

« WHY COULDN'T YOU JUST KEEP YOUR KNEES TOGETHER? » L'OBLIGATION DÉONTOLOGIQUE DES JUGES FACE AUX VICTIMES DE VIOLENCES SEXUELLES

Michaël Lessard*

L'actualité des dernières années a mis en lumière le comportement problématique de plusieurs juges envers des victimes de violences sexuelles, minant leur confiance et celle du public envers le système judiciaire. Parmi certains des cas plus médiatisés, on compte celui du juge Robin Camp qui avait demandé à une victime : « why couldn't you just keep your knees together? ». Voilà qui a eu pour effet de mettre le projecteur sur une frange de la magistrature qui croit encore au mythe de la « bonne victime » (ou la « victime parfaite »).

Dans ce texte, je soutiendrai qu'un ou une juge commet une faute déontologique lorsqu'il ou elle tient un propos (1) prompt à entretenir le mythe de la bonne victime, (2) qui participe d'un des quatre stéréotypes afférents condamnés en droit et (3) qui n'est pas justifié par sa pertinence et sa nécessité pour le raisonnement juridique.

L'article se divise en trois parties. Dans la Partie 1, je détaille d'abord brièvement les stéréotypes visés par ma proposition. Celle-ci se limite aux quatre stéréotypes fondant le mythe de la bonne victime qui ont été condamnés en droit, c'est-à-dire qui constitueraient une erreur de droit s'ils fondaient un raisonnement juridique. Selon ces quatre stéréotypes, (i) une femme sexuellement active est plus encline à consentir et serait moins crédible; (ii) une femme qui ne dénonce pas son agresseur immédiatement après l'agression est peu crédible; (iii) une femme qui ne résiste pas à l'agression y avait sûrement consenti; et (iv) une femme en thérapie est plus susceptible de mentir. Dans la Partie 2, j'aborde les fondements juridiques de l'obligation déontologique de ne pas entretenir ces stéréotypes tout en identifiant deux limites à cette obligation. Le commentaire n'est fautif que s'il entretient un stéréotype condamné en droit et que s'il n'est pas pertinent et nécessaire au raisonnement juridique. Dans la Partie 3, enfin, j'illustrerai ma proposition en décortiquant les motifs du juge William B. Horkins dans *R. v. Ghomeshi*.

In recent years, high-profile cases have shed light on the behaviour of certain judges towards victims of sexual violence, thus undermining public confidence and victims' confidence in the judicial system. Among these cases, there is the one of Judge Robin Camp who asked a victim: "why couldn't you just keep your knees together?" This statement has had the effect of putting the spotlight on a section of the judiciary which still contributes to the myth of the "good victim" (or "perfect victim").

In this text, I argue that judges commit a breach of judicial ethics when they make a remark or a statement that (1) is likely to maintain the myth of the good victim, (2) participates in one of the four related stereotypes condemned in law and (3) is not justified by its relevance and necessity for legal reasoning.

The article is divided into three parts. In Part I, I briefly describe the stereotypes covered by my proposal. It is limited to the four stereotypes that are part of the myth of the good victim and would constitute an error of law if they were the foundation of a legal reasoning. These four stereotypes are: (i) a sexually active woman is more inclined to consent and therefore less credible; (ii) a woman who does not report her attacker immediately after the assault is not credible; (iii) a woman who did not resist aggression surely consented; and (iv) a woman in therapy is more likely to lie. Legal reasoning based on any of these stereotypes would be affected by an error of law. In Part II, I discuss the legal basis of the ethical obligation not to promote the myth of the good victim. In Part III, I illustrate my proposition by reviewing the judgment of Justice William B. Horkins in *R. v. Ghomeshi*.

* Michaël Lessard est avocat et étudiant au LL.M. en théorie du droit à l'Université de New York (michael.lessard@mail.mcgill.ca). Diplômé B.C.L./LL.B. (Hons.) de l'Université McGill, il été avocat-rechercheur à la Cour d'appel du Québec. Les opinions exprimées par l'auteur n'engagent que lui. L'auteur aimerait remercier Me Antoine Grondin Couture, Me Marie-Andrée Plante, Camille Robert, et Élodie Fortin pour leurs précieux commentaires ainsi que Marie-Hélène Darveau pour son aide à la recherche. Il remercie également les évaluateurs et évaluatrices externes de la *Revue de droit de McGill* pour leur apport ainsi que les membres de cette dernière pour tout leur travail. L'auteur tient à avertir les lectrices et les lecteurs que ce texte pourrait faire ressurgir à la mémoire de victimes de violence sexuelle des événements traumatisants. L'auteur, en tant qu'homme blanc cisgenre, reconnaît et souligne sa position de privilégié. Il met en garde les lectrices et les lecteurs afin de les encourager à lire une diversité d'auteurs et d'auteures sur le sujet. Il est important que ce ne soit pas seulement des hommes blancs qui soient lus et entendus sur cette question, comme toute autre d'ailleurs.

Introduction	157
I. Les pans du mythe de la bonne victime visés par l'obligation	160
<i>A. La vie sexuelle active de la victime</i>	161
<i>B. La doctrine de la plainte spontanée</i>	162
<i>C. L'absence de résistance</i>	163
<i>D. La thérapie</i>	164
II. Les fondements de l'obligation déontologique	165
<i>A. L'obligation d'impartialité : l'atteinte à la confiance du public</i>	166
<i>B. L'obligation de compétence : la borne des stéréotypes condamnés en droit</i>	171
<i>C. L'indépendance judiciaire : la borne de la pertinence et de la nécessité</i>	174
<i>D. Un début de reconnaissance : le cas du juge Robin Camp</i>	178
III. Le jugement <i>R. v. Ghomeshi</i>	182
Conclusion	186

Introduction

L'actualité des dernières années a mis en lumière le comportement problématique de certains juges envers les victimes de violences sexuelles, participant ainsi à miner leur confiance et celle du public envers le système judiciaire. Parmi certains des cas plus médiatisés, on compte celui du juge Robin Camp qui, lors de l'interrogatoire d'une victime, lui a notamment posé la question : « why couldn't you just keep your knees together? »¹. Symptôme caricatural de la mécompréhension de la réalité des victimes de violences sexuelles, sa remarque place le projecteur sur une frange de la magistrature qui croit toujours au mythe de la bonne victime².

Les commentaires du juge Robin Camp ont eu l'effet d'un électrochoc sur la société canadienne. La déclaration de non-culpabilité émise par le juge Camp a été infirmée en appel³ et ce dernier a démissionné lorsque le Conseil canadien de la magistrature a recommandé sa destitution à la ministre de la Justice Jody Wilson-Raybould⁴. S'il est maintenant retiré

¹ Canada, Conseil canadien de la magistrature, *In the Matter of an Inquiry Pursuant to s. 63(1) of the Judges Act Regarding the Honourable Justice Robin Camp: Report and Recommendation of the Inquiry Committee to the Canadian Judicial Council*, 29 novembre 2016 au para 137 [Conseil canadien de la magistrature, *Report to the Canadian Judicial Council (Robin Camp)*].

² Cette notion réfère à un ensemble de caractéristiques et de comportements attendus d'une « bonne victime » (ou d'une « victime parfaite », ou d'une « victime idéale ») qui sont basés sur des stéréotypes (soit le mythe d'une « victime irréprochable »). Plus une victime s'éloigne de ces caractéristiques et de ces comportements, moins elle sera considérée comme crédible. La « bonne victime » désigne donc cette personne qui pourra être crue sans subir aucune critique relative à sa situation ou à son comportement. On s'attend à ce qu'elle ait un comportement « parfait », irréprochable avant, durant et après l'agression.

Dans le cadre de cet article, quatre stéréotypes sont abordés : (1) une femme sexuellement active est plus encline à consentir et serait moins crédible; (2) une femme qui ne dénonce pas son agresseur immédiatement après l'agression est peu crédible; (3) une femme qui ne résiste pas à l'agression y avait sûrement consenti; et (4) une femme en thérapie est plus susceptible de mentir. En ce sens, la « bonne victime » ne devrait pas être sexuellement active, devrait avoir dénoncé son agresseur immédiatement après l'agression, devrait avoir résisté à l'agression et ne devrait pas avoir suivi de thérapie (quoiqu'il existe aussi un stéréotype selon lequel une agression provoquerait un traumatisme tel qu'une thérapie soit nécessaire, sinon il ne s'agirait pas d'une « véritable » agression). De nombreux autres stéréotypes nourrissent le mythe de la bonne victime, bien que je me concentre uniquement sur ces quatre.

³ Voir *R v Wagar*, 2015 ABCA 327, 2015 CarswellAlta 1968 (QL) [Wagar CA] (plus précisément, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès).

⁴ Canada, Conseil canadien de la magistrature, *Dans l'affaire de l'article 65 de la Loi sur les juges, L. R., 1985, ch. J-1, et du comité d'enquête constitué par le Conseil canadien de la magistrature pour examiner la conduite de l'honorable Robin Camp de la Cour fédérale: Rapport du Conseil canadien de la magistrature à la ministre de la Justice*, Otta-

de la magistrature et que les dégâts qu'il a causés ont été colmatés, le juge Camp n'aura été que la pointe de l'iceberg. En effet, les acteurs et les actrices du système judiciaire entretiennent encore des stéréotypes sur le comportement attendu des victimes de violences sexuelles, ce qui perpétue le mythe de la bonne victime. Ce dur constat s'inscrit dans un contexte où plus de 90 % des agressions sexuelles ne sont pas dénoncées à la police, notamment en raison du manque de confiance des victimes envers le système de justice criminelle⁵. L'agression sexuelle demeure un des crimes les moins punis au Canada⁶.

Pour répondre à cet enjeu de société, des politiciennes et des politiciens s'affairent à élaborer des solutions aux problèmes de fond en mettant à niveau la formation des juges sur le sujet et en augmentant leur imputabilité⁷, ou encore en réaffirmant la norme de consentement et en

wa, 8 mars 2017 au para 54 [Conseil canadien de la magistrature, *Rapport à la ministre de la Justice (Robin Camp)*].

⁵ Statistique Canada, *Enquête sociale générale de 2014 : Sécurité des canadiens (victimisation)*, par Julie Sauvé, Ottawa, Statistique Canada, 12 janvier 2017 à la p 19, en ligne : <www.cudo.carleton.ca/system/files/dli_training/4087/dli-webinar-2014-gssjanuary-2017-f.pdf> [Statistique Canada, *Sécurité des canadiens*].

⁶ Voir Centre canadien de la statistique juridique, *De l'arrestation à la déclaration de culpabilité : décisions rendues par les tribunaux dans les affaires d'agression sexuelle déclarées par la police au Canada, 2009 à 2014*, par Cristine Rotenberg, no de catalogue 85-002-X, Ottawa, Statistique Canada, 26 octobre 2017 à la p 3. Voir aussi Centre canadien de la statistique juridique, *La victimisation criminelle au Canada, 2014*, par Samuel Perreault, no de catalogue 85-002-X, Ottawa, Statistique Canada, 23 novembre 2015 aux pp 5–6, 11–12 (le taux de victimisation demeure stable, alors qu'il diminue pour tous les autres crimes).

⁷ Voir par ex le Projet de loi C-337, PL C-337, *Loi modifiant la Loi sur les juges et le Code criminel (agression sexuelle)*, 1^{re} sess, 42^e lég, 2017, arts 2(2)(b), 3, 5(2) (adopté par la Chambre des communes le 15 mai 2017) [Projet de loi C-337]. Il prévoit que seules les personnes ayant suivi ce qui suit peuvent être nommées juges d'une juridiction supérieure :

un cours de perfectionnement à jour et complet sur les sujets suivants : (i) le droit relatif aux agressions sexuelles, cours qui a été élaboré en consultation avec des survivants d'agression sexuelle ainsi que des groupes et des organismes qui les aident et où sont abordés notamment les interdits concernant la preuve, les principes sous-tendant le consentement, la procédure à suivre lors des procès pour agression sexuelle, de même que sur les mythes et les stéréotypes associés aux plaignants dans les affaires d'agression sexuelle, [et] (ii) le contexte social.

Le Projet de loi C-337 indique également que le Conseil canadien de la magistrature a le pouvoir « d'organiser des colloques en vue du perfectionnement des juges, notamment sur des questions liées au droit et au contexte social relatifs aux agressions sexuelles, élaborés en consultation avec des survivants d'agression sexuelle ainsi que des groupes et des organismes qui les aident ». Enfin, il ajoute que les motifs fournis par un ou une

prévoyant des protections supplémentaires contre l'introduction de toute preuve entretenant le mythe de la bonne victime au sein du processus judiciaire⁸.

Pour ma part, je propose de nous attarder à la forme que prend le traitement par les juges des victimes de violences sexuelles. En parallèle des déboires du juge Camp, le jugement *R. v. Ghomeshi* illustre bien que la justesse juridique du fond ne soit pas garante de la respectabilité de la forme. Bien que, de l'aveu même de la Couronne, le juge du procès dans *Ghomeshi*, William B. Horkins, n'ait pas commis d'erreur de droit⁹, ce dernier, lorsque vient le temps d'évaluer la crédibilité des victimes, s'exprime néanmoins de manière dure, froide, et particulièrement humiliante. Non en reste de souligner les contradictions dans le témoignage des victimes, il prend soin de relever certains comportements qui défient ce à quoi l'on s'attendrait de la bonne victime. Par exemple, le juge décrit des photos sexuellement explicites que des victimes ont envoyées à Ghomeshi dans les mois suivant l'agression, l'une portant « a red string bikini »¹⁰, l'autre « with the neck of a beer bottle in her mouth simulating an act of fellatio »¹¹. Ces commentaires relatifs à la vie sexuelle des victimes — commentaires en soi humiliants puisque, dans ce contexte, ils s'apparentent à du salopage (« slut-shaming ») — ont-ils une utilité dans ce jugement? Faut-il inférer de ces comportements une propension à consentir à un acte sexuel? Même si cette inférence n'est pas explicitée dans le jugement de première instance, ces commentaires créent une ambiance incitant la lectrice ou le lecteur à tirer ses propres conclusions en ce sens.

juge à l'appui de toute décision relative à une affaire d'agression sexuelle « sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, à donner par écrit ».

- ⁸ Le Projet de loi C-51 prévoit des modifications au *Code criminel* clarifiant qu'une personne inconsciente est incapable de donner son consentement et que l'omission de résister ou de protester ne constitue pas un signe de consentement. Il prévoit également des protections contre le mythe de la bonne victime, notamment en caractérisant les « communication[s] à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle » comme étant des preuves relatives au comportement sexuel antérieur qui ne peuvent être utilisées pour soutenir qu'une victime était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle ou qu'elle est moins digne de foi (PL C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess, 42^e lég, 2017, arts 10, 19–21, (troisième lecture le 11 décembre 2017) [Projet de loi C-51]).
- ⁹ Stéphanie Marin, « Acquittement de Jian Ghomeshi: la Couronne ne va pas en appel », *La Presse canadienne* (25 avril 2016), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/proces/201604/25/01-4974776-acquittement-de-jian-ghomeshi-la-cou-ronne-ne-va-pas-en-appel.php>, archivé à <https://perma.cc/5ESB-BP9S>.
- ¹⁰ *R v Ghomeshi*, 2016 ONCJ 155, 27 CR (7^e) 17 au para 39 [*R v Ghomeshi*].
- ¹¹ *Ibid* au para 83.

À tout le moins, cette invitation a été sentie dans la presse canadienne¹². Même s'il fallait croire que l'histoire de ces victimes a été inventée de toute pièce, de tels commentaires inutiles au raisonnement juridique menacent l'apparence d'impartialité que les juges se doivent de maintenir. En effet, ceux-ci perpétuent des stéréotypes condamnés en droit et reconnus comme une menace au processus judiciaire de recherche de la vérité.

Dans ce texte, je soutiendrai qu'un ou une juge commet une faute déontologique lorsqu'il ou elle tient un propos (1) prompt à entretenir le mythe de la bonne victime, (2) qui participe d'un des quatre stéréotypes afférents condamnés en droit, et (3) qui n'est pas justifié par sa pertinence et sa nécessité au raisonnement juridique.

L'article se divisera en trois parties. Dans la première, je décrirai brièvement les stéréotypes visés par ma proposition. Celle-ci se limitera aux quatre stéréotypes fondant le mythe de la bonne victime qui ont été condamnés en droit, et qui constitueraient une erreur de droit s'ils fondaient un raisonnement juridique. Dans la seconde, j'aborderai les fondements juridiques de l'obligation déontologique de ne pas entretenir le mythe de la bonne victime. Je me pencherai également sur deux limites à l'étendue de cette obligation : le commentaire n'est fautif que s'il entretient un stéréotype condamné en droit, et que s'il n'est pas pertinent et nécessaire au raisonnement juridique. Enfin, dans la troisième, j'illustrerai ma proposition en révisant la décision rendue par le juge William B. Horvath dans *R. v. Ghomeshi*.

I. Les pans du mythe de la bonne victime visés par l'obligation

Au cours des dernières décennies, plusieurs groupes féministes ont provoqué l'avancée spectaculaire du droit criminel canadien en déconstruisant les principaux pans du mythe de la bonne victime qui teintent son articulation. Le droit criminel canadien est maintenant équipé d'outils empêchant que quatre stéréotypes soient soulevés¹³: (1) une femme sexuellement active est plus encline à consentir et moins crédible; (2) une femme qui ne dénonce pas son agresseur immédiatement après l'agression est peu crédible; (3) une femme qui ne résiste pas à l'agression

¹² Voir par ex Maxime Deland, « Accusé d'agressions sexuelles: Jian Ghomeshi est acquitté », *Journal de Montréal* (23 mars 2016), en ligne : <<http://www.journaldemontreal.com/2016/03/23/proces-de-jian-ghomeshi-lheure-est-au-verdict>>, archivé à <https://perma.cc/S8S3-MJZV>.

¹³ Voir Elaine Craig, « The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases », (2014) 51:2 *Osgoode Hall LJ* 427 aux pp 431–35 (les trois premiers stéréotypes y sont nommés). Pour plus de mythes dénoncés par les tribunaux canadiens, voir *R c Seaboyer*; *R c Gayme*, [1991] 2 RCS 577 aux pp 651–65, 66 CCC (3^e) 321, juge L'Heureux-Dubé, dissidente (mais non contredite sur ce point) [*Seaboyer*].

y avait sûrement consenti; et (4) une femme en thérapie est plus susceptible de mentir. Ainsi, un raisonnement juridique fondé sur l'un de ces stéréotypes sera déclaré erroné en droit.

J'estime que les juges doivent tenir compte de l'existence de ces stéréotypes et du tort qu'ils peuvent poser à l'apparence d'impartialité de la magistrature. Lorsqu'ils fondent un raisonnement juridique, ils constituent une erreur de droit; lorsqu'ils transparaissent dans la conduite d'un ou d'une juge, ils donnent l'impression que celui-ci ou celle-ci adhère à une vision mythifiée des comportements attendus d'une victime d'agression sexuelle. Ainsi, évaluer la crédibilité d'une victime à travers le prisme du mythe de la bonne victime défie le principe d'impartialité que doivent suivre les membres de la magistrature. Même si un commentaire qui participe au renforcement d'un stéréotype est seulement afférent au raisonnement juridique, de sorte qu'il ne le vicie pas, il a le potentiel de gravement porter atteinte à l'apparence d'impartialité de la magistrature. Dans la section suivante, j'expliquerai plus en détail en quoi cette conduite ébranle la confiance du public au point où cela constitue une faute déontologique. Avant de passer à cette étape, il y a lieu de bien saisir le détail de ces quatre stéréotypes.

A. La vie sexuelle active de la victime

Une erreur de droit survient lorsque la vie sexuelle d'une victime est soulevée afin de mettre en doute sa crédibilité, ou afin de soutenir qu'elle est plus susceptible de consentir à une relation sexuelle. Le premier paragraphe de l'article 276 du *Code criminel* prévoit que toute preuve d'activité sexuelle visant à soutenir que la victime est plus susceptible d'avoir consenti ou qu'elle est moins digne de foi est inadmissible¹⁴. Cette preuve peut porter, par exemple, sur le nombre de partenaires de la victime pour suggérer son envie sexuelle, ou porter sur ses relations sexuelles consentantes avec l'accusé antérieurement et postérieurement à l'agression pour suggérer qu'elle avait aussi consenti à cette occasion. Ce type de preuve est considéré comme spéculatif, trompeur, hautement préjudiciable et enclin à introduire un biais ou un préjugé dans la réflexion des juges des faits, qu'il s'agisse de juges siégeant seuls ou de jurys¹⁵. La preuve quant à l'historique sexuel de la victime n'est admissible que lorsqu'elle porte sur des cas particuliers, qu'elle est en rapport avec la cause entendue, et que le risque d'un effet préjudiciable à la bonne administration de la justice ne l'emporte pas sur sa valeur probante¹⁶. En évaluant le

¹⁴ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 276(1).

¹⁵ Voir par ex *R v Tapper*, 2009 NLTD 142 aux para 20, 23, 289 Nfld & PEIR 303.

¹⁶ Voir *Code criminel*, *supra* note 14, art 276(2); *Seaboyer*, *supra* note 13 à la p 635.

préjudice potentiel à la bonne administration de la justice, le ou la juge doit, entre autres, tenir compte de « l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles »¹⁷. Cet article 276 permet donc d'exclure la preuve non pertinente, tout comme celle qui est pertinente mais dont la production causerait un préjudice surpassant sa valeur probante¹⁸. Notons d'ailleurs que, dans la plus récente mouture du *Projet de loi C-51*, la Chambre des communes propose de soumettre à cette évaluation « toute communication à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle »¹⁹. En somme, j'estime que l'on peut s'attendre à ce que le ou la juge ne discute de la vie sexuelle des victimes que lorsque cela est pertinent et nécessaire.

B. La doctrine de la plainte spontanée

Une erreur de droit survient lorsque l'on doute de la véracité d'une dénonciation uniquement parce qu'elle n'a pas lieu immédiatement après l'agression sexuelle. Il existait anciennement une présomption de fait en vertu de laquelle la « tardiveté » d'une dénonciation était interprétée comme une contradiction implicite du témoignage de la victime au procès. Cette présomption issue du Moyen Âge²⁰, appelée « doctrine de la plainte spontanée », a fait partie du droit canadien²¹ jusqu'à son abolition en 1983 par un amendement maintenant reconduit à l'article 275 du *Code criminel*²². Cette présomption était insensible aux différents éléments dissuadant les victimes à porter plainte, notamment les réalités institutionnelles et sociales qui culpabilisent ou humilient ces victimes, ainsi que le fait que certaines d'entre elles sont piégées au sein de ce qui est communément

¹⁷ *Code criminel*, supra note 14, art 276(3)(b).

¹⁸ Voir *R c Darrach*, 2000 CSC 46 au para 43, [2000] 2 RCS 443.

¹⁹ *Projet de loi C-51*, supra note 8, art 21.

²⁰ Au Moyen-Âge, une victime devait déclencher la « clameur publique » directement après son agression si elle espérait que son agresseur soit traduit en justice. Vers les années 1700, cette exigence s'est transformée en une présomption de contradiction. Voir John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol 3, 2^e éd, Boston, Little, Brown and Company, 1923 à la p 764, tel que cité dans *R c DD*, 2000 CSC 43 au para 60, [2002] 2 RCS 275 (« lorsqu'une vierge a été déflorée par la force [...] 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 »).

²¹ Voir *Kribs, Griffith, Griffith et Quirre v R*, [1960] SCR 400, 127 CCC 1; *Timm c R*, [1981] 2 RCS 315, 124 DLR (3e) 582.

²² *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*, SC 1980-83, c 125, art 19; *Code criminel*, supra note 14, art 275. Voir aussi *R c DD*, supra note 20 aux para 61-62.

appelé le cycle de la violence²³. Aujourd'hui, un jugement tirant une inférence négative de la « tardiveté » d'une dénonciation est considéré comme étant entaché d'une erreur de droit, ce qui permet l'annulation du verdict²⁴. J'estime donc, encore une fois, que l'on peut s'attendre à ce que les juges ne mentionnent pas le moment de la dénonciation d'une agression sexuelle dans leur analyse juridique.

C. *L'absence de résistance*

Il est erroné de conclure qu'une personne consent à une relation sexuelle du seul fait qu'elle n'ait pas offert de résistance. Dans *R. c. Seaboyer*, la juge L'Heureux-Dubé explique, dans son opinion dissidente mais non contredite sur ce point, que la passivité est parfois une manière de mitiger l'impact de l'agression :

Les femmes savent qu'il n'existe pas de réponse de leur part qui assurera leur sécurité. Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain : Les femmes victimes d'actes criminels (1985) vient confirmer l'expérience et la connaissance des femmes. Aux pp. 7 et 8 du rapport, les auteurs indiquent :

Soixante pour cent des victimes qui ont tenté de faire entendre raison à leur assaillant et 60 % de celles qui ont résisté activement en luttant [contre] lui ou en utilisant une arme ont été blessées. Chaque cas d'agression sexuelle est particulier et le nombre de facteurs inconnus est si élevé (taille de la victime et de l'assaillant, menaces verbales ou physiques, etc.) qu'il est impossible de recommander sans réserve une règle à suivre en toutes circonstances.²⁵

La Cour suprême a déjà expliqué à maintes reprises que l'existence du consentement dépend de l'état subjectif de chaque personne²⁶. Le consentement doit être donné librement, sans être contraint de quelque manière que ce soit²⁷. Pour prouver la *mens rea* de l'accusé, il n'est pas nécessaire d'établir que l'accusé savait que la victime avait dit « non », mais simplement que l'accusé savait que la victime n'avait pas dit « oui »²⁸. Un accusé

²³ Sur le cycle de la violence, voir Jeffrey L Edleson, « Cycle of Violence » dans Claire M Renzetti et Jeffrey L Edleson, dir, *Encyclopedia of Interpersonal Violence*, vol 1, Thousand Oaks, Sage Publications, 2008, 166 aux pp 166–67.

²⁴ Voir *R c DD*, *supra* note 20 au para 63; *R c W(R)*, [1992] 2 RCS 122 à la p 136, 74 CCC (3^e) 134; *R c Alie*, 2017 QCCA 18 aux para 7–9 (disponible sur CanLII).

²⁵ *Seaboyer*, *supra* note 13 à la p 652.

²⁶ Voir par ex *R c Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330 au para 26, 169 DLR (4^e) 193 [*Ewanchuk*].

²⁷ Voir *ibid* au para 36; *Code criminel*, arts 265(3), 273.1.

²⁸ Voir *R c Park*, [1995] 2 RCS 836 au para 39, 99 CCC (3^e) 1, juge L'Heureux-Dubé. Voir aussi *Ewanchuk*, *supra* note 26 au para 45 (la majorité cite les motifs concordants de la juge L'Heureux-Dubé dans *Park*).

peut soulever une défense de croyance sincère mais erronée au consentement, à l'intérieur des balises de l'article 273.2 du *Code criminel*, afin de remettre en question sa *mens rea*, ce qui nécessitera, entre autres, de prouver que la victime avait communiqué son consentement par des mots ou des actes²⁹. En somme, la passivité de la victime n'est pas une défense recevable³⁰.

Le *Projet de loi C-51* prévoit d'ailleurs d'explicitier, au sein du *Code criminel*, qu'« il n'y a pas de consentement » lorsque la victime « est inconscient[e] »³¹. Il énonce aussi de manière claire que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut être soulevée « [s]il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant [ou de la plaignante] à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement »³².

Considérant que de fonder un raisonnement juridique sur l'absence de résistance d'une victime constitue une erreur de droit, on peut s'attendre à ce que le ou la juge du procès n'en fasse pas mention, à moins que cela ne soit pertinent et nécessaire à l'analyse juridique. Une telle mention est pertinente et nécessaire, par exemple, lorsqu'il faut indiquer au jury de ne pas tenir compte de l'absence de résistance, ou pour répondre à l'argument de l'accusé soulevant l'absence de résistance.

D. La thérapie

Le dernier stéréotype tenace à éviter est celui qui infère qu'une victime est moins crédible parce qu'elle a entrepris de démarches thérapeutiques, notamment en consultant un ou une psychiatre. Les articles 278.1 à 278.9 du *Code criminel* visent à éviter que ce stéréotype interfère avec l'évaluation de la crédibilité de la victime en restreignant l'accès de l'accusé aux dossiers personnels de cette dernière³³. Selon la Cour suprême, ces restrictions permettent de protéger le processus de recherche de la vérité en diminuant l'influence potentielle de ce stéréotype sur la détermination des faits³⁴. Il est donc raisonnable de s'attendre à ce que le ou la juge ne mentionne des renseignements personnels relatifs à une thérapie qu'uniquement lorsque cela est nécessaire à son analyse de l'espèce.

²⁹ *Code criminel*, art 273.2. Voir aussi *Ewanchuk*, *supra* note 26 au para 49.

³⁰ Voir *R c M (ML)*, [1994] 2 RCS 3, 89 CCC (3^e) 96.

³¹ *Projet de loi C-51*, *supra* note 8, arts 10, 19.

³² *Ibid*, art 20.

³³ Voir *R c Mills*, [1999] 3 RCS 668 au para 119, 180 DLR (4^e) 1 [*Mills*].

³⁴ Voir *ibid* aux para 90, 94, 119–20.

En somme, ces quatre stéréotypes fondant le mythe de la bonne victime sont rejetés en droit criminel canadien. Un raisonnement juridique nourri par l'un (ou plusieurs) de ces stéréotypes pourrait donc justifier l'intervention d'une cour d'appel. Or, même lorsqu'un ou une juge ne base pas sa conclusion sur l'un de ces stéréotypes, mais qu'il ou elle émet un commentaire qui fait écho à l'un de ces stéréotypes, il ou elle porte atteinte à l'apparence d'impartialité du tribunal. Le ou la juge ébranle alors la confiance que le public porte envers la magistrature, ce qui constitue une faute déontologique. Il convient d'explorer plus en détail les fondements de cette obligation déontologique.

II. Les fondements de l'obligation déontologique

J'estime que le fait de tenir des propos perpétuant le mythe de la bonne victime contribue à miner la confiance du public envers le système judiciaire. Il s'agit là de l'ultime critère pour déterminer l'existence d'une faute déontologique : la conduite reprochée porte-t-elle atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature de sorte à ébranler la confiance du public envers celle-ci³⁵? J'estime que de tels commentaires constituent une faute déontologique minant la confiance du public puisqu'ils sont tenus en contravention à l'obligation d'impartialité des juges. Il s'agit là du principal fondement de l'obligation de ne pas promouvoir le mythe de la bonne victime.

Deux autres notions dessinent les limites de cette obligation déontologique. D'une part, l'obligation déontologique des juges de maintenir leur compétence juridique explique pourquoi seuls les quatre stéréotypes condamnés en droit sont visés. En effet, si les juges ont l'obligation de maintenir leur compétence juridique, il n'est pas raisonnable, à l'inverse, de s'attendre à ce que la magistrature connaisse tous les pans du mythe de la bonne victime. D'autre part, j'estime qu'il est également permis aux juges de tenir des propos propices à entretenir le mythe de la bonne victime si ces propos sont justifiés en raison de leur pertinence et de leur nécessité. En vertu du principe d'indépendance, les juges doivent avoir la liberté de fournir les explications nécessaires à leur raisonnement juridique.

En somme, il y a une faute déontologique lorsqu'un ou une juge tient un propos (1) qui entretient le mythe de la bonne victime, (2) qui se rapporte à l'un des quatre stéréotypes condamnés en droit, et (3) qui n'est pas justifié par sa pertinence et sa nécessité. Dans cette section, j'aborderai

³⁵ Voir *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35 aux para 146–47, [2001] 2 RCS 3 [*Therrien*]. Pour un regard critique sur le rôle de la notion de « confiance des justiciables » dans ce contexte, voir Luc Huppé, *Déontologie de la magistrature*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, aux pp 55–61.

d'abord le fondement de chacun de ces trois critères, pour ensuite m'intéresser aux premières reconnaissances de cette obligation déontologique.

A. L'obligation d'impartialité : l'atteinte à la confiance du public

Il est généralement reconnu que tout propos basé sur des stéréotypes, qu'ils soient raciaux, culturels, sexistes ou d'autre nature, peut potentiellement mettre en péril l'impartialité, apparente ou réelle, de la magistrature³⁶. Un ou une juge peut procéder à un raisonnement juridique résultant en une conclusion exempte d'erreur révisable, et tout de même avoir eu un comportement répréhensible s'il ou elle participe à l'un de ces stéréotypes³⁷. Le Conseil canadien de la magistrature prévoit même que

[lorsqu']un membre du personnel de la cour, un avocat ou toute autre personne assujettie à l'autorité du juge a une conduite ou tient des propos clairement dénués de pertinence, qui soient sexistes ou racistes ou qui manifestent une discrimination fondée sur des motifs illégaux, [les juges doivent] se dissocie[r] de cette conduite ou de ces propos et [...] exprime[r] [...] [leur] désapprobation à leur égard³⁸.

Sans toutefois offrir des commentaires aussi détaillés sur le lien entre les propos entretenant des stéréotypes sexistes et l'impartialité, les Conseils de la magistrature provinciaux soulignent également la nécessité d'un comportement impartial et objectif³⁹. Il est vrai que le fait de contrevenir à l'obligation d'impartialité ne constitue pas, en soi, une faute déontologique. Il s'agit plutôt d'un objectif à atteindre que d'une obligation⁴⁰. La faute déontologique n'existe, elle, que lorsque le comportement du ou de la juge en question ébranle la confiance du public envers l'institution judiciaire⁴¹. Cependant, les décisions qui ont été rendues par les conseils de la magistrature jusqu'à maintenant établissent clairement que des propos sexistes, lorsqu'ils sont émis par des juges, minent la confiance du public à

³⁶ Voir Canada, Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 2004 à la p 24 [Conseil canadien de la magistrature, *Principes*].

³⁷ Voir *ibid* aux pp 24–25.

³⁸ *Ibid* à la p 23.

³⁹ Voir par ex Conseil de la magistrature de l'Ontario, *Principes de la charge judiciaire*, art 1.1, en ligne : <www.ontariocourts.ca/ocj/fr/ojc/principes-de-la-charge-judiciaire/>, archivé à <https://perma.cc/U4LY-WVL5>; Conseil de la magistrature du Québec, *Code de déontologie de la magistrature*, RLRQ c T-16, r 1, art 5.

⁴⁰ Voir Conseil canadien de la magistrature, *Principes*, *supra* note 36 à la p 3.

⁴¹ Voir *Moreau-Bérubé c Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11 au para 12, [2002] 1 RCS 249 [*Moreau-Bérubé*].

un point tel qu'ils constituent des fautes déontologiques invitant à la réprobation.

Par exemple, le Conseil de la magistrature du Québec a réprimandé le juge Denys Dionne, qui avait soutenu que « toute règle est faite, comme une femme, pour être violée »⁴². En condamnant ces propos sexistes, le comité d'enquête avait pris note qu'« environ 85 % des femmes agressées sexuellement refusent de porter plainte parce qu'elles n'ont pas confiance au système judiciaire »⁴³. Le Conseil québécois avait également réprimandé le juge René Crochetière qui, après avoir libéré un prévenu à l'issue de son enquête préliminaire dans un contexte de violence conjugale, avait expliqué que « si jamais monsieur assassine madame, ça m'empêchera pas de dormir puis je mourrai pas »⁴⁴. Le comité d'enquête explique que « la conduite dérogatoire [...] constitue une faute déontologique d'importance parce qu'elle a pu grandement entamer la confiance du public envers le système de justice, particulièrement dans le domaine très préoccupant pour l'opinion publique de la criminalité conjugale et de la violence faite aux femmes »⁴⁵. Notons au passage que le Conseil québécois a aussi émis des réprimandes pour ce qu'il considérait être des propos sexistes envers les hommes⁴⁶.

Du côté des juges fédéraux, le Conseil canadien de la magistrature condamne aussi les propos explicitement sexistes. Il a, par exemple, recommandé la destitution du juge Jean Bienvenue notamment pour cette raison. Le juge Bienvenue avait dit à une jurée en pleurs que « [l]e klee-nex est le meilleur ami de la femme »⁴⁷, et à une journaliste souhaitant pouvoir faire des allez et venues dans la salle d'audience : « [q]uand j'ai vu votre mini-jupe, j'ai dit : "Vous pouvez la laisser entrer et sortir comme elle veut" »⁴⁸. Il aurait également fait référence à l'accusée en utilisant le

⁴² *Québec (Ministre de la Justice) c Dionne*, 1990 CanLII 1025, AZ-00181025 (Azimut) (CM Qc).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Québec (Ministre de la Justice) c Crochetière*, 1994 CanLII 1544 (CM Qc), AZ-00181039 (Azimut) (CM Qc).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir *CL c X*, 2000 CMQC 10, 2000 CanLII 29141; *Lessard c Cartier*, 2002 CMQC 68, 2004 CanLII 76808.

⁴⁷ Canada, Conseil canadien de la magistrature, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature du comité d'enquête nommé conformément aux dispositions du paragraphe 63 (1) de la Loi sur les juges pour mener une enquête publique relativement à la conduite de M. le juge Jean Bienvenue de la Cour supérieure du Québec dans la cause La Reine c. T. Théberge*, Ottawa, 1996 à la p 11 [Conseil canadien de la magistrature, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature (Jean Bienvenue)*].

⁴⁸ *Ibid* à la p 13.

mot « négresse » et, en parlant d'une relation lesbienne, aurait confié « [j]e me demande c'est laquelle qui fait l'homme »⁴⁹. Enfin, il avait offert des motifs sur la peine emplis de stéréotypes :

L'ON DIT, avec raison et depuis toujours, que lorsque la femme, qui a toujours été à mes yeux l'être le plus noble de la création et des deux sexes de la race humaine, l'on dit que lorsque la femme s'élève dans l'échelle des valeurs de vertu, elle s'élève plus haut que l'homme et ça je l'ai toujours cru. ET, l'on dit aussi, et cela aussi je le crois, que lorsqu'elle décide de s'abaisser, la femme, elle le fait hélas! jusqu'à un niveau de bassesse que l'homme le plus vil ne saurait lui-même atteindre. VOUS ÊTES bien à l'image hélas! de ces femmes que l'histoire a connues : les Dalila, les Salomé, Charlotte Cordier [Corday], Mata-Hari, et combien d'autres qui ont marqué tristement notre histoire et dégradé le profil de la femme. Vous en êtes une de celles-là, et vous en fûtes la démonstration vivante la plus évidente qui soit à mes yeux. AU camp de concentration d'Auschwitz-Birkenau, en Pologne, qu'un jour j'ai visité avec horreur, même les nazis n'ont pas éliminé des millions de Juifs dans la douleur ou dans le sang. Ils ont péri sans souffrance dans des chambres à gaz. [...] Les animaux eux-mêmes, votre chat, tiens, ne descendent jamais aussi bas que vous l'avez fait. Les animaux tueront selon les règles séculaires de la nature pour se nourrir, mais jamais par pure cruauté.⁵⁰

Le juge Bienvenue a pris sa retraite avant que le Parlement ne se prononce sur sa destitution⁵¹.

J'estime que d'entretenir des propos participant au mythe de la bonne victime mine, comme les propos sexistes mentionnés, la confiance du public au point de créer une apparence de partialité. Je suggère que la *personne raisonnable et renseignée*, norme d'évaluation des fluctuations de la confiance du public, est informée des quatre stéréotypes condamnés en droit. Elle sait que le Parlement canadien et que la Cour suprême ont mis en garde les acteurs et les actrices juridiques quant au risque que leur raisonnement juridique ne soit contaminé par l'un de ces stéréotypes lorsqu'ils et elles œuvrent dans une cause d'agression sexuelle. Elle sait que ces stéréotypes peuvent fonder une erreur révisable en appel.

Ainsi, la *personne raisonnable et renseignée* sait que le mythe de la bonne victime présente le risque latent de pervertir la pensée des juges au point de les empêcher de porter un regard objectif sur le comportement des victimes, pouvant les mener ainsi à tirer des inférences erronées.

⁴⁹ *Ibid* à la p 20.

⁵⁰ *Ibid* à la p 26.

⁵¹ Canada, Conseil canadien de la magistrature, *Rapport annuel 1996-97*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1997 à la p 32.

Lorsqu'un ou une juge fait une remarque sur le temps qu'une victime a mis avant de dénoncer son agresseur, sur son absence de résistance, sur sa vie sexuelle ou sur sa thérapie, alors que ce commentaire n'est pas pertinent et nécessaire au raisonnement juridique, ce ou cette juge donne l'apparence de prendre ces données en considération dans ses motifs. Il ou elle risque alors de participer au mythe de la bonne victime, ou du moins de donner l'apparence d'y participer. Le ou la juge indique inconsciemment alors qu'il ou elle n'atteint peut-être pas le niveau d'objectivité requis en droit. Que son propos soit porteur ou non d'une erreur de droit, il entache certainement l'apparence d'impartialité que les tribunaux se doivent de maintenir. Lorsqu'un ou une juge évalue la crédibilité d'une victime d'agression sexuelle à travers le prisme du mythe de la bonne victime, ou semble le faire, il y a alors une apparence manifeste de manquement à l'obligation déontologique d'impartialité et d'objectivité.

La justesse d'un jugement ne se limite pas uniquement à l'absence d'erreur de droit révisable par une cour d'appel. Le ton du jugement est également important étant donné qu'il est, à l'instar du fond, porteur d'un message, lequel peut être moralisateur envers la victime, voire humiliant. Même si le ou la juge déclare un accusé coupable, son jugement peut être entaché de commentaires qui banalisent l'agression sexuelle et la souffrance vécue par la victime. Lorsqu'un ou une juge réprimande une victime ou insiste, même de manière subtile, sur des détails humiliants, il ou elle participe à entretenir une culture juridique qui décourage d'autres victimes à porter plainte. Or, rappelons-le, la méfiance envers le système de justice est l'un des principaux facteurs qui décourage une frange importante des victimes à dénoncer leur agresseur⁵².

Malgré les réformes juridiques, le mythe de la bonne victime persiste dans l'esprit de quelques juges⁵³. Le cas du juge Robert Dewar du Manitoba illustre bien comment ce mythe peut demeurer présent dans la réflexion juridique même lorsqu'un accusé est déclaré coupable d'agression sexuelle. En 2011, à l'occasion de la détermination de la peine de Kenneth Rhodes, le juge Dewar a tenu des commentaires déplorables à l'endroit de la victime. Rhodes avait été déclaré coupable d'avoir violé l'intégrité physique de la victime par pénétration digitale, par pénétration vaginale et

⁵² Voir notamment Perreault, *supra* note 6 à la p 26; Centre canadien de la statistique juridique, *Les agressions sexuelles autodéclarées au Canada, 2014*, par Shana Conroy et Adam Cotter, no de catalogue 85-002-X, Ottawa, Statistique Canada, 11 juillet 2017 à la p 12.

⁵³ Voir Melanie Randall, « Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims”: Consent, Resistance, and Victim Blaming » (2010) 22:2 RFD 397. Pour une discussion de plusieurs jugements exemplifiant ce fait, voir généralement Melanie Randall, « Sexual Assault in Spousal Relationships, “Continuous Consent”, and the Law: Honest but Mistaken Judicial Beliefs » (2008) 32:2 Man LJ 144.

anale du pénis, et par cunnilingus⁵⁴. En évaluant la sentence à accorder, le juge Dewar met l'accent sur la tenue vestimentaire de la victime et sa consommation d'alcool, et ce même si la procureure de la Couronne avait prévenu le juge que l'inculpé peine à comprendre, même après avoir été déclaré coupable, que l'habillement d'une femme et sa consommation d'alcool ne constituent pas une invitation à une relation sexuelle⁵⁵. Le juge Dewar avait conclu que « sex was in the air » parce que

[a]t 2:30 on a summer morning [avant l'agression sexuelle] two young women, one of which was dressed in a tube top without a bra and jeans and both of whom were made up and wore high heels in a parking lot outside a bar, made their intentions publicly known that they wanted to party⁵⁶.

Par ce type de commentaire, le juge Dewar humilie et culpabilise la victime. Il l'humilie en soulignant son habillement, avec un sous-texte moralisateur, une donnée qui n'est par ailleurs pas pertinente à la détermination de la peine de l'accusé, et qui n'est aucunement un facteur atténuant. Il la culpabilise en diminuant la sentence qu'aurait pu recevoir l'accusé parce qu'il considère que la victime était invitante⁵⁷. Si le juge Dewar en était resté à une analyse des faits pertinents, il aurait pu éviter un tel affront à la victime. En novembre 2011, le juge Dewar a présenté ses excuses, reconnaissant l'effet négatif de ses commentaires. Le juge en chef Wittmann, qui était alors responsable du dossier au nom du Conseil canadien de la magistrature, a déterminé que ces excuses lui permettaient de ne pas soumettre les agissements du juge Dewar au comité d'enquête du Conseil, mais il a tout de même pris soin de condamner ces propos⁵⁸.

Les termes utilisés pour s'adresser aux victimes et pour aborder les événements traumatiques qu'elles ont vécus doivent être choisis avec soin. Lors d'un procès pour agression sexuelle, l'évaluation des faits se dis-

⁵⁴ Voir *R v Rhodes*, [2011] MJ no 67 (QL) au para 34 (Man QB) [*Rhodes*, 2011 (Man QB)]. La déclaration de culpabilité de Rhodes a été infirmée par la Cour d'appel du Manitoba en 2011. Cette dernière a ordonné la tenue d'un nouveau procès (voir *R v Rhodes*, 2011 MBCA 98, 281 CCC (3^e) 29). À l'issue du second procès, la juge Spivak a déclaré Rhodes coupable d'agression sexuelle (voir *R v Rhodes*, 2013 MBQB 166, 295 Man R (2^e) 29). Pour la sentence, voir *R v Rhodes (KHC)*, 2013 MBQB 251, 297 Man R (2^e) 247), une conclusion confirmée par la Cour d'appel (voir *R v Rhodes (KHC)*, 2015 MBCA 100, 323 Man R (2^e) 144).

⁵⁵ Voir *Rhodes*, 2011 (Man QB), *supra* note 54 aux para 101, 509.

⁵⁶ *Ibid* aux para 509, 511, 519.

⁵⁷ Voir *ibid* au para 509.

⁵⁸ Voir Conseil canadien de la magistrature, communiqué, « Le Conseil canadien de la magistrature termine son examen des plaintes contre le juge Robert Dewar » (9 novembre 2011), en ligne : <www.cjc-ccm.gc.ca/french/news_fr.asp?selMenu=news_2011_1109_fr.asp>, archivé à <https://perma.cc/5494-836H>.

tingue de l'exercice réalisé dans d'autres procès criminels en raison des stéréotypes qui entourent encore les victimes d'agression sexuelle et du mythe de la bonne victime qui culpabilise celles dont le comportement s'en écarte⁵⁹. Le processus judiciaire peut d'ailleurs stigmatiser les victimes puisqu'il leur impose de revivre leur agression en la racontant dans les moindres détails. Les juges ont d'ailleurs l'obligation de s'assurer que les victimes ne subissent pas de « contre-interrogatoire[s] contraire[s] à l'éthique »⁶⁰. La confrontation des victimes aux stéréotypes sexistes dissuade nombre d'entre elles de porter plainte. Les juges jouent un rôle clé pour limiter la propagation de ces stéréotypes. S'il est déjà reconnu que les juges ne doivent pas tenir des propos grossièrement sexistes, il faut pousser cette obligation plus loin en exigeant que les juges ne participent pas à entretenir des stéréotypes sexistes. De tels propos stéréotypés minent l'apparence d'impartialité de la magistrature de sorte que la personne raisonnable, renseignée sur la gravité et le danger de ces stéréotypes, perd confiance en ces juges qui tiennent un tel discours.

B. L'obligation de compétence : la borne des stéréotypes condamnés en droit

L'obligation déontologique de ne pas promouvoir le mythe de la bonne victime doit être circonscrite par les quatre stéréotypes condamnés en droit décrits ci-dessus. L'obligation des juges de maintenir leur compétence juridique trace la limite de l'obligation de perfectionnement et d'apprentissage des juges. Or, cette obligation est généralement comprise comme se limitant à ce qui est incorporé au droit.

Je note au passage une exception. Certains commentaires, qui ne perpétuent pas directement l'un de ces quatre stéréotypes, peuvent être si outrageux qu'ils briment la confiance du public envers la magistrature, constituant ainsi une faute déontologique. Il s'agit cependant de commentaires dont l'aspect problématique doit être manifeste, de l'ordre de ceux que nous avons abordés dans la section précédente.

L'obligation des juges de maintenir leur compétence juridique est inscrite dans la majorité des énoncés de principes de déontologie judiciaire canadiens. Le Conseil canadien de la magistrature indique en ce sens que les juges des cours supérieures doivent prendre « les mesures qui s'imposent pour préserver et accroître les connaissances, les compétences et les qualités personnelles qui sont nécessaires à l'exercice de leurs fonc-

⁵⁹ Voir Elizabeth Comack et Gillian Balfour, *The Power to Criminalize: Violence, Inequality and the Law*, Halifax, Fernwood Publishing, 2004 ch 5.

⁶⁰ *R c Lyttle*, 2004 CSC 5 au para 51, [2004] 1 RCS 193.

tions judiciaires »⁶¹. Le *Projet de loi C-337* prévoit d'ailleurs que ces juges devront suivre des cours de perfectionnement sur le droit relatif aux agressions sexuelles⁶². Le maintien d'un certain niveau de compétence est également attendu des juges des cours provinciales. Au Québec, par exemple, le *Code de déontologie de la magistrature* prévoit clairement que « [l]e juge a l'obligation de maintenir sa compétence professionnelle »⁶³. En Ontario, les *Principes de la charge judiciaire* vont dans le même sens, et indiquent que « [l]es juges ont l'obligation de maintenir leur compétence professionnelle en droit »⁶⁴. Cette exigence de maintien de la compétence juridique est également reconnue dans d'autres provinces⁶⁵.

Les quatre stéréotypes relatifs au mythe de la bonne victime devraient déjà être connus du ou de la juge remplit l'obligation qu'il ou elle a de maintenir sa compétence professionnelle. Ces stéréotypes sont condamnés en droit depuis quelques décennies déjà—ils ont notamment été dénoncés par la réforme du *Code criminel* et par l'adoption d'amendements à celui-ci au cours des années 1990. Considérant ce fait, il serait difficile de soutenir qu'un temps d'adaptation serait nécessaire pour les juges.

Je dénonce ici une conduite qui est décalée par rapport au droit, mais il est important de souligner que mon propos ne s'intéresse pas aux erreurs de droit ou de fait en leur qualité de motif d'intervention en appel. Le processus déontologique est distinct du processus d'appel⁶⁶. Évidemment, tenir des propos erronés en droit ne constitue pas, en soi, une faute déontologique. Si l'obligation de maintenir sa compétence juridique donne naissance à l'obligation de ne pas perpétuer le mythe de la bonne victime, c'est en raison de sa rencontre avec l'obligation d'agir avec impartialité, discutée précédemment. Dans la mesure où un ou une juge n'erre pas nécessairement en tenant un commentaire participant de l'un de ces stéréotypes, il ou elle commet assurément une faute déontologique lorsque ce commentaire n'est pas pertinent et nécessaire au raisonnement juridique.

Considérant que l'obligation de raisonnablement maintenir sa compétence juridique est l'un des fondements de l'obligation déontologique de ne pas promouvoir une vision mythifiée des victimes d'agression sexuelle,

⁶¹ Conseil canadien de la magistrature, *Principes*, *supra* note 36 à la p 17.

⁶² *Projet de loi C-337*, *supra* note 7.

⁶³ Conseil de la magistrature du Québec, *Code de déontologie de la magistrature*, *supra* note 39, art 3.

⁶⁴ Conseil de la magistrature de l'Ontario, *Principes de la charge judiciaire*, *supra* note 39, art 2.4.

⁶⁵ Voir par ex Provincial Court of British Columbia, *Code of Judicial Ethics*, 1994, règle 3.00. Voir aussi *Provincial Court Act*, LRA 2000, c P-31, art 9.4.

⁶⁶ Voir *Moreau-Bérubé*, *supra* note 41 au para 58.

elle trace également l'une des premières limites à l'étendue de cette obligation : seuls les stéréotypes condamnés en droit sont visés par celle-ci. Il existe d'autres pans au mythe de la bonne victime que ceux exposés dans la section précédente—une approche intersectionnelle permettrait certainement d'en révéler d'autres⁶⁷. Cependant, il ne m'apparaît pas opportun d'exiger des juges d'être au fait des plus récentes recherches sur la question. Bien qu'il serait bénéfique que ceux-ci et celles-ci perfectionnent leur compréhension des enjeux reliés aux victimes d'agression sexuelle, il m'apparaît déraisonnable—considérant que les juges doivent déjà se tenir à jour en ce qui concerne les développements juridiques sur de nombreux sujets, en plus de faire face à un volume de travail herculéen—d'exiger, sous peine d'une sanction déontologique, une compréhension approfondie du mythe de la bonne victime. Cela étant, les stéréotypes abordés dans la section précédente ont été dénoncés depuis déjà quelques décennies, de sorte qu'il serait négligent d'en faire fi. Bref, l'obligation déontologique de ne pas entretenir le mythe de la bonne victime se limite, à mon avis, aux

⁶⁷ Une approche intersectionnelle nous invite à adopter une méthodologie prenant acte de la pluralité des discriminations subies par une même personne ou un groupe de personnes :

Venue des États-Unis, l'intersectionnalité [...], popularisé par les travaux de la juriste afro-américaine Kimberlé Crenshaw dans les années 1980 et 1990, propose une nouvelle approche de la pluralité des minorités — qu'elles soient définies par des critères de genre, race, sexualité, classe, ou même âge ou handicap — en se plaçant aux points d'intersection des catégories créées par les systèmes de domination : on ne peut plus, en effet, considérer ces catégories de manière discrète et isolée car elles se recourent et se conditionnent entre elles.

(Héloïse Thomas, « Compte rendu : Eric Fassin (dir.), « Les langages de l'intersectionnalité », *Raisons politiques*, n° 58, 2015 » (29 octobre 2015) *Lectures : Les comptes rendus*, en ligne : <<https://journals.openedition.org/lectures/19321>>, archivé à <https://perma.cc/29RX-NYRZ> citant Eric Fassin, « Les langages de l'intersectionnalité » (2015) 58:2 *Raisons politiques* 5 à la p 5).

À titre d'exemple, les travaux adoptant une approche intersectionnelle suggèrent notamment que les femmes noires sont plus propices à être blâmées pour les violences sexuelles qu'elles subissent que ne le sont les femmes blanches, en raison des préjugés existant envers les femmes noires, (voir Laura Ashley Barth, *Intersectionality of rape: A study of victim-blaming attitudes based on race of victim*, mémoire de M Sc en sociologie appliquée, Southeastern Louisiana University, 2012 [publié sur ProQuest], en ligne : <<https://search.proquest.com/openview/7db6754917c8713b713ae9c4a4e4026c/1?pqorigs=gscholar&cbl=18750&diss=y>>).

Pour saisir les fondements de l'approche intersectionnelle, voir aussi Kimberly Crenshaw, « Mapping the Margins : *Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color* » (1991) 43:6 *Stan L Rev* 1241; Patricia Hill Collins, *Black Feminist Thought : Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*, 2^e éd, London et New York, Routledge, 2000; Patricia Hill Collins et Sirma Bilge, *Intersectionality*, Malden, MA, Polity Press, 2016.

stéréotypes condamnés en droit, ce qui est conforme à l'obligation qu'ont les juges de maintenir leur compétence juridique.

C. L'indépendance judiciaire : la borne de la pertinence et de la nécessité

L'étendue de l'obligation de ne pas entretenir le mythe de la bonne victime connaît une autre limite : le commentaire autrement condamnable est permis s'il se justifie par sa pertinence et sa nécessité au raisonnement juridique. Cette limite permet de réconcilier l'obligation déontologique des juges avec le principe d'indépendance de la magistrature qui invite, entre autres choses, les juges à résister aux pressions de divers groupes d'intérêts.

La compréhension canadienne du principe de l'indépendance judiciaire est le résultat d'une évolution singulière. Historiquement, l'indépendance judiciaire référait à la liberté complète des juges d'instruire et de juger les causes qui leur étaient soumises sans pression du gouvernement, d'autres juges, de personnes intéressées, ou de tout groupe de pression⁶⁸. Dans le contexte canadien, ce rôle arbitral de la magistrature est enrichi de deux autres fonctions. La première est d'assurer le respect des rôles constitutionnels de chaque entité, ce qui, dans le contexte d'une fédération, revient notamment à protéger la répartition des compétences⁶⁹. La seconde, solidifiée par l'avènement de la *Charte canadienne des droits et des libertés*, est la défense des droits fondamentaux contre l'ingérence de tout organe de gouvernement⁷⁰. Ces rôles amplifient la nécessité d'une magistrature indépendante de toute influence. Le positionnement des juges dans l'appareil constitutionnel canadien fait de la magistrature un élément vital de notre société démocratique⁷¹. Le principe de l'indépendance judiciaire comporte ainsi un aspect individuel, s'intéressant à l'indépendance du ou de la juge en cause, et un aspect institutionnel, concernant l'indépendance du tribunal⁷². L'évolution de ce principe autour des différents rôles de la magistrature a permis de reconnaître trois garanties nécessaires à l'indépendance judiciaire : l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative⁷³.

⁶⁸ Voir *Beauregard c Canada*, [1986] 2 RCS 56 à la p 69, 30 DLR (4e) 481 [*Beauregard*]; *Ell c Alberta*, 2003 CSC 35 au para 21, [2003] 1 RCS 857 [*Ell*].

⁶⁹ Voir *Beauregard*, *supra* note 68 aux pp 70–73; *Therrien*, *supra* note 35 au para 108; *Ell*, *supra* note 68 au para 22.

⁷⁰ Voir *Beauregard*, *supra* note 68 à la p 72; *Therrien*, *supra* note 35 au para 108.

⁷¹ Voir *Beauregard*, *supra* note 68 à la p 70.

⁷² Voir *Ell*, *supra* note 68 au para 28.

⁷³ Voir *Valente c La Reine*, [1985] 2 RCS 673, 24 DLR (4e) 161; *Ruffo c Conseil de la magistrature*, [1995] 4 RCS 267 au para 40, 130 DLR (4e) 1; *Ell*, *supra* note 68 au para 28.

L'indépendance judiciaire, en plus de permettre à la magistrature de remplir ses rôles « d'arbitre de différends et de gardien[ne] de la Constitution »⁷⁴, est nécessaire afin de maintenir la confiance du public envers l'administration de la justice. La Cour suprême rappelle que « [s]ans cette perception d'indépendance, le pouvoir judiciaire ne peut pas “prétendre à la légitimité, ni commander le respect et l'acceptation qui lui sont essentiels” »⁷⁵. En ce sens, il importe de comprendre que l'indépendance judiciaire n'est pas une fin en soi, mais plutôt un moyen de préserver la confiance du public⁷⁶; « [c]e principe existe au profit de la personne jugée et non des juges »⁷⁷. À cet effet, le juge Binnie explique que, si les éléments du principe d'indépendance judiciaire ne sont pas « interprétés en fonction des intérêts d'ordre public qu'ils visent à servir, il y a danger que leur application compromette la confiance du public dans les tribunaux, au lieu de l'accroître »⁷⁸. Puisqu'il existe au profit des justiciables et non des juges, le principe d'indépendance judiciaire ne peut pas être interprété de sorte à cautionner les commentaires qui participent au mythe de la bonne victime, puisque ceux-ci minent la confiance du public envers la magistrature. Il ne s'agirait pas d'une interprétation bénéficiant au public puisqu'elle permettrait aux juges d'agir de manière à défier leur obligation d'impartialité, ou du moins d'avoir l'apparence de le faire.

Ce haut standard de conduite auquel sont tenus les juges est justifié par la place que la magistrature occupe dans notre société. L'indépendance et le pouvoir dont elle bénéficie exigent d'elle un comportement exempt de sexisme. En 1999, le professeur Morissette, tel qu'il était à l'époque, expliquait avec justesse que « la vulnérabilité du juge est nettement plus grande que celle du commun des mortels, ou des élites en général : c'est un peu comme si sa fonction, qui consiste à juger autrui, lui

⁷⁴ *Ell*, *supra* note 68 au para 23.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Dans son rapport concernant le juge Robin Camp, le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature reconnaît l'importante liberté d'expression dont jouissent les juges dans l'évaluation de la crédibilité des témoins. Il explique que « judges must be free to speak openly and even bluntly about the credibility of witnesses, including sexual assault complainants ». Cette liberté connaît toutefois des limites. Dans le cas du juge Camp, le fait que ses « remarks went beyond an assessment of credibility and denigrated the complainant and the other witnesses » constitue une faute déontologique. Conseil canadien de la magistrature, *Report to the Canadian Judicial Council (Robin Camp)*, *supra* note 1 aux para 129, 131.

⁷⁷ *Ell*, *supra* note 68 au para 29.

⁷⁸ *Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13 au para 116, [2002] 1 RCS 405, juge Binnie, dissident (mais non contredit sur ce point). Voir aussi *Ell*, *supra* note 68 au para 29 (la Cour cite la dissidence du juge Binnie).

imposait de se placer hors de portée du jugement d'autrui »⁷⁹. S'il est vrai que l'indépendance judiciaire doit protéger les juges contre les pressions de groupes d'intérêts, il est également vrai qu'un ou une juge peut commettre un « abus [...] [d']indépendance judiciaire », ce qui « menace l'intégrité de la magistrature dans son ensemble »⁸⁰. L'effet dissuasif d'une réprimande ou d'une destitution sur l'ensemble de la magistrature est considéré comme positif s'il prévient la tenue de propos sexistes. Le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature, dans son rapport sur le juge Bienvenue, explique qu'il ne s'agit pas de soumettre les juges aux influences de groupes d'intérêts⁸¹, mais simplement de les tenir au respect du principe d'égalité garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, et de leur obligation déontologique d'impartialité :

Certes, les juges ont droit à leurs idées et ne sont aucunement tenus de suivre la mode du jour ni de satisfaire aux impératifs de la rectitude politique. Un juge ne saurait toutefois faire sien un parti pris qui nie le principe de l'égalité devant la loi et met également en cause son impartialité. Le professeur A. Wayne MacKay écrit dans son article intitulé « *Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen But Not Heard* », (1983) 3 N.J.C.L. aux pp 228–229 :

To argue that the speech of judges should be limited by legitimate claims of equality expressed by lobby groups espousing the claims of those embraced by the equality guarantees of section 15 of the *Charter* and by Human Rights Codes is not to argue that judges must be “politically correct” in their speech. Judges should not respond to a public interest lobby just because it is persistent and in vogue. Judges should, however, take care that neither their speech nor conduct transgress the equality principles enshrined in the *Charter*. When they do commit such transgressions, they should be held accountable. The *Charter* provides the buoy to prevent the judiciary from allowing lobby groups to pull them down into the political waters.⁸²

Dans ce même ordre d'idées, la Cour suprême cite le professeur Martin L. Friedland, qui explique qu'il est souhaitable que les sanctions imposées par un conseil de la magistrature aient un effet dissuasif lorsqu'elles

⁷⁹ Yves-Marie Morissette, « Figure actuelle du juge dans la cité » (1999) 30:1 RDUS 1 à la p 11.

⁸⁰ Moreau-Bérubé, *supra* note 41 au para 58.

⁸¹ Tels des groupes féministes, aux fins de cet article.

⁸² Conseil canadien de la magistrature, *Rapport au Conseil canadien de la magistrature (Jean Bienvenue)*, *supra* note 47 aux pp 51–52 (citant A Wayne Mackay, « Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen But Not Heard », (1993) 3 NJCL 159 aux pp 228–29).

éloignent les remarques grossières, indélicates, sexistes ou racistes, mais qu'il est cependant important que les remarques pertinentes au raisonnement juridique puissent être tenues par les juges :

Certes, des tensions s'exercent entre indépendance et obligation de rendre compte. Les juges doivent être tenus de rendre compte de leur conduite judiciaire et extrajudiciaire. Le public doit faire confiance au système judiciaire et être convaincu, comme l'a expliqué le ministre de la Justice Allan Rock dans un discours prononcé devant les juges en août 1994, « que les plaintes de manquement à la bonne conduite sont évaluées objectivement et tranchées de façon équitable ». Par contre, l'obligation de rendre compte pourrait avoir un effet inhibiteur, ou paralysant de l'avis de certains, sur les actes des juges. En matière d'examen des décisions judiciaires par des tribunaux d'appel, il n'y a généralement pas lieu de s'inquiéter de l'atteinte qui pourrait être ainsi portée à la liberté d'action du juge. L'objectif de la Cour d'appel est de corriger les erreurs commises par les juges de première instance ou, dans le cas de la Cour suprême du Canada, de corriger les erreurs commises par les tribunaux d'appel. De la même façon, si les actes d'un conseil de la magistrature ont un effet dissuasif en ce qui a trait aux remarques grossières, indélicates, sexistes ou racistes, ce résultat est éminemment souhaitable. *Il existe toutefois un risque qu'une déclaration faite en salle d'audience, pertinente à une conclusion de fait, à la détermination de la peine ou à une autre décision, donne lieu à une plainte et incite les juges à façonner leurs décisions de façon à éviter de prêter flanc à la critique. Il importe donc de concevoir des régimes qui obligent les juges à rendre compte de leur conduite, tout en étant équitables envers eux, et qui ne portent pas atteinte à leur obligation d'exercer leur pouvoir juridictionnel honnêtement et en conformité avec le droit* [italiques ajoutés, notes omises].⁸³

La tension entre la protection de la magistrature contre les influences extérieures et l'impératif de maintenir la confiance du public en celle-ci se résout donc en permettant les commentaires participant au mythe de la bonne victime lorsqu'ils sont pertinents et nécessaires au raisonnement juridique⁸⁴. La personne raisonnable et renseignée sait qu'il est possible, dans des cas d'exception, que certains commentaires pouvant entretenir l'un des quatre stéréotypes soient pertinents et nécessaires à l'analyse juridique d'une cause.

⁸³ Martin L. Friedland, *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995 aux pp 144–45, tel que cité dans Moreau-Bérubé, *supra* note 41 au para 44.

⁸⁴ Pour une discussion sur la liberté d'expression des juges et ses limites, voir Huppé, *supra* note 35 aux pp 498–504.

Dans l'arrêt *Seaboyer*⁸⁵, la juge McLachlin, telle qu'elle était à l'époque, donne en exemple le jugement états-unien *State v. Jalo*⁸⁶. Cette cause permet de démontrer qu'il est parfois pertinent et nécessaire d'employer l'historique sexuel d'un plaignant ou une plaignante. En l'espèce, la plaignante accusait son père de l'avoir agressée sexuellement. Or, l'introduction de l'historique sexuel de la plaignante a permis de soutenir qu'elle avait déposé de fausses accusations parce que son père avait découvert qu'elle entretenait des relations incestueuses avec son frère et qu'il voulait y mettre un terme, au mécontentement de la plaignante. La juge McLachlin considère qu'il s'agit ici d'une preuve d'une « très grande pertinence », qui explique pourquoi la mouture de l'article 276 à l'étude dans *Seaboyer* a été jugée inconstitutionnelle. En effet, celle-ci aurait interdit la production de ce type de preuve. Une certaine latitude doit donc être permise afin de préserver l'intégrité du raisonnement juridique.

D. Un début de reconnaissance : le cas du juge Robin Camp

En somme, un ou une juge commet une faute déontologique lorsque son propos entretient le mythe de la bonne victime en perpétuant l'un des quatre stéréotypes condamnés en droit, et que ce propos n'est pas justifié par sa pertinence et sa nécessité au raisonnement juridique. Le traitement du cas du juge Robin Camp par le Conseil canadien de la magistrature offre un exemple évocateur du début de la reconnaissance de cette obligation déontologique.

En 2014, le juge Camp tient, lors du procès pour agression sexuelle d'Alexander Scott Wagar, des propos hautement problématiques participant directement au mythe de la bonne victime⁸⁷. Plusieurs passages des procédures et du jugement ont été relevés par le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature dans son rapport recommandant la destitution du juge Camp. Des plus marquants, il convient de mettre en relief le fait que le juge Camp a demandé à la victime « why didn't you just sink your bottom into the basin so [the accused] couldn't penetrate you? [...] why couldn't you just keep your knees together? »⁸⁸. Il conclut ses motifs en écrivant que la victime « hasn't explained why she allowed the sex to happen if she didn't want it »⁸⁹. Le juge exprime clairement, dans les mots du comité d'enquête, « sa croyance partielle que les femmes devraient ré-

⁸⁵ *Supra* note 13 aux pp 613–14.

⁸⁶ *State v Jalo*, 557 P (2d) 1359 (Or CA 1976).

⁸⁷ Voir Conseil canadien de la magistrature, *Report to the Canadian Judicial Council (Robin Camp)*, *supra* note 1.

⁸⁸ *Ibid* au para 137.

⁸⁹ *Ibid* au para 201.

sister — qu'elles devraient [...] repousser une agression — ou être considérées comme consentantes »⁹⁰. Un an après que le juge Camp ait rendu son jugement, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé sa décision, admonesté le juge de première instance et ordonné un nouveau procès⁹¹.

En 2016, le comité d'enquête du Conseil canadien de la magistrature a conclu que le juge Camp avait miné la confiance du public envers la magistrature, d'une part, en exprimant une antipathie face au droit applicable aux agressions sexuelles et, d'autre part, en se fondant sur le mythe de la bonne victime :

On the record before the Committee, we find that throughout the Trial Justice Camp made comments or asked questions evidencing an *antipathy towards laws designed to protect vulnerable witnesses, promote equality, and bring integrity to sexual assault trials*. We also find that the *Judge relied on discredited myths and stereotypes about women and victim-blaming* during the Trial and in his Reasons for Judgment.

[...]

We conclude that Justice Camp's conduct in the Wagar Trial was so manifestly and profoundly destructive of the concept of the impartiality, integrity and independence of the judicial role that public confidence is sufficiently undermined to render the Judge incapable of executing the judicial office [italiques ajoutés].⁹²

Bien que le comité d'enquête n'en traite pas directement, j'estime que la nature humiliante et culpabilisatrice des propos tenus par le juge Camp ajoute à leur aspect fautif. La victime témoigne en ces termes de l'impact négatif qu'a eu la conduite du juge sur elle :

He made comments asking me why I didn't close my legs or keep my ankles together or put my ass in the sink. Like, what did he get out of asking me those kind of questions. Like, what did he expect me to say to something like that. *I hate myself because of his words, and I felt judged. He made me hate myself, and he made me feel like I should have done something that I could -- that I was some kind of slut*. I felt physically ill and dizzy, and I hoped I would've fainted just so it would stop. I was so confused during the trial [italiques ajoutés].⁹³

⁹⁰ *Ibid* au para 168.

⁹¹ Voir *Wagar CA*, *supra* note 3. À l'issue du second procès, l'accusé a été acquitté (voir *R v Wagar*, 2017 ABPC 17, 47 Alta LR (6^e) 356).

⁹² Conseil canadien de la magistrature, *Report to the Canadian Judicial Council (Robin Camp)*, *supra* note 1 aux para 6, 10.

⁹³ *Ibid* au para 167.

Le comité d'enquête prend soin d'expliquer que l'évaluation des propos d'un ou d'une juge qui se fait au travers du prisme de la *personne raisonnable et renseignée* « doit tenir compte de la perspective des survivantes d'agression sexuelle, et de celle des femmes marginalisées en général, car elles ont droit à une magistrature qui rejette les mythes et les stéréotypes sexuels et qui comprend et respecte l'égalité »⁹⁴. Voilà qui vient appuyer la thèse qu'une faute déontologique survient lorsqu'un ou une juge tient un propos entretenant le mythe de la bonne victime. Face à cela, il est pertinent de se demander ce qu'il advient des deux bornes délimitant cette obligation déontologique, qui, rappelons-le, sont que l'obligation se limite aux quatre stéréotypes condamnés en droit, et que le propos n'est pas fautif s'il est pertinent et nécessaire au raisonnement juridique.

Le comité d'enquête est également d'avis qu'il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les juges aient une compréhension du comportement des victimes d'agression sexuelle qui soit à la fine pointe de la recherche universitaire, puisqu'il ne s'agit pas de leur domaine d'expertise. Cependant, certains stéréotypes sont dénoncés depuis plusieurs décennies déjà par les autorités juridiques, et il y a lieu de s'attendre à ce que les juges n'adhèrent pas à ces stéréotypes. Le comité d'enquête l'explique ainsi :

The Committee does not want to be taken to be saying that Justice Camp should be faulted for having gaps in his knowledge about the ways in which victims respond to sexual violence, or that asking questions which revealed those gaps amounted to judicial misconduct. The impropriety of his questions to the complainant stemmed not from understandable gaps in his knowledge. *Judges cannot reasonably be expected to have expertise in every discipline* (including neurobiology), which is precisely why expert witnesses are often called to assist the judicial reasoning process. *The impropriety of Justice Camp's questions and comments stemmed from his adherence to rape myths that are rooted in gender bias and that were long ago discredited and denounced by the Supreme Court of Canada as having a discriminatory effect on women.* Also, as Professor Benedet set out in her report, the major impetus of legislative reforms of sexual assault laws in Canada has been to rid the law of the pernicious impact of discriminatory rape myths [italiques ajoutés].⁹⁵

Cette explication renforce la proposition qu'entretenir un des quatre stéréotypes condamnés en droit constitue une faute déontologique, mais qu'il y a lieu de se limiter aux stéréotypes condamnés par la communauté juridique, à moins qu'il ne s'agisse d'un commentaire manifestement sexiste.

⁹⁴ *Ibid* au para 252 (le comité d'enquête cite directement les observations de la coalition d'intervenants).

⁹⁵ *Ibid* au para 165.

Relativement à l'indépendance judiciaire, le comité d'enquête explique que les commentaires du juge Camp ne sont pas de nature à être protégés par ce principe. Ces commentaires « had little of nothing to do with the issues facing the Judge in the Trial »⁹⁶. Ainsi, la gratuité du commentaire est un élément dont il faut tenir compte lorsque vient le temps d'évaluer sa rectitude déontologique. Il semble qu'il pourrait être justifié s'il était pertinent et nécessaire au raisonnement juridique. Dans le même ordre d'idées, le Conseil canadien de la magistrature explique, dans son rapport du 8 mars 2017 à la ministre de la Justice où il entérine la recommandation de destitution émise par le comité d'enquête, que les commentaires du juge Camp ne peuvent bénéficier de la protection garantie par le principe d'indépendance judiciaire puisqu'ils ne revêtent pas le caractère de questionnements ou de propos légitimes aux yeux du droit relatif aux agressions sexuelles :

We are mindful that any criticism Council levels against a judge must not have a chilling effect on the ability of judges, generally, to pursue relevant inquiries on the facts or law and to call attention to deficiencies in the law in appropriate cases. Indeed, judges have a duty to be critical of existing legislation in specific circumstances, for example where a judge forms a view that a specific provision contravenes our Constitution or otherwise operates in a deficient manner. We do not in any way intend to deter judges from asking the hard questions and taking the difficult positions that are sometimes necessary to discharge their judicial responsibilities.

*However, some of the Judge's comments in this case were not in the nature of legitimate legal inquiries or comment. In this regard, we agree with the Committee that several of the Judge's comments "had little or nothing to do with the issues facing the Judge in the Trial" and were not of the type that could justifiably stray beyond matters directly connected to legitimate legal reasoning and result. *Wagar 2017* changes nothing in this respect [italiques ajoutés, notes omises].⁹⁷*

Le lendemain du dépôt de ce rapport du Conseil de la magistrature, le juge Robin Camp démissionna de la magistrature⁹⁸.

Le cas du juge Robin Camp permet de constater que le Conseil canadien de la magistrature commence à reconnaître l'existence de cette obligation déontologique de ne pas perpétuer le mythe de la bonne victime, telle que proposée dans le présent article. Parfois, cependant, la présence

⁹⁶ *Ibid* au para 276.

⁹⁷ Conseil canadien de la magistrature, *Rapport à la ministre de la Justice (Robin Camp)*, *supra* note 4 aux para 35–36.

⁹⁸ Voir Hélène Buzzetti, « Le juge albertain Robin Camp démissionne », *Le Devoir [de Montréal]* (9 mars 2017), en ligne : <<http://www.ledevoir.com/non-classe/493563/le-juge-robin-camp-sera-destitue>>, archivé à <https://perma.cc/5RQD-BAEE>.

des stéréotypes est plus subtile et moins apparente que dans le cas du juge Camp. À ce chapitre, les motifs du juge William B. Horkins dans *R. v. Ghomeshi* offrent un bon exemple. Il convient de s'y intéresser de plus près afin de mettre à l'épreuve ma formulation de l'obligation déontologique selon laquelle une faute n'est commise que lorsqu'un ou une juge tient un commentaire (1) qui perpétue le mythe de la bonne victime, (2) qui participe d'un des quatre stéréotypes condamnés en droit, et (3) qui n'est pas justifié par sa pertinence et sa nécessité.

III. Le jugement dans *R. v. Ghomeshi*

L'affaire Ghomeshi a transformé la culture juridique canadienne, non pas en raison de la valeur juridique de la cause, mais plutôt car elle a donné naissance au désormais célèbre mouvement #AgressionNonDénoncée (#BeenRapedNeverReported), qui a marqué un point tournant de la conscientisation de la population par rapport à la culture du viol⁹⁹. Les confessions et les dénonciations engendrées par ce mouvement, qui a été lancé en 2014 par les journalistes Sue Montgomery et Antonia Zerbisias par solidarité pour les victimes de Jian Ghomeshi¹⁰⁰, ont permis d'illustrer concrètement la réalité derrière les chiffres : plus de 90 % des agressions sexuelles ne sont jamais dénoncées à la police¹⁰¹. Ce dur constat révèle l'incapacité du système criminel canadien à sanctionner les agressions sexuelles et à dissuader ceux qui les commettent. Le procès de Jian Ghomeshi, tenu en février 2016, ainsi que le jugement rendu en mars de la même année, ne risquent pas de renverser la vapeur en encourageant plus de victimes d'agressions sexuelles à aller de l'avant.

Bien que, de l'aveu même de la Couronne, le juge du procès, William B. Horkins, n'ait pas commis d'erreur de droit, il y a tout de même lieu de s'intéresser au jugement et d'en critiquer certains passages¹⁰². Ce jugement a été le vecteur d'un débat de société sur les fondements du droit criminel. Il a provoqué la remise en question de piliers du droit criminel, dont le standard de preuve hors de tout raisonnable, la présomption d'innocence¹⁰³, le droit de l'accusé au silence, le standard d'évaluation de

⁹⁹ Voir Michaël Lessard, « Les dénonciations publiques d'agressions sexuelles : du mauvais usage de la présomption d'innocence » (2017) 29:2 RFD 401 aux pp 405–06.

¹⁰⁰ Voir Rima Elkouri, « Le courage de dénoncer », *La Presse [de Montréal]* (5 novembre 2014), en ligne : <http://plus.lapresse.ca/screens/fb82298a-9b94-4301-a29e-04f1ab43cba3%7C_0.html>, archivé à <https://perma.cc/T25S-2C7F>.

¹⁰¹ Voir généralement Statistique Canada, *Sécurité des canadiens*, *supra* note 5.

¹⁰² Voir Marin, *supra* note 9.

¹⁰³ Sur la relation entre le droit à la présomption d'innocence des accusés et la couverture médiatique des dénonciations d'agression sexuelle, voir Lessard, *supra* note 99.

la crédibilité des victimes, l'interdiction de la preuve de propension, l'obligation de communication de la preuve uniquement à l'avantage de l'accusé, et les obligations éthiques des avocats et des avocates de la défense¹⁰⁴. Aux fins de cet article, je m'intéresserai plus spécifiquement à la relation entre le juge et les trois victimes.

La décision du juge Horkins permet d'illustrer l'application de l'obligation déontologique de ne pas tenir de propos participant de l'un des quatre stéréotypes fondant le mythe de la bonne victime lorsqu'ils ne sont pas pertinents et nécessaires au raisonnement juridique. Sans être entaché d'une erreur de droit, le processus d'évaluation du témoignage des victimes est dur, froid et humiliant. Dans cette section, je mets en évidence des passages où le juge Horkins dépasse les limites de la pertinence et de la nécessité et, corollairement, entretient des stéréotypes sur les victimes d'agression sexuelle.

Concernant le témoignage de L.R., le juge Horkins conclut que ce dernier n'est pas crédible, notamment parce qu'elle dit ne pas avoir eu de contact avec Ghomeshi à la suite de la seconde agression alléguée alors que la preuve révèle le contraire¹⁰⁵. Plutôt que de simplement énumérer les moments où L.R. a communiqué avec Ghomeshi, pour exposer son parjure, le juge Horkins décrit ces « flirtatious emails »¹⁰⁶. Il va plus loin que

¹⁰⁴ Voir par ex David Tanovich et Elaine Craig, « Whacking the Complainant: A Real and Current Systemic Problem », *The Globe and Mail* (10 février 2016), en ligne : <www.theglobeandmail.com/opinion/whacking-the-complainant-is-a-real-and-current-systemic-problem/article28695366/>, archivé à <https://perma.cc/6CM9-36H2>; Heather Mallick, « In Horkins's Court, Women Must Not Get Angry », *The Toronto Star* (26 mars 2016), en ligne : <www.thestar.com/news/gta/2016/03/26/in-horkinss-court-women-must-not-get-angry-mallick.html>, archivé à <https://perma.cc/35NX-7LBV>; Julie Barlow et Jean-Benoît Nadeau, « Affaire Ghomeshi : leçons d'un procès », *L'actualité* (15 mars 2016), en ligne : <www.lactualite.com/societe/affaire-ghomeshi-lecons-dun-proces/>, archivé à <https://perma.cc/B49A-2PHH>; Blair Crew, Daphne Gilbert et Elizabeth Sheehy, « The Ghomeshi Verdict: There is no Time for Complacency », *Options Politiques* (12 avril 2016), en ligne : <<http://policyoptions.irpp.org/magazines/april-2016/the-ghomeshi-verdict-this-is-no-time-for-complacency/>>, archivé à <https://perma.cc/6ME7-XKLL>; Eric Andrew-Gee, « Jian Ghomeshi's Sexual Assault Trial Fuels Debate Over Defence's Tactics », *The Globe and Mail* (3 février 2016), en ligne : <www.theglobeandmail.com/news/toronto/jian-ghomeshis-sexual-assault-trial-fuels-debate-over-defence-lawyering/article28548535/>, archivé à <https://perma.cc/7QBJ-TLPR>; Joanna Birenbaum, Pamela Cross et Amanda Dale, « No Right To a Discriminatory Defence », *The Toronto Star* (8 février 2016), en ligne : <www.thestar.com/opinion/commentary/2016/02/08/no-right-to-a-discriminatory-defence.html>, archivé à <https://perma.cc/V4E4-S3FH>. Pour une approche académique, voir Craig, *supra* note 13; David M Tanovich, « "Whack" No More: Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases », 45:3 RD Ottawa 495.

¹⁰⁵ Voir *R v Ghomeshi*, *supra* note 10 au para 44.

¹⁰⁶ *Ibid* au para 38.

nécessaire pour démontrer ce parjure, relevant des détails non pertinents, par exemple que L.R. « refers, oddly, to him [Ghomeshi] ploughing snow, naked. »¹⁰⁷. Il insiste également sur des éléments assez intimes : « She attached to this email a picture entitled “beach1.jpg”, which is a picture of her, reclined on a sandy beach, wearing a red string bikini »¹⁰⁸. On peut se demander pourquoi le juge Horkins prend soin de souligner que le costume de bain est un « red string bikini ». Un ton moralisateur sous-tend le choix des détails mis en évidence par le juge Horkins. Ce dernier met l’accent sur la vie sexuelle de L.R., comme si cela devait appuyer sa conclusion qu’elle n’est pas digne de foi. Or, cette humiliation (très) publique n’était tout simplement pas nécessaire pour établir le parjure de la victime. Un simple exposé des métadonnées aurait suffi.

Concernant le témoignage de Lucy DeCoutere, le juge Horkins soulève encore une fois inutilement des détails intimes. Le juge souhaite expliquer que l’omission volontaire de certains événements par Lucy DeCoutere entache sa crédibilité¹⁰⁹. À nouveau, le juge Horkins ne s’en tient pas aux métadonnées. En effet, il prend la peine de souligner des passages intimes où la victime écrit à Ghomeshi « suggesting help with “an itch that you need... scratching” » et où elle lui envoie « a “ridiculous, sexualized photo” of herself with the neck of a beer bottle in her mouth simulating an act of fellatio »¹¹⁰. En outre, insatisfait de simplement souligner la correspondance entre la victime et Ghomeshi précédant leur rencontre à Banff, le juge cite directement des passages de l’échange de courriels, relevant des suggestions intimes de la part de la victime :

In advance of going to Banff, Ms. DeCoutere emailed Mr. Ghomeshi and told him that *she wanted to “play”* with him when they were in Banff. *She suggested that maybe they would have a “chance encounter in the broom closet.”* The response from Mr. Ghomeshi was expressly non-committal, “I’d love to hang but can’t promise much.” Ms. DeCoutere emailed back to Mr. Ghomeshi saying she was going to “beat the crap” out of him if they didn’t hang out together in Banff and that she would like to “tap [him] on the shoulder for breakfast.” *This correspondence paints a suggestive picture. It reads as if Ms. DeCoutere was, at that point in time, clearly pursuing Mr. Ghomeshi with an interest in spending more time together* [italiques ajoutés].¹¹¹

Ces détails ne sont pas nécessaires pour soulever le parjure de Lucy DeCouterre. Il est, répétons-le, tout simplement humiliant de révéler au pu-

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid* au para 39.

¹⁰⁹ Voir *ibid* aux para 78–79, 94.

¹¹⁰ *Ibid* au para 83.

¹¹¹ *Ibid* aux para 75–76.

blic, encore plus dans un cas hautement médiatisé à l'échelle du Canada le comportement d'une victime qui cherche l'attention de son agresseur par des suggestions de nature sexuelle, sans mention, même succincte, de concepts qui peuvent apporter un regard nouveau sur la question, comme celui du cycle de la violence.

À la lecture de ces détails, il est raisonnable de se demander si le juge Horkins insinue que Lucy DeCoutere a fait une fausse dénonciation afin de se venger d'un manque d'attention. Pourtant, la Cour suprême a déjà dénoncé le stéréotype qui veut que les femmes soient rancunières à l'égard de leurs anciens amants et qu'elles souhaitent se venger¹¹². Quoique les fausses accusations existent, le juge Horkins conclut qu'il n'a pas assez de preuves pour croire que la victime était motivée par sa rancune ou une quelconque envie de célébrité¹¹³. On peut donc se demander pourquoi le juge s'enfonce dans les détails de la preuve portant sur une telle motivation. D'une part, cette preuve n'est pas nécessaire pour établir le parjure de la victime. D'autre part, le juge risque de transformer son raisonnement juridique en processus humiliant, pour enfin conclure que la preuve n'est pas suffisante. Il s'agit d'un procès criminel, et non d'un recours civil s'articulant autour d'une question de diffamation. Pourtant, le juge Horkins souligne le fait que la victime a engagé un publiciste, a donné 19 entrevues et a obtenu beaucoup d'appui sur la twittosphère avec le mot-clic #IBelieveLucy¹¹⁴. Après avoir étalé ces faits, curieusement, le juge Horkins souhaite « emphasize strongly » que seul le parjure de Lucy DeCoutere est important, « not necessarily her undetermined motivations for doing so »¹¹⁵.

Concernant le témoignage de S.D., le juge Horkins a été plus concis. Il souligne la possible collusion entre S.D. et Lucy DeCoutere¹¹⁶. Plus dérangeant, il souligne la vie sexuelle de la victime avec l'accusé après l'agression sexuelle. Afin d'établir que S.D. s'est parjurée lorsqu'elle a affirmé qu'elle n'a jamais revu Jian Ghomeshi en privé après l'agression sexuelle, alors qu'elle l'a invité chez elle, le juge mentionne inutilement et froidement que la victime a sexuellement fait plaisir à l'accusé de cette manière : « She gave him a “hand job” »¹¹⁷. Il s'agit d'une autre incursion non pertinente et non nécessaire dans la vie sexuelle des victimes, qui

¹¹² Voir *Seaboyer*, *supra* note 13 à la p 653 (la juge L'Heureux Dubé est dissidente, mais non-contredite sur ce point).

¹¹³ Voir *R v Ghomeshi*, *supra* note 10 au para 91.

¹¹⁴ Voir *ibid* au para 90.

¹¹⁵ *Ibid* au para 94.

¹¹⁶ *Ibid* aux para 107–10.

¹¹⁷ *Ibid* au para 113.

évoque dangereusement le stéréotype suggérant que les femmes à la vie sexuelle active sont moins crédibles que les autres, et celui suggérant que, lorsqu'une femme a eu une relation sexuelle consentante avec un homme, toutes ses relations avec lui étaient nécessairement consentantes.

En somme, j'estime que le juge Horkins a enfreint son obligation déontologique en raison du caractère humiliant, non nécessaire, et stéréotypé des passages soulevés. Il laisse glisser plusieurs détails et remarques sur la vie sexuelle des victimes. Cette révélation publique est en soi humiliante pour ces femmes autant que, comme je l'ai expliqué à chaque fois, elle n'était ni pertinente ni nécessaire au raisonnement juridique. Ces passages sont d'ailleurs à proximité de son analyse de la crédibilité de chaque victime, ce qui n'aide pas à enrayer la perpétuation du mythe selon lequel les femmes ayant une vie sexuelle active sont moins dignes de foi. Ainsi, quoique le juge Horkins n'ait pas commis d'erreur de droit, il a commis, selon moi, plusieurs fautes déontologiques qui doivent être dénoncées.

Conclusion

Dans cet article, j'ai relevé les principaux stéréotypes relatifs aux agressions sexuelles que le droit statuaire et la jurisprudence tentent de faire disparaître de l'imaginaire collectif et, plus particulièrement, de l'esprit des acteurs et des actrices du système judiciaire. J'ai brièvement expliqué le rôle que les juges ont à jouer dans ce projet, la responsabilité qu'ils et elles doivent assumer. Cette responsabilité va au-delà du fait de ne pas commettre d'erreur de droit, puisque la présence de ces stéréotypes met en péril l'apparence d'impartialité de la magistrature. Les juges ont une obligation déontologique de ne pas émettre de commentaires (1) qui entretiennent le mythe de la bonne victime, (2) qui participent d'un des quatre stéréotypes condamnés en droit et (3) qui ne sont pas justifiés par leur pertinence et leur nécessité au raisonnement juridique. J'ai ensuite illustré l'application de cette proposition en analysant le jugement du juge Horkins dans *R. v. Ghomeshi*. Ce cas démontre l'importance du rôle joué par les juges dans le maintien de la confiance du public en général, et, surtout, de celles des victimes, envers l'appareil judiciaire. Tenir des propos qui participent aux stéréotypes condamnés en droit et menacent le processus judiciaire de recherche de la vérité ébranle l'apparence d'impartialité de la magistrature. Dans un contexte où bon nombre de victimes d'agression sexuelle ne portent pas plainte en raison de leur méfiance envers la justice criminelle, une telle apparence de partialité a un effet dévastateur concret sur l'efficacité de la justice criminelle à sanctionner les agressions sexuelles et à dissuader leur commission.

Reconnaître le rôle des juges dans le ravivement de cette confiance permettra d'endiguer une partie du problème.
