

2 0 1 2

ARCHIVES
de
POLITIQUE
CRIMINELLE



Violences sexuelles

N°34

EDITIONS A. PEDONE
13 RUE SOUFFLOT - 75005 PARIS

**VIOL ET CONSENTEMENT
EN DROIT PENAL FRANÇAIS.
REFLEXIONS A PARTIR DU DROIT PENAL CANADIEN**

par

CATHERINE LE MAGUERESSE

Ex-présidente de l'AVFT

(Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail)

Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

« Si j'ai fait du mal, je veux bien m'en excuser, mais je ne suis pas un violeur ».

Ainsi s'exprimait un homme d'une quarantaine d'année, devant une Cour d'assises¹. Pour l'une des victimes, il expliquait aussi qu'il n'avait pas utilisé de couteau, ne l'avait pas frappée. Il était « seulement » entré dans les toilettes où sa collègue de travail s'était réfugiée pour échapper à ses assauts. Celle-ci, tétanisée, ne s'était pas débattue². Pour d'autres victimes, il indiquait ne pas « avoir été violent ».

« Pour un viol, il faut un couteau, un pistolet, etc. »

Ainsi s'exprimait Ivan Levaï sur France Inter³, le 6 octobre 2011, sans être véritablement repris par la journaliste animant l'émission qui répondra : « *Pas forcément... Enfin faut forcer. Violer, c'est aller contre l'autre volonté...* » Les propos de M. Levaï soulèveront immédiatement des protestations des auditeurs-trices⁴ et une mise au point de celui-ci en fin d'émission : « (...) *Disons, forcer une femme, bien sûr, j'ai peut-être eu tort de dire ça, parce qu'on peut forcer avec ses poings, on peut forcer avec ses mains, on peut forcer...* »

Ces phrases résonnent en écho avec les propos de l'homme condamné pour viol. Et avec ce que l'on entend communément dans l'espace public⁵. Elles dévoilent le brouillage conceptuel existant au sujet du viol et du consentement.

¹ La Cour d'assises l'a condamné à 8 ans d'emprisonnement pour viol et agression sexuelle. Dix femmes ont été victimes de X à différents moments de sa vie professionnelle. Dans un premier temps, X a nié les violences sexuelles, puis il a expliqué les plaintes notamment par l'existence d'un complot, d'une vengeance, par l'appât du gain, par l'impossibilité d'une des victimes d'admettre une relation sexuelle alors qu'elle était mariée, par la provocation d'une autre qui « portait des tenues mettant en valeur ses formes ».

² Elle décrit le viol en ces termes : « *On a l'impression que ce n'est pas vrai. Je n'ai pas crié, je ne me suis pas débattue, j'ai laissé faire, on est rien. Je me suis dit : il faut que cela passe.* »

³ Emission de Pascale Clark, « Comme on nous parle ». Il était invité à présenter son livre sur « l'affaire Dominique Strauss-Kahn » : *Chronique d'une exécution*.

⁴ Pour une analyse de cette interview, voir l'article de Julien Salingue : www.acrimed.org/article3691.html

⁵ Cf. DELPHY Christine (coord.), *Un trousseau de domestique*, éditions Syllepse, 2011, 182 p.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

La question de la présence ou de l'absence de consentement d'une personne à une activité sexuelle est un préalable incontournable, puisque la réponse à cette question permet de distinguer les relations sexuelles des violences sexuelles. La stratégie de défense des personnes mises en cause pour viol la plus répandue est d'ailleurs d'alléguer le consentement de la plaignante.

Pour être centrale, cette question de l'existence du consentement ne reçoit cependant pas la même attention, ni le même traitement en droit pénal français et en droit criminel canadien. Une des hypothèses qui peut être formulée quant à cette différence est la distance prise par le législateur canadien vis-à-vis des idées reçues.

DE LA PERMANENCE DES IDÉES REÇUES SUR LES VIOLENCES SEXUELLES

Les femmes partagent une longue et universelle histoire de défiance à leur rencontre. D'un pays à l'autre, d'une culture juridique à l'autre, elles sont confrontées aux mêmes mythes et stéréotypes ancestraux. Ceux-ci s'adaptent, prennent de nouvelles apparences mais ne continuent pas moins à influencer les perceptions des individu-e-s et à fonder les dispositions légales relatives aux violences sexuelles. Citons les idées reçues les plus courantes⁶. Elles portent sur les agresseurs, sur les victimes et sur les circonstances entourant la violence sexuelle.

Selon une perception répandue, les agresseurs sont soit des êtres « déviants », des « malades » soit des êtres incapables de résister à leurs « pulsions sexuelles ».

Les victimes, elles, sont souvent considérées comme responsables de la violence (elle ne s'est pas trouvée au bon endroit, à la bonne heure, dans la bonne tenue. Elle a adopté un comportement jugé « à risque »⁷ : elle a bu, a accepté un verre, a ouvert sa porte⁸). Elles ont ainsi pu attiser le désir sexuel de l'agresseur. Il leur est également reproché de n'avoir pas su réagir de façon adéquate lors de la violence (« à sa place, je lui aurais mis... une paire de claques, un coup de pied bien placé ») ou après celle-ci (« pourquoi est-elle restée ?, n'a-t-elle pas déposé plainte immédiatement ? »). Enfin, certaines victimes seraient sous la domination inconsciente de leur « fantasme », le désir inavouable d'être « forcée ». Elles seraient dans un jeu de séduction, dans lequel le refus opposé aux demandes sexuelles n'est pas sérieux, voire est une invitation à poursuivre. Lorsqu'elles dévoilent les violences sexuelles, elles le font « pour se venger », par « appât du gain » ou parce qu'elles « n'assument pas une relation consentie ».

Quant aux circonstances dans lesquelles les violences sexuelles se déroulent, elles ont lieu dans un lieu désert (typiquement un parking, un bois), par un inconnu⁹ et elles sont accompagnées de violences physiques graves.

⁶ ROMITO Patrizia, *Un silence de mortes: la violence masculine occultée*, Syllepse, 2006, p. 63 et s.

⁷ Spécifiquement pour les femmes.

⁸ Ce qui paraît normal, surtout lorsque l'on connaît la personne.

⁹ Selon l'enquête de l'INSEE « cadre de vie et sécurité », la victime connaît l'auteur dans 70% des violences sexuelles. INSEE première, n°1180 février 2008.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

Un certain nombre de ces stéréotypes sont porteurs d'un jugement sur le consentement, sur sa nature (il peut être tacite), sur sa versatilité (le « non » deviendra « oui » ou du moins s'effacera). D'autres portent sur ce qu'est un « vrai » viol.

Pourquoi ces perceptions erronées de ce que sont le viol ou les agressions sexuelles sont-elles toujours en « circulation » ? Il est fréquent d'invoquer les pesanteurs culturelles, le développement de l'accès à la pornographie posant la normalité de relations sexuelles extrêmement violentes, le sexisme ambiant. En dehors de la littérature féministe, il est plus rare d'y voir un outil idéologique de maintien d'un rapport de pouvoir entre les femmes et les hommes.

Toujours est-il que ces raisons ont une incidence sur le corps social¹⁰ et contribuent à la méconnaissance de la nature des violences sexuelles, de leur fréquence, de leurs effets sur les personnes qui en sont victimes.

Cependant, il est une explication qui est rarement avancée, c'est l'explication par le droit et plus particulièrement par le poids du droit pénal dans le maintien de ces idées reçues.

LE RÔLE DU DROIT PÉNAL DANS LA PERMANENCE DES PRÉJUGÉS SUR LE CONSENTEMENT

C'est à partir des années 70 que les violences masculines contre les femmes seront l'objet d'une analyse politique et juridique globale de la part des mouvements féministes et, dans leur sillage, de la part des institutions. Le rôle joué par le droit dans le maintien de la subordination des femmes et dans la négation des violences auxquelles elles sont exposées, est au cœur des débats féministes. Le sexisme des lois, la partialité des procès sont alors mis à nu ; dans le même temps, l'opportunité pour les victimes du recours à un droit et à des institutions patriarcales est posée dans de nombreux pays. En 1978, l'avocate Odile Dhavernas écrit : « *La lutte des femmes a-t-elle quelque chose à faire avec le droit ? La question mérite certainement d'être posée ; notre réflexion a mis en évidence le caractère profondément mystificateur de ces fameux « droits » et nous pouvons nous demander s'ils ne constituent pas, d'une certaine manière, le nouvel instrument de notre oppression : un instrument plus subtil, plus moderne, plus insidieux, plus achevé. (...) ferons-nous du droit un terrain de lutte et un enjeu ?* »¹¹.

Le combat s'est effectivement porté sur ce terrain.

¹⁰ L'avocat général qui requerrait dans le « Procès d'Aix » (voir *infra*) a ainsi invité les jurés à se prononcer sans préjugés : « *Sans préjugés parce qu'en effet, en matière d'attentats aux mœurs, en matière de viol, Dieu sait qu'il y en a eu des idées préconçues ! (...) Ces préjugés d'homme, nous dirions aujourd'hui de phalocrates, ont incontestablement pesé sur la reconnaissance et la répression judiciaire du viol.* » in : CHOISIR. La cause des femmes. *Viol. Le procès d'Aix*, Gallimard, collection idées, 1978, p. 352.

¹¹ DHAVERNAS Odile, *Droits des femmes, pouvoirs des hommes*, Seuil, 1978, p. 365.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

La mobilisation des mouvements de femmes contraint le législateur à modifier les textes régissant les violences sexuelles. A partir des années 80, plusieurs pays¹² modifient leur législation relative au viol. Au Canada, une première réforme¹³ importante est conduite en 1983 pour modifier le droit pénal des violences sexuelles. La référence à « l'indécence » disparaît du vocabulaire, il est légalement mis fin à l'immunité maritale, enfin le droit de la preuve est adapté pour en expurger les présupposés sexistes.

Elle est complétée en 1992, par une loi¹⁴ visant notamment à définir la notion de consentement lorsqu'il est invoqué dans les procès pour violences sexuelles. Cette étape est de première importance pour les femmes victimes, nous y reviendrons.

En France, une décennie de mobilisations¹⁵ et un procès retentissant – le procès d'Aix¹⁶ – ont conduit au vote de la loi du 23 décembre 1980. Cette loi¹⁷ est présentée comme une avancée pour les victimes de viol notamment en ce qu'elle supprime l'immunité maritale, étend à « *tout acte de pénétration de nature sexuelle* » les agissements pouvant être poursuivis et supprime les conditions de sexe tant pour la victime que pour l'auteur.

Ce qui a moins été souligné, c'est à quel point la conceptualisation juridique du viol, et singulièrement la caractérisation de l'absence de consentement, restait ancrée dans le droit du 19^{ème} siècle. Sur ce point, le nouveau Code pénal voté en 1992 entérine ce choix législatif.

Or, la conception juridique du consentement que l'on retient est au cœur de la définition des violences sexuelles. Selon que l'on cherche à caractériser la présence d'un consentement, de surcroît librement exprimé, ou l'absence de consentement déduite des circonstances entourant les violences sexuelles, la liberté et la sécurité des femmes¹⁸ ne sont pas garanties de la même façon.

La comparaison entre la France et le Canada est à ce titre riche d'enseignements. En France, la caractérisation de la « violence, contrainte, menace ou surprise » est au cœur de la définition des violences sexuelles. Ces « circonstances » révélant à la fois l'absence de consentement de la victime et l'intention de l'auteur. Au Canada, ce sont l'existence et la validité du consentement exprimé qui sont centrales. L'objectif de cet article est d'interroger l'approche du droit

¹² Notamment : Belgique (1989), Irlande (1981), Royaume-Uni (1976).

¹³ Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles, C-127.

¹⁴ Loi modifiant le Code criminel, C-49.

¹⁵ Cf. BORDEAUX Michèle, HAZO Bernard, LORVELLEC Soizic, *Qualifié viol*, Editions Médecine et Hygiène, collection Déviance et société, 1990, 232 p.

¹⁶ Les débats ont été retranscrits dans : CHOISIR. La cause des femmes. *Viol. Le procès d'Aix*, Gallimard, collection idées, 1978, 416 p.

¹⁷ MAYER Danièle, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », *D.* 1981, Ch. p. 283.

¹⁸ Pour rendre compte d'une spécificité « démographique » du viol : les auteurs sont très majoritairement des hommes et les victimes des femmes, j'emploie le terme « femme » pour désigner la plaignante et « homme » pour désigner le mis en cause. Cet article traite de la prise en compte du consentement des femmes lors d'un viol. Je pose qu'elles sont « victimes » des agissements d'un « auteur ».

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

pénal français quant à la question du consentement et du crime de viol à la lumière du droit criminel canadien. Et d'apprécier quelle est la réponse juridiquement et donc socialement la plus opportune.

I. LE CONSENTEMENT DES FEMMES AUX ACTIVITÉS SEXUELLES : EST-IL PRÉSUMÉ OU DOIT-IL ÊTRE EXPRIMÉ ?

A. En France, le maintien de la présomption de consentement des femmes aux activités sexuelles

Comparons le statut du consentement d'une femme qui dénonce une atteinte à ses biens, le vol de son portefeuille par exemple, avec celui d'une femme qui dénonce une atteinte à sa personne, telle un viol. Dans le premier cas, on ne présumera pas que la plaignante a voulu donner son portefeuille ; elle n'a pas à prouver qu'elle n'était pas consentante et ce quelles que soient les réactions qu'elle a eues au moment du vol. A l'inverse dans le second cas, on attendra d'elle qu'elle prouve qu'elle n'était pas consentante, qu'elle « *résiste* ». Plus encore, son absence de consentement sera évalué à l'aune du comportement de l'auteur : s'il recourt à certains « procédés », la « violence, menace, contrainte ou surprise », alors l'absence de consentement sera actée.

Cette spécificité interroge.

1. La présomption de consentement induite par le Code pénal

Les magistrats de la Cour de cassation avaient déclaré, en 1857, dans un arrêt¹⁹ décrit comme fondateur²⁰ : « Le crime de viol consiste dans le fait d'abuser une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement *résulte* de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il *résulte* de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action. »

Cette déduction est fautive ; le défaut de consentement ne peut « résulter » que de la personne supposée donner (ou non) son consentement et non du comportement d'un tiers, en l'occurrence de l'auteur des violences sexuelles. Pour autant, c'est cette approche du viol qui perdure. L'article 222-23 du Code pénal dispose : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.* »

*** La présomption de consentement des femmes aux activités sexuelles**

Cette présomption est socialement toujours ancrée : à moins qu'elle ne proteste ou résiste (énergiquement), une femme est « réputée » consentir. Le Code pénal est quant à lui muet sur la question du consentement. La construction du texte d'incrimination implique toutefois qu'il préexiste. Son existence n'étant remise en cause que par la présence de « violence, contrainte, menace ou surprise ».

¹⁹ Cass. Crim. 25 juin 1857, connu sous le nom de « l'affaire Dubas ».

²⁰ Toujours cité en référence jurisprudentielle dans les Codes Dalloz 2012 (p. 608) et Litec 2012 (p. 210).

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

S'agissant des relations entre époux, la présomption de consentement a explicitement été nommée dans le Code pénal ; l'article 222- 22 disposait²¹ : « *[Dans ce cas.] la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire.* »

L'existence de cette présomption a une incidence sur le régime de la preuve. L'auteur des violences sexuelles allèguera le plus souvent le consentement de la victime, surtout si la matérialité des faits est établie²². Seule la preuve du recours²³ à la « violence, contrainte, menace ou surprise » et non la preuve de l'absence de consentement, viendra à bout de cette défense.

* L'indifférence du Code pénal quant à la réalité du consentement²⁴ des personnes victimes

Le fait que la plaignante invoque, voire prouve, son non – consentement ne suffit pas – à lui seul – à caractériser les infractions de viol ou d'agression sexuelle ; en effet, l'infraction ne sera constituée que si et seulement si son auteur a agi avec « *violence, contrainte, menace ou surprise* ». Seul un certain comportement de l'auteur des violences est pris en compte pour déterminer si l'infraction est constituée. Autrement dit, le seul refus des personnes victimes de se plier aux demandes sexuelles, inopérant pour les auteurs de violences, n'a pas non plus d'effet juridique légalement contraignant pour les magistrats, s'il n'est pas corroboré par la preuve du recours aux « *violence, contrainte, menace ou surprise* ».

Le législateur n'exige pas, *dans le texte*, que soient recherchés les éléments indiquant la présence ou l'absence de consentement de la victime. Plus encore, la recherche positive du consentement – « comment a-t-elle dit 'oui' ? » – n'est pas attendue et la définition du consentement est inexistante. Le point de vue ici adopté par le législateur est celui de l'auteur qui ne se préoccupe, ni de l'existence, ni de la réalité du consentement de la victime.

Les auteurs des manuels de droit pénal reflètent ce parti-pris lorsqu'ils-elles écrivent²⁵ :

« En effet, *si* l'acte constitutif de viol a été accompli sans violence, ni contrainte, ni menace, ni surprise, *c'est que* la victime y consentait et... que ce n'est pas un viol. (...) le viol suppose une victime non consentante et de là naissent plusieurs problèmes (...) » L'auteur poursuit en dénombrant deux types de « problèmes » : la « victime au comportement ambigu » et le « viol entre époux »²⁶.

²¹ Cette présomption, introduite par la loi du 4 avril 2006, a été supprimée par la loi du 9 juillet 2010.

²² Tel est le cas d'un homme niant toute relation sexuelle avec la victime, qui confronté à la maternité de celle-ci a été contraint de changer de stratégie et d'adopter une défense alléguant le consentement de cette dernière.

²³ Et non le seul constat de l'existence d'un de ces éléments, voir *infra*.

²⁴ Sur la notion de consentement et de consentement libre. Voir le numéro double de la revue *Droits*, « La liberté du consentement : le sujet, les droits de l'homme et la fin des 'bonnes mœurs' », PUF, n°48 et 49, 2009.

²⁵ Je souligne

²⁶ PRADEL Jean, DANTI-JUAN Michel, *Droit pénal spécial*, Cujas, 4^{ème} éd., 2007, p.537. 5^{ème} éd., 2010, p. 445

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

« L'article 222-23 précise que l'absence de consentement *découle* du recours à la violence, la contrainte, à la menace ou à la surprise – une seule des quatre suffit – (...) » L'auteur commente cette dernière indication en note de bas de page : « Mais est nécessaire : *la seule absence de consentement de la victime ne justifie pas une condamnation si elle ne résulte pas du recours à l'un de ces procédés* »²⁷.

« *L'emploi de l'un des procédés visés par l'article 222-23 doit absolument être relevé car lui seul permet d'établir que la pénétration sexuelle s'est faite sans le consentement de la victime* »²⁸.

Cette approche juridique est partielle. Dans quel autre domaine du droit²⁹, le consentement de la personne ne serait-il pas au cœur d'une autorisation d'accéder à son intimité ou à son intégrité ?

Elle est en outre déconnectée de la réalité des violences sexuelles. En effet, dans la majorité des violences sexuelles, l'auteur est connu de la victime, avec laquelle il entretient souvent des relations de confiance, de pouvoir ou d'emprise qui rendent inutile le recours effectif à la « violence, contrainte, menace ou surprise ».

2. L'indifférence légale au consentement parfois tempérée par la jurisprudence

En pratique cependant, lors des audiences, certain-e-s magistrat-e-s interrogent les victimes spécifiquement sur la façon par laquelle elles ont fait part de leur non – consentement, ou les auteurs sur leur réaction face aux refus exprimés ou manifestés par la victime. Cette enquête peut avoir diverses finalités. Elle permet à la victime d'éclairer la Cour sur les agissements de l'auteur d'après sa perspective, et, en précisant la stratégie de l'auteur de caractériser, éventuellement la « violence, contrainte, menace ou surprise ».

Dans d'autres procédures en revanche, c'est pour relever l'absence ou l'insuffisance de la « résistance » des victimes ou de leur refus³⁰. Et corrélativement de considérer que la « violence, contrainte, menace ou surprise » invoquée était insuffisamment caractérisée et n'était pas de nature à vaincre la résistance attendue des plaignantes.

Par ailleurs, l'absence de consentement requise doit être totale. Commentant un arrêt³¹ de la Cour de cassation, Yves Mayaud écrit³² : « *La Cour de cassation est ici très exigeante, et elle censure toutes les décisions qui ne font pas explicitement état, sur la foi de données prouvées et bien établies, de l'une des composantes permettant de se convaincre de la réalité du défaut de*

²⁷ CONTE Philippe, *Droit pénal spécial*, Litec, 3ème édition, 2007, p. 135.

²⁸ MALABAT Valérie, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. Hyper cours, 3ème éd., 2007, § 301, p. 173.

²⁹ La comparaison avec les garanties prises en droit médical, pour s'assurer du consentement des patient-e-s à une intervention est édifiante.

³⁰ Paris, 27 mai 1999 : « Il n'est pas résulté (...) la manifestation ferme, non équivoque et renouvelée d'un refus absolu des comportements imposés par X. » Cette rédaction n'est-elle pas un permis de poursuivre ses agissements en dépit d'un premier refus exprimé ?

³¹ Cass. crim., 20 juin 2001, n°00-88. 258.

³² MAYAUD Yves, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ Pénal*, n°1/2004, p. 10.

consentement. » Dans cette affaire³³, la Cour d'appel de Grenoble avait retenu la culpabilité de X aux motifs que « *le délit d'agression sexuelle est bien constitué en tout ses éléments puisque le prévenu ayant employé à l'égard de sa victime des violences physiques (...) ne pouvait pas ne pas se rendre compte que sa partenaire n'était pas tout à fait consentante.* » La chambre criminelle de la Cour de cassation casse l'arrêt en jugeant « *qu'en se prononçant ainsi, alors que l'absence totale de consentement de la victime, élément constitutif de l'agression sexuelle, doit être caractérisée pour que l'infraction soit constituée, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* » Sans s'interroger sur la validité d'un éventuel (moment de) consentement donné après des actes de violence qui sont pourtant cités explicitement.

Si le consentement des femmes aux activités sexuelles n'est pas essentiel en droit pénal, pourquoi le serait-il pour les hommes³⁴ ? Poser comme centrale la recherche du consentement, des circonstances dans lesquelles ce consentement a été exprimé, ou de l'absence de consentement, pour juger si l'infraction sexuelle est ou non constituée implique que l'on reconnaisse aux femmes le droit de poser les limites de leur intégrité. Le droit de définir quand, comment et avec qui elles choisissent d'avoir des activités sexuelles. Cette approche conduit logiquement à contester aux hommes le droit d'imposer à des femmes, des relations de nature sexuelle non désirées. Elle remet en cause le parti pris du droit et le pouvoir des hommes (y compris celui du législateur) de définir leurs droits sur le corps des femmes.

Cette approche politique a été privilégiée dans plusieurs Etats qui ont réformé leur droit pénal afin de garantir aux femmes le droit d'exercer un contrôle complet sur leur corps.

B. Au Canada, le consentement de la femme aux activités sexuelles doit être exprimé

Plusieurs pays³⁵ ont pris en compte les analyses critiques féministes du droit qui dévoilaient la partialité des codes pénaux notamment dans le domaine des violences sexuelles.

Pour ce qui est du Canada, le changement de perspective à l'égard de la prise en compte du consentement a été introduit dans le droit criminel en 1992. Cette

³³ De viol correctionnalisé. X a été condamné à 5 ans d'emprisonnement dont 3 ans avec sursis.

³⁴ Cf. le témoignage d'une femme, prénommée Gabrielle, dans le film de Carole Roussopoulos, « Viol conjugal, viols à domicile » : « Alors il me tirait par les cheveux, je n'avais pas d'autre solution que de le faire même si... je ne pouvais pas hurler ce n'était pas possible, il y avait mes filles qui dormaient à côté. Sa parole c'était : « *Tu ne peux pas refuser, je suis en droit de te demander du sexe parce que je suis ton mari* » donc, pour lui c'était un droit, il avait tout à fait le droit de demander ça. (...) ». Cf. aussi l'analyse de Jane Doe, « *Pourquoi les hommes violent-ils ? Parce qu'ils le peuvent* » in : DOE Jane, *The story of Jane Doe. A book about rape*, éditions Vintage Canada, 2004, p. 315.

³⁵ 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). Voir aussi la Cour pénale internationale, La Règle 70 fixe les Principes applicables à l'administration de la preuve en matière de violences sexuelles.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

rupture instaurée par la loi se concrétisera rapidement dans un arrêt³⁶ fondateur de la Cour suprême explicitant et prolongeant les nouvelles dispositions.

1. La réforme législative de 1992, dite législation du « non c'est non »³⁷

Déposé par la ministre de la justice Kim Campbell principalement en réponse à un arrêt³⁸ de la Cour suprême canadienne, 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 du droit pénal des agressions sexuelles en 1983. La loi³⁹ votée marque une rupture conceptuelle quant au consentement. Elle est une réponse à un courant jurisprudentiel 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.* »

Le consentement est défini positivement.

L'article 273.1 (1) du Code criminel canadien dispose : « *Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3⁴⁰), le consentement consiste, (...), en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle.* »

La notion « d'accord volontaire » renvoie à une approche juridique connue⁴¹, celle des modalités de l'expression du consentement et des conditions de validité de celui-ci. Cet accord porte directement « sur l'activité sexuelle ». 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* »⁴². Lors d'un procès, un des enjeux du débat portera donc sur l'existence du consentement et sur sa communication.

³⁶ R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R. C. S. 330.

³⁷ Sur le droit canadien des agressions sexuelles : NERON Josée, *L'agression sexuelle et le droit criminel canadien : l'influence de la tradition*, Editions Yvon Blais, 1997, pp. 280. DESROSIERS Julie, *L'agression sexuelle en droit canadien*, Editions Yvon Blais, 2009, pp. 358. TANG Kwong-Leung, « Rape law reform in Canada : the succes and limits of legislation », *International Journal of oofender therapy and comparative criminology*, 42 (3), 1998, pp. 258-270.

³⁸ Arrêt R. c. Seaboyer, [1991] 2 RCS 577.

³⁹ Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L. C. 1992, C. 38.

⁴⁰ 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 (...)* »

⁴¹ Notamment en droit des obligations.

⁴² DESROSIERS, *op. cit.*, p. 66-67.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

* Le consentement doit être concomitant à l'activité sexuelle et permanent.

L'initiateur des activités sexuelles doit 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, nonobstant les manifestations de refus⁴³ 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 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 ;

(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. »

Nous verrons comment cet article s'applique à travers l'arrêt Ewanchuk déjà cité.

A 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 éléments⁴⁴ : (i) un « contact », (ii) de nature sexuelle, (iii) sans le consentement de la personne victime. Les

⁴³ Cet article répond donc à plusieurs idées reçues : « une femme qui dit non, veut dire peut-être, une femme qui dit peut-être, veut dire oui etc », « 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.

⁴⁴ Les éléments matériels de l'infraction.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

deux premiers éléments sont des faits objectifs⁴⁵. 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 conscience⁴⁶ 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 erronée au consentement* » dans les 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. Celui qui initie des contacts sexuels ou qui s'engage dans des « activités » sexuelles doit donc 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* ».

* La validité du consentement est examinée

Nous y reviendrons en seconde partie mais mentionnons d'ores et déjà que le consentement doit en outre avoir les qualités requises par le Code criminel : « accord volontaire » et « libre », c'est-à-dire, non obtenu par des stratégies illégitimes qui visent à faire céder la personne victime. Le législateur Canadien a donc intégré les 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.

On le voit, les fondements sur lesquels l'incrimination des agissements de violence sexuelle repose ont été expurgés des idées reçues concernant les femmes ou les relations femmes/hommes. Cela ne veut pas dire que le monde judiciaire canadien est exempt de présupposés, mais à tout le moins ne peut-il s'adosser sur le Code criminel. A l'inverse, les juges français qui auraient conscience de l'iniquité des dispositions de notre droit seraient néanmoins contraints de les appliquer.

2. L'application des dispositions législatives relatives au consentement

La réforme législative de 1992 a été sujette à de fortes critiques. Elle fut dénoncée comme étant le fruit des lobbies féministes, lesquels, en raison de leur expertise sur ce sujet, ont effectivement été associés au travail législatif dès la conception du projet. Les dispositions étaient présentées comme ignorant la présomption d'innocence, méprisant les hommes, exprimant la haine des femmes à leur encontre⁴⁷.

⁴⁵ Faits qui n'ont ici pas à être prouvés puisque l'auteur admet les « contacts de nature sexuelle ».

⁴⁶ L'élément intentionnel de l'infraction.

⁴⁷ McINTYRE Sheila, « Tracking and resisting backlash against equality gains in sexual offence law », *Canadian Woman Studies*, volume 20, number 3.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

Ces critiques se sont amplifiées lorsque la Cour suprême du Canada a rendu, en 1999, un arrêt fondateur précisant la notion de consentement dans un contexte d'activité sexuelle. Cet arrêt, *R. v. Ewanchuk*⁴⁸ réfute efficacement la théorie du « consentement tacite » qui ressortirait de l'absence de « résistance » d'une victime. Dans cette affaire Ewanchuk (45 ans), ébéniste, invite la victime (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 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 rappelle⁴⁹ 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.* »

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 ces agissements.

A l'instar de la réforme législative, l'arrêt Ewanchuk a suscité les craintes d'une partie du monde du « droit »⁵⁰ : « 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. Il semble, d'après la jurisprudence⁵¹ *post* – Ewanchuk qu'elles étaient infondées. 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 sont plus difficilement reconnus.

La Cour suprême canadienne a récemment statué dans une affaire⁵² alliant ces deux aspects. Une femme avait consenti à ce que son partenaire l'étrangle afin de provoquer une asphyxie. 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*

⁴⁸ *R. v. Ewanchuk* [1999] 1 R.C.S. 330.

⁴⁹ § 101.

⁵⁰ Notamment de la doctrine et du Barreau du Canada.

⁵¹ Elaine Craig, « 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.

⁵² *R. c. J. A.*, 2011 CSC 28.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

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 n'est donc pas consensuelle au sens où il faut l'entendre pour l'application du Code criminel »⁵³.

Par ces deux arrêts, la Cour canadienne ancre la nouvelle approche législative du consentement, comme « accord volontaire ». Qu'en est-il de la prise en compte des circonstances dans lesquelles le viol intervient ?

II. LES CIRCONSTANCES QUI ENTOURENT LE VIOL : ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU CRIME OU VICES DU CONSENTEMENT ?

Selon l'attention qui est portée au consentement des femmes à l'activité sexuelle, les circonstances dans lesquelles il intervient ou non, seront constitutives de l'incrimination de viol car exclusives du consentement en France ou un cas d'invalidation du consentement allégué par l'auteur au Canada.

A. En France, pas de crime de viol sans caractérisation du recours à la « violence, contrainte, menace ou surprise »

En France, le droit pénal des violences sexuelles masculines à l'encontre des femmes est un droit de l'abus. C'est un droit d'accès aux corps des femmes dont les contours sont fixés par le droit pénal. Ce ne sont pas les violations de la liberté des femmes, de leur intégrité qui sont sanctionnées mais la « méthode » utilisée par l'auteur. Pour parvenir à ses fins, il ne doit pas avoir recours à des « violence, contrainte, menace ou surprise ».

Autrement dit, si l'on agresse dans les formes, et ces formes seront appréciées par les magistrat-e-s, l'absolution peut venir de la justice.

1. La « violence, contrainte, menace ou surprise » au cœur de la conceptualisation juridique du viol

Selon la définition pénale⁵⁴, « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. (...)* » Depuis le 19^{ème} siècle, ce sont les mêmes circonstances⁵⁵ de « violence, contrainte ou surprise », dont l'usage doit être relevé, qui caractérisent le viol. Cette permanence du droit pénal, dans un monde où les droits des femmes sur leur corps ont été affirmés devrait interroger. L'exigence de caractériser la « violence, contrainte, menace ou surprise » révèle l'*a priori* déjà identifié, selon lequel une « vraie » victime résiste ; c'est pour vaincre cette résistance que l'auteur doit recourir aux moyens cités.

Elle révèle également une défiance à l'encontre des femmes, dont l'absence de consentement qu'elles allèguent doit être corroborée par le recours aux dits

⁵³ § 66.

⁵⁴ Article 222-23 C. pen.

⁵⁵ La circonstance de « menace » a été ajoutée en 1992.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

moyens. Alors seulement, peut-on considérer à la fois que l'auteur avait bien l'intention de passer outre l'absence de consentement de la victime et que celle-ci n'était pas consentante. *A contrario*, si l'auteur n'en a pas usé, il est absout.

Le viol est en soi violent⁵⁶. La passivité, la sidération, l'absence de « résistance déterminée » de la victime – qui sont des réactions habituelles face à ce qui est vécu comme une intrusion, un danger – sont sans incidence⁵⁷ dans la caractérisation du crime de viol⁵⁸.

La Cour de cassation est constante sur l'exigence de caractériser au moins une des modalités, censurant les arrêts qui se « bornent à établir la réalité des atteintes sexuelles reprochées sans caractériser en quoi elles auraient été commises avec violence, contrainte, menace ou surprise. »

Lors des procès, les faits seront examinés afin de déterminer s'ils constituent ou non une « violence, contrainte, menace ou surprise ».

2. De l'appréciation par les magistrats de la « violence, contrainte, menace ou surprise »

Les magistrat-e-s doivent caractériser les agissements⁵⁹, constitutifs de « violence, contrainte, menace ou surprise ». En l'absence de définition légale de ces termes, quels sont les référents des juges pour évaluer l'existence ou non de ces « modalités » et leur caractère déterminant pour les victimes ? Leur appréciation est-elle subjective ou objective ? Quel est le point de vue adopté : celui d'une personne « raisonnable » ? Celui de l'auteur, celui de la victime, les deux alternativement ?

⁵⁶ Tout acte de pénétration imposé est violent en soi, est de nature violente, il est donc redondant d'exiger qu'il soit en outre accompagné d'une violence extérieure. Comme si la violence inhérente à l'effraction physique ne comptait pas, n'était pas suffisante pour caractériser le viol.

⁵⁷ Sauf si la victime était dans l'incapacité d'agir en raison d'une maladie, d'un état particulier sous hypnose par exemple.

⁵⁸ Ce qui explique, qu'à l'exception des très jeunes enfants (Crim. 7 déc. 2005 : *Bull. crim.* n° 326. D. 2006. 175, obs. Girault ; D. 2006. Pan. 1649, obs. Garé ; RSC 2006. 319, obs. Mayaud ; *AJ Pénal* 2006, p. 81, obs. Saas), l'âge et notamment la minorité des enfants, ne suffit pas à établir la contrainte. Or, dans ces procès, la question du consentement ne se pose pas.

⁵⁹ Le Code pénal indique « Tout acte de pénétration (...) commis par violence, contrainte, menace ou surprise (...) ». Mentionnons ici que selon une jurisprudence constante (voir par exemple : Crim. 21 oct. 1998. *Bull. crim.* n°274) ces circonstances objectives ne peuvent à la fois constituer l'infraction et une circonstance aggravante. Ce qui me paraît aussi être incompatible avec une réelle prise en compte des droits des victimes de violences sexuelles. Celles-ci s'inscrivent en général dans des rapports de pouvoirs et de domination concrets (liés au travail ou à l'âge par exemple) lesquels sont des faits. Faits qui, sur des fondements différents, constituent tout à la fois l'infraction (la contrainte économique par exemple) et une circonstance aggravante (l'abus d'autorité réelle ou de fait). Lorsque l'on pose la question de savoir si un fait (l'autorité par exemple) peut être pris en compte comme élément constitutif de l'infraction, on s'interroge sur l'incidence qu'il a eue dans la commission de l'infraction. Si la réponse est positive, les autres conditions remplies, l'infraction est constituée. Dans un deuxième temps, l'analyse porte sur les circonstances de la commission de l'infraction. Le Code pénal a prévu que le fait d'abuser d'une autorité était une circonstance aggravante. Ce fait est ici retenu comme fondement pour une aggravation en raison d'un jugement moral de la société qui réproche le détournement d'autorité.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

La lecture de la jurisprudence citée dans les Codes pénaux des éditions Dalloz et Litec⁶⁰ peut légitimement inquiéter une victime de viol « normal » tant les circonstances dans lesquelles les crimes de viols sont caractérisés sont extrêmes. Ce n'est qu'avec un degré certain de « violence, contrainte, menace ou surprise », certes appréciée concrètement⁶¹, que l'infraction sera constituée. L'auteur doit avoir abusé, dépassé les limites socialement acceptables ; en deçà, ses agissements n'appellent pas de réponse pénale. Il n'est dès lors pas étonnant que les condamnations pour viol soient prononcées dans certaines configurations⁶² : pluralité de victimes, grande différence d'âge entre la victime et l'auteur, ou vulnérabilité particulière des victimes.

En creux, est ainsi reconnu le droit de quelques hommes d'imposer certains comportements à des femmes qui ne les désirent pas au nom de la séduction⁶³ ou de la stratégie de conquête. Survivance du temps où l'autonomie et la liberté étaient refusées aux femmes⁶⁴, cette approche devrait disparaître. Au Canada, la présence de « violence, contrainte, menace ou surprise » invalide le consentement car « céder n'est pas consentir »⁶⁵.

B. Au Canada, les mêmes circonstances constituent des éléments viciant le consentement.

Au Canada, la prise en compte de la « violence, contrainte, menace ou surprise » intervient non pas pour caractériser l'absence de consentement mais pour en analyser la validité dans l'hypothèse où un consentement a été exprimé.

« Le droit s'attache aux raisons qu'a la plaignante de se décider de participer aux attouchements en question ou d'y consentir apparemment. En pratique, cela se traduit par l'examen du choix auquel la plaignante croyait être confrontée. Le souci des tribunaux est alors de déterminer si la plaignante a librement choisi le comportement en cause »⁶⁶.

En effet, lorsqu'une personne a paru manifester son consentement lors de l'activité sexuelle, il faut aussi vérifier que celui-ci était valide. Les vices du consentement en matière sexuelle sont présentés aux articles 265(3) : « Pour

⁶⁰ Je privilégie cette source en raison de son poids dans l'accès à la connaissance de la jurisprudence. Certes, l'existence des bases de données en ligne est de nature à changer cette donne, mais il semble que le réflexe de consulter les notes sous les articles reste très ancré. La question des critères du choix des décisions publiées est posée.

⁶¹ En fonction de l'âge, de l'état physique de la victime, de ses « capacités de résistance ».

⁶² Hors les cas où la violence physique est avérée, où la victime est attaquée par un inconnu.

⁶³ Cf. la jurisprudence rendue utilisant la notion de « signaux sociaux conventionnels de séduction » : Versailles, 29 novembre 1996, Pau 10 septembre 1997, Pau 6 mai 2004.

⁶⁴ Cf. LOUIS Marie-Victoire, *Le droit de cuissage, France 1860-1930*, Paris, Editions de l'atelier, 1994, p. 175 et s.

⁶⁵ MATHIEU Nicole-Claude, *Quand céder n'est pas consentir : des déterminants matériels et psychiques de la conscience dominée des femmes, et de quelques-unes de leurs interprétations en ethnologie*, in : *L'anatomie politique*, éditions Côté-femmes 1991. L'ancien droit français postulait aussi « [que] On n'est pas censé consentir, quand on ne fait que céder à l'autorité d'un père ou d'un maître. »

⁶⁶ Arrêt Ewanchuk § 38.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

- a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne ;
- b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne ;
- c) soit de la fraude ;
- d) soit de l'exercice de l'autorité. »

et 273-1 (2) & (3) du Code criminel : « Le consentement du plaignant ne se déduit pas, (...), des cas où :

- b) il est incapable de le former ;
 - c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir ;
- ... »

Il est en outre précisé que : « (3) : *Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.* » Ce qui laisse aux magistrat-e-s une certaine souplesse pour apprécier *in concreto* la liberté dont disposait la victime d'accepter l'activité sexuelle.

Le droit criminel canadien connaît une approche similaire au droit français quant à la définition des vices du consentement. Ceux-ci peuvent être regroupés en quatre catégories⁶⁷ : (i) la personne est incapable de consentir⁶⁸, (ii) le consentement n'est pas libre⁶⁹, (iii) le consentement n'est pas éclairé⁷⁰, (iiii) l'objet du consentement est illégal⁷¹.

Arrêtons-nous sur les conséquences que le droit canadien tire de la circonstance de l'âge, en raison de sa divergence avec le droit français. En dessous de l'âge de 12 ans, un enfant ne peut jamais consentir à des activités sexuelles. Entre 12 et 14 ans, un enfant peut être libre de consentir avec une personne si elle n'a pas plus de 2 ans de différence d'âge. Entre 14 et 16 ans, l'autre personne ne doit pas avoir plus de 5 ans de différence d'âge. En dehors de ces limites, le consentement donné n'est pas valide.

Il ressort de ces dispositions une forte exigence quant à la vérification de la qualité du consentement donné, à l'instar de celle qui peut exister dans d'autres domaines du droit et qui est d'avantage susceptible de garantir les droits des femmes de choisir librement d'avoir des activités sexuelles.

⁶⁷ DESROSIERS Julie, *op. cit.* p. 69 et s.

⁶⁸ Parmi les causes d'incapacité : l'âge, le handicap, l'intoxication.

⁶⁹ Parce qu'il est le produit d'un rapport de force. Ainsi en est-il lorsque la personne « consent » au contact sexuel à la suite de l'emploi de la force, de la menace de l'emploi de la force, de la crainte de cet emploi ; ou de l'exercice de l'autorité ; ou d'un abus de confiance ou de pouvoir. Cf. les articles précités du Code criminel.

⁷⁰ Le consentement est invalidé par un mensonge, ou une fraude. Quant à l'identité de l'auteur, à la nature de l'acte ou à la méconnaissance de facteurs pertinents (risque de transmission du VIH par exemple).

⁷¹ Parce que les actes auxquels il est consenti peuvent entraîner la mort ou de graves lésions corporelles.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

Ces dispositions sont incontestablement un progrès pour celles-ci. Certes, cela ne signifie pas que toutes les difficultés ont disparu. Il semble qu'elles soient de taille lors des procès⁷² et que les succès obtenus aient suscité des résistances et des retours de bâton⁷³. Il n'en reste pas moins que l'approche canadienne du consentement pourrait utilement inspirer le législateur français.

Une « feuille de route » pour le droit pénal français.

Le droit pénal français doit en effet évoluer et se départir de cette vision stéréotypée de la disponibilité sexuelle des femmes⁷⁴. Le droit européen l'y invite. Déjà en 2003, la CEDH relevait, dans un arrêt *MC v. Bulgaria*⁷⁵ : « *La Cour est dès lors convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu'il y a eu résistance physique, risque d'aboutir à l'impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l'autonomie sexuelle de l'individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique* »⁷⁶.

Plus encore, le Conseil de l'Europe a récemment adopté une Convention⁷⁷ 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* ».

La France a signé cette convention mais ne l'a pas encore ratifiée.

Les violences sexuelles et la liberté des femmes

« *Le droit doit permettre aux femmes comme aux hommes d'avoir l'esprit tranquille et de savoir que leur intégrité physique et leur autonomie seront respectées lorsqu'ils décident de participer ou non à une activité sexuelle et du moment où ils entendent le faire. En même temps, il doit protéger ceux dont la culpabilité n'a pas été établie des stigmates sociaux rattachés à la délinquance sexuelle* »⁷⁸.

⁷² Cf. RANDALL Melanie, « *Sexual assault law, credibility and « ideal victims »: consent, resistance, and victim blaming* », *Canadian Journal of Women and the Law*, 2010, vol. 22, p. 397.

⁷³ Cf. McINTYRE Sheila, *op. cit.*

⁷⁴ Et des mineur-e-s.

⁷⁵ AFFAIRE M.C. c. BULGARIE, (*Requête no 39272/98*), 4 décembre 2003.

⁷⁶ § 166.

⁷⁷ La Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique a été 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 121^e session du Comité des Ministres à Istanbul.

⁷⁸ Arrêt *Ewanchuk*, § 66.

POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

Le droit pénal français relatif aux violences sexuelles ne permet pas de rendre justice aux victimes et sa portée pédagogique est restreinte. Il est pourtant urgent d'intervenir afin que la fonction déclarative de la loi pénale⁷⁹ puisse s'exercer utilement. L'inscription dans le Code pénal de l'exigence d'un consentement volontaire, librement exprimé, aux activités sexuelles contribuerait à faire évoluer les relations entre les femmes et les hommes.

⁷⁹ LAZERGES Christine, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2004, p.194.

Avant-propos par C. LAZERGES.....	3
<i>In memoriam</i> Jacques VERIN par R. OTTENHOF.....	5

I – PRINCIPES ET PROBLEMES DE POLITIQUE CRIMINELLE

<i>L'invention des déviances sexuelles. De la violence à la débauche (1825-1914)</i> par F. CHAUVAUD.....	9
<i>Dignité et violence : les paradoxes de la sexualité</i> par M. MARZANO.....	23
<i>Le surinvestissement législatif en matière de violences sexuelles</i> par A. DARSONVILLE-TAMNGA.....	31
<i>Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles</i> par F. DESPREZ.....	45
<i>Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle.</i> <i>L'option de conscience : un choix éthique</i> par B. PY.....	71
<i>Inceste : incriminer le tabou</i> par L. LETURMY et M. MASSE.....	85

II – POLITIQUE CRIMINELLE APPLIQUEE

<i>Les viols aux assises : regard sur un mouvement de judiciarisation</i> par V. LE GOAZIOU.....	95
<i>Les femmes soumises à la traite des êtres humains adhèrent-elles à l'exploitation ?</i> <i>Une mauvaise formulation pour un vrai problème : étude réalisée auprès de</i> <i>Nigérianes sexuellement exploitées en France</i> par B. LAVAUD-LEGENDRE.....	103
<i>Compréhension psychodynamique et approches thérapeutiques</i> <i>des violences sexuelles</i> par B. SAVIN.....	123
<i>La prise en charge des délinquants sexuels en milieu fermé</i> par F. BRIGANT.....	135
<i>La répression par les juridictions pénales internationales des violences sexuelles</i> <i>commises pendant les conflits armés</i> par C. FOURÇANS.....	155

III – POLITIQUE CRIMINELLE COMPAREE

<i>Les infractions sexuelles en Italie. Problèmes et perspectives</i> par A. CADOPPI.....	169
<i>L'infraction de harcèlement sexuel au regard du principe de légalité des délits</i> <i>et des peines : l'exemple du droit pénal hellénique</i> par I. RODOPOULOS	189
<i>Contrôle et production des délinquants sexuels aux Etats-Unis.</i> <i>Une introduction critique</i> par J. J. FISCHER.....	207
<i>Viol et consentement en droit français.</i> <i>Réflexions à partir du droit pénal canadien</i> par C. LE MAGUERESSE.....	223
<i>La violence sexuelle : cas symptomatique de l'anachronisme des perceptions</i> <i>juridiques afghane et iranienne</i> par P. POURZAND.....	241

IV – VARIA

<i>Quelle politique pénale pour les violences de supporters amateurs ?</i> par M. MILLET.....	269
<i>La théorie et la pratique de la garde à vue en Grèce</i> <i>(et leur signification pour la garde à vue du droit français)</i> par D. GIANNOULOPOULOS.....	287
<i>Droit disciplinaire et loi pénitentiaire : le rendez-vous manqué</i> par A. BOUQUET.....	303

V – NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

<i>Pas de quartier. Délinquance juvénile et justice des mineurs</i> , Pierre Joxe, par C. LAZERGES.....	333
<i>Le vol et la morale, L'ordinaire d'un voleur</i> , Myriam Congoste, par J.-P. JEAN.....	337
<i>L'invention de la violence. Des peurs, des chiffres, des faits</i> , Laurent Mucchielli, par C. LAZERGES.....	339
<i>Le procès pénal accéléré, Etude des transformations du jugement pénal</i> , Camille Viennot, par J.-P. JEAN.....	343
<i>Aux origines de la police scientifique – Alphonse Bertillon</i> , <i>précurseur de la science du crime</i> , Pierre Piazza (dir.), par O. CAHN.....	345