

Faculté de droit et de criminologie
École de criminologie

Le traitement légal de la notion de consentement dans les infractions à caractère sexuel

Analyse comparée des ordres juridiques belge,
français et canadien

Auteur : REGOUT Guillaume

Promoteur : CARRIÉ Fabien

Année académique 2023-2024

Master en criminologie à finalité spécialisée : criminologie de
l'intervention

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>

Remerciements

Je désire tout d'abord remercier mon promoteur de mémoire, Monsieur Fabien Carrié, de m'avoir éclairé sur la structure et les contours précis relatifs au sujet de mon mémoire.

Je souhaite aussi remercier ma Maman, Valéria Verhaeghe pour son attentive relecture ainsi que Blandine Vermeire et Charline Dehu de m'avoir soutenu durant cette rédaction et pour leur précieuse aide concernant la forme du mémoire.

Table des matières

Introduction	1
Chapitre 1 : Contexte historique autour du consentement dans nos sociétés occidentales	2
Section 1 : Evolution sociale et juridique des violences sexuelles précédant le 20 ^{ème} siècle	2
Sous-section 1 : Le consentement dans l'Antiquité et le Moyen-Age	2
Sous-section 2 : Le viol et l'honneur	3
Sous-section 3 : La justice pénale et le viol	4
Section 2 : Le tournant des Lumières au 19 ^{ème} siècle	6
Section 3 : L'évolution du consentement au 20 ^{ème} siècle	9
Sous-section 1 : Passage du dispositif d'alliance au dispositif de sexualité	10
Sous-section 2 : Passage de la sexualité statutaire à la sexualité consentie	11
Sous-section 3 : La libération sexuelle	12
Sous-section 4 : La révolution du consentement	16
Section 3 : Conclusion	17
Chapitre 2 : Tentative de définition de la notion de consentement sexuel	18
Chapitre 3 : Analyse juridique du consentement sexuel dans les systèmes nationaux (système belge, français et canadien) et internationaux	20
Section 1 : Niveau international	20
Sous-section 1 : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après CEDAW)	20
Sous-section 2 : Au niveau du Conseil de l'Europe	20
Sous-section 3 : Au niveau de l'Union européenne	21
Section 2 : Droit belge	22
Sous-section 1 : L'intégrité sexuelle	23
Sous-section 2 : La nouvelle incrimination de viol	24
Sous-section 3 : Le droit à l'autodétermination sexuelle	24
Sous-section 4 : Le consentement	25
Section 3 : Droit français	30
Sous-section 1 : L'absence de la notion de consentement dans la législation française	30
Sous-section 2 : La preuve du consentement	31
Section 4 : Droit canadien	33

Sous-section 1 : La notion de consentement dans le traitement des violences sexuelles avant 1992.....	33
Sous-section 2 : La notion de consentement après la réforme de 1992	34
Chapitre 4 : Analyse du consentement au-delà du droit.....	38
Section 1 : Consentement comme contrat : perspectives théoriques et sociales	38
Sous-section 1 : Théories du consentement en psychologie sociale	38
Sous-section 2 : Dimension contractuelle du consentement sexuel.....	39
Section 2 : Théories féministes et dynamiques de pouvoir	40
Sous-section 1 : Rapport de domination.....	41
Sous-section 2 : Objectivation sexuelle.....	42
Sous-section 3 : La négociation sexuelle, le sentiment de redevabilité et la distinction entre « céder » et « consentir »	44
Sous-section 4 : Vision libérale vs perspective féministe radicale	49
Section 3 : Compétences psychosociales et capacité de consentir	51
Sous-section 1 : Les compétences psycho-sociales	51
Sous-section 2 : Les échelles de consentement	51
Sous-section 3 : Le désir vs la volonté dans l'expression du consentement.....	54
Sous-section 4 : L'impact de l'état de sidération sur la capacité de consentir	56
Chapitre 5 : Analyse critique et comparaison des ordres juridiques.....	57
Section 1 : Évaluation critique des faiblesses et forces de chaque système juridique	58
Sous-section 1 : Les lacunes du droit français	58
Sous-section 2 : L'obligation d'un consentement exprimé en droit canadien	63
Sous-section 3 : Le droit belge à mi-chemin	69
Section 2 : Comparaison synthétique des cadres juridiques.....	71
Sous-section 1 : Définition du consentement	71
Sous-section 2 : Charge de la preuve et croyance honnête mais erronée au consentement	72
Sous-section 3 : Absence de résistance de la victime et prise en compte de l'état de sidération	73
Conclusion.....	74
Bibliographie	77
Législation	77
Jurisprudence	77
Doctrines	78

Introduction

La question du consentement sexuel a pris une importance considérable durant la dernière décennie. Les mouvements #metoo et #BalanceTonPorc, ayant émergé en 2017, ont révélé l'ampleur des violences sexuelles et ont mis en lumière les défaillances des systèmes juridiques dans la protection des victimes. Des débats sur la manière dont le consentement sexuel est défini, compris et appliqué dans différents contextes juridiques en ont découlé. Ces mouvements ont déclenché une vague mondiale de témoignages et une prise de conscience collective, mettant en évidence la nécessité de repenser les législations existantes pour mieux répondre aux réalités des violences sexuelles.

Dans ce contexte, la notion de consentement sexuel est devenue centrale dans les discussions juridiques et sociales. En effet, le consentement est désormais considéré comme l'élément clé pour distinguer une relation sexuelle légitime d'une agression ou d'un viol. Cependant, la manière dont le consentement est défini et interprété varie considérablement d'un ordre juridique à l'autre, ce qui soulève des questions cruciales sur la protection des droits des victimes.

L'analyse comparative des systèmes juridiques belge, français et canadien est particulièrement éclairante pour comprendre les différentes approches du consentement sexuel. Le Canada se distingue par le fait qu'il intègre depuis longtemps la notion de consentement explicite dans son Code criminel. Quant à la Belgique, la récente réforme de 2022 a permis d'introduire explicitement la notion de consentement dans le Code pénal. Le droit français, par contre, ne fait pas mention de la notion de consentement dans le chapitre du Code pénal consacré aux infractions à caractère sexuelle. Nous verrons quels impacts ces divergences ont sur la protection des victimes et la manière dont le consentement est interprété et appliqué par les juges dans chaque système juridique. Cette présente contribution propose, après un bref historique de la notion de consentement sexuel, d'analyser de manière critique ces différences en profondeur, en examinant les conséquences pratiques et juridiques de ces approches variées, en faisant également un détour par une approche davantage psycho-sociale pour saisir le concept de consentement sexuel sous un autre angle afin d'approfondir notre réflexion.

Chapitre 1 : Contexte historique autour du consentement dans nos sociétés occidentales

Section 1 : Evolution sociale et juridique des violences sexuelles précédant le 20^{ème} siècle

Avant d'aborder l'état des lieux de la notion de consentement dans les ordres juridiques belge, français et canadien, il est opportun de faire le point sur le contexte social historique et sur l'évolution des normes relatives aux infractions à caractère sexuel. En effet, cette évolution dévoile les enjeux sociaux et culturels qui influencent la qualification de ces crimes et délits. L'on analysera, au sein de cette section, dans quelle mesure les violences sexuelles étaient tolérées socialement et juridiquement.

Sous-section 1 : Le consentement dans l'Antiquité et le Moyen-Age

La femme a été considérée durant longtemps comme étant un butin, de manière telle qu'en temps de guerre, les femmes étaient enlevées par des hommes qui en prenaient littéralement possession comme une récompense. L'on parlait d'un « rapt » pour décrire un viol, ce qui vient du latin « rapere » pouvant être traduit par « emporter avec soi » ou « enlever avec force ». Ce n'est pas un hasard si la traduction de violer en anglais est « to rape ».¹

L'enlèvement des Sabines, raconté par Tite Live, est un exemple illustrant cette tendance. Les Romains avaient convié les Sabins et leurs familles à l'occasion de leurs jeux en hommage à Neptune. Les jeunes Sabines se sont fait enlever par les Romains. Romulus a justifié cette action aux Sabins en leur disant qu'« elles doivent donner leur cœur à ceux que le sort a rendu maîtres de leur personne. À ces paroles se joignaient les caresses qui rejetaient la violence de leur action sur celle de leur amour... »². L'on

¹ E. RONAI, « Chapitre 1. Histoire du viol », in *Violences sexuelles. En finir avec l'impunité*. (sous la dir. de E. RONAI et E. DURANT), Paris, Dunod, 2021, p. 9.

² *Ibidem*

observe que l'amour était déjà utilisé comme motif de possession des victimes et des violences sexuelles commises.³

Sous-section 2 : Le viol et l'honneur

En réalité, pour la société moderne, le crime de viol ne se situait pas spécifiquement dans la contrainte ou la violence d'un rapport sexuel mais résidait dans l'atteinte à l'honneur de la femme victime. Cette conception du viol impliquait que, selon les juristes de l'époque, seules les femmes considérées comme honorables pouvaient être ses victimes, car il était nécessaire qu'elles aient quelque chose à perdre pour que le crime soit caractérisé. Dans la littérature, le rapport sexuel était décrit comme une faveur accordée par les femmes aux hommes, ce qui impliquait que les femmes devaient leur opposer une résistance pour préserver leur honneur, considéré comme leur bien le plus précieux.⁴

L'encyclopédie de Diderot et Alembert définissait d'ailleurs le viol comme étant : « Le crime de celui qui use de force et de violence sur la personne d'une fille, d'une femme ou veuve, pour la connaître charnellement, malgré la résistance forte et persévérante que celle-ci fait pour s'en défendre ». Il est interpellant de constater que, d'une part, la victime de viol ne pouvait être que féminine et, d'autre part, que la résistance était une condition sine qua non de la notion.⁵

Les insultes à caractère systématiquement sexuel à l'égard des femmes (telle que « putain » ou « paillard ») révélaient aussi cette association entre l'honneur féminin et la conduite sexuelle. Il existe donc un lien entre honneur et genre, ce qui se confirmait par le fait que les insultes à l'égard des hommes ne sont que rarement sexuelles.

La réputation de la femme était même parfois attaquée dans le but d'atteindre son mari car elle était juridiquement dans une position de dépendance par rapport à l'homme durant toute sa vie, que ce soit vis-à-vis de son père jusqu'au mariage et ensuite vis-à-vis de son époux. Cette non-appartenance à elle-même était un motif pour les juristes justifiant que l'injure et la violence à l'égard d'une femme constituaient une offense à son tuteur. C'est ainsi que le terme « adultère » était utilisé par les juristes et les auteurs

³ *Ibidem*

⁴ S. GAUDILLAT CAUTELA, « Questions de mot. Le « viol » au XVIe siècle, un crime contre les femmes ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, pp. 57-74 et p. 5.

⁵ *Ibidem*

pour qualifier le viol d'une femme mariée. Il est d'ailleurs frappant de constater que ce terme faisait autant référence à une aventure extraconjugale consentie qu'à une situation violente imposée contre son gré. Finalement, peu importait l'usage de violence et le consentement féminin, la victime principale était le tuteur en raison du dommage subi par l'atteinte à son honneur.⁶

Cela renforçait l'idée que l'honneur revêtait une valeur économique et que sa dégradation pouvait être un obstacle au mariage ou entraîner la perte d'un emploi. Dans l'hypothèse du viol d'une jeune fille qui n'était pas encore mariée, le dédommagement financier devait servir à compenser le déshonneur subi vis-à-vis du futur mari. Du point de vue des parents, il était préférable de passer l'agression sous silence en évitant la publicité du procès et en espérant pouvoir marier leur fille.⁷

Il en va de même pour le terme de « rapt », terme déjà utilisé durant l'Antiquité (supra sous-section 1), indiquant à la fois un enlèvement et une violence sexuelle. L'on retrouve un lien avec la femme comme étant la propriété d'un homme. Dans cette perspective, le viol était assimilé à un vol. Encore une fois, l'attention était portée sur le possesseur dont le droit avait été méprisé.⁸

Sous-section 3 : La justice pénale et le viol

Durant l'époque moderne, la tendance était de considérer qu'un viol ne pouvait être avéré que si la femme s'était défendue ou si elle n'avait pas l'occasion de requérir du secours. La femme était donc responsable d'avoir pris le risque de sortir seule. Elle devait d'ailleurs démontrer le courage dont elle avait fait preuve pour se défendre.⁹

La tendance probatoire devant les tribunaux était donc de considérer qu'il existait une présomption de consentement s'il y avait eu pénétration et que le non-consentement ne pouvait être prouvé que par le témoignage de quelqu'un qui avait vu ou entendu ce qu'il s'était passé.¹⁰ La victime de violences sexuelles était perçue à travers le fantasme de la

⁶ E. RONAL, *op cit*, p. 10.

⁷ *ibidem*

⁸ *ibidem*

⁹ *ibidem*

¹⁰ C. GUÉRY, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », *Revue de droit criminelle et de droit comparée*, 2020, p. 257.

femme aux signaux ambivalents qui était prête à initier le rapport sexuel et s'en plaignait par la suite.¹¹

L'attitude de la victime était donc au centre des préoccupations sociétales au détriment du comportement de l'auteur. La suspicion pesait paradoxalement sur les épaules de la plaignante qui devait démontrer qu'elle avait résisté. Les médecins légistes ont contribué à consolider cette suspicion en déclarant notamment qu'« *Un homme seul ne peut violer une femme qui fait des mouvements énergiques du bassin pour le repousser. Par conséquent si l'acte a été commis, c'est que la femme ne s'est pas défendue* »¹² ou même que « *D'après les connaissances physiques que les médecins ont de l'homme et la femme relativement à cet attrait impérieux qui porte un sexe vers l'autre, d'après surtout l'impossibilité presque entière où est un homme seul de forcer une femme à recevoir ses caresses, on doit rarement ajouter foi à l'existence de viol. Je crois même qu'il serait prudent de ne l'admettre que lorsque plusieurs hommes se sont réunis pour commettre ce crime* ».¹³

Sur le plan probatoire, une attention toute particulière était accordée à la perforation (ou à la non-perforation) de l'hymen pour pouvoir établir la virginité et l'étendue du dommage subi. Il a même parfois été allégué par certains médecins légistes que la grossesse constituait une preuve du consentement car « *le consentement, voire la jouissance féminine, sont nécessaires à la génération* ».¹⁴

C'est donc en toute logique que les plaintes pour adultère et rapt débouchaient souvent sur des arrangements financiers et les plaintes pour viol étaient relativement peu fréquentes¹⁵ alors que les peines prévues à l'encontre des auteurs de violences sexuelles étaient théoriquement très lourdes (castration, peine de mort, galères). Il y avait, en effet, un écart considérable entre la rigueur des lois et leur application pénale en pratique.¹⁶ Cependant, cette impunité restait tout à fait sélective et ne bénéficiait qu'aux hommes abusant des femmes du petit peuple tandis que les hommes occupant des rangs

¹¹ F. TAZDAIT, « Viol et violence », *Topique*, 2018, p. 33.

¹² E. RONAI, *op cit*, p. 11 qui cite P. BROUARDE, *Les Attentats aux mœurs*, Baillière, Ohio, 1909.

¹³ *ibidem*

¹⁴ *ibidem*

¹⁵ S. GAUDILLAT CAUTELA, « Questions de mot. Le « viol » au XVIe siècle, un crime contre les femmes ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, pp. 57-74. p. 7.

¹⁶ F. TAZDAIT, « Viol et violence », *Topique*, 2018, p. 35..

inférieurs ayant été reconnus coupables de violences sexuelles à l'égard des femmes « bien nées » se voyaient appliqués les peines effectivement prévues.¹⁷

La majorité des plaintes pour viol ou agression sexuelle était déposée dans deux cas principaux : lorsque l'agression avait eu lieu en public, la plainte devenait alors le seul moyen de restaurer publiquement l'honneur perdu de la femme agressée ; ou lorsque les tentatives de négociation d'arrangements financiers avaient échoué. Dans ce dernier cas, étant donné le déshonneur associé à un viol, les femmes préféraient souvent, lorsqu'elles ne pouvaient ou ne voulaient nommer le père de l'enfant, déclarer qu'elles avaient été payées ou avaient reçu un don pendant leur grossesse, plutôt que de prétendre avoir été violées.¹⁸

La logique qui présente la femme comme un être nécessairement soumis à l'homme, combinée à la primauté de l'honneur sur le corps féminin, conduisait à percevoir la violence sexuelle comme un vol où la victime était le propriétaire, à savoir le mari ou le père, et non la femme agressée. Dans cette optique, le viol n'était pas qualifié par l'acte en soi mais bien par la qualité de l'auteur et de la victime.¹⁹ L'acte était en effet aggravé lorsqu'il existait des circonstances telles que la virginité ou l'ascendant moral de l'agresseur sur sa victime.²⁰ Les femmes qui ne dépendaient pas d'un homme ne pouvaient espérer être protégées.²¹

En conclusion, le viol durant l'Ancien-Régime n'était un problème que pour l'organisation sociale et la souffrance féminine n'était pas du tout considérée.²² L'on constatait une grande tolérance à l'égard du crime de viol de manière générale.

Section 2 : Le tournant des Lumières au 19^{ème} siècle

La période humaniste et la philosophie des Lumières ont marqué des changements de paradigmes significatifs dans la pensée occidentale, en plaçant l'homme et la raison au centre de la réflexion, plutôt que Dieu. En outre, les principes d'égalité ont remplacé les valeurs de piété.

¹⁷ *Ibidem*, p. 36

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ C. GUÉRY, *op cit*, p. 258.

²¹ M. LEWIS et W. CLARK, *Atlas of the Clark & Lewis expedition*, U of Nebraska Press, 1983.

²² F. CASTA-ROSAZ, *Histoire de la sexualité en Occident*, Paris, La Martinière, 2004, p. 224.

Cela a mis fin à la représentation de la femme comme étant un objet sexuel. Les philosophes des Lumières ont tenté de considérer la question des relations hommes femmes en prenant en compte à la fois l'égalité et les différences complémentaires entre les hommes et les femmes.²³ Le bonheur, la liberté, l'individu, le couple et le mariage d'amour, idéaux de 1789, remplacent progressivement ceux de l'Ancien Régime, entraînant une diminution de la tolérance envers la violence sexuelle.²⁴

A partir de ce moment-là, le droit a valorisé la victime en la reconnaissant comme un sujet central. Ainsi, l'article 29 du Code pénal de 1791, se trouvant dans la catégorie des crimes contre les personnes, prévoyait que le viol était puni de 6 ans de fers. Il s'agit de la première apparition du terme de viol dans la législation française, en dépit du fait que la définition n'était toujours pas véritablement définie. Cet article ne visait d'ailleurs que le viol d'une femme non-mariée ayant été pénétrée par force physique.²⁵

L'on a aussi privilégié, dans ce nouveau Code pénal, l'expression de nuisance à la société au détriment des références religieuses pour justifier la notion de « jugement de crime ». En effet, le Code pénal a considéré désormais le citoyen comme autonome, ne dépendant plus d'un tuteur ou d'un possesseur. Il a adopté une logique d'égalité qui prône la libre disposition de soi.

Cependant, l'article 29 de ce Code pénal n'a été effectivement que très peu appliqué car l'on restait dans une tendance de tolérance sociale importante. En dépit de l'augmentation du nombre de plaintes déposées, les juges prononçaient des décisions de non-culpabilité dans plus de 70 % des instances.²⁶

En 1810, l'attentat à la pudeur a été consacré par le législateur. Les actes commis avec violence sur une personne dans le but d'attenter à sa pudeur ont désormais également été criminalisés.²⁷

Dorénavant, la protection de la morale passait par la sanction des actes de violence, tandis que l'ordre social était préservé par le rejet de la hiérarchie et du statut de la femme victime. L'auteur Godineau déclare dans son œuvre que « *Les brutalités*

²³ D. GODINEAU, *Les femmes dans la société française, XVIIe-XVIIIe siècle*, Paris, Armand Colin, 2003, p. 254.

²⁴ F. CASTA-ROSAZ, *op cit.*

²⁵ E. RONAL, *op cit.*, p. 13

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

conjugales ne disparaissent certes pas et ne sont pas non plus unanimement condamnées, mais le seuil de tolérance sociale s'abaisse [...] »²⁸.

La transformation sociétale s'est donc poursuivie après la Révolution. La reconnaissance des violences sexuelles dans la société a progressé, tandis que le seuil de tolérance à l'inacceptable a diminué et que les diverses formes de contrainte ont davantage été prises en compte.²⁹ En effet, la question de la contrainte morale a commencé à être progressivement posée et prise en considération par les cours et tribunaux.³⁰ Dans sa décision du 25 juin 1857, la chambre criminelle a défini le crime de viol comme étant l'action « *d'abuser d'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* »³¹. Cet arrêt était assez novateur car il évoquait déjà les concepts de volonté et de consentement, notions qui pourtant malheureusement se perdront ultérieurement au profit d'une focalisation sur le *modus operandi* de l'auteur.³²

Le crime de viol à l'égard des enfants a commencé également à être dénoncé et condamné à partir de la fin du 18^{ème} siècle, davantage que le viol à l'égard des femmes adultes.³³ Plusieurs jugements rendus durant la deuxième moitié du 18^{ème} siècle ont en effet chamboulé la jurisprudence, même s'ils ne s'agissait que de prémises d'un changement plus profond ultérieur.³⁴ Dans cette continuité, le législateur a introduit dans le Code pénal de 1810 une circonstance aggravante au crime de viol lorsque la victime était âgée de moins de quinze ans. Il y a ajouté en 1832 la notion d'attentat sans violence qui tenait compte de la dépendance de l'enfant. Juridiquement, les relations sexuelles avec un enfant étaient censées être condamnables en raison du simple fait de l'âge de l'enfant.³⁵ Cependant, « *le viol sur enfant n'existe donc pas ou quasiment pas*

²⁸ D. GODINEAU, *op cit*, p. 175.

²⁹ A. DEBAUCHE, « Violence sexuelle », in *Encyclopédie critique du genre*. (sous la dir. de J RENNES), Paris, La Découverte, 2016, pp. 691-700.

³⁰ C. GUÉRY, *op cit*, p. 257.

³¹ Crim., 25 juin 1857, *Bull. crim.* 00-85.467, p. 314.

³² C. GUÉRY, *op cit*, p. 257.

³³ *ibidem*

³⁴ G. VIGARELLO, « Juger le viol d'enfant à la fin du XVIIIème siècle », *Sociétés & Représentations*, 1996, p. 178.

³⁵ F. VIRGILI, Viol (Histoire du). MICHELA MARZANO. Dictionnaire de la violence, PUF., 2011, pp.1423-1429.

en tant que tel »³⁶ car les juges ne reconnaissaient pas qu'une pénétration puisse avoir eu lieu sur un enfant.³⁷ La réaction sociale et juridique par rapport au viol des enfants restait dès lors toujours quelque peu empreinte d'ambiguïté.³⁸

L'on peut évoquer aussi que le mariage était devenu un contrat susceptible d'être résilié unilatéralement par n'importe quel époux. Le débat sur une éventuelle citoyenneté de la femme s'est ouvert progressivement.³⁹ Le concept de propriété a perdu de son importance, même si la femme restait incapable juridiquement.

De manière générale, le caractère déshonorant du viol a diminué durant le 19^{ème} siècle ce qui permettait d'approfondir l'examen des faits lorsqu'une agression sexuelle était alléguée. La médecine légale a élargi son spectre de recherche à la sexualité.⁴⁰

La lecture de cette évolution historique concernant les violences sexuelles montre une transformation dans leur traitement. Autrefois considéré comme une atteinte à la propriété sans victime, le viol est désormais reconnu comme une atteinte à l'intégrité physique. Le contrôle de la sexualité, en particulier celle des femmes, est profondément influencé par la manière dont le viol a été historiquement traité.⁴¹ Le tabou entourant le viol et les représentations des victimes a longtemps caché la violence de l'acte. Cette évolution a conduit à une compréhension plus détaillée des actes de violence sexuelle, entraînant une hiérarchisation des faits et la pénalisation de nouveaux actes.

Section 3 : L'évolution du consentement au 20^{ème} siècle

A l'heure actuelle, il est compliqué de ne pas reconnaître que la sexualité est omniprésente. En effet, elle est visible dans les publicités en pleine rue, à la télévision avec de nombreuses chaînes érotiques et pornographiques, sans oublier les sites pornographiques auxquels les enfants sont confrontés de plus en plus jeune.⁴²

Les évolutions sociétales et les transformations des mœurs ont, en effet, profondément modifié notre conception de la sexualité, des violences sexuelles et du consentement.

³⁶ A. AMBROISE-RENDU, « Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810-années 1930) », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2009, p.183.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ F. VIRGILI, *op cit*, p. 1427.

³⁹ D. GODINEAU, *op cit*.

⁴⁰ M. FOUCAULT, *Histoire de la Sexualité. 1. La Volonté de Savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

⁴¹ A. DEBAUCHE, *op cit*.

⁴² J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *La revue Nouvelle*, 2011, p. 34.

Ces changements sont le résultat de diverses influences, notamment philosophiques, juridiques et culturelles, qui ont progressivement redéfini les cadres et les normes régissant les relations sexuelles. Cette section a pour objectif d'explorer les différentes étapes de cette évolution.

Sous-section 1 : Passage du dispositif d'alliance au dispositif de sexualité

Michel Foucault, dans son livre « Histoire de la sexualité », explique que, durant l'époque moderne, les relations sexuelles étaient encadrées par le dispositif d'alliance.⁴³ Celui-ci concernait le système de mariage qui régulaient les relations de parenté, la transmission du nom et la succession des biens.⁴⁴ Foucault assimilait la famille à une instance de contrôle⁴⁵ dans laquelle le mariage était, en effet, essentiel dans la circulation et la transmission des richesses dans la société agraire.⁴⁶ Autrement dit, un des buts du dispositif d'alliance était de reproduire les dynamiques relationnelles et de préserver la loi qui les régissait.⁴⁷ Le strict contrôle de la virginité des femmes était, dès lors, expliqué par des raisons socio-économiques. Les libertés prises par les enfants étaient susceptibles de menacer le patrimoine familial.⁴⁸

Avec la nouvelle vision humaniste issue de la philosophie des Lumières, ce dispositif a commencé à être concurrencé par un nouveau processus de contrôle, le dispositif de sexualité. Ce dernier se concentre sur les sensations, le plaisir et les désirs en réduisant le poids des règles strictes issues du dispositif de l'alliance.⁴⁹ En outre, le dispositif de sexualité « est liée à l'économie par des relais nombreux et subtils mais dont le principal est le corps – corps qui produit et qui consomme »⁵⁰. Enfin, ce dispositif a pour but de « proliférer, d'innover, d'annexer, d'inventer, de pénétrer les corps de façon de plus en plus détaillée et de contrôler les populations de manière de plus en plus globale ».⁵¹

⁴³ M. FOUCAULT, *op cit.*

⁴⁴ J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *op cit*, p. 35.

⁴⁵ R. LENOIR, « Famille et sexualité chez Michel Foucault », *Sociétés & Représentations*, 2006, p. 199.

⁴⁶ J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *op cit*, p. 35.

⁴⁷ M. FOUCAULT, *op cit*, p. 132.

⁴⁸ J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *op cit*, pp. 35-36.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ M. FOUCAULT, *op cit*, p. 132.

⁵¹ *Ibidem*

Sous-section 2 : Passage de la sexualité statutaire à la sexualité consentie

La légitimité des pratiques sexuelles a évolué d'une sexualité statutaire à une sexualité consentie.⁵²

Précédemment, l'on considérait que la sexualité était statutaire, dans la mesure où la frontière entre le permis et l'interdit était placée en fonction du statut des partenaires. Dans nos sociétés traditionnelles, la légitimité de la sexualité reposait sur la relation conjugale, et donc sur le statut des partenaires.⁵³

A l'heure actuelle, c'est désormais le consentement qui fonde la légitimité d'une relation sexuelle et ce, de manière indépendante des traditions, des communautés, de la famille ou des liens conjugaux.⁵⁴

Le changement de paradigme concernant le viol conjugal illustre bien ce passage entre les deux types de sexualité. En effet, durant le 18^{ème} siècle, les relations entre mari et femme restaient dans la sphère privée et l'Etat ne se permettait pas de s'y mêler. Le commissaire de gouvernement Louis Herbette déclarait à ce propos que : « *Si l'action publique était admise pour injures et pour sévices entre mari et femme, il y a des personnes qui passeraient les trois quarts de leur vie dans les prisons* ». ⁵⁵ Il y a lieu de souligner que l'obligation de « devoir conjugal » rendait le concept de viol entre conjoints inconcevable. Dans le Code pénal de 1832, le viol était d'ailleurs défini de la manière suivante : « Le viol est un coït illicite avec une femme que l'on sait ne pas consentir ». Le mot illicite renvoyait directement au devoir conjugal et à la soumission de la femme à ce devoir conjugal. De plus, la formulation de l'article implique que la victime d'un viol ne pouvait être un homme ou un garçon. En effet, les sodomies, les fellations, les masturbations imposées par contrainte ne relevaient que de l'attentat à la pudeur.⁵⁶

Il a fallu attendre 1990 pour que la Cour de cassation française affirme pour la première fois l'existence du crime de viol entre conjoints durant le mariage⁵⁷, jurisprudence ayant

⁵² J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *op cit*, p. 36.

⁵³ R. LENOIR, *op cit*.

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ F. GENEVIÈVE, *Les violences conjugales: La question du consentement dans les relations sexuelles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

⁵⁶ R. LENOIR, *op cit*.

⁵⁷ Cass. crim., 5 septembre 1990, n° 89-84.531.

été confirmée par la même Cour deux années plus tard dans un contexte de viol sans blessures ou violences⁵⁸. Désormais, le devoir conjugal ne peut être mobilisé pour obliger l'autre époux à avoir des relations sexuelles.

Dorénavant, la légitimité de l'acte sexuel, reliée au consentement, est notamment à l'origine d'un accroissement de la sensibilité à l'égard des violences sexuelles. Cela reflète une avancée dans le processus d'individualisation sociétale et une attention plus importante à l'égalité hommes et femmes. Cette nouvelle perspective sur les violences sexuelles met l'accent sur les souffrances et les traumatismes des victimes, plutôt que sur l'ordre social et les bonnes mœurs, consacrant ainsi la liberté sexuelle comme un droit personnel inaliénable.⁵⁹ La violence est maintenant considérée comme un signe d'une relation pathologique et les partenaires sont envisagés comme étant des sujets libres et égaux indépendamment de leur genre.⁶⁰

Le recours à la notion de consentement implique un abandon des perspectives conjugales hiérarchiques entre les sexes et envisage les partenaires (homosexuelles ou hétérosexuelles) comme étant des individus libres et égaux.⁶¹

Sous-section 3 : La libération sexuelle

§1^{er} : Les origines de Mai 68

Les origines des événements de Mai 68 en France peuvent être retracées à travers une série de débats et de publications sur la répression et la libération sexuelle.

Des auteurs du 19^{ème} siècle comme Havelock Ellis dénonçaient déjà la misère sexuelle et affirmaient que la vie sexuelle des individus ne se résume à la fonction reproductive. L'idée qu'une vie érotique indépendante de la vie reproductive était susceptible d'épanouissement émergeait tout doucement. Cette considération allait à l'encontre des normes religieuses de l'époque. C'est ainsi que la libération sexuelle est

⁵⁸ Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-81.889.

⁵⁹ J. MARKQUET, « Le retrait du malentendu-alibi », *La Revue Nouvelle*, 2022, p. 62 et J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *op cit*, p. 36.

⁶⁰ *Ibidem*

⁶¹ J. MARQUET, « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *op cit*, p. 36.

progressivement devenue une revendication majeure et est entrée dans le champ politique.⁶²

Plus tard, en 1966, la revue *Partisans* a publié un numéro intitulé "Sexualité et répression", comprenant des contributions de théoriciens de la révolution sexuelle. Ce numéro centrait le débat sur la misère sexuelle des jeunes et des femmes, en plaçant cette question dans une perspective politique d'émancipation et de création d'une société égalitaire et libertaire.⁶³

Le débat s'est poursuivi en 1972 avec un deuxième numéro de *Partisans*, qui abordait la répression de l'homosexualité et tentait de traiter conjointement les questions des homosexuels et des hétérosexuels.⁶⁴ Le "Rapport contre la normalité" publié en 1971 par le Front homosexuel d'action révolutionnaire critiquait le conformisme sexuel et la phallocratie, liant la répression sexuelle au patriarcat et au capitalisme.⁶⁵

Par ailleurs, les ouvrages académiques de l'époque, comme la traduction en 1972 de "Histoire de la répression sexuelle" de Jos van Ussel, ont mis en avant l'idée que la répression sexuelle est liée à l'industrialisation et à l'embourgeoisement plutôt qu'à l'influence religieuse. Van Ussel et d'autres auteurs ont soutenu que l'émancipation sexuelle est cruciale pour une transformation sociale et psychologique.⁶⁶

En 1974, Roger-Pol Droit et Antoine Gallien ont publié un ouvrage basé sur des témoignages décrivant la misère sexuelle des contemporains et la souffrance morale et physique qui en découle. Ils ont argumenté que la répression des formes d'activité sexuelle non reproductives et l'enfermement de la sexualité dans le cadre du mariage monogame étaient à l'origine de cette misère.⁶⁷

Ces débats et publications montraient un mouvement critique contre les normes sexuelles traditionnelles et une quête d'émancipation sexuelle, préparant le terrain pour les révoltes et revendications de Mai 68.

⁶² O. BEAUCÉ, *Spectre du pacte : contribution clinique et psychopathologique au problème du contrat de consentement sexuel*, p. 14.

⁶³ PARTISANS, *Sexualité et répression*, n° 54-55, Paris, Maspero, 1970.

⁶⁴ PARTISANS, *Homosexualité et répression*, n° 66-67, Paris, Maspero, 1972.

⁶⁵ FRONT HOMOSEXUEL D'ACTION RÉVOLUTIONNAIRE, *Rapport contre la normalité*, Paris, 1971.

⁶⁶ J. VAN USSEL, *Histoire de la répression sexuelle*, Paris, Gallimard, 1972.

⁶⁷ R.-P DROIT et A. GALLIEN, *Misère sexuelle : Témoignages et souffrances de notre temps*, Paris, Seuil, 1974.

C'est dans ce contexte que s'est développé un mouvement féministe français en 1970, le mouvement de libération de la femme (MLF). Dans le contexte des 30 glorieuses, les femmes se sont rendu compte qu'elles n'étaient plus contraintes de se marier et d'avoir des enfants.⁶⁸ Les revendications de ce mouvement féministes s'articulaient autour de trois idées principales.⁶⁹ Premièrement, elles insistaient sur l'importance de la libre disposition de leur corps. Deuxièmement, le privé devait être politique afin que le « personnel » devienne « collectif ». Troisièmement, elles militaient pour le rejet du patriarcat.

§2 : Nouvelles formes de couples

La révolution de 1968, comme développé précédemment, a provoqué la libération des mœurs, notamment grâce au mouvement féministe. Les jeunes filles revendiquaient que la vie sexuelle dépende de la volonté individuelle et non plus du mariage. Le couple traditionnel hétérosexuel et marié a été remis en question et de nouvelles formes de couples plus libres ont fait leur apparition. Cela a eu pour effet de changer les pratiques sexuelles dans l'espoir de pouvoir accéder à une meilleure jouissance.⁷⁰

Désormais, l'on est parfois à remettre en question le modèle de couple traditionnel monogamique jusqu'à entendre parler de polyamour. En effet, il est envisageable d'accepter la possibilité de maintenir plusieurs relations amoureuses non-exclusives, se différenciant de l'adultère par le fait que le polyamour repose sur le consentement éclairé, le libre choix, et l'autonomie de chaque partenaire.⁷¹ Un large éventail d'orientations sexuelles, de revendications communautaires et de formes de couples alternatifs s'étend entre le polyamour et l'asexualité, incluant des relations libres, des couples ouverts, des partenaires réguliers ou éphémères, des couples monogames mariés ou non, ainsi que des groupes tels que les Incels et les tradwives. Ces différentes modalités de jouissance attirent et tentent certains, offrant une échappatoire à un cadre conjugal parfois perçu comme étouffant.⁷²

⁶⁸ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, Paris, La Découverte, 2004.

⁶⁹ A. ARTOUS, D. EPSZTAJN et P. SILBERSTEIN, *La France des années 1968*, Paris, Syllepse, 2008.

⁷⁰ O. BEAUCÉ, *op cit*, p. 17.

⁷¹ *Ibidem*, p. 18

⁷² *Ibidem*

Il en résulte une sorte de marché des relations dans lequel l'engagement sur le long terme est exclu au profit d'un réseau de connexions dont on peut se détacher facilement.⁷³

§3 : Nouvelle menace sur la liberté sexuelle

La fin du 20^{ème} siècle a été marquée par la contestation des droits sexuels et reproductifs, ce qui peut être perçu comme étant un échec pour la « révolution sexuelle ». D'une part, l'on a assisté à une reconnaissance du statut de la famille et de la procréation comme droits fondamentaux susceptibles d'être revendiqués de manière universelle, et, d'autre part, le nombre de scandales dans lesquels les femmes ont dénoncé les abus sexuels qu'elles ont subis a explosé.⁷⁴

En outre, les avancées dans les droits des personnes homosexuelles comme la légalisation du mariage pour tous et dans les droits des personnes LGBT ont replacé la famille et le couple marié au centre des débats.⁷⁵ Cela s'est ensuite accompagné de discussions autour de sujets comme la procréation médicalement assistée, la gestation pour autrui et l'adoption pour tous. Ces concepts sont devenus des sortes de droits fondamentaux accessibles à tous dont le non-respect ne pourrait pas être acceptable.⁷⁶ L'explosion de ces nouvelles normes a élargi les libertés mais a parallèlement créé un nouveau besoin de régulations.

La nouvelle liberté sexuelle mettant au centre le consentement permettant aux individus de vivre leur sexualité sans contrainte est, selon certains auteurs, encadrée en réalité par le marché et les médias de masse. La possibilité de faire ce que l'on veut se traduit par l'utilisation de clips, magazines et publicités qui encouragent l'utopie d'un plaisir illimité comme preuve de liberté individuelle. Les médias jouent un rôle de nouveaux moralistes en indiquant les bons et les mauvais comportements à caractère sexuel.⁷⁷ De nouvelles contraintes nous sont finalement imposées sous couvert de liberté.⁷⁸

Néanmoins, le procès Strauss-Kahn et l'affaire Weinstein ont mis en lumière les abus et les violences dans différents milieux et ont terni l'idée d'une sexualité sans limite ni

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ M. MARRANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, 2008, p. 110. .

⁷⁸ *Ibidem*

entrave. S'en est suivi en 2017 le mouvement #metoo. Ces événements révèlent les problèmes relatifs à l'absence de consentement et les abus commis sous prétexte de libération sexuelle.

A l'heure de mai 68, l'on défendait la possibilité de dire oui. La logique s'est inversée aujourd'hui. Les femmes dénoncent leur incapacité à dire non. Cette libération des mœurs, en allégeant certes une certaine oppression sociale, paraît avoir aménagé ou masqué une domination et a finalement conduit à des excès de jouissance mal régulée, maintenant à l'origine d'un malaise dans le pacte social moderne et qui place la question du consentement au centre des discussions.⁷⁹

Sous-section 4 : La révolution du consentement

Le mouvement #metoo, lancé par Alyssa Milano a entraîné un élan de témoignages, principalement sur les réseaux sociaux, et a grandement favorisé les débats autour du consentement sexuel. L'ampleur des violences sexuelles, les conséquences psychologiques sur les victimes et le processus de culpabilisation des victimes font désormais l'objet principal des critiques. En outre, l'on conteste l'origine biologique des différences entre les hommes et les femmes et on les attribue à l'origine sociale.

Selon Aronson et Fleming, l'on est en train de passer d'une approche traditionnelle du consentement à une norme plus affirmative et explicite.⁸⁰ L'approche traditionnelle voulait qu'un simple refus verbal suffise. Désormais, pour pouvoir considérer que l'autre est consentant, il y a lieu que cette personne le manifeste de manière expresse. Cette culture actuelle du consentement encourage les hommes à être plus attentifs aux désirs de leur partenaire et les femmes à affirmer et exprimer leurs limites davantage.⁸¹

Cependant, même si cette évolution a permis à de nombreuses victimes de redéfinir leur propre expérience du consentement, une certaine résistance émane de certaines personnes, masculines en majorité, qui craignent l'émergence de fausses accusations découlant du phénomène de dénonciations. Certains auteurs féministes tels que Aronson

⁷⁹ O. BEAUCÉ, *op cit*, p. 23.

⁸⁰ P. ARONSON et M. FLEMING, « Transformations in Sexual Consent. », *Contexts*, 2022, pp. 44-49.

⁸¹ R. LEVY-GUILLAIN, « MeToo or not MeToo ? Consentement sexuel et changement normatif au prisme de trajectoires individuelles féminines », *Politix*, 2023, p. 48.

et Fleming interprètent cela comme étant une tentative de maîtrise du pouvoir dans le contexte des changements sociétaux actuels.⁸²

Les études, telles que celles de Lisak et al.⁸³ et de Ferguson et Malouff⁸⁴, révèlent que les fausses accusations en matière de viol et d'agression sexuelles représentent environ 5 à 6 % des cas, ce qui a tendance, de notre point de vue, à renforcer l'hypothèse des auteurs Aronson et Fleming.

Section 3 : Conclusion

La perception et le traitement juridique des violences sexuelles ont historiquement évolué de manière considérable. L'on est passé d'une tolérance à l'égard des violences sexuelles presque systématique ancrée dans des structures patriarcales solides à une reconnaissance progressive des droits des victimes et de l'importance du consentement. Les crimes sexuels étaient considérablement minimisés, dissimulés et perçus comme une atteinte à l'honneur de la famille sans que l'on ne porte la moindre attention à l'intégrité et au bien-être personnel de la victime. Plus particulièrement, le viol était davantage envisagé comme un vol de propriété, où la femme était traitée comme un objet sous la tutelle d'un homme.

Les révolutions sociales et les mouvements des droits civiques ont transformé ces perspectives archaïques, notamment avec l'influence des Lumières et les débats autour de l'égalité des sexes. Au cours du 20^{ème} siècle, le concept de consentement a progressivement acquis une place centrale dans les débats juridiques et sociaux, avec le mouvement #metoo comme apogée, mettant en lumière l'ampleur des violences sexuelles banalisées par la société et poussant à une redéfinition des normes de consentement.

L'importance de définir clairement le consentement dans les systèmes pénaux ne peut être sous-estimée. Une définition précise et juridiquement solide du consentement libre et éclairé est essentielle pour garantir la protection des victimes et pour permettre aux juges de trancher avec équité dans les cas d'allégations de violences sexuelles. Cette

⁸² *Ibidem*

⁸³ D. LISAK, L. GARDINIER, S. NICKSA et Cote A., « False allegations of sexual assault: an analysis of ten years of reported cases », *Violence Against Women*, 2010.

⁸⁴ C. FERGUSON, J.-M. MALOUFF, « Police Classifications of Sexual Assault Reports: A Meta-Analysis of False Reporting Rates. », *Arch Sex Behav.*, 2016.

précision est nécessaire non seulement pour éviter les abus de pouvoir et les injustices, mais aussi pour renforcer la confiance dans le système judiciaire. En l'absence de normes claires, le risque de confusion et d'interprétations erronées augmente, ce qui peut à la fois nuire aux victimes et compromettre les principes fondamentaux de justice.

En somme, la clarification juridique du consentement n'est pas seulement une nécessité légale, mais un impératif moral dans la quête d'une société plus juste et égalitaire. L'évolution historique montre que la société a les outils pour affiner ces concepts, et il est crucial de continuer à les développer pour répondre aux défis contemporains liés à la violence sexuelle.

Chapitre 2 : Tentative de définition de la notion de consentement sexuel

Le mot "consentement" tire son origine du latin, dérivé du mot bien connu "consensus", qui signifie « accord, adhésion ». « *Le consentement – en tant que conformité de sentiment –, veut dire qu'on tombe d'accord avec celui qui demande le consentement.* »⁸⁵ Le Larousse définit le terme de consentement comme étant une « *Action de donner son accord à une action, à un projet* »⁸⁶.

Quant au verbe « consentir » il est issu du mot latin « cum-sentire » signifiant « sentir avec ».⁸⁷ Consentir revêt deux aspects, à savoir, d'une part, autoriser, accorder, se prononcer favorablement sur quelque chose, accepter que quelque chose se fasse et, d'autre part, se rendre à un sentiment ou à une volonté d'autrui.⁸⁸

Le malaise qui réside dans la notion de consentement est celui de la volonté libre. Il y a lieu de s'assurer, notamment dans la législation et le droit de manière plus large, que la personne supposée consentir accepte de manière libre et éclairée et que le consentement ne résulte pas d'un faux choix. En outre, il faut veiller à ce que le consentement ne soit

⁸⁵ P. MERLIER, *Philosophie et éthique en travail social*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2020, p. 83.

⁸⁶ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/consentement/18359#:~:text=Action%20de%20donner%20son%20accord,a%20agi%20avec%20mon%20consentement>. Consulté le 15 juin 2024.

⁸⁷ P. MERLIER, *op cit.*

⁸⁸ *Ibidem*

pas « un protocole qui donne une bonne conscience au professionnel dans une hypocrisie partagée »⁸⁹.

De plus, il est difficile de tracer des frontières claires entre le terme "consentir" et d'autres termes tels que "céder", "accepter", ou "acquiescer". Cette difficulté s'étend également aux notions connexes comme le désir, la volonté et la manifestation de volonté. Établir ces distinctions est pourtant crucial dans le contexte du consentement en matière de violences sexuelles.

En droit civil, le consentement correspond traditionnellement au fait de donner son accord vis-à-vis de sa personne et/ou de ses biens.⁹⁰

Le droit pénal diffère du droit civil dans la mesure où le consentement se rapporte à l'acceptation d'une personne à l'égard de faits dirigés contre elle constituant une infraction pénale. Le consentement de la victime ne constitue en principe pas pour l'auteur une cause de justification enlevant le caractère illicite de l'acte et lui permettant, dès lors, d'échapper à sa responsabilité pénale.⁹¹ Les termes « en principe » se révèlent importants dans le cadre du présent travail dans la mesure où le non-consentement à l'acte sexuel est un élément constitutif des infractions à caractère sexuel.⁹²

⁸⁹ *Ibidem*

⁹⁰ Serge BRAUDO, Définition du dictionnaire du droit privé, 1996-2021, en ligne: <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/consentement.php>, consulté 15 juin 2024.

⁹¹ T. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2020, p. 266.

⁹² Cette affirmation peut être nuancée en droit français au regard de la formulation législative de la définition du viol, comme nous le verrons.

Chapitre 3 : Analyse juridique du consentement sexuel dans les systèmes nationaux (système belge, français et canadien) et internationaux

Section 1 : Niveau international

Sous-section 1 : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après CEDAW)

La CEDAW⁹³ est une convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1979. Elle est décrite comme une charte internationale des droits des femmes et elle impose aux Etats l'ayant ratifiés de prendre des mesures afin d'endiguer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes ses formes, y compris la violence sexuelle et la violence basée sur le genre.

La Canada a ratifié cette convention en 1981. Quant à la France et la Belgique, elles l'ont ratifiée respectivement en 1985 et 1983.

Sous-section 2 : Au niveau du Conseil de l'Europe

Une recommandation émanant du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe datant de 2002 invitent les Etats-membres à prévoir dans leur ordre juridique que les actes de violences sexuelles soient considérés comme des atteintes à la liberté d'un individu et à la liberté physique, psychologique et/ou sexuelle.⁹⁴

Elle recommande de sanctionner les actes outrepassant le consentement, notamment « *les cas dans lesquels la victime ne montre pas de signe de résistance* »⁹⁵. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu le 4 décembre 2003 fait également état

⁹³ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 34/180, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

⁹⁴ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation Rcc (2002) sur la protection des femmes contre la violence, 30 avril 2002, §34

⁹⁵ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Annexe à la recommandation rec (2002)5 sur la protection des femmes contre la violence, 30 avril 2002.

de cette exigence.⁹⁶ La Cour a notamment précisé 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* ». ⁹⁷

Il y a lieu de souligner que la France et la Belgique font partie du Conseil de l'Europe. Cette recommandation, comme son nom l'indique, ne lie cependant juridiquement pas les Etats-membres.

En outre, il existe également la Convention d'Istanbul relative à la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique ouverte à la signature le 11 mai 2011.⁹⁸ L'article 36 de cette Convention prévoit que les Etats signataires s'engagent à prendre « *les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement* :

A. la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet

B. les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui ;

C. le fait de contraindre autrui à se livrer à des actes à caractère sexuel non consentis avec un tiers.

2 Le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes. »

L'Etat français et l'Etat belge ont tous les deux ratifié cette convention et sont, dès lors, liés par cet engagement.

Sous-section 3 : Au niveau de l'Union européenne

Une proposition de directive a été présentée au Parlement européen visant à lutter contre les violences sexuelles et sexistes. L'unanimité était requise pour ériger le viol en

⁹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, §101 et 162.

⁹⁷ *Ibidem*, §166.

⁹⁸ Conseil de l'Europe. (2011). Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul). Ouverte à la signature le 11 mai 2011, entrée en vigueur le 1er août 2014.

eurocrime. Cependant, le refus de la France, de l'Allemagne, de la Hongrie et d'autres pays a conduit à la suppression du paragraphe concernant une définition commune du viol au sein des 27 États membres de l'Union européenne.⁹⁹

La définition commune du viol le définissait, dans la proposition de directive, comme étant un acte sexuel sans consentement explicite de la personne, indépendamment de la présence de contrainte, menace ou coercition. En outre, le texte précisait que le consentement pouvait être retiré à tout moment et que le silence, l'absence de résistance physique ou l'historique sexuel de la victime ne pouvaient être interprétés comme un consentement.¹⁰⁰

Section 2 : Droit belge

Le nouveau Code pénal sexuel est entré en vigueur en 2022. Son objectif est de mieux coïncider avec les mœurs et valeurs actuelles.

Cette réforme est à l'aboutissement des travaux de la Commission de réforme du Code pénal. Un des objectifs de cette Commission était de promouvoir une certaine rupture au niveau des valeurs.¹⁰¹ En effet, « *En 1867, lorsqu'il a défini les infractions à caractère sexuel, le législateur pénal n'avait certainement pas à l'esprit l'autonomie sexuelle de chacun, ce qui implique le libre choix de poser ou non certains actes sexuels ou d'y participer, avec la protection de l'intégrité sexuelle qui va de pair. [...] La protection de la paix familiale et la tranquillité de la famille bourgeoise passaient avant la protection de l'intégrité sexuelle* »¹⁰².

Tel qu'expliqué dans le premier chapitre du présent mémoire, l'époque où la moralité publique et la préservation des familles constituaient la raison de l'existence des infractions à caractère sexuel est désormais révolue. L'accent est désormais porté à la protection de l'intégrité sexuelle des personnes. L'on assiste à « *un glissement tempéré*

⁹⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, présentée par la Commission le 8 mars 2022, COM/2022/105 final.

¹⁰⁰ *Ibidem*

¹⁰¹ I. WATTIER, « Chapitre V - L'atteinte à l'intégrité sexuelle, le viol, le voyeurisme et la diffusion non consentie de contenus à caractère sexuel », in *Les infractions - Volume 3* (sous la dir. de M.-A. BEERNAERT), Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 102.

¹⁰² D. VANDERMEERSCH, *Un nouveau code pénal pour le futur ?*, Bruges, Die Keure - La Charte, 2019, p. 232.

de l'ordre public familial vers l'ordre individuel, et de l'ordre de la moralité publique vers l'ordre de l'intégrité de la personne »¹⁰³.

À la lumière de ces nouveaux objectifs, la réforme du Code pénal sexuel a introduit plusieurs modifications clés, que nous allons maintenant examiner en détail.

Sous-section 1 : L'intégrité sexuelle

La notion d'intégrité sexuelle comporte deux aspects, à savoir un aspect physique et un aspect psychologique. Ceux-ci renvoient à la dimension à la fois corporelle et incorporelle de l'être humain.¹⁰⁴

Le concept d'atteinte à l'intégrité sexuelle a remplacé celui de l'atteinte à la pudeur, s'inscrivant dans la tendance occidentale de remplacement des notions d'atteinte à l'ordre familial et/ou de l'ordre social par la notion d'atteinte aux personnes.¹⁰⁵ Le législateur a profité de cette modification législative pour ajouter des précisions concernant cette incrimination. L'atteinte à l'intégrité sexuelle consiste à commettre un acte à caractère sexuel sur une personne qui n'y consent pas, avec ou sans l'aide d'un tiers qui n'y consent pas, ou à faire exécuter un acte à caractère sexuel par une personne qui n'y consent pas.¹⁰⁶ Le législateur a également précisé que le fait de contraindre une personne à assister à des actes de nature sexuelle constitue une atteinte à l'intégrité sexuelle, même si elle n'y participe pas activement.¹⁰⁷

L'infraction d'atteinte à l'intégrité sexuelle garde son caractère résiduaire dans la mesure où elle comprend toutes les infractions rentrant dans ces conditions et qui ne sont pas incluses dans l'incrimination de viol ni d'une autre infraction sexuelle spécifique.¹⁰⁸

¹⁰³ I. WATTIER, *op cit*, p.102.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 116.

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ C. pen., art. 417/7.

¹⁰⁷ *Ibidem*, al. 2.

¹⁰⁸ M. GIACOMETTI, « La réforme du droit pénal sexuel en cinq points », *R.T.D.F.*, 2023, p.12.

Sous-section 2 : La nouvelle incrimination de viol

La définition du viol a également été modifiée. Désormais, le viol vise tout acte qui consiste ou se compose d'une pénétration sexuelle de quelque nature que ce soit et par quelque moyen que ce soit, commise sur une personne ou avec l'aide d'une personne qui n'y consent pas.¹⁰⁹ Fondamentalement, la différence introduite par la réforme est que l'acte de pénétration commis par l'auteur à l'égard de la victime est désormais constitutif de viol et ne relève plus simplement d'un attentat à la pudeur. L'on peut citer l'exemple d'une fellation forcée.¹¹⁰

Sous-section 3 : Le droit à l'autodétermination sexuelle

La notion de droit à l'autodétermination sexuelle a été introduite dans le cadre de la réforme du droit pénal sexuel. Les travaux préparatoires de la loi en donnent la définition suivante : « *Ce concept de l'autodétermination sexuelle se réfère au droit de toute personne à exercer un contrôle sur sa vie sexuelle. C'est la capacité et la possibilité de pouvoir exercer des choix sans l'influence d'agents externes* ». ¹¹¹

Il est compliqué de différencier les notions d'autodétermination sexuelle, de liberté sexuelle, d'autonomie sexuelle et d'intégrité sexuelle. La doctrine s'accorde en fait à dire que ces concepts sont synonymes.¹¹² L'auteure Isabelle Wattiez a d'ailleurs proposé au législateur belge de privilégier l'expression de « liberté sexuelle » par rapport à l'expression d'autodétermination sexuelle car « *une personne ne peut revendiquer d'un autre (hétéro-) de s'autodéterminer : soit elle s'autodétermine, soit elle ne le fait pas. Un tiers ne pourra jamais autodéterminer cette personne* »¹¹³.

¹⁰⁹ C. pen., art 417/11.

¹¹⁰ M. GIACOMETTI, *op cit*, p.14.

¹¹¹ Projet de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Rapport de la première lecture, Audition de Mme A. Bedoret, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55/2141/006, p. 135.

¹¹² M. ALIÉ, « 3. - La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d'Ariane ou future pierre d'achoppement ? », in *Le nouveau droit pénal sexuel* (sous la dir. de A. RIZZO), 1e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 79 et Wattier, I., *op cit*, p. 83.

¹¹³ Projet de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 213.

Sous-section 4 : Le consentement

§1er : Définition et terminologie

Avant la réforme de 2022, l'ancien article 375 du Code pénal disposait que « Quiconque aura commis un viol sera puni de la réclusion de dix ans à quinze ans.

Selon cette disposition, il y avait viol lorsqu'il y a eu une « *pénétration sexuelle de quelque nature que ce soit et par quelque moyen que ce soit sur la personne de l'un ou l'autre sexe sans le consentement de celle-ci.*

Il n'y a pas de consentement lorsqu'il y a recours à la violence, à la contrainte, à des menaces, à la surprise ou à des ruses, ou lorsqu'il y a abus d'une position de vulnérabilité résultant d'une déficience physique ou mentale de la victime ou de la situation dans laquelle elle se trouve »¹¹⁴

L'article ne faisait qu'évoquer le concept de consentement sans tenter de le définir. Il se contentait, dans l'alinéa 3, d'envisager les hypothèses dans lesquelles le consentement ne peut exister. La Cour de Cassation a d'ailleurs précisé que ces hypothèses ne sont ni limitatives, ni cumulatives¹¹⁵ mais bien exemplatives¹¹⁶.

Désormais, le consentement est consacré dans le Code pénal dans le nouvel article 417/5 dont le texte est le suivant :

« La définition du consentement en matière de droit à l'autodétermination sexuelle. Le consentement suppose que celui-ci a été donné librement. Ceci est apprécié au regard des circonstances de l'affaire. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime.

Le consentement peut être retiré à tout moment avant ou pendant l'acte à caractère sexuel.

Il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis en profitant de la situation de vulnérabilité de la victime due notamment à un état de peur, à l'influence de l'alcool, de stupéfiants, de substances psychotropes ou de toute autre

¹¹⁴ Art. 375 ancien du Code pénal.

¹¹⁵ Cass., 25 septembre 2007, R. W., 2007-2008, p. 1503.

¹¹⁶ Cass., 30 octobre 2007, Pas., 2007, p. 1913.

substance ayant un effet similaire, à une maladie ou à une situation de handicap, altérant le libre arbitre.

En tout état de cause, il n'y a pas de consentement si l'acte à caractère sexuel résulte d'une menace, de violences physiques ou psychologiques, d'une contrainte, d'une surprise, d'une ruse ou de tout autre comportement punissable.

En tout état de cause, il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis au préjudice d'une victime inconsciente ou endormie. »

§2 : Champ d'application

L'article 417/5 du Code pénal s'applique à tous les rapports sexuels prévus par les articles 417/7 et suivants du Code pénal, à savoir les préventions relatives à l'intégrité sexuelle, au voyeurisme, à la diffusion non consensuelle d'images à caractère sexuel et au viol.¹¹⁷

Le législateur n'ayant pas déterminé ce qu'englobe la notion de consentement, la doctrine a pallié cela en affirmant qu'il vise « *le choix du partenaire, la nature de l'acte, la manière et le moment où il est pratiqué ou encore sa durée* »¹¹⁸.

§3 Contours

Le consentement est « *un élément matériel constitutif de l'infraction, qualifié de fondamental par la Cour de Cassation* »¹¹⁹, devant être apprécié au regard des circonstances du cas d'espèce, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 417/5 du Code pénal belge. L'auteur Olivier Bastyns avait soutenu, dans le cadre de son audition au Parlement que « *les tribunaux sont rarement confrontés à des cas où ils se voient obligés d'acquitter une personne manifestement coupable de viol en raison d'un vide juridique au niveau de la notion de consentement. Le problème se situe donc davantage au niveau de la preuve que de la définition légale. L'importance de laisser un pouvoir d'appréciation au juge quant à cette notion de consentement prend ici tout son sens* »¹²⁰.

¹¹⁷ Projet de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 215.

¹¹⁸ M. ALIÉ, *op cit*, p. 87.

¹¹⁹ F. KUTY, *op cit*, p. 1882.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 224.

Dans l'article 417/5 du Code pénal, le législateur a prévu certains facteurs excluant l'existence d'une volonté libre. Il y a lieu de les interpréter au sens large.¹²¹

Il y a lieu de souligner qu'il a désormais été précisé expressément que l'absence de résistance de la victime ne peut fonder, à elle seule, la conviction du juge.¹²²

Enfin, concernant le moment du consentement, l'article 417/5, alinéa 2 du Code pénal dispose que le consentement peut être retiré à tout moment, c'est-à-dire avant ou durant le rapport sexuel. Cet élément a été ouvertement confirmé par la réforme mais il existait déjà un consensus doctrinal et jurisprudentiel à ce sujet préalablement à celle-ci.¹²³

§4 : Preuve du consentement

L'absence de consentement est un élément matériel qui est constitutif de l'infraction.¹²⁴

Il appartient au Ministère public et à la partie civile de démontrer l'absence de consentement. Cela signifie que la charge de la preuve pèse sur ces derniers et que le doute profite au prévenu en vertu du principe de la présomption d'innocence.¹²⁵

D'après l'auteur Franklin Kutty, juge auprès du tribunal de première instance de Liège et professeur à l'Université libre de Bruxelles, la seule absence de consentement n'est pas suffisante pour affirmer qu'un acte de pénétration est constitutif de viol¹²⁶. Il justifie cette considération à l'aide une décision du Tribunal correctionnel de Mons¹²⁷. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une jeune fille de plus de seize ans ayant affirmé aux policiers qu'elle avait été abusée par son copain durant leur première relation sexuelle. Elle allègue qu'elle ne désirait pas aller jusqu'à un rapport avec pénétration et qu'elle a eu la sensation d'avoir été paralysée et de s'être simplement exécutée. Du point de vue du prévenu, il affirmait qu'elle ne l'a aucunement rejetée et qu'elle n'a refusé aucun de ses gestes sexuels. Il n'a fait pas fait usage de la moindre violence ni menace. Cette dernière allégation est d'ailleurs corroborée par les propos de la victime qui affirmait elle-même qu'elle croyait que son petit ami n'avait pas eu l'intention de la violer, même si elle s'est sentie abusée.

¹²¹ Projet de la loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 88.

¹²² C. pen., art 417/5.

¹²³ F. KUTY, *op cit*, p. 1882.

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ Cour eur. D. H., arrêt *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014, req. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, § 159.

¹²⁶ F. KUTY, *op cit*, p. 1882.

¹²⁷ Corr. Hainaut, div. Mons (6^e Ch.), 25 octobre 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1880.

La décision du tribunal a été dans le sens du prévenu. Le doute lui a profité. En effet, en dépit du fait que le prévenu a reconnu le « *sentiment subjectif d'avoir été abusée* »¹²⁸ de la victime et qu'il a reconnu que sa petite amie avait manifesté quelques « réticences » avant l'acte, le tribunal a souligné que la plaignante n'avait pas manifesté de « refus exprès ». Dès lors, tenant compte du contexte de la relation qui les unissait, le tribunal a considéré que le prévenu ne lui avait pas « *consciemment imposé une relation sexuelle* »¹²⁹ et qu'il n'était pas suffisamment démontré que le jeune homme avait voulu agir en allant délibérément à l'encontre de la volonté de sa copine et qu'il aurait dû réaliser l'absence de son consentement eu égard aux éléments de fait.¹³⁰

Franklin Kutty soutient que ce jugement rappelle, « *fort opportunément* »¹³¹ d'après l'auteur, que le crime de viol n'est pas nécessairement établi à partir du moment où une personne affirme de manière crédible ne pas avoir valablement consenti à un rapport sexuel et que ladite personne ressent avoir été abusée. Autrement dit, l'on ne peut se focaliser uniquement sur ce seul ressenti.

Dans la mesure où l'élément fautif du viol est la faute intentionnelle¹³², l'auteur doit commettre un acte de pénétration en connaissance de l'absence de consentement de la victime. Cette réalité est appréciée par rapport aux circonstances de nature à lui en faire prendre conscience.¹³³ En réalité, c'est précisément ce qui est jeu dans le cas d'espèce développé ci-dessus. La victime a affirmé aux forces de l'ordre « *que ce qui s'est produit est arrivé par sa faute et qu'elle aurait dû se défendre, crier mais qu'elle s'est figée, paralysée* ». Avant l'acte de pénétration problématique, ils se sont caressés et attouchés et ont réalisé des actes bucco-génitaux avec la participation active de la plaignante sans violence, ni ruse, ni contrainte, ni abus de faiblesse, ni surprise, ce qui a amené le tribunal à considérer que les circonstances concrètes n'étaient pas de nature à faire prendre conscience au prévenu de l'absence de consentement dans le chef de sa copine.¹³⁴

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ F. KUTY, *op cit*, p. 1882.

¹³¹ *Ibidem*

¹³² Le Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 27 le précise, même si les mots « *sciemment et volontairement* » ne sont pas indiqués dans le nouvel article 375 du Code pénal.

¹³³ F. KUTY, *op cit*, p. 1882.

¹³⁴ *Ibidem*

A contrario, si le viol était envisagé comme une infraction à caractère infractionnel et non intentionnelle, la charge de la preuve s'inverserait. Plus précisément, dans les cas où l'absence de consentement est établie, comme c'est le cas dans le dossier évoqué, il n'appartiendrait plus au Ministère public et à la partie civile de prouver la connaissance de l'absence du consentement mais bien au prévenu d'alléguer l'existence d'une cause de justification non dénuée de vraisemblance, à savoir une erreur invincible.¹³⁵ En effet, en ce qui concerne l'élément fautif de l'infraction, la faute découle de la commission libre et consciente de l'incrimination prévue légalement, à moins que l'auteur n'arrive à justifier autrement son action.¹³⁶

Il a été débattu, durant le processus d'adoption de la loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal, de prévoir une incrimination de la simple négligence et dès lors, de créer une toute nouvelle « obligation de précaution sexuelle »¹³⁷. En l'espèce, il suffirait de démontrer que le prévenu a agi avec précaution et prévoyance pour que l'élément moral soit constitué.¹³⁸ Cependant, la Commission de réforme du Code pénal n'est pas allée dans ce sens.¹³⁹

D'après l'auteure Isabelle Wattiez, « *il faut pouvoir admettre, au vu des circonstances, qu'une personne n'était pas raisonnablement en mesure de percevoir la disposition mentale profonde de son partenaire* »¹⁴⁰. Cette considération va dans le sens du jugement du tribunal correctionnel de Mons qui considère que l'on ne peut affirmer que dans toutes les situations où il y a une absence de consentement, la question de l'élément moral est résolue.¹⁴¹

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ *Ibidem*

¹³⁷ Le Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, pp. 181-188 et 301.

¹³⁸ I. WATTIER, *op cit*, p. 210.

¹³⁹ Le Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 348.

¹⁴⁰ I. WATTIER, *op cit*, pp. 211-212.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 212.

Section 3 : Droit français

Sous-section 1 : L'absence de la notion de consentement dans la législation française

Le viol en droit français a été défini pour la première fois dans la loi du 23 décembre 1980 qui a introduit l'article 332 du Code pénal qui définit le viol comme étant un acte de pénétration sexuelle accompli par l'usage de violence, contrainte ou surprise. L'usage de la menace a été ajouté dans le nouveau Code pénal en 1992 à l'article 222-23.¹⁴²

La notion de consentement n'est pas indiquée explicitement. Ne sont mentionnées que les manières dont l'auteur a fait usage pour arriver à ses fins. Le législateur a préféré expliquer les raisons pouvant mener à une absence de consentement. Le législateur a sans doute voulu rendre le plus objectif possible les éléments probatoires en raison du fait qu'à l'époque, il était rare que les juges osent explorer l'intimité et les pensées silencieuses des victimes.¹⁴³

La grande majorité des pénalistes français déplore la confusion qui règne par rapport à cette définition du viol qui semble aujourd'hui dépassée. Le législateur privilégie depuis plusieurs années l'ajout de circonstances aggravantes rendant les choses encore plus vagues et désordonnées au lieu de tenter d'éclaircir sa définition du viol de base.¹⁴⁴ Le crime de viol n'est donc pas constitué si l'usage de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise n'est pas démontré. L'on peut pourtant légitimement affirmer avec un haut degré de certitude que ces quatre critères ne couvrent pas la palette des défauts de consentement à un rapport sexuel par un individu.¹⁴⁵

Le libellé de l'article 222-23 du Code pénal français ne précise pas non plus les manières dont le consentement doit être exprimé pour que le prévenu puisse échapper à sa responsabilité pénale. La doctrine a, dès lors, dégagé les conditions de validité du consentement sexuel basée sur la jurisprudence pour combler le vide légal à cet égard.

¹⁴² F. VIRGILI F, *op cit.*

¹⁴³ C. GUÉRY, *op cit.*, p. 256.

¹⁴⁴ *Ibidem*

¹⁴⁵ A. DARSONVILLE, M. LAFOURCADE et LAVALLIÈRE, « Faire du consentement libre et éclairé à l'acte sexuel la norme », *Dalloz*, 2024.

Premièrement, le consentement doit être antérieur ou concomitant à l'acte infractionnel¹⁴⁶. S'il est postérieur, l'on considère que le « *pardon* » est « *inopérant* »¹⁴⁷ et qu'il « *n'est pas plus efficace que le repentir actif du coupable* »¹⁴⁸.

Deuxièmement, la personne consentante doit exprimer son consentement librement et en connaissance de cause¹⁴⁹. L'on peut ajouter une hypothèse, en plus des quatre critères légaux, à savoir l'usage de la tromperie¹⁵⁰ qui permettrait de considérer l'absence d'un consentement valable. La Cour de cassation a affirmé à cet égard que le fait de tromper la victime sur son identité constitue un acte de surprise, pouvant être rattaché dès lors au prescrit de l'article 222-23.¹⁵¹

Troisièmement, la personne dont la présence ou l'absence de consentement est discutée doit disposer de la capacité de consentir à une activité sexuelle.

Sous-section 2 : La preuve du consentement

En ce qui concerne la preuve de l'absence de consentement, elle doit être démontrée par la partie poursuivante. Les éléments de preuve doivent pouvoir établir avec certitude cet absence de consentement. S'il reste un doute, celui-ci bénéficie à la partie défenderesse.¹⁵²

Dans l'arrêt de la Cour de cassation française du 25 janvier 2023¹⁵³, la question de la preuve de l'absence de consentement a été au centre du débat. L'accusé, M. [N] [B], contestait la décision de la Cour d'appel, affirmant que cette dernière n'avait pas respecté le principe selon lequel la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante. Il soutenait que « *qu'il apparaît cependant à la lecture du dossier de ses déclarations, ainsi que des débats à l'audience qu'il y a des contradictions et un manque d'explication dans le cheminement des faits selon M. [N] [B], et notamment, les raisons*

¹⁴⁶ C. LE MAGUERESSE, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », *Archives de politique criminelle*, 2012, p. 186.

¹⁴⁷ J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2022, p. 69..

¹⁴⁸ X. PIN, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2021 p. 248.

¹⁴⁹ *Ibidem*

¹⁵⁰ M-L RASSAT, *droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2017, p. 411.

¹⁵¹ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 4 septembre 2019, n° 18-85.919.

¹⁵² ELIAERTS, C., "La charge de la preuve en matière de viol en droit pénal français", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, p. 123-145.

¹⁵³ Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 janvier 2023, 22-82.990

*pour lesquelles il aurait selon lui accepté d'amener depuis le dispensaire jusqu'à l'hôpital puis l'avoir attendu en dehors de l'enceinte pour de nouveau prendre en charge et passer [sic] par son domicile ».*¹⁵⁴

La Cour de cassation, en examinant ces arguments, a souligné l'importance des incohérences dans les déclarations de l'accusé. En effet, elle a noté que les « *déclarations fluctuantes du prévenu qui, dans un premier temps, niait connaître Mme [C] ou se souvenir des faits, pour finalement déclarer avoir eu une relation amoureuse avec des actes sexuels, puis nier avoir eu des rapports sexuels* » compromettaient sa crédibilité, surtout en comparaison avec « *la constance de la jeune fille* »¹⁵⁵ dans ses propres déclarations.

Ainsi, bien que la charge de la preuve de l'absence de consentement repose sur la partie poursuivante, la Cour de cassation a démontré qu'elle pouvait tenir compte de la crédibilité relative des parties. Les contradictions dans le témoignage de l'accusé ont été considérées comme des éléments affaiblissant sa défense, ce qui a permis à la Cour de ne pas remettre en cause la décision de la Cour d'appel, en dépit du principe selon lequel le doute doit bénéficier à l'accusé. Cet arrêt illustre donc comment la Cour de Cassation peut nuancer l'application de ce principe, notamment lorsque l'accusé se montre incohérent dans ses explications.

En outre, il y a lieu de préciser aussi que les infractions en matière de violences sexuelles nécessitent une acte intentionnel de l'auteur. L'acte doit avoir été commis avec la volonté de commettre un acte à connotation sexuelle et en conscience de l'absence du consentement de la victime pour qu'il soit constitué.¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Ibidem*

¹⁵⁵ *Ibidem*

¹⁵⁶ L. P. LESOT <https://www.loispamelalesot.com/2024/07/03/1-agression-sexuelle/>

Section 4 : Droit canadien

Sous-section 1 : La notion de consentement dans le traitement des violences sexuelles avant 1992

La première codification concernant le viol au Canada remonte au Code criminel de 1892. Le viol y était défini comme étant un acte sexuel avec une femme qui n'est pas mariée à l'accusé,¹⁵⁷ sans son consentement ou avec un consentement obtenu par la force, les menaces ou la fraude.

Il était indispensable à l'époque de démontrer les actes de résistance de la victime pour que la condition d'absence de consentement issue de la Common Law soit remplie. Tel que développé dans le premier chapitre de la présente contribution, il existait l'idée que le « non » d'une femme pouvait en fait signifier « oui » et que seuls des actes de résistance apparents pouvaient prouver que la femme pouvait être victime de violences sexuelles.¹⁵⁸

Le Canada a ensuite pris un tournant historique en 1982 en supprimant la notion de viol dans son droit pénal et en la remplaçant par trois différents types d'agression sexuelle à savoir l'agression sexuelle simple, l'agression sexuelle au moyen d'une arme ou de menaces et enfin l'agression sexuelle aggravée. Dans la foulée, l'immunité maritale selon laquelle un homme ne pouvait pas être accusé de viol sur sa propre conjointe a été également abolie en 1983.¹⁵⁹

En ce qui concerne la présence de la notion de consentement dans le droit canadien, elle a été introduite dans le cadre de la réforme de 1992 du Code criminel canadien. Avant cela, les juristes se référaient, dès lors, à la définition prévue par la Common Law.¹⁶⁰ Le terme « consentement » était utilisé par les juges pour désigner, dans les affaires de

¹⁵⁷ K. ROACH, *Criminal Law*, Irwin law, Toronto, 2018, p. 13.

¹⁵⁸ J. DESROSIERS, *L'agression sexuelle en droit canadien*, Montréal, Éditions Yvons Blais, 2009, p. 12.

¹⁵⁹ J. NERON, *L'agression sexuelle et le droit criminel canadien : l'influence de la tradition*, Université Laval, Éditions Yvons Blais, 1997, p. 10.

¹⁶⁰ L. VANDERVORT, « Affirmative Sexual Consent in Canadian Law » *Jurisprudence, and Legal Theory*, p. 407.

violences sexuelles, un choix volontaire ou acte libre de volonté par une personne libre de toute contrainte capable d'apprécier une situation et ses risques.¹⁶¹

En outre, la preuve de l'absence de consentement du plaignant devait être démontrée « hors de tout doute raisonnable ». Le fait de démontrer que le comportement de l'auteur était cohérent avec le consentement pouvait régulièrement soulever un doute raisonnable et mener à l'acquittement. Les juges admettaient régulièrement néanmoins les preuves démontrant hors de tout doute raisonnable que le plaignant n'était pas consentant, même en l'absence de signes physiques de résistance ou de refus clairement exprimé. En l'absence des critères établis à l'article 265 (3) du Code criminel canadien, à savoir la force, la fraude ou l'exercice de l'autorité, l'on attestait de l'existence du consentement sur base des circonstances et de l'état d'esprit du plaignant, ce qui arrivait peu en pratique.¹⁶²

Sous-section 2 : La notion de consentement après la réforme de 1992

Durant les années 1980, les mouvements féministes canadiens ont mis en exergue que les lois relatives aux violences sexuelles n'étaient que très peu appliquées. En effet, pour des raisons de formulations juridiques (supra sous-section 1) et d'autres diverses autres raisons politiques, juridiques et culturelles, la police et les procureurs avaient tendance à décider de ne pas poursuivre les personnes accusées de délinquance sexuelle.¹⁶³

La Canada a, dès lors, instauré en 1992 une réforme modifiant les règles en matière de violences sexuelles et définissant le consentement comme étant un « accord volontaire d'une personne à participer à l'activité sexuelle ».

Cette réforme fait aussi notamment suite à un arrêt¹⁶⁴ rendu par la Cour Suprême canadienne dans le cadre de l'affaire Seaboyer.

§1^{er} : L'affaire Seaboyer

En l'espèce, Seaboyer et Gayme, ayant été accusés d'agression sexuelle par deux plaignantes, avaient souhaité apporter une preuve sur le comportement sexuel antérieur

¹⁶¹ *Ibidem*

¹⁶² *Ibidem*, p. 408.

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ Arrêt R. c. Seaboyer, [1991] 2 RCS 577.

de celles-ci. En vertu des articles 276 et 277 du Code criminel, ce genre de preuve est inadmissible. Les deux accusés avaient attaqué ces articles devant la Cour Suprême en raison, selon eux, du fait qu'ils violaient leur droit à un procès équitable prévu par la Charte canadienne des droits et libertés.¹⁶⁵

Plus précisément, l'article 277 du Code criminel ne permet pas de fournir la preuve d'une réputation sexuelle si celle-ci ne vise qu'à attaquer ou à défendre la crédibilité de la victime. L'article 276 dispose, quant à lui, que « *l'accusé ou son représentant ne peuvent présenter une preuve concernant le comportement sexuel du plaignant avec qui que ce soit d'autre que l'accusé à moins qu'il ne s'agisse: a) d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant; b) de la preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'évènement mentionné dans l'accusation; c) d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.* »

Les sept juges ont tous considéré que l'article 277 du Code criminel était compatible avec les articles 7 et avec le paragraphe d) de l'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés. En revanche, la Cour Suprême a estimé que l'article 276 du Code criminel était inconstitutionnel en raison du fait qu'il enfreint le droit à la liberté d'un accusé de manière non conforme aux principes de justice fondamentale établis à l'article 7.¹⁶⁶

Cet arrêt a été vu comme étant une atteinte à l'autonomie sexuelle des femmes et il a motivé l'ancienne ministre de la justice canadienne Kim Campbell à déposer le projet de loi C-49 avec l'objectif que les femmes gardent leur plein contrôle sur leur sexualité.

§2 : La réforme de 1992

La nouvelle législation donne une définition positive de la notion de consentement qui est la suivante : « [...] *le consentement consiste, (...), en l'accord volontaire du*

¹⁶⁵ Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), c. 11.

¹⁶⁶ F. HOULE, « L'innocence tout prix l'affaire seaboyer la cour supreme du canada », *Canadian Journal of Women and the Law*, 5(1), 1992, pp. 179-201.

plaignant à l'activité sexuelle. »¹⁶⁷ L'accord volontaire fait référence à une perspective légale réputée en droit canadien, à savoir celle des modalités de l'expression du consentement ainsi que ses conditions de validité, que l'on retrouve en droit canadien des obligations. Les auteurs canadiens admettent que, même si ce consentement ne doit pas être verbalisé de manière expresse, il doit avoir été extériorisé que ce soit par des gestes, des sourires ou un certain comportement¹⁶⁸ de manière claire, explicite et sans ambiguïté.¹⁶⁹

En outre, l'existence du consentement doit être concomitante avec le rapport sexuel et le consentement doit être permanent et il appartient à la personne initiatrice des activités sexuelles de s'assurer de la présence continue du consentement de son partenaire.¹⁷⁰ L'article 273. 1 (2) du Code criminel vient, en effet, préciser un certain nombre de situations dans lesquelles on ne peut déduire la présence du consentement, à savoir les cas où :

(a) l'accord est exprimé par les paroles ou la conduite d'une personne autre que le plaignant ;

(b) le plaignant est incapable de consentir à l'activité ;

(c) l'accusé induit le plaignant à participer à l'activité en abusant d'une position de confiance, de pouvoir ou d'autorité ;

(d) le plaignant exprime, par des paroles ou une conduite, un manque d'accord à participer à l'activité ; ou

(e) le plaignant, ayant consenti à participer à une activité sexuelle, exprime, par des paroles ou une conduite, un manque d'accord à continuer à participer à l'activité.

La législation canadienne prévoit également, à l'article 273.2 du Code criminel, que l'accusé ne peut pas se défendre en alléguant qu'il pensait que la victime était consentante si :

« *a) cette croyance provient:*

¹⁶⁷ Art. 273. 1 (2) du Code criminel.

¹⁶⁸ J. DESROSIERS, *op cit*, pp. 66-67.

¹⁶⁹ L. VANDERVORT, *op cit*, pp. 403-404.

¹⁷⁰ C. LE MAGUERESSE, *op cit*, p. 232.

(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. »

Enfin, l'article 265(3) du Code criminel dispose que « *Pour 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. »*

En somme, afin qu'une agression sexuelle soit établie en droit canadien, il y a lieu de procéder de la manière suivante :

Tout d'abord, il convient de démontrer la matérialité de l'infraction, c'est-à-dire (i) un « contact », (ii) de nature sexuelle, (iii) l'absence de consentement de la victime. Les deux premiers éléments sont de nature plus objective que le troisième, ce dernier devant être établi principalement sur base du témoignage de la victime, appuyé ou contesté par d'autres éléments comme les circonstances entourant le déroulement du contact sexuel. Il y a lieu également de vérifier si la personne était capable d'extérioriser son consentement par son attitude verbale ou non verbale (article 273.1(2)a) et b) sans avoir été forcée, menacée, (article 265(3)a) et b)) ou incitée (article 273.1(2)c)). D'autre part, ce consentement exprimé librement doit être dépourvu de toute forme de tromperie (article 265(3)c)).¹⁷¹

Ensuite, l'on questionne la présence de l'élément intentionnel, à savoir celui de la conscience d'avoir perpétré des violences sexuelles à l'encontre de la volonté de la victime¹⁷², ce que l'on pourrait appeler « l'élément moral » en droit belge. Il est possible pour l'accusé d'alléguer de sa « *croyance sincère mais erronée au consentement* »¹⁷³. En d'autres termes, il lui appartient de démontrer qu'il a pris les précautions nécessaires pour s'assurer de la présence du consentement effectif et libre de l'autre. Le code criminel précise, en outre, que l'infraction est établie si la certitude de la présence du

¹⁷¹ *Ibidem*

¹⁷² *Ibidem*, p. 233.

¹⁷³ Art., 273.2 du Code criminel

consentement de l'autre tire son origine « *soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire* ». ¹⁷⁴

Le juge canadien ne peut pas conclure à une croyance erronée au consentement s'il l'accusé n'apporte pas de preuve de paroles ou d'actions spécifiques alléguées par la personne prétendument victime démontrant son accord volontaire. ¹⁷⁵

Chapitre 4 : Analyse du consentement au-delà du droit

Section 1 : Consentement comme contrat : perspectives théoriques et sociales

Sous-section 1 : Théories du consentement en psychologie sociale

Le contrat social est une notion ayant été développée en philosophie politique par des auteurs tels que Thomas Hobbes, John Locke, et Jean-Jacques Rousseau. La théorie suggère brièvement que les individus n'ont d'autres choix que de se soumettre à une autorité commune s'ils veulent espérer vivre dans un environnement où les droits de chacun sont respectés et où règne une certaine stabilité sociale.

Certains auteurs féministes comme Carole Pateman¹⁷⁶ et Sonny Perseil¹⁷⁷ critiquent ces théories en affirmant qu'en réalité, le contrat social ignore un autre contrat social lui étant sous-jacent, à savoir le « contrat sexuel ». Même si le contrat social et le contrat sexuel paraissent *a priori* neutres et fondés sur des valeurs d'égalité et de liberté, ils légitiment, selon elles, la domination patriarcale dans la mesure où ils créent des relations contractuelles qui ne seront jamais véritablement égales comme le mariage, l'emploi ou la prostitution.

Ruth J. Sample remet en question l'idée de consentement dans le contexte de la prostitution qui n'est pas véritablement libre et équitable et qui ne peut être comparée

¹⁷⁴ *Ibidem*

¹⁷⁵ L. VANDERVORT, *op cit*, p. 403-404.

¹⁷⁶ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.

¹⁷⁷ S. PERSEIL, *La fabrique du consentement: Une théorie du pouvoir*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2012.

avec un contrat civil classique. En effet, les personnes qui se prostituent sont soumises à des contraintes économiques sévères et n'ont généralement pas d'autres opportunités économiques viables. Leur choix de se prostituer n'est donc pas réellement libre et la prostitution leur apparaît comme étant la seule solution pour subvenir à leurs besoins. Cette réalité économique crée une situation où le consentement à la prostitution est fortement conditionné, voire contraint, par la nécessité économique, ce qui rend le contrat déséquilibré.

Sous-section 2 : Dimension contractuelle du consentement sexuel

Après avoir exploré les critiques féministes des théories classiques du contrat social et les implications de ces critiques sur la notion de consentement, il est essentiel de considérer comment ces dynamiques se manifestent spécifiquement dans le domaine du consentement sexuel. Cela nous amène à examiner la dimension contractuelle du consentement sexuel, où les mêmes problématiques de pouvoir et d'inégalités refont surface.

Le consentement sexuel peut être comparé dans une certaine mesure au consentement que l'on retrouve en droit civil dans la mesure où les deux formes de consentement reposent sur un accord mutuel entre deux parties. Il y a lieu d'admettre que les deux formes de consentement ne sont d'ailleurs pas toujours une acceptation libre et éclairée.

Le consentement, qu'il soit civil ou sexuel, peut être envisagé comme un spectre et moins comme une acceptation complètement binaire¹⁷⁹ car il est influencé par toute une série de facteurs contextuels, tels que les relations de pouvoirs, les pressions économiques et les normes sociales. L'exemple de la prostitution développé dans la précédente sous-section en témoigne. Cela perturbe la vision idéaliste du consentement véritablement informé et volontaire.

Dans le contexte civil, ces mêmes influences peuvent s'exprimer, par exemple, par des pressions économiques qui contraignent une partie à accepter des termes contractuels défavorables. De même, le consentement sexuel peut être tacite, explicite ou même contraint mais il contraste avec le consentement donné dans le cadre d'un contrat civil

¹⁷⁸ R. J. SAMPLE. *Exploitation: What It Is and Why It's Wrong*. Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

¹⁷⁹ O. GAN, *The Many Faces of Consent*. *Oregon Law Review*, 2019, pp. 383-428.

dans la mesure où tous les termes du contrat ne sont pas nécessairement négociés et acceptés par les parties de manière explicite.

Un exemple particulièrement pertinent de la dimension contractuelle du consentement sexuel se trouve dans les pratiques sadomasochistes (ci-après BDSM), où le consentement est structuré de manière à ressembler davantage à celui donné dans un contrat civil. Ces pratiques sont le sujet d'un paradoxe. Elles sont, en effet, considérées comme, *a minima*, violentes mais elles sont en parallèle centrées sur le principe du consentement et de la liberté de choix vis-à-vis de la manière d'exercer sa sexualité.¹⁸⁰ La communauté BDSM a réussi à développer des normes largement acceptées autour du consentement éclairé et des risques associés.

Le consentement dans le BDSM est basé sur la négociation d'un ensemble de règles convenues mutuellement entre les partenaires. Il arrive que le recours à ces pratiques nécessite préalablement une planification détaillée sous forme de questionnaire ou de discussions pour connaître les limites, les peurs et les intérêts de chacun. En outre, les participants peuvent définir des « mots de sécurité » qui indiquent le retrait du consentement et sont généralement reconnus comme une mesure de protection, tant dans les jeux privés que dans les espaces communautaires publics.¹⁸¹

Les théories couramment appliquées dans le cadre des pratiques BDSM, telles que "safe, sane, consensual" (S.S.C.), "risk aware consensual kink" (R.A.C.K.), et "personal responsibility, informed consensual kink" (P.R.I.C.K.), illustrent l'importance d'un consentement explicite et informé, où les participants sont pleinement conscients des risques et veillent à respecter des objectifs sécuritaires.¹⁸² Cependant, même dans ces contextes rigoureusement structurés, le consentement reste vulnérable aux mêmes types de pressions et d'influences contextuelles que l'on retrouve dans les contrats civils, soulignant la complexité de garantir un véritable consentement libre et éclairé.

Section 2 : Théories féministes et dynamiques de pouvoir

Bien que la dimension contractuelle du consentement sexuel révèle déjà des déséquilibres de pouvoir inhérents aux relations entre les parties, ces dynamiques

¹⁸⁰ I. WATTIER, *op cit*, p. 121.

¹⁸¹ M. SCHUMANN, « Pain, Please: Consent to Sadomasochistic Conduct », *U. ILL. L. REV.*, 2018, p. 1184.

¹⁸² *Ibidem*

contractuelles ne sont que l'expression d'une réalité plus vaste où les rapports de pouvoir façonnent profondément la capacité d'une personne à consentir librement. Ce lien intrinsèque entre pouvoir et consentement ne se limite pas aux contrats formels mais s'étend aux interactions sociales et sexuelles quotidiennes, où les inégalités de genre jouent un rôle central. Cette réflexion nous conduit à explorer plus en profondeur comment les théories féministes analysent et critiquent ces rapports de domination qui sous-tendent toute discussion sur le consentement.

Sous-section 1 : Rapport de domination

Catharine McKinnon est une auteure féministe américaine considérée comme l'une des figures les plus influentes du féminisme contemporain. Elle a considérablement marqué le mouvement féministe par ses analyses sur la sexualité, sur le pouvoir et sur la domination. Elle remet en question l'adéquation de l'utilisation du concept de consentement pour évaluer la légitimité des relations sexuelles en raison du contexte de domination masculine.¹⁸³

Elle soutient que le mouvement de libération sexuelle (*supra* chapitre 1) encourageait en fait les femmes à libérer leur sexualité pour satisfaire les besoins masculins. Selon l'activiste féministe, les partisans de la révolution sexuelle pensent que le viol pourrait être éliminé si les femmes étaient plus disposées à consentir. Pourtant, cet idéal d'épanouissement est basé sur une structure de domination masculine et ne fait donc que renforcer les inégalités de genre car une telle approche fait l'impasse sur les rapports de pouvoir sous-jacents influençant le consentement des femmes.¹⁸⁴

En ce sens, d'autres auteurs féministes comme Geneviève Fraisse, une philosophe et historienne du féminisme, dénoncent la dangereuse récupération du concept de consentement par les politiques publiques, sanitaires et sociales dans le but d'exercer une domination sur les femmes. La philosophe met en lumière également les discours qui utilisent le prétexte du consentement pour justifier le viol, la prostitution, le port du voile mais aussi le travail précaire des femmes.¹⁸⁵

Ce point de vue n'est pas, cependant, partagé par toutes les féministes. En effet, une partie d'entre elles, faisant partie du mouvement dit « pro-sexe », insistent sur

¹⁸³ A. JAUNAIT et F. MATONTI, « L'enjeu du consentement », *Raisons politiques*, 2012/2 (n° 46), p. 10.

¹⁸⁴ A. JAUNAIT et F. MATONTI, *op cit*, p. 10.

¹⁸⁵ G. FRAISSE, *Du consentement*, Paris, Seuil, 2007.

l'importance de la notion de consentement en démontrant qu'en réalité, la valeur du consentement dépend du degré de réprobation sociale d'une activité. A titre d'exemple, la capacité de consentir des travailleurs du sexe et des adeptes du sadomasochisme est régulièrement remise en question au nom de certaines valeurs comme la dignité humaine ou au nom du fait que ces personnes soient prétendument aliénées ou influencées.¹⁸⁶

Les rapports de domination ne se limitent pas à des structures abstraites mais ils se manifestent également de manière concrète dans la société, notamment à travers l'objectivation sexuelle. Cette réduction des femmes à des objets sexuels, largement perpétuée par les médias et la culture populaire, a des implications profondes pour la manière dont le consentement est compris et exprimé. Examinons cette dynamique de pouvoir plus en détail avant d'aborder le sujet des négociations sexuelles quotidiennes.

Sous-section 2 : Objectivation sexuelle

Les auteurs féministes dénoncent fréquemment l'influence de l'objectivation sexuelle dans les relations entre les hommes et les femmes. Ce concept renvoie au fait de réduire une personne à un objet sexuel. Cela évoque immédiatement l'image de la "femme-objet" couramment représentée dans les publicités et la pornographie.

La lutte contre l'objectivation sexuelle requiert certes des mesures juridiques, mais elle nécessite aussi de comprendre le consentement de manière phénoménologique en écoutant et en décrivant les expériences vécues sur la sexualité pour mettre en lumière les ambiguïtés relatives à l'objectivation sexuelle.¹⁸⁷

La plupart des gens ont déjà été témoins de l'objectivation sexuelle ou en ont entendu parler dans les médias, surtout à cause de sa présence dans l'espace public. De nombreuses femmes subissent en effet la surveillance, le harcèlement et les violences. « *Ces atteintes fragmentent et pétrifient l'existence féminine. Celle-ci est empêchée dans sa spontanéité, amoindrie dans sa liberté, contractée dans une forme de réalisation ou de chosification.* »¹⁸⁸ L'auteure Sandra Lee Bartky exprime ses ressentiments lorsque des hommes lui font des commentaires dans la rue de la manière suivante : « *Comme le dirait Sartre, j'ai été pétrifiée par le regard de l'Autre. Mon visage rougit tandis que*

¹⁸⁶ A. JAUNAIT et F. MATONTI, *op cit*, p. 10.

¹⁸⁷ B. DELMOTTE, « L'un dans l'autre, les ambiguïtés de l'objectivation sexuelle », *Esprit*, 2017, p. 143.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 144.

mes mouvements deviennent raides et embarrassés. Ce corps que j'habitais avec tellement d'aisance un instant auparavant emplit maintenant ma conscience. J'ai été transformée en objet ». ¹⁸⁹

L'on peut, premièrement, faire un parallèle avec la notion de *corps-pour-autrui*, c'est-à-dire un corps fixé, parcellisé et captif du regard de l'autre. L'utilisation de l'expression « c'est un joli petit cul » (« nice piece of ass » en anglais) en est un exemple parlant où le regard de l'autre substitue « *la personne qu'on est au corps qu'on a* ». ¹⁹⁰

Deuxièmement, l'objectivation sexuelle est également violente à travers l'intériorisation du regard des hommes. Les femmes n'ont le choix que de se soumettre et d'intégrer cette réduction de leur personne. ¹⁹¹ Sandra Lee Bartky utilise le concept de discipline de Foucault pour expliquer que les femmes sont en fait conduites à une forme de « *soumission rituelle* » ¹⁹² à cette injonction sociale.

Troisièmement, l'auteur Benjamin Delmotte évoque une dernière forme de violence qu'il appelle « *le passage de la considération objectivante à l'utilisation objectivante* » ¹⁹³. Certaines pratiques sociétales instrumentalisent cette image de la femme. L'exemple le plus évident est la pornographie qui reste « *une pratique centrale dans la subordination des femmes* » ¹⁹⁴.

La subordination de la femme à l'homme à travers cette objectivation sexuelle est contraire au principe éthique kantien qui postule qu'un sujet moral doit traiter autrui comme une fin mais jamais comme un simple moyen. ¹⁹⁵ Les propos de Kant sont assez évocateurs quant à l'effet de l'objectivation sexuelle : « *L'amour dicté par la seule inclination sexuelle fait de l'autre personne un objet d'appétit ; dès qu'on a apaisé cet appétit, l'autre personne est mise de côté comme on jette un citron après en avoir pressé tout le jus [...]. En soi, cette inclination entraîne une dégradation de l'être humain, car aussitôt qu'une personne devient un objet d'appétit pour autrui, tous les liens moraux*

¹⁸⁹ S. LEE BARTKY, *Femininity and Domination: Studies in the Phenomenology of Oppression*, New York, Routledge, 1990, p. 27.

¹⁹⁰ B. DELMOTTE, *op cit*, p. 145.

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² S. LEE BARTKY, *op. cit*, p. 27.

¹⁹³ B. DELMOTTE, *op cit*, p. 147.

¹⁹⁴ A. DWORKIN, *Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality*”, dans *Drucilla Cornell (sous la dir. de), Feminism and Pornography*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 30.

¹⁹⁵ E. PAPADAKI, «Sexual Objectification: From Kant to Contemporary Feminism», *Contemporary Political Theory*, 2007, pp. 330-348.

se dissolvent, et la personne ainsi considérée n'est plus qu'une chose dont on use et se sert »¹⁹⁶.

Le crime de viol est l'exemple extrême de l'objectivation sexuelle. Le corps de la femme est réduit à un simple instrument de satisfaction. Non seulement le viol est humiliant et brutal, mais il renie et méprise l'existence d'une relation sexuelle authentique dans la mesure où l'agresseur refuse de considérer l'humanité et la subjectivité de sa victime en exerçant son pouvoir.¹⁹⁷

Pour éviter dans la mesure du possible ce phénomène d'objectivation sexuelle, il est essentiel de garantir le consentement dans les relations sexuelles. Mais la vraie question est de chercher comment concevoir ce consentement, que ce soit juridiquement ou socialement.

Sous-section 3 : La négociation sexuelle, le sentiment de redevabilité et la distinction entre « céder » et « consentir »

Les discussions sur l'objectivation sexuelle mettent en lumière les moyens par lesquels les femmes sont systématiquement réduites à des objets, ce qui a des implications profondes sur leur capacité à consentir. Pour approfondir cette réflexion, il est crucial de considérer comment ces dynamiques se manifestent dans les interactions sexuelles quotidiennes, en particulier à travers le sentiment de redevabilité et la négociation sexuelle.

§1^{er} : Le sentiment de redevabilité

Peut-on vraiment parler de consentement lorsque celui-ci provient d'un sentiment de redevabilité ?

Instinctivement, l'on pense à la prostitution lorsque l'on évoque les échanges liés à la sexualité. Les études qualitatives sur le sujet démontrent cependant que les échanges transactionnels professionnels où l'on négocie à l'avance les modalités sont en réalité

¹⁹⁶ E. KANT, *Leçons d'éthique*, traduit par Luc Langlois, Paris, Le Livre de poche, 1997, pp. 290-291.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 148.

minoritaires.¹⁹⁸ Les jeunes s'engagent dans ce genre d'échanges sexuels surtout par compromis¹⁹⁹, avec une certaine marge de manœuvre lorsqu'ils négocient les termes variant entre liberté et contrainte avec eux-mêmes ou avec leur partenaire. Ces compromis sont influencés par des facteurs personnels comme le besoin de reconnaissance ou le sentiment de redevabilité.²⁰⁰

L'enquête de Barense Dias, Akre et al. réalisée en Suisse met d'ailleurs en lumière que 53% des femmes ayant été questionnées ont consenti à des relations sexuelles sans les avoir réellement désirées.²⁰¹

En outre, certaines études ont également révélé que, dans le contexte d'une aventure sans lendemain, il arrive majoritairement plus souvent que les jeunes femmes regrettent *a posteriori* d'avoir eu cette relation. De plus, elles acceptent souvent les avances des jeunes hommes pour éviter les conflits. Elles sont dès lors contraintes de développer des stratégies de diminution de leur anxiété vis-à-vis de leurs actes qu'elles ont réalisés principalement pour faire plaisir à leur partenaire.²⁰² Cela ne s'applique pas seulement aux relations sans lendemain mais aussi aux relations de couple stable.²⁰³

L'article des auteurs Myrian Carbajal, Annamaria Colombo et Marc Tadorian prend l'exemple de Joan, 17 ans, qui explique qu'elle se sentait redevable envers un jeune homme car elle venait « squatter » chez lui très souvent. Elle dit : « [...] *j'étais posée contre lui et puis au bout d'un moment, il a commencé à me caresser le bras et tout ça. Donc je sentais qu'il en avait envie et puis il a commencé à m'embrasser et puis sur le moment, j'en avais absolument pas envie. Et puis on est allés dans la chambre et puis finalement, c'était pas mal du tout. C'était pas le genre où je me suis sentie abusée, parce que c'est moi qui lui ai pris la main et puis on est allés dans la chambre. Mais sur le moment j'avais vraiment pas envie et j'étais là, mais pourquoi?* ». L'on sent qu'elle perçoit sa sexualité comme un contre-don. Cet échange lui permet de restaurer

¹⁹⁸ M. CARBAJAL, A. COLOMBO et M. TADORIAM, « Consentir à des expériences sexuelles sans en avoir envie. La logique de redevabilité : responsabilité individuelle ou injonction sociale genrée ? », *Journal des anthropologues*, 2019, p. 202.

¹⁹⁹ M. N. SCHURMANS, « Négociations et transactions : un fondement socio-anthropologique partagé », *Négociations*, 2013, pp. 81-93.

²⁰⁰ M. CARBAJAL, A. COLOMBO et M. TADORIAM, *op cit*, p. 202.

²⁰¹ Y. BARENSE DIAS, C. AKRE, et al., *Sexual health and behavior of young people in Switzerland*, Lausanne, Institut universitaire de médecine sociale et préventive-IUMSP, 2018.

²⁰² M. CARBAJAL, A. COLOMBO et M. TADORIAM, *op cit*, p. 203.

²⁰³ *Ibidem*

l'équilibre dans la relation et apaiser son angoisse de passer pour une profiteuse.²⁰⁴ Son acceptation à l'acte sexuel « *est destinée à rétablir l'égalité compromise par le don* »²⁰⁵.

Beaucoup de jeunes femmes acceptent en fait par culpabilité car elles affirment *a posteriori* en fait qu'elles auraient dû se rendre compte plus tôt qu'un homme offrant des faveurs à une femme a forcément des attentes sexuelles. Dès lors, en répondant positivement auxdites faveurs, elles auraient dû se douter que cela créerait une attente.²⁰⁶

Cependant, toutes les jeunes femmes placées dans les mêmes conditions ne négocieront pas de la même manière. Chacune d'elles choisit le compromis qu'elle juge le plus acceptable ou approprié en fonction des circonstances.²⁰⁷ En effet, les comportements sexuels dépendent des apprentissages ayant été acquis durant la socialisation d'un individu.²⁰⁸

Ces apprentissages forment des « scripts sexuels », c'est-à-dire des règles et des attentes sur ce qui est supposé se passer lors d'une interaction à caractère sexuel. Le genre joue un rôle important dans ces scripts.²⁰⁹ Il existe en effet le stéréotype de l'homme s'attendant toujours à une relation sexuelle en échange d'une faveur comme un hébergement après une soirée. Cette attente sexuelle, additionnée à la pression sociale peut influencer le comportement sexuel d'une femme.²¹⁰

On ne retrouve pas ce sentiment de redevabilité chez les jeunes hommes hétérosexuels lorsqu'ils racontent leurs expériences sexuelles. Une partie d'entre eux ne s'interrogent d'ailleurs même pas sur la possibilité qu'une femme puisse se sentir redevable à leur égard lorsqu'ils leur donnent des faveurs. Les jeunes hommes ont, en effet, tendance à interpréter l'engagement des jeunes femmes comme étant des actes spontanés.²¹¹ Une autre partie d'entre eux, cependant, réalise que leur partenaire ait pu se sentir contrainte de céder par sentiment de redevabilité.²¹²

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 204.

²⁰⁵ F. WEBER. *Le travail à-côté : Étude d'ethnographie ouvrière*, Paris: INRA-Éditions, 2000, p. 96.

²⁰⁶ M. CARBAJAL, A. COLOMBO et M. TADORIAM, *op cit*, p. 205.

²⁰⁷ *Ibidem*

²⁰⁸ J. H. GAGNON et W. SIMON, W., *Sexual Conduct: The Social Sources of Human Sexuality*, Chicago, Aldine Publishing Company, 1973.

²⁰⁹ L. MONTEIL, « *Scripts sexuels* », *Encyclopédie critique du genre*, Paris, La Découverte, 2016, pp. 584-595.

²¹⁰ M. CARBAJAL, A. COLOMBO et M. TADORIAM, *op cit*, p. 206.

²¹¹ *Ibidem*

²¹² *Ibidem*

Par contre, cela ne signifie pas que les hommes ne sont pas également assujettis à des attentes au niveau de leur comportement sexuel. Il y a le sentiment chez les jeunes hommes qu'ils ont accepté la thèse selon laquelle les femmes auraient un appétit sexuel moins prononcé et qu'il y aurait un besoin de payer cette « dette de sexe » en restant constamment « *disponibles, volontaires et performants sexuellement* »²¹³.

Le genre joue un rôle dans les interactions sexuelles dans la mesure où les jeunes s'appuient sur des « scripts sexuels » qui dictent les attentes de comportements à adopter en fonction de leur genre. La notion de redevabilité met donc en lumière des dynamiques sociales de genre qui dépassent les jeunes.²¹⁴

§2 : La négociation sexuelle

Les journaux féminins ont souvent tendance à encourager les femmes à simuler leurs désirs et à manipuler leurs partenaires plutôt qu'à promouvoir l'importance d'une communication ouverte de leurs besoins.²¹⁵ C'est en tout cas ce qu'il ressort de ce qu'a analysé ladite Annie Ferrand. Il s'agit, dès lors, d'une situation problématique car le consentement devient une question de performance à travers des techniques de simulation et de manipulation. L'usage de ces techniques sont elles-mêmes signes que ces négociations ont lieu sous contrainte. Les femmes sont réticentes à exprimer leurs désirs profonds, voir même à refuser les actes qu'elles ne souhaitent pas.²¹⁶

La contrainte est d'ailleurs, d'après la même auteure, banalisée dans le discours médiatique et il est fréquent que les femmes doivent « se forcer ». Cette pression de céder est souvent déguisée en une expression d'amour ou de compromis, ce qui ne correspond pas à un véritable consentement libre et éclairé.²¹⁷

§3 : Distinction entre « céder » et « consentir »

Les dynamiques de pouvoir, à la fois concrètes et complexes, soulèvent des questions fondamentales sur la nature même du consentement. Comprendre ces mécanismes psychologiques en jeu est essentiel pour saisir les enjeux sous-jacents.

²¹³ Ibidem, p. 208.

²¹⁴ Ibidem

²¹⁵ A. FERRAND, « La "libération sexuelle" est une guerre économique d'occupation », *Genre sexualité & société*, 2010.

²¹⁶ Ibidem

²¹⁷ Ibidem

Au cœur du débat, la distinction entre « céder » et « consentir » est cruciale pour comprendre les nuances du consentement dans les relations interpersonnelles. Il est, en effet, nécessaire de tenter de la saisir dans la mesure où le refus de la reconnaître « conduit à un danger : ne plus reconnaître le traumatisme sexuel, et même le traumatisme psychique, ne plus avoir les moyens de discerner entre ce qui relève d'un « oui » – même discret, timide, pudique, inavoué et secret – et ce qui relève de la rencontre avec une violence exercée à l'endroit d'un être »²¹⁸.

Le fait de céder relève, en psychologie, du traumatisme. Il est très fréquent qu'une personne ayant été forcée ne sait pas si elle a véritablement consenti ou pas préalablement. Elle peut avoir dit « oui » au départ et se sentir piégée en étant incapable de dire « non » ensuite. La personne va souvent se demander si elle est responsable et si elle n'aurait pas dû dire « non » plus fermement ou si elle ne devait pas fuir simplement la situation. Cette ambiguïté crée de la honte et rend la communication sur le traumatisme difficile. La perversion exploite l'ambiguïté du consentement. Elle rend le désir confus et troublant pour la victime, ce qui provoque une effraction dans le corps de l'autre, menant à un traumatisme psychique et corporel, souvent lié à une trahison du consentement.²¹⁹

Cela ne touche évidemment pas que la sphère sexuelle et intime. En effet, dans le domaine professionnel, les individus peuvent éprouver également des traumatismes en dépit de leur consentement initial. Signer un contrat de travail peut entraîner une aliénation et une angoisse profonde lorsque les attentes et les exigences dépassent ce à quoi le travailleur avait consenti. Cette situation crée un malaise où le sujet continue de travailler par obligation, ressentant une nausée et une panique constantes. Dans ce contexte, on a l'impression de travailler contre soi-même. Le contrat ne représente plus une garantie mais justement un élément pouvant servir à instaurer un certain silence. Celui qui a consenti est désormais contraint à exécuter et à « se livrer toujours davantage jusqu'à lui extorquer sa puissance vitale »²²⁰.

²¹⁸ M. NECHAF, « Clotilde Leguil. *Céder n'est pas consentir. Une approche clinique et politique du consentement*. Paris, Puf, 2021 », *Savoirs et clinique*, 2021, p. 39.

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ *Ibidem*, p. 42.

Sous-section 4 : Vision libérale vs perspective féministe radicale

Alors que nous avons exploré les diverses dynamiques de pouvoir et les complications liées à la notion de consentement, il est pertinent d'examiner comment ces questions se situent dans un cadre théorique plus large. Cette réflexion nous conduit à un débat central entre la vision libérale du consentement, qui met l'accent sur l'autonomie individuelle, et la perspective féministe radicale, qui remet en question cette autonomie en la replaçant dans le contexte des rapports de domination structurels. Cette opposition théorique éclaire les tensions profondes entre la conception du consentement comme un acte libre et éclairé, et les réalités des contraintes sociales et culturelles qui l'influencent.

Tel qu'ayant été développé dans le présent travail, la mobilisation du concept de consentement comme élément déterminant l'existence de violences sexuelles est présente dans tous les ordres juridiques analysés. Cette approche peut paraître aller de soi au premier abord et elle se rapproche des théories à tendance libérale considérant que chacun a le droit de disposer de son corps comme il l'entend et que chacun est libre de mettre en œuvre sa sexualité de la manière dont il le souhaite. Dans cette optique, le consentement doit occuper une position centrale dans l'organisation actuelle de la vie sexuelle car il est intrinsèquement lié aux valeurs démocratiques.²²¹

Les auteurs défendant de manière générale cette ligne directrice soulignent l'importance de reconnaître les désirs et l'agentivité des individus, qu'il s'agisse des femmes, des travailleurs et travailleuses du sexe ou des personnes handicapées. Ils expriment également des préoccupations face aux tentatives d'imposer une morale sexuelle spécifique, sous le prétexte de s'occuper des personnes incapables de consentir. Ces auteurs semblent rejeter la sacralisation de la sexualité, refusant de la considérer comme une activité entièrement à part.²²²

Selon cette approche, l'incapacité de consentir et l'absence de consentement sont les seules limites à la liberté sexuelle.²²³

A contrario, certains auteurs féministes, qualifiés de féministes radicaux par certains, critiquent la vision néo-libérale du consentement en affirmant qu'elle ne tient pas compte des réalités humaines, des contraintes extérieures et des conditionnements

²²¹ J. MARKET, « Le retrait du malentendu-alibi », *op cit.*

²²² *Ibidem*

²²³ M. MARRANO, *op cit*, p. 117.

internes.²²⁴ Dès lors, ils soutiennent qu'il est impossible de considérer le consentement comme une véritable expression de l'autonomie personnelle. En effet, puisque la sexualité est toujours influencée par des rapports de domination où les hommes imposent les normes de féminité et de masculinité ainsi que les comportements associés, le consentement ne peut être considéré comme une véritable expression de l'autonomie individuelle. Ces rapports structurels biaisent toujours le consentement, rendant problématique l'approche de la sexualité basée uniquement sur le consentement. Cette vision, qui idéalise un échange sexuel entre partenaires égaux dans une société individualiste, tend à ignorer les réalités des relations hiérarchiques et de pouvoir qui influencent véritablement le consentement.²²⁵

De plus, en faisant du consentement le seul critère de légitimité des rapports sexuels, on risque de déresponsabiliser celui qui l'obtient et de concentrer l'attention sur les actions de la victime plutôt que sur celles de l'agresseur en cas de plainte.

De manière générale, dans nos sociétés occidentales, le viol est considéré comme étant un acte résultant des pulsions naturelles masculines ou pathologiques. Les auteurs féministes déplorent cette approche car cela met un voile sur les rapports sociaux de sexe.²²⁶ Dans les années 1970, les travaux de certaines auteures féministes ont tenté de démontrer que les violences de genre ne sont pas des événements isolés mais qu'elles jouent un rôle clé dans la façon dont les femmes sont constamment socialisées en fonction de leur sexe. Les violences sexuelles contribuent ainsi de manière essentielle à leur oppression.²²⁷

Cette approche féministe nous interroge dès lors sur la vision traditionnelle sociale et légale de nos sociétés occidentales.

²²⁴ Ibidem

²²⁵ J. MARKET, « Le retrait du malentendu-alibi », *op cit*, p. 117.

²²⁶ A. JAUNAIT et F. MATONTI, *op cit*, p. 8.

²²⁷ C. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

Section 3 : Compétences psychosociales et capacité de consentir

Sous-section 1 : Les compétences psycho-sociales

Le consentement envisagé comme une volonté intérieure (consentement interne) et une expression (consentement externe) implique que, d'une part, l'émetteur soit doté de compétences d'*insight*, c'est-à-dire, qu'il ait la conscience de lui-même, ainsi que des compétences de communication et, d'autre part, que le récepteur soit capable de démontrer de l'empathie et de l'écoute vis-à-vis de l'émetteur.²²⁸ Ces qualités peuvent être considérées comme des compétences psychosociales.

Les compétences psycho-sociales peuvent être définies comme étant la « *capacité d'une personne à répondre avec efficacité aux exigences et aux épreuves de la vie quotidienne. C'est l'aptitude d'une personne à maintenir un état de bien-être subjectif qui lui permet d'adopter un comportement approprié et positif à l'occasion d'interactions avec les autres, sa culture et son environnement* »²²⁹. L'OMS et l'UNESCO reconnaissent dix compétences psycho-sociales différentes qui sont les suivantes : savoir résoudre les problèmes, savoir prendre des décisions, savoir communiquer efficacement, être habile dans les relations interpersonnelles, avoir une pensée créative, développer une pensée critique, avoir conscience de soi, avoir de l'empathie pour les autres, savoir gérer son stress et enfin, savoir gérer ses émotions.²³⁰ La manière dont ces compétences s'acquièrent au fur et à mesure chez l'individu varie selon l'éducation, le parcours de vie et les éventuels troubles psychiques.

Sous-section 2 : Les échelles de consentement

§1^{er} : Echelles de consentement interne et externe

Dans les débats relatifs à la culpabilité dans les affaires de violences sexuelles, il arrive fréquemment, comme nous l'avons vu précédemment, que la personne accusée se

²²⁸ C. MIEILE. et C. BAIS, « consent is a matter of competence », *Sages-femmes*, 2022, pp. 21-23.

²²⁹ Centre de recherches et d'informations pour la santé Île-de-France. Les compétences psycho-sociales. consulté le 18 juin 2024. www.lecrips-idf.net/competences-psychosociales.

²³⁰ World Health Organization. Life Skills Education for Children and Adolescents in Schools: Introduction and Guidelines to Facilitate the Development and Implementation of Life Skills Programmes (WHO/MNH/PSF/93.7 A.Rev.2). World Health Organization, 1994.

défende en invoquant l'erreur, c'est-à-dire qu'elle pensait légitimement que l'autre avait manifesté son consentement par son attitude.

La perception de l'expression du consentement par l'autre nécessite de maîtriser certaines compétences psycho-sociales. En effet, premièrement, le consentement suppose l'existence d'une volonté de l'émetteur.²³¹ Ce dernier doit avoir lui-même identifié cette volonté. Cela renvoie à la notion de consentement interne. Deuxièmement, il doit exister une communication entre l'émetteur et le récepteur. Cette communication peut s'établir par des paroles, des gestes ou plus généralement par une attitude corporelle générale. Ladite communication renvoie au consentement externe. Il s'agit de marquer son accord de manière physique.²³²

D'après plusieurs auteurs, les programmes de sensibilisation au consentement se concentrent trop souvent uniquement sur la sensibilisation au consentement externe sans porter assez l'attention sur la prise de conscience de son propre désir et de ses propres excitations sexuelles.²³³ Il est pourtant essentiel de pouvoir se faire une idée précise de la volonté sexuelle interne et de l'expression de cette volonté des individus si l'on veut comprendre comment les personnes expriment leur consentement. Même si la présence du consentement interne ne détermine pas la manière dont un individu va exprimer celui-ci, le fait de pouvoir mesurer cette volonté interne est un élément clé pour comprendre pourquoi les individus qualifient un rapport comme étant une agression sexuelle ou pas.²³⁴

C'est la raison pour laquelle des échelles ont été développées par les auteurs Jozkowski et al. afin de pouvoir quantifier objectivement comment les individus, en l'espèce des étudiants dans l'expérience qu'ils ont menées, expriment le consentement interne et externe.²³⁵ Ils ont demandé à 660 étudiants de faire un compte rendu de leurs dernières expériences sexuelles hétérosexuelles.

²³¹ C. MIELE, C. BAIS, *op cit.*

²³² K. WALSH, « Dual Measures of Sexual Consent: A Confirmatory Factor Analysis of the Internal Consent Scale and External Consent Scale », *The Journal of Sex Research*, 2019, pp. 802–810.

²³³ *Ibidem*

²³⁴ Z. PETERSON et C. MUEHLENHARD, « Conceptualizing the “Wantedness” of Women’s Consensual and Nonconsensual Sexual Experiences: Implications for How Women Label Their Experiences as Rape », *The Journal of Sex Research*, 2007, pp. 1–9.

²³⁵ K.-N. JOZKOWSKI, M. A. PETERSON, C. E. SANDERS, et J. DENNIS, « Gender Differences in Heterosexual College Students' Conceptualizations and Indicators of Sexual Consent: Implications for Contemporary Sexual Assault Prevention Education », *The Journal of Sex Research*, 2014, pp. 609-620.

La première échelle est appelée Internal Consent Scale (Ci-après ICS). Elle mesure le consentement interne à l'aide des indicateurs suivants :

- La réponse physique (battements de cœur, érection, etc.) ;
- Le sentiment de sécurité et de confort (sécuré, respecté, protégé) ;
- L'état d'éveil (intéressé) ;
- Le désir²³⁶ ;
- La disponibilité

Une fois que la personne a pris conscience de son consentement interne, elle le fait comprendre à son partenaire. L'on fait dès lors appel à l'External Consent Scale (Ci-après ECS) dont les marqueurs sont les suivants :

- comportements non verbaux (caresser par exemple) ;
- communication verbale ;
- *borderline pressure* (s'isoler avec son partenaire, fermer la porte, etc.) ;
- comportements passifs (se laisser caresser par exemple) ;
- absence de réponse.

§2 : Lien entre les deux échelles

Il serait assez confortable de pouvoir déterminer un lien entre le consentement interne et externe, ce que plusieurs études ont tenté, sans succès, de révéler. Ce pourrait être particulièrement utile dans les affaires judiciaires relatives aux accusations de violences sexuelles lorsque l'erreur est invoquée par la partie défenderesse. Par exemple, l'on aurait pu imaginer que lorsqu'une personne fait preuve d'une attitude non-verbale spécifique ainsi que d'un certain comportement passif, son ICS soit, par un lien de cause à effet, d'office élevée ce qui pourrait laisser penser au juge avec certitude que la personne était consentante.

²³⁶ Les sources anglophones utilisent souvent les termes "consent" ou "want," qui se rapportent à la notion de volonté. Les auteurs ont tendance à les associer au désir.

Cependant, les échelles ICS et ECS révèlent principalement qu'il existe une variété d'expressions internes et externes de consentement. Il a aussi été démontré que les recherches sur l'initiation à la relation sexuelle montrent que l'engagement dans la relation est principalement exprimé de manière indirecte et non verbale car « *les initiations indirectes sont jugées plus désirables* »²³⁷.

Cette réalité complexifie l'interprétation dans un cadre juridique, où la clarté et l'évidence sont souvent nécessaires pour établir une culpabilité ou une innocence. En effet, lorsque le consentement est donné de manière subtile ou implicite, il devient difficile pour les tribunaux de trancher sur la légitimité d'une relation sexuelle, surtout dans les cas où l'une des parties allègue qu'il y a eu malentendu ou erreur de perception. Ainsi, la nature indirecte et non verbale de nombreuses expressions de consentement ajoute une couche supplémentaire de complexité pour les juges.

Sous-section 3 : Le désir vs la volonté dans l'expression du consentement

Les échelles de consentement interne et externe offrent une perspective précieuse sur les façons dont les individus perçoivent et expriment leur consentement. Cependant, pour comprendre pleinement le consentement, il est également nécessaire d'examiner les éléments sous-jacents qui influencent cette perception et cette expression, notamment la distinction entre le désir et la volonté.

Le désir et la volonté peuvent instinctivement être confondus vu leur proximité sémantique. Bien qu'ils puissent sembler similaires, ils diffèrent car leur construction suit des processus distincts.

La différence entre les deux concepts dans notre contexte revêt une certaine importance car cela pousse à nous interroger sur la place du rationnel et de l'irrationnel et, du conscient et de l'inconscient. La distinction soulève également la question de comment se forment les choix et les décisions, particulièrement en ce qui concerne l'intimité individuelle. Bien que ces aspects semblent extrêmement personnels, surtout dans le domaine de la sexualité, ils sont toujours façonnés par les interactions avec autrui.

§1^{er} : Le désir cartésien de Descartes

²³⁷ S.-A. VANNIER et L.-F. O'SULLIVAN, « Communicating Interest in Sex: Verbal and Nonverbal Initiation of Sexual Activity in Young Adults' Romantic Dating Relationships », *Archives of Sexual Behavior*, 2011, 40(5), pp. 961-969.

Le désir et la volonté diffèrent en ce que la volonté est influencée par la raison. Descartes, dans sa troisième maxime de morale provisoire, suggère de changer ses désirs plutôt que le monde, car la volonté ne désire que ce que l'entendement (ou raison) lui présente. Selon Descartes, la raison détermine ce qui est possible et le propose à la volonté, qui désire alors en conséquence. Le consentement, dans cette perspective, repose sur une volonté éclairée par la raison, impliquant une détermination rationnelle du désir. De plus, Descartes distingue la volonté, liée au présent, du désir, tourné vers l'avenir, comme expliqué dans « Les passions de l'âme ». ²³⁸

§2 : Le désir spinozien

Spinoza conteste l'idée de Descartes selon laquelle la raison précède le désir. Spinoza affirme que les humains sont avant tout des êtres de désir, définissant le désir comme l'essence de l'homme poussé à agir par ses affections. Ce désir, qui inclut la conscience de cet effort, précède la raison. La raison peut tenter d'ordonner les désirs, mais elle ne peut pas les changer ou choisir leurs objets. Pour Spinoza, nous jugeons les choses bonnes parce que nous les désirons, non l'inverse.

Ainsi, désir et volonté sont des formes de persévérance dans l'être, mais la volonté concerne l'esprit seul, tandis que le désir inclut le corps. Cette perspective rend difficile la fondation du consentement sur la volonté ou le désir, car ceux-ci ne sont pas des choix rationnels. Spinoza voit la liberté comme l'adhésion à la raison par une âme saine, plutôt que l'exercice d'une volonté autonome. ²³⁹

§3 : Le désir freudien

Freud dépasse Spinoza en soutenant que le désir, logé dans l'inconscient, échappe à la raison et se rapporte à un manque. Contrairement à Spinoza qui voit le désir comme une force d'auto-affirmation, Freud le lie à des expériences de satisfaction passées, influençant les relations humaines. Cette quête de satisfaction peut entrer en conflit avec des interdits, créant du déplaisir et entraînant le refoulement de certains désirs dans

²³⁸ R. DESCARTES, *Les passions de l'âme*, Paris, Vrin, 1953.

²³⁹ B. SPINOZA, *Ethique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.

l'inconscient. Les désirs refoulés continuent d'agir de manière détournée, rendant difficile de baser le consentement sur eux.²⁴⁰

Selon Freud, la volonté représente le choix conscient, pouvant s'opposer au désir refoulé. Bien que la volonté soit influencée par l'inconscient, elle demeure plus apte à fonder le consentement que le désir, car ce dernier échappe souvent à la conscience de l'individu. Freud suggère que la volonté, même si elle n'atteint pas une transparence totale de soi, offre un meilleur fondement pour le consentement que le désir, qui ne peut garantir une liberté absolue exempte de toute contrainte.²⁴¹

Sous-section 4 : L'impact de l'état de sidération sur la capacité de consentir

Alors que nous avons examiné comment le désir et la volonté influencent l'expression du consentement, il est important de considérer une situation où la capacité d'expression du consentement est totalement compromise, à savoir l'état de sidération.

L'exigence d'une preuve de résistance dans les affaires de violences sexuelles pose est un élément qui pose problème d'un point de vue juridique. L'on a, instinctivement, tendance à postuler qu'une personne victime, ou susceptible d'être victime, tentera de réagir de manière active pour échapper à un préjudice, que ce soit par la lutte ou par la fuite. L'adoption de ce postulat revient à dissimuler la dernière forme de réaction possible, à savoir l'« état de sidération », que les anglophones traduisent par « *tonic immobility* ». ²⁴²

Lorsque le cerveau estime, souvent inconsciemment, qu'il ne peut fuir ou surmonter une situation dangereuse potentiellement traumatique, il peut déclencher l'état de sidération.²⁴³ Cet état particulier se manifeste par une paralysie physique, une rigidité musculaire et une absence de réaction aux stimuli. Cette réaction est purement physique. Autrement dit, elle n'affecte pas la conscience et la cognition de l'individu. Par

²⁴⁰ S. FREUD. *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud: An Outline of Psycho-Analysis* (Vol. 23). London: Hogarth Press, 1968.

²⁴¹ *Ibidem*

²⁴² M. SCHIEWE, « Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws », *DePaul Journal of Women, Gender & the Law*, vol. 8, 2019, pp. 3-4.

²⁴³ B. P. MARX et al., *Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors*, *Clinical Psychology: Science and Practice*, vol. 15, 2008, pp. 74-90.

conséquent, les victimes continuent de percevoir et d'analyser de manière active les détails de la situation et de l'environnement.²⁴⁴

Ce phénomène ne se produit pas que chez les êtres humains mais aussi chez les animaux. Les chercheurs en biologie ont, dès lors, tenté de comprendre en quoi cette réaction pouvait être évolutive, c'est-à-dire ce qui pouvait pousser un être vivant à adopter ce genre de comportement de manière à lui procurer un avantage pour sa survie. Il s'avère que cette attitude passive peut permettre d'éviter une attaque et de réduire les pertes de sang.²⁴⁵

Il est maintenant largement reconnu que cet état de sidération constitue une réaction fréquente chez les victimes de violences sexuelles. L'état de sidération les immobilise, les empêche de fuir, de se défendre ou de crier pendant l'agression.²⁴⁶

Lorsque cet état de sidération survient, il est impossible pour la partie civile ou pour le procureur de démontrer l'absence de consentement de la victime par la résistance de cette dernière. Nous examinerons ultérieurement dans quelle mesure les trois ordres juridiques analysés prennent en compte l'existence de cet état de sidération dans leur appréciation de la présence ou l'absence de consentement.

Chapitre 5 : Analyse critique et comparaison des ordres juridiques

L'analyse du traitement légal de la notion de consentement dans les infractions à caractère sexuel à travers les ordres juridiques français, belge et canadien révèle des approches législatives et judiciaires qui se différencient de manière fondamentale. Après avoir examiné le cadre historique du consentement, l'état des lieux de chaque ordre juridique par rapport à la même notion et le contexte psychosocial du consentement, nous en venons à évaluer de manière critique les forces et les faiblesses de ces systèmes.

Cette partie vise à comparer les trois systèmes sous l'angle de leur efficacité à protéger les victimes tout en respectant les droits des accusés. Elle explorera également comment

²⁴⁴ M. SCHIEWE, *op cit.*

²⁴⁵ B. P. MARX et al, *op cit.*

²⁴⁶ M. SCHIEWE, *op cit*, p. 5.

les théories psychosociales et féministes sur le consentement sexuel, précédemment abordées, peuvent éclairer cette analyse comparative.

En fin de compte, cette analyse permettra non seulement de mettre en évidence les lacunes existantes, mais aussi de proposer des pistes de réforme susceptibles de renforcer la justice dans le traitement des affaires de violences sexuelles.

Section 1 : Évaluation critique des faiblesses et forces de chaque système juridique

Sous-section 1 : Les lacunes du droit français

§1^{er} : La présomption de consentement

La littérature juridico-féministe française dénonce fréquemment que le Code pénal français induit une présomption de consentement. L'arrêt fondateur de la Cour de Cassation française du 25 juin 1857 définit, en effet, le viol comme étant « *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* ». ²⁴⁷

L'article 222-23 du Code pénal français soutient cette orientation en disposant que « *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* ». Cette approche est problématique selon beaucoup d'auteurs qui considèrent que le défaut de consentement ne peut pas résulter de l'attitude de l'auteur de l'agression sexuelle mais qu'il ne doit résulter que du comportement de la personne supposée exprimer son consentement. ²⁴⁸ Cette perspective est symptomatique de la tendance sociale considérant qu'une femme est « réputée » consentir, à moins qu'elle ne résiste de manière ferme et énergique. La

²⁴⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, arrêt du 25 juin 1857..

²⁴⁸ C. LE MAGUERESSE, *op cit*, p. 227.

manière dont l'article 222-23 est rédigé suggère que le consentement préexiste et qu'il n'est pas respecté que dans certaines conditions.

Par ailleurs, le Code pénal soutenait autrefois expressément dans l'ancien article 222-22 que « *la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ».

L'existence d'une telle présomption est préoccupante d'un point de vue probatoire selon Catherine de Magueresse²⁴⁹. Un des facteurs expliquant le fait que les infractions à caractère sexuel soient effectivement peu condamnées est le fait que l'auteur des violences sexuelles plaide la plupart du temps que la victime était consentante, surtout lorsqu'il est indéniable qu'un rapport sexuel a eu lieu. Dans ce cas, il appartient à la victime et/ou au Ministère public de prouver, non pas l'absence de consentement mais bien l'usage de « violence, contrainte, menace ou surprise ». Cela a pour effet que le simple fait que les victimes refusent de se soumettre aux demandes sexuelles n'a pas non plus de force juridique contraignante pour les juges, à moins qu'il ne soit étayé par des preuves de l'utilisation de "violence, contrainte, menace ou surprise".²⁵⁰

Le texte ne prévoit aucune obligation dans le chef du juge de rechercher des signes démontrant la présence ou l'absence de consentement de la victime, et encore moins d'obligation d'examiner l'existence de signes « positifs » de la présence du consentement. Les auteurs des manuels de droit pénal général ont justifié à l'époque cette lacune en affirmant que l'absence de consentement découle en fait du recours à la violence, à la contrainte à la menace ou à la surprise. L'auteur Philippe Conte admet cependant que « *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* ». ²⁵¹

Cette approche n'est pas en adéquation avec la réalité. En effet, contrairement à la vision stéréotypée de l'agresseur sexuel de rue, les auteurs d'agression sexuelle sont, dans l'écrasante majorité des cas, déjà présents dans l'entourage de la victime et n'ont, dès lors, pas besoin d'avoir recours à la « violence, contrainte, menace ou surprise » en raison de la relation de confiance, d'emprise ou de pouvoir qu'ils entretiennent avec la victime.²⁵²

²⁴⁹ *Ibidem*

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 228.

²⁵¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, 3ème édition, 2007, p. 135.

²⁵² C. LE MAGUERESSE, *op cit*, p. 229.

Le groupe d'experts sur la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) a publié en 2019 un rapport indiquant qu'il était problématique au regard de l'article 36.2 de la Convention d'Istanbul que « *la définition juridique des infractions sexuelles n'est (...) pas fondée de manière explicite sur l'atteinte au consentement libre et non équivoque de la victime* »²⁵³ mais sur les méthodes utilisés pour outrepasser ce consentement et que dès lors, cette approche ne couvre pas les situations où la victime se retrouve dans un état de sidération.

Les magistrats tentent, cependant, de pallier cette lacune en questionnant, d'une part, les victimes sur la manière dont elles ont exprimé leur refus et, d'autre part, les auteurs sur leur réaction par rapport à la manifestation du refus de la victime. Cela peut aider la Cour à se faire une idée de la stratégie adoptée par l'auteur pour ensuite pouvoir caractériser le recours à la « violence, contrainte, menace ou surprise ». ²⁵⁴

Cependant, l'on peut s'interroger sur la pertinence de poser cette même question à la victime dans le but de caractériser l'insuffisance de résistance. ²⁵⁵ Lorsque l'on repense à la notion d'état de sidération, l'intérêt du juge par rapport à la réaction de la victime pose véritablement problème. C'est en tout cas ce que dénoncent Audrey Darsonville, professeure de droit pénal à l'Université Paris Nanterre, et François Lavallière, professeur agrégé en droit à l'Université Laval, au Québec, qui s'interrogent : « *Comment prouver que l'acte était violent quand la victime n'a pas eu la force de résister ou n'a pas pu s'opposer ? Comment attester que l'auteur avait placé la victime dans une situation de contrainte morale annihilant tout consentement ? Comment établir le défaut de consentement quand celui-ci est un fantôme dans la loi ?* ». ²⁵⁶

En outre, la Cour de Cassation française est très exigeante quant à l'exigence que l'absence de consentement soit totale. Dans un arrêt du 20 juin 2001, la Cour de Cassation a ainsi censuré une décision de la Cour d'appel de Grenoble. Cette dernière avait établi la culpabilité du prévenu et avait justifié celle-ci en affirmant que le prévenu « *ayant employé à l'égard de sa victime des violences physiques (...) ne pouvait pas ne*

²⁵³ GREVIO, Rapport d'évaluation (de référence) du GREVIO sur les mesures d'ordre législatif et autres donnant effet aux dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul)-France, 2019

²⁵⁴ C. LE MAGUERESSE, *op cit*, p. 229.

²⁵⁵ *Ibidem*

²⁵⁶ A. DARSONVILLE et F. LAVALLIÈRE, (2023, 22 novembre). Violences sexuelles : « La France doit inscrire le consentement au cœur de l'infraction de viol » Le Monde.fr.

https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/11/22/violences-sexuelles-la-france-doit-inscrire-le-consentement-au-c-ur-de-l-infraction-de-viol_6201653_3232.html.

pas se rendre compte que sa partenaire n'était pas tout à fait consentante. »²⁵⁷ La Cour de Cassation a censuré l'arrêt au motif que « *l'absence totale de consentement de la victime, élément constitutif de l'agression sexuelle, doit être caractérisée pour que l'infraction soit constituée* ». ²⁵⁸

Cette jurisprudence fait réagir beaucoup d'auteur(e)s féministes. Ils considèrent qu'il y a lieu de reconnaître le droit aux femmes de déterminer les limites de leur intégrité, c'est-à-dire de déterminer quand, comment et avec qui elle désirent avoir des relations sexuelles si l'on décide de mettre l'accent sur la recherche du consentement et les conditions dans lesquelles ce consentement a été donné.²⁵⁹ Dans le cas contraire, l'on permet aux hommes et au législateur de fixer eux-mêmes leurs droits sur le corps des femmes en déterminant qu'il doit absolument y avoir eu un recours à la « violence, contrainte, menace ou surprise » pour pouvoir considérer que la victime n'était pas consentante.

Une autre décision de la Cour de cassation du 8 juin 2004²⁶⁰ a fait l'objet de critiques similaires en raison du fait que la Cour a reconnu l'importance de la preuve de la contrainte pour établir le viol, même dans un contexte où la victime était sous l'emprise psychologique de l'accusé. La Cour de cassation a jugé qu'une simple absence de consentement n'était pas suffisante pour caractériser le viol sans démonstration de violence, contrainte, menace ou surprise.

Cependant, il existe des décisions de la Cour de Cassation française plus récentes qui vont dans le sens de la protection des victimes en matière de consentement sexuel où les juges prennent davantage en compte l'absence de consentement, même en l'absence de violence, contrainte, menace ou surprise traditionnelles.

Par exemple, la Cour de cassation a reconnu l'incapacité de la victime à consentir en raison de l'alcool comme un facteur suffisant pour établir l'absence de consentement.²⁶¹ De même, la Cour d'appel de Paris du 5 décembre 2018²⁶² a pris en compte l'état de sidération de la victime pour confirmer la condamnation de l'accusé, montrant ainsi une reconnaissance accrue des situations où la victime est incapable de résister activement.

²⁵⁷ Cass. crim., 20 juin 2001, n°00-88. 258.

²⁵⁸ *Ibidem*

²⁵⁹ C. LE MAGUERESSE, *op cit* p. 230.

²⁶⁰ Cour de cassation, chambre criminelle, 8 juin 2004, n°03-81.154.

²⁶¹ Cour de cassation, chambre criminelle, 14 février 2018, n° 17-80.065.

²⁶² Cour d'appel de Paris, 5 décembre 2018, n° 17/03752.

§2 : Proposition de loi reconnaissant l'absence de consentement comme élément constitutif de l'agression sexuelle et du viol

Compte tenu des lacunes reconnues du droit pénal français en matière de consentement, une proposition de loi récente cherche à remédier à ces insuffisances en intégrant explicitement la notion de consentement dans la définition des infractions sexuelles. Cette initiative législative vise à renforcer la protection des victimes et à clarifier les critères juridiques relatifs au consentement sexuel.²⁶³

La proposition de loi propose de modifier les articles 222-22 et 222-23 du Code pénal français relatifs à la définition d'agression sexuelle et du viol.

Concernant la définition de l'agression sexuelle, il serait disposé qu'il s'agit de « *toute atteinte sexuelle commise à l'encontre d'une personne qui n'a pas donné son consentement volontairement. Elle peut être commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur. L'expression du consentement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes devra donc être recherchée. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime* ». ²⁶⁴

La proposition du nouveau libellé de l'article 222-23 du Code pénal relatif à la définition du viol inclut également la définition du consentement de la même manière que ce qui serait prévu dans l'article 222-22 ci-dessus.

Pour justifier ces mesures, l'exposé des motifs commence par évoquer quelques statistiques criminologiques interpellantes. L'on souligne que le nombre de victimes de violences sexuelles est en hausse et que seulement 12% des victimes ont porté plainte. Nous resterons prudent par rapport à l'usage de ces statistiques dans la mesure où le chiffre noir exact reste inconnu et que l'augmentation de la reportabilité peut-être lié notamment à la libération de la parole concernant les abus sexuels.

Nous nous rallions aux motivations qui sous-entendent que la définition du viol du Code pénal français est clairement insuffisante. La proposition de loi justifie d'ailleurs cela

²⁶³ Assemblée nationale. (2024). Proposition de loi n° 2170 visant à intégrer la notion de consentement dans la définition pénale des infractions d'agression sexuelle et de viol. Enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 février 2024, Seizième législature.

²⁶⁴ *Ibidem*

par les propos des auteures Catherine de Magueresse et Audrey Darsonville, développés dans le paragraphe précédent relative à la présomption de consentement.

L'exposé des motifs se poursuit en affirmant que, dès lors que la définition pénale n'est pas interprétée de manière suffisamment large avec les quatre critères actuels, la loi manque d'effectivité « *pour prendre en compte la sidération, la dissociation, la contrainte implicite, les rapports de pouvoir ou de dépendance économique* »²⁶⁵.

Les personnes à l'origine de la Proposition de loi sont explicites par rapport au but affiché de ce changement législatif. Ils ne prétendent pas mettre un terme à la société patriarcale contribuant à la continuité de la « culture du viol ».

Cependant, ils soulignent, en reprenant les dires d'Amnesty International que, certes, la modification des lois « *ne permettra pas d'éradiquer les viols, mais il s'agit d'une étape cruciale sur cette voie. Cela envoie un message fort quant à la société dans laquelle nous voulons vivre. C'est-à-dire, une société débarrassée du viol, une société où l'autonomie sexuelle et l'intégrité physique sont respectées et protégées. La réforme législative peut aussi être un point de départ crucial pour modifier les comportements et les attitudes, mais elle doit s'accompagner d'efforts concertés afin de lutter contre les mythes préjudiciables largement répandus et les stéréotypes liés au genre. En modifiant les lois et en mettant fin à la culpabilisation des victimes et aux stéréotypes liés au genre dans les procédures judiciaires, les gouvernements européens peuvent veiller à ce que les prochaines générations ne doutent jamais qu'un acte sexuel non consenti est bel et bien viol et aient l'assurance que les responsables de tels agissements seront sanctionnés* »²⁶⁶.

Sous-section 2 : L'obligation d'un consentement exprimé en droit canadien

Le Canada est un des pays ayant voulu réagir par rapport à la prise de position des codes pénaux traditionnels par rapport aux violences sexuelles.

²⁶⁵ *Ibidem*

²⁶⁶ Amnesty International. (2023, 17 décembre). Parlons de consentement : les lois relatives au viol fondées sur le consentement en Europe. <https://www.amnesty.org/fr/latest/campaigns/2020/12/consent-based-rape-laws-in-europe/>.

Pour rappel (*supra* Chapitre 3, section 4), la réforme de 1992 a intégré la considération du consentement dans le droit pénal canadien. La réforme avait pour ambition de s'attaquer au problème de la preuve dans les procès relatifs aux violences sexuelles en donnant une définition claire du consentement sexuel. Le préambule de cette loi déclare d'ailleurs : « *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* »²⁶⁷.

Cette réforme a néanmoins fait l'objet de nombreuses critiques affirmant qu'elle n'émane que des lobbies féministes et qu'elle menace le principe de la présomption d'innocence, voire même qu'elle est méprisante à l'égard des hommes.²⁶⁸

Ces critiques se sont intensifiées suite au célèbre arrêt *R. v. Ewanchuk*²⁶⁹ prononcée par la Cour suprême canadienne. Celui-ci développe la notion de consentement en refusant de décider que l'absence de résistance de la part de la victime peut être considérée comme un consentement tacite.

En l'espèce, il s'agissait d'un ébéniste ayant convié une femme dans sa camionnette pour lui montrer l'objet de son travail et pour lui suggérer éventuellement un emploi. Il a ensuite commencé à la toucher après avoir fermé la porte. Chaque attouchement était « *plus intime que le précédent, malgré le fait que la plaignante ait clairement dit 'non' à chaque occasion* »²⁷⁰. La victime n'a pas résisté car elle avait peur d'une éventuelle escalade dans les actes de son agresseur.²⁷¹

Dans un premier temps, l'accusé a été acquitté. L'existence d'un consentement tacite a été considérée comme étant recevable dans le cas d'espèce. Cela a été ensuite confirmé par la Cour d'appel d'Alberta. L'opinion du juge en chef de cette Cour d'appel était dissident. En effet, il considérait que la reconnaissance de l'existence d'un consentement implicite n'était pas cohérent avec les nouvelles dispositions ayant été

²⁶⁷ Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L. C. 1992, C. 38.

²⁶⁸ S. MCINTYREC, « Tracking and resisting backlash against equality gains in sexual offence law », *Canadian Woman Studies*, volume 20, number 3, 2003.

²⁶⁹ *R. v. Ewanchuk* [1999] 1 R.C.S. 330.

²⁷⁰ *Ibidem*, § 67.

²⁷¹ J. WRIGHT, « Consent and Sexual Violence in Canadian Public Discourse: Reflections on *Ewanchuk* », *Canadian Journal of Law & Society*, 2001, vol. 16, no. 2, pp. 173-193.

adoptées lors de la réforme de 1992 en ce que cela revenait à perpétuer l'idée dépassée qui voulait que « *les femmes au Canada se promènent dans ce pays dans un état de consentement constant à une activité sexuelle à moins et jusqu'à ce qu'elles disent « non » ou opposent de la résistance à quiconque les cible pour une activité sexuelle* »²⁷².

Le juge du fond (le premier juge) a pourtant, en réalité, confondu l'*actus reus* et le *mens rea*. L'*actus reus* fait référence à l'élément matériel d'une infraction, c'est-à-dire l'acte physique ou le comportement interdit. Le troisième aspect de l'*actus reus*, c'est-à-dire l'absence de consentement, ne s'intéresse qu'à l'état d'esprit de la victime au moment des faits. Quant au *mens rea*, il concerne l'état d'esprit de la personne accusée, c'est-à-dire la question de savoir s'il a commis l'acte volontairement et en conscience de cause.²⁷³

Dans son raisonnement, la Cour suprême a commencé par souligner que l'absence de consentement ne dépend que de la perspective subjective de la victime au moment des faits.²⁷⁴ Ainsi, la conviction de l'accusé concernant l'expression du consentement n'est examinée qu'au moment de l'évaluation de la *mens rea*.²⁷⁵

Le débat ne portait pas sur l'existence de l'absence de consentement de la victime. Il était clair qu'elle était sous l'emprise de la peur, craignant que l'accusé ne recoure à la force si elle tentait de résister. Dès lors, conformément à l'article 265 (3) du Code criminel, la Cour a confirmé une absence de consentement de la victime. La Cour a d'ailleurs ajouté qu'« *il n'est pas nécessaire que la crainte de la plaignante soit raisonnable, ni qu'elle ait été communiquée à l'accusé pour que le consentement soit vicié. Bien que la plausibilité de la crainte alléguée et toutes expressions évidentes de cette crainte soient manifestement pertinentes pour apprécier la crédibilité de la prétention de la plaignante qu'elle a consenti sous l'effet de la crainte, la démarche est subjective* »²⁷⁶.

La complexité de la question portée devant la Cour suprême portait sur l'appréciation du *mens rea*. L'accusé était autorisé à soulever une croyance erronée au consentement mais cette croyance devait satisfaire aux exigences de l'article 273.2 du Code criminel

²⁷² R. v. Ewanchuk [1999] 1 R.C.S. 330, §67.

²⁷³ E. 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, vol. 13, no. 3, pp. 4-5.

²⁷⁴ R. v. Ewanchuk [1999] 1 R.C.S. 330, §25 et 26, cités par K. ROACH, *op cit*, p. 476.

²⁷⁵ *Ibidem*

²⁷⁶ *Ibidem*, §39.

et surtout au point b de cet article qui dispose que ledit accusé doit avoir « pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement ». En l'espèce, l'accusé n'avait pas pris ces précautions et avait continué les attouchements en dépit des répétitions verbales de refus entre chaque attouchement. Sur cette base, la Cour a affirmé 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* »²⁷⁷ et a dès lors cassé l'arrêt de la Cour d'appel en valorisant une définition « communicative » de la notion de consentement.²⁷⁸

Cet arrêt constitue un précédent jurisprudentiel essentiel dans la mesure où il refuse que les stéréotypes et les mythes continuent à influencer les décisions en matière d'infraction à caractère sexuel.²⁷⁹

L'arrêt a cependant fait l'objet de critiques ultérieures, notamment émanant du Barreau du Canada et une partie de la doctrine canadienne. Ceux-ci ont regretté cette décision pour la raison suivante.²⁸⁰

En effet, d'après la Cour Suprême, le fait de se baser sur le silence, le comportement ambigu et/ou la passivité de la victime pour justifier de la présence du consentement de celle-ci est une erreur de droit. Ces comportements de la victime ne peuvent donc même pas être utilisés comme une défense ce qui pourraient, d'après certains auteurs, entraîner une criminalisation dans les cas où il y a un véritable doute sur la présence ou pas d'une agression sexuelle. C'est en tout cas l'avis du Professeur Stuart ayant imaginé deux situations hypothétiques afin de justifier son propos.

Dans la première, deux adolescents, Jack et Jill, ont un rendez-vous au cinéma. Ils prennent un verre ensuite chez Jack. Jill dit à Jack qu'elle a un copain mais qu'elle est une personne ouverte, amicale, affectueuse et tactile. Jack répond qu'il est également ouvert et tactile. Ils continuent à discuter et ils commencent à se faire des câlins. A un moment donné, Jack embrasse Jill en pensant que, vu la situation, Jill y répondrait positivement. Ce baiser ne fut cependant pas bien accueilli par Jill qui pensait n'avoir

²⁷⁷ *Ibidem*, §101

²⁷⁸ E. CRAIG *op cit*, pp. 4-5. 5

²⁷⁹ R. v. Ewanchuk [1999] 1 R.C.S. 330, §95.

²⁸⁰ C. LE MAGUERESSE, *op cit* p. 230.

rien fait pour encourager Jack dans cette action. Elle a ensuite ouvert deux boutons de sa chemise car elle se sentait claustrophobe et Jack a interprété cela comme des avances et lui a touché les seins, ce qui lui a valu une gifle en retour par Jill. Dans la deuxième situation, Jill a embrassé Jack mais toutes les autres circonstances restent inchangées.

Si l'on reprend les enseignements de la Cour Suprême, Jack n'a aucun moyen de défense peu importe ce qu'il pense. Il en va de même dans la deuxième hypothèse, car Jack ne pourrait invoquer sa croyance erronée car l'ouverture de Jill est un comportement que l'on peut qualifier d'ambigu et que la croyance d'un comportement ambigu constitue une erreur de droit. Dès lors, le consentement est déterminé uniquement sur la perspective subjective du plaignant et l'accusé est dépourvu de moyen de défense s'il a confondu le comportement ambigu avec le consentement. Cela reviendrait donc à criminaliser la séduction.

Cependant, ces craintes ne se sont, en réalité, pas matérialisées. Les tribunaux canadiens ont réussi à faire une application assez juste de l'arrêt *Evenchuk* en ne condamnant pas des comportements pouvant être qualifiés de « séduction innocente » en faisant la distinction entre une croyance honnête mais erronée et une interprétation déraisonnable du consentement. En réalité, les juges canadiens continuent de reconnaître la complexité des interactions humaines tout en exigeant que le consentement soit clairement établi, ce qui évite de criminaliser à tort des comportements typiques de séduction.²⁸¹

Par exemple, dans l'affaire *R. c. Darrach* (2000)²⁸², l'accusé a tenté de justifier son acte en invoquant la croyance erronée que la plaignante consentait, en se basant sur son historique sexuel. La Cour suprême du Canada a fermement rejeté cette défense, affirmant que l'accusé n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement et qu'il ne pouvait pas utiliser des stéréotypes ou des présomptions basés sur l'historique sexuel de la victime pour légitimer son comportement.

De manière similaire, dans l'affaire *R. c. Barton* (2019)²⁸³, la Cour suprême a ordonné un nouveau procès après avoir constaté que le jury n'avait pas été suffisamment informé que la croyance erronée de l'auteur quant au consentement devait être fondée sur des mesures raisonnables qu'il aurait prises pour s'assurer de l'accord de la victime. La Cour a d'ailleurs critiqué le fait que le déroulement du procès initial devant le premier juge a

²⁸¹ E. CRAIG *op cit.*

²⁸² *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443, 2000 CSC 46.

²⁸³ *R. c. Barton*, [2019] 2 R.C.S. 579, 2019 CSC 33.

pu influencer le jury en raison des stéréotypes négatifs. En effet, la victime était une autochtone impliquée dans l'industrie du sexe, et la manière dont les preuves ont été présentées a renforcé des préjugés raciaux et sexistes, susceptibles de biaiser le jugement du jury. La Cour suprême a souligné que ces stéréotypes ne devaient en aucun cas affecter l'évaluation du consentement, insistant sur l'importance de donner des instructions claires à l'égard du jury pour garantir un procès équitable. Cet arrêt souligne encore une fois la rigueur avec laquelle les tribunaux canadiens exigent une vérification active du consentement, même dans des contextes où les interactions sont complexes.

D'autres arrêts ont pris le parti d'accorder la croyance erronée au consentement à l'accusé.

Dans l'arrêt *R. v. Kuryluk*²⁸⁴, le tribunal a considéré que l'accusé pouvait avoir cru à tort mais de manière honnête que la plaignante avait consenti aux actes mais qu'elle n'avait, en réalité, pas clairement retiré son consentement. Il s'agissait en l'espèce de deux anciens partenaires sexuels qui s'étaient embrassés, attouchés et qui ont ensuite pratiqué le sexe oral mutuellement dans un appartement après avoir passé la soirée dans un bar. La plaignante a affirmé ne pas avoir consenti à la pénétration vaginale et l'avoir exprimé verbalement. La Cour d'appel de la Nouvelle-Ecosse a cependant acquitté Kuryluk car elle a estimé qu'il subsistait un doute dans la manière explicite dont cette communication a été faite. Elle a également pris en compte l'historique des relations.²⁸⁵

Cet arrêt a fait l'objet de critiques pour ne pas avoir respecté les normes établies par l'arrêt *R. v. Ewanchuk*. Les critiques se sont concentrées sur le fait que l'acquittement s'était appuyé sur une interprétation laxiste de ce que constitue une communication suffisante de retrait du consentement. Selon les critiques, le tribunal aurait dû insister sur la nécessité pour l'accusé de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement continu, plutôt que de permettre une défense basée sur l'absence d'un retrait explicite.

L'on peut également citer l'arrêt *Anderson*²⁸⁶ dans lequel la Cour d'appel de Nouvelle-Ecosse a estimé que même si la plaignante avait changé d'avis, il y avait une période de transition pendant laquelle ce changement d'avis devait être communiqué à l'accusé

²⁸⁴ *R. v. Kuryluk*, 1999 NSCA 13 (CanLII), [1999] N.S.J. No. 15.

²⁸⁵ *Ibidem*

²⁸⁶ *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 RCS 167.

d'une manière suffisamment claire pour qu'il comprenne que le consentement avait été retiré. Le juge a aussi noté que l'accusé avait cessé ses avances sexuelles lorsque la plaignante avait exprimé clairement son souhait de partir, ce qui a renforcé l'idée qu'il croyait honnêtement que le consentement était encore présent jusqu'à ce moment-là.

Les arrêts Kuryluk et Anderson révèlent des zones grises où la jurisprudence semble parfois accorder une marge de manœuvre excessive à l'accusé, au risque de compromettre les protections prévues par l'arrêt Ewanchuk. Ces décisions soulignent la nécessité pour les tribunaux de trouver un équilibre délicat : d'une part, en veillant à ce que la défense de croyance erronée au consentement ne soit pas utilisée pour excuser des comportements abusifs, et d'autre part, en garantissant que les accusés bénéficient d'un procès équitable, où la réalité des interactions humaines complexes est pleinement reconnue.

Il est essentiel que la jurisprudence continue de se développer pour clarifier ces ambiguïtés et renforcer les standards de consentement, afin de mieux protéger les victimes tout en respectant les droits fondamentaux des accusés. Le défi pour les juges canadiens sera de maintenir cet équilibre, en s'assurant que les décisions futures soient fondées sur une interprétation rigoureuse et juste du consentement, en phase avec les réalités contemporaines.

Sous-section 3 : Le droit belge à mi-chemin

Pour rappel (*supra* Chapitre 3, section 2), le nouveau Code pénal sexuel a introduit expressément la notion de consentement, contrairement au Code pénal français. Il s'agit indéniablement d'une avancée allant de pair avec l'évolution des mœurs actuelles et les normes internationales modernes en matière de droits humains. Le législateur a voulu être attentif aux voix féministes en instaurant également les notions d'autodétermination sexuelle, d'intégrité sexuelle et de retrait du consentement à tout moment.

En outre, le Ministre de la justice a précisé vouloir agir contre le trop faible taux de condamnations par rapport au nombre de plaintes déposées. Selon lui, la législation antérieure manquant de clarté et compliquant inutilement la charge de la preuve est une cause de cette constatation.²⁸⁷

²⁸⁷ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 4.

Le fait d'avoir introduit une disposition spécifique affirmant que le consentement ne puisse être déduit seulement de la simple absence de résistance de la victime témoigne de cette avancée. L'adoption d'une position inverse conduirait à donner un sens au silence et validerait le sens du dicton « qui ne dit mot, consent ». Cela participerait dès lors à omettre la distinction entre céder et consentir, développée dans le chapitre 4, section 2, et à nier l'existence de l'état de sidération développée dans le même chapitre, section 3.

Cependant, la réforme a tout de même fait l'objet de certaines critiques, notamment dans la formulation de certaines des nouvelles dispositions.

L'auteure Isabelle Wattiez dénonce à cet égard le fait qu'il ne s'agisse pas réellement d'une véritable définition de la notion de consentement sexuel. A tout le moins, elle affirme qu'il n'est défini que par des attitudes allant à l'encontre du consentement. La doctrine dénonce d'ailleurs le manque de sens et la tautologie de la formulation : « Le consentement suppose que celui-ci a été donné librement ».²⁸⁸ Les termes « suppose que » n'annoncent pas de définition. Aussi, d'après Isabelle Wattier, le terme « librement » est inutile car « *il faut distinguer l'expression de la volonté extériorisée (soit la volonté externe : « j'admets un consentement verbalement ou par écrit, ce qui est toutefois difficilement applicable dans le domaine des relations intimes ») et la volonté interne (c'est-à-dire le libre arbitre, le for intérieur) ».*²⁸⁹

Cette imprécision est susceptible d'engendrer des interprétations différentes par les magistrats et ne pas contribuer à établir une sécurité juridique assez solide.

D'autant plus que, dans la mesure où la charge de la preuve de l'absence du consentement repose sur la partie civile et le Ministère public (*supra* chapitre 3, section 2), les situations en zone grise pourraient continuer à faire succomber la victime lorsque le juge estime qu'il subsiste un doute. L'on peut imaginer l'hypothèse de la victime étant dans un état psychologique la rendant difficilement capable de manifester son refus.

Il a été proposé, durant les débats relatifs au nouveau Code pénal sexuel, d'introduire une obligation de précaution sexuelle sous la forme d'une reconnaissance de la « négligence sexuelle ». Cette obligation aurait été semblable à l'obligation de prises de

²⁸⁸ M. ALIÉ., *op cit*, p. 86.

²⁸⁹ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *op cit*, p. 213.

mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la victime prévue en droit canadien à l'article 273.2 du Code criminel et ce, durant toute l'activité sexuelle.

Cette proposition n'a malheureusement pas abouti. Cette absence limite, dès lors, la faculté du juge à faire directement référence à cette obligation dans le chef du juge pour condamner l'auteur et encourage le juge à utiliser le principe de la charge de la preuve pour acquitter l'auteur lorsqu'il estime que la communication du non-consentement n'a pas été exprimée à suffisance.

Section 2 : Comparaison synthétique des cadres juridiques

Sous-section 1 : Définition du consentement

Parmi les trois ordres juridiques analysés, l'ordre juridique canadien est le seul possédant une véritable définition de la notion de consentement avec la notion d'accord volontaire.

En dépit de la récente réforme, le droit belge n'en donne pas une définition claire, mis à part de le définir par ce qu'il n'est pas et de préciser qu'il doit être donné librement, ce qui coule de source.

Quant au droit français, la notion est complètement absente et découle, comme expliqué précédemment, en partant du principe qu'une personne est consentante, à moins qu'elle n'ait fait l'usage de plusieurs manières démontrant qu'elle s'est départit du consentement.

Nous osons affirmer que le droit canadien tend à protéger davantage les victimes, du moins symboliquement au niveau de sa formulation législative. Le droit français est clairement resté plus en retrait et charge en réalité les juges de pallier sa formulation rétrograde. Le droit belge se trouve entre les deux ordres juridiques au niveau de la définition du consentement.

Sous-section 2 : Charge de la preuve et croyance honnête mais erronée au consentement

A nouveau, le droit français se démarque par sa faible protection de la victime au niveau de la charge de la preuve. Comme en droit belge, il appartient au Ministère public et à la partie civile de démontrer l'absence de consentement en vertu du principe de la présomption d'innocence sauf que le cadre législatif français est encore plus rigide ce qui peut rendre la preuve de l'absence du consentement encore plus compliquée à démontrer.

Le droit canadien, à nouveau, est très protecteur de la victime dans la mesure où il appartient à la personne accusée même de démontrer qu'elle a pris les mesures suffisantes pour s'assurer de la présence du consentement. Cette obligation proactive renverse partiellement la charge de la preuve, même s'il existe toujours des critiques concernant l'application stricte de ce principe issu de l'arrêt Evenchuk. Parmi les trois ordres juridiques analysés, le droit canadien est le seul exigeant des preuves objectives d'efforts de vérification du consentement de l'autre.

Le droit belge n'a malheureusement pas été aussi loin que le droit canadien en n'optant finalement pas explicitement pour introduire la notion d'obligation de précaution sexuelle mais il consacre la réversibilité et le caractère volatile du consentement. Cela confirme qu'à partir du moment où une personne exprime un « non », toutes les attitudes et paroles préalables qu'elle aurait pu avoir ne pourront être utilisées par l'auteur pour plaider sa croyance erronée au consentement.

Concernant le droit français, l'accusé est théoriquement libéré par la démonstration de l'absence de violence, menace, surprise ou contrainte, ce qui lui facilite la tâche pour prétendre à sa croyance erronée au consentement.

Le droit canadien peut donc paraître à nouveau comme étant le plus avancé en terme de protection de la victime. Cependant, l'on a vu au travers des décisions de la Cour d'appel de Nouvelle-Ecosse que les tribunaux canadiens peuvent peiner à éclaircir les zones grises et peuvent acquitter une personne sur base d'un doute que le consentement ait bel et bien été exprimé par la victime, au lieu de se focaliser sur le fait que l'accusé aurait dû prendre les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de sa partenaire.

Sous-section 3 : Absence de résistance de la victime et prise en compte de l'état de sidération

Le droit belge ayant inscrit explicitement dans le Code pénal que la présence du consentement ne pouvait être déduite de l'absence de résistance de la victime, il a fait un pas symbolique non-négligeable dans la protection de la victime et dans la prise en compte de l'état de sidération. Le juge peut le prendre en compte mais le juge n'est pas forcé de le faire.

Le droit français invite dans sa formulation à prendre en compte l'absence de résistance de la victime. L'on a vu que la jurisprudence française doit justifier de la raison de l'incapacité à pouvoir résister, ce qui maintient le stéréotype selon lequel une victime « normale » résiste et que si elle ne résiste pas, elle est probablement consentante. Cela dissimule la réalité de l'état de sidération et l'on en revient à cette présomption de consentement.

En ce qui concerne le système juridique canadien, il adopte une approche plus évoluée en matière de reconnaissance de l'état de sidération, en fournissant une définition précise du consentement et en identifiant clairement les situations où le consentement ne peut être présumé, telles que l'incapacité de la victime à consentir en raison de la peur ou d'une paralysie psychologique. La réforme législative de 1992, ainsi que la jurisprudence issue de l'arrêt R. c. Ewanchuk, renforcent la protection des victimes en prenant en compte la complexité des réactions psychologiques face aux agressions sexuelles.

Conclusion

L'analyse des systèmes juridiques belge, français et canadien concernant le consentement sexuel met en lumière des différences significatives dans la manière dont ils protègent les victimes de violences sexuelles et dans la manière dont ils conçoivent la notion de consentement.

Tout d'abord, le droit français peut, selon nous, faire l'objet de nombreuses critiques. En effet, La définition du viol en droit français, telle qu'elle est établie à l'article 222-23 du Code pénal, suppose l'existence de violence, contrainte, menace ou surprise. Cette approche induit implicitement une présomption de consentement car il suppose que le consentement préexiste et qu'il n'est pas respecté que dans les cas où l'auteur recourt à l'un de ces quatre procédés. L'on a pu observer qu'en réalité, l'auteur n'a pas obligatoirement besoin d'user de l'un de ces moyens pour outrepasser le consentement de son partenaire. Le simple fait qu'une victime ne manifeste pas activement son refus ne devrait jamais être interprété comme un consentement tacite car cela met notamment un voile sur l'existence de l'état de sidération. Par ailleurs, l'ordre juridique français est le seul où la notion de consentement est totalement absente parmi les trois ordres juridiques analysés dans la présente contribution.

Ensuite, le droit canadien se distingue particulièrement par sa prise en compte proactive du consentement sexuel. En effet, il est le seul des trois ordres juridiques analysés à prévoir une véritable définition positive du consentement dans son Code criminel. « L'accord volontaire » doit être explicitement affirmé. La loi impose, en outre, aux individus l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de leur partenaire. S'ils n'ont pas pris de telles mesures, ils ne peuvent invoquer la croyance erronée au consentement à titre de défense. Cette approche préventive contribue non seulement à protéger les victimes, mais également à sensibiliser les acteurs concernés aux subtilités du consentement. Elle met l'accent sur la nécessité d'une communication claire et continue entre les partenaires, réduisant ainsi le risque d'interprétations erronées qui pourraient mener à des actes non consentis. L'on a cependant observé que certaines décisions ont pu acquitter le prévenu au bénéfice du doute de l'existence d'une croyance erronée au consentement, en s'appuyant sur une interprétation trop laxiste de ce que constitue une communication suffisante de retrait du

consentement, plutôt que d'exiger des mesures actives et raisonnables de la part de l'accusé pour s'assurer du consentement continu de la victime.

Enfin, quant au droit belge, il a récemment introduit explicitement la notion de consentement dans son Code pénal avec la réforme de 2022, ce qui marque un progrès considérable par rapport à la situation antérieure. Cette réforme a notamment établi que le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime, ce qui représente une avancée importante au regard de l'existence de l'état de sidération. Cependant, malgré cette inclusion explicite, la définition du consentement reste incomplète et insatisfaisante. En effet, elle ne propose pas une véritable définition positive du consentement sexuel, mais se limite à décrire les situations où le consentement fait défaut. De plus, l'on a vu que la charge de la preuve de l'absence de consentement pèse toujours lourdement sur la victime. Enfin, la réforme n'a finalement pas opté pour une obligation de précaution sexuelle, similaire à celle existante en droit canadien dans son obligation de prendre des mesures pour s'assurer du consentement de son partenaire.

Ainsi, bien que le droit belge ait fait des progrès notables, il reste en deçà du modèle canadien, plus complet et protecteur. La France, quant à elle, reste en retrait, avec une législation qui ne répond pas suffisamment aux enjeux actuels de protection des victimes de violences sexuelles.

Nous souhaiterions conclure en mettant en exergue que la difficulté juridique réside dans le fait que le consentement sexuel, tel qu'il est conceptualisé par le droit, tend à être appréhendé de manière binaire. En effet, soit il existe, soit il est absent. Cela s'applique également à la communication du consentement que l'on considère avoir été communiqué assez explicitement, ou non. Cette vision simpliste ne prend pas en compte les multiples dimensions et nuances du consentement, qui sont pourtant cruciales pour en saisir toute la complexité. En réalité, le consentement n'est pas un acte statique, mais dynamique, influencé par une multitude de facteurs tels que les rapports de pouvoir, le désir, la volonté, et les contextes psychologiques et sociaux dans lesquels il s'inscrit.

Comme nous l'avons vu avec les échelles de consentement et les dimensions de pouvoir, il est extrêmement difficile de saisir cette complexité dans un cadre juridique rigide. Les relations humaines ne peuvent être réduites à des catégories claires et tranchées, car le consentement peut évoluer au cours d'une interaction, et les signes de

consentement ou de non-consentement peuvent être subtils et ambigus. Le défi juridique est de trouver un équilibre entre la protection des victimes et la reconnaissance de cette complexité, sans pour autant basculer dans une présomption automatique de culpabilité.

De la même manière, la notion de croyance erronée au consentement est profondément liée à des composantes psychosociales, telles que l'éducation, les normes culturelles, et les expériences personnelles. Cette croyance est souvent influencée par des perceptions subjectives et des stéréotypes de genre, ce qui rend son évaluation particulièrement complexe. Dans quelle mesure peut-on considérer que quelqu'un est fautif d'avoir outrepassé le consentement de l'autre, lorsqu'il croyait sincèrement que ce consentement était présent ? Cette question soulève des enjeux éthiques et juridiques majeurs, car elle touche à la possibilité de déterminer la culpabilité de manière juste et éclairée.

Dès lors, il est essentiel que les systèmes juridiques continuent d'évoluer pour mieux intégrer ces complexités, en passant non seulement par des réformes législatives mais aussi par une sensibilisation accrue des acteurs juridiques aux réalités du consentement, afin de garantir une protection véritable et équitable pour toutes les parties concernées.

Bibliographie

Législation

Belgique, Code pénal, tel que modifié par la loi du 21 avril 2007, *M.B.*, 22 juin 2007.

Canada, Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46.

France, Code pénal, tel que modifié par la loi n° 2023-22 du 14 avril 2023, *Journal officiel de la République française*, 15 avril 2023.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), signée à New-York le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies, Résolution 34/180, entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011.

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

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, présentée par la Commission le 8 mars 2022, COM/2022/105 final.

Proposition de loi n° 2170 visant à intégrer la notion de consentement dans la définition pénale des infractions d'agression sexuelle et de viol, Assemblée nationale, 2024.

Jurisprudence

Cass., 25 septembre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1503.

Cass., 30 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1913.

Cass., crim., 4 septembre 2019, n° 18-85.919.

Cour eur. D.H., *arrêt M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, §101 et 162.

Cour eur. D.H., *arrêt Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014, req. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §159.

Cour de cassation française, chambre criminelle, 8 juin 2004, n°03-81.154.

Cour de cassation française, chambre criminelle, 14 février 2018, n° 17-80.065.

Cour d'appel de Paris, 5 décembre 2018, n° 17/03752.

R. c. Anderson, 2014 CSC 41 [2014] 2 RCS 167.

R. v. Kuryluk, 1999 NSCA 13 (CanLII) [1999] N.S.J. No. 15.

R. c. Barton, [2019] 2 R.C.S. 579, 2019 CSC 33.

R. c. Darrach, [2000] 2 R.C.S. 443, 2000 CSC 46.

Doctrine

ALIÉ M., « 3. - La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d'Ariane ou future pierre d'achoppement ? » in *Le nouveau droit pénal sexuel* (sous la dir. de A. Rizzo), 1e éd., Bruxelles, Larcier, 2022.

AMBROISE-RENDU A., « Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810-années 1930) », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2009, pp. 165-189.

ARONSON P. et FLEMING M., « Transformations in Sexual Consent », *Contexts*, 2022, pp. 44-49.

BARENSE DIAS Y., AKRE C. et al., *Sexual health and behavior of young people in Switzerland*, Lausanne, Institut universitaire de médecine sociale et préventive-IUMSP, 2018.

BEAUCÉ O., *Spectre du pacte : contribution clinique et psychopathologique au problème du contrat de consentement sexuel*, université de Rennes, 16 décembre 2023.

BROUARDEL P., *Les Attentats aux mœurs*, Baillière, Ohio, 1909.

CARBAJAL M., COLOMBO A., et TADORIAM M., « Consentir à des expériences sexuelles sans en avoir envie. La logique de redevabilité : responsabilité individuelle ou injonction sociale genrée ? », *Journal des anthropologues*, 2019, pp. 197-218.

CASTA-ROSAZ F., *Histoire de la sexualité en Occident*, Paris, La Martinière, 2004.

CONTE P., *Droit pénal spécial*, Paris, LexisNexis, 3e éd., 2007.

DARSONVILLE A., LAFOURCADE M., et LAVALLIÈRE F., « Faire du consentement libre et éclairé à l'acte sexuel la norme », *Dalloz*, 2024.

DEBAUCHE A., « Violence sexuelle » in *Encyclopédie critique du genre* (sous la dir. de J. Rennes), Paris, La Découverte, 2016, pp. 691-700.

DELMOTTE B., « L'un dans l'autre : les ambiguïtés de l'objectivation sexuelle », *Esprit*, 2017, pp. 145-154.

DESCARTES R., *Les passions de l'âme*, Paris, Vrin, 1953.

DESROSIERS J., *L'agression sexuelle en droit canadien*, Montréal, Éditions Yvons Blais, 2009.

- DWORKIN A., « Against the Male Flood: Censorship Pornography and Equality » in *Feminism and Pornography* (sous la dir. de Drucilla Cornell), Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 30.
- ELIAERTS C., « La charge de la preuve en matière de viol en droit pénal français », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, pp. 123-145.
- FERRAND M., *Féminin Masculin*, Paris, La Découverte, 2004.
- FOUCAULT M., *Histoire de la Sexualité*. 1. La Volonté de Savoir, Paris, Gallimard, 1976.
- FRAISSE G., *Du consentement*, Paris, Seuil, 2007.
- GENEVIÈVE F., *Les violences conjugales : La question du consentement dans les relations sexuelles*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.
- GUINCHARD S. et DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2020.
- JAUNAIT A. et MATONTI F., « L'enjeu du consentement », *Raisons politiques*, 2012/2 (n° 46), pp. 5-11.
- KANT E., *Leçons d'éthique, traduit par Luc Langlois*, Paris, Le Livre de poche, 1997.
- LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 2022.
- LENOIR R., « Famille et sexualité chez Michel Foucault », *Sociétés & Représentations*, 2006, p. 199.
- LEVY-GUILLAIN R., « MeToo or not MeToo ? Consentement sexuel et changement normatif au prisme de trajectoires individuelles féminines », *Politix*, 2023, pp. 47-72.
- LEWIS M. et CLARK W., *Atlas of the Clark & Lewis expedition*, U of Nebraska Press, 1983.
- LISAK D., GARDINIER L., NICKSA S. et COTE A., « False allegations of sexual assault: an analysis of ten years of reported cases », *Violence Against Women*, 2010.
- MAC KINNON C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.
- MARQUET J., « Clés pour comprendre la sexualité contemporaine », *La revue Nouvelle*, 2011, pp. 34-43.
- MARRANO M., « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits*, 2008, p. 110.
- MARX B. P. et al., « Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors », *Clinical Psychology: Science and Practice*, vol. 15, 2008, pp. 74-90.
- MERLIER P., *Philosophie et éthique en travail social*, Presses de l'EHESP, Rennes, 2020.

- NECHAF M., « Clotilde Leguil. Céder n'est pas consentir. Une approche clinique et politique du consentement. Paris Puf 2021 », *Savoirs et clinique*, 2021, pp. 177-179.
- NERON J., *L'agression sexuelle et le droit criminel canadien : l'influence de la tradition*, Université Laval, Éditions Yvons Blais, 1997.
- PAPADAKI E., « Sexual Objectification: From Kant to Contemporary Feminism », *Contemporary Political Theory*, 2007, pp. 330-348.
- PATEMAN C., *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988.
- PETERSON Z. et MUEHLENHARD C., « Conceptualizing the “Wantedness” of Women’s Consensual and Nonconsensual Sexual Experiences: Implications for How Women Label Their Experiences as Rape », *The Journal of Sex Research*, 2007, pp. 1–9.
- ROACH K., *Criminal Law*, Toronto, Irwin law, 2018.
- RONAI E., « Chapitre 1. Histoire du viol » in *Violences sexuelles. En finir avec l'impunité* (sous la dir. de E. Ronai et E. Durant), Paris, Dunod, 2021, pp. 9-19.
- SAMPLE R. J., *Exploitation: What It Is and Why It's Wrong*, Rowman & Littlefield Publishers, 2003.
- SCHIEWE M., « Tonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws », *DePaul Journal of Women Gender & the Law*, 2019, pp. 3-4.
- SPINOZA B., *Ethique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965.
- TAZDAÏT F., « Viol et violence », *Topique*, 2018, pp. 31-44.
- VANDERMEERSCH D., *Un nouveau code pénal pour le futur ?*, Bruges, Die Keure - La Charte, 2019.
- VANDERVORT L., « Affirmative Sexual Consent in Canadian Law », *Jurisprudence and Legal Theory*, pp. 403-404.
- VIGARELLO G., « Juger le viol d'enfant à la fin du XVIIIème siècle », *Sociétés & Représentations*, 1996, pp. 175-178.
- VIRGILI F., « Viol (Histoire du) » in *Dictionnaire de la violence* (sous la dir. de Michela Marzano), Paris, PUF, 2011, pp. 1423-1429.

Regout Guillaume

Aout 2024

Le traitement légal de la notion de consentement dans les infractions à caractère sexuel. Analyse comparée des ordres juridiques belge, français et canadien

Promoteur : Fabien Carrié

Ce mémoire propose une analyse comparée des systèmes juridiques belge, français et canadien en matière de consentement sexuel, en examinant la manière dont chaque ordre juridique protège les victimes de violences sexuelles et conceptualise le consentement. Dans un contexte marqué par les mouvements #MeToo et #BalanceTonPorc, la question du consentement sexuel est devenue centrale dans les discussions juridiques et sociales. Les points forts et les lacunes de chaque ordre juridique par rapport à la notion de consentement seront développés, après un détour par les dimensions psychosociales du consentement, qui permet de saisir ce concept sous un angle différent.