

**LE TRAITEMENT DES VICTIMES D'AGRESSION SEXUELLE
DEVANT LES TRIBUNAUX CANADIENS: ENTRE LES
AVANCEES JURIDIQUES ET LA PERSISTANCE DES
STEREOTYPES**

*THE TREATMENT OF SEXUAL ASSAULT VICTIMS BY CANADIAN COURTS: BETWEEN
LEGAL PROGRESS AND THE PERSISTENCE OF STEREOTYPE*

Julie Desrosiers

Professeure, Faculté de droit, Université Laval. Docteur en droit à l'Université McGill. Membre régulière du Centre de recherche sur les jeunes et les familles à risque (JEFAR), elle a agi à titre de commissaire à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (2009-2015) et siège sur le conseil d'administration de la Ligue des droits et libertés – Section Québec.

RESUMÉ

Malgré leur fréquence, les agressions sexuelles sont beaucoup moins dénoncées que les autres crimes violents. Seulement 5% des personnes qui affirment avoir subi une agression sexuelle interpellent les autorités à cet égard. Le silence des autres s'explique, entre autres, par la crainte de ne pas être crue et d'être discréditée par des préjugés, des mythes ou des stéréotypes sur les victimes d'agression sexuelle. Pourtant, au Canada, la réforme de 1983 visait précisément à déboulonner ces stéréotypes en éradiquant les règles de preuve spéciales qui minaient la crédibilité des femmes devant les tribunaux. Il semble toutefois que des préjugés teintent encore parfois l'interprétation judiciaire. Le texte qui suit s'appuie sur une analyse des décisions des cours d'appel canadiennes appelées à réviser un jugement de première instance qui aurait été biaisé par un stéréotype. Il se divise en fonction de chacune des règles de preuve spéciales que le législateur ou les tribunaux ont cherché à éliminer : l'exigence de la corroboration du témoignage, le critère de la résistance, la doctrine de la plainte spontanée et la preuve du passé sexuel de la plaignante. La revue jurisprudentielle effectuée dans le cadre de cet article témoigne à la fois des avancées juridiques en la matière et du chemin qui reste à parcourir.

MOTS-CLES: agression sexuelle, sous-dénonciation, préjugés, mythes, stéréotypes.

ABSTRACT

In spite of their prevalence, sexual assaults are much less frequently reported than other

violent crimes. Only 5% of sexual assault victims file a complaint. This can be explained, among other things, by the fear of not being believed, since many myths or stereotypes about victims of sexual assault are still alive today. Yet the 1983 reform of Canadian criminal law was aimed precisely at debunking these stereotypes by eradicating the special rules of evidence that undermined women's credibility. It seems, however, that myths and stereotypes continue to taint judges' appreciation. This paper analyses the cases of Canadian Courts of Appeal where it is alleged that the trial judge was biased because of a stereotype. The analysis is based on each of the special rules of evidence that the 1983 reform sought to eliminate: the doctrine of corroboration, the expectation of resistance, the doctrine of early complaint and the evidence of the complainant's past sexual history. The paper concludes that real progress has been made, but that further steps will be needed for these objectives to be met.

KEYWORDS: sexual assault, under-reporting, prejudice, myths, stereotypes.

INTRODUCTION

L'agression sexuelle est un phénomène social largement répandu, qui s'inscrit dans le contexte plus large de la violence faite aux femmes et aux enfants. Au Canada, malgré la baisse générale du taux de criminalité enregistrée au cours de la dernière décennie, le nombre de personnes qui déclarent avoir subi une agression sexuelle demeure stable. Selon Statistique Canada, ce sont 33 ou 34 femmes de plus de 15 ans sur 1 000 qui s'en déclarent victimes, bon an mal an¹. Les enquêtes sur la victimisation confirment l'étendue du phénomène et permettent de mesurer le mur de silence qui s'érige autour de ces infractions. En effet, seulement 5 % des personnes qui affirment avoir subi une agression sexuelle dénoncent le crime à la police. Il s'agit là d'un taux largement inférieur à celui d'autres crimes violents. Les voies de fait, par exemple, sont dénoncées dans une proportion de 38 %, alors que le taux est de 45 % pour le vol qualifié². Le constat est clair : de manière générale, les femmes ne dénoncent pas la violence sexuelle qu'elles subissent aux autorités policières.

Plusieurs raisons sont invoquées pour ne pas porter plainte. Certaines d'entre elles

¹Tina Hotton Mahony, « Les femmes et le système de justice pénale », dans Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe, Statistique Canada, 2011, p. 6.

²Samuel Perreault, « La victimisation criminelle au Canada, 2014 », dans Juristat, Statistique Canada, 2015, p. 3 et 24.

renvoient aux liens préexistants entre l'agresseur et la victime. En effet, plus de 80 % des femmes et des enfants qui sont agressés sexuellement sont victimes d'une personne de leur entourage : ami, amant, mari, collègue, père, beau-père, oncle, etc.³ Lorsqu'on leur demande pourquoi elles n'ont pas signalé l'agression aux forces de l'ordre, 67 % d'entre elles indiquent « qu'il s'agissait d'une affaire personnelle qui s'est réglée de manière informelle », 30 % signalent qu'elles ne voulaient pas que le contrevenant ait des démêlés avec la justice et 30 % disent qu'elles ne voulaient pas que d'autres soient mis au courant⁴. Il est donc possible que les réponses traditionnelles du droit criminel ne répondent pas aux besoins d'une majorité de victimes⁵. Ceci étant dit, d'autres raisons invoquées pour ne pas porter plainte renvoient directement au traitement des victimes d'agressions sexuelles dans l'appareil judiciaire. En effet, selon de nombreux indicateurs, les femmes craignent leur traitement par la police et par les tribunaux, ce qui est susceptible de les dissuader de porter plainte⁶.

La crainte de ne pas être crue par la police explique souvent le silence des femmes. Bien que des recherches supplémentaires soient nécessaires pour mieux documenter cette crainte, tout indique qu'elle soit justifiée. Selon une enquête journalistique approfondie du *Globe and Mail* du mois de février 2017, les policiers décident régulièrement de ne pas donner suite à une plainte pour agression sexuelle⁷. Plusieurs mythes et stéréotypes peuvent influencer la décision de la police à cet égard. Un policier pourrait avoir tendance à recevoir la plainte si une victime indique durant l'interrogatoire qu'elle a physiquement résisté ou qu'elle n'avait pas consommé d'alcool, par exemple. Même lorsque le policier décide de procéder à une enquête, il n'est pas certain qu'une poursuite judiciaire en résulte. Au Canada, moins de la moitié (41%) des affaires d'agression sexuelle déclarées par la police ont mené au dépôt d'accusations, comparativement à la moitié (50%) des affaires de voies de fait⁸. Toutefois, une fois

⁴ Samuel Perreault, « La victimisation criminelle au Canada, 2014 », dans Juristat, Statistique Canada, 2015, p. 42.

⁵ Cette question est encore peu étudiée au Canada. En Nouvelle-Zélande, un rapport nourri de la Commission du droit conclut toutefois que le recours au droit criminel ne peut pas répondre aux besoins de justice d'une majorité de victimes, et recommande l'instauration de processus alternatifs de règlement des conflits fondés sur la reconnaissance des torts et la médiation. Voir Law Commission, *The Justice Response to Victims of Sexual Violence. Criminal Trails and Alternative Processes*, New Zealand, 2015.

⁶ Cecilia Benoit et al., *Dossier d'information : la violence à caractère sexuel faite aux femmes au Canada, Condition féminine Canada, Gouvernement du Canada, 2016*, disponible en ligne <http://www.swc-cfc.gc.ca/svawc-vcsfc/index-fr.html> (page consultée le 13 novembre 2017).

⁷ Robyn Doolittle, Michael Pereira, Laura Blenkinsop, Jeremy Agilus, « Will the Police Believe You? A 20-month investigation by the *Globe and Mail* reveals that sexual victims are more likely to be believed in some areas of the country than in others », dans *The Globe and Mail*, 3 février 2017.

⁸ Cristine Rotenberg, « Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada 2009-2014 : un profil statistique », dans Juristat, Statistique Canada, 2017, p. 3.

l'appareil de justice officiellement saisi, les chances d'obtenir une condamnation sont similaires à celles des voies de fait⁹. Reste que même devant les tribunaux, les préjugés et les stéréotypes ressurent, de sorte qu'il arrive régulièrement que des victimes soient questionnées sur leur tenue vestimentaire, leur consommation d'alcool, leur absence de résistance et ainsi de suite. Le rôle du système judiciaire dans la sous dénonciation des agressions sexuelles ne peut donc pas être négligé.

Cet article s'intéresse au traitement des victimes d'agressions sexuelles devant les tribunaux canadiens. Ce faisant, il laisse de côté deux pistes explicatives qui mériteraient d'être approfondies pour mieux comprendre la sous dénonciation massive des agressions sexuelles. La première renvoie aux liens préexistants entre les personnes impliquées et à la possibilité que le droit criminel ne réponde pas aux besoins de justice des victimes, dans ce contexte. La deuxième renvoie au traitement policier des plaintes pour agressions sexuelles. Le texte qui suit se concentre plutôt sur le procès criminel tant que tel, sur la possibilité qu'il exacerbe la victimisation des femmes et qu'il contribue à leur silence.

Cette question est particulièrement intéressante au Canada. Pourquoi ? Parce que lors d'une importante réforme législative en 1983¹⁰, le législateur canadien s'est directement attaqué à certains des mythes et des stéréotypes auxquels étaient confrontées les plaignantes dans les affaires d'agression sexuelle. Cette réforme, qui s'appuyait sur les revendications de plusieurs groupes de femmes, abolissait les règles de preuves spéciales, issues de la common law, qui minaient la crédibilité des femmes devant les tribunaux. Ces règles de preuve spéciales étaient nombreuses : la corroboration, le critère de la résistance, la plainte spontanée, les déductions fondées sur le passé sexuel de la plaignante, autant de règles qui traduisaient une suspicion à l'égard de la parole des femmes et une méconnaissance profonde du phénomène de l'agression sexuelle. Les préjugés sur lesquels s'appuyaient ces règles de preuve spéciales ressurent encore devant les tribunaux canadiens, mais grâce à la réforme de 1983, ils peuvent parfois être retracés et combattus. Le texte qui suit s'appuie sur une analyse des décisions des cours d'appel canadiennes appelées à réviser un jugement de première instance qui aurait été biaisé par un stéréotype¹¹. Afin de faciliter la compréhension, le

¹⁰ Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant les modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, entrée en vigueur le 4 janvier 1983.

¹¹ La recherche jurisprudentielle a été menée sur la banque de données Quicklaw en fonction des paramètres suivants : après le 1er janvier 2000 (ce point de départ chronologique est justifié par le fait que la Cour suprême du Canada, soit la plus haute instance judiciaire du pays, a rendu des décisions fondatrices en matière d'agression sexuelle en 1999 et en 2000, notamment les arrêts R. c. Ewanchuk [1999] 1 R.C.S. 330 et R. c. D.D. [2000] 2 R.C.S. 275) ; mots-clés utilisés «sexual assault» et myth* ou stereotype* = 74 résultats ; «agression sexuelle» et myth* ou stéréotype* = 53 résultats ; sélection de 33 arrêts pertinents, dont 25 rendus après le 1er janvier 2010.

texte se divise en fonction de chacune des règles de preuve spéciales que le législateur a voulu contrer, en commençant par la corroboration.

I LA CORROBORATION

En common law, le témoignage d'une femme qui alléguait avoir été victime d'un crime sexuel devait obligatoirement être corroboré par un autre élément de preuve pour être jugé crédible. À lui seul, le témoignage d'une plaignante ne suffisait pas à prouver l'infraction, même si le jury le considérait entièrement véridique. L'exigence de la corroboration constituait une exception aux règles usuelles de preuve, suivant lesquelles le tribunal pouvait condamner un accusé sur la foi d'un seul témoignage. Mais les enfants en bas âge, les complices et les plaignantes en matière d'infractions sexuelles étaient considérés moins fiables que les témoins ordinaires, d'où l'exigence d'une corroboration dans ces cas particuliers¹².

Les prémisses discriminatoires sur lesquelles reposait cette exigence, savoir que les femmes sont moins dignes de foi que les hommes et ont une propension particulière au mensonge¹³, ne sauraient faire de doute. Il est d'ailleurs frappant de constater que chez les adultes, l'exigence de la corroboration ne s'appliquait qu'aux femmes, les hommes victimes de crimes sexuels n'ayant pas besoin d'y recourir pour assurer leur crédibilité¹⁴. Suivant la pensée juridique dominante de l'époque, la suspicion envers le témoignage des femmes alléguant avoir subi un crime sexuel était une mesure de prudence, nécessaire pour éviter la condamnation d'un innocent¹⁵.

¹²R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577, par. 170.

¹³ Le passage suivant du professeur Wigmore est souvent cité pour illustrer les stéréotypes qui imprégnaient les règles de preuve. L'auteur affirme dans *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A, Boston, Little, Brown and Company, 1970, p. 736 : « Modern psychiatrists have amply studied the behavior of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by inherent defects, partly by diseased derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary physiological or emotional conditions. One form taken by these complexes is that of contriving false charges of sexual offenses by men. » Commentant ce passage du célèbre auteur, Peggy Kobly remarque : « This fear of women making false rape charges against innocent men reverberates throughout the history of the common law rules and their legislative successors. Sir Mathew Hale, Lord Chief Justice of the King's Bench, argued that "rape is an accusation easy to be made, hard to be proved, and harder to be defended by the party accused though ever so innocent." » (Peggy Kohly, « Rape shield Legislation: Relevance, Prejudice and Judicial Discretion », (1992) 30 *Alta L. Rev.* 988, 990).

¹⁴Code criminel, S.C. 1953-54, 2 & 3 Eliz. II, c. 51, art. 134 ; S.R.C. 1970, c. C-34, art. 142. [Nos soulignements.]

¹⁵ À titre d'illustration, voir Henri Kélada, *Les délits sexuels*, Montréal, Éditions Aquila, 1975, p. 14 : « [i] serait illogique et injuste de condamner une personne accusée d'un crime sexuel en se contentant du seul témoignage en cour de la victime présumée. Ce témoignage peut être faux. Il

En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada s'est penchée sur les fondements de la règle de la corroboration, a fortement critiqué les préjugés sur lesquels elle reposait, et a purement et simplement recommandé son abrogation¹⁶. L'année suivante, le législateur a modifié le Code criminel pour concrétiser cette recommandation¹⁷. Il a toutefois été obligé de s'y prendre à plusieurs reprises avant que la règle ne disparaisse complètement des mœurs juridiques, réaffirmant son abrogation en 1983, en 1988 et en 1993¹⁸. Depuis, les articles 274 et 659 du Code criminel ne laissent place à aucune autre interprétation ; la corroboration du témoignage de la plaignante n'est plus requise et le témoignage d'une femme ou d'un enfant victime d'agression sexuelle peut fonder à lui seul un verdict de culpabilité.

Cette abrogation législative a profondément changé l'état du droit en établissant que les femmes et les enfants qui se plaignent d'agression sexuelle sont aussi dignes de foi que n'importe quel autre témoin¹⁹, de sorte que les modes usuels de preuve doivent prévaloir. En matière d'agression sexuelle, le juge des faits doit donc apprécier la preuve dans son ensemble et se prononcer sans exiger de corroboration²⁰.

Toutefois, bien qu'il ne soit plus nécessaire de disposer d'une preuve corroborante pour obtenir une condamnation en matière de crimes sexuels, la preuve de la culpabilité de l'accusé doit se faire hors de tout doute raisonnable. Ce degré de preuve est naturellement plus difficile à atteindre lorsque seuls s'opposent les

peut être inspiré par un esprit de vengeance. Il peut être erroné, la victime « croyant » reconnaître son agresseur. C'est pourquoi, la loi exige [...] que le témoignage de la victime soit corroboré. »

¹⁶ Commission de réforme du droit, La Preuve, Corroboration, document no 11, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1975, p. 11 et 12.

¹⁷ Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, c. 93, art. 8.

¹⁸ Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 19; Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3e supp.), art. 11 (article 274 du Code criminel 2017); Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 9 (article 659 du Code criminel 2017).

¹⁹ R. c. A.G., [2000] 1 R.C.S. 439, par. 1-3, motifs concurrents des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: «...ce qui sous-tend l'état actuel du droit est la nécessité d'affirmer les principes d'égalité et de dignité humaine dans notre droit criminel, en s'attaquant au problème des mythes et des stéréotypes dont font l'objet les plaignants en matière d'agression sexuelle. (...) Notre Cour a rejeté l'idée que les plaignants en matière d'agression sexuelle ont plus tendance que les autres plaignants à inventer des histoires fondées sur des 'motifs inavoués' et sont donc moins dignes de foi. Ni le droit, ni l'expérience des tribunaux, ni la recherche en sciences sociales n'étaient cette généralisation.»

²⁰ R. c. Sanichar, [2013] 1 R.C.S. 54; F.H. c. McDougall, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 81 (l'arrêt McDougall s'intéresse à la détermination de la responsabilité civile dans le cas d'une agression sexuelle alléguée, mais les commentaires de la Cour sur la corroboration sont pertinents dans le contexte qui nous occupe).

témoignages contradictoires de la plaignante et de l'accusé, la règle du doute raisonnable s'appliquant à l'évaluation de la crédibilité²¹.

L'évaluation de la crédibilité est un exercice délicat, où de nombreux facteurs diffus entrent en ligne de compte²². L'évaluation de la crédibilité devrait toutefois demeurer étrangère aux préjugés fondés sur le sexe, l'âge, l'origine sociale ou ethnique. Dans les affaires d'agression sexuelle, la Cour suprême du Canada invite les juges à faire preuve d'une vigilance particulière à cet égard, puisque l'évaluation de la crédibilité d'une plaignante est perméable aux stéréotypes:

Certains mythes et stéréotypes traditionnels affectent depuis longtemps l'appréciation de la conduite des plaignants et de la véracité de leur témoignage dans les affaires d'agression sexuelle — mentionnons la croyance selon laquelle les femmes « non chastes » ont vraisemblablement consenti aux actes reprochés ou qu'elles sont moins dignes de foi, la croyance selon laquelle la passivité ou même la résistance peuvent en fait être assimilées à consentement et la croyance selon laquelle certaines femmes invitent à l'agression sexuelle par leur tenue vestimentaire ou leur comportement, pour n'en nommer que quelques-unes. Sur le fondement d'une preuve convaincante, tirée d'une abondante littérature pertinente relevant des sciences sociales, notre Cour s'est montrée disposée à accepter l'existence de tels mythes et stéréotypes.

Lorsque le plaignant est un enfant, il est également possible qu'on applique des suppositions stéréotypées, par exemple la croyance que ses récits d'abus sexuels sont probablement inventés si les faits n'ont pas été signalés immédiatement ou la croyance que le témoignage d'un enfant est intrinsèquement peu fiable.

Ces mythes et stéréotypes à l'égard des plaignants — tant adultes qu'enfants — sont particulièrement odieux parce qu'ils font partie du « sens commun » social qui constitue la trame de notre existence quotidienne. Leur omniprésence ainsi que la subtilité de leur influence font naître le risque que, tant dans l'esprit des juges que dans celui des jurés, les victimes d'abus sexuels soient blâmées ou injustement discréditées²³.

²¹R. c. W(D.), [1991] 1 R.C.S. 742.

²²À ce sujet, voir l'excellent texte de la juge Lynn Smith, «The Ring of Truth, the Clang of Lies : Assessing Credibility in the Courtroom», (2012) U.N.B.J.J. 10-37.

²³R. c. Find, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 101-103 (références omises). Voir également R. c. Sherring, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 121 : « les affaires d'agression sexuelles (...) devraient être tranchées sans qu'on recoure à des légendes populaires sur la façon dont des personnes qui n'ont jamais été maltraitées s'attendent à ce que les victimes de sévices réagissent aux traumatismes subis. »

Ainsi, malgré l'abrogation de l'exigence de corroboration, la parole des femmes peut être mise en doute sur le fondement de prémisses erronées, qui constituent des mythes sur le phénomène de l'agression sexuelle. Par exemple, dans la mesure où le juge ou les jurés considèrent qu'une femme qui n'est pas consentante l'exprimera avec véhémence, ils pourraient douter de la parole de celle qui ne l'a pas fait. La prochaine section explicite cette proposition.

2 LE CRITÈRE DE LA RÉSISTANCE

En common law, la notion de consentement s'est construite sur la toile de fond des stéréotypes sexuels gouvernant les rapports entre les hommes et les femmes : le séducteur et sa conquête²⁴. Il fait les premiers pas, elle décline ses avances avec pudeur. Il l'immobilise pour l'embrasser et elle se laisse aller à son étreinte. Si elle ne résiste pas, c'est qu'elle désire ce baiser. Le droit a longtemps calqué ce scénario, de sorte que la preuve hors de tout doute raisonnable de l'absence de consentement nécessitait une preuve convaincante de résistance physique, telles des meurtrissures ou des égratignures. Le critère de la résistance s'appuyait sur deux croyances fermement ancrées chez les hommes de loi, savoir qu'une femme qui dit « non » peut vouloir dire « oui », d'une part et d'autre part, que si elle ne veut pas avoir de relations sexuelles, elle se défendra autant qu'elle le pourra²⁵. Conséquemment, la passivité (ne pas se débattre, ne pas crier, obéir) soulevait un doute raisonnable quant à l'absence de consentement de la victime.

L'adéquation entre la passivité et le consentement de la victime a teinté l'interprétation judiciaire longtemps après la réforme de 1983²⁶. C'est pour mettre un

²⁴ D'ailleurs, selon la juge Claire L'Heureux-Dubé, la façon dont la common law aborde le consentement peut mettre en jeu le droit à l'égalité des femmes garanti par l'article 15 de la Charte canadienne en perpétuant des stéréotypes sociaux. Voir R. c. Park, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 38.

²⁵ Voir par exemple les propos du juge David Wild, Cambridge Crown Court, 1982, cité dans Elizabeth Sheehy, « Canadian Judges and the Law of Rape : Should the Charter Insulate Bias ? », (1989) 21 Ottawa L. Rev. 741 : « Women who say no do not always mean no. It is not just a question of saying no, it is a question of how she says it, how she shows and makes it clear. If she doesn't want it she has only to keep her legs shut and she would not get it without force and there would be marks of force being used. »

²⁶ À titre d'illustration, voir R. v. Letendre, [1991] B.C.J. No. 922 (B.C.S.C.). La Cour suprême du Canada a voulu mettre un terme à ce courant jurisprudentiel dans R. c. M.M.L., [1994] 2 R.C.S. 3. Dans cette affaire de relation beau-père/belle-fille, le raisonnement suivant avait prévalu en cour d'appel : lorsqu'il n'y a pas eu usage de violence, la victime doit avoir opposé un minimum de résistance pour que l'on puisse conclure qu'elle n'a pas consenti aux actes sexuels. La Cour suprême a renversé ce raisonnement et affirmé que la passivité de la victime n'équivaut pas nécessairement à un consentement aux actes sexuels.

terme à ce courant jurisprudentiel préjudiciable aux victimes que le législateur a défini la notion de consentement en 1992, à l'article 273.1(1) C.cr. : « le consentement consiste (...) en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle. » Appelée à interpréter cette disposition dans l'arrêt *Ewanchuk*, la Cour suprême du Canada a clairement établi que le consentement sexuel devait être extériorisé en paroles ou en gestes, rejetant fermement la possibilité d'un consentement tacite ou implicite²⁷. S'il n'est pas nécessaire de verbaliser expressément son consentement, s'il est entendu que le message peut passer par des gestes, un sourire ou une attitude, il n'en demeure pas moins qu'en matière sexuelle, le consentement doit s'exprimer d'une manière ou d'une autre. Le miroir négatif du critère de la résistance est désormais affirmé : la passivité, à elle seule, n'a pas de portée juridique.

Les faits de l'arrêt *Ewanchuk* peuvent être résumés brièvement : *Ewanchuk* (45 ans) avait fait monter la plaignante (17 ans) dans sa camionnette sous prétexte de lui faire passer une entrevue pour un emploi²⁸. Une fois la porte fermée, il avait commencé à lui masser les épaules et les bras pour ensuite lui toucher le ventre, puis la région des seins. La plaignante lui avait demandé d'arrêter et il s'était exécuté. Il avait toutefois repris les contacts peu de temps après et elle lui avait demandé une seconde fois d'arrêter, ce qu'il avait fait. Il avait ensuite commencé à lui masser les pieds, puis lui avait touché l'intérieur des cuisses et la région pelvienne. Il s'était étendu sur elle et avait frotté ses parties génitales contre elle. La plaignante était restée immobile, puis, moins d'une minute plus tard, elle lui avait encore demandé d'arrêter, ce qu'il avait fait. Il lui avait dit d'avoir confiance en lui, affirmant qu'il ne lui ferait pas de mal, puis il s'était couché à nouveau sur elle et avait continué à froter son pelvis contre celui de la plaignante. Il avait mis ses mains dans le short de la plaignante, puis dans son propre short et avait sorti son pénis. La plaignante lui avait de nouveau demandé d'arrêter, ce qu'il avait fait. L'accusé lui avait alors remis 100 \$ « pour le massage », avait ouvert la porte de sa camionnette et la plaignante était repartie chez elle à pied.

En première instance, la plaignante avait témoigné n'avoir jamais consenti à cette série d'attouchements sexuels et avoir eu peur tout le temps de l'incident, mais s'être appliquée à n'en rien laisser paraître de crainte d'attiser la violence d'*Ewanchuk*. Elle croyait qu'en affichant une certaine assurance, elle éviterait le pire²⁹. Le premier juge avait

²⁷ R. c. *Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 31. Sur l'arrêt *Ewanchuk* et le rejet de la doctrine du consentement tacite, voir Michael Plaxton, « Implied Consent and Sexual Assault : Intimate Relationship, Autonomy and Voice », Montreal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015.

²⁸ L'âge des protagonistes est mentionné dans le jugement sur la détermination de la peine : R. v. *Ewanchuk*, [2002] A.J. No. 516 (Alta. C.A.).

²⁹ Dans une situation à risque, la peur des femmes est souvent justifiée. *Ewanchuk* avait déjà été condamné pour viol à trois reprises (deux fois en 1969 et une fois en 1972). Il avait également été condamné pour agression sexuelle en 1986. Voir le jugement sur la détermination de la peine : R. v. *Ewanchuk*, [2002] A.J. No. 516 (Alta. C.A.).

conclu que, bien que la plaignante n'ait pas consenti, Ewanchuk pouvait à bon droit invoquer une défense de consentement tacite, ce qui fut confirmé par la Cour d'appel d'Alberta. La Cour suprême rejeta clairement cette possibilité:

L'avocat de l'intimé a soutenu que le juge des faits peut croire la plaignante quand elle affirme ne pas avoir consenti, mais néanmoins acquitter l'accusé pour le motif que le comportement de la plaignante a soulevé un doute raisonnable. Tant l'avocat de l'appelant que le juge du procès ont appelé cette situation le « consentement tacite » [« implied consent » dans la version anglaise]. Cependant, il découle de l'exposé fait précédemment que le juge des faits ne peut tirer que l'une ou l'autre des conclusions suivantes : la plaignante a consenti ou elle n'a pas consenti. Il n'y a pas de troisième possibilité³⁰.

Le plus haut tribunal du pays avait déjà eu l'occasion d'indiquer que l'absence de résistance, voire l'apparente soumission, n'impliquait pas nécessairement un consentement³¹. Mais dans Ewanchuk, la Cour suprême est plus affirmée : la manifestation du non-consentement n'est pas nécessaire pour conclure à l'absence d'accord volontaire à l'activité sexuelle.

La mort juridique du critère de la résistance n'a toutefois pas suffi à assurer sa disparition complète et il arrive encore qu'il ressurgisse dans l'enceinte des tribunaux. Ainsi, en 2014, le juge Robin Camp de la Cour provinciale de l'Alberta a demandé à une plaignante pourquoi elle n'avait pas gardé les genoux fermés durant l'agression sexuelle dont elle se plaignait, ajoutant que le sexe et la souffrance faisaient parfois bon ménage. Largement médiatisés, les propos du juge Camp ont été dénoncés devant la Cour d'appel de l'Alberta, qui a ordonné un nouveau procès³². Le Conseil canadien de la magistrature, pour sa part, a fermement condamné les propos du juge Camp et a recommandé sa destitution³³.

Moins médiatisé, l'affaire Adepoju³⁴ porte également les traces du critère de la résistance. La plaignante avait accepté d'héberger l'accusé chez elle, le temps qu'il se trouve un logement. À son arrivée, l'accusé avait beaucoup insisté pour l'embrasser et elle avait finalement consenti en précisant que ce serait la seule chose qu'elle accepterait.

³⁰ Ibid.

³¹ R. c. M.M.L., [1994] 2 R.C.S. 3.

³² R. v. Wagar, [2015] A.J. No. 1152 (Alta. C.A.).

³³ Enquête du Conseil canadien de la magistrature sur la conduite de l'honorable Robin Camp, 8 mars 2017, disponible en ligne [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/Camp_Docs/2017-03-08%20Rapport%20C3%A0%20la%20ministre.pdf]. Le juge Camp a volontairement démissionné dans la foulée de cette affaire.

³⁴ R. v. Adepoju, [2014] A.J. No. 246 (Alta. C.A.).

L'accusé avait toutefois persisté et malgré les protestations de la plaignante, il lui avait enlevé pantalon et petite culotte. Après avoir dit non à plusieurs reprises et résisté physiquement pendant une quinzaine de minutes, elle avait cessé toute opposition, sans toutefois manifester son consentement. Le premier juge avait acquitté Adepoju d'agression sexuelle, concluant au consentement de la plaignante, qui, de son propre aveu, avait cédé devant l'insistance et l'obstination de l'accusé. Appliquant l'arrêt *Ewanchuk*, la Cour d'appel de l'Alberta est intervenue sans difficulté pour substituer un verdict de culpabilité, rappelant au passage qu'assimiler le consentement à la soumission ou à la non-résistance est une erreur de droit.

Il arrive également que le critère de la résistance ressurgisse dans l'évaluation de la crédibilité. Ainsi, dans l'affaire *Lacroix*, le juge de première instance avait conclu que la plaignante, une enfant rebelle de 10 ans au moment des faits, n'était pas un témoin fiable; selon lui, étant donné sa personnalité opposante et colérique, elle aurait nécessairement appelé sa mère endormie dans la chambre d'à côté pour dénoncer sur le champ les attouchements sexuels qu'elle subissait aux mains de son beau-père. La Cour d'appel du Québec a condamné ce raisonnement, soulignant que « même lorsqu'une victime d'agression sexuelle possède une personnalité forte, on ne peut en inférer qu'elle se serait nécessairement opposée aux gestes d'agression. »³⁵ Le même cliché est dénoncé dans l'arrêt *R. v. C.D.H.*, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario reproche au premier juge d'avoir injustement conclu que la plaignante, une femme d'allure forte et déterminée, aurait forcément résisté aux agressions sexuelles alléguées³⁶.

La troisième règle de preuve que nous étudierons est celle de la plainte spontanée. Tout comme le critère de la résistance, cette règle influe parfois sur l'évaluation de la crédibilité des victimes, malgré son abolition juridique formelle.

3 LE MOMENT DU DÉVOILEMENT OU LE COMPORTEMENT POSTÉRIEUR À L'AGRESSION

Avant la réforme de 1983³⁷, le moment du dévoilement avait une importance fondamentale dans l'évaluation de la crédibilité d'une plaignante. Le droit s'était construit sur une prémisse qui s'est avérée fautive, savoir qu'une véritable victime d'agression sexuelle la dénoncerait rapidement et qu'à défaut, elle mentait (pour se venger, pour protéger sa réputation) ou fabulait. Cette prémisse se matérialisait à travers l'application de la doctrine de la plainte spontanée.

³⁵ *R. c. Lacroix*, [2012] J.Q. n° 9813 (C.A.Q.), par. 38.

³⁶ *R. v. C.D.H.*, [2015] O.J. No. 672 (Ont. C.A.).

³⁷ Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.

Les racines de la doctrine de la plainte spontanée sont médiévales. Au Moyen-Âge, la victime de viol devait clamer sur le champ son malheur, faute de quoi elle ne pouvait en saisir le tribunal. Le scénario qui sous-tendait l'exigence de la clameur publique était celui d'une femme courant, hurlant et pleurant hystériquement après avoir été sauvagement agressée :

Par conséquent, lorsqu'une vierge a été déflorée par la force, contre la paix de Sa Majesté le Roi, elle doit sur-le-champ, pendant que l'acte est tout récent, demander réparation en soulevant une clameur publique dans les villages voisins et montrer aux hommes honnêtes le tort qui lui a été fait, le sang et sa robe tachée de sang ainsi que la déchirure de sa robe ; et elle doit donc s'adresser au prévôt du peuple, au sergent de Sa Majesté le Roi, aux coroners et au vicomte et faire appel à la première cour de comté³⁸.

Il semble que l'exigence de la clameur publique ait constitué une condition préalable à l'exercice de tout recours juridique jusqu'à la fin du XVII^e siècle, après quoi elle s'est transformée en présomption de fait³⁹. Ainsi, la plainte spontanée de la plaignante permettait « de dénier en tout ou en partie les conclusions défavorables quant à sa crédibilité que le juge des faits aurait pu autrement inférer de son silence »⁴⁰.

La doctrine de la plainte spontanée a persisté pendant la majeure partie du XX^e siècle. Elle fut confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kribs* de 1961, le juge Fauteux affirmant que « dans le cours normal des événements », une victime de viol « devrait se plaindre à la première occasion raisonnable » et que « si elle ne le fait pas, son silence peut naturellement être interprété comme la contradiction implicite de sa version »⁴¹. En 1981, la Cour suprême énoncerait qu'« une véritable victime est censée se plaindre à la première occasion raisonnable »⁴², à défaut de quoi il est probable qu'elle mente.

Ces a priori méconnaissent profondément la réalité des personnes victimes d'agression sexuelle et plus particulièrement le phénomène des dénonciations tardives. Pour les victimes d'agression sexuelle, le moment de la dénonciation s'inscrit sur un continuum allant de la déclaration immédiate à la déclaration tardive, voire à l'absence totale de déclaration. En effet, il semble que la majorité des agressions sexuelles ne soient jamais dénoncées à la police⁴³. Lorsque les victimes décident de dénoncer le

³⁹R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 60.

⁴⁰*Timms c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315, 337.

⁴¹*Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400, 405.

⁴²*Timms c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315, 337.

⁴³Centre canadien de la statistique juridique, « Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada, 2015 », Juristat, 2016, p. 19.

crime, elles agissent généralement dans les jours qui suivent l'agression⁴⁴. Mais une certaine proportion d'entre elles, pour différentes raisons, tardent à dénoncer leur agresseur⁴⁵. Ces victimes ne se distinguent pas clairement des autres, mais elles seraient plus souvent mineures au moment des faits et auraient davantage été agressées par un proche parent⁴⁶.

La doctrine de la plainte spontanée a été abolie lors de la réforme de 1983⁴⁷. Appelée à déterminer si une preuve d'expert était nécessaire afin d'expliquer le retard d'un enfant à dénoncer une agression sexuelle, la Cour suprême a répondu par la négative dans l'arrêt R. c. D.D., en 2000, affirmant que les jurés n'avaient pas besoin d'un éclairage technique pour comprendre l'état du droit, savoir que le moment de la révélation n'a aucune incidence sur la crédibilité d'un témoin. Selon la Cour, une simple directive en ce sens au jury était suffisante⁴⁸:

Le juge du procès doit reconnaître et dire au jury qu'il n'existe aucune règle immuable sur la façon dont se comportent les victimes de traumatismes comme une agression sexuelle. Certaines personnes font une plainte immédiate, certaines tardent à révéler l'agression tandis que d'autres ne la révéleront jamais. De nombreuses raisons expliquent le retard, dont à tout le moins la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance. Dans l'évaluation de la crédibilité du plaignant, le moment de la plainte ne constitue qu'une circonstance à examiner dans la mosaïque d'une affaire donnée. À lui seul, le retard de la révélation ne donnera jamais lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant.

⁴⁴ Selon le Ministère de la sécurité publique (Statistiques 2012 sur les infractions sexuelles au Québec, Québec, 2014), 48 % des infractions sexuelles commises sur des adultes ont été signalées immédiatement après l'agression, 22% dans les cinq jours suivants, 11% au cours du mois suivant, 10% entre un mois et un an après celle-ci et 9% plus d'un an plus tard. Les pourcentages diffèrent lorsque la victime est mineure : 26% des agressions sexuelles commises sur des mineurs ont été signalées le jour même, 18% dans les cinq jours suivants, 14% au cours du mois suivant, 17% entre un mois et un an après celle-ci et 26% plus d'un an plus tard. Comme le précise le ministère, ces pourcentages sont demeurés stables depuis 2008. Voir également Ministère de la sécurité publique, Statistiques 2014 sur les infractions sexuelles au Québec, Québec, 2016, p. 19.

⁴⁵ Id.

⁴⁶ Id. Voir également Centre canadien de la statistique juridique, « Les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarées par la police au Canada, 2012 », Juristat, 2014, p. 13-14.

⁴⁷ Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 19 (art. 275 du Code criminel actuel).

⁴⁸ R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 65.

La doctrine de la plainte spontanée paraît donc chose du passé. Le juge n'a plus l'obligation d'instruire le jury que l'absence de plainte spontanée nuit à la crédibilité de la plaignante. Mieux, il doit désormais l'aviser qu'un retard dans la révélation ne signifie pas, à lui seul, qu'elle est moins digne de foi.

L'abolition de la doctrine de la plainte spontanée et les enseignements subséquents de la Cour suprême ont permis une meilleure compréhension du comportement postérieur à l'agression sexuelle de la plaignante. Il existe différentes manières de réagir à un tel crime. Comme nous l'avons vu, l'agresseur est souvent connu de la victime et il est possible qu'elle le fréquente à nouveau par la suite. Les tribunaux d'appel ont rappelé à différentes occasions que l'association subséquente de la plaignante avec l'accusé n'emportait pas, à elle seule, de conclusion défavorable quant à sa crédibilité⁴⁹.

En dépit de ces développements juridiques, il est usuel que le moment de la dénonciation fasse l'objet de discussion par les avocats, qu'il s'agisse du ministère public ou de la défense. En effet, bien que le ministère public ne soit plus astreint à une preuve de plainte spontanée, il a d'emblée la permission d'expliquer devant le tribunal pourquoi la plaignante a tardé à dénoncer l'agression sexuelle afin d'éviter les conclusions négatives qui pourraient découler de son retard⁵⁰. Malgré les règles usuelles de preuve proscrivant l'utilisation des déclarations antérieures compatibles lors de l'interrogatoire en chef, les tribunaux ont rapidement considéré que le ministère public était autorisé à questionner la plaignante sur le moment et les circonstances du dévoilement de l'agression sexuelle⁵¹. En 2008, la Cour suprême réitérait que les déclarations antérieures compatibles d'une plaignante pouvaient « être admissibles en tant que partie intégrante du récit des faits [...] dans le but limité d'aider le juge des faits à comprendre comment les faits relatés par le plaignant ont été divulgués à l'origine »⁵². Pareilles déclarations peuvent servir à apprécier la sincérité de la plaignante, mais, insiste la Cour suprême, elles n'établissent nullement la véracité du témoignage principal et le jury doit en être informé⁵³. Ainsi, les déclarations

⁴⁹ Bernatchez c. R., [2013] J.Q. n° 3614, par. 17-18 (C.A.Q.); R. v. Caesar, [2015] N.W.R.J. No. 9, par. 2-6 (N.T.C.A.); Takri c. R., [2015] J.Q. n° 3398, par. 45-46 (C.A.Q.); R. c. Alie, [2017] J.Q. n° 123, par. 11 (C.A.Q.).

⁵⁰ R. v. Henrick, [1996] O.J. No. 2537, par. 23 (Ont. C.A.) : « Unlike evidence of prior sexual conduct, which will only be drawn to the jury's attention if the trial judge rules it admissible, a delay between the act complained of and the time charges are laid is not likely to go unnoticed by a jury. The prejudicial effect of not being allowed to explain this delay is unavoidable [...] »

⁵¹ Cette exception a été qualifiée de « narrative ». Voir R. v. Fair (1993), 16 O.R. (3d) 1, 85 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), aussi recensée sous R. v. J.E.F., [1993] O.J. No. 2589 (Ont. C.A.) ; R. v. Henrick, [1996] O.J. No. 2537, par. 23 (Ont. C.A.); R. v. J.F., [2006] O.J. No. 2472 (Ont. C.A.); R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 37.

⁵² R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 37.

⁵³ R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788. Sur l'obligation du juge de mentionner au jury la valeur limitée des déclarations antérieures, voir également R. v. J.F., [2006] O.J. No. 2472 (Ont. C.A.).

antérieures compatibles peuvent servir « à démontrer que le témoignage de la plaignante [est] cohérent, mais [ne sont pas admises] pour en établir la véracité »⁵⁴.

Quant à la défense, elle a généralement le loisir de questionner la tardiveté d'une dénonciation dans le but d'affaiblir la crédibilité de la plaignante⁵⁵. À l'issue du procès, le tribunal doit toutefois prendre garde de ne pas apprécier la crédibilité de la plaignante à la lumière de la tardiveté de sa plainte⁵⁶. Et dans l'éventualité où le procès se déroulerait devant un jury, le tribunal doit l'aviser qu'« à lui seul, le retard de la révélation [ne doit] jamais [donner] lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant »⁵⁷. L'abrogation de l'exigence de la plainte spontanée n'empêche donc pas que la victime soit questionnée sur la tardiveté de la révélation, parce qu'il s'agit d'un facteur parmi d'autres à prendre en considération dans l'évaluation de sa crédibilité. Par contre, l'impact juridique de ce genre de contre-interrogatoire est considérablement amoindri. Alors qu'autrefois, le juge avait l'obligation d'instruire le jury que l'absence de plainte spontanée nuisait à la crédibilité de la plaignante, il doit aujourd'hui l'aviser qu'un retard dans la révélation ne signifie pas, à lui seul, qu'elle est moins digne de foi. Juger de la crédibilité d'une plaignante en s'appuyant sur l'« opinion stéréotypée mais douteuse »⁵⁸ qu'une véritable victime dénoncera rapidement l'agression sexuelle constitue une erreur de droit qui justifie l'annulation du verdict⁵⁹.

4 LE COMPORTEMENT SEXUEL OU SUGGESTIF DE LA PLAIGNANTE

Au Canada, jusque dans les années 1990, un procès pour viol était l'occasion d'une véritable enquête de moralité, où le passé sexuel de la plaignante était scruté dans tous ses aspects. Des commentateurs ont affirmé que, pour la victime, le traumatisme du procès rivalisait avec celui de l'agression⁶⁰. Plusieurs ont évoqué la double victimisation

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid. Voir également R. v. O'Connor, [1995] O.J. No. 2131, par. 39 (Ont. C.A.) ; R. v. Henrick, [1996] O.J. No. 2537, par. 25 (Ont. C.A.) ; R. v. T.E.M., [1996] A.J. No. 818, par. 11 (Alta. C.A.).

⁵⁶ R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 63 ; R. v. A.D.G., [2015] A.J. No. 470, par. 32-33 ; R. c. Alie, [2017] J.Q. n° 123, par. 9 (C.A.Q.).

⁵⁷ R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 65.

⁵⁸ R. c. W.R., [1992] 2 R.C.S. 122, 136.

⁵⁹ R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 63 ; R. v. A.D.G., [2015] A.J. No. 470, par. 32-33 ; R. c. Alie, [2017] J.Q. n° 123, par. 9 (C.A.Q.).

⁶⁰ En ce sens, voir les propos du juge E.L. Haines (Ontario High Court), « The Character of the Rape Victim », (1975) 23 Chitty's L.J. 57 : « Most Judges, lawyers and those experienced in the trial of rape cases would tell a female member of their household if she were raped that it would be much better not to complain about it because to the victim the trauma of a rape trial can be often more serious than the original assault. » Voir également Wendy Lacombe, « The Ideal Victim v. Successful Rape Complainants : Not What You Might Expect », (2002) 10 Fem. Legal Stud. 131.

qui en découlait: la victime d'une agression sexuelle violée à nouveau, cette fois par le système de justice lui-même⁶¹. Toutes les questions étaient permises lors du contre-interrogatoire de la plaignante : à quel âge avait-elle eu sa première relation sexuelle, avait-elle connu plusieurs hommes dans sa vie, avait-elle déjà subi un avortement, prenait-elle la pilule, consommait-elle de l'alcool ou de la drogue, était-elle mariée à l'homme avec qui elle vivait et ainsi de suite⁶². Ces contre-interrogatoires humiliants détournent l'attention du crime commis pour la recentrer sur les mœurs de la plaignante. Différentes études ont établi l'effet dénaturant de ce procédé, les juges et les jurys ayant tendance à blâmer la victime lorsque son passé sexuel révélait quelque inconduite morale⁶³. Cette propension entraînait des « résultats plus compatibles avec les stéréotypes sexuels qu'avec la réalité »⁶⁴ et favorisait les acquittements.

Suivant les principes élaborés par la common law, la preuve du passé sexuel de la plaignante pouvait servir deux fins : a) démontrer qu'elle était de mœurs légères et conséquemment, qu'elle était plus susceptible d'avoir consenti aux rapports sexuels en cause et b) démontrer qu'elle était de mœurs légères et conséquemment, qu'elle était une personne immorale susceptible de mentir au tribunal. Ainsi, la common law « considérait que les femmes qui avaient consenti à des rapports sexuels extraconjugaux avaient une double propension : premièrement, à consentir généralement aux rapports sexuels et deuxièmement, à mentir »⁶⁵. Le législateur a tenté de neutraliser l'effet de ces préjugés à quelques reprises, mais étant donné l'importance du contre-interrogatoire et sa consécration constitutionnelle dans la Charte canadienne des droits et libertés⁶⁶, la Cour suprême du Canada n'a restreint qu'avec réticence les possibilités de contre-interroger la plaignante sur son passé sexuel. Les dispositions législatives qui gouvernent le droit à cet égard résultent donc d'un dialogue soutenu entre le législateur et les tribunaux, qui s'est soldé par l'adoption de l'article 276 du Code criminel, en 1992⁶⁷.

⁶¹ Voir par exemple Lee Madigan et Nancy C. Gamble, *The Second Rape : Society's Continued Betrayal of the Victim*, New York, Lexington, 1991.

⁶² Voir E.L. Haines, « The Character of the Rape Victim », (1975) 23 Chitty's L.J. 57; Neil Brooks, « Rape and the Law of Evidence », (1975) 23 Chitty's L.J. 1, 5.

⁶³ Cette réalité est reconnue tant par la majorité (par. 24) que par la dissidence (par. 138-163) dans l'arrêt R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577, 666.

⁶⁶ Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.U., c. 11)], L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

⁶⁷ En 1976, le législateur a tenté de restreindre le contre-interrogatoire sur le passé sexuel de la plaignante (Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, c. 93), mais une interprétation jurisprudentielle aberrante a contrecarré cet objectif (Forsythe c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 268). En 1983, le législateur a proposé une première version de l'article 276 du Code criminel (Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-

Selon cet article, il est interdit d'utiliser les expériences sexuelles passées de la plaignante pour démontrer qu'elle est «plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation» ou «moins digne de foi», mais il est demeuré possible, sur permission du tribunal, de questionner la plaignante sur un cas particulier d'activité sexuelle qui serait en rapport avec un élément de la cause.

L'importance de centrer le débat sur les éléments de la cause plutôt que sur la vie sexuelle de la victime, sa tenue vestimentaire ou son comportement suggestif est régulièrement ramené à l'avant-plan de l'actualité juridique canadienne, les commentatrices déplorant le fait que le droit ne protège que les victimes parfaites, dont le passé est sans tache et dont la parole ne peut pas être remise en cause devant les tribunaux. Juges et avocats doivent donc faire preuve d'une vigilance particulière à cet égard afin d'éviter que des éléments extrinsèques aux questions en litige ne viennent troubler la recherche de la vérité. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. M.T.*⁶⁸, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas accordé à la défense le droit d'interroger l'enfant sur des agressions sexuelles passées; la jeune plaignante alléguait avoir été abusée par son oncle alors qu'elle avait 8 ans et la défense voulait mettre en preuve qu'elle avait également déclaré avoir été abusée par son père quelques années plus tôt, à l'âge de 5 ans (elle n'avait plus de contact avec lui depuis). Selon la Cour d'appel de l'Ontario, à moins de faire la démonstration que la première accusation était fautive, la demande de la défense était irrecevable. En effet, une enfant qui reproche à deux adultes des agressions sexuelles survenues à des moments et dans des circonstances différentes n'est pas plus susceptible de mentir qu'une enfant qui n'accuserait qu'une seule personne⁶⁹.

D'autres arrêts indiquent toutefois que des questions accessoires peuvent pervertir les débats. Ainsi, dans l'affaire *S.B.* (violence conjugale et agressions sexuelles), le premier juge avait accepté que la défense interroge la plaignante sur son passé sexuel pour mettre en cause la véracité de deux affirmations, savoir qu'elle était fidèle et qu'elle n'aimait pas les relations sexuelles anales, mais s'y livrait pour faire plaisir à son mari. La

83, c. 125), mais la Cour suprême a déclaré à la majorité qu'il s'agissait d'une violation du droit constitutionnel de l'accusé de contre-interroger la plaignante (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577). Le législateur a alors proposé une deuxième version de l'article 276 qui répondait aux exigences de l'arrêt *Seaboyer* (Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L.C. 1992, c. 38). La constitutionnalité du nouvel article 276 du Code criminel a été affirmée dans l'arrêt *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443.

⁶⁸ *R.v. M.T.*, [2012] O.J. No. 3418 (Ont. C.A.).

⁶⁹ *Id.*, par. 52 : «Reduced to its essence, the appellant's argument is that a complainant who accuses two persons of sexual impropriety occurring at different times and in different circumstances is more likely to be lying about either or both than a complainant who accuses only one person. This reasoning brushes uncomfortably close to what s. 276(1)(b) proscribes and is countermanded by binding precedent.» Au même effet, voir *R.v. C.C.*, [2015] O.J. No. 456, par. 32 (Ont. C.A.).

défense avait alors déposé un échange de courriels entre la plaignante et son amant (discussion à teneur sexuelle), de même que la transcription écrite d'une vidéo sexuelle qu'elle avait réalisée avec son mari et qui comportait des échanges très crus. Selon la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, cette preuve n'aurait pas dû être autorisée; elle avait eu un effet préjudiciable considérable et avait entaché la crédibilité de la plaignante en ayant recours à des stéréotypes injustifiés⁷⁰. La Cour d'appel avait néanmoins maintenu le verdict d'acquittement, puisque la plaignante s'était contredite à d'autres égards. La Cour suprême du Canada ordonna plutôt un nouveau procès, puisque dans les circonstances, il était impossible de mesurer l'impact de la preuve du passé sexuel de la plaignante sur l'évaluation globale de sa crédibilité⁷¹.

L'évaluation de la crédibilité de la plaignante est un terrain particulièrement propice à des jugements fondés sur des stéréotypes. Sous prétexte de mettre la plaignante en contradiction avec ses déclarations antérieures, la défense peut la questionner sur sa consommation d'alcool ou de marijuana, sur le fait qu'elle portait ou non un soutien-gorge, sur son comportement suggestif et ainsi de suite. Dans l'affaire Schmaltz, le premier juge est intervenu à quelques reprises pour protéger la plaignante des questions tendancieuses, mais la Cour d'appel de l'Alberta a considéré qu'il aurait dû laisser la défense tester davantage la crédibilité de la plaignante⁷². Entre la protection de la plaignante contre les mythes et les stéréotypes et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne. Dans l'affaire Côté, la défense avait blâmé la victime de l'agression sexuelle subie, arguant qu'elle avait pris des risques injustifiés en invitant ses collègues de travail chez elle pour consommer de l'alcool et de la marijuana. La première juge avait dénoncé ses propos⁷³. En appel, l'accusé a affirmé avoir été traité plus sévèrement par la première juge à cause des commentaires de son avocat, mais la Cour d'appel du Québec n'a pas retenu cet argument⁷⁴. Dans

⁷⁰ R. v. S.B., [2016] N.J. No. 158 (Nfld. C.A.), par. 58-63

⁷¹ R. v. S.B., [2017] 1 R.C.S. 248.

⁷² R. v. Schmaltz, [2015] A.J. No. 33 (Alta C.A.), par. 47.

⁷³ Côté c. R., [2014] J.Q. n° 12586 (C.A.Q.), par. 18, citant la première juge : «Le fait de soutenir que la victime a, d'une certaine façon, cherché l'agression dont elle a été victime, va à l'encontre de tous les efforts consacrés depuis de nombreuses années pour enrayer les préjugés et anéantir les stéréotypes qui ont trop longtemps été véhiculés concernant les victimes d'agression sexuelle et en particulier les femmes. Heureusement est révolue cette époque où il était permis de tirer l'inférence qu'une femme méritait d'être agressée sexuellement en raison de son comportement ou même de son habillement. La victime, comme toutes les femmes, a le droit d'entretenir une amitié avec des personnes de sexe opposé sans avoir à craindre d'être agressée. (...) Que le message soit clair. Peu importe l'habillement de la victime, peu importe qu'elle invite une personne du sexe opposé chez elle, et peu importe ce qu'elle consomme, elle ne cherche pas à être agressée.»

⁷⁴ Côté c. R., [2014] J.Q. n° 12586 (C.A.Q.)

l'affaire Cain, la défense avait suggéré que la plaignante était probablement consentante parce qu'elle avait porté un T-shirt provocant au lendemain de l'agression sexuelle. Selon la Cour d'appel de l'Alberta, le premier juge aurait dû indiquer au jury de ne pas prendre ces commentaires en considération pour décider s'il accordait foi au témoignage de la victime⁷⁵.

Comme le démontrent ces quelques exemples, l'utilisation des mythes et des stéréotypes pour tester la crédibilité de la victime est une pratique bien vivante, qui appelle parfois l'intervention des tribunaux, mais qui est parfois tolérée au nom du droit à une défense pleine et entière.

CONCLUSION

Lors de la réforme de 1983 en matière de crimes sexuels⁷⁶, de même que dans les années qui ont suivi, tant le législateur que la Cour suprême se sont attelés à déboulonner les préjugés qui minaient la crédibilité des femmes devant les tribunaux. Aujourd'hui, la parole des femmes n'a plus besoin d'être corroborée par une preuve indépendante pour être jugée crédible et ni le moment du dévoilement (i.e. délai à porter plainte), ni le comportement postérieur à l'agression sexuelle (i.e. le fait de revoir son agresseur) ne peuvent, à eux seuls, miner la crédibilité d'une plaignante. Il est aussi acquis que la preuve du passé sexuel n'est pas admissible pour démontrer qu'une personne est moins digne de foi ou qu'elle est plus susceptible d'avoir consenti aux gestes sexuels litigieux. Malgré ces indéniables avancées, les mythes et les stéréotypes resurgissent régulièrement devant les tribunaux et teintentencore l'évaluation de la crédibilité des plaignantes. La situation est probablement encore plus frappante en matière civile, où le législateur s'est exprimé avec moins de vigueur en la matière⁷⁷. Au criminel, la clarté des règles juridiques édictées permet parfois que ces préjugés soient débusqués en appel. Reste que la revue jurisprudentielle effectuée dans le cadre de cet article permet de mieux comprendre pourquoi les victimes d'agression sexuelle craignent leur traitement devant les tribunaux et pourquoi plusieurs d'entre elles décident de ne pas investir cette voie.

⁷⁵ R. v. Cain, [2010] A.J. No. 1423 (Alta C.A.), par. 30 : «[Her] manner of dress was irrelevant to her credibility. By suggesting otherwise, defense counsel was relying on long-discredited myths and stereotypes about women deserving to be raped because they dress provocatively. Although the defense was entitled to attack her credibility, this attack was unfair and inappropriate.»

⁷⁶ Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant les modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, entrée en vigueur le 4 janvier 1983.

⁷⁷ À titre d'exemples, voir Gonzalez v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board), [2016] O.J. No. 6481 (Ont. C.S.) (équité procédurale compromise par les préjugés de l'un des décideurs de la Commission d'indemnisation des victimes d'actes criminels, qui n'a pas accordé foi au

RÉFÉRENCES:

Bernatchez c. R., [2013] J.Q. n° 3614, par. 17-18 (C.A.Q.); R. v. Caesar, [2015] N.W.R.J. No. 9, par. 2-6 (N.T.C.A.); Takri c. R., [2015] J.Q. n° 3398, par. 45-46 (C.A.Q.); R. c. Alie, [2017] J.Q. n° 123, par. 11 (C.A.Q.).

CECILIA BENOIT et al. Dossier d'information: la violence à caractère sexuel faite aux femmes au Canada, Condition féminine Canada, Gouvernement du Canada, 2016, disponible en ligne <http://www.swc-cfc.gc.ca/svawc-vcscf/index-fr.html> (page consultée le 13 novembre 2017).

Centre canadien de la statistique juridique. Les infractions sexuelles commises contre les enfants et les jeunes déclarées par la police au Canada, 2012. *Juristat*, 2014.

Centre canadien de la statistique juridique. Statistiques sur les crimes déclarés par la police au Canada. 2015, *Juristat*, 2016.

Code criminel, S.C. 1953-54, 2 & 3 Eliz. II, c. 51, art. 134 ; S.R.C. 1970, c. C-34, art. 142.

Commission de réforme du droit, *La Preuve, Corroboration*, document no 11, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1975.

Côté c. R., [2014] J.Q. n° 12586 (C.A.Q.)

Côté c. R., [2014] J.Q. n° 12586 (C.A.Q.), par. 18.

DOOLITTLE, Robyn; PEREIRA, Michael; BLENKINSOP, Laura; AGILUS, Jeremy. Will the Police Believe You? A 20-month investigation by the Globe and Mail reveals that sexual victims are more likely to be believed in some areas of the country than in others. In: *The Globe and Mail*, 3 février 2017.

témoignage de la demanderesse parce qu'elle n'avait pas crié ou résisté physiquement lors de l'agression sexuelle et n'avait pas dénoncé le crime immédiatement à la police); E.C. c. École Saint-Vincent-Marie et Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île, [2015] J.Q. n° 14510 (C.S.Q.) (l'avocat de la Commission scolaire a questionné la façon suggestive de danser d'une victime de 11 ans lors d'une fête de Saint-Valentin); Parker v. Abbey, [2014] O.J. No. 6189 (Ont. S.C.) (Parker a été condamné à des dommages parce qu'elle aurait fausement et malicieusement accusé son collègue de travail d'agression sexuelle; le premier juge est arrivé à la conclusion que la relation sexuelle était consensuelle parce que Parker n'avait pas crié ou alerté son colocataire, n'avait pas alerté la police et avait fumé une cigarette avec Abbey après la relation sexuelle).

E.C. c. École Saint-Vincent-Marie et Commission scolaire de la Pointe-de-l'Île, [2015] J.Q. n° 14510 (C.S.Q.)

Enquête du Conseil canadien de la magistrature sur la conduite de l'honorable Robin Camp, 8 mars 2017, disponible en ligne [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cm_slib/general/Camp_Docs/2017-03-08%20Rapport%20C3%A0%20la%20ministre.pdf]. Le juge Camp a volontairement démissionné dans la foulée de cette affaire.

Forsythe c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 268.

Gonzalez v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board), [2016] O.J. No. 6481 (Ont. C.S.)

HAINES, E.L. (Ontario High Court). The Character of the Rape Victim. (1975) 23 Chitty's L.J. 57.

HAINES, E.L. The Character of the Rape Victim. (1975) 23 Chitty's L.J. 57; Neil Brooks. Rape and the Law of Evidence. (1975) 23 Chitty's L.J. 1, 5.

KÉLADA, Henri. Les délits sexuels, Montréal, Éditions Aquila, 1975.

KOHLI, Peggy. Rape shield Legislation: Relevance, Prejudice and Judicial Discretion. (1992) 30 Alta L. Rev. 988, 990.

Kribs c. The Queen, [1960] R.C.S. 400, 405.

LARCOMBE, Wendy. The Ideal Victim v. Successful Rape Complainants: Not What You Might Expect, (2002) 10 Fem. Legal Stud. 131.

Law Commission. The Justice Response to Victims of Sexual Violence. Criminal Trails and Alternative Processes, New Zealand, 2015.

Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, c. 93).

Loi de 1982 sur le Canada (1982, R.U., c. 11), L.R.C. (1985), app. II, n° 44.

Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L.C. 1992, c. 38).

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c. 125.

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3e supp.), art. 11 (article 274 du Code criminel 2017).

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 9 (article 659 du Code criminel 2017).

MADIGAN, Lee; GAMBLE, Nancy C. *The Second Rape: Society's Continued Betrayal of the Victim*, New York, Lexington, 1991.

MAHONY, Tina Hotton. Les femmes et le système de justice pénale. In: *Femmes au Canada: rapport statistique fondé sur le sexe*. Statistique Canada, 2011.

MAXWELL, Ashley. Statistiques sur les tribunaux de juridiction criminelle pour adultes au Canada, 2014-2015. In: *Juristat*, Statistique Canada, 2017.

Ministère de la Sécurité publique. *Statistiques 2014 sur les infractions sexuelles au Québec*. Québec, 2016.

Parker v. Abbey, [2014] O.J. No. 6189 (Ont. S.C.)

PERREAULT, Samuel. La victimisation criminelle au Canada, 2014. In: *Juristat*, Statistique Canada, 2015.

PLAXTON, Michael. *Implied Consent and Sexual Assault: Intimate Relationship, Autonomy and Voice*. Montreal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015.

R. c. A.G., [2000] 1 R.C.S. 439, par. 1-3.

R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 60.

R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 63 ; R. v. A.D.G., [2015] A.J. No. 470, par. 32-33 ; R. c. Alie, [2017] J.Q. n° 123, par. 9 (C.A.Q.).

R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 65.

R. c. Darrach, [2000] 2 R.C.S. 443.

R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788.

R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 37.

- R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 31.
- R. c. Find, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 101-103 (références omises).
- R. c. Lacroix, [2012] J.Q. n° 9813 (C.A.Q.), par. 38.
- R. c. M.M.L., [1994] 2 R.C.S. 3.
- R. c. Park, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 38.
- R. c. Sanichar, [2013] 1 R.C.S. 54; F.H. c. McDougall, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 81.
- R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577).
- R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577, par. 170.
- R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577, 666.
- R. c. Sherring, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 121.
- R. c. W(D.), [1991] 1 R.C.S. 742.
- R. c. W.R., [1992] 2 R.C.S. 122, 136.
- R. v. Adepoju, [2014] A.J. No. 246 (Alta. C.A.).
- R. v. Cain, [2010] A.J. No. 1423 (Alta C.A.), par. 30.
- R. v. C.C., [2015] O.J. No. 456, par. 32 (Ont. C.A.).
- R. v. C.D.H., [2015] O.J. No. 672 (Ont. C.A.)
- R. v. Ewanchuk, [2002] A.J. No. 516 (Alta. C.A.).
- R. v. Fair (1993), 16 O.R. (3d) 1, 85 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), aussi recensée sous R. v. J.E.F., [1993] O.J. No. 2589 (Ont. C.A.); R. v. Henrick, [1996] O.J. No. 2537, par. 23 (Ont. C.A.); R. v. J.F., [2006] O.J. No. 2472 (Ont. C.A.); R. c. Dinardo, [2008] 1 R.C.S. 788, par. 37.
- R. v. Henrick, [1996] O.J. No. 2537, par. 23 (Ont. C.A.).
- R. v. J.F., [2006] O.J. No. 2472 (Ont. C.A.).

R. v. Letendre, [1991] B.C.J. No. 922 (B.C.S.C.).

R.v. M.T., [2012] O.J. No. 3418 (Ont. C.A.).

R. v. O'Connor, [1995] O.J. No. 2131, par. 39 (Ont. C.A.); R. v. Henrick, [1996] O.J. No. 2537, par. 25 (Ont. C.A.); R. v. T.E.M., [1996] A.J. No. 818, par. 11 (Alta. C.A.).

R. v. S.B., [2016] N.J. No. 158 (Nfld. C.A.), par. 58-63

R. v. S.B., [2017] 1 R.C.S. 248.

R. v. Schmaltz, [2015] A.J. No. 33 (Alta C.A.), par. 47.

R. v. Wagar, [2015] A.J. No. 1152 (Alta. C.A.).

ROTENBERG, Cristine. Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada 2009-2014: un profil statistique. In: Juristat, Statistique Canada, 2017.

SMITH, Lynn. The Ring of Truth, the Clang of Lies: Assessing Credibility in the Courtroom», (2012) U.N.B.J.J. 10-37.

Statistiques 2012 sur les infractions sexuelles au Québec, Québec, 2014.

Statistiques 2014 sur les infractions sexuelles au Québec, Québec, 2016.

Timms c. La Reine, [1981] 2 R.C.S. 315, 337.

WIGMORE, John Henry. Evidence in Trials at Common Law, vol. 3A, Boston, Little, Brown and Company, 1970.

WIGMORE, John Henry. Evidence in Trials at Common Law, 2^eéd., vol. 3, Boston, Little, Brown & Co., 1923, p. 764, cité dans R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275, par. 60.

WILD, David. Cambridge Crown Court, 1982. In: SHEEHY, Elizabeth. Canadian Judges and the Law of Rape: Should the Charter Insulate Bias? (1989) 21 Ottawa L. Rev. 741.

Recebido em: 11/07/2018

Aprovado em: 20/07/2018