529, cité par R. MAWANI, préc., note 52, p. 173.

76. Rapport du Comité du Conseil privé, 31 octobre 1887, Archives Nationales du Canada, RG 10, vol. 3762, file 3245-I, cité par S. CARTER, préc., note 58, aux pages 159-160.

77. *Id.*, p. 160.

78. C. STRANGE et T. LOO, préc., note 12, p. 19.

2.3 Pourquoi prévoir une disposition spécifique à ce sujet?

Ce contexte historique étant tracé, nous tenterons dans cette section de comprendre pourquoi une disposition spécifique relative à la prostitution par la femme indienne a été incluse au *Code criminel* de 1892. Pourquoi les dispositions générales sur la prostitution n'ont-elles pas été adaptées à la réalité autochtone en y ajoutant la référence aux tentes et aux wigwams, par exemple? En prévoyant une disposition distincte située dans une section différente du *Code criminel*, on voulait donc s'attaquer à un problème distinct. À cet égard, deux hypothèses peuvent être formulées.

Selon la première hypothèse, le fait que les Indiennes soient visées par une disposition spécifique visant les tentes et les wigwams traduisait la séparation géographique que l'on souhaitait instituer entre les Indiens et le reste de la population. En vertu de l'*Acte des sauvages* de l'époque, les Indiens se voyaient confinés sur le territoire des réserves et assujettis à un régime juridique distinct. Leurs droits et obligations n'étaient pas les mêmes : ils n'étaient même pas considérés comme des personnes⁷⁹!

Dans sa thèse de doctorat, Mawani démontre que les autorités de l'époque ne souhaitaient pas réellement éliminer la prostitution, mais préféreraient plutôt la confiner à certains espaces géographiques, comme les réserves indiennes ou les quartiers chinois, ce qui permettait de préserver la moralité des « espaces blancs »⁸⁰. Le fait que les prostituées indiennes étaient en pratique expulsées des villes et que la peine maximale pour la prostitution indienne était moins élevée que celle prévue par le droit commun appuierait cette hypothèse.

Selon la deuxième hypothèse, la disposition portant sur la prostitution indienne visait, en fait, à prévenir le métissage⁸¹. Elle

79. *Acte des sauvages*, S.R.C. 1886, c. 43, art. 2c) : Les expressions « personne » et « individu » signifient un individu autre qu'un sauvage.

80. R. MANAWI, préc., note 52.

81. Cette hypothèse est avancée par C. BACKHOUSE, préc., note 53.

a d'ailleurs été adoptée à une époque où il y avait peu de méthodes fiables de contraception et où les métis créaient des troubles politiques par leur rébellion. Le métissage était mal vu à l'époque, tant pour des raisons économiques que pour des raisons morales. Le métissage avait des effets patrimoniaux, notamment en matière d'héritage⁸² et de responsabilités financières de l'État vis-à-vis des enfants métis. Mais c'est surtout le racisme de l'époque qui faisait en sorte que le métissage n'était pas considéré comme souhaitable.

La réforme morale entamée au Canada visait non seulement l'immoralité sexuelle, mais également la « pureté de la race »⁸³. Des idées pseudo-scientifiques étaient véhiculées à l'effet qu'il y avait une hiérarchie parmi les humains dans laquelle les Blancs étaient en haut et les Indiens en bas. Les métis se situaient encore plus bas dans la hiérarchie, car on croyait qu'ils héritaient des « vices des deux races »⁸⁴. Selon ces théories absurdes, le métissage n'était donc pas souhaitable et constituait un problème social différent de la prostitution en général, qui demandait donc une attention particulière de la part du législateur.

Dans cette logique, en 1921, un projet de loi a été présenté au parlement fédéral pour amender le *Code criminel* et interdire les « relations illicites » entre les hommes blancs et les Indiennes. Ce projet n'a finalement pas été adopté, car on craignait que les Indiennes ne s'en servent pour faire chanter les Blancs⁸⁵. Il traduit non seulement le mépris envers la femme indienne, mais également le désir de limiter les relations mixtes ainsi que la possibilité que des enfants puissent naître de ces unions.

82. Sarah CARTER, « Categories and Terrains of Exclusion: Constructing the "Indian Woman" in the Early Settlement Era in Western Canada », dans M.-E. KELM et L. TOWNSEND (dir.), préc., note 57, chap. 6, 146, à la page 162.

83. *Id.*; Mariana VALVERDE, *The Age of Light, Soap, and Water : Moral Reform in English Canada, 1885-1925*, Toronto, McClelland and Stewart, 1991.

84. J. BARMAN, préc., note 57, à la page 280.

85. Canada, *Débats de la Chambre des communes*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1921, vol. 4, 26 mai 1921, p. 3908.

Conclusion

L'idée qu'une législation criminelle puisse cibler expressément une minorité religieuse ou culturelle peut nous sembler aujourd'hui incongrue, car la constitutionnalité d'une telle mesure serait d'emblée remise en question. Pourtant, au 19^e siècle, alors que la Charte canadienne n'avait pas encore été adoptée, de telles dispositions existaient. Nous avons étudié deux articles d'une telle nature qui figuraient dans le *Code criminel* de 1892 : celui relatif à la polygamie mormone et celui relatif à la prostitution de la « femme sauvage ». Dans les deux cas, les membres des minorités ont été associés au crime qui les visait : alors que les mormons étaient d'emblée considérés comme des polygames, les « femmes sauvages » étaient vues comme des prostituées, ce qui ne correspondait pas à la réalité.

Ce texte fait ressortir le fait que dans les deux cas, les mœurs différentes des minorités en matière familiale et sexuelle étaient jugées immorales, ce qui justifiait l'intervention du droit criminel, qui est par le fait même devenu un outil d'assimilation des minorités culturelles et religieuses. Le droit en général, et le droit criminel en particulier, a donc été un instrument fondamental dans la tentative de l'État d'assimiler les mormons et les Indiens⁸⁶. En ce qui concerne ces derniers, le département des affaires indiennes affichait d'ailleurs ouvertement son désir de « civiliser les sauvages »⁸⁷. Dans cette logique, le *Code criminel* a été utilisé en particulier pour refaçonner la moralité sexuelle ainsi que la vie maritale des minorités à l'image de celles de la majorité⁸⁸.

L'influence de la moralité sur le droit criminel, en particulier en ce qui concerne la religion et les mœurs, se dégage

86. Joan SANGSTER, « Native Women, Sexuality, and the Law », dans M.-E. KELM et L. TOWNSEND (dir.), préc., note 57, chap. 12, 301, à la page 322; S. CARTER, préc., note 13.

87. C. STRANGE et T. LOO, préc., note 12, p. 25.

88. J. SANGSTER, préc., note 86, à la page 322.

également des modifications législatives qui seront apportées au *Code criminel* dans ses premières années:

En résumé, l'activité inlassable des groupes de pression au chapitre des « Crimes contre la religion, les mœurs, les nuisances et inconduites, et le vagabondage », a contribué à draper du manteau de la moralité de larges pans du Code criminel. Sans cesse affairés à faire inscrire au Code de nouveaux crimes et à y faire graver des peines plus exemplaires, les réformateurs moraux ont entraîné le Parlement canadien dans une étourdissante spirale législative⁸⁹.

Il faut dire que le droit criminel est l'outil ultime de répression que possède l'État et qu'il se prête donc peut-être moins bien aux aménagements que d'autres domaines. Le droit criminel reflète les valeurs d'une société et vise la prévention de comportements antisociaux – ou du moins, perçus comme tels, à une certaine époque. Compte tenu de cet objectif, il s'agit d'un terrain moins fertile pour y déceler les racines du multiculturalisme canadien ou quelque ancêtre des accommodements raisonnables.

Ces constats peuvent nous amener à nous questionner sur les liens qu'entretiennent encore aujourd'hui le droit criminel et la morale. Bien que ces liens aient tendance à s'estomper⁹⁰, ils existent néanmoins encore, la Cour suprême du Canada ayant écrit récemment : « En résumé, la défense de la morale constitue un objectif légitime du droit criminel »⁹¹. Les exemples du passé

89. A. CELLARD et G. PELLETIER, préc., note 8, 386. Voir aussi Gérard PELLETIER, « Le Code criminel canadien, 1892-1939 : Le contrôle des armes à feu », (2002) 6 *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies* 51, chap. 2, qui analyse comment certaines modifications législatives relatives aux armes à feu stigmatisaient les étrangers, perçus comme des personnes dangereuses.

90. R. c. *Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728; Tristan DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien : de la norme de la tolérance de la société à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham, Lexis Nexis, 2007.

91. Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 51.

peuvent nous inviter à être prudents dans la mise en œuvre de cet objectif et à demeurer conscients des liens entre la moralité, la religion et l'exclusion.