

« La prise en compte des violences sexuelles par
le droit pénal canadien, une voie à suivre? »

in Audrey Darsonville, Julie Leonhard (dir.),

La loi pénale et le sexe,

Presses Universitaires de Nancy, novembre 2015, p. 83 - 100

La prise en compte des violences sexuelles par le droit pénal canadien *Une voie à suivre ?*

Catherine LE MAGUERESSE

*Doctorante EDDC – Paris 1 – Panthéon Sorbonne
Membre de REGINE – Recherche et Études sur le Genre et les Inégalités
dans les Normes en Europe
Ancienne présidente de l'AVFT – Libres et égales*

Selon la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes¹, l'Assemblée générale de l'ONU reconnaît que « la violence à l'égard des femmes traduit des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes, et qu'elle compte parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes ». Elle affirme en outre que « la violence à l'égard des femmes constitue une violation des droits de la personne humaine et des libertés fondamentales et empêche partiellement ou totalement les femmes de jouir desdits droits et libertés, et [est] préoccupée que ceux-ci ne soient toujours pas protégés dans les cas de violence à l'égard des femmes ».

¹ Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, Résolution 48/104 de l'Assemblée générale du 20 décembre 1993.

Les violences sexuelles masculines à l'encontre des femmes présentent des particularités partagées par tous les pays : dans l'immense majorité des situations, les victimes sont des femmes, les auteurs des hommes. Elles figurent parmi les crimes et délits qui connaissent le plus faible taux de dénonciation et le plus faible taux de condamnation.

En France, cette réalité est l'objet de quelques études dans le champ des sciences sociales, droit excepté. On ne peut en effet qu'être frappé-e par la quasi-indifférence de la recherche juridique française sur la prise en compte par le droit et la justice des violences à l'encontre des femmes, surtout lorsqu'on compare cette situation à d'autres pays où existent une multitude de centres de recherche, d'enseignements, de revues et donc de réflexions sur ce sujet.

Pourtant le rôle du droit dans la perpétuation des violences sexuelles est tel que, selon la définition qu'il donne de l'atteinte, selon l'appréciation plus ou moins juste ou biaisée des violences soumises aux tribunaux, selon la politique criminelle menée pour les réprimer, un auteur de violences pourra, ou non, parier sur son immunité, une femme victime² pourra, ou non, attendre de la justice qu'elle nomme et sanctionne l'atteinte à ses droits fondamentaux.

Sur ces questions une comparaison entre le droit pénal français et le droit pénal canadien est riche d'enseignements³. Elle s'effectuera en deux temps. Il s'agit tout d'abord de comprendre comment le droit pénal canadien a évolué, puis dans un second temps, d'observer l'efficacité des réformes engagées pour les personnes victimes de violences sexuelles afin de s'interroger sur l'opportunité de suivre la voie canadienne.

² J'emploie le terme de victime pour désigner la personne confrontée à une violence sexuelle, qu'elle choisisse de saisir la justice ou non.

³ Cet article prolonge une première réflexion, voir : LE MAGUERESSE Catherine, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », *Archives de politique criminelle*, n°34, 2012, p. 223 - 240.

I. L'évolution de la prise en compte des violences sexuelles par le droit criminel canadien

Au Canada, comme en France, le droit pénal antérieur aux réformes des années 80⁴ est sexo-spécifique, androcentré et stéréotypé : Seule une femme peut être victime de viol, prenant exclusivement la forme d'une pénétration sexuelle vaginale, dont l'auteur est nécessairement un homme, qui n'est pas son mari⁵. Garantissant l'impunité à la plupart des auteurs de viol, le droit pénal joue un rôle important dans la permanence des violences sexuelles.

Cette réalité juridique et judiciaire conduira les mouvements féministes à analyser les biais de la législation pénale et de son application, à les dénoncer et à revendiquer des changements législatifs. Ce n'est qu'à partir de la fin des années 70 que le législateur⁶, contraint par ce mouvement social, réforme les normes réprimant les violences sexuelles. Pour ce qui concerne le Canada⁷, cette réforme aura lieu en deux temps principaux.

A. 1983. Une réforme fondée sur le principe constitutionnel de l'égalité.

En 1983, après dix années de débats et deux projets de loi abandonnés, la loi *modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles* (...) entre en vigueur. Le but des personnes ayant conçu cette loi est de s'assurer que celles et ceux qui sont chargés de son application

⁴ Il le restera partiellement après les réformes, de façon différenciée selon le pays.

⁵ Au Canada, s'ajoutent des règles de preuve et de procédure rendant la condamnation d'un auteur improbable : corroboration nécessaire du témoignage de la plaignante, le sien seul ne suffisant pas, obligation de déposer plainte rapidement après l'agression, mise en cause de la vie sexuelle antérieure de la plaignante.

⁶ Après un siècle d'immobilisme en France.

⁷ Sur le droit canadien des agressions sexuelles, voir notamment : NERON Josée, *L'agression sexuelle et le droit criminel canadien : l'influence de la tradition*, Editions Yvon Blais, 1997, p. 280. DESROSIERS Julie, *L'agression sexuelle en droit canadien*, Editions Yvon Blais, 2009, p. 358. SHEEHY Elizabeth ed., *Sexual Assault in Canada*, University of Ottawa Press, 2012. TANG Kwong-Leung, « Rape law reform in Canada : the success and limits of legislation », *International Journal of offender therapy and comparative criminology*, 42 (3), 1998, p. 258-270.

traiteront les violences à l'encontre des femmes avec le même sérieux, de façon égale, que s'il s'agissait de violences physiques « classiques »⁸. Elle introduit trois modifications principales⁹ : fin de la sexo-spécificité de l'infraction de viol, création d'une catégorie générique d'agression sexuelle et abrogation de l'immunité maritale.

Désormais, une femme peut être auteure d'agression et un homme victime. La preuve d'un acte de pénétration n'est d'ailleurs plus nécessaire. En effet, l'approche pénale des violences sexuelles est profondément renouvelée par la disparition de la distinction entre les infractions de viol et d'attentat à la pudeur pour les remplacer par le terme générique d'agression sexuelle - non défini dans la loi - comportant plusieurs degrés selon la violence utilisée¹⁰. Les violences sexuelles deviennent des formes particulières de voies de fait et l'accent est mis sur l'atteinte physique plus qu'intime. Le Code criminel définit la voie de fait à l'article 265 :

« (1) *Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :*

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force¹¹, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

⁸ Des violences que des hommes seraient susceptibles de subir donc.

⁹ Elle apporte également des modifications au régime de preuve : abrogation de l'exigence de corroboration et de plainte spontanée, restriction de la production d'une preuve sur le comportement sexuel antérieur.

¹⁰ Trois degrés d'agression sont fixés par les articles 246-1-1-3 du Code de 1983 : agression sexuelle, agression sexuelle armée, menace à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles, agression sexuelle grave.

¹¹ Selon l'arrêt R. c. Cuerrier [1998] 2 R. C. S. 371 : « L'objectif du régime des voies de fait est nettement beaucoup plus large que la simple protection des personnes contre les blessures graves. Le régime des voies de fait vise, de façon générale, à protéger l'intégrité physique des gens. (...) Tout attouchement non souhaité, quelque minime que soit la force employée est criminel ».

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves. »

L'intention du législateur et du mouvement anti-viol était, en se focalisant sur la nature violente du crime plus que sur son aspect sexuel¹², de dé - stigmatiser les plaignantes et de les encourager à déposer plainte. Le résultat fut tout autre. Si les plaintes ont augmenté après la réforme, elles furent déclassées par les services de police et de poursuite. « *Les statistiques indiquent que les agressions sexuelles simples prédominent et représentent plus de 90% de toutes les affaires signalées à la police. (...) [Elles] constituent un ensemble hétérogène où cohabitent des attouchements anodins sur des femmes adultes et des viols d'enfants* »¹³. La mise en œuvre de la réforme conduit ainsi à une disqualification accrue des violences sexuelles qui étaient auparavant nommées et réprimées sous la qualification de viol ; disqualification facilitée par la création de cette catégorie unique.

En outre, cette définition, se focalisant sur des violences objectivables¹⁴, masque la violence spécifique de la violation de l'intimité. Elle conduit à nier le vécu de la victime et la réalité du viol : l'intrusion, la dénégation de l'autre, sa chosification. Tout viol est l'expression d'un pouvoir (physique ou psychologique, économique), d'une prise de possession d'une personne. Il n'y a pas de « petit » viol. Or, la classification retenue incite à penser que seuls les viols accompagnés de menace ou de brutalité physique sont graves¹⁵.

¹² Ou sur la « préservation des mœurs ». L'infraction a d'ailleurs significativement été déplacée de la partie IV du Code intitulée « *Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite* » vers la Partie VIII du Code criminel intitulée « *Infractions contre la personne et la réputation*. » « Cette décision traduit la volonté de mettre l'accent sur l'atteinte à la personne, plutôt que sur l'atteinte aux bonnes mœurs. » : J. Desrosiers, *op. cit.*, p. 43.

¹³ J. Desrosiers, *op. cit.* p. 116.

¹⁴ Présence d'un arme, constat de blessures par exemple.

¹⁵ La gradation de la gravité de l'infraction découlant du degré de violence exercée.

Le législateur s'est par ailleurs abstenu de définir la notion de consentement, alors qu'il y était fermement invité, principalement par le mouvement anti-viol¹⁶, l'allégation du consentement de la victime étant une défense courante. Or, en 1980, la Cour suprême, dans une affaire *Pappajohn c. la Reine*¹⁷, avait accepté qu'un mis en cause puisse invoquer l'erreur, même déraisonnable, quant au consentement, alors qu'il était par ailleurs prouvé que la plaignante ne consentait pas aux actes dénoncés. Cette jurisprudence qui, par exemple, autorise un inculpé à dire en défense « qu'il pensait que le non exprimé voulait dire oui »¹⁸, est donc maintenue, atténuant singulièrement l'efficacité recherchée de la loi. Tout auteur poursuivi ayant intérêt à soulever ce moyen de défense pour obtenir son acquittement.

Enfin, la loi de 1983 supprime l'immunité dont bénéficiaient les maris dans leurs relations avec leurs épouses, présumées consentantes du fait du mariage.

L'adoption, en 1982, de la Charte canadienne des droits et libertés modifie le paysage législatif. Sur le fondement de ce texte, la Cour suprême rend un arrêt *Seaboyer*¹⁹ qui vide de sens les dispositions sur la preuve de la loi de 1983. J. Néron note : « *Le débat concernant la reconnaissance des droits des femmes victimes d'agression sexuelle ne se situe plus seulement sur le plan législatif depuis l'arrêt Seaboyer. Cette décision constitue un précédent qui annihile tous les efforts passés, présents et à venir en vue d'un traitement juste et équitable des plaignantes lors des procès pour agression sexuelle. En affirmant le primauté des droits de l'accusé sur tout autre droit, cette décision renverse les valeurs sociales qu'entend défendre le Parlement par la promulgation législative des intérêts des femmes victimes d'agression*

¹⁶ Ces analyses étaient également portées par le député Robinson qui déposa un amendement afin que soit limitée « l'erreur de fait ». « *Je dis simplement que lorsqu'un homme prétend qu'il croyait honnêtement que la victime était consentante, il ne doit pas se contenter d'invoquer des motifs pervers ou irrationnels (...) il doit fournir des justifications suffisantes.* » in Néron, *op. cit.*, p. 113.

¹⁷ *Pappajohn c. la Reine*, [1980] 2 R. C. S. 120.

¹⁸ S'appuyant ainsi sur une représentation stéréotypée répandue.

¹⁹ Arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577.

sexuelle »²⁰. Le gouvernement prendra acte des analyses féministes et répondra à la Cour suprême par une nouvelle loi.

B. 1992, la législation « no means no » et ses suites jurisprudentielles

Déposé par la ministre de la justice Kim Campbell, le projet de loi C-49 traite de la nature de la preuve dans les procès pour violences sexuelles et donne une définition du consentement attendue et réclamée depuis la réforme de 1983. La loi votée²¹ est une réponse à un courant jurisprudentiel²² préjudiciable aux victimes d'agression sexuelle en ce qu'il continuait de véhiculer des idées reçues occultant la réalité des violences sexuelles. Son préambule indique « *Que le parlement du Canada est conscient du caractère unique en son genre de l'infraction d'agression sexuelle et de ses effets sur la population du Canada, notamment de la crainte qu'elle suscite. (...) Qu'il souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles et faire en sorte que leur poursuite s'effectue dans un cadre juridique compatible avec les principes de justice fondamentale et équitable à la fois à l'égard des plaignantes et des accusés* ».

L'un des objectifs du législateur est de restreindre le moyen de défense fondé sur la croyance au consentement. Deux modifications sont adoptées pour l'atteindre : d'une part le consentement est défini positivement et d'autre part, le Code criminel énonce, de manière non exhaustive, les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

L'article 273.1 (1) du Code criminel canadien dispose : « *Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3)²³, le consentement consiste, (...), en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle* ». L'accord recherché porte directement « sur l'activité sexuelle ». Lors

²⁰ J. Néron, *op. cit.*, p. 161.

²¹ Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L. C. 1992, C. 38.

²² Arrêt *Seaboyer* précité. Par ailleurs, elle est adoptée dans le contexte politique particulier qui suit l'attentat de l'école Polytechnique le 6 décembre 1989. 14 étudiantes sont assassinées par Marc Lépine parce qu'elles sont femmes, poursuivant des études d'ingénieurs.

²³ Cet article prévoit notamment que « *ne constitue pas un consentement le fait pour un plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison (...)* »

d'un procès, le débat se focalisera donc sur l'existence du consentement, sur sa validité et sur sa communication.

Le consentement doit être concomitant à l'activité sexuelle et permanent. Concrètement, « *un consentement libre et éclairé peut s'exprimer par des paroles et par des gestes, par un sourire ou une certaine attitude. S'il n'est pas nécessaire de verbaliser expressément son consentement, s'il est entendu que le message peut passer par la gestuelle, il n'en demeure pas moins qu'en matière sexuelle, le consentement doit être extériorisé d'une manière ou d'un autre. (...) En d'autres termes, ne rien faire et ne rien dire ne sous-tend pas l'existence d'un consentement* »²⁴. Il appartient donc à l'initiateur des activités sexuelles de s'assurer du consentement continu de l'autre. L'article 273.1 (2) du Code criminel dispose en effet : « *Le consentement du plaignant ne se déduit pas (...) des cas où (...) :*

d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité ;

e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci. »

L'auteur ne pourra dès lors plus alléguer « *que puisque elle avait consenti à...* » (boire un verre, discuter, le rencontrer chez elle/chez lui, l'embrasser...), il a considéré qu'il pouvait, avait le droit de continuer, notwithstanding les manifestations de refus de la victime.

Lors d'un procès, cet article devrait conduire à demander à l'auteur des « gestes sexuels » comment il s'est assuré du consentement de l'autre. L'exigence d'un « accord volontaire » a pour corolaire l'attention que doit porter l'initiateur des activités sexuelles au consentement de l'autre en prenant « des mesures raisonnables » afin de s'assurer de son adhésion. L'article 273.2 le prévoit en ces termes : « *Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas :*

a) cette croyance provient:

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés ;

²⁴ J. Desrosiers, *op. cit.*, p. 66-67.

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire ;

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement. »

Dans l'hypothèse où l'auteur invoque le consentement, celui-ci doit être valide et avoir les qualités requises par le Code criminel²⁵ : « accord volontaire »²⁶ et « libre », c'est-à-dire, non obtenu par des stratégies illégitimes qui visent à faire céder la personne victime. Le législateur canadien a pris en compte des situations où le consentement, même celui qui semble être « volontaire », ne peut être retenu en raison des circonstances dans lesquelles il a été formulé, de nature à le vicier.

À travers cette définition, le législateur fixe un cadre précis d'analyse des situations de violence sexuelle dont on peut déduire une méthode. Prenons le cas, fréquent, d'un auteur qui reconnaît avoir eu des « activités sexuelles » avec la personne victime mais prétend qu'elle était consentante. Dans un premier temps, il s'agira d'établir trois éléments²⁷ : (i) un « contact », (ii) de nature sexuelle, (iii) sans le consentement de la personne victime. Les deux premiers éléments sont des faits objectifs²⁸. Le troisième élément repose sur l'absence de consentement de la personne victime. La parole de la plaignante est centrale et constitue le principal élément de preuve qui peut être étayé ou infirmé par d'autres éléments comme, par exemple, les circonstances dans lesquelles le contact de nature sexuelle a eu lieu.

Puis dans un second temps, on s'interroge sur la conscience²⁹ qu'a l'auteur d'avoir commis des actes de nature sexuelle, contre la volonté de la personne victime. L'auteur peut arguer de sa « croyance sincère mais

²⁵ Article 273.1 (2) du Code criminel : « *Le consentement du plaignant ne se déduit pas (...) des cas où (...) :*

a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;

b) il est incapable de le former;

c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir; (...) »

²⁶ La notion « d'accord volontaire » renvoie à une approche juridique connue en droit des obligations, qui analyse notamment les conditions de validité du consentement et les modalités de l'expression de celui-ci.

²⁷ Les éléments matériels de l'infraction.

²⁸ Faits ici prouvés puisque l'auteur admet les « contacts de nature sexuelle ».

²⁹ L'élément intentionnel de l'infraction.

erronée au consentement » dans des conditions là aussi fixées par le Code criminel. Il doit apporter des éléments de preuve permettant de penser qu'il a bien recueilli le consentement de la personne victime, que celui-ci lui a donc été communiqué. Celui qui initie des contacts sexuels ou qui s'engage dans des « activités » sexuelles doit s'assurer du consentement effectif et libre de l'autre. S'il sait qu'elle dit « non » ou essentiellement qu'elle ne dit pas « oui », et qu'il impose des actes de nature sexuelle, l'infraction sera constituée. De même, selon le Code criminel, si la conviction de l'auteur quant au consentement de la victime provient « *soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire* ». Une défense fondée sur des stéréotypes³⁰ devient légalement irrecevable.

Ces dispositions marquent une rupture conceptuelle. La loi n'entérine plus la conception masculine de ce qu'est le consentement des femmes. Pour la première fois, celui-ci n'est plus présumé mais doit être recherché comme expression de la volonté libre et autonome d'une personne³¹.

L'applicabilité de ces nouvelles dispositions fut assez rapidement éprouvée par la Cour suprême du Canada qui rendit en 1999, un arrêt fondateur, *R. v. Ewanchuk*³², précisant la notion de consentement dans le contexte d'activité sexuelle. Cet arrêt réfute efficacement la théorie du « consentement tacite » qui ressortirait de l'absence de « résistance » d'une victime³³. Dans cette affaire, Ewanchuk (45 ans), ébéniste, invite la victime (âgée de 17 ans) à monter dans sa camionnette afin de lui montrer son travail et discuter d'un éventuel emploi. Il ferme la porte et commence à la toucher. Chaque attouchement est « *plus intime que le*

³⁰ Tels que « *une femme qui dit non, veut dire peut-être, une femme qui dit peut-être, veut dire oui* », « *culturellement certaines femmes ne peuvent pas dire oui, c'est donc un jeu social de dire non tout en pensant oui* ». Ces stéréotypes procèdent d'une racine commune qui dénie aux femmes la maîtrise de leur être et leur capacité à l'autodétermination.

Une recherche sur internet en inscrivant comme mots clefs « *une femme qui dit non veut...* » est éclairante sur la vitalité de cette idée reçue.

³¹ C'est à dire l'individu de la pensée libérale, pensé hors des rapports de pouvoir.

³² *R. v. Ewanchuk* [1999] 1 R.C.S. 330.

³³ Pour une analyse de sa réception, notamment par le juge de première instance désavoué par la décision de la Cour suprême, lire: WRIGHT Joanne, « Consent and Sexual Violence in Canadian Public Discourse », *16 Can. J. L. & Soc.*, 2001, p. 173.

précédent, malgré le fait que la plaignante ait clairement dit 'non' à chaque occasion. » En se fondant sur les dispositions de l'article 273. 1 (2) d, l'arrêt rappelle que « *Lorsqu'une femme dit 'non', elle communique une absence de consentement, indépendamment de ce que l'accusé croyait qu'elle signifiait, et que cette manifestation de volonté a un effet juridique contraignant. Elle empêche l'accusé de prétendre qu'il croyait qu'il y avait consentement* »³⁴.

Appliquant le Code criminel, l'arrêt établit aussi que l'initiateur des activités sexuelles doit s'assurer du consentement réel et actuel de l'autre. Or en l'espèce, non seulement la victime disait « non », mais les juges relèvent en outre, qu'Ewanchuk n'a pris aucune mesure pour vérifier si elle avait éventuellement changé d'avis après son refus, avant de reprendre ses agissements³⁵.

En 2011, c'est sur un autre aspect de la définition du consentement que la Cour suprême canadienne est appelée à statuer dans une affaire *R. c. J. A.*³⁶. Une femme avait consenti à ce que son partenaire l'étrangle afin de provoquer une asphyxie (dite « érotique »). Pendant sa période d'inconscience, son partenaire a eu des relations sexuelles auxquelles elle n'avait pas consenti. Les questions de droit posées étaient les suivantes : le consentement au sens du Code criminel, doit-il émaner d'une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l'activité sexuelle ? Le consentement à une activité sexuelle peut-il être donné avant une période d'inconscience ? Dans le prolongement de l'arrêt Ewanchuk, la Cour a déclaré que : « *La définition du consentement en matière d'agression sexuelle exige que le plaignant donne un consentement réel et actif à chaque étape de l'activité sexuelle, ce qu'une personne inconsciente est incapable de faire, même si elle exprime à l'avance son consentement. Toute activité sexuelle avec une personne qui est incapable d'évaluer consciemment si elle y consent*

³⁴ § 101. La défense de « croyance sincère » est donc légalement exclue.

³⁵ Claire L'Heureux-Dubé, juge à la Cour Suprême du Canada de 1987 à 2002, y démontre comment les stéréotypes et les mythes relatifs aux viols compromettent l'impartialité judiciaire.

³⁶ *R. c. J. A.*, [2011] CSC 28.

n'est donc pas consensuelle au sens où il faut l'entendre pour l'application du Code criminel »³⁷.

Par ces deux arrêts, la Cour suprême ancre la nouvelle approche législative du consentement dans la jurisprudence et offre un guide d'interprétation aux juridictions inférieures. Néanmoins, si la solution de ce second arrêt semble correcte au regard de la loi, nous verrons qu'elle interroge quant au fondement retenu par la majorité des juges pour y parvenir³⁸.

II. Une voie à suivre ?

Saluées, parfois avec quelques réserves, par les juristes féministes, dénigrées par une partie de la doctrine et des praticien-nes du droit, les dispositions pénales canadiennes relatives au consentement sont-elles transposables dans d'autres systèmes juridiques ? Et est-il souhaitable qu'elles le soient ?

A. Les critiques émanant tant des opposants à ces réformes que des personnes qui les ont initiées ou portées

À chaque fois que le législateur a fait un pas vers une prise en compte plus équitable des violences sexuelles, de virulentes oppositions se sont manifestées.

En 1983, elles ont principalement visé les nouvelles règles de preuve restreignant le droit d'arguer du comportement sexuel antérieur des victimes pour mettre en doute le non-consentement et ont abouti à leur neutralisation par l'arrêt *Seaboyer*.

En 1992, la réforme législative et la jurisprudence précitée ont, plus encore que la précédente réforme, été sujettes à de fortes critiques de la part de médias, d'organisations et de juristes. Elles furent dénoncées comme étant le fruit des lobbies féministes. Les dispositions étaient présentées comme ignorant la présomption d'innocence, méprisant les

³⁷ § 66.

³⁸ Voir *infra*.

La prise en compte des violences sexuelles par le droit pénal canadien Une voie à suivre ?

hommes, exprimant la haine des femmes à leur rencontre³⁹. Les habituels discours en direction du public alertant sur le risque de devoir « signer un contrat », avant de s'engager dans une relation sexuelle, pour être certain de ne pas être poursuivi, furent entendus.

Ces critiques se sont amplifiées avec l'arrêt *Ewanchuk*, lequel a réactivé les craintes d'une partie du monde du « droit »⁴⁰ : « l'art de la séduction » serait criminalisé, des hommes voulant seulement tenter des « approches » risquaient d'être condamnés et le rejet de la défense de « consentement implicite » conduirait en prison ceux qui entretenaient des relations intimes avec la plaignante antérieurement au viol dénoncé.

Mais il semble, que les craintes exprimées par les partisans du *statu quo* se révèlent infondées⁴¹. Ainsi, si les tribunaux sanctionnent davantage les viols commis alors que la femme était très alcoolisée ou inconsciente, il apparaît que les viols intervenant dans un cadre conjugal restent difficilement reconnus. Cette réalité judiciaire confirme plutôt les doutes que les juristes féministes avaient exprimés.

Le mouvement féministe n'a en effet eu de cesse de déconstruire ces critiques ou ces manipulations et d'alerter sur le détournement possible des avancées législatives laborieusement obtenues. Cependant, tout en valorisant les changements législatifs⁴² à l'avènement desquels elles ont participé, les juristes féministes ont conscience des limites de ces textes comme des résistances⁴³ et retours de bâton visant à rendre caduques ces conquêtes. Leur bilan est assez sombre⁴⁴.

³⁹ McINTYRE Sheila, « Tracking and Resisting Backlash Against Equality Gains in Sexual Offence Law », *Canadian Woman Studies*, volume 20, number 3.

⁴⁰ Notamment une partie de la doctrine et du Barreau.

⁴¹ CRAIG Elaine, « Ten years after *Ewanchuk* the art of seduction is alive and well : an examination of the mistaken belief in consent defence », *Canadian Criminal Law Review*, 2009, 13-3.

⁴² Lesquels ont aussi permis à de nombreuses femmes de dénoncer les violences commises par des maris, des pères, des prêtres, des médecins, des professeurs... auxquels l'immunité était auparavant *de facto* ou *de jure* garantie.

⁴³ Voir des attaques nominatives, des menaces et des incitations à commettre des violences sexuelles. McINTYRE Sheila, *op. cit.*, p. 80. WRIGHT Joanne, « Consent and Sexual Violence in Canadian Public Discourse », *16 Can. J. L. & Soc.*, 2001, p. 173.

⁴⁴ McINTYRE Sheila, *op. cit.*

Elles notent tout d'abord que la neutralisation, en terme de genre, du langage du droit contribue à la disparition de l'analyse politique des violences sexuelles résultant d'un système⁴⁵ et nuit donc à leur compréhension. Celles-ci ne sont plus le produit d'une société patriarcale mais - éventuellement - le résultat des agissements d'un auteur, isolé de tout contexte social et économique.

Elles observent ensuite que chaque avancée législative est systématiquement contestée devant la Cour suprême, laquelle, se fondant sur une lecture orientée de la Charte, a rendu plusieurs décisions favorisant les droits des hommes poursuivis, au détriment de ceux des femmes, pourtant également garantis par la dite Charte (art. 7 et 15)⁴⁶. Dans l'application qui est faite du Code criminel, ces droits ne sont pas équivalents mais hiérarchisés⁴⁷. Les droits fondamentaux des femmes (droit à la liberté, à la sécurité, à l'égalité) restent ainsi subordonnés aux droits des mis en cause à un procès équitable.

Elles analysent enfin les stratégies judiciaires⁴⁸ mises en place pour paralyser l'effet des nouvelles normes en matière de consentement. Parmi celles-ci, l'invocation de la « défense de croyance sincère » prospère d'autant que l'appréciation judiciaire des « mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de l'autre, dans les circonstances dont l'auteur

⁴⁵ McINTYRE Sheila, *op. cit.*, p. 78. En se fondant sur cette « égalitarisation » théorique, une Cour (arrêt *R. c. Chase*, 1987, 37, C.C.C.) a pu estimer que des attouchements sur des seins n'étaient pas sexuels, les seins étant des caractères sexuels secondaires au même titre que la barbe pour les hommes. Toucher la barbe d'un homme n'étant pas un délit, toucher les seins d'une femme ne devrait pas non plus conduire à une poursuite pénale. On voit les conséquences de l'appréciation d'un acte hors du contexte social et politique qui lui donne un sens.

⁴⁶ SHEEHY Elizabeth, « Legal response to violence », *Canadian Woman Studies*, volume 19, n°1 et 2, p. 67.

⁴⁷ Contrairement aux promesses du principe d'égalité de l'Etat libéral mais en cohérence avec le contrat sexuel au fondement de cet Etat. Cf. PATEMAN Carole, *Le contrat sexuel*, La Découverte - Institut Emilie du Châtelet, 2010.

⁴⁸ Certaines relèvent du droit de la preuve. Elles ont un effet dissuasif : ainsi, lorsqu'elle dépose plainte, s'adresse à une association de victimes, au corps médical ou recherche une aide psychologique, la victime est informée que tout ce qui est recueilli par les professionnels pourra faire l'objet d'une demande de communication de la part de l'avocat de la partie adverse. Si toutefois elle poursuit, une stratégie d'intimidation qui consiste à introduire de multiples demandes d'accès aux données personnelles de la plaignante peut se révéler efficace pour la décourager de maintenir sa plainte.

avait alors connaissance » est peu exigeante voire repose sur des stéréotypes que le législateur de 1992 voulait faire disparaître⁴⁹.

Dans le prolongement de ces réflexions, des auteures analysent les effets pervers de la réforme de 1992 appliquée dans un contexte politique qui a changé. Lise Gotell⁵⁰, tout en soulignant elle aussi le tournant que constitue l'exigence de caractériser positivement le consentement à une activité sexuelle, montre qu'il s'accompagne d'un glissement politique vers une autre approche des violences sexuelles. L'interaction sexuelle tend à être conçue comme une transaction dans laquelle l'initiateur est responsable des fautes qu'il commet et des risques qu'il prend. Indépendamment de tout contexte, les violences sexuelles sont atomisées, réduites au niveau individuel ; elles ne sont plus un problème social, culturel mais une problématique liée au « management du risque ». Auteurs et victimes deviennent des « acteurs », porteurs de responsabilités. Cette logique conduit à mettre en cause les victimes qui n'agissent pas en femmes responsables, c'est à dire qui ignorent les règles de prudence élémentaires afin de préserver leur sécurité⁵¹. Leur attitude négligente vis à vis de la gestion du risque a un impact sur l'appréciation judiciaire de leur crédibilité⁵². L'on voit ainsi réapparaître, sous de nouveaux habits, les stéréotypes visant à rendre les femmes responsables de l'agression.

Par ailleurs, cette approche libérale de la personne, autonome et supposée libre de consentir (ou non), indépendamment de tout rapport de pouvoir préexistant, ou de toute vulnérabilité, est une fiction⁵³. Pour être

⁴⁹ SHEEHY Elizabeth, « Judges and the Reasonable Steps Requirements : The Judicial Stance on Perpetration Against Inconscious Women », in *Sexual Assault in Canada*, E. SHEEHY ed, University of Ottawa Press, 2012, p. 483 - 540.

⁵⁰ GOTELL Lise, « Canadian Sexual Assault Law. Neoliberalism and the Erosion of Feminist-inspired Law Reforms », in *Rethinking rape law*, Mc GLYNN Clare, MUNRO Vanessa eds., Routledge, 2010, p. 209.

⁵¹ Lire GOTELL Lise, « Third Wave Anti-rape Activism on Neoliberal Terrain : The Gameau Sisterhood », in *Sexual Assault in Canada*, E. SHEEHY ed, University of Ottawa Press, 2012, p. 243 - 265.

⁵² GOTELL (2010), p. 217.

⁵³ Le mythe de l'autonomie peut être appliqué à des personnes souffrant d'un handicap mental.

juste, l'appréciation d'un consentement doit être contextualisée⁵⁴. Or, la recherche du consentement positif qui se focalise sur le moment de l'activité sexuelle a un effet décontextualisant⁵⁵, préjudiciable à la reconnaissance et à la compréhension des violences sexuelles⁵⁶.

Les réformes législatives opérées par le Canada constituent bien une avancée pour les droits des femmes mais cette avancée, s'inscrivant au sein d'un système juridique et judiciaire qui n'est, lui, pas remis en cause, fut immédiatement circonscrite.

Il n'en demeure pas moins que comparée aux dispositions de droit pénal spécial français⁵⁷, l'approche canadienne intègre davantage la perspective de la victime de violence sexuelle.

B. Une source d'inspiration pour le droit français ?

L'expérience canadienne est à la fois inspirante et instructive. Inspirante d'une part, parce que les réformes adoptées constituent, - même si l'on tient compte des réserves présentées -, des ruptures dans la prise en compte juridique des violences sexuelles traditionnellement favorable aux auteurs de violences. Rupture qu'il serait temps de voir advenir en France au regard de la réalité quantitative et qualitative du traitement judiciaire des violences. Instructive d'autre part, parce que certaines des stratégies mises en place pour contourner des nouvelles dispositions sont désormais identifiées; elles pourront dès lors être déjouées ou, à tout le moins, dénoncées. Nous profiterions ainsi des enseignements canadiens.

⁵⁴ Ce qui est d'ailleurs admis en droit civil à travers la reconnaissance des vices du consentement.

⁵⁵ GOTELL Lise, « Governing Heterosexuality through Specific Consent: Interrogating the Governmental Effects of *R. v. J.A.* », 24 *Can. J. Women & L.* 359 2012.

⁵⁶ Lise Gotell analyse les fondements juridiques ayant conduit à la condamnation de J. A. (cf. *supra*). Elle note que le contexte antérieur de violences physiques à l'encontre de sa compagne a été écarté de l'appréciation du consentement de la plaignante.

⁵⁷ Il s'agit de la comparaison terme à terme des définitions pénales et non d'une comparaison globale associant les règles gouvernant la preuve ou le statut des victimes lors des procès par exemple.

D'aucuns rétorqueront, qu'en France, les violences sexuelles ont déjà été l'objet de pléthore de lois et qu'elles sont de surcroît sévèrement réprimées. Point ne serait donc besoin de nouvelle loi. Et pourtant, en France aussi un changement de paradigme serait nécessaire pour que le droit pénal soit juste avec les personnes victimes de violences sexuelles.

Actuellement le droit pénal ne régle que les abus du droit des hommes d'accéder aux corps des femmes⁵⁸. Abus constitués lorsque les contacts sexuels sont imposés par "violence, contrainte, menace ou surprise" et appréciés comme tels par les magistrat-e-s. *De jure*, l'homme qui ne recourt pas à ces moyens peut agresser une femme. Le droit pénal, parce qu'il repose sur une présomption de consentement des femmes à « l'activité sexuelle » ne garantit ni l'autonomie, ni la liberté des femmes.

« *C'est le pouvoir des puissants de nommer le monde à partir de leur point de vue et selon leur intérêt* »⁵⁹. En incluant la perspective de la victime dans la définition du consentement, ce pouvoir d'énonciation de la norme échappe partiellement à ses rédacteurs initiaux. Cette réforme initiée au Canada, adoptée par d'autres pays⁶⁰ et par le Conseil de l'Europe⁶¹, ne résout pas, nous l'avons vu, toutes les injustices, elle introduit cependant une rupture juridique et culturelle : il appartient à l'initiateur de l'activité sexuelle de s'assurer du consentement réel de l'autre en tenant compte du contexte dans lequel cette activité se déroule et en cas de doute sur la réalité de celui-ci, de vérifier ou de s'abstenir.

⁵⁸ LE MAGUERESSE, *op. cit.*

⁵⁹ McINTYRE, *op. cit.* p. 74.

⁶⁰ Notamment : Afrique du Sud : Criminal law amendment act (2007). Cf. ARTZ Lilian & SMYTHE Dee, *Should we consent ? , Rape law reform in South Africa*, Juta, 2010. Grande Bretagne : *Sexual Offences Act* (2003).

⁶¹ *Convention sur La prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* dont l'article 36. 2. dispose : « *Le consentement doit être donné volontairement. L'expression du consentement comme résultat de la volonté libre de la personne considéré dans le contexte des circonstances environnantes devra donc être recherchée* ». Convention adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 7 avril 2011. Elle a été ouverte à la signature le 11 mai 2011 à l'occasion de la 121e session du Comité des Ministres à Istanbul et est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014.

La Loi pénale & le Sexe

Finalement, il ne s'agit *a minima* que de mettre fin à l'exception juridique que constitue l'appréciation du consentement lors de l'activité sexuelle pour retrouver l'approche libérale classique⁶².

⁶² Et les critiques que l'on peut en faire. Cf. PATEMAN, *op. cit.* et McKINNON Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1989.