

Article

« De la *lex scantinia* aux récents amendements du *Code criminel*: homosexualité et droit dans une perspective historique »

Robert Demers

Les Cahiers de droit, vol. 25, n° 4, 1984, p. 777-800.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042627ar>

DOI: 10.7202/042627ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

De la *lex scantinia* aux récents amendements du Code criminel : homosexualité et droit dans une perspective historique

Robert DEMERS *

This paper deals with the legal approach to homosexuality throughout history, focussing on Roman law, French law up to the Revolution, English law till the mid-60's and finally, Canadian law from the French period up to the amendments to the Criminal Code in 1969. What lessons can be drawn from this analysis? A first conclusion is the increasing intolerance towards homosexuals as evidenced by laws that become more and more preoccupied with private morality and control of individual behaviour. Here, we notice the inverse trend in the Roman law tradition and the common law one, where cultural and religious differences explain much of this curious evolution. A second conclusion is the link established between deviant behaviour and all forms of « deviance » from official policies—thus, accusations of homosexuality are to be found in troubled periods of religious (heresies) and political turmoil. Finally, one notes that although the Medieval period is often considered as being particularly cruel in its treatment of homosexuals, this view would need important qualifications in light of the 20th century treatment of such persons, witness of course, the Nazi extermination.

	<i>Pages</i>
Introduction	778
1. Droit romain et droit médiéval jusqu'en 1250	779
2. Le droit français de 1250 à 1810	782

* Vice-doyen, Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
3. Le droit anglais de la conquête normande aux modifications de 1967.....	785
4. Le droit canadien	788
4.1. Le régime français	788
4.2. Le régime anglais et l'application de la common law (1763-1841).....	790
4.3. Histoire législative de 1841 à 1890	791
4.4. La réforme du Code criminel en 1969.....	794
4.5. La Charte des droits et libertés du Québec.....	795
4.6. Modifications législatives récentes	796
Conclusion.....	797

Introduction

Ainsi donc, là où il existe des lois répressives à ce sujet, cette répression est une conséquence de la dépravation de ces peuples : d'une part, elle résulte de l'ambition avide des détenteurs du pouvoir et de la lâcheté, d'autre part, de ceux qui sont soumis à ce pouvoir...

(PLATON, *Le Banquet*, 182.)

Les liens entre l'homosexualité et le droit dans une perspective historique s'analysent généralement sous l'angle de la législation répressive, à savoir, le droit criminel. Nous nous sommes attardés dans la présente étude à un examen des principales législations qui ont pu avoir une influence quelconque sur notre propre tradition juridique. Ainsi, le droit romain de la période classique et de l'ère chrétienne explique une bonne partie de l'attitude médiévale à ce sujet. Le droit français, dans son évolution jusqu'en 1789, est remarquable par son libéralisme et sa tolérance : nous retrouvons des relents de cette attitude chez nos ancêtres de la Nouvelle-France. Le droit anglais, pour sa part, marque une évolution dans le sens inverse : d'un Moyen-Âge exemplaire, nous passons aux siècles de l'hypocrisie et de la répression sexuelle (XIX^e, XX^e siècles) avec une facilité déconcertante. Le droit canadien, tributaire de la common law, suit de très près le modèle anglais et dans ses aberrations les plus complètes et dans ses réformes les plus intéressantes. Le Québec, pour sa part, dans ces siècles de violence institutionnalisée, fait montre de tolérance et indique de nouvelles avenues pour la protection des minorités.

L'analyse historique débouche sur le droit actuel, plein d'ambiguïtés. Le droit de l'avenir, comme nous le mentionnons, peut présenter certaines

menaces que les craintes ataviques ont vite fait de ranimer dans des périodes de crise et de malaise social.

1. Droit romain et droit médiéval jusqu'en 1250

L'importance du droit romain dans ce contexte ne peut être minimisée puisque, comme nous le constatons, il aura une influence marquante au Moyen-Âge. Dans la Rome impériale, l'homosexualité est de pratique courante et il semble même que le mariage homosexuel est admis : les historiens de l'époque reconnaissent ces faits, faits qui ne soulèvent aucune controverse chez les auteurs modernes qui étudient la question¹. Les historiens mentionnent aussi l'existence d'une loi adoptée vers l'an 226 av. J.C. désignée sous le nom de *Lex Scantinia*². Le texte de cette loi est perdu mais il appert qu'elle ne visait que la protection des mineurs contre les abus sexuels et la réglementation de la prostitution masculine³. Il est en effet difficile de concevoir que l'homosexualité ait pu faire l'objet d'une prohibition générale quand on songe aux excès de la Cour impériale et à la liberté des mœurs sous l'Empire.

Cependant, la transition de la Rome païenne à la Rome chrétienne modifie cet état de choses. Il est bon de rappeler dans ce contexte que la tradition chrétienne adopte sans réserve l'interprétation proposée par les commentateurs hébreux de l'histoire de Sodome et Gomorrhe. Les historiens démontrent, dans des analyses poussées et même fastidieuses, que le motif de la destruction de ces villes a été mal compris et que les leçons du livre de la Genèse visent avant tout à établir les conséquences de l'inhospitalité plutôt que celles de l'homosexualité⁴. Ces auteurs rappellent que l'interprétation retenue aujourd'hui n'est apparue que beaucoup plus tard (vers le III^e siècle av. J.C.) et ce, pour des motifs politiques et sociaux. Le peuple juif, après l'exil, était entré en contact avec les mœurs des nations environnantes et il semble que ce soit plutôt leur horreur des pratiques sexuelles des Grecs, entre autres, qui a provoqué la naissance de cette école de pensée⁵. L'influence de l'Ancien Testament sur les diverses législations des empereurs chrétiens est tout de même restée secondaire⁶ et il semble que ce soient les excès de la Rome

1. J. BOSWELL, *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, Chicago, University of Chicago Press, 1980, p. 82.

2. *Id.*, p. 65.

3. *Id.*, p. 65 à 69.

4. *Id.*, p. 92 à 98.

5. D.S. BAILEY, *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, Archon Books, 1975, p. 1 à 29; V.L. BULLOUGH, *Sexual Variance in society and history*, New York, John Wiley & Sons, 1976 (cité Bullough, I, p. 83 et 85).

6. BOSWELL, *supra* note 1, p. 104 à 105.

païenne qui ont incité l'adoption de lois répressives plutôt que des considérations fondées sur des exégèses discutables de la Bible⁷.

Un premier édit de l'Empereur Constantin en 342 de notre ère déclare l'union homosexuelle illégale mais le texte de loi est imprécis et ne comporte aucune sanction⁸. Une deuxième loi adoptée en 390 défend la contrainte ou la vente des hommes libres en prostitution : cette loi du Code Théodosien est en réaction au phénomène généralisé de la prostitution masculine à cette époque⁹.

Mais c'est sans doute à l'Empereur Justinien que revient l'honneur plutôt douteux d'avoir adopté en 533 la première législation antihomosexuelle des temps modernes, la *Lex Julia de adulteriis coercendis* que l'on retrouve reproduite dans les *Institutes*.

Pareillement la loi *Julia de adulteriis*, punit du glaive, non seulement ceux qui souillent la couche d'autrui, mais aussi ceux qui assouissent leur infâme lubricité avec les personnes du même sexe. Cette loi punit aussi le stupre, commis sans violence avec une fille ou une veuve, qui vivait honnêtement ; la peine qu'elle établit contre eux, est la confiscation de la moitié de leurs biens, quand ce sont des personnes d'une condition honnête ; ou une peine afflictive avec la relégation, si ce sont des gens de basse condition¹⁰. (nos soulignés)

Cette législation commande certains commentaires. En premier lieu, elle est appliquée avec sévérité et les historiens rappellent que plusieurs personnes furent torturées, castrées ou envoyées en exil¹¹. De même, Justinien et l'impératrice Théodora n'hésitent pas à utiliser la législation contre leurs ennemis politiques ou encore, contre ceux dont ils convoitent les richesses¹². Cet aspect de l'histoire de la répression homosexuelle mérite d'être souligné parce qu'il est une constante de l'histoire de la répression sexuelle en général, comme nous le verrons subséquemment.

Par ailleurs, les auteurs mentionnent que la loi ne réprime que les excès les plus graves et Justinien lui-même, dans ses *Novelles* de 538 et 544 exhorte ses sujets à réformer leurs mœurs pour ne pas avoir à appliquer la

7. R. DE BECKER, *L'érotisme d'en face*, Paris, J.J. Pauvert, éd., 1964, p. 73.

8. BOSWELL, *supra* note 1, p. 123 ; BAILEY, *supra* note 5, p. 70 s.

9. *Id.*, p. 124.

10. C.J. DE FERRIÈRE, *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, nouvelle éd., t. 6, Paris, Les Libraires associés, 1787, p. 411 ; BOSWELL, *supra* note 1, p. 69 à 71. La *Lex Julia* a été en fait adoptée par Auguste en l'an 17 mais cette loi vise plutôt la revalorisation de la famille et non l'homosexualité. Cf. BAILEY, *supra*, note 5, p. 68 à 69 ; BULLOUGH, I., *supra*, note 5, p. 155, n. 57 ; *Cambridge Ancient History*, vol. X, Cambridge Un. Press, 1934, p. 447, 451 à 455.

11. BOSWELL, *supra* note 1, p. 172 ; DE FERRIÈRE, ouvrage cité à la note précédente, p. 416-417.

12. BOSWELL, *supra* note 1, p. 173.

législation¹³. Finalement, il ne faut pas perdre de vue que la législation impériale vise toute forme de dérèglement dans les mœurs et non uniquement l'homosexualité : ainsi, l'adultère est puni de façon aussi sévère et le texte de loi suggère même que la séduction des veuves et des femmes non mariées est aussi un mal à proscrire afin d'éviter les châtements divins qui s'étaient déjà manifestés à l'époque par des tremblements de terre et la peste¹⁴.

Curieusement, après Justinien, la législation devient complètement désuète et nous assistons alors à une période de grande tolérance qui s'étend du 7^e siècle jusqu'à la première moitié du 13^e siècle. Les historiens nous enseignent en effet que pendant cette période, les législations nationales ignorent totalement la question de l'homosexualité et ils concluent, après une étude des documents de l'époque, qu'aucune répression fondée sur des textes de législation n'a existé en Angleterre, en France ou en Italie *pendant près de six siècles*¹⁵. La juridiction civile ne connaît donc pas les affaires relevant de la morale personnelle qui tombaient sous la juridiction ecclésiastique. Les historiens ont d'ailleurs relevé les diverses pénitences imposées par le clergé aux personnes homosexuelles de l'époque et nous constatons à la lecture des livres de confession que ces péchés n'attirent pas des peines plus sévères que les autres écarts de conduite dénoncés par les Pères de l'Église¹⁶. Cette tolérance ecclésiastique est illustrée clairement par la querelle qui oppose Pierre Damien au pape Léon IX. Pierre Damien rédige à cette époque un écrit virulent contre l'homosexualité généralisée, le *Livre de Gomorrhe* dans lequel il dénonce les abus de ses contemporains et plus particulièrement, ceux du clergé¹⁷. L'auteur réclame l'imposition d'une discipline plus sévère des mœurs et une condamnation générale de ces vices¹⁸. Le livre est dédié au pape Léon IX qui répond à l'auteur dans sa lettre pontificale, *Nos humanius agentes*, où il reconnaît les excès de ses contemporains mais rappelle que les pénitences établies pour corriger ces abus sont suffisantes et que des peines supplémentaires ne sont pas nécessaires.¹⁹

Durant toute cette longue période, l'homosexualité est donc tolérée par les gouvernements et censurée modérément par l'Église. La personne

13. BAILEY, *supra* note 5, p. 73 et s.

14. *Id.*, p. 76 (*Novella* 141, en date de l'an 544 de notre ère) et BULLOUGH, I., *supra*, note 5, p. 333.

15. BOSWELL, *supra* note 1, p. 176 à 180 et 206 et généralement, tout le ch. 8 de l'ouvrage; par ailleurs, l'invasion de l'Espagne par les Wisigoths à la même époque eut l'effet contraire et très tôt, dans cette région de l'Europe, nous assistons à une violente répression de l'homosexualité : BOSWELL, *id.*, p. 174 à 176.

16. BAILEY, *supra* note 5, p. 100 à 110 et plus particulièrement p. 107-108.

17. *Id.*, p. 111.

18. *Id.*, p. 113.

19. *Id.*, p. 113 à 115.

homosexuelle, dans la culture de tradition romaine, n'a subi en fait aucune persécution réelle pendant la durée de l'Empire et une bonne partie du Moyen-Âge, si ce n'est la période trouble et incertaine du règne de Justinien.

2. Le droit français de 1250 à 1810

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'homosexualité pendant la période qui s'étend de la chute de l'Empire jusqu'à la première moitié du XIII^e siècle est tolérée en France. Elle ne subit que la censure ecclésiastique. On rapporte même que le bon roi Charlemagne s'oppose aux pratiques homosexuelles mais ce dernier n'a pas édicté une législation spéciale pour manifester sa désapprobation à ce sujet²⁰. Les choses se gâtent vers la fin du XIII^e siècle. Les causes exactes de ce changement dans les mentalités sont difficiles à apprécier dans un siècle en général violent et intolérant²¹, mais les auteurs nous enseignent que les mœurs dissolues des Croisés de retour de la Terre Sainte ne sont pas étrangères à ce revirement²².

Dans les juridictions françaises de droit écrit où l'on applique à titre de grande coutume générale le droit romain, la législation impériale chrétienne connaît une renaissance importante et est appliquée à tort et à travers²³. Dans les juridictions de droit coutumier, des lois particulières sont adoptées décrétant la punition des hommes et des femmes qui s'adonnent à des pratiques homosexuelles. Ces lois établissent comme peines applicables la castration, le démembrement, le feu et la confiscation des biens, selon qu'il s'agit d'une première, seconde ou troisième violation²⁴. Notons cette référence au lesbianisme qui demeure en droit français une espèce de sodomie²⁵ jusqu'à la Révolution : ce point est important car, contrairement à l'Angleterre où cette forme d'homosexualité n'a jamais été criminelle, l'homosexualité féminine est aussi fortement réprimée que celle des hommes.

Les accusations de sodomie sont aussi utilisées à cette époque pour réprimer avec violence l'hérésie albigeoise²⁶ et surtout, par le roi Philippe LeBel dans le procès des Templiers. On se rappelle que le roi convoitait la

20. BOSWELL, *supra* note 1, p. 177.

21. *Id.*, p. 276.

22. *Id.*, p. 279 à 282; d'ailleurs, la législation du royaume de Jérusalem a elle-même établi la peine de mort pour la sodomie : BAILEY, *supra* note 5, p. 96; BOSWELL, *id.*, p. 281.

23. *Id.*, p. 277.

24. *Id.*, p. 289 à 291; M. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 16, Paris, Visse Libraire, 1785, p. 336.

25. GUYOT, *id.*, p. 337; BOSWELL, *supra* note 1, p. 290; Y. BONGERT, *Le droit pénal français de la fin du XV^e siècle à l'ordonnance criminelle de 1670*, Paris, Les Cours de droit, 1973, p. 317, n° 1.

26. BAILEY, *supra* note 5, p. 135 à 144.

fortune des Templiers et craignait leur pouvoir politique. La dissolution de l'Ordre de Temple fut évidemment facilitée par des accusations de crimes contre nature²⁷. Dans l'histoire, nous remarquons le lien étroit entre la répression politique et la répression sexuelle :

À un certain stade d'évolution, les lois antihomosexuelles constituent une arme de choix entre les mains d'un pouvoir avisé qui entend, sous des prétextes moraux, se débarrasser d'adversaires encombrants ou s'emparer de richesses convoitées.²⁸

Il est difficile de préciser si les condamnations à l'époque furent nombreuses : dans ce type de procès, normalement, les pièces et le jugement sont brûlés avec les criminels pour que la connaissance de l'infamie ne soit pas possible²⁹, ce qui rend évidemment difficile la tâche de l'historien. Les auteurs qui étudient la question estiment que la législation n'a sans doute pas été la cause de multiples applications, mais qu'elle créa dans l'imagination populaire un tort irréparable à la personne homosexuelle³⁰. De toute façon, même si la législation n'est pas appliquée avec rigueur, elle constitue tout de même un mal indésirable par la menace imminente de son application³¹. Notons en passant que des 1 500 jugements prononcés par le Parlement sous le règne de Saint Louis, aucune condamnation pour sodomie ne peut être relevée de même que sous le règne de Philippe IV et Philippe V, hormis les cas célèbres mentionnés plus haut³².

Dès cette période et jusqu'à la Révolution, la punition du crime de sodomie est donc celle du feu ou encore, la strangulation ou la pendaison suivie de la réduction en cendres du cadavre. De Ferrière, même en 1787, déclare :

Enfin, quant au crime que commettent les hommes qui exercent leur impudicité avec des personnes de leur sexe, c'est un des plus énormes qui se puissent commettre : l'embrasement de Sodome et quelques autres villes, causé par le feu du ciel, en est une preuve convaincante. Il est puni du feu en France, comme dans la plupart des autres royaumes...³³

27. BOSWELL, *supra* note 1, p. 295 à 298.

28. DE BECKER, *supra* note 7, p. 115. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Librairie de Firmin-Didot et al., 1883, p. 159-160; J.P. ARON et R. KEMPF, *Le pénis et la démoralisation de l'Occident*, Paris, Grasset, 1978, p. 143-144 et plus généralement, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 1981, p. 55 s.

29. GUYOT, *supra* note 24, p. 337; BONGERT, *supra* note 25, p. 322, n. 1.

30. BOSWELL, *supra* note 1, p. 22 et 293 à 295.

31. H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1963, p. 27.

32. BULLOUGH, I., *supra*, note 5, p. 391 et 410, n. 65; mais cf. DE FERRIÈRE, vol. 2, p. 140 (1638).

33. DE FERRIÈRE, *supra* note 10, p. 425; GUYOT, *supra* note 25, p. 336-337; BONGERT, *supra* note 25, p. 319.

Par ailleurs, certaines précisions sont à apporter. Ainsi, pour la période qui s'étend de 1519 à 1783, donc pour plus de 250 ans, Guyot ne rapporte que huit condamnations³⁴, mais il n'est jamais clair s'il s'agit de relations consensuelles entre adultes, de viol ou encore, d'attentats à la pudeur sur la personne d'un mineur. D'ailleurs, dans le cas du procès de 1783, il s'agit du viol et du *meurtre* d'un garçon de 14 ans³⁵. Bongert rapporte quelques autres cas dont le procès de 1586 impliquant le recteur de l'Université de Paris, brûlé pour sodomie : en fait, il est déclaré coupable d'avoir violé un mineur à son service³⁶. Finalement, Hernandez, dans son étude *Les procès de sodomie aux XVI, XVII et XVIII^e siècles*, rapporte dix cas supplémentaires. Une analyse de ces cas démontre que 80% des procès impliquent, en sus de l'accusation de sodomie, un acte criminel inculquant l'accusé de violence ou de sévices graves sur la personne d'un mineur³⁷. Par ailleurs, 20% des cas visent une relation consensuelle entre personnes consentantes³⁸. Nous retrouvons donc ici, encore une fois, une suggestion à l'effet que les procès de sodomie durant cette période sont plutôt rares et lorsqu'ils sont étudiés, ils révèlent en règle générale l'existence de circonstances aggravantes. Le docteur Hernandez conclut dans le même sens au terme de son étude :

Le crime, le détournement de l'enfance, justifient la condamnation dans toute sa rigueur. Mais là où ne sont qu'innocentes préférences, selon les uns, aberrations sexuelles, selon les autres, le mieux est d'en appeler soit à l'indulgence, soit à la pitié, ou de répéter avec le poète qu'on ne peut mêler la banale honnêteté aux choses de l'amour.³⁹

La définition du crime de sodomie soulève quelques difficultés ; si la sodomie vise tant l'acte consensuel que le viol du mineur, l'association de ces actes de nature différente est difficile à accepter puisqu'elle accable d'une même infamie le criminel véritable (viol) et celui qui ne commet qu'une immoralité réprouvée par la loi (adulte consentant). D'ailleurs, cette imprécision établie par la législation criminelle aura, elle aussi, un effet désastreux en associant, dans l'imagination populaire, les personnes homosexuelles aux

34. GUYOT, *supra* note 25, p. 337.

35. *Id.*, p. 337, n. 1.

36. BONGERT, *supra* note 25, p. 319, n. 4. Voir aussi DE BECKER, *supra* note 7, p. 118 (preuves particulières admises dans les cas impliquant des mineurs).

37. HERNANDEZ, L., *Les procès de sodomie aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Bibliothèque des curieux, 1920, voir le détail des procès de Nicolas Ferry, p. 12 ; Léonard Moreuil, p. 20 ; Félix Simon, p. 28 ; Jacques Chausson et Jacques Paulmier, p. 80-81 ; L. Bondot, p. 46, P. B. de la Contamine, p. 46 ; R. du Tertre, p. 59 ; Benjamin Deschauffours, p. 88 à 190.

38. *Id.*, voir le détail des procès de M. Violain, p. 54-55 ; Antoine Mazouer et Emery Ange Dugaton, p. 34-35.

39. *Id.*, p. 10.

corrupteurs de l'enfance, ces derniers constituant une catégorie de criminels honnie depuis tout temps⁴⁰.

La Révolution française modifie de façon importante cette rigueur des lois et sous l'influence des philosophes du siècle des lumières⁴¹, la Constituante de 1791 décriminalise l'homosexualité, opérant pour la première fois la séparation idéale de la morale et de la législation⁴². Ce changement capital se retrouve finalement consacré par le *Code pénal* de 1810 qui assure pleinement la protection de la personne homosexuelle contre la violence institutionnalisée⁴³, sans pour autant la protéger contre la répression et la censure sociale. Depuis cette période et jusqu'à notre époque, le droit pénal français ne considère donc pas la relation homosexuelle entre adultes consentants comme une infraction criminelle.

3. Le droit anglais de la conquête normande aux modifications de 1967

Les premières grandes compilations des juristes anglais prévoient la peine de mort pour tout acte de sodomie mais les auteurs estiment que ces lois ne sont en fait jamais appliquées et qu'elles ne constituent que de simples curiosités⁴⁴. Les historiens du droit anglais sont même d'avis que jusqu'à l'adoption de la loi 25 Henri VIII c. 6 en 1533, il n'y a eu aucune condamnation pour une telle infraction, celle-ci relevant exclusivement de la juridiction ecclésiastique⁴⁵.

40. W. BARNETT, *Sexual freedom and the Constitution*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1973, p. 109 et p. 295-296.

41. R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, Paris, P.U.F., 4^e éd., 1976. Que sais-je n. 690, p. 31. Cette réforme est due en grande partie aux travaux de BECCARIA, le juriste italien : *Traité des délits et des peines*, 6^e éd., Paris, chez J.F. Bastien, Libraire, 1773.

42. DE BECKER, *supra* note 7, p. 151. La révolution russe elle aussi eut le même effet en 1917 mais Staline, en bon tyran, rétablit très vite l'ordre moral indispensable à sa cruauté (1934) : *Id.*, p. 231. Voir aussi T. HONORÉ, *Sex Law*, Londres, Dunkworth, 1978, p. 180; OST et VAN DER KERCHOVE, *supra* note 28, p. 49.

43. DE BECKER, *supra* note 7, p. 151.

44. BOSWELL, *supra* note 1, p. 290. Les législations anciennes, d'inspiration germanique, établissent que les coupables doivent être enterrés vivants, solution que le III^e Reich a suggérée pour régler le cas des homosexuels, suggestion due à l'imagination fertile de Himmler. Cf. V.L. BULLOUGH, *Homosexuality, a history*, New York, New York American Library, 1979, p. 94 ci-après cité, BULLOUGH, II.

45. F. POLLOCK, et F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the time of Edward I*, 2^e éd., vol. II, Cambridge Univ. Press, 1898, aux p. 556-557. Les auteurs considèrent que les compilations anciennes (Fleta, Britton) ont subi l'influence du droit romain ou germanique sur ce point mais qu'il s'agit là de textes non en vigueur.

Cette période de grande tolérance prend fin avec le règne du roi Henri VIII qui décrète la peine de mort et la confiscation des biens «for the detestable and abominable vice of buggery» par la loi de 1533⁴⁶.

Assez curieusement, les juristes anglais, avec Lord Coke en tête, réagissent de façon très négative à la législation et établissent des règles d'interprétation qui rendent presque impossibles les poursuites en vertu de la loi.

En premier lieu, pour être coupable de sodomie, il faut prouver une pénétration anale. Cette exigence a pour conséquence d'exclure le lesbianisme de l'application de la loi; toute autre forme de contact sexuel ne tombe pas sous le coup de la législation et ne peut constituer, par conséquent, une infraction à la loi⁴⁷. En second lieu, les participants à l'acte ne peuvent témoigner l'un contre l'autre, ce qui rend la preuve de la sodomie difficile à établir⁴⁸.

Ces difficultés de preuve ont donné naissance, dans la common law, à l'infraction de tentative de commettre un crime contre nature⁴⁹ qui est assimilable à l'assaut avec l'intention de commettre ce crime. Cette innovation présente certaines difficultés conceptuelles puisque l'assaut implique une idée de violence et que dans ce raffinement de la jurisprudence, la logique de la common law est plutôt imparfaite. Quoi qu'il en soit, les peines imposées pour une telle infraction sont mineures par rapport à la peine de mort établie par la loi de 1533 pour l'acte de sodomie.

De 1533 à 1861, année où la peine de mort est abolie pour cette infraction, le nombre exact des exécutions est limité⁵⁰ et encore ici, nous retrouvons deux phénomènes relevés ailleurs. Les condamnations pour sodomie visent aussi les crimes contre les enfants mineurs ou sont utilisées à des fins purement politiques: pour le reste, la société anglaise semble être relativement tolérante et peu obsédée par la question, contrairement à l'ère victorienne⁵¹ et au XX^e siècle.

46. A.K. GIGEROFF, *Sexual deviations in the criminal law*, Toronto, University of Toronto Press, 1968, à la p. 15. Pour un historique de cette législation, voir le même auteur, p. 15, n. 4.

47. BULLOUGH, II, *supra* note 44, p. 35-36 et 44; GIGEROFF, *id.*, p. 9 à 11; A.N. GILBERT, «Conceptions of homosexuality and sodomy in Western history», (1980-81) 6 *Journal of Homosexuality* 64.

48. BULLOUGH, II, *supra* note 44, p. 35-36.

49. GIGEROFF, *supra* note 46, p. 16-17.

50. La peine de mort est abolie en 1861: BAILEY, *supra* note 5, p. 151.

51. B.R. BURG, «Buggery and Sodomy in early Stuart England», (1980-81) 6 *Journal of Homosexuality*, p. 69-70.

Un changement radical intervient en 1885 lors de modifications majeures aux lois criminelles anglaises. La prostitution des filles mineures est devenue, à l'époque, un problème important et après quelques scandales retentissants, le Parlement décide de sévir « to make further provision for the protection of women and girls, the suppression of brothels and other purposes »⁵². Un amendement est proposé lors de la lecture finale du projet de loi pour réglementer en plus toute relation sexuelle entre adultes consentants de sexe masculin. Cet amendement est accepté dans la confusion générale ; aucune discussion de cette question importante n'a eu lieu avant de rendre criminelles des actions qui n'ont jamais, jusqu'à cette date, tombé sous l'application de la loi. Avant 1885, l'homosexualité en tant que crime ne visait que la sodomie et la tentative de commettre la sodomie. Après 1885, le *Code criminel* réglemente tout acte sexuel posé entre hommes, un changement radical et global.

Bailey commente ainsi l'amendement :

By this unfortunate enactment male homosexual acts committed in private were for the first time brought within the scope of the criminal law. It is doubtful, as Sir Travers Humphreys says, whether the House fully appreciated that the words « in public or private » in the new clause had completely altered the law, and it is not even clear what prompted its addition to a Bill relating to a wholly different matter — unless it was a badly-worded attempt to deal with male as well as female prostitution. For the blackmailer it has proved a lucrative piece of legislation ; it has often busied the courts with matters which belong more properly to the moralist, the pastor, and the psychiatrist than to the criminal lawyer ; and there is no proof that it has had any marked deterrent or ameliorative effect.⁵³

Assez curieusement, la législation ne considère pas le lesbianisme et une tentative d'en étendre l'application aux femmes en 1921 est rejetée par la Chambre des Lords sous prétexte qu'un tel amendement vilipendait toutes les honnêtes femmes « the overwhelming majority of whom could not know anything about what the law was trying to cover »⁵⁴.

Ainsi donc, en droit anglais, de 1885 à 1967, toute relation sexuelle entre adultes consentants de sexe masculin tombe sous le coup de la législation criminelle, tandis qu'avant cette période, seules les infractions de sodomie ou de tentative de commettre la sodomie sont punissables. Le comité Wolfenden, établi par le gouvernement britannique en 1954 à la demande de l'Église

52. BAILEY, *supra* note 5, p. 151 se référant au préambule de la loi 48-49 Vict. c. 69, art. 11.

53. BAILEY, *id.*, p. 152 ; BULLOUGH, II, *supra* note 44, p. 39 à 41 ; J. WEEKS, « Male prostitution and the regulation of homosexuality in England in the 19th and 20th centuries », (1980-81) 6 *J. of H.* 117, p. 117-118 ; *Wolfenden Report*, par. 68-69 et 108-109.

54. BULLOUGH, II., *supra*, note 44, p. 45, 121 et 122.

d'Angleterre⁵⁵, étudie l'impact de ces législations sur la vie des homosexuels et plus particulièrement, la fréquence de leur utilisation et l'importance des poursuites.

Ainsi, pour une période triennale (1953-1956), 300 condamnations sont prononcées pour des infractions commises *en privé* par des adultes consentants et sur ce, 118 personnes sont emprisonnées pour une durée qui varie entre moins de 6 mois et 5 ans, selon la nature de l'infraction⁵⁶.

Ces chiffres impressionnent et méritent quelques observations. En premier lieu, il est intéressant de noter le nombre important de poursuites et de condamnations, surtout lorsqu'on les compare avec la période beaucoup plus tolérante du Moyen-Âge anglais. En second lieu, on s'étonne de voir que 127 poursuites sont intentées pendant la même période triennale pour grossière indécence⁵⁷ en vertu d'une législation adoptée à toute vitesse et qui soumet le citoyen aux affres d'un procès criminel, basé sur une infraction mal définie et d'une portée imprécise.

La publication du rapport Wolfenden (1957) suscite une grande controverse et ce n'est que dix années plus tard, en 1967, que le Parlement anglais modifie la législation pour soustraire de l'application du droit criminel tout acte impliquant des adultes consentants à une relation sexuelle dans l'intimité⁵⁸.

4. Le droit canadien

Nous distinguerons ici entre le droit français applicable avant la Conquête et le droit anglais en vigueur après 1763. De même, nous nous attarderons aux principales législations canadiennes et aux innovations ou changements majeurs qu'elles ont pu apporter.

4.1. Le régime français

Pendant la période française, le droit criminel français est évidemment applicable et comme nous l'avons vu précédemment, la peine imposée pour le crime de sodomie est celle du feu (précédée ou non par la strangulation). L'histoire relate deux condamnations en Nouvelle-France, une en 1648 et l'autre en 1691.

55. *Wolfenden Report, Report of the Committee on homosexual offenses and prostitution*, authorized American ed., New York, Stein and Day, 1963, p. 5 et 19.

56. *Id.*, p. 219, table VI.

57. *Id.*

58. Voir GIGEROFF, *supra* note 46, p. 82 à 93 pour une analyse détaillée des débats sur cette question dans la presse et à la Chambre des communes.

Dans le premier cas, il s'agit d'un tambour dans le régiment du Sieur de Maisonneuve. Voici ce que rapportent les Relations des Jésuites à ce sujet :

Environ ce temps fut amené de Montréal un tambour *convictus crimine pessimo*, à la mort duquel s'opposèrent nos Pères qui étaient à Montréal *sed occulte* ; il fut donc renvoyé ainsi et mis dans la prison : on lui proposa pour se sauver au moins des galères d'accepter l'office d'exécuteur de justice. Il l'accepta, mais on mit son procès auparavant en état, et puis on lui commua la sentence.⁵⁹

Aucun autre détail n'est disponible sur le procès mais il est permis de penser qu'il ne s'agit pas d'un crime sur la personne d'un mineur, parce que, à la même époque, de telles infractions sont sévèrement punies⁶⁰. De même, le viol n'est pas toléré dans la jeune colonie⁶¹ — ce qui laisse probablement subsister une simple affaire de mœurs pour laquelle la peine de mort semble excessive. D'ailleurs, le texte indique l'opposition des Jésuites à une exécution *sed occulte* — secrètement — et le fait que la condamnation fut commuée confirme une telle interprétation. Ainsi, le premier bourreau de la Nouvelle-France est un homosexuel sauvé de la mort par les Pères Jésuites.

Le deuxième procès est celui de Nicolas Dancy de Saint-Michel en 1691. Celui-ci est accusé de sodomie avec Jean Forgeron dit La Roze et Jean Filio dit Dubois, les trois parties étant militaires de la Compagnie du détachement de la Marine⁶². Le jugement est relativement détaillé et révèle ce qui suit :

Le Conseil... a déclaré le dit Saint-Michel atteint et convaincu d'avoir voulu débaucher plusieurs hommes et d'être même tombé dans des actions infâmes et honteuses pour parvenir à cette mauvaise fin, pour réparation de quoi l'a banni et banni de ce pays à perpétuité... Les dits La Roze et Dubois à être réprimandés à la Chambre, pour avoir condescendu aux attachements et actions honteuses du dit Saint-Michel par un espace de temps qu'ils auraient pu se retirer ou appeler au secours...⁶³

Il semble donc, d'après ce texte, qu'il s'agit ici encore d'actes entre adultes consentants. Nicolas Dancy est banni à perpétuité, sans doute parce qu'il est lieutenant de marine et que les autres sont des soldats sous son commandement. La Roze et Dubois sont réprimandés et subséquemment condamnés à servir sa Majesté pendant des termes de deux et trois ans⁶⁴ :

59. *The Jesuit Relations and allied documents*, edited by R.G. THWAITES, New York, Pageant Book Co., 1959, vol. 32, p. 102 à 104 (septembre 1648) ; R. BOYER, *Les crimes et châtements au Canada français du XVII^e au XX^e siècle*, Montréal, Cercle du livre de France, 1966, p. 227.

60. R. BOYER, *supra*, en donne plusieurs exemples.

61. *Id.*

62. *Jugements et délibérations du Conseil Souverain de la Nouvelle-France*, vol. III, Québec, Imprimerie A. Côté et Cie, 1887, p. 557-558.

63. *Id.*, p. 587 ; BOYER, *supra* note 59, p. 200 et 333-334.

64. *Id.*, p. 588.

ceci confirme l'hypothèse qu'ils participent à l'acte et qu'ils ne sont pas mineurs. Un détail intéressant concerne les procédures écrites ; le tribunal décrète qu'elles « seront conservées dans un sac et scellées du sceau de ce Conseil sans qu'il puisse être ouvert que par arrêt exprès rendu »⁶⁵. Cette façon de procéder rappelle évidemment celle de l'ancien droit où les transcriptions des procès de sodomie sont brûlées avec le criminel pour qu'il n'en reste aucune trace⁶⁶.

En Nouvelle-France, donc, aucune condamnation à mort jusqu'à la Conquête : par ailleurs, l'administration de la justice reste sensible, dans les hypothèses où des adultes consentants sont impliqués, à la rigueur excessive de la loi et il transparait ici une certaine tolérance et compassion.

Le *Traité de Paris*, en 1763, modifie l'état du droit : l'homosexualité en tant que crime disparaît en France en 1789 tandis que dans la jeune colonie, elle demeure, par un accident de l'histoire, une infraction grave jusqu'en 1969.

4.2. Le régime anglais et l'application de la common law (1763-1841)

Jusqu'à l'adoption de la loi 4-5 Victoria c. 27 en 1841, le droit criminel applicable en la matière est la common law du royaume et plus particulièrement, la loi 27 Henri VIII adoptée en 1533. Crémazie, dans son ouvrage publié en 1842⁶⁷, commente cette législation :

En parlant de ce crime horrible qui ne doit pas être nommé parmi les chrétiens, nous le ferons le plus brièvement possible.

C'est un crime puni de mort par le Statut 27 Henri VIII c. 6, et la confiscation de tous les biens. Il consiste dans la connaissance charnelle et contre l'ordre de la nature, qui a lieu entre deux hommes, ou entre un homme et une femme...⁶⁸

L'auteur n'indique cependant aucune condamnation pour ce crime pendant cette période et il est permis de penser qu'il n'y en eut aucune puisque les historiens qui examinent la question n'en mentionnent pas⁶⁹.

65. *Id.*, p. 587-588.

66. *Supra*, note 29.

67. J. CRÉMAZIE, *Les lois criminelles anglaises... telles que suivies en Canada*, Québec, Imprimerie de Fréchette et Cie, 1842, p. 84.

68. *Id.*

69. Cf. BOYER, *supra* note 59, qui semble exhaustif en la matière.

4.3. Histoire législative de 1841 à 1890

Notre première législation criminelle en 1841 codifie la common law et impose pour le « crime abominable de sodomie ou de bestialité »⁷⁰ la peine de mort. La peine de mort est remplacée par l'incarcération à vie par une loi de 1869⁷¹ et cette modification est confirmée dans la refonte de 1886⁷². De même, ces législations codifient le crime de tentative de commettre la sodomie et établissent pour l'infraction une peine de 10 ans d'emprisonnement⁷³. Il faut rappeler que la tentative de commettre l'acte ne peut couvrir autre chose que l'acte visé (sodomie) et non les autres formes de contact sexuel non réglementées par la législation⁷⁴.

La législation la plus répressive est adoptée en 1890⁷⁵ et vise à punir tout acte de grossière indécence commis en public ou en *privé* entre adultes consentants de sexe masculin : la loi prévoit un emprisonnement de 5 ans pour le coupable et une possibilité de lui administrer le fouet. Ce n'est que lors de la révision de 1953-54 que la loi s'applique aussi aux femmes homosexuelles.

Si on peut concevoir des exemples de grossière indécence en public, il est plus difficile d'imaginer une indécence commise par deux adultes consentants dans l'intimité. Cette difficulté apparaît nettement dans les débats de la Chambre des communes en 1890 où il est évident que les députés ne sont pas très conscients de la portée du projet de loi ou encore, de ses conséquences.

L'amendement, on le sait, est calqué sur la loi anglaise de 1885 qui elle aussi, comme nous l'avons vu, a été votée dans une confusion totale⁷⁶.

Sir Richard Cartwright soulève le point en Chambre :

... is it not possible that the words he has used... are not sufficiently precise, and might lead to consequences that he does not intend... In my opinion the words are not legal words, and it strikes me that consequences might flow from this phraseology which the honourable gentleman does not contemplate.⁷⁷

70. *Acte pour réunir et modifier les statuts de cette province concernant les offenses commises contre la personne*, (1841) 4-5 Vict. c. 27, article 15. La preuve s'établit par la pénétration : *id.*, article 18.

71. (1869) 32-33 Vict. c. 20, article 63.

72. S.R.C. 1886, c. 157, article 1.

73. *Id.*, article 64 (1869) et article 2 (1886); GIGEROFF, *supra* note 46, p. 41.

74. *Cf. R. c. Laprise*, (1880) 3 L.N. 139 (B.R.).

75. S.C. 1890, c. 37, article 5.

76. GIGEROFF, *supra* note 46, p. 46 s.

77. Dans GIGEROFF, voir p. 46-47.

Un autre député s'objecte au texte de loi en faisant remarquer qu'il constitue une atteinte à la liberté des citoyens qui n'ont pas à subir un emprisonnement pour des délits définis de façon aussi imprécise :

I still think that in so serious a matter as one involving an imprisonment for five years, the specific act characterized as « gross indecency » should be put in the statute. I do not think there ought to be any uncertainty about it. If there is a term to apply to it, the Minister ought to put that term in the Act. Suppose a person is charged with an offence of this kind in one of the county districts before a Justice of the Peace. There are 50 kinds of gross indecency. The term may mean one thing in one case and a much more serious thing in another. I hold the Minister ought to put the exact name of the crime in the statute, so that there may be no mistake about it. No false modesty should restrain us from protecting the liberty of the subject in a case like this.⁷⁸

Cette modification reste en vigueur de 1890 à 1969 jusqu'aux amendements importants du bill Omnibus. Pendant cette période, l'homosexuel est soumis non seulement à l'intolérance sociale mais aussi à une législation répressive et s'il désire éviter la honte d'une condamnation judiciaire, il doit vivre dans le secret le plus total, avec les conséquences qu'on imagine pour sa santé, son bien-être et son épanouissement.

La validité constitutionnelle d'une telle législation peut évidemment être mise en doute en invoquant diverses règles de droit. L'imprécision qui caractérise cette infraction viole certainement le principe de la légalité qui « oblige le législateur à rédiger ses lois en termes précis et suffisamment clairs pour que le justiciable sache quelle conduite adopter »⁷⁹.

De plus, le législateur viole aussi l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁰ qui déclare :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Dans une décision récente du Tribunal de la jeunesse, la cour examine en regard de l'article 7 la notion d'immoralité sexuelle prévue par la *Loi sur les jeunes délinquants*⁸¹. Après une étude approfondie de la jurisprudence et de la doctrine, le tribunal arrive à la conclusion que cette notion est trop vague et imprécise :

78. *Id.*, p. 48. Voir aussi p. 49 les remarques du Sénateur Roebuck lors de la discussion sur le projet de loi H-8 en 1952 visant les amendements du *Code criminel* : « ... so anything which you or I might think indecent is covered by this clause... ».

79. Madame la juge Éline Demers dans l'affaire *Protection de la jeunesse n. 94*, J.E. 83-628, à la p. 9 du jugement (malheureusement renversé en appel par le juge Rothman, le 22 juin 1983, C.S.M. n. 500-24-000009-836).

80. U.K. 1982 c. 11, annexe B, partie I.

81. S.C.R. 1970, c. J-3.

... le tribunal en vient à la conclusion que le délit d'immoralité sexuelle n'étant pas suffisamment décrit ouvre la porte à une interprétation trop subjective de la part du juge quant à la définition à lui être donnée, et par conséquent, est inconstitutionnel.

Le tribunal ne peut croire que dans une société libre et démocratique existe une infraction aussi vague et imprécise...⁸²

De plus, on peut aussi prétendre que l'infraction viole l'article 11(a) de la Charte :

Tout inculpé a le droit d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche.

Dans la même décision, le tribunal prétend que la notion d'immoralité sexuelle est trop imprécise et viole cette disposition de la Charte⁸³. Une conclusion identique en ce qui concerne la grossière indécence s'impose puisqu'il s'agit d'une notion qui varie selon chaque personne « ... so anything which you or I might think indecent is covered by the clause... »⁸⁴.

Quel fut l'impact de cette modification législative ? Les statistiques ne sont pas très précises sur cette question mais fournissent quelques éléments de réponse et révèlent quelques tendances significatives.

Ainsi, au Canada, pour la période 1890-1900⁸⁵, on compte 69 condamnations pour sodomie et bestialité, ce qui donne en moyenne 7 condamnations par année. Ces statistiques ne distinguent pas entre la sodomie et la bestialité. De même, elles ne distinguent pas entre la sodomie en soi et la grossière indécence.

De même, aucune différence n'est établie concernant la grossière indécence impliquant des adultes et celle qui implique une personne mineure. Aucune distinction concernant le caractère privé ou public de l'acte. On peut par ailleurs penser que les condamnations visent essentiellement la grossière indécence publique et celle qui implique un mineur. Cette hypothèse est plausible à cause du nombre restreint des condamnations.

Mais les choses se gâtent plus on avance dans le siècle. Ainsi, pour la période 1932-1938⁸⁶, nous retrouvons le nombre de condamnations suivant :

1932	1933	1934	1935	1936	1937	1938
102	146	75	85	136	134	137

82. À la p. 21 du jugement. Voir aussi OST et VAN DER KERCHOVE, *supra* note 28, p. 24 et 128.

83. *Id.*, p. 22-23.

84. *Supra* note 78, le sénateur Roebuck en 1952.

85. *The Statistical Year Book of Canada 1900*, Ottawa, 1901, p. 596-597.

86. *The Canada Year Book*, 1936-1940.

On peut faire ici les mêmes observations que précédemment mais il reste tout de même étonnant d'observer que d'une moyenne de 7 condamnations par année, nous passons à une moyenne annuelle de 116 condamnations. Nous pouvons penser que ceci est attribuable à l'augmentation de la population mais aussi, à l'augmentation des poursuites intentées pour grossière indécence entre adultes consentants en privé.

Malheureusement, après 1940, les chiffres ne sont plus disponibles pour l'ensemble du Canada. Par ailleurs, les *Annuaire du Québec* continuent de compiler les statistiques de sodomie et bestialité jusqu'en 1971. Ceci nous permet d'analyser la situation de 1959 à 1967⁸⁷. Voici les chiffres.

1959	1960	1961	1962	1963	1964	1965	1966	1967
104	84	123	111	146	212	127	121	153

Nous constatons encore ici une augmentation dramatique car d'une moyenne canadienne de 116 pour la période qui précède 1940, nous passons à une moyenne provinciale de 131 condamnations par année. Les mêmes distinctions s'appliquent à ces statistiques mais nous pouvons penser qu'un nombre de ces condamnations implique les activités d'adultes consentants qui en fait ne causent aucun tort à personne. L'importance de cette répression ne peut être minimisée et donne la mesure de l'intolérance sociale qui prévaut pendant cette période.

4.4. La réforme du Code criminel en 1969

Le gouvernement Pearson en 1967 décide d'apporter d'importantes modifications au *Code criminel* et le ministre de la Justice d'alors, P.E. Trudeau, dépose en Chambre le 21 décembre 1967 le projet de loi C-195 (le célèbre bill « Omnibus ») visant, entre autres, la décriminalisation de l'homosexualité entre adultes consentants.

Les élections générales empêchent cependant l'adoption de la loi et le nouveau gouvernement libéral de 1968 doit proposer une seconde fois le projet, qui devient le projet de loi C-150, à la Chambre des communes. Le ministre de la Justice est alors John Turner.

Les débats sur l'homosexualité ont lieu principalement vers la fin avril 1969⁸⁸. Nous constatons à la lecture des propos émis que la discussion n'est jamais très subtile et plus particulièrement, les positions des honorables

87. *Annuaire du Québec*, 1971, p. 267.

88. *Débats, Chambre des communes*, Canada, 1^{re} session, 28^e Législature, VII, p. 7630 à 7649.

membres de l'opposition ne sont pas toujours marquées par un sens de la délicatesse et du bon goût. Voici quelques exemples :

... ce que nous adoptons ici c'est la philosophie mahométane de l'hédonisme.
(Débats, 17/04/69, 7639 M. Dinsdale).

Le pointage est maintenant de 2 à 0 pour Boston.

(*Id.*, l'Orateur, 7673).

Or, qu'a fait le gouvernement pour les Canadiens depuis le 13 décembre dernier? — Il en a tous fait des homos.

(Débats, 18/04/69, 7693

M. Muir en réponse à M. Diefenbaker).

Lorqu'on nous présente de telles saletés — j'appelle cela des saletés sans même sourciller — je crois que des actes aussi contraires à la nature ne devraient pas être discutés au sein d'un gouvernement qui se respecte...

(Débats, 21/04/69, 7761 M. Gauthier).

Quoi qu'il en soit, les divers amendements visant à empêcher la modification sont refusés le 22 avril 1968⁸⁹ et le *Code criminel*, tel que modifié, est adopté par la Chambre des communes le 27 juin 1969 et entre en vigueur le 1^{er} juillet de la même année.

Suite à ces modifications, la relation consensuelle entre adultes, dans l'intimité, est décriminalisée et notre droit rejoint le droit français de 1789, près de deux cents ans plus tard.

4.5. La Charte des droits et libertés du Québec

La Charte des droits et libertés est adoptée, on le sait, en 1975 par le gouvernement libéral de Monsieur Bourassa⁹⁰. L'opposition officielle tente à cette époque de faire insérer dans le projet de loi une prohibition contre toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cet amendement est écarté par la majorité, non pas parce qu'il soulève le mécontentement des libéraux, mais pour donner plus de crédibilité à la nouvelle Charte⁹¹.

Cette modification est finalement votée par le gouvernement péquiste lors de l'adoption du projet de loi 88 le 15 décembre 1977. Contrairement aux débats sur le bill Omnibus, le ton est ici plein de retenue des deux côtés de la Chambre et le lecteur ne peut être qu'impressionné par les efforts des deux parties pour comprendre et saisir la dimension humaine de la législation.

89. *Id.*, p. 7835 à 7838 pour la liste des députés.

90. L.Q. 1975, c. 6.

91. Cf. Débats de l'Assemblée nationale, Deuxième session, 31^e Législature, le 22 novembre 1977, vol. 19, p. 4882 s.

4.6. Modifications législatives récentes

Depuis l'adoption de la Charte provinciale, peu de modifications législatives ont eu une portée sur les droits des personnes homosexuelles. Notons au passage le projet de loi C-242 déposé à la Chambre des communes par Madame P. Carney le 2 mai 1980. Ce projet vise un amendement à la *Déclaration canadienne des droits*⁹² pour la rendre semblable à la loi québécoise sur la question de l'orientation sexuelle. De plus, le projet de loi vise la modification de l'article 281.1(4) du *Code criminel* portant sur la prohibition d'incitation à la haine contre un groupe identifiable. La définition de « groupe identifiable » aurait été alors élargie pour comprendre les personnes homosexuelles. Les notes explicatives qui accompagnent le projet sont intéressantes à ce niveau :

Article 9 du bill : Voici le texte actuel du paragraphe 281.1(4) du Code :

« (4) Dans le présent article, "groupe identifiable" désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. »
 Cette modification de la définition de « groupe identifiable » a pour objet d'interdire l'incitation publique à la haine contre les homosexuels qui constituent dans la société un groupe identifiable ayant besoin de protection. On considère qu'il est essentiel d'interdire la condamnation publique outrancière du comportement des homosexuels pour combattre, dans la société, la discrimination que certaines personnes subissent à cause de leur orientation sexuelle.

La modification devrait se lire dans le cadre de la disposition principale créant l'infraction dont voici le texte actuel :

- « 281.2(1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable
- a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans ;
ou
 - b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.
- (2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable
- a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans ;
ou
 - b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Malheureusement, la révision constitutionnelle a empêché l'adoption du projet. En effet, la *Loi constitutionnelle de 1982* complète maintenant la *Déclaration canadienne des droits* et même si elle prévoit dans son texte une charte des droits et libertés, la question des droits des personnes homosexuelles n'est pas mentionnée mais est plutôt laissée aux décisions, souvent contradictoires, des tribunaux.

Une dernière loi retient notre attention. Il s'agit des modifications apportées au *Code criminel* par le projet de loi C-127, adopté le 4 août 1982. L'article 246.1 C. cr. établit un régime unique en ce qui concerne le viol et ne

92. S.R.C. 1970, App. III, amendée par S.C. 1970-71-72.

distingue pas entre l'accusé hétérosexuel et homosexuel. Ce traitement égal mérite d'être souligné. Par ailleurs, l'article 246.4 C. cr. établit que la corroboration n'est plus nécessaire pour prouver la grossière indécence en vertu de l'article 157 C. cr. Ceci semble excessif et voire même dangereux en ce que l'accusé qui a une relation sexuelle avec une personne peut faire l'objet d'une plainte en vertu du *Code criminel* lorsque son partenaire s'objecte à un acte posé pendant la relation. En effet, l'article 158(1) C. cr. indique que l'article 157 C. cr. ne s'applique pas lorsque les deux parties consentent à l'acte. Toutefois, ces articles soumettent les relations sexuelles à des contrôles indésirables (procès) lorsqu'il est plus simple pour la personne de se désister si elle s'objecte. Si l'acte est posé contre sa volonté, il s'agit alors probablement d'une agression sexuelle, malgré que le contexte de la relation intime rende plus difficile la preuve d'une telle plainte.

Finalement, la loi propose une modification à l'article 3b) de la *Loi sur le divorce*⁹³ en permettant que soit prononcé un divorce dans les cas où un des époux

- b) a commis des voies de fait comportant des relations sexuelles, un acte de sodomie ou de bestialité, ou s'est livré à un acte d'homosexualité.

En fait, on peut s'interroger sur ce qui constitue « un acte d'homosexualité » : une personne homosexuelle qui répond au téléphone, en posant ce geste, pose-t-elle un acte d'homosexualité ? Si elle embrasse une personne du même sexe, se livre-t-elle à un tel acte lorsque l'on sait qu'un tel geste ne constitue pas en soi une grossière indécence, même s'il est posé en public ? Une telle imprécision dans la loi est lamentable en ce qu'elle laisse la détermination de la question aux tribunaux et ne donne pas aux justiciables des directives précises sur la conduite qu'ils doivent adopter.

Conclusion

Trois conclusions nous semblent pertinentes après cet examen du traitement législatif de l'homosexualité à travers l'histoire. En premier lieu, une évolution dans les mentalités peut être décelée depuis l'époque romaine. En effet, jusqu'au XIII^e siècle, les questions de morale personnelle sont réglées uniquement par la conscience de chacun et l'ordre politique se désintéresse complètement de ce domaine. À partir du XIII^e siècle, la répression sociale se manifeste clairement par des législations violentes dont l'application semble, malgré tout, exceptionnelle. Les temps modernes marquent, dans la tradition de la common law, un revirement important par

93. S.R.C. 1970, c. D-8.

la criminalisation de tout acte sexuel entre adultes consentants du même sexe : l'État surveille alors l'intimité des demeures et veille à l'application de cette législation. Les poursuites atteignent un niveau important vers la première moitié du XX^e siècle qui lui, donnera le spectacle éprouvant de la répression la plus sauvage de l'histoire, celle de l'Allemagne nazie. On estime en effet à plus de 220 000 les victimes des camps de concentration, forcées, on le sait, de porter la triste étoile rose en témoignage de leur homosexualité⁹⁴.

Il est donc faux d'affirmer que la personne homosexuelle a été la victime d'une répression brutale au Moyen-Âge ; l'évolution historique indique plutôt une intolérance croissante dont la violence atteint son paroxysme à notre époque.

Une deuxième conclusion concerne les liens entre la répression politique et la répression sexuelle. Nous avons vu quelques exemples d'utilisation de la législation répressive à l'encontre de certains dissidents politiques, phénomène qui se vérifie à notre époque aussi⁹⁵.

D'une façon plus subtile, la législation antihomosexuelle trahit le refus du pouvoir d'admettre toute forme de dissidence et il est intéressant de noter ici le lien entre dissidence idéologique (hérésies médiévales) et dissidence sexuelle.

Finalement, nous avons noté que la législation ne faisait aucune distinction entre la personne homosexuelle qui a une relation avec une autre librement, celle qui commet une agression sexuelle et finalement, celle qui s'attaque à la personne d'un mineur. Les lois anciennes créaient une seule infraction pour ces trois catégories de crime et on comprend dès lors pourquoi, dans l'imagination populaire, l'homosexuel est souvent considéré comme un être vil et immoral dont la seule préoccupation serait de corrompre la jeunesse.

Nos systèmes de lois ont donc beaucoup évolué, ou plutôt, ont retrouvé la sagesse des préteurs romains et des juristes du Haut Moyen-Âge pour qui la séparation de la morale et du droit était chose acquise. Nos systèmes ont de plus reconnu implicitement qu'il n'y a aucune utilité pour de telles législations qui ne font que causer un tort irréparable à des individus qui n'en causent aucun. Nous retrouvons là les belles idées du philosophe Jeremy Bentham qui écrivait au début du XIX^e siècle :

94. F. RECTOR, *The Nazi Extermination of homosexuals*, New York, Stein and Day, 1981, p. 115. Il est difficile de prévoir le nombre qui varie entre 10 000 et 1 000 000. Le nombre qui rallie le plus d'opinions est 220 000.

95. Cf. généralement, C. A. TRIPP, *The Homosexual Matrix*, Toronto, McGraw-Hill Book Co., 1975, p. 202 à 242 ; BULLOUGH, *supra* note 5, p. 335 ; M. H. E. MEIER, *Histoire de l'amour grec dans l'antiquité*, Paris, Guy le Prat, 1980, p. 291.

Irregular, unnatural, call them by what names of reproach you will, of these gratifications nothing but good, pure good, if pleasure without pain be a pure good... will be found. But when the act be pure good, punishment for whatsoever purpose, from whatever source, in whatsoever name and in whatsoever degree applied in consideration of it, will be not only evil, but so much pure evil.⁹⁶

Bibliographie

- ARON, J.P. et KEMPF, R., *Le pénis et la démoralisation de l'Occident*, Grasset, Paris, 1978.
- BAILEY, D.S., *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, Archon Books, 1975.
- BARNETT, W., *Sexual freedom and the Constitution*, University of New Mexico Press, Albuquerque, 1973.
- BECCARIA, M.C.D.L., *Traité des délits et des peines*, 6^e éd., Paris, chez J.F. Bastien, Libraire, 1973.
- BONGERT, Y., *Le droit pénal français de la fin du XV^e siècle à l'ordonnance criminelle de 1670*, Les Cours de droit, Paris, 1973.
- BOSWELL, J., *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality*, University of Chicago Press, Chicago, 1980.
- BOYER, R., *Les crimes et châtements au Canada français du XVII^e au XX^e siècle*, Cercle du livre de France, Montréal, 1966.
- BULLOUGH, V.L., *Homosexuality, a history*, New American Library, New York, 1979.
- BULLOUGH, V.L., *Sexual Variance in Society and History*, John Wiley & Sons, New York, 1976.
- , *Cambridge Ancient History*, vol. X, *The Augustan Empire*, Cambridge University Press, 1934.
- DE BECKER, R., *L'érotisme d'en face*, J. J. Pauvert, éd., Paris, 1964.
- DE FERRIÈRE, C., *La jurisprudence des Nouvelles de Justinien*, t. II, Paris, chez J. Cochart, 1638.
- DE FERRIÈRE, C., *Nouvelle traduction des Institutes de l'empereur Justinien*, nouvelle éd., t. 6, Paris, Les Libraires associés, 1787.
- FORD, C.S. et BEACH, F.A., *Patterns of sexual behavior*, N.Y. Harper, 1951.
- GIGEROFF, A.K., *Sexual Deviations in the Criminal Law*, University of Toronto Press, 1968.
- GOODICH, M., *The unmentionable Vice, Homosexuality in the later medieval period*, Santa Barbara California, A.B.C. Clío Books, 1979.
- GUYOT, M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, t. 16, Paris, Visse Libraire, 1785.
- HAHN, P., *Nos ancêtres les pervers*, Olivier Orban, Paris, 1979.
- HERNANDEZ, L., *Les procès de sodomie au XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles*, Bibliothèque des curieux, Paris, 1920.
- HONORÉ, T., *Sex Law*, Duckworth, Londres, 1978.
- MEIER, M.H.E., *Histoire de l'amour grec dans l'antiquité*, Guy le Prat, Paris, 1980.

96. BULLOUGH, *supra* note 44, p. 39 citant le texte de Bentham.

- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Librairie de Firmin-Didot et al., 1883.
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Facultés universitaires St-Louis, Bruxelles, 1981.
- RECTOR, F., *The Nazi Extermination of homosexuals*, Stein and Day, New York, 1981.
- TRIPP, C.A., *The Homosexual Matrix*, McGraw-Hill Book Co., Toronto, 1975.
- VAN USSEL, Jos., *Histoire de la répression sexuelle*, Éditions R. Laffont, Paris, 1972.
- WEEKS, J., *Male prostitution and the regulation of homosexuality in England in the 19th and 20th centuries*, (1980-81) 6 *J. of H.* 117 (vol. 1 et 2).
- , *Wolfenden Report*, (Report of the Committee on homosexual offences and prostitution, Authorized America ed., Stein and Day, New York, 1963.