



HAL
open science

L'effectivité de la répression des infractions sexuelles en France et au Canada

Sarah Koenig

► **To cite this version:**

Sarah Koenig. L'effectivité de la répression des infractions sexuelles en France et au Canada. Droit. Université de Bordeaux; Université de Sherbrooke (Québec, Canada), 2021. Français. NNT : 2021BORD0214 . tel-04222143

HAL Id: tel-04222143

<https://theses.hal.science/tel-04222143v1>

Submitted on 29 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ET DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

ÉCOLE DOCTORALE

DROIT

Par **Sarah KOENIG**

**L'effectivité de la répression des infractions sexuelles en
France et au Canada**

Thèse sous la direction de Madame le Professeur **Marie-Pierre ROBERT** et de
Monsieur le Professeur **Jean-Christophe SAINT-PAU**

Soutenue le 28 septembre 2021

Membres du jury :

Mme ROBERT Marie-Pierre

Professeure à l'Université de Sherbrooke

M. SAINT-PAU Jean-Christophe

Professeur à l'Université de Bordeaux

Mme DARSONVILLE Audrey

Professeure à l'Université de Paris-Nanterre

Mme BERNIER Dominique

Professeure à l'Université du Québec à Montréal

Mme DESROSIERS Julie

Professeure à l'Université de LAVAL

M. PIN Xavier

Professeur à l'Université Lyon 3

Directrice de recherche

Directeur de recherche

Présidente

Rapporteur

Examineur

Examineur

Titre : L'effectivité de la répression des infractions sexuelles en France et au Canada

Résumé :

Les violences sexuelles peuvent aujourd'hui être considérées comme « l'affaire » du 21^{ème} Siècle. Ces violences monopolisent le débat public tant par leur omniprésence que par l'incapacité du droit à les endiguer. Le Canada et la France se sont récemment mobilisés afin de donner une réponse juridique perfectionnée aux infractions sexuelles. Cette réponse prend la forme de diverses réformes ayant un double objet : le droit applicable aux infractions sexuelles d'une part, et les droits accordés aux victimes de telles violences d'autre part. Les réformes adoptées dans les deux pays visent une amélioration tripartite du droit pénal applicable aux infractions sexuelles. Les législateurs se sont ainsi attelés à une modification en profondeur du droit pénal de fond, du droit pénal de forme et des règles répressives applicables aux agressions sexuelles. Concernant le droit pénal de fond, les législateurs sont venus redéfinir les infractions sexuelles ainsi que leurs éléments constitutifs afin d'élargir le champ d'application de la norme pénale. S'agissant du droit pénal de forme, les deux pays sont venus adapter les règles de preuve et de procédure aux spécificités des agressions sexuelles d'une part, et aux conséquences de telles agressions sur leur victime d'autre part. Enfin, la France et le Canada ont voulu mettre fin au règne de l'impunité en resserrant l'étau répressif sur les auteurs de violences sexuelles. Ces trois points d'amélioration ont été réalisés en intégrant un versant victimologique à la norme pénale. L'analyse du droit applicable se fera au regard de la théorie de l'effectivité de la norme afin de déterminer quelles sont les causes de l'écart entre le droit en théorie et le droit en pratique.

Mots clés : agressions sexuelles, viol, consentement, victime, effectivité, droit comparé, droit pénal français, droit criminel canadien.

Abstract : Sexual assaults can be considered as the 21st Century case. This violence monopolizes the public debate both by its omnipresence and by the inability of the law to contain it. Canada and France recently mobilized to provide a sophisticated legal response to sexual offenses. This response takes the form of various reforms with a dual purpose : the law applicable to sexual offenses on the one hand, and the rights granted to victims of such violence on the other. The reforms adopted in France and Canada are aiming for a tripartite improvement of the criminal law applicable to sexual offenses. The legislators have changed deeply the substantive criminal law, the formal criminal law and the repressive rules applicable to sexual assault. Regarding substantive criminal law, legislators have come to redefine sexual offenses and their constituent element in order to broaden the scope of the criminal law. Regarding formal criminal law, the two countries have come to adapt the rules of evidence and procedure to the specifics of sexual assault on the one hand, and to the consequences of such assaults on their victim on the other. Finally, France and Canada wanted to end the reign of impunity by tightening the clampdown on perpetrators of sexual violence. These three points of improvement were achieved by integrating a victimological aspect into the penal norm. The analysis of the applicable law will be carried out with regard to the theory of the effectiveness of the norm in order to determine what are the causes of the gap between the law in theory and the law in practice.

Keywords : sexual assault, rape, consent, victim, effectiveness, comparative law, french criminal law, canadian criminal law.

Table des matières

Table des matières	III
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	VII
REMERCIEMENTS	IX
Introduction	11
I. Définition des termes	12
II. Une approche juridique éclairée par d'autres disciplines	26
III. Une approche comparatiste	37
IV. L'effectivité comme cadre théorique	39
V. Présentation du plan	44
PREMIÈRE PARTIE : UNE ANALYSE COMPARÉE DES INCRIMINATIONS RELATIVES AUX INFRACTIONS SEXUELLES	47
CHAPITRE I : VERS UN RENOUVELLEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DES INFRACTIONS SEXUELLES	49
Section 1. Une conception renouvelée des infractions sexuelles.....	55
I. Vers une nouvelle façon de conceptualiser les infractions sexuelles.....	56
A. Une vision traditionnellement réductrice des violences sexuelles.....	58
1) L'image fantasmée de la « victime idéale »	64
2) L'incapacité à admettre l'existence d'auteurs de violences sexuelles.....	68
B. Une conception renouvelée des éléments protégés par les incriminations	73
1) Un renouvellement de la valeur protégée	74
2) Un élargissement conséquent des situations pouvant être qualifiées de violences sexuelles	79
II. Une nouvelle façon de nommer juridiquement les infractions sexuelles	82
A. Un renouvellement de la classification.....	83
1) Une analyse descriptive de la classification	84
2) Une analyse critique de la classification	87
B. Un renouvellement des qualifications.....	89
1) Les nouvelles incriminations en théorie	89
2) Les nouvelles incriminations en pratique	94
Section 2 : Une précision des éléments constitutifs des agressions sexuelles	97
I. Un accroissement des actes constitutifs des infractions sexuelles	97
A. Un élargissement de l'élément matériel	97
1) Le comportement incriminé : un acte physique	98
2) Le comportement incriminé : un acte physique de nature sexuelle	100
B. L'élément moral au service de cet élargissement	103
II. Un renouvellement de la notion de consentement comme élément constitutif des infractions sexuelles.....	106
A. La notion de consentement.....	107
B. Une notion sujette à de nombreuses précisions	116
1) Une évolution nécessaire de la notion aux nouvelles pratiques	117
2) Consentement ou absence de consentement : le maintien d'une zone grise.....	125
Conclusion Chapitre I	128
CHAPITRE 2 : UN RENOUVELLEMENT DU CHAMP D'APPLICATION VECTEUR DE FLOU	130
Section 1 : La prise en compte de la minorité de la victime dans la qualification pénale	132
I. Une prise en compte multiple de la minorité de la victime	132
A. Les qualifications spécifiques protectrices du consentement des mineurs dans un contexte « général ».....	134
B. La qualification d'inceste protectrice des mineurs dans un contexte « familial ».....	146

II. Une effectivité de la norme mise en danger par la multiplicité des qualifications propre à la minorité	151
A. L'effectivité mise en danger par une vision morale de la sexualité des mineurs	152
B. L'effectivité mise en danger par la multiplicité des qualifications	155
Section 2 : Vers l'instauration d'un flou juridique: une mise en danger de l'effectivité	162
I. Les causes du flou juridique	166
II. Les conséquences du flou juridique	172
Conclusion Chapitre 2.....	180
Conclusion Première Partie.....	182
DEUXIÈME PARTIE : UNE ANALYSE COMPARÉE DU DROIT PÉNAL DE FORME APPLICABLE AUX INFRACTIONS SEXUELLES	186
Chapitre 1 : Vers un droit pénal de forme adapté aux victimes d'infractions sexuelles	188
Section 1. Des règles de preuve et de procédure aménagées.....	190
I. La poursuite facilitée par l'assouplissement des limites spatio-temporelles	194
A. L'allongement de la prescription	195
1) La notion	195
2) Le régime	202
B. La compétence territoriale	212
1) La notion	213
2) Le régime	215
II. Vers des règles de preuve et de procédure humanistes	222
A. Un perfectionnement des règles de preuve et de procédure nécessaire	223
1) Un équilibre sur le plan de la preuve difficile à trouver.....	224
2. Des règles de preuve et de procédure initialement défavorables aux intérêts de la victime	233
a) Le procès pénal, un mécanisme traditionnellement méfiant envers la victime présumée de violences sexuelles	234
b) Vers un procès empathique envers la victime présumée de violence sexuelle	240
B. Un perfectionnement des règles de preuve et de procédure acquis	245
1) Une spécialisation des règles de preuve et de procédure dans une finalité protectrice de la vie privée des victimes.....	246
2) Vers un perfectionnement de la preuve	257
a) Un perfectionnement nécessaire	258
b) Le perfectionnement de la preuve en pratique.....	262
Section 2 : Une effectivité relative des nouvelles règles de preuve et de procédure	272
I. Les causes de l'écart entre la norme et son application	278
A. Des causes en lien avec la preuve.....	280
B. Des causes idéologiques	285
1) Chez les acteurs du droit.....	286
2) Chez les victimes	288
II. L'écart illustré	292
A. Un accès à la justice ardu	292
B. Une juste reconnaissance des faits difficile	297
1) Une minimisation des faits institutionnalisée.....	297
2) Des modes de preuve emportant une minimisation de la victimisation par une atteinte à la crédibilité	301
Conclusion chapitre 1.....	306
Chapitre 2 : Vers un droit pénal de forme intégratif.....	308
Section 1. Une intégration timide au travers de l'octroi de garanties.....	314
I. L'accompagnement : le premier pas vers une place dans le procès	315
II. L'information : l'assise des droits accordés à la victime.....	329
Section 2. Une intégration franche par l'octroi de droits	340
I. Le droit de participer au processus pénal	340

A.	Le contenu du droit de participer au processus pénal	341
B.	La portée du droit de participer au processus pénal	348
II.	Le droit d'être réparé : un droit ambivalent.....	353
A.	Les fondements du droit à réparation	356
B.	La mise en œuvre du droit à réparation	360
1)	Le régime	361
2)	La portée	364
	Conclusion chapitre 2.....	370
	Conclusion deuxième partie.....	372
	TROISIÈME PARTIE : UNE ÉTUDE COMPARÉE DES MODES DE RÉOLUTION APPLICABLES AUX	
	INFRACTIONS SEXUELLES.....	374
	Chapitre 1 : Un renouvellement du volet répressif sous le prisme de la victime	378
Section 1 :	Un accroissement répressif justifié par l'image de la victime.....	384
A.	Une présence sous-jacente de la victime dans l'accroissement de l'arsenal répressif	388
1)	Une sévérité des sanctions	389
2)	Un champ d'application étendu.....	397
B.	La victime en premier plan dans la fixation du <i>quantum</i> de la peine.....	399
C.	Contrôle de l'effectivité de cet accroissement répressif théorique	402
Section 2 :	Une intégration ambiguë de la victime dans le « paradigme punitif»	412
A.	Une place admise au regard des fonctions de la peine	413
1)	Le rôle de la victime dans la détermination de la peine	413
2)	La place de la victime en post-sentenciel	419
B.	Une place ambiguë au regard des intérêts en cause.....	423
1)	Une analyse de cette intégration sous l'angle des différents protagonistes	424
2)	Une analyse critique de l'intégration des intérêts privés au sein du procès pénal	428
	Conclusion Chapitre 1	434
	Chapitre 2 : Vers une façon plus adaptée de répondre aux infractions sexuelles : la justice restaurative.....	436
Section 1 :	Le concept de justice restaurative	444
I.	La justice restaurative : une notion à définir.....	446
A.	Essai de définition : principes et caractéristiques de la justice restaurative	448
B.	Essai de définition : un modèle différent du modèle classique.....	453
II.	La justice restaurative : une humanisation de la justice	459
A.	Une nouvelle façon de faire justice	460
1)	Des formes nouvelles.....	460
2)	De nouveaux intervenants.....	468
B.	Une nouvelle façon de percevoir l'humain dans le contexte de la justice	471
1)	Une justice tournée vers les besoins de la victime	472
2)	Une justice tournée vers les besoins de l'auteur	476
Section 2 :	L'intégration de la justice restaurative dans le droit positif	480
I.	Le cadre de cette intégration	481
A.	Une intégration progressive	482
1)	Le cadre légal	482
2)	Les obstacles à cette intégration	486
B.	Une adhésion limitée.....	488
II.	Analyse pratique de l'intégration	492
A.	La justice restaurative en pratique	492
B.	La pratique de la justice restaurative dans le domaine des violences sexuelles	498
	Conclusion Chapitre 2	504
	Conclusion générale	506
	Propositions de thèse.....	510

BIBLIOGRAPHIE	514
I. Dictionnaires et encyclopédies :	514
II. Ouvrages.....	514
1) Ouvrages généraux, manuels et traités	514
2) Ouvrages spécialisés, thèses et monographies.....	516
3) Ouvrages en langue étrangère.....	522
III. Articles, notes, études et chroniques	523
1) Articles en langue française	523
2) Articles en langue étrangère	537
IV. Lois, décrets, circulaires	542
1) Lois canadiennes	543
2) Lois françaises	544
3) Normes européennes	545
4) Normes internationales	545
V. Documents gouvernementaux	545
1) Documents gouvernementaux canadiens	545
2) Documents gouvernementaux français	547
3) Documents internationaux	549
VI. Rapports de recherche	550
VII. Jurisprudence	552
1) Jurisprudence canadienne	552
2) Jurisprudence française	555
3) Jurisprudence européenne	557
VIII. Articles de presse.....	558
INDEX ALPHABETIQUE.....	560

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ. pén.	Actualité juridique pénale
Art.	Article
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Can. J. Women & L.	Canadian Journal of Women and the Law
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique
Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
C. crim.	Code criminel
CP.	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
D.	Recueil Dalloz
Dr. Pén.	Revue Droit pénal
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Id.	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
New Crim. L. Rev.	New Criminal Law Review
Obs.	Observation
OMS	Organisation mondiale de la santé
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Préc.	Précité
R.J.T.	Revue juridique Thémis
RSC	Revue de sciences criminelles

REMERCIEMENTS

Une thèse est comparable à un marathon tant au regard de sa longueur, parfois même de sa lenteur comparativement à un sprint ; qu'au regard des exigences qu'elle sous-tend. Avant toute chose, la thèse est un exercice qui pour être réalisé avec succès doit se réaliser entouré et encadré par les bonnes personnes. Si j'ai réussi à mettre un point final à cette recherche, c'est surtout grâce au soutien sans faille que j'ai eu de la part de tout mon entourage professionnel, familial, et amical.

Je souhaite ainsi adresser mes premiers remerciements à mes deux directeurs de thèse, Madame le Professeur Marie-Pierre Robert et Monsieur le Professeur Jean-Christophe Saint-Pau, qui m'ont soutenue, accompagnée, conseillée, réconfortée dans cette aventure unique et parfois déroutante qu'est la thèse. Je souhaite souligner leur extrême bienveillance à mon égard, leur honnêteté et leur grande disponibilité à toutes les étapes cruciales de cette recherche.

Ensuite, je dois adresser des remerciements tout particuliers à mes parents. Votre importance dans ma vie ne s'arrête évidemment pas à cette thèse, mais je l'utilise comme prétexte pour vous remercier du plus profond de mon cœur de votre soutien inébranlable depuis toujours dans tous mes choix, même s'ils sont parfois source d'étonnement. Je me dois de retranscrire une phrase que me répète souvent ma mère : « *il faut vraiment être fou pour entreprendre une thèse !* ». Après six longues années de recherche, de rédaction, de doutes et de victoires, je me dois d'acquiescer sa pensée !

J'adresse également mes remerciements à tous mes collègues et amis qui m'ont conseillée, accompagnée, soutenue, réconfortée et distraite. Je remercie tout particulièrement Timothée DAVID, Barbara DREVET et Adeline COSTES, pour leur soutien quotidien depuis mon retour en France ainsi que pour leur douce amitié. J'adresse également un grand merci à toute l'équipe de l'ISCJ.

Enfin, des remerciements particulièrement chargés en émotions doivent être adressés aux deux hommes qui partagent ma vie, mon amoureux Benjamin et mon fils Oscar, qui m'ont donné le courage et l'envie de me battre et de finir cette thèse en dépit de grandes phases de découragement. Merci à vous de me soutenir et de me supporter au quotidien. Merci à vous d'être dans ma vie. Je vous dédie cette thèse.

INTRODUCTION

1. **Accroche générale.** *« Est-ce qu'un seul homme a cherché à imaginer ce que peut représenter le destin totalement passif d'une femme violée dans nos sociétés patriarcales, où elle est considérée non comme un individu mais comme une propriété : le fait d'être atteinte dans son intégrité physique, de perdre son honneur malgré elle pour un crime commis par un autre, de risquer de mettre au monde malgré elle un enfant imposé par un autre, et d'élever le témoignage de son humiliation et de ce que les autres appelleront sa « faute » ? »*¹ Ce questionnement soulevé par l'auteure Susan Brownmiller est révélateur du contexte dans lequel s'inscrivent le viol en particulier, et les violences sexuelles en général dans nos sociétés. Cette citation permet de révéler deux éléments fondamentaux pour la compréhension du sujet. Dans un premier temps, l'auteure met en lumière l'incapacité à réellement penser les violences sexuelles, et en particulier les conséquences de celles-ci sur leurs victimes. Dans un second temps, si l'on confronte cette citation à l'état actuel de la question, on observe une tentative contemporaine, encore lacunaire, de penser plus justement la problématique sociale constituée par ces violences. Cette tentative née dans les années soixante-dix dans les deux pays, et réamorcée depuis l'automne 2017 suite au scandale retentissant soulevé par l'affaire Weinstein aux États-Unis, suivi notamment de l'affaire Rozon au Canada et de l'affaire Adèle Haenel en France, vise un changement profond de la façon de penser les violences sexuelles et leurs victimes ; ainsi que de la façon dont ces **violences** et leurs **victimes** sont encadrées juridiquement dans les deux pays.

2. **Un sujet pluriel.** La problématique des violences sexuelles constitue un objet d'étude polymorphe en raison de l'approche pluridisciplinaire et plurifactorielle qu'elle suscite. Dans le but d'appréhender le plus justement possible les violences sexuelles dans nos sociétés, il convient de déconstruire notre vision purement juridique afin d'adopter une approche globale de la question. La problématique des violences sexuelles se place au croisement de nombreuses disciplines : le droit, la victimologie, la criminologie, la sociologie, l'anthropologie, l'histoire, la philosophie ou encore la psychologie, notamment. Toute recherche sur la question qui se limiterait à une approche unique du sujet serait par essence partielle et par conséquent faussée.

¹ Susan BROWNMILLER, *Le viol*, Paris, Stock/Opuscule, 1976, Préface, p. 7.

3. Un sujet complexe. Les violences sexuelles constituent un objet rugueux qui nous incite à adopter plusieurs postures afin de comprendre tous les enjeux soulevés par la question. À cette fin, nous emprunterons tour à tour celle de **juriste** d'abord, afin d'analyser la façon dont les agressions sexuelles sont encadrées dans les deux pays ; celle de **victimologue** et de **criminologue** ensuite, puisque cette étude a pour objet d'analyse les individus touchés par la violence sexuelle, à savoir l'auteur et sa victime ; celle de **sociologue** également, l'étude des violences sexuelles ne pourrait se réaliser sans sa contextualisation sociologique. Il est en effet impossible de comprendre cette problématique et d'y trouver des solutions, si l'on ne comprend pas la société dans laquelle les agressions sexuelles s'inscrivent. Enfin, ce sujet impose également d'adopter une posture **féministe**- sans que cette dernière constitue notre cadre théorique- puisque les violences sexuelles sont indéniablement des violences genrées s'inscrivant comme l'une des conséquences de la domination masculine² ; et plus largement comme l'un des modes d'expression de nos sociétés patriarcales. Afin d'accéder aux différents enjeux liés au sujet, il convient de se prêter à un exercice de définition.

I. DEFINITION DES TERMES

4. Les violences sexuelles : une notion évolutive. En dépit de leur récente omniprésence dans le débat public, laissant penser à une éventuelle « épidémie »³, les violences sexuelles existent depuis toujours. En revanche, leur contenu ainsi que leur prise en compte évoluent de façon plurifactorielle, en fonction des modèles de société, des classes sociales, du contexte historique mais aussi culturel, politique, religieux, moral et scientifique. Le concept continue et continuera d'évoluer en fonction des nouvelles prises de conscience de nature sociologique, victimologique ou encore juridique.

² Maurice GODELIER, « Anthropologie et recherches féministes- Perspectives et rétrospectives », In Jacqueline LAUFER et al., *Le travail du genre*, Paris, La Découverte, 2003, pp. 23-34, p. 26 ; Kate MILLET, *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971 ; Susan GRIFFIN, *Rape : The All-Americance Crime*, Copies available through Women Against Rape, 1971, p. 26-35 ; Mary DALY, *Beyond God the Father*, Boston, Beacon Press, 1973 ; S. BROWN MILLER, *Le viol*, préc., note 1.

³ Catharine A., MACKINNON, *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Des femmes-Antoinette Fouque, 2005, p. 105 ; Noémie RENARD, *En finir avec la culture du viol*, Paris, Les petits matins, 2018, p.95 ; Jacqueline RAMOISY, « La violence faite aux femmes : à travers les agressions à caractère sexuel », 1995, *Bibliothèque nationale du Québec*, p. 11.

5. Première approche. De toutes les formes de violence, les violences sexuelles sont les plus connotées. Elles traduisent l'état d'infériorisation des femmes comme groupe social dans une société où les hommes constituent le groupe social dominant⁴. Elles peuvent être définies de façon générique comme une atteinte sexuelle, c'est-à-dire un acte portant atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne qui le subit. Pour appréhender de façon globale le vocable de « *violence sexuelle* », il convient de définir plusieurs termes. Le premier mot par lequel il semble pertinent de débiter est celui de violence.

6. La notion de violence. Ce mot, tout comme l'adjectif qui en découle « *violent* » et le verbe « *violer* », provient du latin *vis*, qui signifie « *force en action, force exercée contre quelqu'un* ». Le pluriel *vires* désigne les forces physiques, les ressources pour exercer la *vis*⁵. Il est intéressant de noter que les termes de viol et de violence ont la même racine. Tous deux proviennent du terme *vis*, la force, dont est issu le terme *violare*, signifiant faire violence et violer. L'usage de ce dernier terme apparaît dès le XI^e siècle, il désignait « *le fait de prendre de force une femme* » mais aussi « *le fait d'user de violence.* »⁶ Ces données révèlent deux choses ; la prise en considération ancienne du viol dans nos sociétés d'une part, et son imbrication avec la notion de violence d'autre part.

7. Sens commun. Le terme de violence s'utilise à la fois pour définir un trait de caractère⁷ et un acte⁸. De façon plus conceptuelle, la violence peut être définie comme « *un moyen utilisé pour assurer le pouvoir sur l'autre. Il s'agit d'un rapport de force dans lequel l'un est sujet, l'autre objet.* »⁹ Cette acception de la notion suppose que la violence doit être appréhendée comme une relation¹⁰ et non pas comme un objet. Cette logique dominatrice liée

⁴ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 11.

⁵ Éliane CORBET, « Les concepts de violence et de maltraitance », (2000) 31 *adsp* 20, p. 20 ; Marie-Christine POUJOULY, « Violence », dans Monique FORMARIER et al., « Les concepts en sciences infirmières », (2012) *Association de Recherche en Soins Infirmiers*, « Hors collection », 302.

⁶ Clément DUVERT, « Viol », *Dictionnaire de la violence*, Paris, PUF, 2011, p. 1419 ; Valérie TOUREILLE, *Crime et châtement au Moyen Âge*, Paris, Seuil, 2013, p. 36, 51.

⁷ Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020, « Caractère de quelqu'un qui est susceptible de recourir à la force brutale, qui est emporté, agressif » ; « Extrême véhémence, grande agressivité, grande brutalité dans les propos, le comportement ».

⁸ Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020, « Ensemble des actes caractérisés par des abus de la force physique, des utilisations d'armes, des relations d'une extrême agressivité » ; « Contrainte, physique ou morale, exercée sur une personne en vue de l'inciter à réaliser un acte déterminé. »

⁹ Hannah ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972.

¹⁰ Gérard WORMSER, « Violence et histoire », (2005) *Sens public*, source : <http://sens-public.org/articles/163/>, p. 1 : « La violence est une relation pas une « chose » » ; p. 3 : « La violence nous apparaît comme une relation et non comme un objet, comme une chose : il n'y a pas d'essence de la violence. Elle n'est pas « quelque chose ». La caractériser comme relation, c'est dire qu'elle est une tension : elle suppose une relation de moi à autrui, de groupes collectifs entre eux, de nations qui se combattent. La question qu'on est en droit de se poser face à la violence n'est

à la notion de violence est essentielle à la compréhension de notre sujet, puisque les violences sexuelles sont fondées sur la domination d'un sexe sur l'autre. Michaud donne une définition de la violence tout en subtilité, mettant en lumière la subjectivité intrinsèque de la notion. Selon l'auteur, « *la violence, ce sont non seulement des faits mais tout autant nos manières de les appréhender, de les juger, de les voir (et de ne pas les voir).* »¹¹ L'auteur souligne ici l'importance tant de l'acte que du résultat dans les violences. Concernant l'importance du résultat, certains auteurs estiment que la question à résoudre n'est finalement pas celle de savoir ce qu'est la violence, mais ce qu'elle engage¹².

8. Sens juridique. D'un point de vue juridique, les violences font l'objet d'une définition par le droit pénal dans les deux pays. Le *Code criminel* canadien, qui utilise le vocable de « voies de fait »¹³, les définit aux articles 265 et suivants. L'article 265. (1) énonce : « *Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas : a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement; b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein; c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie* ».

En droit français, les violences peuvent être tout à la fois des contraventions (Art. R. 624-1 et R. 625-1 CP), des délits ou des crimes (Art. 222-7 et s. CP) ; cette division tripartite des infractions n'existe pas en droit criminel canadien. À la différence du législateur canadien, le législateur français contemporain n'a pas souhaité donner de définition du terme violence, il est ainsi revenu à la jurisprudence de définir la notion. Cet écart de précision entre les législateurs des deux pays se retrouvera pour la plupart des notions mobilisées dans le cadre de cette étude. L'ancien Code pénal donnait une définition plus précise de ce qu'il fallait considérer comme des violences. En effet, les articles R. 38, 1°, R. 40,1° et 309 visaient *le fait de porter, commettre ou faire des coups, des violences, des voies de faits, des rixes ou des*

donc pas la question de savoir ce qu'elle est – à proprement parler elle n'est rien –, mais la question de ce qu'elle engage. Qu'est-ce qui est engagé dans la violence ? Elle n'est rien en tant que telle, mais elle engendre des effets très puissants sur ceux qui se trouvent engagés dans une relation violente ».

¹¹ Yves MICHAUD, *La violence*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1998.

¹² G. WORMSER, préc., note 10, p. 5.

¹³ En droit français, l'ancien Code pénal utilisait ce vocable pour qualifier une catégorie de violence, Voir Cass. crim., 25 févr. 1843 : S. 1843, 1, p. 656 ; Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 101.

blessures. Aujourd'hui le terme mobilisé dans les textes est celui de « violences ». Suite à de nombreuses évolutions jurisprudentielles allant jusqu'à dénaturer la notion de violence¹⁴, celle-ci recouvre une grande diversité de comportements. Initialement, la violence est physique tant au regard de son acte que de son résultat. Cet acte renvoie traditionnellement à des coups, qui se définissent comme tout acte provoquant un contact violent de quelque nature qu'il soit avec le corps de la victime, même non suivi de traces ou de lésions¹⁵. Les violences sont ainsi constituées même en l'absence de résultat. Afin d'élargir le spectre des violences, le législateur a introduit en 1863 la notion de « voies de fait ». Cette notion permet de réprimer des comportements violents de nature physique qui ne correspondent pas à la notion de « coup ». Il en est ainsi du fait de jeter une personne à terre, ou saisir le bras de la victime, en l'agrippant par ses vêtements et en la maintenant contre un mur¹⁶, notamment. La notion de voies de fait élargit le champ des violences au regard de l'acte, mais également au regard du résultat. En effet, les voies de fait peuvent engendrer des lésions physiques, mais leur résultat peut aussi se limiter à une sérieuse émotion ressentie par la victime¹⁷. La jurisprudence est allée encore plus loin dans l'élargissement de la notion de violence, en acceptant qu'une voie de fait puisse être constituée en l'absence de tout contact physique avec la victime ; il suffit qu'un acte ait causé à la victime un choc émotif¹⁸, une sérieuse émotion¹⁹ ou une perturbation physique²⁰. Cette extension transforme la notion de violence qui n'a plus rien de physique tant au regard de son acte que de son résultat, et devient morale. L'article 222-14-3 du Code pénal introduit en 2010, incrimine désormais les violences psychologiques, apportant avec lui son lot de confusions et de conflits de qualification.

9. Définition englobante. Au-delà de ces différentes définitions, il convient de citer en dernier lieu celle de l'OMS qui prend en considération les conséquences de telles violences sur les individus. Cette définition correspond à la façon globalisante et pluridisciplinaire de percevoir notre sujet. L'OMS définit la violence de la façon suivante : « *La menace ou l'utilisation intentionnelle de la force physique ou du pouvoir contre soi-même, contre autrui ou contre un groupe ou une communauté qui entraîne ou risque fortement d'entraîner un traumatisme, un décès, des dommages psychologiques, un maldéveloppement*

¹⁴ P. CONTE, Id., p. 102.

¹⁵ Id., p. 102.

¹⁶ Cass. crim., 23 nov. 1999, Bull. crim. 1999, n°270.

¹⁷ Voir not. Cass. crim. 19 févr. 1892 : DP 1892.1.550 ; Cass. crim., 14 oct. 1970 : Bull. crim. n°267 ; D.1970.774.

¹⁸ Voir not. Cass. crim., 30 oct. 2012, n°11-84.152 : *Dr. Pén.* 2013, n°21.

¹⁹ Voir not. Cass. crim., 3 mars 1992 : Bull. crim. 1992, n°95.

²⁰ Voir not. Cass. crim., 2 sept. 2005 : Bull. crim.2005, n°212.

ou des privations ». ²¹ En résumé, la violence est un acte volontaire physique ou la menace d'un acte physique sur soi-même ou autrui, pouvant entraîner diverses conséquences sur la victime, tant physique que psychique ; cet acte répondant à une logique de domination de l'auteur sur sa victime.

10. Comment penser les violences ? La violence peut être intellectualisée de façon fataliste, comme inhérente à l'humain, elle est l'envers des sociétés humaines²² ; ou de façon plus réfléchie comme constituant un paradoxe interne à la culture²³. De cette fatalité, ressort une inutilité de retracer l'origine de la violence puisqu'elle est déjà là. En d'autres termes, elle fait partie de l'équipement des sociétés avec laquelle celles-ci doivent se battre²⁴. De façon plus constructive, la violence peut être perçue comme un moyen d'expression²⁵. Dans le contexte plus précis des violences sexuelles, celles-ci peuvent être analysées comme l'une des formes d'expression du patriarcat.

11. Autopsie du terme « sexuel ». Au côté du terme « *violence* », il convient de définir celui de « *sexuel* ». Ce dernier fait référence à ce qui est relatif au sexe, à la différence biologique entre mâle et femelle²⁶. Le terme « *sexuel* » renvoie également à ce qui relève de la sexualité, on parle alors de pratiques sexuelles²⁷. La sexualité quant à elle peut être définie ainsi : « *La sexualité est vécue et exprimée sous forme de pensées, de fantasmes, de désirs, de croyances, d'attitudes, de valeurs, de comportements, de pratiques, de rôles et de relations. Alors que la sexualité peut inclure toutes ces dimensions, ces dernières ne sont pas toujours vécues ou exprimées simultanément. La sexualité est influencée par des facteurs biologiques, psychologiques, sociaux, économiques, politiques, culturels, éthiques, juridiques, historiques, religieux et spirituels.* »²⁸ Cette dernière définition souligne le fait que la sexualité légale et *a fortiori* illégale est influencée par de nombreux facteurs qui en font varier son contenu. L'encadrement de la sexualité par le droit existe depuis toujours, et a longtemps été justifié par des considérations morales ; les violences sexuelles étaient considérées par les anciens codes dans les deux pays, comme des atteintes aux mœurs. Aujourd'hui le droit s'est quelque peu

²¹ OMS, Rapport mondial sur la violence et la santé, Genève, 2002.

²² G. WORMSER, préc., note 10, p. 5.

²³ Id., p. 2.

²⁴ Id., p. 4.

²⁵ Id., p. 2.

²⁶ Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020 ; Conseil de l'Europe, Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne, 2010.

²⁷ Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020.

²⁸ OMS, préc., note 21.

affranchi de certaines considérations morales, il vient protéger les individus contre toute atteinte à l'intégrité sexuelle, indépendamment de la pratique sexuelle en cause (ex. sodomie), de la relation existante entre l'auteur et la victime (ex. couple marié) et du sexe de l'auteur et de sa victime (ex. homosexualité). Cette intégrité sexuelle est bafouée dès lors qu'un acte sexuel est commis sans le consentement libre et éclairé de la victime ; ce qui ne peut être le cas d'une personne non dotée du discernement ou vulnérable.

12. La confrontation des deux termes. Si l'on associe les deux termes, les violences sexuelles peuvent se définir comme un acte de domination sur une autre personne, ayant pour objet d'imposer à autrui un acte sexuel, portant ainsi atteinte à son intégrité sexuelle. Juridiquement, la violence sexuelle est définie et conceptualisée de façon distincte d'un pays à l'autre. En droit canadien, les agressions sexuelles sont considérées comme une catégorie de voies de fait, soulignant ainsi la violence de l'acte, et sont inscrites aux articles 265 (2), 271 et s. du *Code criminel*. En droit français, la violence sexuelle n'est pas considérée comme une voie de fait, celle-ci étant une composante de l'agression sexuelle ; elle est inscrite aux articles 222-23 et s. du Code pénal. Dans les deux pays, les agressions sexuelles ne font pas l'objet d'une définition complète, elles sont définies par leur *modus operandi* et leur résultat. Il est revenu aux juges et à la doctrine de préciser leur contenu. La façon de catégoriser les violences sexuelles fait l'objet d'une divergence importante entre la France et le Canada, et constitue l'une des différences majeures dans la façon de réprimer les violences sexuelles dans les deux pays. Le premier centre sa distinction sur l'acte de pénétration, il y a donc d'un côté le viol, et de l'autre les agressions sexuelles autres que le viol. Le second avait initialement opté pour la même logique, mais depuis 1983 et sous l'impulsion des revendications féministes notamment, la catégorisation des agressions sexuelles a pour objet les conséquences de l'acte sur la victime. Elles sont ainsi rangées en fonction de la gravité de l'acte et de son résultat. Cette distinction quant à la façon de classer les violences sexuelles, n'a aucun impact sur leur contenu ; les deux pays considèrent les mêmes actes comme constitutifs de violences sexuelles.

13. Définition éclairante. Afin d'éclaircir notre esprit, et à défaut d'une définition proposée par nos deux pays, il semble pertinent de citer celle émise par l'OMS : « *Tout acte sexuel, tentative pour obtenir un acte sexuel, commentaire²⁹ ou avances de nature sexuelle, ou actes visant à un trafic ou autrement dirigés contre la sexualité d'une personne en utilisant la*

²⁹ En droit canadien, un commentaire n'est pas incriminé. À l'inverse, le droit français l'incrimine désormais au travers de l'outrage sexiste.

coercition, commis par une personne indépendamment de sa relation avec la victime, dans tout contexte, y compris, mais sans s'y limiter, le foyer et le travail. »³⁰ Cette définition a le mérite de poser toutes les composantes de la violence sexuelle : l'acte constitutif de l'agression, l'atteinte, la façon dont cette atteinte est commise, la variation des relations pouvant exister entre l'auteur et sa victime, et enfin le contexte multiple et varié dans lequel peuvent s'inscrire de telles violences.

14. Des violences punies depuis toujours. La violence sexuelle est un sujet d'étude intrigant au regard d'une contradiction manifeste qui anime le combat mené contre celle-ci. En effet, ces dernières sont réprimées de tout temps et font pourtant l'objet d'une impunité récalcitrante. Les violences sexuelles, et plus spécifiquement le viol, font l'objet d'un interdit légal inscrit dans de nombreux textes de loi anciens. À titre d'exemple, citons le Code d'Hammourabi à Babylone, deux millénaires avant notre ère, ou même, celui du Deutéronome chez les Hébreux³¹. Le Code d'Hammourabi punissait expressément le viol et l'inceste. Le premier était défini de façon très restrictive à l'article 130 dudit Code : « *Si un homme viole la fiancée d'un autre alors qu'elle est vierge et qu'elle vit toujours chez son père et s'il est surpris, il est mis à mort et la femme est non coupable* ». L'inceste était défini à l'article 154 de la façon suivante : « *Si un homme « a connu » sa fille, il sera exilé, banni de la ville ; s'il a couché avec la fiancée de son fils, il sera ligoté et jeté à l'eau ; si une mère et son fils couchent ensemble, ils seront brûlés vifs.* »³² Cette définition du viol dévoile l'objet de protection de l'infraction à cette époque ; à l'inverse d'aujourd'hui ce n'était pas la femme victime ou plus précisément son intégrité physique et sexuelle qui étaient protégée, mais bien l'homme, en sa qualité de père, mari ou fiancé. À cette époque, le viol était perçu comme une atteinte à la propriété de l'homme. Cette vision de l'acte laisse transparaître la faible considération de la femme dans ces sociétés.

15. Des violences déniées. Ces textes attestent de l'ancienneté du combat légal mené contre ces violences. Face à ce constat, une question émerge : *pourquoi ces violences font-elles encore l'objet d'une grande impunité tant juridique que sociale ?* La réponse à cette question

³⁰ World Health Organization., *Violence against women – Intimate partner and sexual violence against women*, Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2010.

³¹ Xavier LAMEYRE, « Des infractions sexuelles : les mots du droit pénal français pour dire ces maux » in *Psychopathologie et traitements actuels des auteurs d'agression sexuelle*, Paris, John Libbey Eurotext, 2001, p. 33.

³² Pierrette LEMOINE, « Évolution du concept de violence sexuelle à travers l'histoire », CRIAVS, Caen.

est double. Si les agressions sexuelles étaient et restent encore souvent impunies, c'est parce qu'elles ont longtemps été niées d'une part, et faisaient l'objet de définitions très restrictives d'autre part ; évinçant de sa protection une multitude de comportements. Ces deux points tendent à se rectifier. En effet, si les violences sexuelles ont longtemps été rangées dans un « angle mort » de la conscience des sociétés, historiens, sociologues, politiques ou philosophes en ayant longtemps fait l'impasse³³ ; ce désintérêt n'est plus. À l'inverse, les violences sexuelles submergent par leur présence actuelle dans les médias, le discours politique, les projets de loi et les réseaux sociaux notamment. Cet intérêt nouveau, couplé à une libération de la parole des victimes sont indéniablement en train de faire basculer cette impunité. Concernant l'autre versant du problème, à savoir une vision restrictive de la question, cela est également en phase de changement ; ceci grâce à l'intérêt nouveau porté aux violences sexuelles. C'est en apprenant sur la question qu'on peut proposer des lois cohérentes, éloignées des mythes et stéréotypes véhiculés dans nos sociétés.

16. Des violences genrées. La violence sexuelle n'est pas une violence « neutre », sa logique sous-jacente est genrée, s'inscrivant comme une illustration et un produit du patriarcat. Les femmes sont indéniablement plus susceptibles d'être victimes de violences sexuelles que les hommes, et ce indépendamment de l'époque et du lieu sur la planète³⁴. Les statistiques sont sans conteste, les femmes sont principalement les victimes des violences sexuelles, et les hommes en sont majoritairement les auteurs ; de nombreuses sources telles que le rapport réalisé par le Haut conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes atteste de cette réalité. Cet état de fait justifie l'axe de cette recherche, à savoir l'étude exclusive des violences sexuelles commises sur les femmes. En effet, la violence sexuelle est genrée tant dans sa commission que dans son traitement judiciaire. Les règles de preuve initialement discriminatoires au Canada attestent de cette réalité. Le choix de ne s'intéresser qu'aux femmes victimes de ces violences peut sembler arbitraire, il n'en est rien, il est la conséquence d'une réalité. Ce choix a pour finalité de comprendre pourquoi les violences sexuelles ne sont pas de simples violences, s'inscrivant dans une logique beaucoup plus large de violences à l'encontre des femmes. Sur ce point, il est à noter que les lois visant à lutter contre les violences sexuelles s'inscrivent souvent dans la lutte plus globale des violences envers les femmes. Cette

³³ <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/09-ricr-sf-894-bouvier.pdf>

³⁴ Cécilia BENOIT, Leah SHUMKA, Rachel PHILLIPS, Mary Clare KENNEDY, Lynne BELLE-ISLE, « Dossier d'information : La violence à caractère sexuel faite aux femmes au Canada », Décembre 2015, Gouvernement du Canada, p. 2 ; <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/violences-de-genre/reperes-statistiques/>.

compréhension du caractère genré des violences sexuelles, ayant un impact direct sur le traitement judiciaire de telles violences, nous permettra de trouver des solutions afin de lutter efficacement contre ces violences. Si l'on passe à côté de la problématique profonde soulevée par ces violences, on ne pourra pas proposer de solutions juridiques et non juridiques adéquates.

17. La victime de ces violences comme sujet d'étude. La notion de victime est indéniablement une notion qui a le vent en poupe à l'heure actuelle. Cette entité si longtemps oubliée du système pénal est devenue la nouvelle obsession de nombreuses disciplines : sociologie, criminologie, victimologie, le droit en général et le droit pénal en particulier. Cette « nouvelle divinité » fait l'objet de nombreuses réformes en sa faveur. Par divinité, il faut entendre par là que la victime est au centre du système pénal contemporain, à tel point que des auteurs comme Robert Cario parlent de « victime sacralisée. »³⁵ Au plan international, le premier texte à reconnaître l'aide aux victimes dans ses principes généraux est la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir des Nations Unies* de 1985³⁶ qui a ouvert la voie au développement de l'aide aux victimes et l'extension de leurs droits sur le plan national³⁷, tant français que canadien.

18. Une reconnaissance juridique. Au Québec, la *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels* a été adoptée en 1988. Cette loi souligne les droits des victimes à l'information, à la réparation et à recevoir de l'aide et du support. La loi spécifie que les victimes ont le droit d'être informées de leurs droits et de leur rôle au sein du système de justice criminelle. Les victimes ont le droit de recevoir du support, d'être informées des progrès dans leur dossier et de présenter leur point de vue aux étapes appropriées du processus de justice criminelle³⁸. En France, la victime s'est vue reconnaître un véritable statut depuis les années 2000³⁹. Malgré l'émotion générale suscitée par la victime, celle-ci reste une notion floue et ses

³⁵ Robert CARIO, « De la victime oubliée... à la victime sacralisée ? », (2009) *AJ.pénal* 491.

³⁶ Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir des Nations Unies, 29 novembre 1985. Il est intéressant de noter que la Résolution 40/34 portant « Déclaration des principes fondamentaux de justice pour les victimes de la criminalité et d'abus de pouvoir », était soutenue à l'origine par trois États-membre : la France, le Canada et l'Australie, Voir Marie-Pierre LIÈGE, « L'aide aux victimes vingt ans après : bilan et perspectives », dans Robert CARIO et Arlène GAUDREAU (Dir.), *L'aide aux victimes : 20 ans après. Autour de l'œuvre de Micheline Baril*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp.30-31.

³⁷ Alexandre FLUCKIGER, Robert ROTH et Christian-Nils ROBERT, « Droit et émotions. Le rôle des émotions dans le processus de régulation juridique et sociale. Rapport final », (2010) Travaux CETEL n°58, Université de Genève, p. 35.

³⁸ Jo-Anne WEMMERS et Katie CYR, « Les besoins des victimes dans le système de justice criminelle », (2006) Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal., p. 19.

³⁹ Loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, 15 juin 2000.

attentes demeurent pour l'essentiel méconnues. Cette contradiction apparente entre d'une part, l'émoi que suscite la victime et d'autre part, sa méconnaissance, entraîne de nombreuses questions à résoudre⁴⁰.

19. Définition du terme « victime ». La notion de victime est polymorphe et revêt plusieurs réalités. Avant d'énoncer les différentes définitions existantes, il convient d'exposer la conception de la victime mobilisée. Pour cette étude, la notion de victime ne fera pas seulement référence aux individus ayant été reconnus comme tels par la justice, mais ceux aussi qui se reconnaissent comme des victimes directes et qui ont dénoncé les faits ; c'est-à-dire ceux qui ont porté l'infraction sexuelle à la connaissance des autorités judiciaires. Ce choix se justifie par la finalité de cette recherche qui vise à effectuer un contrôle d'effectivité de la norme pénale, il est donc important de pouvoir révéler l'écart entre le nombre de plaintes et le nombre de procès. Ce choix permet également de contourner le débat selon lequel le terme de victime ne peut être utilisé que lorsque l'accusé a été reconnu coupable⁴¹.

Selon Gérard Cornu, la victime s'entend de « *celui qui subit un préjudice, par opposition à celui qui le cause (auteur) mais qui peut en être la victime directe ou indirecte.* »⁴² Le terme victime n'est pas expressément posé en droit pénal. L'article qui définit de façon précise la victime en droit français est l'article 1382 du Code civil qui énonce : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* ». Ainsi, « autrui » est la victime, l'individu qui a subi un dommage et à qui une réparation est due. Selon Christine Lazerges, cet article traduit le noyau dur du droit des victimes quelle que soit la discipline juridique concernée⁴³. La *Charte canadienne des droits des victimes* en son article 2 définit la victime d'une façon similaire : « *Particulier qui a subi*

⁴⁰ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, préface.

⁴¹ Jérôme BENSUSSAN, « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique : la place de la victime dans le procès pénal », dans Yves STRICKLER, *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 33 : « Évoquer la place de la victime dans le procès pénal, c'est-à-dire là où le procès pénal se tient et s'achèvera par un verdict, relève de la gageure et de l'impossible discussion car posée ainsi, cette question, malheureusement « à la mode », n'a aucun sens. En effet, on ne peut ni oublier ou critiquer que le verdict, qui clôture le procès pénal, a une signification évidente, celle de la clarification des places et statuts qui n'avaient pas pu être définis auparavant : c'est uniquement à l'issue du procès pénal que « X » sera considéré comme « coupable » et « Y » comme victime mais ces places et statuts ne peuvent, avant ce stade et notamment au cours des débats, être attribués ou reconnus. En d'autres termes, dans notre hypothèse, c'est-à-dire l'existence du procès pénal, il n'y a pas de victime sans coupable et alors que nul ne penserait à évoquer « la place du coupable dans le procès pénal », en violant ainsi et inéluctablement la présomption d'innocence, il en est de même de la place de la victime dans le procès pénal : aborder cette question sous cet angle aurait également pour conséquence de violer cette présomption d'innocence, et ce alors même que le législateur ne semble pas s'être préoccupé de cette difficulté ».

⁴² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Paris, PUF, 2018, p. 1073.

⁴³ Christine LAZERGES, « Introduction », dans Sylvie FAYE (Dir.), *Justice et Cassation- Dossier la victime*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, Paris, 2016, p.16.

des dommages- matériels, corporels ou moraux- ou des pertes économiques par suite de la perpétration ou prétendue perpétration d'une infraction. »⁴⁴

20. L'importance des synonymes. Les synonymes de cette notion sont également pertinents afin de comprendre de façon globale ce terme sous un angle juridique. Selon le professeur Cornu, la victime est synonyme d'ayant cause⁴⁵, d'ayant droit⁴⁶ ou encore de partie civile⁴⁷, mais aussi de témoin⁴⁸. Ces deux dernières notions sont essentielles puisqu'elles permettent de percevoir la place centrale de la victime sur la scène pénale française et ainsi de l'opposer à celle qu'elle occupe en droit canadien.

21. Définition européenne. La directive européenne 2012/29/UE définit la victime de façon similaire au professeur Cornu en ajoutant des précisions importantes. Selon cette directive, la victime est : « *toute personne physique ayant subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique, mentale, ou émotionnelle ou une perte matérielle, qui a été directement causé par une infraction pénale* ». Selon ce texte, sont également reconnues certaines victimes par ricochet en cas de décès de la victime principale. Il est précisé que le statut de victime est acquis « *indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction ait été identifié, appréhendé, poursuivi ou condamné.* »⁴⁹

22. Définition retenue. En dernier lieu et afin d'affiner cette définition, il est pertinent de reprendre celle posée par la victimologue Micheline Baril dans sa thèse : « *Pour l'instant, posons donc que les victimes sont des personnes ou des groupes de personnes directement lésées par un acte ou un comportement préjudiciable. Les victimes secondaires ou par ricochet, de même que les organisations, les entreprises, la société seront exclues. Posons de plus que ce préjudice est imputable à une conduite réprouvée par le code criminel. Nous excluons ici non seulement les lésions accidentelles mais aussi celles qui résultent d'actions*

⁴⁴ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art.2, par. 2.

⁴⁵ Gérard CORNU, préc., note 42, p. 116 : « Personne qui a acquis un droit ou une obligation d'une autre personne appelée son auteur (C. civ., a. 941, 1122, 1322,1324). »

⁴⁶ Id., p. 116 : « Titulaire d'un droit ; personne ayant par elle-même ou par son auteur vocation à exercer un droit (ayant droit à réparation ou à restitution). »

⁴⁷ Id., p. 743 : « Individu ayant personnellement souffert d'un dommage directement causé par une infraction, qui exerce contre les auteurs de ce dommage l'action civile en réparation du préjudice causé par l'infraction. Si la victime porte son action civile devant la juridiction répressive, elle devient partie au procès pénal (C. pr. pén., a. 1 s.), d'où son nom. »

⁴⁸ Id., p. 1019.

⁴⁹ Directive n°2012/29/UE, *établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes* a été transposée par la loi du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

volontaires, sinon délibérées, mais arbitrées par la justice civile. Précisons enfin que les personnes lésées ont eu conscience du tort subi et l'ont imputé à une conduite répréhensible. »⁵⁰

Cette définition semble être la plus complète et la plus adaptée à cette recherche puisqu'elle allie une conception juridique de la victime - c'est-à-dire toutes les personnes qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction - à une conception victimologique, davantage subjective de celle-ci.

23. Une conception subjective. Il convient d'apporter une dernière précision, le terme de victime est une notion subjective en ce sens où un individu doit se ressentir ainsi afin de voir son statut reconnu par la justice. En effet, de nombreux individus victimes d'une infraction pénale ne se reconnaissent pas en tant que victime, ils ignorent leur statut de victime. Ce déni est particulièrement fréquent dans le cadre des infractions sexuelles⁵¹. Cette ignorance par l'individu de son état participe au chiffre noir ainsi qu'à la méconnaissance de la victime sous un angle victimologique.

24. La place laissée à la victime. De façon très résumée, la victime est en France tant un sujet du droit qu'un acteur au procès ; au Canada, la dynamique est inversée, elle est davantage un sujet passif dans le processus judiciaire qu'un sujet actif. Cette vision manichéenne de la place de la victime dans les deux systèmes juridiques connaît de nombreuses nuances qui seront développées dans les développements ultérieurs.

25. Une responsabilité partagée concernant la place de la victime. Au Canada, la volonté de répondre aux besoins des victimes fait l'objet d'une responsabilité partagée entre les diverses autorités fédérales, provinciales et territoriales⁵². Ce partage peut entraîner des difficultés d'applications et ainsi affecter l'effectivité de la norme. Les provinces exercent la responsabilité première à l'égard de l'administration de la justice⁵³, y compris l'application de la loi, les poursuites pénales et les services aux victimes d'actes criminels, y compris leur indemnisation à titre de victime. Le rôle du Parlement fédéral est axé sur la définition des

⁵⁰ Micheline BARIL, *L'envers du crime*, Paris, Harmattan, 2002, p.20

⁵¹ Michèle FRENETTE et al., *Femmes victimes de violence et système de justice pénale : expériences, obstacles et pistes de solution*, Montréal, Service aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal, 2018, p.9.

⁵² Marie MANIKIS, « Imagining the future of victims' rights in Canada : A comparative perspective », (2015-2016) 13 *Ohio State Journal of Criminal Law* 165, p. 165 : « It is worth noting that in Canada, due to the constitutionally recognized separation of powers, victim-related policies fall within dual jurisdictions. More specifically, questions relating to the administration of the criminal justice process are a provincial matter, while criminal law is a federal matter. »

⁵³ Art. 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.).

crimes, des peines dont ils sont assortis, mais également sur la procédure pénale⁵⁴. Le *Code criminel* constitue la loi principale à ces égards.

26. Vers un renforcement de la place accordée à la victime. La victime en France a la possibilité de se constituer partie civile à tous les stades de la procédure si elle répond aux critères de l'article 2 du Code de procédure pénale ; ce statut lui accorde de nombreux droits⁵⁵. Le droit français conforté par le droit européen lui accorde des droits au cours du processus judiciaire indépendamment de ce statut de partie civile⁵⁶. Ces droits ont été renforcés depuis la loi du 15 juin 2000. Ils sont désormais expressément inscrits dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale⁵⁷. Une telle reconnaissance existe désormais au Canada et figure dans la *Charte canadienne des droits des victimes* entrée en vigueur le 23 juillet 2015⁵⁸.

27. Postulat victimologique. Les considérations positivistes étant posées, il convient désormais d'observer la victime sous l'angle de la victimologie. Les victimologues ont répertorié les attentes primaires et communes à la majorité des victimes d'infractions pénales. Au regard de cette classification, le besoin fondamental et incompressible des victimes est celui d'obtenir justice. Il semble que ce besoin se recoupe en plusieurs autres. Selon les deux auteurs Mina Raushenbach et Damien Scalia, les attentes des victimes sont d'une double nature. D'une part, les victimes attendent un résultat, à savoir la peine du coupable et la compensation

⁵⁴ Art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867, id.

⁵⁵ Les droits de la partie civile en France ont été enrichis au fil de nombreuses lois. Dans un premier temps, la loi du 22 mars 1921 accorde à la partie civile le droit de pénétrer dans les cabinets d'instruction. La loi du 2 février 1981 facilite l'exercice de l'action civile.

⁵⁶ Geneviève GIUDICELLI-DELAGE, « Victimes : de l'oubli à la faveur ? », *Justice et Cassation*, p. 79. La prise en considération de la victime sur la scène pénale française ne se limite pas à son statut de partie civile, en ce sens ou si la victime ne souhaite pas se constituer partie civile et donc ne souhaite pas occuper une quelconque position procédurale, il n'en reste pas moins que certaines dispositions imposent au juge ou au procureur de prendre en compte son intérêt et sa protection.

⁵⁷ Code de procédure pénale, Article préliminaire, alinéas 1 et 2 : « I. - La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. II. - L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale. »

⁵⁸ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch.13, art.2, Préambule : « Attendu : que les actes criminels ont des répercussions préjudiciables sur les victimes et la société ; que les victimes d'actes criminels et leurs familles méritent d'être traitées avec courtoisie, compassion et respect, notamment celui de leur dignité ; qu'il importe que les droits des victimes d'actes criminels soient pris en considération dans l'ensemble du système de justice pénale; que les victimes d'actes criminels ont des droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés ; que la prise en considération des droits des victimes sert la bonne administration de la justice; que la compétence en matière de justice pénale est partagée entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux; que les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont adopté, en 1988, l'Énoncé canadien des principes fondamentaux de justice pour les victimes d'actes criminels et ont par la suite entériné la Déclaration canadienne de 2003 des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité

des dommages. D'autre part, les victimes attendent du système pénal le processus formel lui-même, à savoir le respect envers la victime, l'information et la participation⁵⁹. De façon plus précise, Strang a identifié les besoins fondamentaux des victimes et en a fait une liste. Selon cet auteur, les attentes fondamentales des victimes sont les suivantes : faire entendre leur voix ; participer au traitement de leur affaire ; être traitées avec respect et justice ; obtenir des informations sur le déroulement et le résultat de leur affaire, et obtenir une réparation matérielle et émotionnelle⁶⁰. Pour compléter cette liste, une étude menée par le Centre international de Criminologie comparée démontre que les besoins primaires communs à toutes les victimes seraient les suivants : recevoir de l'information, du support médical, émotionnel et concret, des réparations, une protection et permettre l'inclusion des victimes dans le processus de justice criminelle⁶¹. Une autre liste vient compléter et confirmer les deux précédentes. Selon Yves Strickler, les attentes des victimes sont les suivantes : obtenir le statut de victime ; pouvoir s'exprimer devant le juge à l'audience ; voir l'auteur condamné ; que soient reconnus ses agissements et obtenir une indemnisation pécuniaire⁶². Afin de conclure cette introduction sur les attentes des victimes et de pouvoir passer à l'analyse plus précise de chaque attente précédemment évoquée, il faut préciser une dernière chose. Selon de nombreux auteurs⁶³, beaucoup des attentes des victimes sont de nature émotionnelle, telles que le besoin de soutien, d'écoute et de reconnaissance. Par conséquent, l'intégration de la victime dans le processus judiciaire pose la délicate question du mariage de l'émotion et du droit, ou plus particulièrement de l'intégration de l'émotionnel dans le juridique.

⁵⁹ Mina RAUSHENBACH et Damien SCALIA, « Victimes et justice internationale pénale : perplexité ? », 90 *International Review of the Red Cross* 441, p. 443.

⁶⁰ Heather STRANG, *Repair and Revenge: Victims and Restorative Justice*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2002.

⁶¹ Jo-Anne WEMMERS (dir.), « Reparation and the International criminal court: meeting the needs of victims », Montréal, Report of the Workshop, 2006, pp. 6-16, «Victimology identifies six types of needs common among victims. These are the need for information, reparation, protection, medical and emotional needs, practical needs and inclusion in the criminal justice system. Underlying these needs is fundamental need for recognition and validation. These needs are also prevalent among victims of crimes against humanity, war crimes and genocide. However, given the level of violence, the scale of victimization, and the political context of these crimes, victims of gross violations of human rights will experience these needs more frequently and more acutely than victims of conventional crimes. », p16 ; Conseil du statut de la femme, *Les personnes victimes d'agressions sexuelles ou de violence conjugale face au système de justice pénale*, 2020 https://csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/Etu_violence_justice_20201007_vweb.pdf , cette confirme ces besoins en les divisant en quatre : le besoin d'information, les besoins pratiques, le besoin de réparation ou de dédommagement et le besoin de soutien psychosocial.

⁶² Y. STRICKLER, *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.72.

⁶³ A. FLUCKIGER et al., préc., note 37, p39 ; J-A WEMMERS et K. CYR, préc., note38.

II. UNE APPROCHE JURIDIQUE ECLAIRÉE PAR D'AUTRES DISCIPLINES

28. Justification de l'étude de la victime. Cette recherche ne se limite pas à l'étude descriptive de la répression des infractions sexuelles en France et au Canada, elle vise une analyse critique de cette répression sous le prisme de la victime de telle infraction. À cette fin, il convient d'analyser notre objet d'étude à l'aune d'une approche juridique, tout en le regardant à la lumière de la victimologie. Notre analyse qui a pour objet de démonstration un double objet, à savoir les régimes canadien et français d'une part, et les droits⁶⁴ et revendications des victimes par rapport à ces régimes d'autre part, permet d'analyser un grand nombre d'enjeux distincts mais complémentaires. Cette vision binaire permet d'exercer un contrôle d'effectivité entre le droit en théorie et le droit en pratique ; ceci en vérifiant si les promesses du droit concernant les victimes sont concrétisées dans les normes ainsi que dans leur application.

29. La victime : un objet d'étude récent. Cette double analyse quoique justifiée par l'objet de cette thèse peut dérouter puisque l'étude de l'envers du crime ne constitue pas la préoccupation première du système de justice pénale⁶⁵. Le procès pénal est originellement centré sur l'auteur, sur l'acte qu'il a commis ; plus spécifiquement sur sa responsabilité permettant ainsi de lui appliquer une sanction⁶⁶. Les conséquences de l'infraction sur la victime ainsi que sa place dans le procès pénal ont longtemps été ignorées par la conception contemporaine de la justice pénale⁶⁷. Elle a été placée au second plan sur la scène pénale.

⁶⁴ Le terme de « droits » fait l'objet de nombreuses critiques, puisque cette terminologie permet de déduire une obligation pour l'autorité visée de le respecter. Or, s'agissant des victimes de nombreux droits qui lui sont accordés au Canada n'ont pas de force exécutoire, nous utiliserons tout de même cette terminologie permettant d'inclure les droits, les obligations et les attentes, voir Helen FENWICK, « Procedural « Rights » of victims of Crime : Public or private Ordering of the criminal justice process ? », (1997) 60 *Mod. L. Rev.* 317, p. 318.

⁶⁵ Robert CARIO et Sylvie RUIZ-VERA, *Droit(s) des victimes- De l'oubli à la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 13.

⁶⁶ La centralisation du procès pénal sur l'auteur de l'infraction n'a pas toujours existé, au Moyen-âge la finalité du procès pénal était la réparation de la victime, Voir Cédric RIBEYRE, « Avant-propos » dans Cédric RIBEYRE (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 7-8.

⁶⁷ Jean-Baptiste THIERRY, « L'omniprésence envahissante de la victime en matière pénale », pp. 239-247 dans Valérie MALABAT, Bertrand de LAMY, Muriel GIACOPELLI (Dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, p. 239 : « L'évolution de cette discipline (le droit criminel) a consisté à étatiser la répression en mettant la victime à l'écart, dans un but louable de pacification sociale ». À l'inverse, initialement la victime jouait un rôle central dans le processus judiciaire, Voir McDONALD, « Toward a bicentennial revolution in Criminal justice », (1976) 13 *Criminal Law Review* 649 ; Paul S. HUDSON, « The crime victim and the criminal justice system : time for a change », (1983) 11 *Pepperdine Law Review* 23, p. 26 : « The result of the change between these older ideas and the « modern ideology » of criminal justice is that

Aujourd'hui, cette situation semble dépassée en théorie, surtout en France⁶⁸. Selon certains auteurs, la victime aurait été mise au premier plan de la scène pénale⁶⁹. Il semble plus réaliste de dire que la victime a été placée sur un pied d'égalité avec l'accusé⁷⁰, remettant ainsi en question la logique du droit pénal⁷¹. Cette égalité est double, elle concerne les prérogatives accordées à la victime mais également l'intérêt qui lui est porté. Ces deux formes d'égalité ne se retrouvent pas illustrées de la même façon dans les deux pays. L'égalité entre les prérogatives de la victime et celles de l'accusé est davantage marquée en France qu'au Canada ; tandis que l'équivalence quant à l'intérêt qui est porté à la victime face à celui qui est porté à l'accusé semble être identique dans les deux pays. Cette égalité se constate grâce à une étude pluridisciplinaire de la victime.

30. La nécessité d'une intégration raisonnée. L'intégration de la victime peut être bénéfique si elle est réalisée de façon raisonnée en respectant à la fois les objectifs et les fondements du procès pénal, ainsi que les droits de l'accusé. Il est nécessaire que cette reconnaissance de la place de la victime sur la scène pénale se fasse de façon équilibrée⁷². Il

the victim is being ignored.» ; Karen STANBRIDGE et J. Scott KENNEY, « Emotions and the Campaign for victims' rights in Canada », (2009) 51 *Revue canadienne de criminologie et de justice pénale* 473, p. 476 ; Victor MALAREK, « Crime victims' search for justice : from arrest to parol, accused benefits from safeguards », (1984) *Globe and Mail*, M3, l'auteur décrit les victimes de crimes comme : « stand(ing) in the shadows of the justice system- bitter disillusioned, frustrated, angry and confuses », « Victims were shunted to the sidelines, treated as an embarrassment or nuisance » ; Thierry LÉVY, *Justice sans Dieu*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000 : « Il y a trois parties dans un procès pénal : la victime, l'accusé et le ministère public. La victime a encore moins de droits que l'Accusé. Elle est traitée comme une intruse ».

⁶⁸ Au Canada, la situation de la victime reste peu enviable comparativement à la France, Pierre BÉLIVEAU et Jean PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 433 : « Aussi, même aujourd'hui, plusieurs estiment que ce rôle demeure trop limité, bien que certaines innovations, surtout dans le domaine de l'aide et du support moral aux victimes, aient été mises en place par les législateurs fédéral et québécois, de même que par les organisations communautaires. »

⁶⁹ J-B. THIERRY, préc., note 67, pp. 239 et s.

⁷⁰ Forum européen des services d'aide aux victimes, *Déclaration sur les droits des victimes dans le cours du procès pénal*, p. 2 : « Principes généraux : Les droits des victimes d'infractions doivent avoir la même priorité que les droits des auteurs d'infractions » »

⁷¹ Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^e éd., Éditions Cujas, 1997, n°142, les auteurs posent la définition classique du droit criminel : « l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants » ; Peter HOEFNAGELS, *The other side of criminology. An inversion of the concept of crime*, Deventer, Kluwer, 1973 ; J-B. THIERRY, préc., note 67, p. 245 : « Le droit criminel est aujourd'hui marqué par un indéniable phénomène d'individualisation qui l'affecte profondément ».

⁷² *Déclaration canadienne de 2003 des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*, <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/03/princ.html> , « En l'honneur de la Déclaration des Nations Unies des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité, et conscients des répercussions préjudiciables de la criminalité à l'égard des victimes d'actes criminels et de la société, du fait que tous doivent bénéficier de l'entière protection de leurs droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés, et les autres Chartes provinciales régissant les droits et libertés des personnes qu'il est nécessaire de trouver un équilibre entre les droits des victimes et les droits des délinquants et que la compétence en matière de droit pénal est partagée entre les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux

conviendra ainsi d'analyser objectivement les droits de la victime au regard de ces deux aspects. Cette analyse a pour finalité d'en dresser un portrait critique pouvant aboutir à des propositions d'évolution.

31. La victime et le procès pénal. L'analyse du procès pénal ou criminel sous l'angle de la victime est nécessaire au regard de l'intérêt et de la volonté grandissante du droit pénal d'intégrer celle-ci et ses besoins dans ses préoccupations et processus. Depuis les années 1980 dans les deux pays⁷³, la victime est devenue un sujet d'intérêt et, par là même, l'objet de nombreuses réformes. Longtemps l'oubliée du droit pénal, elle est désormais « *la nouvelle étoile de la scène pénale.* »⁷⁴ Répondre à ses besoins est devenu l'une des priorités des législateurs canadien et français. Cet état de fait s'illustre en France dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale⁷⁵, ainsi que dans le sous-titre complet consacré aux droits des victimes⁷⁶. Au Canada, l'adoption d'une *Charte des droits des victimes* en 2015 illustre cette prise en considération unique au niveau fédéral, son préambule énonce expressément et pour la première fois, la nécessité d'intégrer la victime dans le processus pénal⁷⁷.

32. La facette victimologique du droit pénal. Ces différentes dispositions qui mettent au centre du droit pénal la victime d'actes criminels donnent un volet victimologique nécessaire aux normes pénales⁷⁸, démontrant ainsi l'intérêt grandissant porté à cette nouvelle entité. Cela atteste de la dette qu'ont les États envers les victimes. En effet, lorsqu'une personne est victime d'une infraction, cela signifie que l'État n'a pas pris les mesures nécessaires pour empêcher la réalisation d'une situation injuste. Il se doit donc de rétablir la victime dans sa qualité de personne, en lui accordant notamment une place et des droits dans le processus judiciaire⁷⁹.

responsables de la Justice pénale ont convenu que les principes énoncés ci-après doivent guider le traitement des victimes, plus particulièrement dans le cadre du processus de justice pénale. »

⁷³ G. GIUDICELLI-DELAGÉ, préc., note 56, p. 77 ; Debby BARFKNECHT, « Concerns of Canada's victims rights movement », (1985) 8 *Can. Cmty.*, L.J. 83 ; P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 433.

⁷⁴ Anne WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 117 ; Déclaration de Rachida Dati, garde des Sceaux, lors d'une visite à Lille le 26 février 2009, *Dépêche AFP*, 26 février 2009 : « Le premier des droits de l'homme, c'est le droit des victimes » ; J-B. THIERRY, préc., note 67.

⁷⁵ Code de procédure pénale, Art. préliminaire.

⁷⁶ Code de procédure pénale, Sous-Titre III- Des droits des victimes (L. n°2015-993 du 17 août 2015, art.7, en vigueur le 15 novembre 2015), art.10-2 à 10-5

⁷⁷ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art. 2, préambule.

⁷⁸ Claude LIENHARD, « Droit des victimes et victimologie, une nécessaire nouvelle donne », dans *Les droits des victimes*, Dossier, AJ Pénal, Janvier 2015, pp. 10-12.

⁷⁹ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 148 : « Atteinte par la victimisation dont la société n'a su éviter la survenue injuste, la victime doit être réinstituée dans sa qualité de personne. Cette exigence éthique se réalise par l'activation cumulative de trois droits fondamentaux(A). D'un point de vue strictement victimologique, cet

33. La victimologie. La victimologie est une branche de la criminologie. Cette notion est polymorphe et renvoie à deux catégories : la victimologie empirique ou « scientifique », et la victimologie générale⁸⁰. La seconde sera mobilisée dans cette étude. Benjamin Mendelsohn, un avocat pénaliste qui est l'un des premiers à s'intéresser au sort des victimes en 1937, définit le but essentiel de la victimologie comme « *l'évaluation des besoins de la victime et de la société, ainsi que la prévention de la victimation et de la 'revictimation'* »⁸¹. Après avoir posé ses finalités, il convient à présent de définir son objet : « *La victimologie est l'étude des victimes.* »⁸²

34. Une intégration nécessaire. La nécessité d'analyser le système juridique des deux pays à la lumière de la victimologie s'explique par son rôle indéniable dans la prise en considération par le droit et les politiques publiques des victimes comme personnes en souffrance⁸³. La victimologie a permis de faire évoluer le droit positif vers un régime intégratif.

35. Méthodologie. L'intégration de la victimologie au sein de notre étude se fera au travers d'études empiriques préalablement menées par des victimologues. Il ne s'agit pas d'une approche pluridisciplinaire au sens strict du terme. Dans le cadre de cette thèse, nous proposons d'observer notre sujet de façon juridique, en ce sens où l'analyse est principalement orientée vers les sources classiques du droit. Néanmoins, et afin d'accroître la portée de notre étude, nous avons fait le choix d'éclairer notre analyse à l'aune de la littérature développée en victimologie. Nous n'avons pas utilisé de grille d'analyse formelle, mais avons plutôt tenu compte des études criminologiques pertinentes menées par les plus grands criminologues. La démarche a été celle d'éclairer notre démonstration par la mobilisation de documents issus de

objectif de réintégration sociale doit permettre à la victime de s'approprier tous les droits et devoirs s'attachant à cet état momentané (B). »

⁸⁰ Sur cette distinction, Voir Gérard LOPEZ, *La victimologie*, 2e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2014, pp. 7-10 : « La victimologie est une branche de la criminologie. Elle se fonde sur des études scientifiques. » p.7 ; « La victimologie générale, souvent confondue avec la psychotraumatologie, est une transdiscipline (...). Elle est le discours scientifique concernant la victime, où sont convoqués la philosophie, la sociologie, le juridique, la médecine, etc., mais les quatre disciplines majeures sont le droit, la criminologie, la psychotraumatologie et l'action humanitaire. Les sciences politiques et économiques y jouent un rôle primordial en évaluant le coût des réformes. Mais les sciences humaines et principalement l'histoire et la philosophie permettent de comprendre les représentations sociales portées par les victimes et pourquoi la victimologie est un avatar de judéo-christianisme. Le champ d'étude de la victimologie générale s'étend aux victimes d'accidents divers. Son but principal est la « dévictimisation » et en aucun cas la reconnaissance paroxystique du statut de victime pour lui-même. », pp. 8-9.

⁸¹ Benjamin MENDELSON, « La victimologie et les besoins de la société actuelle », RICPT 1973 ; G. LOPEZ, préc., note 80, p. 45.

⁸² J-A WEMMERS, *Introduction à la victimologie*, Les presses de l'Université de Montréal, 1964, p15.

⁸³ C. LAZERGES, préc., note 43, p.16.

la victimologie. De telles études sont régulièrement menées par des victimologues de renoms. Dans le cadre de cette thèse nous avons pris pour objet des études victimologiques réalisées au Québec, pour l'essentiel, car la recherche en victimologie y est très abondante. Beaucoup de grands victimologues tels que Micheline Baril, Ezzat Fattah et actuellement Jo-Anne Wemmers ont travaillé et travaillent toujours, pour certains, à l'École de criminologie de l'Université de Montréal. Les travaux du victimologue français Robert Cario ont également été analysés, ainsi que les enquêtes de victimation nord-américaines. Afin d'évaluer la pertinence d'utiliser de telles études, et *a fortiori* la pertinence de notre étude, il convient d'en exposer les limites.

36. Limites méthodologiques des études en victimologie. La victimologie, comme toute discipline, emploie une méthodologie spécifique. Cette dernière est multiple et souvent lacunaire en ce qui concerne particulièrement les attentes des victimes. Celles-ci ne sont pas d'accès facile, plus le crime est grave moins il est aisé de sonder les attentes⁸⁴. Nous désirons ici développer les lacunes méthodologiques de la victimologie afin de démontrer les limites de notre propre analyse. **Notre thèse s'appuie donc sur des analyses non exhaustives, et a pour objet les attentes les plus communément connues des victimes.** Il nous faut, dès à présent, préciser une chose fondamentale. Il n'existe que très peu d'études ayant pour objet de sonder les besoins des victimes. Comme l'expose l'auteure Julie Vincent⁸⁵, la connaissance en criminologie des attentes des victimes de violation des droits de la personne est complexe. Elle dénote le manque d'études en ce domaine. D'autres auteurs déplorent aussi le manque de recherche en la matière, tels qu'Anne Lemonne⁸⁶ qui relève d'importantes lacunes scientifiques sur ce sujet. L'auteur constate un paradoxe important, « *à savoir que le volume de connaissances empiriques en la matière est très réduit, à l'inverse du poids donné quotidiennement dans les discours à l'expérience victimaire.* »⁸⁷ Avant d'utiliser ces quelques connaissances empiriques pour notre propre analyse, nous allons au préalable examiner ces études afin d'en percevoir leurs valeurs.

⁸⁴ Joanna SHAPLAND et Matthew HALL, "What Do We Know About the Effects of Crime on Victims?" (2007) *International Review of Victimology*.

⁸⁵ Julie VINCENT, « Le droit à la réparation des victimes en droit pénal international : utopie ou réalité ? » (2010) 44 *R.J.T.* 86.

⁸⁶ Anne LEMONNE, Inge VANFRAECHEM Charlotte VANNESTE, *Quand le système rencontre les victimes Premier résultats d'une recherche évaluative permanente sur la politique en faveur des victimes*, Gent, Academia Press, 2010, p.1.

⁸⁷ Id., p.1.

37. Des limites au regard de l'échantillon. La première étape des chercheurs est la construction d'un échantillon de victimes. Les critères et les méthodes de recrutement de cet échantillon varient beaucoup d'une étude à l'autre, faisant varier le degré de relativité et de précision des résultats obtenus. Les études varient en fonction de leur nature, elles peuvent être de nature évaluative⁸⁸ ou observatrice⁸⁹. La méthode utilisée peut être de nature qualitative⁹⁰ ou quantitative⁹¹. Les entrevues peuvent être faites face à face⁹² ou par téléphone⁹³ ou encore par courrier⁹⁴; ils peuvent être réalisés de façon libre⁹⁵ ou semi-directive⁹⁶. Toutes ces caractéristiques font varier les résultats ainsi que leur degré de précisions. Cette fluctuation est à prendre en compte quand on souhaite utiliser ces résultats. Les études en victimologie ayant pour objet les attentes des victimes rencontrent systématiquement une limite importante, celle de l'accès aux victimes, ce qui a pour conséquence directe d'avoir des échantillons très réduits. Plus le crime est grave, plus le chiffre noir de la criminalité est élevé⁹⁷, et plus l'échantillon de victimes est réduit. Cet accès difficile aux victimes explique que ces études s'appuient sur des échantillons très limités, ce qui remet en question le degré de représentativité de l'étude. Une étude récente effectuée par la firme INFRAS et disponible en annexe du rapport « Rebâtir la confiance », prend en compte le témoignage de 1585 personnes victimes ce qui permet d'alimenter considérablement les données en la matière. Une autre difficulté est relatée dans la thèse de Micheline Baril⁹⁸, beaucoup de victimes ne souhaitent pas livrer leur expérience aux chercheurs. Les victimes ont peur du chercheur et l'appréhension de parler de leur victimisation.

38. Limites éthiques. Un obstacle supplémentaire que rencontre le victimologue est d'ordre éthique, et pose la question de l'utilité de l'étude pour la victime et de son impact psychologique sur cette dernière. Cette recherche en victimologie sur les attentes des victimes

⁸⁸ Id.; J-A WEMMERS, Tinneke VAN CAMP, Evaluation du projet «complément d'aide aux victimes d'actes criminels », développé par le service des citoyens de Laval en coopération avec le Centre d'aide aux victimes d'actes criminels (CAVAC) de Laval, Les rapports de recherche du CICC, Université de Montréal, 30 Juin 2009.

⁸⁹ M. BARIL, préc., note 50.

⁹⁰ A. FLUCKIGER, R. ROTH, C-N ROBERT, préc., note 37 ; A. LEMONNE, I. VANFRAECHEM, C. VANNESTE, préc., note 86; M. BARIL, préc., note 50.

⁹¹ J-A WEMMERS, T. VAN CAMP, préc., note 88.

⁹² M. BARIL, préc., note 50, l'auteure utilise quatre techniques de récoltes des données : la revue de littérature, l'entrevue auprès de victimes, le matériel recueilli dans des projets similaires, les entretiens avec les intervenants du système de justice et les observations des interactions entre victimes et intervenants.

⁹³ J-A. WEMMERS, K. CYR, préc., note 38.

⁹⁴ J-A WEMMERS, T. VAN CAMP, préc., note 88.

⁹⁵ A. LEMONNE, I. VANFRAECHEM, C VANNESTE, préc., note 109.

⁹⁶ A. FLUCKIGER, R. ROTH, C-N ROBERT, préc., note 37.

⁹⁷ *L'enquête nationale de victimation nord américaine (National Crime Survey)*, Publié dans les cahiers du Centre d'Analyse et de Mathématiques Sociales (n° 252), série "Histoire du Calcul des Probabilités et de la Statistique", n° 70 (octobre 2006), ce chiffre noir s'avère être un « catastrophique effet d'abstraction ».

⁹⁸ Id.

envers le système pénal pose un problème éthique important. Cette délicate question de l'éthique est soulevée par Micheline Baril : « *L'entrevue avec les victimes pose des problèmes éthiques considérables. On leur demande aux fins de la recherche de revivre une situation pénible, dévalorisante, parfois profondément traumatisante. Certaines n'ont pu dormir la veille de la rencontre ; d'autres espèrent une aide, une bouée que l'interviewé ne peut pas nécessairement offrir. L'entrevue risque de les troubler davantage.* »⁹⁹

39. Un manque d'objectivité. Une limite majeure de ces études en victimologie repose sur la subjectivité du chercheur. Nous pouvons parler ici d'un processus d'identification chez le chercheur en victimologie. L'analyse du sujet « victime » est sensible et malaisée, par le fait qu'elle suscite des émotions chez le chercheur. Celle-ci ne peut être neutre, elle est naturellement « émotionnelle ». Dans leur écrit, les auteures Anne Lemonne, Inge Vanfraechem et Charlotte Vanneste évoquent la « résonance émotionnelle propagée en écho »¹⁰⁰ suscitée par la victime. En effet, la victime suscite chez le chercheur des émotions diverses qui varient en fonction du vécu de ce dernier. Ces émotions suscitées chez le chercheur peuvent être « négatives » : le rejet de la victime et de ses souffrances ; ou « positives » : l'identification du chercheur à ce que la victime a subi¹⁰¹. C'est cette seconde manifestation émotionnelle de la part du chercheur qui nous intéresse ici. Si l'on prend en considération le fait que nous sommes tous des victimes potentielles, il semble naturel que le chercheur s'approprie la souffrance de la victime comme étant la sienne propre. Cette faille émotionnelle et pourtant naturelle apporte une part de subjectivité trop grande pour être ignorée aux recherches en victimologie.

40. Une portée limitée. Ces études ont une portée territoriale très limitée, et sont limitées par une relativité culturelle non négligeable. Toute recherche qui prend comme objet d'étude un fait social tel que la victimisation en ce qui nous concerne rencontre comme obstacle la dépendance de ce fait avec la société dans laquelle il s'insère. Par dépendance, nous entendons qu'il y a une interdépendance entre un fait et le modèle social dans lequel il s'inscrit. Si l'on isole ce fait et qu'on l'intègre dans un autre modèle social, il prendra une forme tout à fait différente. Par conséquent, toute étude analysant la victimisation et les victimes sera singulière à chaque pays, chaque société. En effet, la victime et la victimisation sont des

⁹⁹ Id., p.33.

¹⁰⁰ A. LEMONNE, I. VANFRAECHEM, C. VANNESTE, préc., note 86.

¹⁰¹ Gina FILIZZOLA, Gérard LOPEZ, *Victimes et victimologie*, Que sais-je ? Presses Universitaires de France, Paris, 1995.

constructions sociales. Il est de ce fait impossible d'exporter ces résultats à d'autres pays. Les individus victimes de crimes de masse proviennent de différents pays, pour l'essentiel de pays africains, qui n'ont absolument pas la même culture juridique, donc pas la même définition de la victime et donc de la victimisation. Cette relativité culturelle est explicitée par Ezzah Fattah¹⁰². Ce que nous pouvons tirer comme conséquence au propos de cet auteur, c'est qu'il semblerait que les études en victimologie soient « locales » et non exportables.

41. Une prudence nécessaire. Ces différents constats quant à une relativité inhérente à toute étude en victimologie qui veut connaître les attentes des victimes apportent comme bilan conséquent l'impossible généralisation des résultats obtenus par ces recherches. Ils varient d'un individu à l'autre. En victimologie, impossible de généraliser, impossible de systématiser et donc impossible de prévoir ou prévenir quoi que ce soit. Cette impossible généralisation des données peut être expliquée par plusieurs facteurs. Tout d'abord, les attentes des victimes sont différentes d'un individu à l'autre¹⁰³. Aucun individu victimisé n'aura la même perception du crime subi, cette perception varie selon le vécu de chaque individu. Même au sein d'un même groupe de crimes, par exemple les viols, les attentes des victimes ne seront pas identiques¹⁰⁴. De la même façon, chaque victime a sa propre conception de la justice, ce qui fera varier ses attentes¹⁰⁵. D'autre part, le chiffre noir de la criminalité entraîne une méconnaissance de nombreuses victimes ainsi que de leurs attentes. Ce chiffre noir a pour conséquence que finalement peu d'attentes sont réellement connues par les victimologues. En particulier, les victimes de crimes graves sont les moins connues, précisément les victimes de viol¹⁰⁶. Au regard de ces multiples constats, il nous faut en définir les conséquences sur notre étude.

42. Conséquences sur notre étude. Comme nous venons de le voir, la recherche en victimologie concernant les attentes des victimes est confrontée à de nombreuses limites qui entraînent comme conséquences principales que les données obtenues seront de nature axiologique et non exhaustive. Cette conséquence n'est pas préjudiciable et n'enlève en rien à l'utilité de ces études, à condition que nous en soyons conscients. Si l'on prend en considération

¹⁰² Ezzat FATTAH, « La relativité culturelle de la victimisation. Quelques réflexions sur les problèmes et le potentiel de la victimologie comparée », (1993) 26 *Criminologie* 121.

¹⁰³ Arnaud M. HOUÉDJISSIN, *Les victimes devant les juridictions pénales internationales*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 7 août 2006, p.274.

¹⁰⁴ Christine LAZERGES, « L'indemnisation n'est pas la réparation », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Universitaires de Belgique, 2008.

¹⁰⁵ A. FLUCKIGER, R. ROTH, C-N ROBERT, préc., note 37.

¹⁰⁶ J-A WEMMERS, K. CYR, préc., note 38.

tous nos développements antérieurs, les données obtenues par les victimologues semblent être de nature axiologique. En effet, ces études semblent obtenir comme résultats des évidences plus ou moins démontrables. Il semble manifeste que toute victime souhaiterait être informée de la procédure dans laquelle elle s'engage, qu'elle aimerait participer à celle-ci et la certitude la plus grande est son attente de réparation. Ces données semblent déjà connues de nous tous. Cependant, cette évidence des résultats n'est pas critiquable. Si l'on considère les limites indépendantes de sa volonté que rencontre le victimologue dans sa quête des attentes des victimes, il semble que ces évidences soient les seuls résultats possibles actuellement. Ces recherches en victimologie ont le mérite d'être intéressantes et informatives. Cette constatation demande une prudence de la part du chercheur, ainsi qu'une humilité. Si nous voulons que notre étude soit pertinente et apporte une connaissance utile dans notre domaine d'étude, nous devons faire preuve d'humilité et de transparence, voilà pourquoi nous avons exposé dans le développement précédent toutes les limites inhérentes à notre étude. Dans leur étude, les deux auteures Jo-Anne Wemmers et Tinneke Van Kamp exposent les limites de leur étude, et en relatent tout de même l'intérêt. En effet, elles énoncent que le taux de réponse pose de sérieux problèmes pour la représentativité de l'échantillon, et par conséquent les résultats obtenus par l'étude ne peuvent être généralisés ; l'étude reste cependant intéressante et informative¹⁰⁷. Afin de contrer cette étroitesse des échantillons utilisés dans les études en victimologie, les auteurs développent différentes argumentations et justifications. Nous allons exposer ici ces arguments et les faire nôtres afin de justifier l'intérêt et la pertinence de notre propre étude. Selon les chercheuses Anne Lemonne, Inge Van Kraechem et Charlotte Vanneste, ce n'est pas la quantité qui importe, mais la gravité des crimes subis¹⁰⁸.

Aussi, les auteurs Alexandre Flückiger, Robert Roth et Christian-Nils Robert énoncent : « *Le nombre de personnes interrogées dépend du niveau de saturation de l'information recueillie. Chaque entretien doit amener une information supplémentaire et lorsqu'on se rend compte que ce n'est plus le cas, on a atteint le seuil de saturation et l'on peut arrêter l'enquête. L'échantillonnage vise la singularité et l'exemplarité et non pas la représentativité.* »¹⁰⁹ Nous allons voir dans la prochaine partie que toutes les études que nous avons analysées font les mêmes conclusions et dressent les mêmes catégories d'attentes communes aux victimes d'actes criminels, nous pouvons donc, à cet égard, parler de « saturation de données ».

¹⁰⁷ J-A WEMMERS, T. VAN CAMP, préc., note 88.

¹⁰⁸ A. LEMONNE, I. VANFRAECHEM, C. VANNESTE, préc., note 86.

¹⁰⁹ A. FLUCKIGER, R. ROTH, C-N ROBERT, préc., note 37, p. 44.

43. Sélection des sources. Afin d'asseoir nos propos, nous nous basons sur des études réalisées par les « grands noms » de la victimologie actuelle. Dans notre analyse nous nous référons souvent à la thèse de Micheline Baril¹¹⁰, cette auteure est l'une des fondatrices de la victimologie actuelle, c'est aussi elle qui fonda la première association de victime au Canada. Nous évoquons beaucoup le victimologue français Robert Cario qui est l'auteur de nombreux ouvrages de référence et qui a développé en France le modèle de la justice restaurative. Enfin, la chercheuse qui est le plus souvent citée dans notre recherche est la victimologue Jo-Anne Wemmers, professeure à l'École de criminologie de l'Université de Montréal, chercheuse au Centre international de criminologie comparée et auteure de nombreux ouvrages de référence. Cette auteure s'intéresse aux victimisations au plan national, ainsi que les crimes internationaux. Tout comme Robert Cario, elle porte un grand intérêt à la justice réparatrice. Ces trois victimologues que nous venons de présenter sont les auteurs clés de notre recherche, et constituent la référence actuelle lorsque l'on s'intéresse à la victimologie. À côté de ces trois auteurs, nous mobilisons des recherches réalisées par des institutions nationales ou internationales telles que la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, celles-ci étant en lien direct avec les victimes de crimes internationaux. Nous pouvons conclure cet exposé méthodologique en disant que notre étude ne prétend pas établir une vérité absolue, mais se fonde sur des études reconnues connaissant des limites. La victimologie ne sera pas utilisée dans cette étude comme une assise méthodologique justifiant d'établir une méthodologie particulière afin d'exploiter les données issues de cette discipline. À l'inverse, la victimologie, et *a fortiori* les études produites par les différents victimologues mobilisés, seront utilisées afin d'éclairer notre sujet, en mettant en lumière certaines limites de la norme pénale. L'éclairage victimologique permettra ainsi d'envisager des solutions en dehors de la sphère purement juridique, en remettant en question certains concepts juridiques et certaines pratiques judiciaires.

44. Une méconnaissance des victimes. L'étude corrélatrice du droit pénal et de la victimologie est primordiale dans la construction de ce sujet. Les deux étant complémentaires, il convient de les étudier simultanément afin de répondre précisément à la problématique posée. Tels qu'exposés précédemment, les droits canadien et français souhaitent intégrer la victime dans le processus pénal, et ainsi respecter ses droits et revendications. Or, comment y répondre

¹¹⁰ M. BARIL, préc., note 50.

de façon effective si leur contenu est méconnu¹¹¹? Une étude approfondie des normes relatives aux victimes d'infractions dans les deux pays et de leur application jurisprudentielle démontre l'existence de nombreuses limites. Ces deux pays tentent d'intégrer la victime mais se voient limités par de nombreux obstacles : juridiques¹¹², financiers¹¹³ et culturels¹¹⁴ entre autres.

45. Le silence : une limite à la connaissance des victimes. Le premier obstacle réside dans le silence entourant la révélation des infractions sexuelles¹¹⁵. Ce silence trouve sa source dans plusieurs éléments, le plus pertinent concerne le fait que de nombreuses victimes d'agressions sexuelles ne révèlent pas l'acte subi aux autorités compétentes du fait d'un manque de confiance envers la justice¹¹⁶. Ce manque de confiance pourrait trouver son atténuation dans l'intégration de la victime dans le processus pénal. Sous un angle victimologique ce silence

¹¹¹ G. LOPEZ, préc., note 80, p. 3 : « Définir la victime est indispensable pour préciser l'objet d'étude de la victimologie. Les nombreuses idéologies anti-victimaires actuelles profitent de cette carence de définition claire ». Il convient d'ajouter que définir ses attentes est indispensable afin de permettre au droit d'y apporter une réponse effective.

¹¹² Patricia MATHIEU, « La victime de l'infraction pénale dans l'histoire » dans Cédric RIBEYRE (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 5, « Historiquement, il s'agit donc d'une notion qui n'est pas familière aux juristes. Aujourd'hui encore, les dictionnaires ou lexiques juridiques ne possèdent pas tous une entrée « Victime ». »

¹¹³ <http://www.canadianwomen.org/fr/Les-faits-a-propos-de-la-violence-faite-aux-femmes>, « Les coûts économiques associés à la violence envers les femmes au Canada pour les soins médicaux, la justice pénale, les services sociaux ainsi que les pertes en salaires et en productivité ont été évalués à 4,2 milliards de dollars par année. », note 13

¹¹⁴ Marie-Odile FARGIER, *Le viol*, Éditions l'étincelle, enquête 1976, « Le viol fait partie de notre culture, c'est un phénomène universel » ; William A. SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Édition Yvon Blais, 1995, p. 4 : « Selon la Déclaration, la violence contre les femmes n'est pas le résultat d'actes individualisés mais plutôt une manifestation des rapports de pouvoir historiquement inégaux entre hommes et femmes » ;

¹¹⁵ Me Henri KÉLADA, *Les délits sexuels*, Éditions Aquila, 1975, p. 13 ; France BOURGAULT et Diane MATTE, « Ce que nous savons de la violence envers les femmes », Argumentaire pour les 12 jours d'action de l'élimination de la violence envers les femmes, Édition automne 2010, p. 9 et 13 ; Shannon BRENNAN et Andrea TAYLOR-BUTTS, « Les agressions sexuelles au Canada », 2004, p. 8 : « Moins de 1 victime d'agression sexuelle sur 10 signale le crime à la police » ; Julie DESROSIERS, Geneviève Beausoleil-Allard, *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 203 ; Muriel SALMONA, *Le livre noir des violences sexuelles*, Paris, DUNOD, 2013, p. 32 et 158 ; V. LE GOAZIOU, préc., note 115 ; Conseil de l'Europe, *Garantir aux femmes l'égalité d'accès à la justice*, Stratégie du Conseil de l'Europe pour l'Égalité entre femmes et les hommes, p. 5 : « La plupart des victimes de violence fondée sur le genre ne dénoncent jamais la violence aux autorités ; beaucoup d'entre elles ne parlent à personne de la violence à laquelle elles ont été confrontées ».

¹¹⁶ M. FRENETTE et al., préc., note 51, pp. 8-12 ; Conseil de l'Europe, *Garantir aux femmes l'égalité d'accès à la justice*, Stratégie du Conseil de l'Europe pour l'Égalité entre femmes et les hommes, p. 4 : « Aucunes victimes ne sont considérées avec autant de méfiance et de suspicion que les femmes victimes de violence fondée sur le genre. La force des préjugés fait que ces femmes risquent la honte et l'humiliation aussi bien dans leur famille, dans leur établissement scolaire ou sur leur lieu de culte qu'au poste de police ou au tribunal. Les Etats membres du Conseil de l'Europe n'ont pas tous érigé en infraction pénale toutes les formes de violence envers les femmes, laissant sans recours judiciaire des femmes qui ont été traquées, harcelées, contraintes au mariage ou violées par leur époux ou partenaire, ancien ou actuel. Le financement public des services de soutien aux femmes victimes de violence fondée sur le genre est limité, le seuil minimal n'étant atteint que par une minorité d'Etats membres du Conseil de l'Europe. Toutes ces barrières sont de sérieux obstacles pour que les femmes survivantes de violences obtiennent justice et les victimes, ou victimes potentielles, perdent en partie ou totalement confiance envers le système judiciaire. Cela aboutit à des taux de renoncement élevés. »

limite l'appréhension complète des profils et des besoins des victimes ; ceci pouvant avoir un impact négatif sur l'effectivité de la norme pénale ayant pour objet la victime.

46. La culture juridique des pays. Le second obstacle, mesurable à différents degrés selon que l'on se place en France ou au Canada, réside dans la culture juridique du pays concerné. Il faut dès à présent énoncer deux faits. Premièrement, l'incapacité intrinsèque du procès pénal à satisfaire l'ensemble des besoins des victimes et ceci tant à cause de ses potentialités que de sa nature. Deuxièmement, il convient de préciser que la victime est considérée de façon tout à fait différente selon que l'on se place sur la scène pénale canadienne ou sur la scène pénale française. La première appartenant à un système de Common Law accorde à la victime un rôle de témoin, tendant à s'accroître timidement¹¹⁷; tandis que la France de tradition civiliste reconnaît à la victime les droits d'une partie au procès. Le rôle de la victime dans le procès pénal français est multiple (plaignant, témoin, partie), tandis qu'au Canada, il est unique (témoin). En France, la victime est reconnue en dehors de toute position procédurale¹¹⁸, à la différence du Canada.

III. UNE APPROCHE COMPARATISTE

47. L'approche comparatiste : une évidence. La volonté d'étudier les violences sexuelles dans une perspective comparée entre le droit pénal canadien et français provient des spécificités originelles de ces deux systèmes juridiques¹¹⁹. Le premier adoptant un régime de Common Law, de nature accusatoire, tandis que le second adopte un régime civiliste, de droit écrit, de nature inquisitoire. Cette dichotomie originelle tend à s'amoindrir au fil des réformes. Les développements ultérieurs permettront de démontrer que la France et le Canada sont aujourd'hui plutôt des modèles mixtes que des modèles purement inquisitoire pour le premier, ou purement accusatoire pour le second. La théorie comparatiste en droit semble être un angle d'approche intéressant afin de mettre en relief, les particularités, les forces et les faiblesses de ces deux systèmes juridiques. La nature du droit comparé est sujette à de nombreux débats, pour

¹¹⁷ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 116 : « La procédure pénale canadienne : étude d'un système accusatoire à travers le rôle et le statut de ses intervenants dans le processus pénal », « Dans les faits, ce rôle a longtemps été réduit à sa plus simple expression, soit celui de témoin principal de la poursuite, encore que la poursuite n'a même pas l'obligation de la faire entendre. Aussi, même aujourd'hui, plusieurs estiment que ce rôle demeure trop limité, bien que certaines innovations, surtout dans le domaine de l'aide et du support moral aux victimes, aient été mises en place par les législateurs fédéral et québécois, de même que par les organisations communautaires. ».

¹¹⁸ G. GIUDICELLI-DELAGE, préc., note 56, p. 79.

¹¹⁹ Ces spécificités tendent à s'amoindrir au fil des années, les deux modèles tendent à se rapprocher.

un certain nombre d'auteurs, le droit comparé est une méthode plus qu'une discipline¹²⁰. Elle est une méthode d'analyse du phénomène juridique. L'approche comparatiste compare des systèmes juridiques dans le but de révéler les particularités du système qu'il compare. Nous pourrions résumer l'approche comparatiste en une phrase : **comparer pour révéler**. L'auteure Marie-Laure Izorche donne une définition éclairante du droit comparé : « *Le comparatiste s'attache à mettre en évidence des ressemblances et des différences entre des objets appartenant à des univers juridiques distincts, à « confronter » un certain nombre de systèmes juridiques et contribuer à la connaissance desdits modèles.* »¹²¹ Ainsi cette approche nous permettra de révéler les lacunes de ces deux systèmes afin de les contrer, mais aussi de révéler les forces et les qualités de ces deux systèmes afin de les utiliser.

48. Des systèmes différents mais comparables. Le choix de comparer le droit pénal français avec le droit pénal canadien - outre son intérêt de révélateur des différentes problématiques et solutions liées à notre sujet d'étude - se justifie par la similarité des modèles. Il est en effet impossible de comparer des modèles en totale opposition, afin de réussir l'exercice de comparaison il convient de trouver des points d'entrée dans les deux modèles, ainsi que des points communs. Malgré leurs différences, les deux pays ont de nombreux points communs, ces derniers tendent à se multiplier puisque les deux modèles tendent à emprunter l'un à l'autre.

49. Une évidence au regard du sujet. Le principal point justifiant la comparaison est que ces deux systèmes ont adopté une grande réforme concernant les agressions sexuelles à quelques années de décalage, visant tous deux à redéfinir et à élargir le champ de compétence des agressions sexuelles (1983 pour le Canada, 1994 pour la France). Le second point justifiant la comparaison est la place totalement différente laissée à la victime dans ces deux systèmes : le système canadien faisant de la victime qu'un simple témoin au procès, tandis que le système français l'inclut au titre de partie au procès. Cette différence est fondamentale au regard de notre approche victimologique du sujet, elle nous permettra d'identifier les avantages et les inconvénients à laisser une place à la victime à toutes les étapes du processus judiciaire. Le troisième point, concerne la justice restaurative que nous étudierons comme une solution envisageable afin de limiter l'ineffectivité des normes. Le modèle restauratif est né au Canada,

¹²⁰ Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s)-entre pragmatisme et outil épistémologiques », (2005) 1 *Revue internationale de droit comparé* 7.

¹²¹ Marie-Laure IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », (2001) 53 *Revue internationale de droit comparé* 289.

chez les peuples autochtones et s'introduit petit à petit en droit français. L'exportation du modèle restauratif canadien en droit français est une nouvelle illustration de l'évidence d'adopter l'approche comparatiste pour cette étude.

50. Une évidence au regard des pays analysés. La pertinence de la comparaison France/Québec s'illustre par trois états de fait. Tout d'abord, dès les années 1960, le Québec et la France nouent des relations économiques et culturelles. Ensuite, depuis 1985, il existe une entente franco-québécoise dans le domaine du droit des femmes, mettant en place une coopération pour la modification des conditions de vie des femmes (Ministère des droits de la femme, 1985). Enfin, la confluence des évolutions sociales nationales, ainsi que l'impulsion internationale, permettent d'expliquer les nombreuses ressemblances d'un pays à l'autre¹²².

IV. L'EFFECTIVITE COMME CADRE THEORIQUE

51. Postulat. L'étude des normes dans le domaine des infractions sexuelles en France et au Canada revêt ici une finalité analytique. Cette analyse se fera au regard du concept théorique « d'effectivité »¹²³ de la norme. Le choix de cet angle d'analyse se justifie par un constat en trois temps. On observe en premier lieu que les agressions sexuelles, tant au niveau mondial que national, plus spécifiquement au Canada et en France, constituent une problématique sociale de poids tant par leur omniprésence que par leur récurrence ; ceci dans plusieurs sphères : sociale, politique et juridique notamment. Dans un second temps, face à cet état de fait, on note une réaction politique, sociale et juridique visant à endiguer ce phénomène. Enfin, dans un troisième temps on remarque qu'en dépit de cette prise de conscience, le phénomène des agressions sexuelles n'en reste pas moins omniprésent. Sa résolution s'inscrit dans une forme d'incompréhension par le droit des conséquences de ces infractions sur la société de façon générale et sur les victimes de façon particulière. La réponse reste ainsi partielle et incohérente. Suite à ce raisonnement en trois temps (révélation du phénomène, tentative de résolution, réponses lacunaires), l'analyse de l'œuvre du législateur sous l'angle de l'effectivité

¹²² Anne REVILLARD, « Quelle politique pour les femmes ? Une comparaison France-Québec », (2008) *Revue internationale de politique comparée* 154.

¹²³ Pierre LASCUMES et Evelyne SÉVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », (1986) 2 *Droit et société* 127 ; François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit* ; Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », (2011) 79, *Droit et société*, 715.

est apparue pertinente. La théorie de l'effectivité du droit s'inscrivant dans une approche sociologique du droit constitue une démarche pertinente afin de répondre à certains questionnements soulevés par cette recherche.

52. Une notion d'origine sociologique. À la différence des pays anglo-saxons, où le concept a été de nombreuses fois mobilisé dans la recherche, notamment dans le vaste courant des *socio-legal studies*, la notion d'effectivité est une notion peu usitée en droit français. Elle l'est davantage en sociologie. L'aspect sociologique de la notion d'effectivité est pertinent à deux égards, les agressions sexuelles ont certes des répercussions juridiques considérables ; cependant, dans une perspective constructiviste, le phénomène des agressions sexuelles est perçu comme le produit de processus sociaux au sein de la société¹²⁴. La notion d'effectivité est au cœur de la problématique des effets du droit.

53. Une appréhension initialement restreinte. Ce terme était initialement analysé de façon restreinte et peu généralisable. Dans sa première acception, l'effectivité signifie que la norme est réellement appliquée¹²⁵. Dans une seconde conception, l'effectivité se traduit par l'observation de la norme par ses destinataires ; une norme est effective si le comportement des individus concernés correspond à la signification exprimée dans l'énonciation du commandement¹²⁶. En cas de non-conformité, l'effectivité se perçoit alors par la sanction prévue. Cette vision binaire traduit une conception impérative et répressive du droit¹²⁷. Elle est réductrice et ne s'adapte pas à tout, notamment à la nature des « droits » accordés aux victimes dans les deux pays qui sont davantage supplétifs qu'impératifs. L'inapplication des droits accordés à la victime n'entraînant pas de sanction. Ainsi, prendre comme critère central de l'effectivité, la sanction, constituerait un contresens pour cette recherche.

54. Conception renouvelée. D'autres auteurs ont développé une conception renouvelée et plus globalisante de la notion d'effectivité. Les auteurs François Ost et Michel Van de Kerchove la définissent comme « *la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur.* »¹²⁸ Cette conception de l'effectivité

¹²⁴ M. KIEFFER, préc., note 124.

¹²⁵ Jean CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », article cité, p. 3 ; ID., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ, 9^e éd., 1998, p. 133 ; Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », (2011) 79, *Droit et société* 718, p. 718.

¹²⁶ Y. LEROY, Id., p. 719.

¹²⁷ Id., p. 719.

¹²⁸ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 329.

est adaptée à cette étude puisqu'elle se déleste de la vision impérative et répressive de la norme juridique ; elle permet d'analyser le comportement des destinataires en fonction de la règle de droit, même s'ils ne s'y conforment pas. Dans cette vision, selon Yann Leroy, « *ce qui compte, ce n'est pas que la règle de droit soit respectée, appliquée, mais c'est la circonstance qu'elle puisse être utilisée, mobilisée par les sujets de droits ou les autorités étatiques d'application.* »¹²⁹ Cette conception va permettre de vérifier si les législateurs français et canadiens ont mis en place les « **circonstances** », les conditions permettant aux normes relatives aux infractions sexuelles d'être utilisées et mobilisées par les destinataires. Dans le cadre de cette thèse, nous nous attacherons notamment à identifier les « circonstances » prévues par les législateurs qui permettent aux normes d'être utilisées et mobilisées par les justiciables. Nous constaterons ainsi que bien souvent les justiciables sont dans l'incapacité de les mettre en œuvre par manque d'information, notamment.

55. Les critères classiques d'analyse de l'effectivité d'une norme. Dans son étude, Valérie Demers expose les différents critères classiquement utilisés afin de permettre d'analyser l'effectivité d'une norme. L'effectivité peut tout d'abord s'analyser au regard de la **réception de la norme juridique par les destinataires**. Cette réception s'évalue par trois facteurs : la précision de la norme, la connaissance de la norme par les destinataires et le consensus entourant l'adoption de la norme¹³⁰. L'effectivité est également observable au regard de **la mise en œuvre et l'administration de la norme par les instances de contrôle étatique**. Trois facteurs sont alors à prendre en compte : la sévérité de la sanction, la fréquence d'application de la peine et la conformité à la norme¹³¹. La façon dont les tribunaux interprètent le droit est également un facteur important. Ces différents facteurs sont assez limités, et sont pour la plupart à relativiser. Enfin, ils sont valables uniquement pour les normes impératives et aucunement pour les normes facultatives. Or, les normes accordant des droits et garanties à la victime sont dans les deux pays majoritairement facultatifs.

56. Des critères renouvelés. Au regard des limites constatées des critères classiques dans l'analyse de l'effectivité d'une norme, ces derniers ont été renouvelés permettant ainsi de s'adapter à tout type de norme. Selon Belley, afin d'évaluer l'effectivité d'une norme, il est essentiel de prendre en considération la culture ainsi que les mœurs dans lesquelles la norme

¹²⁹ Y. LEROY, préc., note 126, p. 725.

¹³⁰ Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Les éditions Thémis, 1996, p. 30.

¹³¹ Id., p. 30.

s'inscrit¹³² ; la façon dont la loi est réceptionnée par les tribunaux étatiques est également essentielle¹³³ ; enfin, la façon dont est rédigé le texte législatif est fondamentale¹³⁴. Ce dernier critère permettant d'accéder aux finalités du législateur.

57. Des facteurs particuliers pour les lois facultatives. La question de l'effectivité d'une norme ne se pose pas de la même façon pour une norme impérative ou pour une norme facultative. La question ne se pose plus en termes de respect mais en termes d'utilisation¹³⁵. En effet, lorsque la loi analysée est impérative, l'ineffectivité totale ou partielle se manifeste par l'existence de comportements contraires aux prescriptions du législateur ou à tout le moins par une certaine forme de déviance. Dans le cas des lois facultatives, l'ineffectivité sera manifestée par une utilisation réduite du service mis à la disposition des individus par le législateur¹³⁶. Ce dernier énoncé est fondamental pour notre étude puisque les garanties offertes par le législateur aux victimes ont une teneur facultative.

58. Justification de l'angle d'analyse. L'utilisation de l'effectivité se fera dans une perspective interne au droit. Le droit est ici perçu comme un système global où certaines normes entrent en contradiction avec d'autres, un système où certaines normes empêchent d'autres mécanismes juridiques d'atteindre leur finalité. Le choix de l'effectivité se justifie par le constat d'une dichotomie apparente entre l'existence d'une problématique sociale, à savoir les infractions sexuelles ; et la prise en considération croissante par le droit pénal français et canadien de celles-ci¹³⁷. La théorie de l'effectivité comme instrument conceptuel d'évaluation du degré de réception du droit dans la société est un moyen permettant de révéler les écarts entre la pratique et le droit¹³⁸, entre le droit écrit et le droit en action. Ainsi la théorie de l'effectivité servira à déceler les lacunes des différents régimes juridiques, et partant, trouver des solutions afin de les perfectionner. De façon plus précise, les dictionnaires de droit définissent la notion d'effectivité comme le « *caractère d'une règle qui est appliquée réellement.* »¹³⁹ Sous un angle plus théorique et analytique, l'effectivité est une appréciation des

¹³² Jean-Guy BELLEY, « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », (1975) 16 *Les Cahiers de droit* 27, p. 42.

¹³³ Id., p. 43.

¹³⁴ Id., pp. 42-43.

¹³⁵ V. DEMERS, préc., note 130, p. 41.

¹³⁶ J-G. BELLEY, préc., note 132, pp. 43-44.

¹³⁷ Sur ce grand paradoxe, voir V. Le GOAZIOU, préc., note 40.

¹³⁸ P. LASCOUMES et E. SÉVERIN, préc., note 123.

¹³⁹ Hubert REID, *Dictionnaire du droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2^e éd., 1996, p.209 ; G. CORNU, préc., note 42, p. 388.

effets du droit¹⁴⁰, ainsi cet angle d'analyse nous permettra de percevoir si les réformes françaises et canadiennes dans le domaine des infractions sexuelles ont eu un effet sur les pratiques. **La question à laquelle nous voulons apporter une réponse est celle de savoir si ces normes ont modifié les comportements de la façon escomptée ?** Afin de répondre utilement à cette question, il conviendra d'identifier les finalités des normes analysées. Cette analyse fera l'objet de développements ultérieurs. Si la réponse à la question posée est négative, il est aussi intéressant de s'intéresser aux effets non voulus¹⁴¹, aux « effets pervers », tels qu'analysés par Raymond Boudon¹⁴². L'analyse des effets est inhérente à celle d'effectivité. Étymologiquement, le terme « effectivité » vient du latin *effectivus* qui signifie « actif », « qui produit »¹⁴³, « qui exprime un effet »¹⁴⁴ ou encore « producteur d'effets. »¹⁴⁵ Ainsi, l'analyse de l'effectivité d'une norme s'attache à ses effets, qu'ils soient négatifs, positifs, ou néants.

59. Contrôle d'effectivité. Afin de savoir si la norme est effective, il convient d'appliquer les critères développés par Demers et Belley. À cette fin, il est essentiel de connaître la **finalité** contenue dans la norme. L'analyse de l'effectivité d'une loi peut se réaliser en confrontant la fonction symbolique de la loi avec sa dimension opérationnelle. S'agissant de sa fonction symbolique, la loi met en place un modèle. *A priori* le modèle que la loi souhaite promouvoir, est celui d'une société qui ne reconnaît pas les violences sexuelles comme étant tolérables et qui souhaite que celles-ci sortent de l'espace privé. Il s'agit de la volonté du législateur, l'esprit des textes¹⁴⁶. Afin d'accéder à ces finalités, nous irons chercher dans les travaux préparatoires des lois que nous étudierons dans le cadre de cette étude. Afin de juger de l'effectivité des normes étudiées nous nous attacherons aux effets de celles-ci. Ces effets peuvent être tant de nature juridique que non-juridique, tant matériels que symboliques. De façon pratique, nous analyserons l'effectivité de la norme en confrontant sa finalité, que nous puiserons dans les divers travaux préparatoires, avec les effets ou les non-effets de la norme en pratique.

¹⁴⁰ François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit* ; Yann LEROY, « La notion d'effectivité du droit », CAIRN, 2011.

¹⁴¹ F. RANGEON, préc., note 123, p. 15.

¹⁴² Raymond BOUDON, *Effets pervers et ordre social*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

¹⁴³ Pierre LASCOURMES, « Effectivité », in André-Jacques ARNAUD (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie de la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 217.

¹⁴⁴ « Effectivité » et « Effectif, ive », in *Dictionnaire le Trésor de la langue française*, www.atilf.atilf.fr.

¹⁴⁵ « Effectivité », dans Michel BLAY (Dir.), *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Paris, Larousse, CNRS éditions, 2013, p.236.

¹⁴⁶ Anne MATTEOLI et Hervé POLESI, « Évolution historique de la prise en compte juridique des violences sexuelles » dans Actes du colloque du 20 octobre 2011, Strasbourg, « Du sexisme aux violences sexuelles. Causes conséquences et modalités d'action », p. 23.

60. Postulat. Il convient de partir du postulat selon lequel « *le droit ne prend vie, c'est-à-dire n'existe, qu'à travers son application, le système juridique doit mettre en avant, d'une façon première, ce souci d'effectivité du droit.* »¹⁴⁷ Si la règle de droit n'est pas appliquée, elle ne prend pas vie, en d'autres termes elle ne produit aucun effet. « *Toute règle et tout droit doivent être doté d'effectivité, faute de quoi, le droit, fondement de la société s'effrite. Dès lors, il ne suffit plus de proclamer généreusement des droits et d'invoquer à la hâte des principes : il faut que le législateur se soucie de l'application de ses textes et que le juge se charge effectivement de leur respect. La charge est énorme. Elle devrait inciter le législateur à moins produire de textes, s'il ne suffit plus de les jeter au vent.* »¹⁴⁸ Or, dans le domaine des violences sexuelles, le législateur démontre une productivité déraisonnable qui peut venir freiner leur mise en œuvre en pratique. Les développements ultérieurs permettront de révéler les différents freins à l'application de la règle de droit dans le domaine des infractions sexuelles dans les deux pays.

V. PRESENTATION DU PLAN

61. Justification. Au regard de ces différentes considérations, il est apparu nécessaire de confronter le droit pénal des deux pays avec les droits des victimes. Cette confrontation se fera sous l'angle de l'effectivité afin de répondre à la question suivante : « *Dans quelles mesures les cadres normatifs français et canadiens sont-ils effectifs au regard des droits des victimes ?* » Le concept d'effectivité, mobilisé dans le cadre de cette thèse, est essentiel afin de répondre à cette question, ceci en mettant en lumière les diverses façons, parfois contradictoires d'interpréter et de mettre en œuvre une règle de droit. Cette analyse permettra de démontrer les limites d'une norme à produire ses effets, ou *a contrario* les capacités d'une norme à produire les effets escomptés. L'analyse de notre sujet sous le prisme de l'effectivité révélera l'incapacité du droit à régler à lui tout seul une problématique sociale d'envergure que sont les violences sexuelles. Afin de répondre à notre problématique, il semble nécessaire de dresser un tableau complet de l'état du droit pénal dans les deux pays tant sur un

¹⁴⁷ William BARANÈS et Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », (1996) 35^e cahier-chronique *Recueil Dalloz* 301, p. 301.

¹⁴⁸ Id., p. 303.

plan substantiel, que formel sans en oublier le volet répressif. Cette analyse globale aura pour finalité la démonstration de l'écart existant entre les normes et la mise en œuvre de ces dernières. En d'autres termes, les promesses formulées par les législateurs à l'endroit des victimes ne peuvent être tenues.

62. Organisation de la recherche. Afin de répondre à notre problématique il est apparu pertinent de diviser notre analyse en trois parties. L'analyse comparée des deux systèmes implique un plan analytique et non conceptuel. Cette division tripartite de la recherche se justifie par le champ de l'analyse. La réponse à la problématique impose une vue d'ensemble. Cette dernière repose sur une analyse globale des cadres normatifs français et canadien. Afin de procéder à cette analyse approfondie du droit pénal des deux pays applicable aux violences sexuelles au regard des droits des victimes, on s'est dans un premier temps demandé si les textes d'incriminations étaient cohérent par rapport à la réalité des violences sexuelles d'une part, et au regard de la réalité vécue par les victimes d'autre part. Cette première étape de l'analyse s'est intéressée à la façon évolutive dont les législateurs français et canadiens ont appréhendé les violences sexuelles. Le contenu des incriminations initialement restrictif et rétrograde, est devenu inclusif et respectueux de toutes les pratiques. Dans cette révolution normative, le législateur des deux pays a intégré la victime et ses spécificités afin d'humaniser et de contextualiser l'incrimination.

Suite à l'étude des nouvelles incriminations, il a fallu s'interroger dans un deuxième temps sur la façon dont elles étaient appliquées. Cette analyse s'intéressera à la poursuite des infractions sexuelles d'une part, et à la preuve de telles infractions d'autre part. À l'instar des incriminations, les règles de preuve et de procédure ont également été profondément modifiées. Ces évolutions avaient pour objet une adaptation de la norme aux victimes de violences sexuelles, et plus spécifiquement aux conséquences de telles violences. Cette adaptation des règles permet d'accroître l'effectivité de la norme, en accordant notamment des prérogatives aux victimes. L'analyse aura également pour finalité de démontrer les limites à la mise en œuvre effective de ces normes. Cette ineffectivité trouvant sa source dans diverses causes, tant matériel que juridique ou encore culturel.

Après l'étude de l'application des incriminations, il est apparu nécessaire dans un troisième temps de s'interroger sur la façon dont elles étaient sanctionnées. Sur ce point, les législateurs ont changé de position au fil des années. Le laxisme a laissé place à l'excès répressif traduisant ainsi la tolérance zéro revendiquée par les sociétés. Ce changement répressif se justifie notamment par l'image de la victime qui est venue intégrer le paradigme punitif. Cette

analyse du volet répressif permettra de percevoir ses limites et d'entrevoir des solutions, telle que la justice restaurative. Cette dernière permettra peut-être de renforcer l'effectivité de la norme souvent mise en danger dans le domaine des violences sexuelles, en abordant différemment le conflit et la victime.

PREMIÈRE PARTIE : UNE ANALYSE COMPARÉE DES INCRIMINATIONS RELATIVES AUX INFRACTIONS SEXUELLES

63. Un cadre juridique initialement lacunaire. Les violences sexuelles subies par les femmes ont longtemps été et demeurent considérées comme un détail, une exagération ou encore un comportement légitime de l'homme envers la femme. Cette conception sociologique du phénomène s'est retranscrite dans le langage juridique. Les premières initiatives d'incrimination des violences sexuelles dans les deux pays étaient restreintes, elles protégeaient davantage l'homme auteur de la violence, que la femme, qui n'était pas réellement perçue comme la victime de l'acte. En effet, initialement c'était le mari ou le père de la victime qui étaient protégés par la règle de droit, ils étaient considérés en tant que victime d'un crime d'honneur.

Le cadre juridique initial était par conséquent lacunaire en ce qu'il n'envisageait que très peu de comportements, et en excluant de son champ d'application de nombreuses victimes. Ce cadre asseyait son insuffisance sur une idéologie rétrograde. Celle-ci se fondait sur une vision stéréotypée des violences sexuelles, plus spécifiquement du viol et de leurs victimes. Dans ce contexte, l'œuvre de justice était limitée.

64. Un cadre juridique perfectionné. L'éveil humaniste et féministe des sociétés a permis de mettre en lumière les insuffisances de l'encadrement juridique et judiciaire des violences sexuelles. Cette prise de conscience a conduit les législateurs français et canadien à réformer en profondeur les règles applicables. Ces modifications ont permis d'accroître le champ d'application des normes en agissant sur deux plans. Les législateurs ont voulu intégrer un panel exhaustif de comportements répréhensibles tout en n'excluant aucun individu susceptible de commettre ou de subir une violence sexuelle. Ce perfectionnement tant matériel que personnel du cadre juridique a permis de renforcer l'effectivité du système, sous un angle juridique et victimologique.

65. Plan. La problématique sociale des agressions sexuelles constitue toujours une réalité concrète dans les sociétés canadienne et française, tant par son ampleur et sa spécificité, que par les lacunes du droit à y répondre. Dans une logique de perfectibilité et d'adaptation du droit pénal aux évolutions sociétales, les législateurs français et canadiens ont dû repenser en profondeur le phénomène des violences sexuelles. Cette réflexion a évidemment inclut la victime de telles violences. Cette « rénovation » des infractions sexuelles tant sur un plan sociologique que juridique a permis d'accroître le spectre de protection des normes incriminant les infractions sexuelles, ceci en pensant ces violences d'une façon plus objective, plus neutre et ainsi plus réaliste. Dans le but d'observer la bonification des incriminations sexuelles dans les deux pays, il conviendra d'analyser dans un premier temps le renouvellement du champ d'application des infractions sexuelles (Chapitre 1). Dans un second temps, nous étudierons la façon dont ce renouvellement peut être considéré comme vecteur de flou (Chapitre 2). Cette étude mettra en lumière le lien existant entre les qualifications et les victimes d'infractions sexuelles.

CHAPITRE I : VERS UN RENOUVELLEMENT DU CHAMP D'APPLICATION DES INFRACTIONS SEXUELLES

66. Contrôle d'effectivité. Afin de savoir si la norme est effective, il convient de connaître la finalité contenue dans la norme. L'analyse de l'effectivité d'une loi peut se réaliser en confrontant la fonction symbolique de la loi avec sa dimension opérationnelle. S'agissant de sa fonction symbolique, la loi met en place un modèle. *A priori* le modèle que la loi souhaite promouvoir est celui d'une société qui ne reconnaît pas les violences sexuelles comme étant tolérables et qui souhaite que celles-ci sortent de l'espace privé. Il s'agit de la volonté du législateur, l'esprit des textes¹⁴⁹.

67. La finalité des normes. Les réformes législatives françaises et canadiennes dans le domaine des infractions sexuelles sont issues d'une prise de conscience et d'une reconnaissance internationale de ces infractions comme constituant une problématique sociale de taille. Cette reconnaissance trouve sa source dans les revendications féministes qui mettent en relief le caractère systémique de ces violences, confortées par des études statistiques alarmantes. Ces statistiques démontrent deux éléments. Elles indiquent l'ampleur des agressions sexuelles commises dans les deux pays¹⁵⁰ d'une part ; elles révèlent l'incapacité du système judiciaire à y répondre¹⁵¹, d'autre part. Au regard de ces deux contextes factuels, une

¹⁴⁹ A. MATTEOLI et H. POLESII, préc., note 146, p. 23.

¹⁵⁰ Au Canada, Agence de la santé publique au Canada, Les adolescentes victimes de violence sexuelle. Guide à l'intention des adolescentes. <http://www.phac-aspc.gc.ca/ncfv-cnivf/sources/nfnts/nfnts-visac-adofemale/index-fra.php>; l'Agence de la santé publique du Canada estime qu'une fille sur quatre et un garçon sur six seront agressés sexuellement avant d'avoir dix-huit ans ; Shannon BRENNAN et Andrea TAYLOR-BUTTS, *Les agressions sexuelles au Canada 2004 et 2007*, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, 2008, p. 13. Ces chiffres se rapportent à l'année 2004 : En une année au Canada, 427 000 femmes âgées de plus de 15 ans ont rapporté avoir été victimes d'agressions sexuelles. En France, <https://pasdejusticepasdepaix.wordpress.com/les-chiffres-des-viols-en-france/> : « Les chiffres sont atterrants : suivant les études et les pays, elles toucheraient entre 20 et 30 % des personnes au cours de leur vie. En France on évalue, 16% de femmes ont subi des viols ou des tentatives de viols dans leur vie dont 59% avant 18 ans, et 5% des hommes ont subi des viols ou des tentatives de viols dans leur vie dont 67% avant 18 ans (INED 2008*), et 3% des français déclarent avoir été victimes d'inceste (AIVI-IPSOS 2010). »

¹⁵¹ En France, Planetoscope, statistique des viols en France : <http://www.planetoscope.com/Criminalite/1497-nombre-de-viols-en-france.html>; l'enquête nationale sur les violences envers les femmes estime que seul un viol sur 11 ferait l'objet d'une plainte ; Office national de la délinquance, 2007 : seuls 2% de ces viols sont condamnés aux assises, à l'inverse, 50% des homicides sont punis aux assises ; Maryse JASPARD, et al., « Les violences envers les femmes. Une enquête nationale », Paris, La documentation française, 2003, http://cahiers_du_genre.pouchet.cnrs.fr/pdf/NLCdG36.pdf ; Josefina ALVAREZ et Nathalie GOURMELON, « La prise en charge des auteurs d'agressions sexuelles par l'administration pénitentiaire : État des lieux et nouvelles

similarité apparaît dans le nombre d'agressions sexuelles commises chaque année dans les deux pays. Un écart semblable existe entre le nombre de crimes sexuels commis et le nombre très réduit de poursuites et de déclarations de culpabilité.

68. Une tentative d'amélioration du système. Face à cette réalité, la France et le Canada ont mis en œuvre de nombreux outils visant des objectifs communs. De nombreuses tentatives d'améliorations du système ont été mises en place par le Canada, dans ce paragraphe nous nous intéresserons plus particulièrement à celle de 2001. Concernant spécifiquement les orientations gouvernementales au Québec¹⁵², elles visent à réduire l'incidence des infractions sexuelles, à augmenter le taux de dénonciation, à améliorer les services d'aide et de protection offerts aux victimes et à assurer un meilleur encadrement des agresseurs sexuels¹⁵³. Cette orientation gouvernementale de 2001 est issue d'un rapport datant de 1995 intitulé « Les agressions sexuelles : STOP. »¹⁵⁴ Les auteurs émettent plusieurs recommandations dont la première « le Québec doit se doter d'orientations claires pour faire face aux agressions sexuelles. »¹⁵⁵ L'objectif avoué des lois criminelles canadiennes concernant les violences

pratiques», (2007) RSC 618 : le chiffre des agressions sexuelles est extrêmement élevé, il est en constante évolution ; Evry ARCHER, *Agressions sexuelles : victimes et auteurs*, France, l'Harmattan, 1998, p8 : En 1974, 1538 viols et 5804 attentats à la pudeur ont été enregistrés en France par les services de police et de gendarmerie. En 1993, 5605 viols et 11 192 attentats à la pudeur. Au 1er janvier 1995, 4006 personnes étaient incarcérées en métropole pour atteintes sexuelles ; Office national de la délinquance, 2007 : le taux de poursuites et de déclarations de culpabilité est parmi les moins élevés de tous les crimes violents. Au Canada, Shannon BRENNAN et Andrea TAYLOR-BUTTS, *Les agressions sexuelles au Canada 2004 et 2007*, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, 2008, p. 13. Ces chiffres se rapportent à l'année 2004 : En une année au Canada, 427 000 femmes âgées de plus de 15 ans ont rapporté avoir été victimes d'agressions sexuelles, p. 6 : Seulement 10% de toutes les agressions sexuelles sont signalées à la police, le nombre réel de violences sexuelles est par conséquent beaucoup plus élevé.

¹⁵² Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles: STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995 ; Québec (Province), Groupe de travail sur les agressions à caractère sexuel, *Les agressions sexuelles: stop : rapport du Groupe de travail sur les agressions à caractère sexuel*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux 2001 ; Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale, *Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001 ; Québec (Province), Ministère des affaires municipales et des régions, Québec (Province) et des communications et de la condition féminine Ministère de la culture, *Plan d'action gouvernemental en matière d'agression sexuelle 2008-2013*, Québec, Secrétariat à la condition féminine, 2008.

¹⁵³ Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale, *Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001, p. 4.

¹⁵⁴ Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995 ; Secrétariat à la condition féminine, *Les violence sexuelles c'est NON, Stratégie gouvernementale pour prévenir et contrer les violences sexuelles, 2016/2021*, Québec, 2016, Plus de 20 ans après le premier rapport, ce nouveau plan d'action révèle deux choses. Tout d'abord, il révèle que le Canada a à cœur de mettre fin à la problématique sociale des violences sexuelles ; il révèle également que cette problématique est loin d'être résolue.

¹⁵⁵ M. KIEFFER, préc., note 124, p. 104.

sexuelles, plus spécifiquement le projet de loi C-127 était l'élimination de la discrimination fondée sur le sexe¹⁵⁶. La finalité d'un grand nombre de réformes dans le domaine des infractions sexuelles était d'augmenter la révélation des infractions sexuelles, et par conséquent d'accroître le taux de plaintes¹⁵⁷, en améliorant notamment le traitement judiciaire des femmes victimes de telles violences. La France visait les mêmes objectifs, à savoir une plus juste répression des infractions sexuelles ainsi qu'une prise en charge judiciaire bienveillante des victimes¹⁵⁸. Les outils normatifs permettant d'encadrer les agressions sexuelles sont nombreux en France et ont connu un changement important grâce à la réforme de 1994¹⁵⁹. Le législateur français a pris en compte cette réalité des violences sexuelles dès 1980 lorsqu'il a inscrit dans le Code pénal une définition précise du viol¹⁶⁰. La loi du 3 août 2018, et *a fortiori* celle du 21 avril 2021 viennent modifier cette définition d'une façon extensive¹⁶¹, démontrant une nouvelle fois l'adaptation du droit pénal aux réalités sociales. D'autres lois telles que celles de 1992¹⁶² et de 2002¹⁶³ illustrent les avancées législatives relatives à la lutte contre les violences faites aux femmes. La loi n°2013-711 du 5 août 2013 incrimine désormais le fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers. Cette énumération brève et non exhaustive de quelques outils normatifs encadrant les agressions sexuelles démontre que la problématique des crimes sexuels est un objet qui mobilise le

¹⁵⁶ « La violence faite aux femmes : à travers les agressions à caractère sexuel », février 1995, p. 21 ; *Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, projet de loi n°C-127* (adopté par la Chambre- 4 août 1982), 1^{re} sess., 32^e légis. (can.) ; William A. SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 1995.

¹⁵⁷ Laureen SNIDER, « Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social », (1992) 25-1 *Criminologie* 5, p. 12 ; W. A. SCHABAS, préc., note 114.

¹⁵⁸ Sénat, *Proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol*, par Mme Brigitte GROS et al., n°324, 30 avril 1978 ; Sénat, Rapport n°442, 15 juin 1978.

¹⁵⁹ *Décret n°94-167* du 25 février 1994 modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédures pénales.

¹⁶⁰ *Loi n°80-1041* du 23 décembre 1980 sur la répression du viol en apporte une définition précise : « Tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise est un viol » (article 222-23 du Code pénal).

¹⁶¹ *Loi n° 2018-703* du 3 août 2018- art. 2, « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. », (Art. 222-23 al. 1, Code pénal) ; *Loi n°2021-278* du 21 avril 2021 – art.9 : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. »

¹⁶² *Loi n° 92-683* du 22 juillet 1992 portant des dispositions générales du Code Pénal, mentionne expressément que la qualité de conjoint de la victime constitue une circonstance aggravante de l'infraction commise. La loi du 2 novembre définit l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail (harcèlement sexuel).

¹⁶³ *Loi n° 2002-73* du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, elle aborde, dans ses articles 168 à 180, la lutte contre le harcèlement moral au travail. Introduction dans le Code Pénal d'un délit, passible de trois ans de prison et de 45 000 euros d'amende, à l'encontre de celui qui sollicite, accepte ou obtient, "en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution."

législateur et les juristes français. Il mobilise d'autant plus les juristes français que ce crime fait l'objet d'une surpénalisation, issue d'une conception populiste du droit pénal¹⁶⁴.

69. Problématisation. Cette partie analysera les stratégies mises en place par les deux systèmes juridiques afin de lutter de façon effective contre les violences sexuelles, et ceci en augmentant notamment la révélation de ces infractions. Il sera donc pertinent au cours de ce développement de percevoir si ces finalités ont été atteintes en pratique. Ces réformes ont eu un effet considérable dans les deux pays à plusieurs niveaux. Le premier effet concerne la définition des infractions sexuelles ; ensuite il y a des répercussions sur la répression de ces infractions et enfin il y a un impact sur l'accès à la justice de la victime. Les modifications législatives et jurisprudentielles ont agi sur la volonté de la victime d'agir en justice. Cette répercussion sur la pratique des femmes victimes d'infractions sexuelles va être l'un des baromètres permettant d'analyser l'effectivité des normes relatives aux violences sexuelles en France et au Canada. Cet élément permet de percevoir l'intensité du fossé existant entre le droit en théorie et le droit en pratique¹⁶⁵. La hausse du taux de dénonciation des violences sexuelles fait indéniablement partie des finalités de certaines normes. Il ne s'agit à l'évidence pas du meilleur moyen de lutter contre les violences sexuelles, et ne représente pas la solution idéale. Toutefois, la libération de la parole fait partie des objectifs de toute lutte contre ces violences ; à cet égard, la hausse des plaintes est un curseur pertinent permettant d'analyser l'effectivité des normes tant sur un plan juridique que non juridique. Il est évident qu'une société idéale est une société dans laquelle toute trace de violence sexuelle aurait disparu. Néanmoins, aucune norme ne pourrait obtenir ce résultat, le droit étant à lui seul impuissant pour résoudre une telle problématique sociale.

70. Méthode d'évaluation. Cette recherche sera menée dans le respect de toutes les règles de méthode de recherche scientifique.

Il conviendra d'adopter la méthode juridique qui consistera en une démarche d'analyse des textes, de l'interprétation et de l'application qui en sont effectués par les différents tribunaux français et canadien, en privilégiant la Cour de cassation et la Cour suprême du Canada.

¹⁶⁴ Denis SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette littératures, 2007, p. 2 et 4 ; Alvaro PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique » (2001) 33-1 *Sociologie et sociétés* 179 ; D. SALAS, « Opinion publique et justice pénale : Une rencontre impossible ? » (2010) 15-2 *Le Temps des médias* 99.

¹⁶⁵ Pour une théorie sur le fossé entre le droit en théorie et le droit en pratique dans le domaine des infractions sexuelles, voir : Jennifer TEMKIN et Barbara KRAHÉ, *Sexual Assault and the Justice Gap : A question of attitude*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

Au regard du contrôle d'effectivité qui sera effectué dans cette thèse, il faudra analyser le changement de comportement des individus en conformité ou non avec les normes. Il faudra alors s'intéresser à l'écart existant entre les plaintes et les condamnations, ainsi qu'à l'accès effectif au juge et aux tribunaux. À cette fin, il conviendra de s'appuyer sur des statistiques évaluant ces différentes données.

En prenant en considération notre problématique et l'importance de la victime dans cette recherche, il convient d'ajouter à cette méthode juridique et positiviste, un éclairage victimologique. Il faudra sortir du texte de droit et de l'application du droit pénal français et canadien, afin d'appréhender le point de vue des victimes. Cette recherche se fera par l'analyse d'études théoriques et empiriques menées par des victimologues.

71. Domaine d'action. Les normes françaises et canadiennes agissent sur deux plans afin de lutter efficacement contre les infractions sexuelles. Le premier concerne le champ d'application de ces infractions. Les réformes des deux pays sur cette question ont apporté des modifications majeures portant sur la définition des violences sexuelles ; sur leur régime procédural, particulièrement au niveau de la preuve ; ainsi que sur leur répression, en augmentant les peines, en créant de nouvelles mesures punitives, en protégeant particulièrement et parfois excessivement certaines catégories de personnes tels que les mineurs.

Concernant le second niveau d'action, les législateurs se sont préoccupés de la façon dont il fallait désormais considérer les victimes de ce type de violence. Cette prise en considération trouve sa source dans la façon dont il fallait traiter les individus ayant subi de telles infractions, cela a eu un effet direct sur leur accès à la justice ainsi que sur leur comportement vis à vis de la justice et donc sur l'effectivité de la norme. En effet, l'élargissement du champ d'application des infractions sexuelles redéfinies, et la reconnaissance cumulative de la victime, constitue l'un des facteurs qui permet d'accroître le sentiment de confiance des victimes envers la justice pénale. Cela s'illustre notamment par l'augmentation des plaintes¹⁶⁶.

72. Les objets de l'analyse. Dans ce premier chapitre, l'analyse des incriminations françaises et canadiennes relatives aux infractions sexuelles sera double. Afin de comprendre l'évolution des incriminations ayant permise l'extension du champ d'application de ces

¹⁶⁶ Julian ROBERTS et Alvaro PIRES, « Le renvoi et la classification des infractions d'agression sexuelle », (1992) 25-1 *Criminologie* 27, p. 48 ; Québec (Province), dir. Les agressions sexuelles : STOP, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 35 ; V. LE GOAZIOU, préc., note 115, pp. 16-17.

dernières, il conviendra d'analyser le renouvellement de la conception des infractions sexuelles qui a eu lieu dans les deux pays (Section 1), avant d'envisager le travail de précision des éléments constitutifs des diverses infractions sexuelles réalisé par les législateurs canadiens et français (Section 2).

Section 1. Une conception renouvelée des infractions sexuelles

73. Une mobilisation distincte des législateurs. La France et le Canada démontrent une volonté de mettre un terme à la problématique sociale constituée par les violences sexuelles¹⁶⁷. Cette lutte se manifeste par un investissement législatif considérable, parfois jugé excessif¹⁶⁸. En France, cette prise en considération accrue des violences sexuelles s'est traduite par la création d'un véritable régime spécial, un régime d'exception tant sur les règles de fond que sur les règles de forme. Le droit pénal français accorde un statut particulier aux agressions sexuelles¹⁶⁹.

À l'inverse, les nombreuses réformes canadiennes en la matière depuis 1983 sont venues modifier le régime juridique des infractions sexuelles dans le sens d'une uniformisation semblable aux autres infractions du *Code criminel*. On peut ici parler de rationalisation de la norme pénale¹⁷⁰. En effet, avant cette réforme les infractions sexuelles faisaient l'objet de règles dérogatoires au droit commun et discriminatoires quant à la preuve de telles violences ; à savoir la corroboration¹⁷¹, la doctrine de la plainte spontanée¹⁷² ou encore la preuve de commune renommée ou preuve du passé sexuel¹⁷³. Ces dérogations trouvaient leur source dans une vision stéréotypée des infractions sexuelles, et plus spécifiquement de leurs victimes majoritairement féminines. Cette discrimination normative n'existe plus dans le droit en théorie au Canada, il en va différemment du droit en pratique.

Le législateur français prend en compte de façon concrète les violences sexuelles en mobilisant différentes branches du droit. Il les consacre tant sur le volet civil que constitutionnel¹⁷⁴ et évidemment sur le volet pénal. Concernant plus spécifiquement le droit

¹⁶⁷ Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale, *Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001 ; M. KIEFFER, préc., note 124, p.2 et 102.

¹⁶⁸ Audrey DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », (2012) 1 *Archives de politique criminelle* 31.

¹⁶⁹ Daniel BORILLO « Démocratie ou démagogie sexuelle ? », (2009) *Sexualités et Démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, Les éditions revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, p. 4.

¹⁷⁰ Tamar PITCH, « Femmes dans le droit, femmes hors du droit ? Justice sexuée, droit sexué », (1992) 16, *Déviance et société* 263, pp.265-266.

¹⁷¹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 18 ; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, par. 170, la *common law* considérait que certaines catégories de témoins étaient moins crédibles que d'autres, « notamment les enfants en bas âge, les complices et, fait intéressant, les victimes d'infractions d'ordre sexuel, presque toujours des femmes » ; *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658.

¹⁷² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p.15.

¹⁷³ Id., pp.23-25.

¹⁷⁴ Francis CABALLERO, *Droit du sexe*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2010, p. 62 et 63.

pénal, depuis l'entrée en vigueur du code pénal en 1994, le législateur français a multiplié les lois modifiant le régime juridique des infractions sexuelles¹⁷⁵. Cette prolifération législative, apportant avec elle un certain flou juridique¹⁷⁶, ne semble garante ni de l'effectivité des normes, ni du principe de prévisibilité du droit pénal.

Au Canada, le législateur s'est également intéressé à la question des violences sexuelles, depuis 1968 on observe une évolution rapide du droit en la matière s'illustrant par de nombreuses modifications aboutissant à une révision globale de la législation¹⁷⁷.

74. Domaine du renouvellement des incriminations. La prolifération législative dans le domaine des infractions sexuelles en France et au Canada concernant les règles de fond a permis d'accroître les effets des normes en la matière et cela en agissant sur deux plans.

Les différentes évolutions tant sociales que juridiques ont permis de modifier deux facettes importantes du problème. Elles ont tout d'abord participé à envisager différemment ces violences. Cette nouvelle possibilité a été permise grâce à un changement en profondeur des mentalités tant concernant les infractions sexuelles en elles-mêmes que leurs victimes (I). La seconde évolution majeure s'illustre par une modification de la façon d'appréhender juridiquement les infractions sexuelles (II). Ces deux grandes séries de modifications ont eu pour effet d'accroître le champ d'application de la norme pénale en la matière. En d'autres termes, les nouveaux textes d'incrimination issus des réformes juridiques et sociologiques appréhendent plus largement les actes sexuels répréhensibles ainsi que les auteurs et les victimes potentielles de tels actes. Il convient désormais de percevoir si ce renouvellement a permis au Canada et à la France de réprimer plus justement les infractions sexuelles¹⁷⁸.

I. VERS UNE NOUVELLE FAÇON DE CONCEPTUALISER LES INFRACTIONS SEXUELLES

¹⁷⁵ Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JO 18 juin 1998, p.9255 ; Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002, p.1008 ; Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO du 5 mars 2002, p. 4161 ; Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO 19 mars 2003, p. 4761 ; Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JO 13 décembre 2005, p. 19152 ; Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JO 5 avril 2006, p. 5097 ; Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO 7 mars 2007, p. 4297 ; Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JO du 10 juillet 2010, p. 12762 ; Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO 18 mai 2011, p. 8537.

¹⁷⁶ A. DARSONVILLE, préc., note 168, p. 31.

¹⁷⁷ W. A. SCHABAS, préc., note 114, p. 1.

¹⁷⁸ Le terme « justement » est ici utilisé afin de comprendre si le droit des deux pays donne des réponses adaptées et pertinentes au regard de la réalité des violences sexuelles et de leurs victimes.

75. Reconnaissance par les sociétés. Depuis les années 1980, la lutte contre les violences sexuelles est devenue l'une des priorités des gouvernements canadien¹⁷⁹ et français¹⁸⁰. En France, cette lutte s'est révélée en réponse au premier procès criminel pour viol, le procès d'Aix en Provence en 1978. C'est autour de ce procès que de nombreuses femmes osent enfin prendre la parole publiquement pour dénoncer les violences dont elles sont victimes. Cet événement marque une étape cruciale dans la prise de conscience par la société française de la gravité du viol. Ainsi, en 1980, le viol qui jusque-là était un délit relevant donc de la compétence du tribunal correctionnel est devenu un crime devant être jugé par la Cour d'assises.

La reconnaissance de la violence faite aux femmes constitutive d'une problématique sociale importante a été illustrée tout particulièrement par le Québec, seule province canadienne à avoir adopté une politique interministérielle relative aux violences conjugales, et un plan d'action gouvernementale faisant figure de modèle à travers le monde¹⁸¹. Le Canada est avant-gardiste puisqu'il commence à s'intéresser à la problématique sociale des infractions sexuelles dès 1995, cet intérêt n'ayant cessé de croître depuis¹⁸². La France a commencé en 2005 la mise en place de divers plans d'actions afin de lutter contre les violences sexuelles¹⁸³.

Cette reconnaissance progressive par les sociétés de l'omniprésence des violences sexuelles a entraîné des modifications drastiques du traitement sociologique et juridique de ces infractions.

76. Les étapes de la reconnaissance. L'ampleur des infractions sexuelles dans les sociétés, associée à une incohérence du traitement judiciaire de ces violences a contraint les pays à réagir. La première étape de cette réaction a été d'ordre sociologique, en ce sens où le renouvellement juridique a été précédé et accompagné d'une évolution des mentalités. Afin de retracer cette évolution, il convient d'analyser la conception originellement réductrice des

¹⁷⁹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p.7 ; *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada*, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c.11 (R.-U.), Section 15 qui considère l'agression sexuelle comme une problématique de genre et d'inégalité entre les genres, voir.

¹⁸⁰ Les pouvoirs publics affirment leur volonté de lutter contre les violences conjugales : lancement de la première campagne nationale d'information et création des commissions départementales d'action contre les violences faites aux femmes (circulaire du 12 octobre 1989).

¹⁸¹ F. BOURGAULT et D. MATTE, préc., note 115, p. 12.

¹⁸² Secrétariat à la condition féminine, *Les violence sexuelles c'est NON*, Stratégie gouvernementale pour prévenir et contrer les violences sexuelles, 2016/2021, Québec, 2016.

¹⁸³ M. KIEFFER, préc., note 124.

violences sexuelles (A), avant de percevoir les apports du renouvellement de cette conception (B).

A. Une vision traditionnellement réductrice des violences sexuelles

77. Des violences cachées. Les violences sexuelles majoritairement commises sur les femmes ont longtemps constitué l'une des faces cachées de l'humanité. Cet état de fait peut s'expliquer par deux raisons. Les violences sexuelles étaient et demeurent des infractions par nature invisible, puisqu'il s'agit d'actes qui se commettent dans le secret, à l'insu de tous. Au-delà de leur commission qui se réalise bien souvent à l'abri des regards ; l'infraction reste souvent sous silence et ne remonte que trop rarement aux oreilles de la justice¹⁸⁴. Ce mutisme pourrait trouver sa cause dans de multiples permissions permettant aux hommes d'agir ainsi, couplées à de nombreuses pressions sociales pesant sur les épaules des victimes. La seconde explication à cette nature cachée des violences sexuelles réside dans le traditionnel déni des sociétés humaines à reconnaître ces actes comme un phénomène social existant dans un premier temps, puis dérangeant dans un second temps¹⁸⁵. Or, si l'on ne reconnaît ni l'existence ni l'ampleur d'un phénomène, il semble alors impossible de trouver des solutions afin d'y remédier.

78. Un traitement juridique insatisfaisant. Cette occultation massive des violences sexuelles vécues par les femmes a contribué à l'incongruité du traitement juridique des infractions sexuelles en France et au Canada. Avant les grandes réformes des années quatre-vingt dans les deux pays, la réponse du droit pénal était aux antipodes de la réalité. En d'autres termes, le droit ne permettait pas de répondre aux besoins existant dans le domaine des infractions sexuelles puisque ces derniers n'étaient pas identifiés. L'inadéquation de la réponse était le fruit d'une théorisation erronée de ces violences fondée sur des mythes¹⁸⁶ et des

¹⁸⁴ A. BELQAÏD, (Dir.), « L'Homme et le droit : en hommage du professeur Jean-François Flauss », Paris, Éditions Pedone, 2014, p.593

¹⁸⁵ Muriel SALMONA, « Pour en finir avec la culture du viol en 12 points », 2016 ; M. KIEFFER, préc., note 124, p.7.

¹⁸⁶ Kimberly LONSWAY et al., « Rape Myths, In Review », (1994) 18 *Psychology of Women Quarterly* 133, les auteurs définissent les mythes sur le viol comme des « Attitudes et croyances généralement fausses, mais répandues et persistantes, permettant de nier et de justifier l'agression sexuelle masculine contre les femmes ».

stéréotypes qui véhiculaient une vision faussée des violences sexuelles et de leurs victimes¹⁸⁷. Cette théorisation péjorative a entraîné des conséquences quant au régime juridique de ces violences. Cet impact demeure marquant dans le traitement sociologique et juridique des violences sexuelles.

79. Un changement nécessaire. Il était temps de bousculer en profondeur les mentalités tant des juristes que des citoyens en général. Cette possibilité de conceptualiser différemment les violences sexuelles s'inscrit dans un changement global des mentalités et plus précisément des représentations relatives à la sexualité, à la moralité et aux rapports entre les hommes et les femmes. Cette prise de conscience généralisée relative aux facteurs contribuant aux violences faites aux femmes a modifié en profondeur la façon de conceptualiser les violences sexuelles ; ce qui a permis de mettre fin au règne de l'impunité, du moins en théorie.

80. Les violences sexuelles : une construction sociale ? Les violences sexuelles peuvent être appréhendées comme un construit social¹⁸⁸. Il convient d'entendre cette notion dans le contexte de l'opposition entre deux notions : l'inné et l'acquis, ou encore la nature et la culture¹⁸⁹. Dans ce contexte, les violences sexuelles sont le fruit de processus sociaux au sein d'une société donnée¹⁹⁰, elles entrent ainsi dans la catégorie de l'acquis en s'opposant à l'inné ; en ce sens où l'homme ne naît pas agresseur sexuel et la femme ne naît pas victime d'agression sexuelle¹⁹¹. Simone de Beauvoir disait : « *on ne naît pas femme, on le devient.* »¹⁹² Cette phrase considérée comme révolutionnaire dans la lutte féministe signifie que les différences entre les

¹⁸⁷ Gouvernement du Québec, « Les agressions sexuelles : STOP », Rapport du groupe de travail sur les agressions à caractère sexuel, 1995, p.49, p.52 ; M. KIEFFER, préc., note 124, pp.63-64, p.78 ; J. RAMOISY, préc., note 3, p.12, p.28, p.51, pp.60 et s.

¹⁸⁸ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 64 : « Ce rejet catégorique du recours au déterminant biologique pour fonder et expliquer la position inférieure des femmes dans la société, a amené les féministes à reconnaître et à articuler l'oppression des femmes autour des conditions sociales, politiques, économiques et culturelles prévalant dans une société. Comprenant donc que l'infériorisation des femmes est de l'ordre du construit social, l'intervention féministe montrera que le vécu des femmes est tributaire des structures sociales. Celles-ci, à leur tour, commanderont une socialisation et un apprentissage des stéréotypes dans lesquels les femmes n'existent qu'en fonction de leurs enfants et de leur conjoint ».

¹⁸⁹ Norbert ROULAND, « L'égalité femmes-hommes : une éthique pour le XXI siècle ? », (2018) 73 *Revue Faculdade Direito Universidade Federal Approach Minas Gerais* 567, p.568.

¹⁹⁰ M. KIEFFER, préc., note 124 ; *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique*, STCE n°210, 01/08/14, Préambule : « Reconnaissant que la nature structurelle de la violence à l'égard des femmes est fondée sur le genre, et que la violence à l'égard des femmes est un des mécanismes sociaux cruciaux par lesquels les femmes sont maintenues dans une position de subordination par rapport aux hommes »

¹⁹¹ M. SALMONA, préc., note 115, pp. 208-213.

¹⁹² Simone De BEAUVOIR, *Le deuxième sexe*, 1949, rééd. Chez Gallimard en 2 tomes, 2003 ; Voir en parallèle, Jean-Paul GAUDILLIÈRE, « On ne naît pas homme... À propos de la construction biologique du masculin », (2004) 31, *La découverte*, « Mouvements » 15 pp. 15-23.

hommes et les femmes ne sont pas seulement biologiques mais principalement culturelles¹⁹³, elles sont la résultante d'un apprentissage tout au long de la vie. Ce raisonnement peut être appliqué aux violences sexuelles, ces dernières ne sont pas biologiques mais éminemment culturelles.

81. Le produit des sociétés patriarcales. Il semble pertinent de s'éloigner d'une analyse purement juridique afin d'observer les violences sexuelles à la lumière de la sociologie et de l'anthropologie. En effet, ces violences résultent de la façon dont une société fonctionne. Cette façon de fonctionner est dépendante de l'idéologie sous-jacente. Au Canada comme en France, la société est organisée selon une logique androcentrique ancrée¹⁹⁴. Ces sociétés patriarcales s'épanouissent autour de mécanismes et d'institutions qui reproduisent la logique dominante de « *l'éternel masculin*. »¹⁹⁵ Dans ce modèle, la femme ainsi que sa place dans le monde sont définies par l'homme et en fonction de lui¹⁹⁶. Simone de Beauvoir définissait la femme comme « l'Autre. »¹⁹⁷ C'est en respect de cette logique que la femme a longtemps été perçue comme un objet de propriété plutôt qu'un individu¹⁹⁸. Cette idéologie selon laquelle la femme et l'homme ne sont pas égaux ; *a fortiori*, selon laquelle l'homme est supérieur à la femme, a longtemps innervé nos sociétés et innerve timidement ou majoritairement certaines sociétés encore aujourd'hui. La domination masculine comme organisation sociale repose

¹⁹³ Martine FOURNIER, « La différence des sexes est-elle culturelle ? », (2004) 146 *Sciences humaines* 24, p. 24.

¹⁹⁴ Pierre BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998, préambule ; Valérie RAJASINGAM PATHIRAJ, *Les atteintes au corps féminin. Loi et sanction des violences physiques*, Paris, L'Harmattan, 2009, pp. 23-24.

¹⁹⁵ P. BOURDIEU, Id., préambule.

¹⁹⁶ S. De BEAUVOIR, préc, note 192, p. 17 : « L'humanité est mâle et l'homme définit la femme non en soi mais relativement à lui ; elle n'est pas considérée comme un être autonome ».

¹⁹⁷ S. De BEAUVOIR, préc, note 192, p. 17 : « Et elle n'est rien d'autre que ce que l'homme en décide ; ainsi on l'appelle « le sexe », voulant dire par là qu'elle apparaît essentiellement au mâle comme un être sexué : pour lui, elle est sexe, donc elle l'est absolument. Elle se détermine et se différencie par rapport à l'homme et non celui-ci par rapport à elle ; elle est l'inessentiel en face de l'essentiel. Il est le Sujet, il est l'Absolu, elle est l'Autre » ; Emmanuel LÉVINAS, *Le temps et l'autre*, Paris, PUF, 1983, « N'y aurait-il pas une situation où l'altérité serait portée par un être à un titre positif, comme essence ? Quelle est l'altérité qui n'entre pas purement et simplement dans l'opposition des deux espèces du même genre ? Je pense que le contraire absolument contraire, dont la contrariété n'est affectée en rien par la relation qui peut s'établir entre lui et son corrélatif, la contrariété qui permet au terme de demeurer absolument autre, c'est le féminin. Le sexe n'est pas une différence spécifique quelconque... La différence des sexes n'est pas non plus une contradiction... (Elle) n'est pas non plus la dualité de deux termes complémentaires car deux termes complémentaires supposent un tout préexistant... L'altérité s'accomplit dans le féminin. Terme du même rang mais de sens opposé à la conscience. »

¹⁹⁸ Gouvernement du Québec, « Les agressions sexuelles : STOP », Rapport du groupe de travail sur les agressions à caractère sexuel, 1995, p. 93 ; J. RAMOISY, préc., note 3, p. 11, p. 17 et p. 23 ; Cette conception a longtemps été retranscrite dans le droit des deux pays, analysant les violences sexuelles comme une atteinte à la propriété de l'homme.

certes sur l'attitude des hommes mais s'appuie également sur un second élément plus pervers encore, une forme de consentement des femmes à leur subordination¹⁹⁹.

Cette dynamique constitue le terreau privilégié des violences sexuelles. Les théories androcentristes ont permis d'instaurer un climat généralisé de violence à l'encontre des femmes²⁰⁰, incluant les violences sexuelles. On peut ainsi légitimement penser que c'est la culture patriarcale qui crée les violences sexuelles. Il est intéressant de remarquer que certaines sociétés dans le monde ne connaissent pas ou très peu les violences sexuelles. L'anthropologue Peggy Reeves Sanday a permis de révéler qu'il existait des cultures sans viol et des cultures avec viol²⁰¹. La France et le Canada font indéniablement partie des cultures où le viol, et plus largement les violences sexuelles sont omniprésents.

82. Un outil au service de l'idéologie dominante. Au-delà d'être un construit social, les violences sexuelles constituent également un outil permettant de faire respecter les règles de la société patriarcale²⁰². Elles ont ainsi une double nature. Elles constituent un produit issu des règles patriarcales de la société, ainsi qu'un outil permettant de faire perdurer la dynamique sociétale à la source de ces violences²⁰³. Dans cette logique circulaire, elles deviennent un outil disciplinaire soit explicite- dans certaines sociétés, telles que les Mundurucu et les Caraja au Brésil, le viol constitue une peine infligée aux femmes suite à la commission de certaines infractions²⁰⁴; soit implicite, par une certaine forme de banalisation des violences²⁰⁵, tel qu'en France ou au Canada. Dans ces deux pays, les mythes sur les violences sexuelles ont un contenu punitif²⁰⁶. Ils s'érigent également en outil disciplinaire ; ceci en limitant

¹⁹⁹ M. GODELIER, préc., note 2, p. 29 : « J'avais aussi souligné fortement qu'en plus de la violence, la domination des hommes sur les femmes repose également sur un second élément, le consentement jusqu'à un certain point des femmes à leur subordination. Ce consentement est lié au fait que très largement les femmes et les hommes partagent la même idéologie, les mêmes représentations. ».

²⁰⁰ Id., p. 26 : « Au cœur de cette « explication » mythique des origines de la domination masculine, il y a l'idée qu'il fallait faire violence aux femmes pour rétablir l'ordre social et cosmique et que cette violence tournait autour de l'appropriation des pouvoirs féminins de faire des enfants, particulièrement des garçons » ; K. MILLET, préc., note 2 ; S. GRIFFIN, préc., note 2, p. 26-35 ; M. DALY, préc., note 2 ; S. BROWNMILLER, préc., note 1.

²⁰¹ Peggy REEVES SANDAY, « The socio-cultural context of rape : a cross-cultural study », (1981) 37 *Journal of social issues* 5.

²⁰² N. RENARD, préc., note 3, p.95 ; J. RAMOISY, préc., note 3, p. 11 : « Dans ce cadre les agressions sexuelles jouent un rôle : celui d'être un mécanisme de répression sociale qui sert à maintenir, renforcer et reproduire une structure hiérarchique qui est un reliquat du patriarcat ».

²⁰³ Michelle PERROT, « Préface » dans N. RENARD, préc., note 3, p.13, « Cet acte peut aussi être un moyen collectif d'asservir les femmes, une forme de « contrôle disciplinaire » : viol des bandes médiévales de jeunes, viols « correctifs » de lesbiennes rappelées à leurs devoirs, viols de guerre ».

²⁰⁴ N. RENARD, préc., note 3, p. 95.

²⁰⁵ Id., pp. 95 et s.

²⁰⁶ Id., p. 96.

l'accès à la justice à toute une catégorie d'individus ne rentrant pas dans les représentations véhiculées par la société.

Au-delà d'être un outil disciplinaire, les violences sexuelles constituent également un outil de régulation, ceci en contrôlant le comportement des femmes. En effet, la peur de subir des violences conditionne la présence des femmes dans l'espace public ainsi que leur attitude, par la mise en place de mécanismes d'auto-restriction²⁰⁷.

83. Un terrain d'inégalité en arrière-plan. Cette analyse des violences sexuelles en tant que produit des sociétés patriarcales, révèle une logique d'inégalité sous-jacente²⁰⁸. L'androcentrisme ambiant des sociétés française et canadienne instaure de façon inéluctable une inégalité entre l'homme et la femme, cette dernière étant dans une position d'infériorité par rapport au premier.

Cette inégalité est double, les femmes font l'objet d'une **inégalité juridique** et d'une **inégalité de fait**. Pendant longtemps, la France et le Canada ont entretenu cette double inégalité. Ces dernières décennies, les deux pays ont ardemment travaillé à une égalité juridique. On a ainsi vu apparaître de nouvelles normes accordant les mêmes droits aux deux sexes²⁰⁹, des normes neutres considérant les deux sexes de façon égale²¹⁰, ainsi que des normes mettant fin à des pratiques sexistes discriminatoires²¹¹. Il semblerait que les deux pays soient parvenus à une victoire de l'égalité juridique entre l'homme et la femme. En revanche, s'agissant de l'égalité factuelle, autrement dit de l'égalité réelle, celle-ci ne semble pas encore gagnée. Selon l'auteur, Norbert Rouland cette égalité réelle entre les hommes et les femmes n'existerait que dans les pays scandinaves, en particulier en Norvège²¹². Cette **inégalité réelle** instaure un écart entre les normes et la pratique²¹³ et atteint ainsi l'effectivité des normes en la matière. En effet, les normes françaises et canadiennes telles que vue précédemment affichent depuis quelques décennies une finalité avouée de mettre fin à l'inégalité entre les hommes et les femmes. Cependant, en raison de la logique androcentrique ainsi que des stéréotypes persistants, ces normes ne peuvent pas produire les effets escomptés ou les produisent de façon très limitée, ne permettant pas de modifier la pratique de la façon souhaitée par le législateur. Cette lacune dans l'effectivité des

²⁰⁷ Id., pp. 96-97.

²⁰⁸ W. A. SCHABAS, préc., note 114, p.4.

²⁰⁹ Exemple du droit de vote accordée aux femmes, possibilité pour la femme de disposer d'un compte bancaire...

²¹⁰ Les nouveaux textes relatifs aux violences sexuelles dont les termes sont neutres afin de pouvoir appréhender la femme et l'homme tant comme des auteurs potentiels que comme des victimes potentielles.

²¹¹ Au Canada, par exemple, jusqu'à la réforme de 1983, règles probatoires applicables uniquement aux victimes de violences sexuelles étant essentiellement des femmes ;

²¹² N. ROULAND, préc., note 189, p. 569.

²¹³ Id., p. 569.

normes peut ainsi expliquer le fait qu'en dépit du surinvestissement législatif des deux pays en la matière, l'ampleur du phénomène reste toujours importante. Il convient ici de faire deux constats : le droit évolue plus vite que les mentalités, et les mentalités peuvent freiner l'effectivité du droit. En conclusion, il apparaît que le droit n'est pas suffisant pour régler un phénomène, l'éducation reste le premier rempart contre l'injustice²¹⁴.

84. Un construit social variable. Les violences sexuelles doivent être appréhendées dans leur globalité afin de percevoir tous les tenants et aboutissants de la problématique. Cette vision globale impose un constat : le terme de **violence sexuelle** désigne des réalités différentes selon le lieu et l'instant où l'on se place. Ce relativisme culturel permet d'appuyer le point précédent, ce qui sera ou non considéré comme une violence sexuelle répréhensible dépend des règles de la société que l'on analyse. À titre d'exemple, le viol conjugal n'est pas réprimé dans tous les pays du monde. Cette réalité au-delà d'être un outil d'analyse constitue un vecteur d'espoir. En effet, les violences sexuelles ne constituent pas une fatalité, il existe des éléments culturels qui les favorisent²¹⁵. Ces éléments peuvent ainsi évoluer, ce qui modifiera en profondeur la question des violences sexuelles de façon bénéfique.

85. Un refus traditionnel de penser les infractions sexuelles. Les violences sexuelles semblent être doublement niées. Il convient de se poser deux questions : leur existence est-elle révoquée parce que nous en avons honte ? Où sont-elles démenties tout simplement parce que leur existence ainsi que leur gravité n'est pas admise ? La réponse à ces questions varie selon les époques. Dans un premier temps, les violences sexuelles ont été réfutées par pur refus de les reconnaître²¹⁶ ; dans un second temps elles ont été niées par honte, honte partagée par la société et les victimes.

86. Une existence niée. Si l'on raisonne sur la première ère du déni, le refus de reconnaître l'existence des violences sexuelles s'illustre au travers de deux sens, la vue et l'ouïe.

²¹⁴ Etienne G. KRUG, Linda L. DAHLBERG, James A. MERCY, Anthony ZWI, Rafael LOZANO-ASCENCIO (dirs.) *Rapport mondial sur la violence et la santé*, Genève, Organisation mondiale de la santé (OMS), 2002, 376 p. En ligne : https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/fr/, « L'éducation est sans doute le principal moyen dont on dispose pour réduire l'incidence de la violence sexuelle ».

²¹⁵ N. RENARD, préc., note 3, p. 17.

²¹⁶ *Association mémoire traumatique et victimologie*, « Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte, déni de protection, de reconnaissance et de prise en charge : enquête nationale auprès des victimes », 2015, pp. 7-8.

Ce refus est double, on refuse de les voir, et on refuse de les entendre²¹⁷. De façon plus précise, on refuse d'entendre les femmes qui relatent une telle expérience vécue. Selon Henri Bergson, « *L'œil ne voit que ce que l'esprit est prêt à comprendre* » ; il semblerait bien que l'esprit en général et l'esprit juridique en particulier soient longtemps restés dans l'incapacité d'appréhender les violences sexuelles²¹⁸. Ce déni généralisé a été permis grâce à ce que l'on peut nommer « **la culture du viol** ». ²¹⁹ Cette notion renvoie à l'adhésion d'une société à de nombreux mythes sur les violences sexuelles. La représentation populaire des violences sexuelles par le prisme de mythes et de stéréotypes contribue à leur commission, puisque ces derniers légitiment de tels actes²²⁰. Ces fausses croyances sont nombreuses et persistantes²²¹. Comme le souligne l'auteure Julie Desrosiers, l'étude des infractions sexuelles est un puissant révélateur des préjugés sexistes de notre société²²². Ces derniers agissent sur deux plans, tant sur l'image de la victime que sur celle de l'auteur. Cette incapacité à penser justement les violences sexuelles s'appuie sur une image fantasmée de la victime (1) ; ainsi que sur l'impossibilité d'envisager l'existence d'auteurs de violences sexuelles (2).

1) L'image fantasmée de la « victime idéale »

87. Le mythe de la « victime idéale ». La « victime idéale » est une entité créée de toutes pièces en conformité avec les mythes et stéréotypes issus de la logique androcentrique²²³. Ce modèle répond à la perfection aux idées reçues sur la femme et sur l'homme. Il permet d'occulter toute une partie de la réalité relative aux violences sexuelles et ainsi éviter de remettre

²¹⁷ M. SALMONA, préc., note 115, p.215, « La conspiration des oreilles bouchées » : M SALMONA, préc., note 185, p. 1.

²¹⁸ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 43

²¹⁹ N. RENARD, préc., note 3, p. 17, « L'expression « culture du viol » est née dans les années 1970 aux États-Unis au sein du mouvement féministe radical. Il désigne une culture (dans le sens de « l'ensemble des valeurs, des modes de vie et des traditions d'une société ») dans laquelle le viol et les autres violences sexuelles sont à la fois prégnants et tolérés, avec un décalage entre l'ampleur du phénomène et l'impunité quasi-totale des agresseurs- pas uniquement au sens juridique, mais aussi social. Ce concept inclut également les mécanismes et éléments culturels qui maintiennent ce décalage ».

²²⁰ M. SALMONA, préc., note 115, pp. 178-181.

²²¹ J. TEMKIN et B. KRAHÉ, préc., note 165 ; Mémoire traumatique et victimologie, « Les français-e-s et les représentations sur le viol et les violences sexuelles », Ipsos, 2016 ; Commission européenne, « Special eurobarometer 449 : gender-based violence », TNS opinion & social, 2016.

²²² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p.1.

²²³ M. SALMONA, préc., note 115, p. 225 : « Il faut qu'elle soit idéale selon les canons d'une société bien imprégnée d'un sexisme qui énonce qu'une femme est par essence avant tout un objet sexuel consenti a priori, soumise par définition au désir des hommes. »

en question l'idéologie dominante. La « victime idéale », est une victime blanche aux mœurs parfaites, elle réagit de la façon la plus appropriée à l'agression, c'est-à-dire qu'elle s'est débattue de toute ses forces ; après l'agression, elle est allée se plaindre immédiatement aux autorités ; son traumatisme est visible, elle est émotionnellement atteinte²²⁴. La mise en place de ce modèle de « victime idéale » répond à une vision très restrictive de la sexualité et de la façon dont les femmes doivent l'exprimer. Cette étroitesse d'esprit trouve son origine notamment dans les préceptes moraux et religieux qui ont longtemps innervé nos sociétés en général, et nos systèmes juridiques en particulier. Cette image de la victime idéale a pour conséquence de restreindre le nombre de plaignantes pouvant entrer dans la catégorie de victime reconnue par la société et *a fortiori* par la loi.

88. Une vision très morale de la sexualité. Le professeur Gérard Cornu définit le terme « moral » de plusieurs façons, deux sens intéressent cette analyse. Cornu définit ce terme « *par opposition à immoral, conforme aux bonnes mœurs.* »²²⁵ Il le définit également « *par opposition à juridique, qui relève non du droit positif, mais de la règle morale.* »²²⁶ La morale et le droit se ressemblent en ce que tous deux créent des normes qui encadrent la conduite humaine, ceci en prescrivant, en autorisant ou en interdisant des comportements. Au-delà de se ressembler par leur nature, ils ont tendance à se confondre en ce que le droit et la morale ont parfois un contenu commun ; le fait de voler est tant immoral qu'illégal. De cette confusion naît la difficulté de tracer les frontières entre les deux. Cette confusion s'explique par le fait que le droit est influencé par la morale. Certains auteurs dénoncent cet état de fait en énonçant que nos sociétés ont maintenu pendant longtemps une confusion entre l'exigence morale et l'ordre social, instaurant ainsi un envahissement de la morale individuelle par la loi²²⁷. Il est intéressant de se demander si le droit doit toujours répondre à la morale. Le cas échéant, la morale est-elle toujours juste ? La réponse à cette seconde question conditionne la première.

²²⁴ J. TEMKIN et B. KRAHÉ, préc., note 165, pp. 29 et s. ; N. RENARD, préc., note 3, pp. 53- 56 ; M. SALMONA, préc., note 115, pp. 224 et s., « La plaignante se disant victime de viol doit être parfaite, pure, vierge, pas trop jeune ou trop handicapée (un enfant, une handicapée mentale, une malade mentale ça raconte n'importe quoi), pas trop âgée ou trop moche (ce n'est plus un objet à convoiter), pas trop pauvre (elle pourrait chercher des compensations financières), pas trop jolie (c'est pousser-au-crime), pas avec une vie trop « légère » (elle l'aurait cherché alors), pas étrangère et sans-papiers, pas prostituée bien-sûr (il s'agirait alors non d'un viol, mais d'un différent commercial). Il ne faut pas non plus qu'elle connaisse trop bien l'agresseur, ni être sa femme ou sa compagne, sinon sa parole n'aura aucun poids, sauf à avoir été tuée... ».

²²⁵ G. CORNU, préc., note 42, p. 669.

²²⁶ Id.

²²⁷ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du Code pénal*, Paris, Dalloz, 2018, p. 675 : « Les dispositions relatives aux infractions sexuelles ont manifesté longtemps une tendance à confondre exigence morale et ordre social puisqu'elles entendaient imposer, par le biais de sanctions pénales, certaines conduites jugées moralement souhaitables ».

89. Un droit initialement moral. La réponse à la première question a longtemps été positive, particulièrement dans le domaine des violences sexuelles. En effet, ces dernières ont longtemps été perçues comme une atteinte aux bonnes mœurs, une atteinte à l'ordre public. Cette valeur avait pour effet de restreindre le champ d'application des violences sexuelles puisque ce n'était pas l'atteinte à la victime qui était visée mais l'atteinte à la morale. Par conséquent si l'acte était perçu comme moral, c'est-à-dire conforme aux bonnes mœurs, il ne pouvait être réprimé. À l'inverse, si l'acte était consenti mais pas conforme aux bonnes mœurs, il était réprimé tant pour la « victime » que pour « l'auteur ». Aujourd'hui, la réponse à cette question est plutôt négative même si cette répression d'ordre moral continue à se percevoir dans le domaine des infractions sexuelles, en particulier lorsque la victime est mineure. La dissociation de la morale et du droit contribue à accroître l'effectivité de la réponse juridique face aux violences sexuelles. En effet, « *le droit ne peut pas imposer tout ce que prescrit la morale, ses conditions d'existence et de succès étant différentes.* »²²⁸

90. Une vision toujours emprunte de moralité. Cette omniprésence de la morale dans les normes juridiques encadrant les violences sexuelles est également analysée par l'auteure Julie Desrosiers qui explique que selon elle, trois perspectives théoriques permettent de cadrer les enjeux du droit criminel dans le domaine des infractions sexuelles : le conservatisme, le libéralisme et le féminisme. Le conservatisme s'appuie sur une vision morale de la sexualité ainsi que sur une vision conséquemment réductrice de la femme. Dans cette perspective conservatrice, le droit criminel est un outil permettant de véhiculer les valeurs d'une société, le législateur devient ainsi un prophète d'une certaine moralité sexuelle²²⁹. Dans cette perspective qui a été la perspective majoritaire dans les deux pays jusqu'à leurs grandes réformes dans les années quatre-vingt, le droit en matière de violence sexuelle était le miroir de cette morale traditionnelle et conservatrice. Cependant et afin de répondre à la seconde question, la morale n'est pas toujours juste et ne peut ainsi pas toujours répondre aux exigences juridiques. À titre d'exemple, il convient d'évoquer le viol entre époux, qui a longtemps été considéré comme un acte moral, se justifiant également par la morale religieuse. Or, afin de répondre aux nouvelles exigences juridiques, le droit a dû et a su se détacher de la morale.

²²⁸ Henri BROCHER DE LA FLECHERE, « Droit et morale », 24 *Revue de droit international et législation comparée*, 425, p. 426.

²²⁹ J., DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, pp. 5-6.

91. La place de la religion dans cette vision restrictive. De la même façon que la morale, l'emprise de la religion sur les mentalités a longtemps maintenu une vision très restrictive de la sexualité, permettant ainsi de légitimer certains actes de violences envers les femmes tel que le viol matrimonial²³⁰. Au-delà de limiter la liberté sexuelle des individus, la religion en général et le christianisme en particulier²³¹, n'a jamais eu une position amicale envers la femme. En effet, les textes religieux exposent une vision où la femme est soumise à l'homme et lui doit obéissance²³². Cette misogynie chrétienne peut se justifier par la faute originelle, Ève ayant poussé Adam à croquer dans la pomme. Cette théorisation de la perversité féminine semble être l'outil idéal permettant de désigner un bouc émissaire.

À l'inverse de la morale qui influence toujours le droit pénal tant en France qu'au Canada ; la religion, conformément au principe de la laïcité et grâce à la séparation des pouvoirs, n'influence plus le droit des deux pays autant qu'auparavant.

92. Une victime fautive. Les paragraphes précédents ont révélé l'omniprésence des idées préconçues relatives à la victime de violences sexuelles. Conformément à cette image très restrictive, toutes les plaignantes qui ne correspondent pas à cet idéal sont considérées comme des fabulatrices. Il est ainsi effarant de remarquer que les violences sexuelles sont les seules infractions où se manifeste un retournement des plus pervers, faisant en sorte que la plaignante devienne le bourreau, et l'auteur présumé des actes, la victime²³³. La parole de la plaignante est immédiatement remise en cause²³⁴, pas seulement en respect du principe de la présomption d'innocence, mais parce que la société dans son ensemble est profondément méfiante envers les individus majoritairement féminins qui viennent rapporter une violence sexuelle hypothétiquement subie.

²³⁰ J. RAMOISY, préc., note 3, pp. 24-25 ; Marie-Ève ALLAIN et Karianne ASSELIN, « La sexualité d'hier à aujourd'hui », Travail adressé à David LAPLANTE, travail de session, Séminaire de Sherbrooke, 2013, p. 4.

²³¹ Notre analyse portera plus spécifiquement sur le christianisme puisque la France et le Canada baignent dans la tradition chrétienne.

²³² Nouveau Testament, 1 Cor 11, 3 : « Le Christ est le chef de tout homme, l'homme est le chef de la femme, et Dieu le chef du Christ » (traduction de Pierre de Beaumont, Fayard Mame, 1973) ; Nouveau Testament, Ephé 6, 21-24, 3 : « Dans la crainte du Christ, soyez tout dévouement les uns aux autres, les femmes pour leur mari comme au Seigneur, car leur mari est la tête de la femme comme le christ est la tête de l'église, son corps, dont il est le sauveur. L'église est tout dévouement au Christ, qu'il en soit toujours de même pour les femmes vis à vis de leur mari » : Colo 3, 18 : « Femmes, soyez tout dévouement pour vos maris comme il convient à des personnes unies au seigneur ».

²³³ M. SALMONA, préc., note 115, pp. 205-206 ; J. RAMOISY, préc., note 3, p. 51.

²³⁴ Cet état de fait a nettement changé depuis quelques années, mais nous raisonnons ici avant les grandes évolutions juridiques et sociales.

93. Une agression « voulue » par la victime. Selon certaines idées reçues, la victime d'agression sexuelle pourrait être sous l'emprise de ses fantasmes²³⁵. Ces femmes seraient dans le jeu de la séduction, dans lequel le refus n'est que pure formalité et ne saurait être pris au sérieux²³⁶.

94. Conséquences. Ce refus de penser de façon réaliste les infractions sexuelles s'appuie sur une image fantasmée et par conséquent restrictive de la victime « type » d'une infraction sexuelle. Cette représentation de la « victime idéale » a un double impact. Elle influence tout d'abord les sociétés à ne pas reconnaître la majorité des plaignantes comme de réelles victimes de violences sexuelles, on nommera cela le « **déni institutionnel** ». Cette adhésion de tous à des représentations fantasmées des violences sexuelles et de leurs victimes instaurent une impunité sociale²³⁷, qui se traduit en droit par une impunité juridique. Ensuite, elle influence les personnes ayant subi de tels actes à ne pas se reconnaître comme victime de violences sexuelles²³⁸. Ce déni, qui d'un point de vue victimologique est lourd de conséquences pourra être nommé de « **déni victimaire** ». Ce double déni est nourri par une incapacité profonde des sociétés à appréhender l'existence d'auteur de violence sexuelle.

2) L'incapacité à admettre l'existence d'auteurs de violences sexuelles

95. Le mythe du « viol idéal ». Le mythe de la « victime idéale » est indissociable de celui du « viol idéal », limitant davantage les cas de figure pouvant être qualifiés de violences sexuelles. Le « vrai viol »²³⁹ est commis par un inconnu, la nuit, dans un lieu sombre et isolé²⁴⁰.

²³⁵ Michèle PERRON-BORELLI, *Les fantasmes*, Paris, puf, coll. « Que sais-je ? », 2004, p. 5 ; Sigmund Freud, *Naissance de la psychanalyse*, Paris, puf, 1969, p. 364-366.

²³⁶ Catherine LE MAGUERESSE, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexion à partir du droit pénal canadien », (2012) 34 *Archives de politique criminelle* 223, p. 224.

²³⁷ Georges VIAGRELLO, *Histoire du viol, XVIe-XXe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1998, pp. 24-28 ; N. RENARD, préc., note 3, pp. 49-51.

²³⁸ S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 115, p.6 ; M. SALMONA, préc., note 185, p. 21 : « Avec le mythe du « vrai viol », la méconnaissance de la définition du viol et des agressions sexuelles, et les mises en scène de « séduction » forcée ou de dette obligée, les victimes ne peuvent pas s'y retrouver, et de ce fait, parce qu'on peut appeler un « déni imposé », nombre d'entre elles considèrent que ce qu'elles ont subi n'est pas une violence sexuelle. Elles se retrouvent alors avec un mal-être, des souffrances et des symptômes psychotraumatiques qu'elles ne peuvent pas relier au trauma grave qu'elles ont subi, puisqu'elles ne peuvent pas l'identifier comme tel, et elles se considèrent comme anormales, incapables de bien aller, responsables de leur propre malheur. »

²³⁹ M. SALMONA, Id., pp. 3-4.

²⁴⁰ N. RENARD, préc., note 3, pp. 53-56.

Cette représentation erronée du viol empêche de percevoir réellement les auteurs potentiels de violences sexuelles. En effet, dans cette hypothèse, l'agresseur sexuel est un inconnu vis-à-vis de la victime, excluant ainsi toute personne proche de la victime. Or, dans la majorité des cas, la plaignante connaissait son agresseur²⁴¹. Dans ce scénario, l'assaillant est une personne désœuvrée excluant ainsi toute personne aisée. Or les récents scandales ont révélé une toute autre réalité.

96. Un manque de réalisme. Les mythes créant de toutes pièces le scénario de l'agression sexuelle parfaite, avec un agresseur dont toutes les caractéristiques ont été prédéfinies au regard des représentations populaires sur les violences sexuelles, empêchent d'appréhender justement les auteurs de ce type de violence²⁴² ; ceci en niant toute une partie de la réalité. La réalité étant beaucoup plus tragique, l'agresseur sexuel n'est pas le monstre pervers que l'on croise la nuit dans une ruelle malfamée ; l'agresseur est le plus souvent une personne de confiance et proche de la victime.

97. Légitimation de l'auteur dans l'agression sexuelle. Les paragraphes précédents ont révélé le fait que toute plaignante qui ne correspondait pas parfaitement aux critères de la « *victime idéale* » pouvait être considérée comme fautive. Dans la continuité de cet illogisme, tout « auteur » qui ne correspond pas au stéréotype de « *l'agresseur idéal* » est souvent considéré comme innocent, on assiste ici à un transfert de responsabilité inédit. Comme le souligne Susan Brownmiller, les sociétés ont réussi ce tour de force à faire du viol et des violences sexuelles en général, le seul crime au monde dont l'auteur se sente innocent et la victime réprouvée²⁴³. Il suffit de porter notre regard sur la pratique des tribunaux pour percevoir que ce transfert n'est pas seulement théorique. Ainsi, pendant longtemps, la **culpabilité de l'auteur** et la **respectabilité de la victime** ont été mis au même plan dans les affaires à caractère

²⁴¹ Guy ROGER, « Le poids du sexuel dans la violence (actuelle) », (2007) 99 *Topique* 9, p. 12 ; Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, pp. 46-49 ; F. CABALLERO, préc., note 174, p. 211 ; Observatoire national des violences faites aux femmes, *La lettre de l'Observatoire national des violences faites aux femmes*, « Les violences au sein du couple et violences sexuelles : les principales données », n°4, Novembre 2014 ; Enquête IVSEA Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte, 2015, Association Mémoire Traumatique et Victimologie SALMONA Laure auteure, SALMONA Muriel coordinatrice, Rapport et synthèse téléchargeables sur les sites : <http://stopaudeni.com> et <http://www.memoiretraumatique.org>

²⁴² M. SALMONA, préc., note 185, p. 2 : « Dans ce système de déni, les crimes et les délits sexuels existent mais « pas dans notre monde, pas dans notre entourage, pas chez nous, pas dans notre famille, pas dans nos couples, pas dans notre univers professionnel, pas dans nos institutions, pas chez ceux que nous côtoyons et encore moins chez ceux que nous admirons... ». Les violences sexuelles existent mais seulement dans un espace social de personnes « peu civilisées, sans éducation, de malades mentaux, ou bien d'ennemis ».

²⁴³ S. BROWNMILLER, préc., note 1, p. 9.

sexuel²⁴⁴; preuve en sont les pratiques discriminatoires explicites ou implicites à l'encontre de la victime de violence sexuelle.

Dans cette représentation des violences sexuelles, l'infraction sexuelle est l'« infraction parfaite », puisque celle-ci bénéficie d'une tolérance généralisée. Cette tolérance se traduit en droit par une impunité quasi-systématique de l'agresseur sexuel²⁴⁵.

98. Une pensée limitée par une logique déterministe. L'impunité dont jouit la majorité des auteurs de violences sexuelles trouve l'une de ses explications dans la croyance selon laquelle l'homme est ainsi fait²⁴⁶. Certains stéréotypes de genre sur la sexualité instaurent une logique déterministe, justifiant de façon pseudo rationnelle les comportements violents de l'homme envers la femme. En effet, il est souvent admis et revendiqué l'idée selon laquelle l'homme a un appétit sexuel plus grand que la femme²⁴⁷. Ces stéréotypes liés à la sexualité véhiculent l'idée que l'homme a une sexualité incontrôlable et la femme une sexualité passive, voir masochiste²⁴⁸. Cette appétence sexuelle de l'homme expliquerait ainsi ses pulsions sexuelles, pulsions qui en pratique engendrent des violences sexuelles. Si on suit cette logique déterministe il ne s'agit pas réellement de violences sexuelles, mais de la réalisation des pulsions naturelles de l'homme²⁴⁹. Or, vu que l'homme est ainsi fait, il ne commet pas de crime, il agit en respect de sa nature profonde admise par tous. Ce déterminisme psychobiologique, empêche la reconnaissance de nombreuses violences sexuelles²⁵⁰.

99. Un curseur mal placé. La vision restrictive des violences sexuelles qui a longtemps été majoritaire, s'appuie sur une analyse purement sexuelle de ces violences²⁵¹. En d'autres termes, les violences sexuelles ont longtemps été perçues comme l'expression d'une perversité sexuelle, cette dernière étant définie en fonction des règles morales et religieuses de

²⁴⁴ Sénat, Rapport n° 442, 15 juin 1978, p. 7.

²⁴⁵ A. BELQUAÏD, préc., note 184, p. 593, « Les violations des droits des femmes jouissent de facto d'une garantie d'impunité ».

²⁴⁶ Thibault LEMASSON, « Section 2 : Spécificité de la preuve en matière sexuelle », (2014) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par. 199, « Les violences sexuelles et sexistes sont traditionnellement passées sous un silence pudique comme la manifestation jugée inévitable de la libido des guerriers ».

²⁴⁷ Claire SAAS, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », (2015) 8 *La Revue des droits de l'homme*, p. 4.

²⁴⁸ N. RENARD, préc., note 3, p. 57.

²⁴⁹ C. LE MAGUERESSE, préc., note 236, p. 224 : « Selon une perception répandue, les agresseurs sont soit des êtres « déviants », des « malades » soit des êtres incapables de résister à leurs « pulsions sexuelles » ; V. Le GOAZIOU, préc., note 40, p. 28.

²⁵⁰ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 13.

²⁵¹ M. SALMONA, préc., note 115, p. 20 : « La violence sexuelle est analysée sous l'angle de la sexualité, du désir ou de la pulsion, alors qu'il s'agit de violence, de volonté de détruire, d'instrumentaliser et de soumettre. »

l'époque considérée. Cette théorisation des violences sexuelles restreignait le nombre de situations pouvant être qualifiés de la sorte. Le curseur a ainsi été mal placé pendant longtemps.

100. Des violences avant tout. Les violences sexuelles peuvent effectivement être l'expression d'une perversité sexuelle ou l'expression d'une pathologie, tel sera le cas de la pédophilie. Cependant, et afin d'envisager le phénomène des violences sexuelles dans sa globalité, il convient de se détacher du terme « sexuelle » pour s'attacher au terme « violence ». En effet, « *L'agression sexuelle est un acte, par essence, impensable. La violence qu'elle révèle chez l'agresseur et qu'elle recèle à l'égard de la victime interroge le statut d'humanité du premier comme de la seconde. Cette violence bouleverse, autant par ce qu'elle met en jeu chez l'auteur, par ce qu'elle fait subir à la victime, que par son écho dans l'ensemble du corps social.* »²⁵²

101. Une vision objective. Cette vision rationnelle des agressions sexuelles est issue d'une seconde génération d'étude ayant pris naissance dans les années quatre-vingt²⁵³. Le fait de percevoir les violences sexuelles *via* le prisme des violences, de la douleur infligée à la victime, de l'ignominie de l'acte commis par l'auteur, permet de traduire la réalité de cet acte et ainsi de le réprimer plus justement, sans jugement de valeur, sans considération morale ou matrimoniale. Cette appréhension des violences sexuelles au regard de la notion de violence permet ainsi de comprendre pourquoi la notion de consentement est au centre des infractions sexuelles. Ainsi, l'évolution législative et jurisprudentielle des deux pays a permis de venir déplacer le curseur de la perversité sexuelle vers celui de la violence endurée par l'individu à qui est imposé l'acte sexuel non consenti.

102. Une reconnaissance de l'existence des violences sexuelles. Le développement précédent a révélé l'impact des idées reçues dans l'impossibilité des sociétés à reconnaître l'existence dans un premier temps, et l'ampleur dans un second temps des violences sexuelles. Cette analyse a permis de comprendre le lien étroit entre les mentalités et le droit. La loi se trouve impuissante lorsque les mentalités sont imprégnées par une idéologie forte, en l'espèce la hiérarchie des sexes²⁵⁴. Il semblerait toutefois que les mentalités aient profondément évolué depuis quelques années, on en trouve une illustration dans la Convention du Conseil de l'Europe

²⁵² Pascal ROMAN et Bruno GRAVIER, « Introduction », dans Bruno GRAVIER et al., *Penser les agressions sexuelles*, Toulouse, ERES, 2016, p. 9.

²⁵³ Patrick LUSSIER, « Chapitre 1 : Les théories qui expliquent l'agression sexuelle des femmes », in Franca CORTONI et al., *Traité de l'agression sexuelle*, 2017, pp. 13-32, p. 19.

²⁵⁴ N. RENARD, préc., note 3, p. 13.

dite Convention d'Istanbul applicable depuis 2014 qui énonce clairement que « *les Parties veillent à ce que la culture, la coutume, la religion ; la tradition ou le prétendu « honneur » ne soient pas considérés comme justifiant des actes de violences couverts par le champ d'application de la présente Convention.* »²⁵⁵ Cet énoncé prouve que nous sommes passés d'une ère où la culture patriarcale dominait à une ère où le droit a repris le dessus.

103. Un sentiment de honte à surpasser. La première ère du déni semble ainsi achevée. À l'inverse, la seconde ère du déni réside dans le sentiment de honte généralisé des sociétés. Cette honte est double et multifactorielle, elle touche les sociétés qui se refusent d'admettre cette triste réalité ; cela reviendrait à remettre en cause l'assise culturelle d'un pays. Elle touche également les victimes, qui en raison des mythes sur le viol, précédemment exposés, se sentent honteuse et refusent d'en parler, participant ainsi à l'absence de reconnaissance par les sociétés de ces violences et l'impunité des auteurs. Cette notion de honte est très importante afin de comprendre les mécanismes qui renforcent l'absence de reconnaissance des violences et l'isolement des victimes. En effet, la notion de honte est au centre des théories relatives à la justice restaurative. Dans cette nouvelle façon de percevoir la justice, la honte réintégrative est au centre des mécanismes²⁵⁶, on passe de la honte désintégrative à la honte réintégrative, celle qui permet le dialogue, la reconnaissance, la compréhension et la restauration. Or, dans le domaine des violences sexuelles, la société et les victimes en particulier sont encore trop souvent dans une logique de honte désintégrative qui paralyse la reconnaissance de la problématique, empêchant de surcroît la mise en place de solutions.

104. Vers un renouveau. Aujourd'hui dans les deux pays, il semble que l'on sorte de cette seconde phase du déni grâce à la reconnaissance et au dialogue. Les différents scandales, ainsi que les récentes réformes illustrent le fait que la honte a changé de camp permettant ainsi aux victimes de se reconnaître et d'être reconnues comme telle. Ce renouveau qui s'illustre tant dans les mentalités que dans les normes juridiques a permis de réaliser une prouesse ; celle de reconnaître l'ampleur des violences sexuelles, ceci en démolissant petit à petit tous les mythes qui nous empêchaient de concevoir clairement la réalité²⁵⁷. Cette déconstruction s'est ainsi traduite en droit par un renouvellement de la protection.

²⁵⁵ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n°210, 01/08/14, Chapitre III, Art. 12, al. 5.

²⁵⁶ John BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge university press, 1989.

²⁵⁷ La déconstruction des mythes est encore incomplète, Voir *R. c. A.R.J.D.*, (2018) CSC 6, Par. (2) : « En prenant en considération l'absence de preuve que la plaignante aurait cherché à éviter l'appelant, le juge du procès a

B. Une conception renouvelée des éléments protégés par les incriminations

105. Conception renouvelée des agressions sexuelles. Le développement précédent a permis de mettre en lumière l'état d'esprit des sociétés canadiennes et françaises relativement aux violences sexuelles avant leurs grandes réformes. Les droits canadien et français véhiculaient ainsi une vision morale du phénomène ; ils se voulaient davantage protecteur de la moralité²⁵⁸ et de l'ordre public que de l'intégrité physique des individus. La volonté des deux pays de reconnaître et de réprimer plus justement les violences sexuelles a poussé les législateurs à changer leur angle d'analyse. Ils ont ainsi décidé d'appréhender ces actes au regard de la volonté de la victime, abandonnant ainsi la vision morale et moraliste de ces actes. Les sociétés sont ainsi passées d'une perspective conservatrice des infractions sexuelles à une double perspective libéraliste et féministe de ces violences²⁵⁹.

106. Une conception initialement restreinte. Le Code pénal français avant la réforme de 1994 concevait toutes les infractions sexuelles comme une atteinte aux bonnes mœurs, en utilisant la terminologie d'attentat à la pudeur²⁶⁰. De la même façon au Canada, le *Code criminel* utilisait jusqu'en 1983 ce même terme. Cette notion est symbolique chargée, elle se réfère à l'intimité globale d'un individu. La réforme du Code pénal de 1994 et celle du *Code criminel* en 1983 modifient en profondeur la terminologie existant jusqu'alors en abrogeant pour la première fois la notion d'attentat à la pudeur. En France, le mot attentat disparaît au profit d'atteinte et d'agression, et le terme « pudeur » est remplacé dans les deux pays par

commis l'erreur même contre laquelle il s'était mis en garde plus tôt dans ses motifs : il a apprécié la crédibilité de la plaignante uniquement en comparant son comportement à celui attendu de la victime type d'agression sexuelle. »

²⁵⁸ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p.23 : « Les valeurs qui fondent les interdictions sexuelles ne sont pas la liberté et l'intégrité physique des femmes, mais cette institution qu'est la famille et partant, la moralité sexuelle des femmes, appelées à devenir des épouses et des mères ».

²⁵⁹ Id., pp. 5-7.

²⁶⁰ Dans le Code pénal napoléonien de 1810, les violences sexuelles étaient réprimées dans le Chapitre « Attentats aux mœurs ». Ainsi, l'article 330 incriminait l'outrage public : « Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de seize francs à deux cents francs ». L'exhibition sexuelle est l'équivalent contemporain de cette qualification. L'article 331 sanctionnait le viol et « tout autre attentat à la pudeur » : « Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion ». Cette notion vise ce qui est aujourd'hui appelé une agression sexuelle. Ce qui est dorénavant un délit était donc un crime.

« sexuel ». Cette nouvelle terminologie, et dichotomie entre atteinte sexuelle et agression sexuelle²⁶¹ est assez limitative en pratique, en ce qu'elle exclut tout acte non lié directement au sexe. À l'inverse, la notion de pudeur englobait plus de situations²⁶².

107. Une évolution de la pensée inscrite dans le droit positif. La rupture du droit pénal des deux pays avec la notion de mœurs a permis aux législateurs de repenser en profondeur la définition des infractions sexuelles²⁶³. Cette nouvelle théorisation a agi à deux niveaux. On a ainsi assisté à un renouvellement de la valeur protégée par les infractions à caractère sexuel (1), ce changement ayant permis d'intégrer un plus grand nombre de comportements dans le champ d'application de ces infractions (2).

1) Un renouvellement de la valeur protégée

108. La nouvelle conception canadienne. Au sein de l'ancien *Code criminel*, les violences sexuelles empreintes de la perspective conservatrice étaient considérées comme des actes contraires aux bonnes mœurs. Ainsi, les articles 149 (attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin) et 156 (attentat à la pudeur d'une personne de sexe masculin) déterminaient les deux variantes de l'attentat à la pudeur ; l'article 145 traitait de la tentative de viol ; l'article 143, du viol et, enfin, les articles 155 et 157 des conduites de grossière indécence, de sodomie et de bestialité.

Le Canada a modifié sa conception des infractions sexuelles et par conséquent celle de la valeur protégée par ces incriminations. En effet, le dispositif canadien issu de la réforme de 1983 fonde sa catégorisation sur la nature violente de l'acte²⁶⁴. Cette réforme est issue d'une

²⁶¹ Yves MAYAUD, « Infractions contre les personnes », (1998) 2 *Revue de sciences criminelles* 320, p. 325 ; Cette dichotomie ne concerne que le cas français, elle n'existe pas au Canada.

²⁶² François Louis COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », (1997) *Recueil Dalloz* 179.

²⁶³ M-L. RASSAT, préc., note 227 ? p. 675 : « Les codes modernes ne s'intéressent plus aux actes constituant des vices, selon la loi morale, ou des péchés selon la loi religieuse, lesquels ne relèvent que de la conscience individuelle. Ils ne les répriment que si, par une autre circonstance, ces comportements se révèlent socialement dangereux, par exemple s'ils sont commis avec violence, si, commis publiquement, ils offensent la pudeur d'autrui ou, encore, s'ils concernent un mineur ».

²⁶⁴ Lise GOTTELL, "Canadian Sexual Assault Law : Neoliberalism and the Erosion of Feminist-Inspired Law Reforms", dans Clare MCGLYNN et Vanessa MUNRO, *Rethinking Rape Law : International and Comparative Perspectives*, Londres, Routledge, 2010, p.1 ; J. ROBERTS et A. PIRES, préc., note 166.

prise en considération des revendications féministes²⁶⁵ de la fin des années 1970, tout en respectant les droits fondamentaux des personnes accusées²⁶⁶. On perçoit ici le double intérêt des juristes en la matière. Ils s'inquiètent autant de l'auteur que de la victime, illustrant ainsi la compatibilité des deux protagonistes sur la scène pénale tant canadienne que française²⁶⁷. Cette réforme de 1983 propose de considérer les agressions sexuelles comme une variété de voies de fait²⁶⁸, afin de mettre l'accent sur la dimension de violence et d'atteinte à l'intégrité de la personne plutôt que sur l'aspect sexuel lui-même. Le législateur canadien est venu trancher l'interrogation d'Adler qui se demandait si l'agression sexuelle était davantage le reflet d'une propension à la violence générale que le reflet d'une déviance sexuelle²⁶⁹. Cette nouvelle vision explique pourquoi l'une des terminologies utilisées au Canada est celle d'agression à caractère sexuel²⁷⁰, à la différence de la France qui parle exclusivement d'agression sexuelle. Cet axe de protection répond aux revendications du mouvement féministe qui affirmaient que l'agression sexuelle était un acte de violence et de domination à l'encontre du corps des femmes²⁷¹. La loi C-127 est fondée autour du principe fondamental de la protection de l'intégrité de la personne. Le législateur a voulu contrer la discrimination fondée sur le sexe en mettant en évidence le caractère violent de l'agression sexuelle et assurer la protection des plaignantes contre le harcèlement à l'audience²⁷². Cette réforme a permis de faire évoluer la conception des infractions sexuelles. La conception juridique du viol fondée sur la moralité a ainsi été remplacée par une conception juridique de l'agression sexuelle fondée sur la protection de l'intégrité personnelle. Un passage du conservatisme au libéralisme juridique est désormais observable²⁷³.

109. Un élargissement bénéfique. La nouvelle conception des infractions sexuelles, recentrée sur un élément immuable telle que la violence plutôt que sur une notion plus variable telle que la morale a de nombreuses conséquences, à dominance positive. Ce renouvellement de la valeur protégée a eu pour effet d'élargir le champ d'application des infractions sexuelles,

²⁶⁵ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115.

²⁶⁶ Antoine MANGANAS, « Le consentement en matière d'agression sexuelle : peut-on sortir du labyrinthe sans le fil d'Ariane ? », (1988) 29-2 *Les Cahiers de droit*, 535, p. 537.

²⁶⁷ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

²⁶⁸ *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, Article 265. (1).

²⁶⁹ Mortimer J. ADLER, 1984

²⁷⁰ « L'agression sexuelle et le Code criminel du Canada. L'agression à caractère sexuel », Mars 2017, www.tracons-les-limites.ca, p.2, « On préfère généralement parler « d'agression à caractère sexuel » et non « d'agression sexuelle » pour exprimer le fait que l'agression est un acte de pouvoir et de contrôle commis en utilisant la sexualité et n'est pas un excès de désir sexuel incontrôlable ».

²⁷¹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 6.

²⁷² J. RAMOISY, préc., note 3, p. 26.

²⁷³ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 44.

ceci en ne se limitant plus à des scénarios immoraux mais en venant incriminer des actes contraires aux intérêts de la personne qui subit l'acte. Ce changement a également permis d'adopter une définition légale des violences sexuelles conforme à la réalité. En effet, les violences sexuelles traduisent un acte de violence sur autrui issu d'une volonté de domination ; elles vont au-delà d'un désir sexuel compulsif²⁷⁴. Cette centralisation des infractions sexuelles autour de la notion de violence permet de traduire la réalité des violences sexuelles tant du point de vue de la volonté de l'auteur qu'au regard des conséquences de l'acte sur la victime. Cette rationalisation de l'infraction pourrait permettre en théorie de mettre fin aux nombreux mythes et stéréotypes entourant les violences sexuelles, ceci en l'éloignant notamment des représentations sexuelles de la femme.

110. Une occultation de la spécificité des violences sexuelles ? La nouvelle conception des infractions sexuelles les percevant comme des atteintes à l'intégrité physique des personnes, puisqu'il s'agit désormais d'une catégorie de voies de fait ; et non plus comme des atteintes à l'intégrité sexuelle des individus, semble occulter une partie de la réalité. Cette modification pourrait emporter comme effet une certaine normalisation de l'infraction sexuelle²⁷⁵. Elle semble tout d'abord occulter une partie de la réalité puisque l'intégrité sexuelle de la victime est effectivement atteinte, cette intégrité sexuelle étant une composante de l'intégrité physique, les deux étant liées. L'intégrité sexuelle est une parcelle spécifique de l'intégrité physique. Cela semble entraîner une banalisation des violences sexuelles en les considérant comme des violences ordinaires²⁷⁶. Or, les conséquences des violences sexuelles tant sur la victime, que ce qu'elles révèlent d'une société n'ont rien d'ordinaire.

111. Deux facettes d'égale importance. Le caractère violent ainsi que le caractère sexuel de l'infraction sexuelle constituent deux facettes d'importance égale, permettant de traduire de façon réaliste et complète l'essence même des violences sexuelles. Il semble ainsi limité de privilégier le caractère violent au détriment de son caractère sexuel. En effet, la

²⁷⁴ N. RENARD, préc., note 3, p. 92 : « Les résultats ont révélé que c'est bien le plaisir de dominer qui prédit la propension au viol, et non l'excitation sexuelle ».

²⁷⁵ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 41 ; J. ROBERTS et A. PIRES, préc., note 166, p. 58 : « Cela leur a paru confirmer la crainte d'une « banalisation du viol » exprimée par certains groupes. En réalité, ces derniers faisaient référence à l'abandon même de la notion légale de viol et non à la classification des plaintes. Cependant, nous croyons que la nouvelle loi a créé des conditions pour qu'on y voit aussi une nouvelle manière de banaliser le viol ».

²⁷⁶ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 41 ; Micheline BARIL et al., « Les agressions sexuelles avant et après la réforme de 1983. Une évaluation des pratiques dans le district de Montréal », Centre international de criminologie comparée et Faculté de Droit, 1989, p. 390.

spécificité de l'infraction d'ordre sexuel notamment au regard de ses conséquences sur la victime réside dans cette finalité sexuelle de la violence. S'éloigner de cette facette a selon nous un effet contraire à celui escompté. En revanche, sur un plan probatoire tel qu'on le verra dans la suite de nos développements, ce centrage sur le caractère violent de l'infraction permet de réduire la charge probatoire quant à l'élément moral²⁷⁷.

112. Une démarche opposée en droit français. Dans le système français, la voie de fait est un élément constitutif de l'infraction sexuelle. En d'autres termes, la violence est un élément permettant de qualifier l'absence de consentement. L'infraction sexuelle n'est pas considérée en France comme une forme de voie de fait, puisque ce n'est pas la même valeur qui est protégée. Concernant les voies de fait la valeur protégée réside dans l'intégrité physique ou psychique, tandis que l'infraction sexuelle protège également l'intégrité physique et psychique de l'individu²⁷⁸, mais elle vise en priorité la protection de la liberté sexuelle des individus²⁷⁹. La sauvegarde de cette valeur autorise le droit à venir encadrer les pratiques sexuelles afin de préserver le consentement sexuel de chaque individu.

Au Canada, le législateur veut considérer la violence sexuelle comme un acte d'agression avec une dimension sexuelle et non pas comme un « acte sexuel illégal »²⁸⁰, à l'inverse de la démarche française.

113. Une super spécialisation : une super protection. Cette centralisation à la française des violences sexuelles autour de la liberté sexuelle permet une véritable reconnaissance de la liberté sexuelle des femmes et de la libre disposition par les femmes de leur corps, cela correspond également aux revendications des féministes. Cette valeur protégée permet de spécialiser le régime des infractions sexuelles tant d'un point de vue substantiel que procédural, à la différence du droit positif canadien.

114. Une adoption hypothétique de la logique canadienne. Par curiosité intellectuelle, il est tentant de transposer la logique canadienne en droit français. Cela signifierait de considérer les infractions sexuelles comme des voies de faits et ainsi d'adopter l'architecture juridique des violences prévues aux articles 222-7 et suivants du Code pénal. Le

²⁷⁷ Infra.

²⁷⁸ Daniel BORILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009, p. 111.

²⁷⁹ P. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, coll. Mélanges, Litec, 2005, 65.

²⁸⁰ J. ROBERTS et A. PIRES, préc., note 166, p. 31.

fait de suivre l'architecture des violences impacterait la répression des infractions sexuelles mais également la hiérarchisation des dommages subis par la victime en fonction de données purement matérielles. En effet, le résultat deviendrait ainsi un élément constitutif mais également un élément de qualification. Or, les conséquences de l'infraction sexuelle sur la victime ne sont pas toujours visibles ni quantifiables, ni même immédiates en ce sens où elles peuvent surgir des années après l'infraction. Dans le cas d'une agression sexuelle n'ayant entraîné aucune incapacité totale de travail (ITT), l'infraction serait qualifiée de contravention. En raisonnant sur la logique française, afin d'éviter une sous-reconnaissance de l'infraction sexuelle subit par la plaignante, il est préférable de ne pas considérer les infractions sexuelles comme une forme de violence, mais bien de continuer à les considérer comme des atteintes à la liberté sexuelle. Cette limite n'existe pas en droit pénal canadien qui ne connaît pas la classification contravention/délit/crime, il y a ainsi moins de conséquences sur la reconnaissance de la gravité de l'infraction. En revanche, si on considère les violences sexuelles comme une catégorie de violence, dans les deux pays, un cas de figure pose des difficultés ; le cas où l'agression sexuelle n'est accompagnée d'aucun acte de violence visible, cette hypothèse pourrait entraîner une certaine forme de banalisation de l'acte commis et donc subi²⁸¹.

115. Impact de cette différence de valeur protégée. La valeur protégée dans les deux pays diffère en raison d'une subtilité dans la conception de l'agression sexuelle propre à chaque pays. Le fait que le Canada ne centre pas l'infraction sur l'aspect sexuel peut se justifier par une volonté de neutralité, ceci a un impact sur les stéréotypes, *a fortiori* sur le traitement équitable des victimes. Une critique peut être formulée à l'encontre du système canadien en ce que par son traitement non sexualisé des infractions sexuelles, il ne s'adapte pas à la spécificité des conséquences causées par ce type de violences aux victimes. À l'inverse le système français régit les agressions sexuelles par un véritable régime dérogatoire au droit commun. Cette dérogation systématique au droit commun, caractéristique du droit français dans le domaine des infractions sexuelles pose des difficultés face au principe d'égalité de tous devant la loi, pouvant ainsi créer des formes de discriminations. En résumé, il apparaît que ni la généralisation ni la surspécialisation ne semble être une réponse parfaitement satisfaisante pour les victimes de telles infractions.

²⁸¹ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 41.

116. Vers une objectivisation des violences sexuelles. Le renouvellement de la valeur protégée par les infractions sexuelles a pris la direction d'une objectivisation des violences sexuelles rompant avec la vision moraliste jusqu'alors prédominante en la matière. Cette évolution positive a permis un élargissement du spectre de protection de la norme, en permettant de réprimer davantage de comportements sexuels pénalement répréhensibles.

- 2) Un élargissement conséquent des situations pouvant être qualifiées de violences sexuelles

117. Contextualisation. L'évolution de la façon de penser les violences sexuelles tant au Canada qu'en France a permis de prendre en considération sur un plan juridique la polysémie des violences sexuelles²⁸². La rupture avec la morale autorise les législateurs à ne plus être limité par l'opposition entre une sexualité socialement « normale » ou une autre considérée comme « anormale »²⁸³. Cette acceptation de la diversité des pratiques sexuelles sans y intégrer de jugement de valeur a permis d'intégrer dans le spectre des violences sexuelles de nombreuses pratiques qui jusqu'alors étaient ignorées.

118. Les violences sexuelles dans le contexte conjugal. Le poids de la morale et de la religion a longtemps empêché d'envisager les violences sexuelles dans le cadre du couple. Il était ancré dans les mœurs et dans les préceptes religieux que la femme devait satisfaire les besoins de son époux même si elle n'en avait pas envie ; la notion du consentement de la femme dans ce contexte était ainsi inexistante. La rupture du droit avec la morale d'une part, et la rupture du droit avec la religion d'autre part, a permis de s'éloigner de cette conception et de reconnaître progressivement les violences sexuelles dans le contexte conjugal.

119. Prise en considération des agressions sexuelles conjugales. La définition renouvelée des agressions sexuelles en France et au Canada a permis aux législateurs d'inclure le conjoint comme auteur potentiel. Cette évolution est conforme au monde vécu, puisque les

²⁸² V. Le GOAZIOU, « Les violences sexuelles : point de vue sociologique », dans Bruno GRAVIER et al., *Penser les agressions sexuelles*, Toulouse, ERES, 2016, p. 20 : « Les violences sexuelles sont polysémiques ; elles mettent en jeu des histoires, des rapports au sexe, au désir et au pouvoir, des luttes de place et de position, ainsi que des états psychologiques ou des processus psychiques en des formes et des proportions qui font de chacune d'elles un fait unique ».

²⁸³ M-L. RASSAT, préc., note 227, p. 676.

agressions sexuelles entre époux ou conjoints sont très fréquentes²⁸⁴. Au Canada, depuis la réforme de 1983 les agressions sexuelles commises au sein du couple sont réprimées par la loi²⁸⁵. En France, cette évolution s'est faite en plusieurs étapes. À la suite de la loi du 23 décembre 1980²⁸⁶, les tribunaux ont commencé à condamner des époux pour viol, cependant ces rares condamnations prenaient en considération uniquement le viol entre conjoint dans un contexte d'extrême violence. Dès 1990, la Cour de cassation a mis fin à cette approche restrictive du viol entre conjoint²⁸⁷. La Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire S. W. c Royaume-Uni en date du 22 novembre 1995 est venue reconnaître de façon indirecte le viol entre époux²⁸⁸. La loi du 4 avril 2006²⁸⁹ est venue inscrire expressément cette évolution jurisprudentielle dans le Code pénal. Ainsi, il est dorénavant prévu que le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime quelle que soit la nature des relations existantes entre l'agresseur et la victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. La nouveauté amenée par cette loi réside dans le fait que la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. Cependant, le législateur ne s'arrête pas là et par la loi du 9 juillet 2010²⁹⁰, il est venu rajouter une pierre à l'édifice en ôtant toute présomption. Les agressions sexuelles entre époux, originellement ignorées par le droit pénal, font aujourd'hui l'objet d'une attention toute particulière puisqu'elles sont punies plus sévèrement que les agressions commises en dehors du cadre du mariage ou du concubinage. L'agression sexuelle entre époux est dorénavant une circonstance aggravante en France²⁹¹. Il convient cependant d'apporter une précision, il n'existe plus en droit français de présomption légale de consentement à une activité sexuelle entre époux et conjoints. Par ailleurs, dans la pratique les juges peuvent envisager des présomptions de faits. Il semble évident que l'absence de consentement entre époux ne pourrait être qualifiée par les juges de la

²⁸⁴ F. CABALLERO, préc., note 174, p. 211 ; V. LE GOAZIOU, préc., note 115, pp. 81-87 ; M. KIEFFER, préc., note 124, p. 59.

²⁸⁵ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 30 : « De plus, cette réforme enlève l'immunité en matière de viol. On met ainsi légalement fin à la soumission sexuelle longtemps associée au mariage ; dorénavant, les époux ne seront plus soustraits aux poursuites dans les causes d'agression sexuelle. »

²⁸⁶ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

²⁸⁷ Cass. Crim., 5 Septembre 1990, la Cour énonce dans cet arrêt que « le crime de viol n'ayant d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par la loi » ; Cass. Crim. 11 juin 1992 Bull. Crim. 1992 N°232, La Cour affirme que la présomption de consentement aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire.

²⁸⁸ CEDH 22 11 1995, 27 11 1996. Ici, la Cour valide la notion de viol entre époux se référant au caractère par essence avilissant du viol par rapport à une conception civilisée du mariage.

²⁸⁹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

²⁹⁰ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

²⁹¹ Code pénal, art. 222-24 al. 11 ; art. 222-8 al.7.

même façon qu'entre deux inconnus. Au regard des éléments constitutifs de l'agression sexuelle en droit français, la surprise en sa conception actuelle est inapplicable entre deux époux ou deux conjoints, à moins de la considérer dans le cadre d'un abus de faiblesse²⁹². À l'inverse, les vices du consentement en droit criminel canadien, notion qui se rapproche de la surprise en droit français, peuvent être caractérisés entre deux époux.

Le *Code criminel* canadien prévoit aussi qu'il y a circonstance aggravante si l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son époux ou de son partenaire intime²⁹³. Bien que cette circonstance ne se limite pas aux cas de violence sexuelle, elle les inclut. On observe une nouvelle fois que le Canada ne spécifie pas son traitement des violences sexuelles à l'inverse du cas français.

120. Les violences sexuelles dans les relations homosexuelles. Les mœurs et la religion- pour cette dernière c'est encore le cas- ont longtemps considéré l'homosexualité comme anormale, ou contre nature. L'évolution des mœurs a permis de reconnaître et d'intégrer dans nos mœurs la normalité des relations homosexuelles²⁹⁴. Avant, l'homosexualité était criminalisée en tant que telle, dans ce contexte là les violences sexuelles entre deux personnes de même sexe ne pouvaient être admises et *a fortiori* reconnues. Depuis que les deux pays ont décriminalisé l'homosexualité²⁹⁵, les violences sexuelles peuvent être incriminées, peu importe le sexe de l'auteur et de la plaignante.

121. La sodomie comme acte constitutif de violence sexuelle. Si on raisonne sur la même logique que celle applicable à l'homosexualité, l'acte de sodomie a longtemps été

²⁹² Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'agression sexuelle par surprise » (2019), Mélanges Bernard Teysse, Lexinexis.

²⁹³ *Code criminel*, Article 718.2.

²⁹⁴ Sur ce point le Canada est largement en avance par rapport à la France puisque le mariage homosexuel et l'adoption d'enfant par un couple homosexuel ont été consacrés très tôt en droit canadien.

²⁹⁵ Lois décriminalisant l'homosexualité dans les deux pays : Pour le Canada, en 1969, loi C-143 qui décriminalise tous les gestes sexuels comme la sodomie, commis en privé entre adultes consentants, ce qui a pour effet de décriminaliser l'homosexualité ; 1999, le Québec modifie sa loi concernant les unions de fait pour inclure les couples de même sexe ; 2000, le Canada modifie sa loi concernant les conjoints de fait pour y inclure les couples de même sexe ; 2002, au Québec, création d'un nouveau cadre conjugal, l'union civile. Celle-ci confère tous les avantages du mariage et est ouverte à tous quelle que soit leur orientation sexuelle. Il y a aussi modification des règles de la filiation, il est ainsi possible d'écrire deux pères ou deux mères sur le certificat de naissance d'un enfant, loi 84 qui est adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale ; 2005, le gouvernement canadien légalise le mariage civil entre conjoints de même sexe.

incriminé en tant que tel dans le *Code criminel*²⁹⁶ et dans le Code pénal²⁹⁷. Aujourd'hui tel n'est plus le cas. La sodomie peut donc être considérée comme un acte constitutif d'une agression sexuelle²⁹⁸, élargissant ainsi le champ d'application des violences sexuelles et marquant une nouvelle fois l'évolution des mentalités.

122. Bilan. Le développement précédent a permis de révéler que la façon de conceptualiser les violences sexuelles a varié en fonction de facteurs sociologiques, temporels et géographiques. Cette dépendance à des facteurs variables apporte de l'imprévisibilité tout en amenant de l'espoir, puisqu'elle implique une évolution des notions conformes aux évolutions idéologiques et sociologiques.

Les changements conséquents dans la façon de conceptualiser les violences sexuelles dans les deux pays a eu un impact considérable sur l'accroissement du champ d'application des infractions sexuelles. Ces modifications ont permis aux législateurs français et canadiens de changer en profondeur la façon d'appréhender juridiquement ces violences.

II. UNE NOUVELLE FAÇON DE NOMMER JURIDIQUEMENT LES INFRACTIONS SEXUELLES

123. Un renouvellement constant. Avant d'analyser en profondeur les grandes étapes du renouvellement des incriminations, il convient de souligner le fait que ce renouvellement n'a jamais cessé depuis son commencement dans les années quatre-vingt en France et au Canada. Preuve en est le projet de loi C-51 au Canada en date du 6 juin 2017²⁹⁹, ainsi que la Loi du 3 août 2018 en France³⁰⁰. Ces deux réformes proches en termes de temps sont également comparables tant dans leurs finalités que dans leur contenu en ce sens où elles viennent à la fois préciser les éléments constitutifs de certaines infractions sexuelles, ainsi qu'étendre et faciliter la protection et la reconnaissance des victimes de telles violences. Cette

²⁹⁶ Loi C-143 qui décriminalise tous les gestes sexuels comme la sodomie, commis en privé entre adultes consentants, ce qui a pour effet de décriminaliser l'homosexualité.

²⁹⁷ Avant 1791, la sodomie était criminalisée dans le Code pénal français, Voir Thierry PASTORELLO, « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », (2010) *Cahiers d'histoire* 197.

²⁹⁸ Jurisprudence des deux pays sur la qualification de la sodomie comme violence sexuelle : Crim. 24 juin 1987, no 86-96.712, Bull. crim. no 265 ; RSC 1988. 302, obs. Levasseur.

²⁹⁹ Projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, déposé le 6 juin 2017, sanction royale le 13 décembre 2018.

³⁰⁰ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

évolution constante et rapide trouve une nouvelle illustration en droit français dans la loi n°2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste. Cette loi a eu pour finalité d'étendre le champ d'application des infractions sexuelles existantes, d'en créer de nouvelles et d'accroître la protection des mineurs victimes de violences sexuelles. En d'autres termes, cette nouvelle réforme est venue renforcer la répression des infractions sexuelles en droit français.

124. Un renouvellement évident. La volonté des législateurs français et canadiens dans les années quatre-vingt de modifier l'appellation (B), ainsi que la classification des infractions sexuelles (A), est la conséquence logique de la modification des mentalités des citoyens en général et des juristes en particulier, telle qu'analysée précédemment.

A. Un renouvellement de la classification

125. Justification. La logique voudrait de commencer cette analyse par les qualifications, autrement dit l'appellation et la définition des infractions sexuelles avant leur classification. Notre choix a été de faire l'inverse, cela se justifie pour deux raisons. La première raison est liée au fait que la classification des infractions sexuelles a un impact considérable sur la compréhension globale de la façon dont les pays appréhendent les violences sexuelles. En effet, la classification permet avant toute chose de comprendre le contenu des incriminations. Sous un angle comparatiste, il est ainsi pertinent de débiter l'analyse par la classification puisqu'à la différence du contenu de l'incrimination qui répond à une logique commune, la classification quant à elle diffère. La seconde raison se justifie par une aisance de lecture. En effet, commencer par la classification évite de nombreuses redondances dans les développements.

126. Organisation des idées. Afin de comprendre les enjeux de cette nouvelle classification dans les deux pays, il est pertinent de l'exposer d'une façon descriptive (1), avant d'en analyser ses conséquences (2).

1) Une analyse descriptive de la classification

127. Contextualisation. À la suite du renouvellement de la façon de théoriser les violences sexuelles, les législateurs canadiens et français ont décidé de modifier leur classification. Cette modification, qui a eu lieu dans les deux pays à quelques années de différence, a été motivée par des éléments similaires telle que la nécessité d'élargir le spectre de protection des infractions sexuelles ou encore de reconnaître plus justement ces violences, ainsi que leurs victimes.

128. Nouvelle classification canadienne. Avant 1983, le *Code criminel* véhiculait une définition assez restrictive du viol³⁰¹. Adopté en 1892, le premier *Code criminel* canadien définissait le viol de la façon suivante : « *Le viol est l'acte d'un homme qui a un commerce charnel avec une femme qui n'est pas son épouse, sans le consentement de cette femme, ou à la suite d'un consentement qui lui a été arraché par des menaces ou la crainte de lésions, ou obtenu en se faisant passer pour le mari de cette femme ou par de fausses et frauduleuses représentations au sujet de la nature et du caractère de l'acte* ». La réforme de 1983 est venue supprimer cette terminologie afin d'élargir le champ d'application des infractions sexuelles. La nouvelle nomenclature est simplifiée et fait l'objet de trois qualifications distinctes fondées sur la gravité de l'acte au regard des conséquences physiques sur la victime³⁰². Dans le *Code criminel* canadien, coexiste l'agression sexuelle de premier niveau ou autrement dénommée agression sexuelle simple énoncée à l'article 271 : « *Quiconque commet une agression sexuelle est coupable : a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ou, si le plaignant est âgé de moins de seize ans, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an; b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois ou, si le plaignant est âgé de moins de seize ans, d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois*». Cette infraction crée à la victime des blessures corporelles mineures ou aucune blessure ; il s'agit de l'agression sexuelle la moins

³⁰¹ Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 29.

³⁰² Logique identique à celle qui encadre les infractions de violences en droit pénal français, Voir Art. 222-7 et s. du Code pénal.

violente³⁰³, tant au regard de l'acte commis par l'auteur, qu'au regard du résultat subi par la victime.

L'article 272 prévoit l'agression sexuelle de deuxième niveau ou agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, il s'agit d'un crime. Cette dernière est énoncée de la façon suivante : « (1) *Commet une infraction quiconque, en commettant une agression sexuelle, selon le cas : a) porte, utilise ou menace d'utiliser une arme ou une imitation d'arme ; b) menace d'infliger des lésions corporelles à une autre personne que le plaignant ; c) inflige des lésions corporelles au plaignant ; c.1) étouffe, suffoque ou étrangle le plaignant ; d) participe à l'infraction avec une autre personne.* (2) *Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel passible : a) s'il y a usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée lors de la perpétration de l'infraction, ou s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction et que celle-ci est perpétrée au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant : (i) de cinq ans, dans le cas d'une première infraction, (ii) de sept ans, en cas de récidive; a.1) dans les autres cas où il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de quatre ans; a.2) dans les cas où le plaignant est âgé de moins de seize ans, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de cinq ans; b) dans les autres cas, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.* ». Cette agression sexuelle est plus violente que la précédente et révèle une plus grande dangerosité de l'auteur.

Enfin, le *Code criminel* énonce en son article 273 l'agression sexuelle de troisième niveau ou agression sexuelle grave : « (1) *Commet une agression sexuelle grave quiconque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.* (2) *Quiconque commet une agression sexuelle grave est coupable d'un acte criminel passible : a) s'il y a usage d'une arme à feu à autorisation restreinte ou d'une arme à feu prohibée lors de la perpétration de l'infraction, ou s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction et que celle-ci est perpétrée au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant : (i) de cinq ans, dans le cas d'une première infraction, (ii) de sept ans, en cas de récidive; a.1) dans les autres cas où il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans; a.2) dans*

³⁰³ Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 19.

les cas où le plaignant est âgé de moins de seize ans, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de cinq ans; b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité. ». Elle a pour conséquence de blesser, mutiler, défigurer la victime ou mettre sa vie en danger et constitue un crime.

129. Un changement de place dans les Codes. Le changement de classification se retrouve également dans la place qu'occupent désormais les agressions sexuelles ainsi que dans leur intitulé. Avant la réforme de 1983 au Canada, les infractions sexuelles relevaient de la partie IV du *Code* intitulée « *Infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite* ». Depuis 1983, elles ont été déplacées dans la partie VI du *Code*, sous l'appellation d'« *infractions contre la personne et la réputation* ». La France a connu un changement similaire. En effet, avant la réforme de 1994, les violences sexuelles étaient incriminées sous l'appellation d'« *attentats aux mœurs* » à la Section IV du Chapitre I du Titre II du Livre III du Code pénal. Elles sont désormais qualifiées d'« *agressions sexuelles* », et figurent au Livre deuxième. Ce changement tant en France qu'au Canada, révèle deux éléments, la rupture avec toute conception morale des violences sexuelles d'une part, et le changement de valeur protégée par les infractions sexuelles d'autre part.

130. Nouvelle nomenclature française. En France, les atteintes à la liberté sexuelle sont divisées en plusieurs catégories distinctes. Il existe plusieurs critères de distinction, on peut tout d'abord distinguer les atteintes *directes*³⁰⁴ à la liberté sexuelle, puis les atteintes *indirectes*³⁰⁵ à la liberté sexuelle³⁰⁶ ; on parle également d'atteintes physiques ou d'atteintes morales³⁰⁷. Concernant les atteintes directes, elles affectent le consentement d'une personne à un acte sexuel, on y distingue les agressions sexuelles qui nécessitent le recours à la violence, la contrainte, la menace ou la surprise et les atteintes sexuelles³⁰⁸, dépourvues de tels éléments viciant le consentement³⁰⁹. Cette nouvelle catégorisation permet de traduire une unité de comportements³¹⁰.

³⁰⁴ Romain OLLARD et François ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Le Mesnil-sur-l'Estrée, Bréal, 2015, p. 148.

³⁰⁵ Id., p. 159.

³⁰⁶ Id., p. 147.

³⁰⁷ M-L. RASSAT, préc., note 227.

³⁰⁸ M-L. RASSAT, Id. ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 304, p. 157 ; Code pénal, article 227-25.

³⁰⁹ Yves MAYAUD, « Jeux et séduction, ou des frontières de l'agression en matière sexuelle », (1998) *RSC* 325, p. 326.

³¹⁰ P. CONTE, préc., note 13, p.161, par. 231.

Le critère de séparation des agressions sexuelles est fondé sur le comportement sexuel et plus précisément sur un acte de pénétration. On distingue classiquement le viol des agressions sexuelles autres que le viol³¹¹.

Les agressions sexuelles sont situées dans le livre deuxième du Code pénal : Des crimes et des délits contre les personnes ; Titre II : Des atteintes à la personne humaine ; Chapitre II : Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ; Section III : Des agressions sexuelles. Les agressions sexuelles sont inscrites aux articles 222-22 et suivants du code pénal. Ces articles définissent les infractions sexuelles dites violentes, celles-ci doivent avoir été commises avec violence, contrainte, menace ou surprise ; ces éléments permettent de démontrer l'absence de consentement des victimes. Un parallèle peut être fait avec la conception canadienne des infractions sexuelles qui les assimile à une catégorie de voie de fait, en exigeant l'usage ou la menace de l'usage de la force.

131. Une classification en fonction de la victime. Dans les deux pays, le législateur a distingué les violences sexuelles commises sur un mineur de celles commises sur un majeur. Elles ne se retrouvent pas dans la même partie du Code, et protègent une valeur supplémentaire, la minorité. Les infractions sexuelles envers les mineurs sont sanctionnées au titre des infractions générales et d'infractions spéciales. Ces dernières se nomment en droit français les « atteintes sexuelles », elles sont incriminées dans une section différente que les agressions sexuelles, à savoir la Section V : De la mise en péril du mineur, du Chapitre VII, du Titre II, du livre Deuxième du Code pénal. Au Canada, elles sont sanctionnées au titre d'« infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite », dans la partie IV du *Code criminel*. L'appellation canadienne révèle que la rupture avec la morale, précédemment évoquée ne semble pas être efficiente dans le domaine des violences sexuelles sur mineurs.

2) Une analyse critique de la classification

132. Logique distincte. La nouvelle classification s'est faite de façon opposée dans les deux pays. Le Canada par sa réforme de 1983³¹², supprime les infractions de viol et

³¹¹ Distinction dont la simplicité est remise en question dans M-L. RASSAT, préc., note 227, p.684, par.583 et pp. 692-693, par. 594.

³¹² Loi modifiant le Code criminel en matière d'agressions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant les modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c.125, entrée en vigueur le 4 janvier 1983.

d'attentats à la pudeur, une structure tripartite permet désormais de différencier les infractions sexuelles entre elles³¹³. La France adopte la stratégie inverse en soulignant l'infraction de viol. Cette qualification est redéfinie puis précisée, elle devient la clé de voute de l'arsenal législatif en matière d'infractions sexuelles. Cette gravitation autour de l'infraction de viol entraîne une relative restriction de la protection ainsi qu'une certaine rigidité dans la logique de la qualification³¹⁴. À l'inverse, les qualifications au Canada sont extrêmement larges, permettant ainsi de protéger les individus contre de très nombreux actes sexuels malveillants. Sur la question de savoir si une définition exclusive ou inclusive permet une meilleure protection, les développements ultérieurs permettront d'y répondre.

133. Un angle d'analyse diamétralement opposé. La classification canadienne repose sur la gravité de l'infraction au regard des conséquences sur la victime, à l'inverse de la France où la classification repose sur la gravité de l'acte commis par l'auteur ; les particularités de la victime ainsi que les conséquences sur cette dernière permettent de constituer des circonstances aggravantes. Les infractions sexuelles en France et au Canada sont similaires en ce qu'elles prennent en considération les mêmes éléments ; elles divergent en ce que ces éléments sont pris du point de vue de la victime au Canada ou de celui de l'auteur en France.

134. Bilan. La classification retenue par la France et par le Canada illustre le choix de la rationalité³¹⁵, elle est en parfaite adéquation avec la valeur protégée par chacun des deux pays. Le Canada a ainsi retenu une classification organisée autour des conséquences violentes de l'acte sur la victime ; tandis que la France a organisé les agressions sexuelles autour de l'acte sexuel, et de ses conséquences sur la liberté sexuelle de la victime. Concernant, la différenciation faite en droit français entre les atteintes sexuelles et les agressions sexuelles, tout comme au Canada c'est l'acte de violence utilisé par l'auteur qui permet de les différencier.

Ce renouvellement de la classification s'accompagne d'une modification des qualifications. Ces dernières correspondent également à la valeur protégée dans les deux pays.

³¹³ *Code criminel*, articles 271-273 ; Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p29.

³¹⁴ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 11, les auteurs mettent en avant le caractère trop restrictif du viol, d'où la volonté des législateurs canadiens d'abolir cette qualification, p.30.

³¹⁵ M-L. RASSAT, préc., note 227, p. 677.

B. Un renouvellement des qualifications

135. Changement de cap. Les anciennes qualifications étaient manifestement empreintes de croyances et d'interdits réducteurs. Afin d'adapter le langage juridique au langage sociologique- nouvellement modifié par les révolutions idéologiques retracées précédemment- les législateurs français et canadiens ont modifié les mots permettant de qualifier les violences sexuelles afin de s'adapter aux maux nouvellement identifiés et effectivement subis par les victimes et la société dans son ensemble. Ces maux varient et s'accroissent en fonction des périodes, des régions et des évolutions sociétales, le travail de définition est ainsi perpétuel et quotidien ; preuves en sont les modifications législatives fréquentes, entreprises dans les deux pays afin de répondre au mieux aux réalités sociales des violences sexuelles.

Afin d'appréhender dans sa globalité ce changement de cap, il est pertinent d'analyser les définitions en théorie (1), avant d'analyser leur mise en œuvre dans la pratique judiciaire (2).

1) Les nouvelles incriminations en théorie

136. Définition internationale. Dans une finalité analytique, il semble pertinent d'analyser la définition internationale des violences sexuelles retenues, avant de s'attarder sur les définitions nationales. Cette définition internationale fait preuve de deux caractéristiques communes à toutes les définitions : l'absence de consentement de la victime et la coercition. L'Organisation mondiale de la santé en 2010 énonce que « *les violences sexuelles, c'est tout acte sexuel, tentative pour obtenir un acte sexuel, commentaires ou avances de nature sexuelle ou acte visant un trafic ou dirigé contre la sexualité d'une personne, utilisant la coercition, commis par une personne indépendamment de sa relation avec la victime, dans tous les contextes, y compris, mais sans s'y limiter, le foyer et le travail.* »³¹⁶ Pour l'essentiel, les définitions canadiennes et françaises sont conformes à cette définition. Cependant, au Canada le harcèlement sexuel n'étant pas une infraction, les commentaires de nature sexuelle n'entrent

³¹⁶ OMS, « La violence sexuelle- Comprendre et lutter contre la violence à l'égard des femmes », Organisation mondiale de la Santé, 2012, p. 2.

pas dans la conception canadienne des violences sexuelles. Le harcèlement sexuel est visé par différentes politiques et chartes³¹⁷, notamment en milieu de travail, mais cela ne fait pas partie du droit criminel et relève de la compétence du tribunal civil.

137. Définitions nationales. La France comme le Canada est venue inscrire une définition générale de l'agression sexuelle au sein de son code pénal. En effet, l'article 222-22 du Code pénal dispose : « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.* » Cet article constitue l'incrimination de principe des agressions sexuelles physiques, il englobe le viol (Art. 222-23 et s.) et les agressions sexuelles autres que le viol (Art. 222-27 et s.).

138. Une définition canadienne générique. Une définition spécifique aux agressions sexuelles est absente du *Code criminel* canadien, celui-ci définit l'agression sexuelle comme une catégorie de voie de fait dans son article 265(1) et (2) de la façon suivante : « (1) *Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :* a) *d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement; b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein; c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie. Application-* (2) *Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.* » Cet

³¹⁷ Article 15 *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982), R.-U., ch. 11 ; articles 10, 10.1 et 46 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, 1975.

article du *Code criminel* énonce en son alinéa 1) a) un *modus operandi* similaire à la contrainte, et en son alinéa 1) b) un moyen similaire à la menace.

139. Des définitions françaises spécifiques. En France, l'alinéa 1 de l'article 222-22 du Code pénal énonce les bases communes valables tant pour le viol que pour les autres agressions sexuelles. La seule chose qui différencie les deux catégories d'agressions sexuelles étant la matérialité de l'acte, à savoir un acte de pénétration qui permettra de qualifier le viol qui est un crime en droit français ; *a contrario*, sans acte de pénétration, on retiendra la qualification d'agression sexuelle autre que le viol qui constitue un délit.

140. Définition du viol. Le viol est inscrit à l'article 222-23 du Code pénal, cet article dispose : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle.* »

141. Une incrimination ancienne. Le viol était déjà incriminé dans le Code pénal de 1810. Napoléon prévoyait la répression de ce crime, il avait cependant omis de le définir. En l'absence de définition légale du viol, la Cour de cassation a tenté de préciser les contours de l'infraction lors de son arrêt Dubas, en date du 25 juin 1857³¹⁸. Cet arrêt a introduit les éléments de contrainte et de surprise comme éléments constitutifs du viol. En l'espèce, un homme s'était introduit dans le lit d'une femme qui pensait qu'il s'agissait de son mari. Elle s'est rendu compte après le rapport sexuel qu'elle avait été trompée sur l'identité de son partenaire. Le viol par surprise est alors consacré. La Cour de cassation prend par ailleurs une position de principe : « *le crime de viol consiste dans le fait d'abuser une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action* ».

142. Une définition initialement restrictive. La doctrine en donnait toutefois une définition très restrictive, « *le fait de connaître charnellement une femme sans la participation de sa volonté.* »³¹⁹ Pour la jurisprudence, c'était le fait pour un homme d'avoir des relations

³¹⁸ Arrêt Dubas, Bull. crim. no 240 ; S. 1857. 1. 711.

³¹⁹ René GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1913, p. 469, par. 2083.

illégitimes avec une femme contre la volonté de celle-ci, que le défaut de consentement résulte de la violence physique, morale, de tout moyen de contrainte ou de surprise employée par l'auteur des faits. Cette définition contrairement à celle de l'article 222-23 du nouveau Code pénal restreint le viol à l'action d'un homme sur une femme. Le Canada a connu une évolution des notions similaire. L'article 222-23 contient désormais une définition relativement précise de la notion du viol permettant une clarté et une prévisibilité du droit concernant le régime juridique de cette infraction.

143. Les agressions sexuelles autres que le viol. Dans la logique française, les agressions sexuelles physiques ne sont pas répertoriées en trois catégories à l'instar du Canada, mais en deux catégories. Celles-ci sont le viol et les agressions sexuelles autres que le viol, prévues aux articles 222-27 et suivant du Code pénal. À l'image de la femme qui est définie comme « l'Autre » par rapport à l'homme ; les agressions sexuelles autres que le viol sont définies de façon négative par rapport au viol. Ainsi, tout contact physique de nature sexuelle qui n'est pas une pénétration rentrera dans cette catégorie. La seule différence entre le viol et les autres agressions sexuelles tient à leur résultat³²⁰. Le résultat de ces dernières peut être exposé de façon positive. Il doit s'agir d'une atteinte sexuelle physique³²¹, commise sur autrui, entendu comme une personne humaine et vivante³²².

144. La terminologie au Québec Au Québec, les violences sexuelles nommées agressions à caractères sexuels (ACS), sont définies dans les orientations gouvernementales publiées en 2001³²³. Selon un rapport, le terme d'agression sexuelle désigne toutes les activités sexuelles non désirées, incluant les attaques de nature sexuelle et les contacts sexuels³²⁴. La définition politique est très inclusive et perçoit l'agression sexuelle comme *un geste à caractère sexuel, avec ou sans contact physique, commis par un individu sans le consentement de la personne visée ou, dans certains cas, notamment dans celui des enfants, par une manipulation affective ou par du chantage. Il s'agit d'un acte visant à assujettir une autre personne à ses propres désirs par un abus de pouvoir, par l'utilisation de la force ou de la contrainte, ou sous la*

³²⁰ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 190, par. 342.

³²¹ P. CONTE, préc., note 13, p.171, par. 248.

³²² Id. p.172-173, par. 251 ; V. MALABAT, préc., note 320, pp. 190-191, par. 344-348.

³²³ Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale. *Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001.

³²⁴ S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 115, p. 7.

menace implicite ou explicite ; on perçoit dans la terminologie utilisée une similarité avec celle utilisée par le législateur français. Une agression sexuelle porte atteinte aux droits fondamentaux, notamment à l'intégrité physique et psychologique, et à la sécurité de la personne³²⁵. Cette définition est plus large qu'en France, elle revêt une différence principale quant à l'absence de consentement. Celui-ci, à la différence de la logique française, n'a pas besoin pour être constitué d'un acte positif de l'auteur de l'agression.

145. Une définition applicable à tous. La définition politique retenue par le Québec de l'agression sexuelle s'applique peu importe l'âge, le sexe, la culture, l'origine, l'état civil, la religion et l'orientation sexuelle de la victime ou de l'agresseur sexuel ; le type de geste à caractère sexuel posé ; le lieu où le milieu de vie dans lequel le geste à caractère sexuel a été fait ; et les liens qui existent entre la victime et l'agresseur sexuel. Il en est de même en France.

146. Des incriminations aux modalités similaires. Dans un sens légal, au Canada, une agression sexuelle est une forme de voie de fait. Le *Code criminel*, de la même façon que le Code pénal, fait des distinctions en fonction de l'âge de la victime et prévoit des infractions spécifiques pour les agressions sexuelles commises sur des mineurs. Comme dans le cas français, l'agression sexuelle afin d'être qualifiée doit revêtir trois conditions³²⁶: l'emploi de la « force »³²⁷ contre une personne, dans un contexte sexuel³²⁸, et sans le consentement de la victime.

³²⁵ Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale. Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001, p. 22.

³²⁶ Tiré de la section « L'agression sexuelle » du site d'Éducaloi : www.educaloi.qc.ca/loi/contrevenants_et_accuses/397.

³²⁷ Institut national de santé publique, Québec, section « Trousse média sur les agressions sexuelles », <https://www.inspq.qc.ca/agression-sexuelle/les-agressions-sexuelles-de-quoi-parle-t-on>, « L'utilisation de la force n'implique pas nécessairement l'usage de violence physique ou de contrainte. Dès qu'une personne touche ou menace de toucher une autre personne, il s'agit d'emploi de la force. » ; R. c. *Alceus* (2000), 40 C.R. (5th) 322, 151 C.C.C. (3d) 91, (1999) J.Q. n°5378 (C.A.) ; R. c. *Bernier*, (1997) R.J.Q. 2404, 119 C.C.C. (3d) 467 (C.A.) : « L'agression sexuelle ne se limite pas aux situations où la victime a été l'objet d'un acte de violence. »

³²⁸ Institut national de santé publique, Québec, section « Trousse média sur les agressions sexuelles », <https://www.inspq.qc.ca/agression-sexuelle/les-agressions-sexuelles-de-quoi-parle-t-on>, « Un contexte sexuel est considéré lorsqu'un préjudice a été porté à l'intégrité sexuelle de la victime. La nature sexuelle d'une voie de fait est déterminée selon l'ensemble des circonstances qui l'entourent et peuvent être considérées de nature sexuelle selon la ou les parties du corps qui ont été touchée(s), les paroles échangées, les gestes commis, ainsi que l'intention de l'agresseur. L'intention de l'agresseur n'est toutefois pas toujours un bon indice pour déterminer la présence d'un contexte sexuel, notamment parce qu'un toucher aux parties sexuelles est un geste sexuel de par sa nature, peu importe l'intention de la personne qui l'a commis (à l'exception des situations de soins ou dans un contexte médical). »

147. Structure unique ou triptyque ? Tous les gestes ou formes d'agressions sexuelles sont criminels. En France, à l'inverse du Canada il existe une classification des infractions en trois catégories : les crimes, les délits et les contraventions. Concernant les infractions sexuelles, le droit français distingue le crime sexuel à savoir le viol des délits sexuels renvoyant aux infractions sexuelles sans pénétration. Au Canada, cette stricte classification n'existe pas réellement, ainsi la majorité des violences à caractère sexuel sera considérée et punie comme un crime, de façon plus sévère qu'en droit français. Une nuance est à apporter concernant les agressions sexuelles simples qui ont un statut hybride, et pourront alors être poursuivies soit par voie de mise en accusation, soit par voie sommaire ; cette distinction a des conséquences importantes sur le délai de prescription.

2) Les nouvelles incriminations en pratique

148. Neutralité de la norme. Les nouvelles incriminations, tant au regard de leur dénomination que de leur contenu font preuve d'une certaine neutralité. Cette neutralité est double. Les incriminations sont neutres par rapport aux mœurs, toute référence à la moralité ayant été supprimée. Elles sont également neutres au regard de leur champ d'application, elles visent tant les hommes que les femmes qui peuvent être considérés à la fois comme des auteurs potentiels mais également comme des victimes³²⁹.

La réforme de 1983 au Canada visait à formuler la loi en termes neutres afin de permettre de porter des accusations aussi bien contre des femmes que contre des hommes en conformité avec les dispositions de la Charte garantissant l'égalité des sexes³³⁰, et ainsi élargir le spectre de protection de la norme. Les réformes françaises visaient également ce résultat ; toute référence au sexe de l'auteur ou de la victime n'apparaissant plus dans les nouvelles qualifications. En est-il ainsi en pratique ? L'accroissement du champ d'application des normes relatives aux infractions sexuelles s'illustre par la neutralité de la nouvelle terminologie utilisée, et cela dans les deux pays. L'objectivité des termes vise à accroître le nombre d'individus pouvant être auteur et victime de telles agressions. Désormais un homme peut être victime d'une infraction

³²⁹ Rapport MASSET, n°1400, AN, Session 1979-1980 ; les travaux préparatoires démontrent que les parlementaires voulaient élargir l'incrimination de viol et mettre fin à la conception initialement restrictive qui n'envisageait la répression des viols uniquement lorsque la victime était une femme.

³³⁰ Christine BOYLE, « Sexual assault and the feminist judge », (1985- 86) 1 *Can. J. Women & L.* 93.

sexuelle, et une femme l'auteur. Cette neutralité de la terminologie permet en théorie une égalité de traitement entre les hommes et les femmes, ceci en instaurant une indifférence au sexe des protagonistes. Cette égalité dans la possibilité pour les femmes et les hommes d'être tant victime qu'auteur de violences sexuelles a été accrue en droit pénal français grâce à la réforme du 3 août 2018 qui est venue étendre la définition du viol³³¹.

En bref, la neutralité des normes permet un accroissement du champ d'application des violences sexuelles, tout en soulignant une nouvelle fois la rupture avec la morale. Cette neutralité traduit l'évolution des mentalités.

149. Évolution constante de la notion. En pratique, la notion d'agression sexuelle est par nature perfectible, et par conséquent évolutive. Cette évolution constante du droit dans le domaine des agressions sexuelles interroge quant au respect de certains principes fondamentaux de justice telle que la prévisibilité du droit ou encore la sécurité juridique. En revanche, l'évolution constante du droit par les décisions des tribunaux dans les systèmes de *Common Law* permet une adaptation continue du droit aux changements de comportements, aux évolutions sociales ; le droit dans des systèmes comme cela serait peut-être davantage capable de répondre aux besoins des individus, et faire preuve davantage d'effectivité. Cette évolution jurisprudentielle se retrouve également en France, associée à des modifications législatives fréquentes et conséquentes. En résumé, il ne semble pas exister un système qui surpasse l'autre sur ce point puisque les deux pays, selon leur propre mécanisme, tentent de s'adapter le mieux possible à la réalité des violences sexuelles.

150. Conséquences. Ces modifications législatives ayant pour objet tant la valeur protégée par les incriminations que la définition des agressions sexuelles ont théoriquement permis un élargissement du rayonnement de la norme, ainsi que de son effectivité ; ceci en permettant à un plus grand nombre de victimes d'obtenir justice. Cependant, cet investissement législatif canadien et français est également vecteur de flou quant à la qualification à retenir. Cette confusion a conduit les législateurs à venir préciser les éléments constitutifs des agressions sexuelles.

³³¹ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, art. 2 ; Code pénal, art. 222-23.

Section 2 : Une précision des éléments constitutifs des agressions sexuelles

151. Nécessité de précision. Le changement de mentalité ainsi que l'éveil des sociétés envers les violences sexuelles et leurs victimes ont permis d'avoir une connaissance très détaillée du contenu de ces violences ainsi que de leurs tenants et aboutissants. Cette connaissance détaillée sur un plan théorique s'est accompagnée d'une connaissance approfondie sur un plan pratique également. Cette double expertise a engendré de la part des législateurs tant français que canadiens une hiérarchisation des faits ainsi qu'une pénalisation d'actes nouveaux.

Afin de clarifier les normes dans le domaine des infractions sexuelles pour que celles-ci puissent produire tous leurs effets et respecter les principes fondamentaux du droit pénal, les législateurs canadien et français ont multiplié les actes pouvant être qualifiés d'infractions sexuelles (I) ; ils sont également venus préciser la notion de consentement, l'élément central de ces violences (II).

I. UN ACCROISSEMENT DES ACTES CONSTITUTIFS DES INFRACTIONS SEXUELLES

152. Un renouvellement des éléments constitutifs. La nécessité d'élargir le champ d'application des infractions sexuelles a entraîné un accroissement des actes pouvant les caractériser. Les législateurs français et canadien ont pris conscience de cette exigence, la loi et la jurisprudence de ces deux pays sont ainsi venues ajouter de nouveaux actes permettant de constituer une infraction sexuelle. L'étude de la pluralité des actes pouvant constituer des infractions sexuelles (A) est indissociable d'une analyse parallèle de l'élément moral exigé dans ces infractions (B).

A. Un élargissement de l'élément matériel

153. Un élargissement évident. La nouvelle façon de conceptualiser les violences sexuelles dans les deux pays, en rupture avec toute vision morale ou religieuse de la sexualité, a permis de façon logique et conséquente un accroissement des actes pouvant entrer dans le

champ d'application des agressions sexuelles. Cette vision étendue de l'acte (1), s'accompagne d'un renouvellement extensif de son caractère sexuel (2). Les législateurs ainsi que les juges ont fait un long travail de définition du terme « sexuel » dans les infractions sexuelles afin d'adapter cette notion à la réalité des pratiques. Cette corrélation entre la définition des éléments constitutifs des infractions sexuelles et la pratique des individus, a permis un élargissement conséquent du champ d'application de la norme en la matière.

1) Le comportement incriminé : un acte physique

154. Élargissement du comportement incriminé. La réforme de 1980 en France redéfinit les infractions sexuelles en adoptant une vision extensive du viol³³². Cette interprétation étirée s'illustre par un élargissement de l'élément matériel constitutif du viol. La notion de pénétration sexuelle est renouvelée et permet ainsi d'augmenter considérablement les situations pouvant être qualifiées de viol. À l'inverse au Canada, la notion de viol est abolie par la réforme de 1983. Cette suppression a également permis un élargissement de l'élément matériel des infractions sexuelles. Un constat peut être dressé, la forme de l'évolution des deux pays est différente, mais la finalité et le résultat sont similaires.

155. Le viol. L'article 222-23³³³ du Code pénal français dispose que le viol pour être constitué nécessite un acte de pénétration ou tout acte bucco-génital. Tout acte de pénétration ne permettait pas initialement de qualifier le viol. Cet acte doit revêtir des caractéristiques spécifiques, notamment un caractère sexuel. Dans le Code de 1810, était seulement pris en compte la pénétration vaginale par le pénis, les autres actes de pénétration constituaient le crime d'attentat à la pudeur. Le Code de 1994 élargit le champ d'application de l'incrimination. Il doit s'agir d'un acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte, menace ou surprise. Il ressort de cette formulation que c'est la victime qui doit être pénétré et non pas l'auteur³³⁴. Cette interprétation restrictive de l'acte de

³³² Y. MAYAUD, préc., note 261, p. 817 ; Cette vision a été davantage étendue depuis la loi du 3 août 2018, et *a fortiori* par la loi du 21 avril 2021.

³³³ Code pénal, Article 222-23, Modifié par LOI n°2021-478 du 21 avril 2021 - art. 9 : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol ».

³³⁴ Cass. Crim., 21 octobre 1998, Bull. Crim. N°274.

pénétration devant être pratiqué sur la personne d'autrui n'a pas toujours existé dans la pratique des tribunaux français. En effet, les juges se sont appuyés sur la formule extensive « *de quelque nature qu'il soit* » afin de qualifier de viol tout acte de fellation dès lors qu'il était imposé à celui qui le subit ou bien qui le pratique³³⁵. De cette interprétation, il est alors possible d'envisager la situation dans laquelle l'agresseur serait pénétré par la victime, ainsi une femme imposant des relations sexuelles à un homme commettrait un viol. La jurisprudence a estimé que cette extension allait à l'encontre de la lettre de l'article et plus précisément était contraire à l'expression « *commis sur la personne d'autrui* ». La Chambre criminelle est ainsi revenue à une conception rigoureuse du viol, elle a affirmé et confirmé que ce crime se limitait à la seule situation dans laquelle l'acte de pénétration était commis par l'auteur sur la victime³³⁶. Cette conception puriste a été abolie très récemment par la *Loi renforçant la lutte contre les violences sexistes* en date du 3 août 2018³³⁷. En effet, l'article 222-23 dans sa nouvelle rédaction issue de la loi du 3 août 2018 parle de tout acte de pénétration commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur. Cette nouvelle conception admet le viol, lorsqu'une femme force un homme à la pénétrer ou lorsqu'elle lui impose une fellation. Cette vision est en parfaite adéquation avec la volonté de neutralité ainsi que d'accroissement du spectre de protection des normes relatives aux infractions sexuelles. En revanche, cette modification crée un flou et *a fortiori* une certaine inégalité entre l'homme et la femme. Si la fellation forcée entre dans le champ d'application du viol, cela ne semble pas être une évidence pour le cas du cunnilingus forcé. En effet, cet acte ne suppose pas toujours une pénétration, et dans les cas où une pénétration est bien présente, la question de la preuve devient une limite. Pourtant, dans les pratiques sexuelles, ces deux actes ont la même importance. La dernière réforme en date du 21 avril 2021 met fin à cette limite en intégrant dans la définition du viol « *tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur.* »

156. Un renouvellement qui rapproche. Cette modification rapproche davantage le système français du système canadien. En effet, au Canada, que la victime pénètre ou soit pénétrée, son auteur sera puni de la même façon puisque ce qui est pris en considération au Canada se sont les conséquences de l'acte sur la victime, découlant de l'absence de consentement.

³³⁵ Cass. Crim. 16 déc. 1997 : Bull. n°429 ; JCP 1998, II, 10074, note D. Mayer ; Yves MAYAUD, « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation *contra legem*... et *contra rationem*, », (1998) *Dalloz* 212.

³³⁶ Cass. Crim., 21 oct. 1998 : Bull. n°274 ; D. 1999, p. 75, note Y. Mayaud ; JCP 1998, II, 10215, note D. Mayer.

³³⁷ Loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, Loi n° 2018-703 du 3 août 2018, parue au JO n°0179 du 5 août 2018.

157. Les actes incriminés au Canada. La suppression du viol par la réforme de 1983 a permis d'accroître considérablement le nombre d'actes pouvant être qualifiés d'agression à caractère sexuel ; ceci en supprimant comme acte référent l'acte de pénétration, la liste des possibles devenant ainsi illimitée. Les nouvelles incriminations prévoient une très grande variété d'actes³³⁸, catégorisés en fonction du niveau de violence exercée par l'auteur ainsi que les conséquences de ces actes sur la victime. De fait, la **catégorisation inclusive** choisie par le Canada permet d'englober un plus grand nombre d'actes, de façon opposée à la **catégorisation exclusive** voulu par le législateur français.

À la différence du Code pénal français concernant le viol, le *Code criminel* ne donne aucun indice au sujet des éléments constitutifs des agressions à caractère sexuel³³⁹. Pour tenter d'appréhender le comportement visé, il convient de se référer à la voie de fait définie à l'article 265(1) du *Code criminel*. Ainsi le comportement incriminé consiste en l'emploi de la force de façon intentionnelle ; la tentative ou la menace de cet emploi ; ou le fait de porter ostensiblement une arme ou une imitation, mendiant, abordant ou importunant³⁴⁰, directement ou indirectement autrui, sans son consentement³⁴¹. La spécificité de l'acte dans les agressions sexuelles tenant à son caractère sexuel, dont l'acception est moins claire.

158. Une imprécision commune. La précision du législateur français ne vaut que pour l'incrimination de viol. Concernant les agressions sexuelles autre que le viol, la largesse du comportement incriminé est similaire à celle des incriminations canadiennes. Le seul indice qui existe, étant que l'agression sexuelle autre que le viol exclut tout acte de de pénétration. La difficulté à appréhender avec précision le qualificatif « sexuel » demeure dans les deux pays.

2) Le comportement incriminé : un acte physique de nature sexuelle

³³⁸ Québec (Province), dir. Les agressions sexuelles : STOP, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 20.

³³⁹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 44.

³⁴⁰ Id., p. 46, cette dernière série d'actes n'intéressant pas vraiment notre propos.

³⁴¹ *R. c. Ewanhuck*, [1991] 1 R.C.S. 330, par. 24 : « L'infraction consiste en des voies de fait visées par l'une ou par l'autre des définitions du par. 265(1) du Code, et qui sont commises dans des circonstances de nature sexuelle telles qu'il y a atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime ».

159. Le caractère sexuel. Dans les deux pays, l'infraction sexuelle est définie comme un acte à caractère sexuel. Sur le plan terminologique, la signification de la notion d'agression est connue de tous, cependant le terme « *sexuel* » n'est défini dans aucune norme, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de le préciser³⁴². Cette notion reste floue, plusieurs termes synonymes sont utilisés en jurisprudence et en doctrine. Que faut-il entendre par « *sexuel* » ? L'absence de définition entraîne des difficultés relatives à la stabilité et à la prévisibilité du droit³⁴³.

160. Un travail jurisprudentiel de définition. L'élargissement par la pratique du qualificatif « sexuel » a permis d'accroître le spectre répressif et protecteur de la norme pénale en la matière. Il y a eu une évolution considérable au Canada depuis l'arrêt *Chase* qui était très restrictif. En effet, la Cour d'appel a exprimé l'opinion que le qualificatif « sexuelle » dans la nouvelle infraction devrait être interprété comme visant des parties du corps, exclusivement les parties génitales³⁴⁴. Cet arrêt a été renversé par la Cour suprême du Canada³⁴⁵. Cette dernière a indiqué que l'agression sexuelle est une agression qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle, de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Le critère d'appréciation est ici objectif³⁴⁶. La question à se poser est désormais la suivante : « *Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel*

³⁴² Québec (Province), dir. Les agressions sexuelles : STOP, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 30 ; *R. c. V. (K.B.)*, [1993] 2 R.C.S. 857, 82 C.C.C. (3d) 97- « L'agression sexuelle est une agression qui est commise dans des circonstances de nature sexuelle ou de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime. Un critère objectif doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée est de nature sexuelle. L'intention ou le mobile de la personne qui commet l'acte sont des facteurs à considérer et leur importance varie en fonction des circonstances de chaque affaire. Les autres facteurs à considérer sont : (i) la partie du corps touché ; (ii) la nature du contact ; (iii) la situation dans laquelle cela s'est produit ; (iv) les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte ; (v) toutes les autres circonstances entourant la conduite y compris les menaces ou l'emploi de la force. Le geste d'un père posé à l'égard de son fils de lui avoir empoigné les parties génitales, même si le père a posé ce geste pour discipliner son enfant et en l'absence de preuve qu'il en a retiré un plaisir sexuel, constitue une agression sexuelle car il y a eu atteinte à l'intégrité sexuelle de l'enfant. » ; *R. c. Mastronardi*, 2014 BCCA 302 : « La partie du corps ayant fait l'objet d'un attouchement non consensuel détermine véritablement le caractère sexuel de l'agression. Le vagin est un organe sexuel. Un soi-disant examen gynécologique exécuté par un accusé qui n'est pas médecin, en l'absence de consentement à un attouchement génital de la part de la victime, porte nécessairement atteinte à l'intégrité sexuelle de cette dernière et constitue une agression sexuelle. »

³⁴³ Julian ROBERTS, *La loi sur les agressions sexuelles au Canada- Une évaluation. Modèles de détermination de la peine dans les affaires d'agression sexuelle*, Rapport n°3, Ottawa, Direction des communications et affaires publiques, Ministère de justice, 1990, « Le fait que la loi sur l'agression sexuelle vise une vaste gamme de comportements soulève la possibilité que les comportements, ou les comportements perçus varient peut-être systématiquement selon les juridictions ». pp. 80-81.

³⁴⁴ *R. c. Chase*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 187. Il s'agissait d'un homme qui avait mis ses mains sur les seins d'une jeune fille.

³⁴⁵ *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

³⁴⁶ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 32.

ou charnel de l'agression ? »³⁴⁷ En France, l'évolution est similaire, les zones ainsi que les actes de nature sexuelle se sont multipliés et s'apprécient en fonction du contexte. Ces nouveaux critères d'appréciation ont eu pour conséquence d'accroître les situations pouvant être qualifiées d'infraction sexuelle.

161. Caractère sexuel de la pénétration. En France, la loi n°80-1041 du 23 décembre 1980³⁴⁸ est venue modifier les éléments constitutifs de l'incrimination de viol et a ainsi permis d'étendre le champ d'application de celle-ci. L'acte de pénétration est désormais perçu de façon très large par l'utilisation de la formule « *de quelque nature qu'il soit* ». Il semble ainsi qu'aucune sorte d'acte de pénétration sexuelle ne soit exclue du champ d'application de l'incrimination de viol inscrite à l'article 222-23 du Code pénal français. Cependant, il existe une exigence particulière tenant au caractère sexuel de la pénétration. Cette exigence sera la même concernant les actes constitutifs des agressions sexuelles autres que le viol. Ce caractère sexuel peut être établi de deux façons : soit d'une façon objective par la référence au sexe de l'auteur ou celui de la victime³⁴⁹ ; soit d'une façon subjective par référence au contexte³⁵⁰. Cette référence au contexte sexuel de l'acte quoique source d'incertitude³⁵¹, rapproche la pratique française de la pratique canadienne issue de l'arrêt *Chase*.

Outre la pénétration vaginale, les actes qualifiables de viol sont des actes de pénétration buccale³⁵² ou anale³⁵³. Cet acte de pénétration peut se faire par l'intermédiaire d'un organe sexuel à savoir le pénis dans un orifice sexuel ou non sexuel telle que la bouche, ainsi la fellation est considérée comme un viol si elle est imposée à la victime par violence, contrainte, menace, ou surprise³⁵⁴; ou d'un objet dans un orifice sexuel³⁵⁵ ou dans un organe non sexuel³⁵⁶. Depuis la

³⁴⁷ R. c. *Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

³⁴⁸ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

³⁴⁹ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 304, p. 149.

³⁵⁰ A. DARSONVILLE, « Viol », (2011-2018) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par. 1^{er}- Une pénétration de nature sexuelle, al. 14 ; Cass. crim., 27 avril 1994, no 94-80.547, Bull. crim. no 157 ; Dr. pénal 1994. Comm. 180, obs. Véron ; Cass. crim., 6 décembre 1995, no 95-84.881, Bull. crim. no 372 ; RSC 1996. 374, obs. Mayaud ; Dr. pénal 1996. Comm. 101, obs. Véron

³⁵¹ A. DARSONVILLE, Id., par. 1^{er}- Une pénétration de nature sexuelle, al. 15

³⁵² Crim. 22 févr. 1984, no 83-95.053, Bull. crim. no 71 ; D. 1984. IR 228 ; RSC 1984. 743, obs. Levasseur.

³⁵³ Crim. 24 juin 1987, no 86-96.712, Bull. crim. no 265 ; RSC 1988. 302, obs. Levasseur.

³⁵⁴ Cass. Crim. 21 févr. 2007 : Bull. n°61, la Chambre criminelle a ici écarté la qualification de viol à l'encontre d'un médecin ayant introduit dans la bouche de patientes un objet de forme phallique recouvert d'un préservatif, au motif qu'une fellation pour être constitutive d'un viol implique « *une pénétration par l'organe sexuel masculin et non un objet le représentant* ».

³⁵⁵ Cass. Crim. 5 sept. 1990, no 90-83.786, Bull. crim. no 313 ; D. 1991. 13, note Angevin ; JCP 1991. II. 21629, note Rassat ; RSC 1991. 348, obs. Levasseur

³⁵⁶ A. DARSONVILLE, préc., note 350, par. 1^{er}- Une pénétration de nature sexuelle, al. 12.

réforme du 21 avril 2021 tout acte bucco-génital imposé à la victime sur elle ou sur l'auteur est désormais expressément considéré comme un viol.

162. L'ultime indice permettant de qualifier le caractère sexuel de l'acte. Le développement précédent a permis de mettre en lumière le comportement incriminé par les infractions d'agressions sexuelles dans les deux pays. Pour résumer, il faut un attouchement, soit entendu très largement, soit entendu de façon plus restrictive en rapport avec un acte de pénétration. Cet attouchement doit être de nature sexuel. Ce caractère sexuel a fait l'objet de nombreuses précisions par les juges canadiens et français. En bref, le caractère sexuel de l'acte se déduit des zones touchées, du contexte dans lequel l'acte se déroule, mais également au regard de l'**intention** de l'auteur de l'acte.

B. L'élément moral au service de cet élargissement

163. Élément moral. L'élément moral ou la *mens rea* est indispensable à la qualification d'une infraction, il constitue le miroir de l'élément matériel ou autrement dénommé *actus reus*. Il ne peut y avoir d'agression sexuelle si l'auteur de l'acte n'avait pas l'intention de la commettre. Ce principe général est le même dans les deux pays. S'agissant spécifiquement de l'élément moral des infractions sexuelles, celui-ci n'est pas identique dans toutes ses composantes.

164. Un contenu distinct. L'élément moral au Canada n'exige que l'intention de l'acte tandis qu'en France l'intention de l'acte est évidemment requise avec une exigence supplémentaire concernant l'intention sexuelle chez l'auteur des faits. Le Canada est sur ce point singulier puisqu'en principe la *mens rea* est similaire en tous ses éléments à l'*actus reus*, comme en France. Tel qu'observé précédemment l'élément matériel des agressions sexuelles se divise en trois composantes à savoir un acte que l'on pourrait qualifier d'agression³⁵⁷, la nature sexuelle de cet acte et l'absence de consentement. L'élément moral inclut ainsi la volonté d'un acte, avec la conscience de son caractère sexuel en connaissance de l'absence du consentement de la victime. L'élément moral est composé de tous ces éléments en France, mais

³⁵⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 95.

tel n'est pas le cas au Canada où l'intention sexuelle n'est pas nécessaire à la qualification de l'infraction. Cette absence semble logique au regard du fait qu'au Canada l'agression sexuelle est une sorte de voie de fait ; les réformes sont venues souligner son caractère violent. La Cour suprême est venue affirmer ce principe en énonçant que « *la nature sexuelle de l'agression est déterminée objectivement ; le ministère public n'a pas besoin de prouver que l'accusé avait quelque mens rea pour ce qui est de la nature sexuelle de son comportement.* »³⁵⁸ Cette conception diverge de la position française. Elle semble cependant élargir le champ d'application des infractions sexuelles en dehors de toute intention sexuelle chez l'auteur. On pourrait voir une entorse au principe généralement admis régissant l'élément moral. Cependant, de nombreux auteurs estiment que l'élément moral porte sur les faits et non pas sur la qualification juridique. Il est par conséquent inutile de prouver que l'agresseur connaissait le caractère sexuel de son comportement³⁵⁹. Dans l'arrêt *Ewanhuck*, la Cour suprême énonce que « *la mens rea de l'agression sexuelle comporte deux éléments : l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l'insouciance ou l'aveuglement volontaire à cet égard.* »³⁶⁰ Ainsi, l'accusé peut être reconnu coupable d'une infraction sexuelle s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime sans avoir eu l'intention d'y porter atteinte³⁶¹. Cette conception élargit de façon spectaculaire le spectre répressif de ces infractions. À l'inverse, en France l'intention sexuelle de l'auteur de l'attouchement doit être prouvée. Par conséquent, la preuve de l'élément moral de l'auteur d'une infraction sexuelle au Canada ne nécessite que deux éléments à savoir l'intention générale d'agresser, de poser l'acte d'une part ; et la connaissance, l'aveuglement volontaire ou l'insouciance quant à l'absence de communication du consentement ou quant à l'existence d'un vice de consentement, d'autre part.

165. Intention générale ou intention spécifique ? Au Canada, il existe deux types d'intention, à savoir l'intention générale et l'intention spécifique. De la même façon en France il existe le dol général et le dol spécial. Dans les deux pays, les agressions sexuelles nécessitent, afin d'être qualifiées, une intention générale ou dol général. Cependant, au Canada l'intention générale est davantage succincte que le dol général en France. Au Canada, « *l'infraction*

³⁵⁸ R. c. *Ewanhuck*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 25 ; R. c. *Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, 25 C.R. (4th) 137, 86 C.C.C. (3d) 97 ; R. c. *Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293.

³⁵⁹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 96 ; Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 474.

³⁶⁰ R. c. *Ewanhuck*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 42.

³⁶¹ R. c. *V. (K.B.)*, [1993] 2 R.C.S. 857.

d'intention générale est celle pour laquelle l'infraction se rapporte uniquement à l'accomplissement de l'acte en question sans qu'il y ait intention ou dessein. »³⁶² L'infraction d'intention spécifique quant à elle « *se caractérise par la perpétration de l'actus reus assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question.* »³⁶³ Tel est le cas du crime d'attouchement sexuel prévu à l'article 151 du *Code criminel*. Pour cette infraction, le ministère public devra prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé touchait la victime dans un but sexuel. En France, cette preuve est généralisée à toutes les infractions sexuelles. Par conséquent, le fardeau de la preuve concernant l'élément moral d'une agression sexuelle est moins lourd au Canada qu'en France. Cette distinction emporte comme conséquence que s'agissant d'une infraction d'intention générale, la défense d'intoxication volontaire est irrecevable ; cela s'applique donc pour les agressions sexuelles conformément à la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Chase*³⁶⁴. Cette défense n'existe pas en France.

166. Un contenu plus complexe en droit français. En France, l'élément moral des agressions sexuelles constitue un dol général, de façon similaire au Canada ; à la différence qu'en France, dans certaines situations, il est nécessaire d'apporter la preuve de l'intention sexuelle de l'auteur des faits. La preuve de cette intention sexuelle sera nécessaire en cas de concours de qualification ou lorsque l'orifice ou l'organe n'est pas sexuel par nature³⁶⁵. Le texte de référence concernant l'élément moral en droit français est l'article 121-3 du Code pénal selon lequel : « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.* » Le viol étant un crime, et les agressions sexuelles autres que le viol étant des délits, il faudra donc prouver l'intention afin de qualifier l'infraction. Cette première précision étant apportée, il est nécessaire désormais de développer le contenu de l'élément moral de cette infraction en France. L'intention suppose d'accomplir volontairement un acte de pénétration ou d'attouchement sexuel sur autrui en ayant conscience de l'absence de consentement de la victime. Il n'y a donc pas d'agression sexuelle si l'auteur se méprend sur le consentement de la victime. L'auteur doit avoir la conscience de porter atteinte à la liberté sexuelle d'autrui³⁶⁶, cette conscience dépendra pour beaucoup des circonstances de fait entourant l'acte de pénétration ou d'attouchement

³⁶² *R. c. Bernard*, [1998] 2 R.C.S. 833, 863.

³⁶³ *R. c. Bernard*, [1998] 2 R.C.S. 833, 863.

³⁶⁴ *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 3; *Code criminel*, art. 33-1.

³⁶⁵ Cass. Crim., 9 décembre 1993, n°93-81.044, Bull. crim. n°383 ; Cass. Crim., 6 décembre 1995, n°95-84.881, Bull. crim. n°372.

³⁶⁶ Cass. Crim., 16 décembre 2015, n°14-87.999.

sexuel. Cette intention d'accomplir un acte de nature sexuelle allant à l'encontre de la volonté de la victime suffit à qualifier l'élément moral sans qu'il y ait besoin d'un mobile, tout mobile étant indifférent ; celui-ci peut tout de même faciliter la preuve de l'intention de l'auteur de porter atteinte à la liberté sexuelle de la victime³⁶⁷.

167. La fonction de l'élément moral. L'élément moral a pour effet premier de qualifier l'infraction. Il a également pour conséquence- cette dernière nous intéresse plus particulièrement- de venir préciser le caractère sexuel de l'acte commis.

168. Bilan. Les législateurs ainsi que les juges canadiens et français ont accompli un long et quotidien travail de précision et de définition des éléments constitutifs des agressions sexuelles. Pour autant, tous les éléments constitutifs de ces infractions ne sont pas encore très clairs ; tel est le cas de la notion de consentement, à laquelle il convient d'accorder un long développement.

II. UN RENOUVELLEMENT DE LA NOTION DE CONSENTEMENT COMME ELEMENT CONSTITUTIF DES INFRACTIONS SEXUELLES

169. Contextualisation. La notion de consentement constitue l'élément central des infractions sexuelles. Malgré cette omniprésence, le terme n'est pas aisé à appréhender. Si dans son sens commun, connu de tous, le mot consentement signifie « *donner son accord* » ; son sens juridique ainsi que son application en droit pénal demeurent flous³⁶⁸. La clarté de la notion en droit civil ne semble pas s'être propagée à la matière pénale. Afin d'apporter de la lumière dans les ténèbres du consentement, notion clé des infractions sexuelles ; il convient de tenter de définir la notion dans les deux systèmes (A), avant de s'attarder sur sa mise en œuvre évolutive par les juges français et canadiens (B).

³⁶⁷ P. CONTE, préc., note 13, p. 174 ; Voir CA Chambéry, 9 janvier 2008 : JCP G 2008, IV, 1684, Contra Cass. Crim., 14 janvier 1826 : Bull.crim., 1826 n°17.

³⁶⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, 16^{ème} éd., 1992, n°26, « On n'a pas tout dit du consentement quand on a dit qu'il est sympathie et sourire d'un être humain à un autre. Le sourire ne dure pas toujours et les difficultés restent au juriste ».

A. La notion de consentement

170. Une notion centrale. Le consentement occupe une place centrale dans la constitution des infractions sexuelles. Afin de comprendre son importance, il est nécessaire de définir cette notion. Avant cela, il convient de poser une première limite à cet exercice, Il n'existe aucune définition suffisamment large du consentement permettant d'envisager toutes les situations existantes en droit criminel³⁶⁹.

171. Définition. Selon le dictionnaire de la langue française, le consentement signifie « *action de donner son accord à une action, à un projet ; acquiescement, approbation, assentiment* ». En des termes plus juridiques, le consentement c'est **l'acceptation totale et réfléchie**. C'est l'acte libre de la pensée par lequel on s'engage entièrement à accepter ou à accomplir quelque chose. Il n'y a par conséquent pas de consentement sans réflexion, et *a fortiori*, il n'y a pas de consentement sans liberté. La notion de consentement s'inscrit dans une logique contractuelle entre les individus³⁷⁰. Cette conception n'est pas toujours garante des droits fondamentaux des personnes lorsque les individus en présence ne sont pas égaux³⁷¹, tel sera le cas en présence d'une personne vulnérable, handicapée ou d'un mineur. Afin de répondre à cette problématique il existe dans les deux pays des infractions spécifiques ou des circonstances aggravantes.

172. Une responsabilisation de l'auteur. Consentir à une activité sexuelle signifie accepter sans force ni contrainte. Au Canada, la loi exige qu'une personne prenne **toutes les mesures raisonnables** pour s'assurer du consentement de son partenaire³⁷². Cette responsabilité pesant sur l'auteur est absente du droit français.

³⁶⁹ *R. c. Chung* (1940) 74 C.C.C. 250, 3 D.L.R. 533, 3 W.W.R. 79 (C.A. C.-B.) ; Christiane LUSSIER, *Les caractéristiques du consentement de la victime en matière d'infractions contre les personnes : à la recherche d'un équilibre entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public*, Mémoire de maîtrise, Laval, Faculté de droit, Université Laval, 1996, p. 4.

³⁷⁰ Marilyn BALDECK, « Le consentement sexuel et sa (non) traduction juridique », dans « Mon corps m'appartient... du contrôle à l'émancipation », Colloque du 17 novembre 2015, Mission Droits des femmes et égalité de genre, Ville de Strasbourg.

³⁷¹ Id.

³⁷² *Code criminel*, Art. 273.2 b). On note une responsabilisation de l'auteur de l'agression sexuelle au Canada. Cette responsabilisation par le biais des « mesures raisonnables » semble rompre avec tous les préceptes de la « culture du viol » énoncés précédemment.

173. L'enjeu du consentement dans les infractions sexuelles. Le consentement occupe une place primordiale dans la constitution des infractions sexuelles. Plus précisément, le consentement est une frontière permettant de tracer une ligne entre l'acte sexuel désiré, par conséquent légal ; et l'acte sexuel subi donc illégal. L'absence de consentement permet de caractériser en principe l'infraction sexuelle. En effet, au début du 19^e siècle, grâce à l'impulsion de la philosophie des lumières, le consentement devient l'élément qui détermine le moment où l'activité sexuelle est licite³⁷³. Cette importance du consentement dans la constitution d'une infraction est singulière puisque la majorité des infractions pénales est indifférente au consentement de la victime. Cet élément constitutif illustre la singularité des infractions sexuelles en ce qu'elle place la volonté de la victime au centre du régime juridique.

174. L'enjeu du consentement en droit comparé. La question du consentement est tant au centre des réformes, que des différences entre les deux systèmes. En effet, la différence essentielle entre les deux systèmes juridiques réside dans la façon d'analyser l'absence de consentement. Le postulat dans les deux pays est foncièrement différent ; le Canada part du principe que la personne ne consent pas à des rapports sexuels, et ceci même en l'absence d'une quelconque violence. À l'inverse, en France, à la lecture des articles incriminant les agressions sexuelles, on pourrait en déduire que le législateur part du principe que la victime consent³⁷⁴ ; il faudra alors prouver que le consentement de la victime n'est ni valable ni valide, car contraint ou surpris. En effet, l'omniprésence des *modus operandi* utilisés par l'auteur afin d'en déduire l'absence de consentement de la victime semble selon nous fonder sur cette logique, même si le but ultime du législateur était de faciliter la preuve de l'absence de consentement. Cette question est tant une question de fond que de preuve. Il convient de l'étudier dans ce premier chapitre consacré au droit pénal de fond afin de percevoir la différence de conception du consentement dans les deux pays. Les moyens permettant de prouver l'absence ou la présence du consentement feront l'objet du chapitre suivant consacré à la procédure.

175. Une approche opposée. En droit français, il est nécessaire de démontrer l'absence de consentement au moyen d'actes positifs de l'auteur, puisque la définition actuelle des agressions sexuelles semble impliquer une **présomption de consentement** des femmes à

³⁷³ D. BORILLO, préc. note 278, p. 22 et 23.

³⁷⁴ C. LE MAGUERESSE, préc., note 236, pp. 227 et s. ; Béatrice DELZANGLES et Sophie GROSBON, « Qui veut la peau des violences sexuelles ? », (2018) 13 *La revue des droits de l'homme* 1, p. 3.

l'acte sexuel³⁷⁵, qu'il faudra démentir en apportant la preuve de contrainte³⁷⁶, menace, violence ou surprise³⁷⁷. À l'inverse au Canada, il suffit simplement de démontrer l'absence de consentement de la victime sans pour cela se référer au comportement de l'agresseur. Par conséquent, l'appréciation du consentement est réalisée de deux façons distinctes dans ces deux pays. En France, le consentement de la victime sera apprécié de **façon objective**, au regard de l'auteur des faits ; tandis qu'au Canada, l'appréciation du consentement se fera de **façon subjective**, sous l'angle de la victime. À la différence du caractère sexuel des attouchements qui est déterminé au Canada de façon objective, la notion de consentement quant à elle nécessite une analyse subjective qui ne s'attache qu'au seul et unique point de vue de la victime ; on analyse l'état d'esprit réel de la plaignante au moment des faits³⁷⁸. Cette analyse subjective semble être conforme à une prise en considération de la victime dans les infractions sexuelles. La perspective canadienne semble davantage tournée vers la victime que la vision française. En effet, en droit français ce qui est défini c'est le comportement de l'auteur permettant de constater l'absence de consentement de la plaignante. Un problème de logique est ici observable. Les juges qualifient les actes de l'auteur afin de pouvoir constater en arrière-plan l'absence de consentement de la victime. Alors que dans une logique chronologique, c'est parce que la victime n'est pas consentante au départ que l'auteur de l'acte utilise la violence, la contrainte ou la menace³⁷⁹. La surprise quant à elle n'entre pas dans cette logique puisque le consentement est présent mais erroné.

176. Une différence d'attention. Cette différence d'approche démontre une différence d'attention accordée à la notion de consentement dans les deux pays. En effet, il semble que la France accorde une place plus grande au consentement que le Canada en exigeant

³⁷⁵ Cette présomption de consentement était expressément inscrite dans l'article 222-22 du Code pénal issu de la loi du 4 avril 2006 puis abrogée par la loi du 9 juillet 2010. Cet article disposait : « La présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».

³⁷⁶ Précision de la notion de contrainte, *AJ Pénal 2007* p. 181- En matière d'agressions sexuelles, la contrainte et l'abus d'autorité ne sauraient être déduits de sentiments de soumission- Arrêt rendu par Cour de cassation, crim. 21-02-2007- n° 06-88.735 ; La contrainte peut être soit de nature physique ou morale, art. 222-22-1 CP, Créé par LOI n°2010-121 du 8 février 2010 - art. 1, « La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime. »

³⁷⁷ Article 222-22 du Code pénal ; *Cass. Crim.* 17-03-1999, n° 98-83.799 (n° 1969 PF) « Pour être qualifiées d'agressions sexuelles aggravées, les atteintes sexuelles doivent être commises avec violence, contrainte ou surprise ; pour une définition de la notion de surprise ; Recueil Dalloz 2001 p. 1994- Définition de la notion de surprise, élément constitutif de l'agression sexuelle- Arrêt rendu par Cour de cassation, crim.-25-04-2001, n° 00-85.467 (n° 3033 F-P+F) » ; précision sur la notion de surprise, RSC 2001 p. 808- Le défaut de consentement en matière d'agressions sexuelles : précisions et rappels sur les notions de contrainte et de surprise- Crim. 25 avril 2001 (n° 00-85 467, Bull. crim. n° 99). Crim. 10 mai 2001 (n° 00-87 659, Bull. crim. n° 116).

³⁷⁸ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 64.

³⁷⁹M. BALDECK, préc., note 370, p. 25.

davantage de critères permettant d'attester de son absence. L'auteure Catherine Le Magueresse théorise cette différence en avançant l'argument selon lequel le législateur canadien aurait plus de distance vis-à-vis des idées reçues³⁸⁰. Ainsi, la nécessité en droit français de prouver l'absence de consentement par des actes positifs de l'auteur, semble traduire une certaine méfiance envers la femme³⁸¹. Les stéréotypes analysés précédemment semblent avoir un impact sur le régime juridique du consentement en droit français³⁸².

177. Une notion éminemment subjective. La question du consentement dans le domaine des infractions sexuelles est délicate en ce sens où elle instaure une part de subjectivité dans la qualification de l'infraction. En effet, l'état d'esprit d'une autre personne illustré par le consentement ou son absence constitue un élément essentiel qui est pertinent, à l'égard à la fois de l'*actus reus* et de la *mens rea* de l'infraction ; un élément qui, presque invariablement, fait l'objet d'un débat important.

178. Critères d'appréciation de l'absence de consentement. La question du consentement est tant centrale que délicate à traiter dans les infractions sexuelles. Cette notion suscite diverses questions. Le consentement doit-il être entouré de violence pour faire défaut ? Ou peut-il être accordé et pourtant non valable ? Allant à l'encontre d'un souci de clarté, la réponse à ces deux questions pourtant opposées est affirmative. Cette contradiction révèle l'existence d'une **zone grise** entre non consentement et agressions sexuelles³⁸³.

179. Valeurs sous-jacentes. L'absence de consentement de la victime comme élément constitutif direct ou indirect des infractions sexuelles démontre qu'il s'agit d'une infraction protégeant la liberté sexuelle en France, ou protégeant l'intégrité physique, psychologique et sexuelle au Canada ; et non plus la moralité, tel qu'auparavant. Le consentement a une importance singulière dans les violences sexuelles au regard du contexte dans lequel se produisent ces infractions. En effet, les agressions sexuelles ont lieu majoritairement dans un contexte où la victime connaît l'auteur de l'acte infractionnel. Très souvent, ces proches auteurs de l'acte ne nient pas la réalisation de l'acte sexuel, en revanche,

³⁸⁰ C. LE MAGUERESSE, préc., note 236, p. 224 ; Au regard de ce constat il semblerait que le Canada soit moins influencé par les mythes et stéréotypes, analysés dans la section 1 de ce premier chapitre, que la France. Cette influence plus ou moins forte des idées reçues a indéniablement un impact sur la pratique juridique.

³⁸¹ Id., pp. 235-236.

³⁸² Id., p. 225.

³⁸³ Jean-Yves NAU, « Du consentement et de la sexualité », (2011) *Revue Médicale Suisse* 1722, p. 1722.

ils nient l'absence de consentement de la victime. C'est par conséquent la question centrale débattue en Cour dans la plus grande majorité des affaires relatives à une infraction sexuelle³⁸⁴.

180. Une accessibilité distincte à la notion de consentement dans les deux pays.

La France et le Canada ont fait deux choix différents ayant un impact sur la compréhension de la notion, et donc sur son effectivité en pratique. Le premier n'a pas inscrit expressément la notion de consentement dans la définition des infractions sexuelles. Les termes qui traduisent cette notion en France sont la violence, la contrainte, la menace et la surprise. Cependant ces quatre notions ne sont précisément définies nulle part dans le Code pénal. À l'inverse, le *Code criminel* canadien propose une définition du consentement à ses articles 265 (3), 273.1 et 273.2. L'article 273.1 consacre une définition affirmative du consentement, il définit le consentement comme l'accord volontaire et concomitant du plaignant de se livrer à une activité sexuelle. La conduite qui ne comporte pas d'accord volontaire à se livrer à une activité sexuelle ne constitue pas un consentement en droit. Afin de préciser le contenu de cette notion, le paragraphe 273.1(2) énonce des situations spécifiques où il n'y a pas de consentement en droit. Ainsi, il n'y a pas de consentement du plaignant dans les circonstances suivantes : l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers ; le plaignant est inconscient³⁸⁵; il est incapable de le formuler pour tout autre motif que l'inconscience³⁸⁶; l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir ; le plaignant manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité ; après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci.

L'article 273.2 quant à lui limite la portée du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement à l'activité sexuelle en prévoyant qu'il ne peut être invoqué : « a) lorsque la croyance de l'accusé provient : (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire, (iii) soit de l'une des circonstances dans lesquelles il n'y a pas de consentement de la part du plaignant, notamment celles visées aux paragraphes 265(3) ou 273.1(2) »³⁸⁷; ou « b) s'il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement », ou « c) s'il n'y a aucune preuve que l'accord volontaire du plaignant à l'activité a été manifesté de façon explicite par ses paroles ou son comportement ».

³⁸⁴ M. BALDECK, préc., note 370, p. 23.

³⁸⁵ Ajouté par la *Loi modifiant le code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L. C. 2018, c.29, art. 19.

³⁸⁶ Id.

³⁸⁷ Id.

L'article 265(3) du Code criminel énumère les vices du consentement concernant toutes les catégories de voies de fait et donc s'appliquant aux agressions sexuelles. Il est à noter que le droit français n'applique pas les vices du consentement à la matière pénale ; sauf à penser que la notion de surprise permet d'intégrer ces vices à la matière pénale française. Cet article dispose la chose suivante : « *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.* »

181. Différence de conception. À l'inverse, la notion de consentement en France n'est définie dans aucun texte et ceci même pour les infractions qui y font expressément référence, telles que les infractions d'atteintes à la vie privée³⁸⁸. La preuve de son absence se déduit d'actes positifs de l'auteur des faits, à savoir la contrainte, la menace, la surprise et la violence. La définition précise de ces quatre notions ne figure pas dans le Code pénal, elles font cependant l'objet de précisions régulières par les juridictions françaises.

L'appréhension du consentement et plus précisément de son absence est profondément différente d'un pays à l'autre. En France, on s'attache **au comportement de l'auteur des faits** afin de déceler si le consentement de la victime est absent. Au Canada, à l'inverse on s'intéresse **au ressenti de la victime** afin de percevoir si elle a consenti ou non à l'acte sexuel. Cette protection différente du consentement entraîne quelques divergences de régime. Afin de percevoir ces distinctions, il est utile d'exposer les critères du consentement au Canada tels qu'énoncés par l'auteure Julie Desrosiers³⁸⁹.

182. Subjectivité ou objectivité du consentement. Premièrement, selon Julie Desrosiers, le consentement est déterminé de manière subjective, suivant l'état d'esprit de la plaignante au moment des faits³⁹⁰. En France l'absence de consentement est déterminée en fonction des actes positifs commis par l'auteur des faits. Il est intéressant de noter que cette exigence d'actes positifs de la part de l'agresseur a été instaurée afin de faciliter pour la victime la preuve de l'absence de consentement. Ce régime est donc malgré tout et en partie tourné vers la victime, tel qu'au Canada avec l'appréciation subjective du consentement.

³⁸⁸ Code pénal, art. 226-1.

³⁸⁹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, pp. 68-69.

³⁹⁰ Id., p. 68.

183. La force du consentement. Le deuxième et troisième critère concernent la nature du consentement. Au Canada, le consentement est un acte juridique inaliénable³⁹¹, tel est également le cas en France. Il constitue un accord volontaire qui résulte d'un choix libre et éclairé³⁹², cette conception est identique dans les deux pays. À cet égard en France, les différents actes positifs exigés de la part de l'auteur des faits viennent protéger ces deux éléments. La contrainte, la violence et la menace atteignent la liberté du consentement, tandis que la surprise porte atteinte à la lucidité. La surprise n'est pas un élément existant en tant que tel au Canada. Cependant, ce pays a dans son système la théorie des vices du consentement qui, tout comme la surprise en France, vient sanctionner le fait qu'une personne ait donné son accord à un acte sexuel, ce dernier n'étant pas valable en ce que la personne n'a pas consenti de façon éclairée.

184. Une protection accrue de la lucidité du consentement. Le Canada surpasse la France avec la notion de surprise. En effet, par le mécanisme des vices du consentement, le droit canadien protège les personnes incapables à consentir soit à cause de leur âge, de leur vulnérabilité due à un handicap ou encore causé par un état d'intoxication. En France, l'intoxication de la victime n'était en principe pas prise en compte pour qualifier l'absence de consentement de la victime. Cependant, une décision récente de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 11 janvier 2017 se réfère à l'état d'ivresse de la victime comme l'une des causes permettant de retenir l'agression sexuelle par surprise³⁹³. Une nouvelle évolution est à observer avec *la Loi renforçant la lutte contre les agressions sexuelles et sexistes* en date du 3 août 2018. Cette loi crée une nouvelle circonstance aggravante liée à l'état d'intoxication de la victime d'une infraction sexuelle³⁹⁴. Une nouvelle infraction est également créée à l'article 222-30-1 qui incrimine le fait d'intoxiquer une personne afin de commettre à son égard une infraction sexuelle³⁹⁵. Cette nouvelle prise en compte de l'état d'intoxication de

³⁹¹ Id., p. 68.

³⁹² Id., p. 68.

³⁹³ Cass. Crim., 11 janvier 2017, 15-86680 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, et dès lors qu'en l'absence même de toute autre manoeuvre, constitue le délit d'agression sexuelle commise par surprise, prévu par les articles 222-22 et 222-27 du code pénal, le fait de profiter, en connaissance de cause, de l'erreur d'identification commise par une personne pour pratiquer sur elle des gestes à caractère sexuel comportant un contact corporel, la cour d'appel a justifié sa décision ».

³⁹⁴ Code pénal, art. 222-24 al. 15 ; art. 222-28 al. 11 ; art. 222-30, al. 8 : « Lorsqu'une substance a été administrée à la victime, à son insu, afin d'altérer son discernement ou le contrôle de ses actes. »

³⁹⁵ Code pénal, art. 222-30-1 : « Le fait d'administrer à une personne, à son insu, une substance de nature à altérer son discernement ou le contrôle de ses actes afin de commettre à son égard un viol ou une agression sexuelle est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans ou une personne particulièrement vulnérable, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende. »

la victime la mettant dans une situation de particulière vulnérabilité, rapproche davantage le système français du système canadien. Cette évolution réconcilie le droit en théorie avec le monde vécu³⁹⁶.

185. Une protection différée. L'âge et la vulnérabilité sont initialement pris en considération en droit pénal français comme circonstance aggravante et non pas comme élément susceptible d'anéantir le consentement, à la différence du système canadien. Concernant la minorité, il y a en France des infractions spécifiques dénommées les atteintes sexuelles sur mineurs. Cette situation a évolué grâce à la loi du 3 août 2018. Cette loi est venue modifier l'article 222-22-1 du Code pénal sur deux plans. Le législateur a approfondi le texte initial en établissant une véritable présomption de contrainte ou de surprise lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans³⁹⁷. Cette présomption est également renforcée pour tous les mineurs³⁹⁸. Une différence d'intensité est à observer entre ces deux présomptions. Concernant les mineurs de quinze ans, le texte est formulé de façon à créer une automaticité (« *La contrainte morale ou la surprise sont caractérisés par...* ») ; tandis que pour les mineurs en général, le texte est formulé de façon à créer une possibilité, (« *la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de...* »). La loi du 21 avril 2021 est allée plus loin, et a créé quatre incriminations spécifiques pour les mineurs que soit ou non établi l'usage de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise. Désormais l'article 222-23-1 du code pénal incrimine le viol sur mineur de 15 ans par un majeur, avec, sauf en cas de prostitution, une différence d'âge d'au moins cinq ans, tandis que l'article 222-29-2 du même code incrimine l'agression sexuelle dans les mêmes circonstances. Cette nouvelle réforme incrimine désormais à l'article 222-23-2 du code pénal, que soit ou non établi l'usage de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise, le viol incestueux sur mineur par un majeur ayant autorité sur la

³⁹⁶ Il existe un lien important entre la consommation d'alcool et les agressions sexuelles, Voir Nicole PERREAULT, Huguette BÉGIN, Danielle BÉDARD et Isabelle DENONCOURT, « Consommations et agressions sexuelles : évaluation d'une intervention préventive en milieu collégial », 7 (2008), *Drogues, santé et société* 161.

³⁹⁷ Code pénal, art. 222-22-1, al. 3 : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise **sont caractérisées** par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. »

³⁹⁸ Code pénal, art. 222-22-1, al. 2 : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 **peuvent résulter** de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur. »

victime ; l'article 222-29-3 dudit code incrimine quant à lui l'agression sexuelle incestueuse sur mineur par un majeur ayant autorité sur la victime.

186. Une protection globale du consentement. Pour conclure sur ce troisième critère, on observe que la liberté et la lucidité du consentement font l'objet d'une protection renforcée dans les deux pays. Concernant la lucidité, sa protection semble initialement plus large au Canada en ce qu'elle intègre un plus grand nombre de situations et facilite leur caractérisation par la théorie des vices du consentement. Cependant, au regard des réformes successives en France ayant pour objet la création de présomption facilitant la preuve et protégeant davantage le consentement des victimes, il semble que le pays ait rattrapé son retard sur ce point.

187. L'objet du consentement. La quatrième caractéristique du consentement énoncée par Julie Desrosiers indique que le consentement porte sur les gestes sexuels à l'origine du litige³⁹⁹, il en est de même en France mais de façon plus restreinte. En effet, la Cour suprême est venue élargir cette condition et estime que le consentement porte sur tous les éléments pouvant constituer un geste sexuel, par exemple un acte de pénétration protégé. Par conséquent si l'auteur de l'acte de pénétration au Canada enlève son préservatif ou le troue alors que la plaignante avait consenti à un acte sexuel protégé, il sera auteur d'une infraction sexuelle⁴⁰⁰. Cette possibilité est plus difficilement répréhensible en France au regard de l'acception classique des *modus operandi*. Cependant, la vision renouvelée de la notion de surprise pourrait permettre de réprimer les mensonges sur les qualités essentielles du partenaire, ainsi que ceux portant sur les circonstances de la relation sexuelle⁴⁰¹.

188. Un acte défini temporellement. La cinquième caractéristique consacre que le consentement est un acte continu qui peut être révoqué en tout temps⁴⁰².

189. Les manifestations du consentement. Le consentement au Canada doit se manifester par des paroles ou par des gestes⁴⁰³, en France cette question ne se pose pas puisqu'on

³⁹⁹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 69.

⁴⁰⁰ *R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 84.

⁴⁰¹ Cass. crim., 23 janvier 2019, n° 18-82.833 ; J.-C. SAINT-PAU, « Viol par surprise : le stratagème numérique et érotique », (2019) 8, *La semaine juridique* 364, p. 367.

⁴⁰² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 69 ; *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440.

⁴⁰³ *Id.*, p. 69 ; *R. c. Ewanchuck*, [1991] 1 R.C.S. 330.

déduit l'absence de consentement des actes de l'auteur, par conséquent le comportement de la victime est indifférent.

Enfin, il n'existe pas de consentement tacite ou implicite en matière sexuelle⁴⁰⁴, ce principe s'applique en France.

190. Bilan. Le développement précédent a permis de nous familiariser avec la notion de consentement ainsi que d'appréhender le régime de cette notion en droit pénal français et canadien. À l'instar du caractère sexuel des actes posés par l'auteur dont le contenu a fait l'objet de nombreuses précisions prétorienne, la notion de consentement n'échappe pas à cette logique. Afin d'appréhender de façon pleine et entière le contenu de ce terme il convient d'analyser l'évolution jurisprudentielle autour de cette notion.

B. Une notion sujette à de nombreuses précisions

191. Contextualisation. Le mot « consentement » est un terme générique permettant de traduire l'accord d'une personne à un acte. Afin d'adapter cette notion au contexte très spécifique des infractions sexuelles, les juges ont dû aller bien au-delà de ce que disait le législateur. Ce dernier se montre très timide dans la définition de cette notion. Il est ainsi revenu au juge deux missions. La première est de donner un contenu juridique à la notion de consentement applicable aux agressions sexuelles. La seconde est d'adapter cette notion aux évolutions des pratiques sexuelles des individus (1). Cette deuxième mission permet d'assurer l'effectivité des règles de droit en la matière. Cependant, le juge n'étant pas un surhomme, ce dernier n'a pas pu appréhender de façon claire toutes les situations dans lesquelles le consentement à une activité sexuelle est en jeu. Ainsi, quelques situations restent floues instaurant ainsi une zone grise entre le consentement et l'absence de consentement (2).

⁴⁰⁴ Id., p. 69.

1) Une évolution nécessaire de la notion aux nouvelles pratiques

192. Une définition précisée par la jurisprudence. La définition du consentement est régulièrement précisée par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, ainsi que par celle de la Cour de cassation, cette dernière ne venant pas définir expressément le consentement mais les actes l’annulant.

193. L’absence de consentement tacite. Dans la décision *Ewanchuk*⁴⁰⁵, la Cour énonce qu’il n’existe aucune défense de consentement tacite en matière d’agressions sexuelles au Canada. Ainsi la Cour marque une grande avancée en créant le concept d’« *affirmative consent standard* ». ⁴⁰⁶ L’individu ne peut pas présumer le consentement, il doit prendre des mesures raisonnables afin de s’assurer du consentement à l’activité sexuelle de la part de son partenaire⁴⁰⁷. Cette décision précise la notion de consentement, celui-ci doit être lucide et éclairé pendant toute la période de l’acte sexuel. Le plaignant doit avoir consenti aux contacts sexuels qui se sont effectivement déroulés⁴⁰⁸. De plus, dans *R. c. J.A.*⁴⁰⁹, la Cour suprême du Canada a confirmé que le moment pertinent pour déterminer s’il y a eu consentement à l’activité sexuelle est celui où s’est déroulée cette activité. Cette décision réaffirme l’importance du droit de ne pas consentir. La Cour suprême énonce : « *Le droit d’une personne de refuser un contact sexuel est un principe fondamental du droit canadien. C’est pourquoi des actes sexuels accomplis sans consentement ni croyance sincère au consentement constituent le crime d’agression sexuelle.* »⁴¹⁰ Dans cette décision, la Cour suprême énonce la chose suivante : « *Le législateur a retenu une définition du consentement qui exige que le plaignant soit conscient pendant toute la durée de l’activité sexuelle. La portée de la définition du consentement énoncée par le législateur ne s’étend pas au consentement donné à l’avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Le texte législatif requiert un consentement conscient de tous les instants, pour prévenir l’exploitation sexuelle des hommes et des femmes et pour assurer aux personnes qui se livrent à une activité sexuelle la possibilité de demander à leur*

⁴⁰⁵ *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

⁴⁰⁶ Melanie RANDALL, “Sexual Assault Law, Credibility, and Ideal Victims: Consent, Resistance, and Victim Blaming”, (2010) 22 *Canadian Journal of Women and the Law*, 397; L. GOTELL, préc., note 264.

⁴⁰⁷ *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440, p 441.

⁴⁰⁸ *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par.26.

⁴⁰⁹ *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440.

⁴¹⁰ *Id.*, p. 441, par.1.

partenaire de cesser à tout moment. »⁴¹¹ Ainsi, la défense du consentement tacite n'existe pas en droit canadien, il en est de même en droit français.

194. L'absence de consentement passif. L'arrêt *Ewanchuck* énonce qu'il n'est pas exigé de prouver que la victime a refusé de consentir à l'agression sexuelle en adressant son refus à l'accusé. En d'autres termes, la plaignante n'a pas à dire non, ni à crier ni à se débattre pour pouvoir énoncer son non-consentement. La passivité peut constituer une absence de consentement⁴¹². Cette précision de la notion de consentement est en adéquation avec la réalité des victimes qui vivent souvent un phénomène de dissociation les mettant dans un état d'inertie⁴¹³.

195. Un consentement total à l'activité sexuelle et à ses composantes. Dans sa décision *Hutchinson*⁴¹⁴, la Cour suprême du Canada affirme l'importance du consentement dans les procès pour agressions sexuelles⁴¹⁵. Cette décision élargit la notion de consentement instaurant ainsi une plus grande protection de l'intégrité sexuelle des individus. Dans cette décision, les juges définissent le consentement de la façon suivante : « *Interprété correctement, l'accord volontaire à l'activité sexuelle prévu au par. 273.1(1) signifie que le plaignant doit consentir subjectivement à l'acte physique précis, à sa nature sexuelle et à l'identité précise du partenaire.* »⁴¹⁶ Le consentement inclut désormais le fait de consentir à la façon dont on va être touché (en l'espèce avec un préservatif). Les juges majoritaires ont statué sur le fait que les rapports sexuels protégés constituent un élément essentiel de l'acte sexuel proposé et une composante inséparable du consentement de la victime. Ainsi, l'analyse requise pour l'application du par. 273.1 (1) doit rattacher le consentement à l'activité sexuelle spécifique qui s'est déroulée, y compris la façon dont les contacts se sont déroulés physiquement. La personne doit consentir à l'identité de son partenaire, à la nature sexuelle des contacts et aussi à la manière dont les contacts se sont déroulés⁴¹⁷. Dans cette décision, les juges majoritaires se sont appuyés sur la notion de fraude telle qu'exposée dans l'arrêt *Cuerrier*⁴¹⁸. Dans cette décision, la Cour

⁴¹¹Id., p. 441.

⁴¹² *R. c. M.M.L.*, [1994] 2 R.C.S. 3.

⁴¹³ J. TEMKIN et B. KRAHÉ, préc., note 165 ; M. SALMONA, préc., note 115, pp.71-147.

⁴¹⁴ *R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346.

⁴¹⁵ Id., par. 84 : « Le consentement est le nœud de tout procès pour agression sexuelle. Si on établit qu'une femme a donné son accord, sa plainte est alors rejetée. Il est essentiel que la loi soit tout à fait claire sur cette question et que les partenaires sexuelles sachent exactement à quoi s'en tenir. »

⁴¹⁶ *R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346.

⁴¹⁷Id., par. 92.

⁴¹⁸ *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371.

affirme que la notion de fraude contenue dans l'article 265(3)c) ne se limite pas aux tromperies liées à la nature et au caractère de l'acte⁴¹⁹. Selon cette décision, cela nécessite deux éléments pour qu'il y ait fraude du consentement : une tromperie et un préjudice ou, en d'autres termes une malhonnêteté et une privation ou un risque de privation⁴²⁰. Cette fraude ne peut être constituée que s'il y a un risque important de préjudice grave. La notion de fraude n'existe pas dans le domaine des infractions sexuelles en France, mais la tromperie est sanctionnée sous la notion de surprise. L'arrêt *Mabior*⁴²¹ applique cette notion de fraude à l'aune du principe de modération en droit criminel, et postule ainsi que si le risque de porter atteinte à l'intégrité physique n'est pas réaliste, alors le consentement n'est pas vicié par la fraude. La décision *Mabior*⁴²² en s'appuyant sur la jurisprudence ancienne visant le viol, vient aussi préciser la notion de consentement dans le cadre d'actes sexuels : « *Cela nous ramène à la question de ce en quoi consiste légalement le crime de viol. C'est l'atteinte à l'intégrité physique d'une femme sans son consentement, et je ne vois aucune différence réelle entre l'acte commis sans son consentement et celui commis contre sa volonté, celui-ci correspondant à la formulation de l'acte d'accusation, bien que lord Campbell fasse cette distinction, ou encore entre le refus du consentement et l'opposition. Le consentement obtenu par le recours à la force ou à la tromperie, ou qui résulte de la crainte, de l'incapacité ou d'un état naturel n'en est pas un. Le consentement doit viser non pas l'acte, mais l'acte avec la personne en cause — non dans l'abstrait, mais dans la réalité...* »⁴²³

196. Un consentement apprécié subjectivement. Le projet de loi C-498 codifie la jurisprudence en matière de consentement. Il est important de noter que la définition du consentement est subjective, en ce sens ou elle fait abstraction de l'opinion de l'accusé quant à savoir dans quelles circonstances il peut y avoir consentement à l'activité sexuelle⁴²⁴. L'interprétation du consentement est tournée vers la victime, ce qui lui accorde plus de valeur. Cette définition subjective tend à donner une interprétation plus réaliste et moins stéréotypée des infractions sexuelles.

⁴¹⁹ Id., par.108.

⁴²⁰ Id., par, 110-116.

⁴²¹ *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584.

⁴²² Id.

⁴²³ *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), citée dans *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, p. 598.

⁴²⁴ Ian LEE, « L'agression sexuelle et la justice fondamentale : réflexions sur l'obligation d'agir raisonnablement », (1994) 26 *Ottawa L. Rev.* 47, p. 53.

197. Une notion continuellement précisée. La notion de consentement ne cesse d'être précisée et élargie. Désormais, il est impossible pour un individu de donner son consentement à l'avance, une personne inconsciente ne peut consentir⁴²⁵, même si cette inconscience est la résultante d'un acte sexuel consenti. Cette décision affirme également que l'on ne peut consentir de façon générale à quelque chose⁴²⁶.

198. Précision de la notion en France. Le législateur français ainsi que la Cour de cassation sont également intervenus pour préciser la notion de consentement. À l'inverse du Canada, cette précision s'est faite de façon indirecte et ceci en précisant les actes annihilant le consentement de la victime, à savoir les **violences, contrainte, menaces, et surprise**. Les évolutions jurisprudentielles de la notion de consentement sont beaucoup plus importantes que les évolutions législatives en droit français. Il convient de préciser, que les circonstances permettant de qualifier l'absence de consentement dans les agressions sexuelles en droit français, n'ont subi aucune modification depuis le dix-neuvième siècle. Cette inamovibilité du droit pénal dans un domaine où les droits des femmes ainsi que les mentalités ont subi de nombreux changements questionne⁴²⁷.

199. Les violences. Les violences constituent des pressions physiques sur la victime. Il est courant de l'assimiler à la contrainte qui s'analyse comme une pression morale. Le législateur est intervenu dans la loi du 6 février 2006 en introduisant l'article 222-22-1 qui précise que la contrainte peut être tant morale que physique. La violence désigne les pressions physiques exercées sur la victime pour obtenir d'elle le comportement sexuel que l'on souhaite. La violence physique est la plus facile à démontrer, puisqu'elle peut facilement se prouver à l'aide d'un certificat médical. En revanche, la violence morale, plus difficilement démontrable, est souvent assimilée à la contrainte. Ici, il s'agit d'une voie de fait qui devient un élément constitutif de l'agression sexuelle. Les violences telle que conçues par le droit pénal français, rapprochent la conception des infractions sexuelles de celle retenue par le droit criminel canadien qui considère les violences sexuelles comme une catégorie de voie de fait.

⁴²⁵ *Code criminel*, Art. 273.1 (2) a. 1) ; Pour une application récente de cet article voir *R. c. Snelgrove*, 2019 CSC 16.

⁴²⁶ *Projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, déposé le 6 juin 2017, sanction royale le 13 décembre 2018 ; Stephanie MARIN, « Une personne inconsciente ne peut donner son accord à des actes sexuels : la Cour », (2011) *La Presse Canadienne*, p3.

⁴²⁷ C. LE MAGUERESSE, préc., note 236, p.235.

200. La contrainte. La contrainte physique est le fait d'exercer des pressions corporelles, elle se confond avec la violence. La contrainte morale consiste à menacer quelqu'un de lui faire du mal à lui ou à ses proches, voire de causer du tort à ses biens. Dans ce cas, elle recouvre la menace. La contrainte doit s'apprécier de manière concrète en fonction de la capacité de résistance de la victime⁴²⁸. Cette appréciation subjective du défaut de consentement rejoint celle retenue en droit canadien qui, tel qu'expliqué dans les développements antérieurs apprécie l'absence de consentement en fonction de l'état d'esprit de la victime. L'interprétation de la contrainte a évolué en faveur de la victime. En effet, la doctrine ancienne, jusqu'en 1780 était très stricte, Muyard de Vauglans estimait que pour retenir le viol, il fallait quatre conditions cumulatives. La victime devait avoir fait preuve d'une résistance constante et toujours égale ; il fallait une inégalité évidente entre les forces en présence ; la victime devait pousser des cris ; elle devait porter des traces physiques d'une telle violence. De façon générale, l'état actuel du droit est davantage à l'écoute de la réalité vécue par la victime au moment de l'infraction, et déduit la violence physique quand il y a un trouble paralysant qui a physiquement empêché la victime de protester et de s'enfuir, la répugnance à de tels actes manifestés par la victime ou le refus de revoir l'agresseur après les faits⁴²⁹. Il existe également la sidération ou la dissociation cognitive qui empêche la victime de réagir. Ces anciennes exigences restent persistantes dans la pratique des tribunaux et se révèlent tout particulièrement à travers le concept et stéréotype de « *victime idéale* ». L'interprétation de la contrainte est favorable à la victime, puisqu'elle se fait de façon concrète au regard de la capacité de résistance de la victime⁴³⁰. La loi n° 2010-121 du 8 février 2008 a précisé la notion de contrainte, en tant qu'élément constitutif de l'agression sexuelle, dans un nouvel article 222-22-1 du code pénal qui dispose : « *La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime* ». Cette définition a été complétée et élargie par la Loi du 3 août 2018⁴³¹.

⁴²⁸ Crim. 8 juin 1994, Bull. crim. n°226 ; Cass. crim., 17 octobre 2018, n°17-839.58.

⁴²⁹ Cass. Crim. 27 avril 1993 : Jurisdata N°1193-002016, CA Nîmes 9 déc. 1983 JCP G 1985 (À vérifier).

⁴³⁰ Cass. crim. 8 juin 1994, no 94-81.376, Bull. crim. no 226 ; Dr. pén. 1994, comm. 232.

⁴³¹ LOI n°2018-703 du 3 août 2018 - art. 2, Code pénal, art. 222-22-1, al. 2 et 3 : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur. Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ».

201. Les menaces. Elles se définissent comme une forme de contrainte morale⁴³², même s'il y a terminologiquement quatre termes, ils se recourent. Pour condamner, le juge n'a pas besoin d'en viser un en particulier, il utilise la formule globale. En revanche, le juge doit obligatoirement apporter la preuve d'au moins un de ces *modus operandi* afin de pouvoir qualifier l'agression sexuelle⁴³³.

202. La surprise. Cette notion difficile d'appréhension correspond à des hypothèses très particulières qui révèlent une certaine malice de la part de l'auteur. À l'inverse des trois termes précédents qui ont un impact sur la liberté du consentement, la surprise quant à elle joue sur la **lucidité** du consentement. Ici, l'auteur n'utilise pas la force, mais **la tromperie**, des manœuvres qui sont destinées à induire la victime en erreur. Selon l'auteure, Michèle-Laure Rassat, la surprise consiste à obtenir des faveurs sexuelles soit en trompant la victime sur la situation réelle, soit en abusant de sa difficulté à appréhender celle-ci, soit en abusant d'une situation de fait⁴³⁴. S'agissant de la première hypothèse, l'erreur sur la situation, la Cour de cassation a très récemment rendu un arrêt éclairant sur la question. La Chambre criminelle, dans un arrêt en date du 23 janvier 2019⁴³⁵, semble avoir retenu une conception plus réaliste et élargie de la surprise⁴³⁶. Elle énonce que « *l'emploi d'un stratagème destiné à dissimuler l'identité et les caractéristiques physiques de son auteur pour surprendre le consentement d'une personne et obtenir d'elle un acte de pénétration sexuelle, constitue la surprise au sens de l'article 222-23 du Code pénal* ». La Cour de Cassation vient pénaliser le viol par mensonge⁴³⁷. Cette solution a deux conséquences importantes pour cette étude. Tout d'abord, elle semble consacrer par le biais de la surprise la théorie des vices du consentement dans le domaine des infractions sexuelles ; seul l'avenir nous dira si cette théorie intégrera le droit pénal français dans son ensemble. Ensuite, cette solution tend à élargir la notion de consentement. En effet, le consentement n'est plus ici l'accord à un acte sexuel, il est perçu comme l'accord à un acte sexuel avec une personne identifiée ayant des caractéristiques physiques précises et connues du

⁴³² Cass. Crim. 11 février 1992 Dr pénal 1992, comm 174. En l'espèce, le consentement donné par une femme à un individu menaçant de l'abandonner en pleine campagne par un froid intense n'a aucune valeur.

⁴³³ Cass. crim., 17 mars 1999 : Bull. n° 49. – 14 avr. 1999 : Bull. n° 83. – 22 sept. 1999 : Bull. n° 195. - 10 mai 2001 : Bull. n° 116.

⁴³⁴ M-L. RASSAT, préc., note 227.

⁴³⁵ Cass. Crim., 23 janvier 2019, n° 18-82.833, FS-P+B ; Fabrice GAUVIN, « Viol par surprise : l'émule de Zeus », (2019) 3 *Droit pénal*, comm. 42.

⁴³⁶ A. DARSONVILLE, « Précision sur la notion du viol par surprise », (2019) *AJ Pénal* 159 : « Par conséquent, la Chambre criminelle développe une conception large de la notion de surprise qui inclut toute manœuvre ayant pour finalité de tromper le consentement de la victime. »

⁴³⁷ Morgane DAURY-FAUVEAU, « Le viol par mensonge (ou Casanova, peinture 36 fillette) », (2019) *Recueil Dalloz* 945.

partenaire. En d'autres termes, le consentement en droit français ne s'entend plus seulement comme le consentement à l'acte, mais comme le consentement à l'acte avec la personne en cause⁴³⁸, dans des conditions précises. Cette solution nous est familière puisque la Cour suprême du Canada l'a déjà consacré dans ses arrêts *Mabior*⁴³⁹ et *Hutchinson*⁴⁴⁰.

203. Deuxième variation de la surprise. La deuxième hypothèse dans laquelle la surprise peut s'appliquer consiste en l'abus par l'auteur de la difficulté de la victime à appréhender la situation réelle. Tel est le cas lorsque l'auteur profite de la vulnérabilité de la victime pour lui pratiquer des actes sexuels⁴⁴¹.

204. Troisième variation de la surprise. La troisième et dernière hypothèse dans laquelle la notion de surprise peut s'appliquer concerne l'abus par l'auteur d'une situation de fait. L'exemple typique est celui dans lequel la victime est inconsciente. Sur ce point, la Cour de cassation est venue récemment préciser et épurer ce cas de figure. Ainsi dans un arrêt de la Chambre criminelle en date du 11 janvier 2017⁴⁴², la Cour énonce qu'en l'absence de toute autre manœuvre, l'agression sexuelle par surprise est constituée par le fait de profiter, en connaissance de cause, de l'erreur d'identification commise par une personne pour pratiquer sur elle des gestes à caractère sexuel comportant un contact corporel. Cet arrêt a un double intérêt. Le premier consiste en la prise en compte de l'état de la victime- en l'espèce son alcoolisation- dans la qualification de l'erreur d'identification. Le second est la simplification de la surprise, en ôtant l'exigence de manœuvres dans la constitution de ce *modus operandi*. La Cour de cassation poursuit sur cette lancée, dans un arrêt en date du 9 janvier 2019⁴⁴³, elle réitère la solution en énonçant : « *En l'absence de toute autre manœuvre, constitue le délit d'agression sexuelle commise par surprise, (...) le fait de profiter, en connaissance de cause, du sommeil d'une personne pour pratiquer sur elle des gestes à caractère sexuel comportant un contact corporel* ». Cette notion de surprise se rapproche de celle de fraude retenue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cuerrier*. La Cour de cassation ne cesse de venir élargir la conception

⁴³⁸ *R. c. Dee* (1884), 15 Cox C.C. 579 (Cr. Cas. Res. Ir.), citée dans *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, p. 598; Y. MAYAUD, « La relation sexuelle, une relation *intuitu personae!* », (2019) *RSC* 88 : « *L'intuitus personae* est ici consacrée : parce que les relations sexuelles se doivent de rester à dimension humaine, il est essentiel qu'elles soient consenties, non seulement pour ce qu'elles représentent d'actes relatifs au sexe, mais encore d'actes en considération de la personne du partenaire. Tout écart revenant à contrarier cet idéal justement protégé ne peut que faire le jeu d'une relation déshumanisée, dont on conviendra qu'elle est insupportable ! »

⁴³⁹ *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584.

⁴⁴⁰ *R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346.

⁴⁴¹ Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80.023 : JurisData n° 2015- 006358.

⁴⁴² Cass. Crim., 11 janvier 2017, n°15-86680.

⁴⁴³ Cass. crim., 9 janvier 2019, n°18-82.829, F-D.

classique de la surprise ; la rapprochant ainsi de la conception retenue par la Cour suprême, tout en l'éloignant au maximum de la conception française.

205. Une évolution du consentement favorable aux victimes. Une évolution importante et fondamentale pour les victimes de violences sexuelles réside dans le fait que le droit pénal contemporain des deux pays considère en théorie que la passivité de la victime ne vaut pas consentement de celle-ci. Autrement dit, on ne pourra jamais déduire de la passivité ou de la sidération de la victime son consentement. Cet état de fait a été affirmé puis confirmé par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Cette règle a également été énoncée par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision où elle a condamné l'État de Bulgarie en 2003 : « *Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives, qui pèsent sur les États membres ; en vertu des articles 3 et 8 de la Convention, commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposée de résistance physique.* »⁴⁴⁴

206. Une réponse aux revendications. Les revendications féministes ont porté leurs fruits, puisque désormais le *Code criminel* contient une définition expresse de la notion de consentement, et ceci à la différence du Code pénal français. Cette notion de consentement a permis d'inclure l'autonomie sexuelle de la femme dans la définition des infractions sexuelles⁴⁴⁵; c'est une belle évolution pour les femmes ainsi que pour l'égalité entre ces dernières et les hommes, puisqu'initialement dans les deux pays, le viol était considéré comme un crime de lèse-propiété dont la victime était l'homme.

207. Un bilan mitigé. En dépit des nombreuses évolutions théoriques et pratiques, le consentement tel qu'il est analysé dans les infractions sexuelles, tant en France qu'au Canada, ne permet pas d'envisager toutes les situations dans lesquelles le consentement pourrait être mis en danger. On peut ainsi observer le maintien d'une « *zone grise* », zone qui marque une frontière entre un consentement libre et éclairé et une absence de consentement revêtant ces qualités. Cette zone grise semble particulièrement marquée dans le contexte conjugal.

⁴⁴⁴ CEDH, Cour (Première Section), 4 déc. 2003, n° 39272/98. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2003/CEDH001-66079>.

⁴⁴⁵ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 20.

2) Consentement ou absence de consentement : le maintien d'une zone grise

208. Rappel. Le consentement est synonyme d'accord, ainsi donner son consentement à quelque chose signifie donner son accord. *A fortiori*, le consentement sexuel signifie donner son accord à un acte sexuel. Les développements précédents ont permis d'appréhender le contenu et les limites de ce consentement sexuel dans les deux pays. Ainsi, le consentement s'apprécie de façon **subjective** au Canada, tandis qu'il s'apprécie de façon **objective** en France. L'évolution de la notion de consentement est venue élargir son spectre ; le consentement sexuel ne se limite plus au consentement à l'acte sexuel, mais s'entend également du consentement aux composantes entourant l'acte sexuel. Cette conception tend à aller au-delà de la valeur initialement protégée dans les deux pays. Cette nouvelle conception tend à protéger le consentement des individus en tous ses éléments. Il reste néanmoins des hypothèses dans lesquelles l'absence de consentement n'est pas qualifiable en son sens strict et ne se voit ainsi pas appréhendée par le droit pénal.

209. Une notion délicate à appréhender. Le consentement n'est pas une notion simple à définir, elle ne revêt pas la même aisance de compréhension selon les contextes. En effet, le consentement ou son absence est limpide dans un contexte de violence, de contrainte ou lorsqu'il s'agit d'un étranger notamment. La question se complexifie, lorsque l'individu est un conjoint, et que l'épouse consent à l'acte par peur des représailles⁴⁴⁶. Peut-on ici parler d'un véritable consentement ? Il semble nécessaire de redéfinir le consentement dans un tel contexte. En effet, l'individu consent par crainte d'une victimisation future⁴⁴⁷. Dans cette hypothèse, ces femmes ne pourraient pas être reconnues victime d'agression sexuelle puisqu'il y a consentement tel que défini par le droit pénal. Afin de les protéger, et de reconnaître leur victimisation, il serait pertinent de redéfinir le consentement dans le contexte des violences conjugales⁴⁴⁸. On pourrait approfondir notre réflexion, et penser à une nouvelle facette du viol, à savoir le « viol par acceptance. »⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Isabelle CÔTÉ et Simon LAPIERRE, « J'avais pas le choix parce que sinon je me faisais battre » : La violence sexuelle en contexte conjugal », (2013) *Canadian Social Work Review* 185, p. 190.

⁴⁴⁷ Id., p. 190.

⁴⁴⁸ Id., p. 191.

⁴⁴⁹ Id., ; Basile, K.C., « Rape by acquiescence : The ways in which women « give in » to unwanted sex with their husband », (1999) 5-9 *Violence against women*, 1036.

210. Une nécessaire remise en question des notions suivant le contexte ? Les notions de viol, d'agression sexuelle ou d'agression à caractère sexuelle impliquent par essence l'emploi de violence ou l'usage de la ruse. Il existe toutefois des contextes sexuels non violents pour lesquels on ne peut pour autant pas parler de relations sexuelles consenties *stricto sensu*. Tel est le cas dans certains contextes conjugaux, où l'un des partenaires cède à l'envie de l'autre, par une certaine lassitude ; afin d'éviter les conflits ou par peur de la réaction plus ou moins violente de l'autre. Dans ces hypothèses, l'individu donne son accord à l'autre ; cependant cet accord est-il un consentement valable ?⁴⁵⁰ Ne faudrait-il pas faire une nuance entre les termes consentir et céder ? Le cas échéant le droit pénal doit-il protéger la personne qui cède mais qui ne consent pas au sens strict du terme ?

211. Consentir ou céder ?⁴⁵¹ Les termes « consentir » et « céder » ne sont pas synonymes, ils semblent pourtant être souvent appréhendés de la même façon par le droit pénal. Le consentement, tel qu'analysé précédemment, nécessite la liberté et la lucidité de la part de celui qui consent. À l'inverse, le verbe céder signifie le fait de ne pas résister à quelque chose, de ne plus rester sur ses positions.⁴⁵² Au regard de cette acception, on perçoit que le fait de céder implique une liberté limitée, contrainte. Or, cette liberté est protégée dans le cadre des infractions sexuelles. Pour autant, une épouse ou un époux qui cède à la demande insistante de l'autre pour différentes raisons qui lui sont propres peut-elle ou peut-il se voir reconnaître comme victime d'agression sexuelle ? La réponse dépend évidemment de la nature de la pression exercée par l'autre. S'il s'agit de menaces ou encore de toute forme de chantage, il est évident que cela pourrait rentrer dans le champ d'application des violences sexuelles. En revanche, si la personne cède pour des raisons qui lui sont propres, tel que pour éviter les tensions ou par « sens du devoir », le droit pénal ne semble pas pouvoir intervenir. En effet, cette intervention du droit pénal dans l'intimité de chaque couple pourrait être dangereuse en ce qu'elle créerait une véritable ingérence dans la vie des individus, ainsi qu'une atteinte

⁴⁵⁰ Paul BENSUSSAN, « Viol entre époux en droit français : désir, besoin et consentement », (2009) 18, *Sexologie* 218, p. 219 : « Est-ce à dire que tout rapport sexuel, dans un couple constitué, a été « réellement » consenti, au plein sens de ce terme ? Le consentement suppose-t-il le désir ? Qu'en est-il du rapport subi, sans désir ni plaisir ? D'un acte sexuel extorqué avec insistance, mais sans violence ? »

⁴⁵¹ Id. p.222 : « Dans ce champ du refus grossièrement maquillé en acception, on pourrait reprocher au partenaire masculin son égocentrisme, sa cécité psychique, ou son indifférence au manque de désir de l'autre. En introduisant une différence essentielle, quasi-juridique, entre le fait de « céder » et celui de « consentir », on propose désormais de qualifier de viol une telle circonstance, par une relecture rétroactive du consentement. Le fait que la victime n'ait pas formulé de refus ne change alors rien pour son « agresseur » : il aurait dû ou pu « sentir » qu'elle n'était pas d'accord. Combien de garçons un peu frustrés pourraient être lourdement condamnés pour le même aveuglement ? »

⁴⁵² Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020.

déraisonnable aux libertés individuelles qui ne saurait être compensée par le préjudice subi. Au regard du droit positif, l'intervention du droit pénal dans ce cas de figure est envisageable en droit canadien, puisque la notion de consentement s'apprécie subjectivement, au regard du ressenti de la victime. À l'inverse en droit français, il semble difficile d'appréhender ce genre de comportement au regard de l'appréciation objective du consentement par les juges français.

212. Le maintien utile d'une zone grise. Céder ne signifie pas consentir, il n'en reste pas moins que le fait de céder à une relation sexuelle ne permet pas toujours de constituer une absence de consentement pouvant justifier l'action du droit pénal. Nous sommes ainsi dans le cas de figure unique ou coexiste une « vraie victime » et un « faux coupable ». ⁴⁵³ Cette zone grise bien que non souhaitable conformément aux principes de prévisibilité du droit pénal et de sécurité juridique, permet de rappeler que le droit pénal n'a pas vocation à protéger les individus de toutes les situations. En effet, conformément au principe de nécessité, cette branche du droit n'intervient que lorsque l'atteinte est telle qu'une intervention pénale se justifie au regard notamment d'une éventuelle atteinte aux libertés individuelles. Ainsi, le maintien d'une zone grise dans la protection du consentement sexuel permet tout d'abord une adaptation du droit pénal aux nouvelles pratiques, ceci en créant un « espace mou », accordant une certaine marge de manœuvre aux praticiens ; elle permet également une certaine responsabilisation des individus. Il est donc à espérer que le mouvement mondial de libéralisation de la parole des victimes d'infractions sexuelles permettra aux individus de ne plus « céder » à un acte sexuel, et ceci sans aucune intervention répressive du droit pénal.

⁴⁵³ P. BENSUSSAN, préc., note 450, p. 222 : « À se préoccuper uniquement du ressenti psychologique de la victime, ne risque-t-on pas, dans certains cas, d'être confronté à une vraie victime et à un faux auteur ? Mais un coupable tout de même ».

Conclusion Chapitre I

213. Une révolution en marche. Les modifications jurisprudentielles et législatives des deux pays ont emporté un accroissement des effets des normes incriminant les infractions sexuelles. Cette évolution a été permise grâce à une conception profondément renouvelée des violences sexuelles reposant désormais sur une vision neutre et non stéréotypée de ces violences ainsi que de leurs victimes. Cette nouvelle vision a un double impact : sociologique et juridique. L'impact sociologique s'illustre par un changement des mentalités, tandis que la portée juridique s'illustre par un accroissement du champ d'application de la norme. L'importance de ce changement de mentalité est analysée par l'avocate Anne Krywin qui énonce que: « *Le viol a été, est et restera fonction de l'idéologie, des rapports homme-femme, de la place imposée à la femme dans la société, dans la famille. Mais, il est et restera aussi fonction de la pratique sociale des femmes : est-ce devant cette tribune privilégiée qu'est la Cour d'Assises ou le Tribunal Correctionnel que se débattront où se résoudre ces problèmes de violence entre dominant et dominé ? C'est aux femmes qu'il appartient d'en décider. Les tribunaux suivront.* »⁴⁵⁴ La section précédente a révélé deux éléments : les femmes ont décidé qu'il devait en être autrement d'une part, les législateurs ainsi que les tribunaux les ont suivies dans leur révolution, d'autre part. Pour preuve, les hommes comme les femmes peuvent désormais être auteurs ou victimes de tous les actes permettant de caractériser une infraction sexuelle. Cette conception a permis de corriger la vision patriarcale initialement dominante en la matière. L'exemple révélateur de cette évolution réside dans la reconnaissance des violences sexuelles dans un contexte conjugal.

214. Une révolution illustrée. L'évolution la plus déterminante concerne les modifications portées à la notion de consentement. Cette dernière a fait l'objet d'un travail de précision. Les deux pays adoptent à cet égard une méthode profondément divergente. Le Canada a fait le choix de la clarté en définissant expressément dans ses textes la notion de consentement. À l'inverse, la France a choisi un chemin plus tortueux en définissant de façon indirecte le consentement par l'intermédiaire d'autres notions. Dans les deux pays, de façon

⁴⁵⁴ Anne KRYWIN, « Le droit et l'idéologie. Débat : viol et justice pénale », (1979) 3 *Déviance et société* 76, p. 76.

pourtant contradictoire, ce choix opposé semble avoir été fait dans l'intérêt des victimes. En effet, au Canada l'appréciation du consentement étant subjective, au regard de l'état d'esprit de la victime, il était nécessaire d'en donner une définition claire et précise. En France, l'absence de consentement est qualifiée au regard des actes positifs commis par l'auteur des faits. Ce mécanisme a été instauré afin d'alléger l'étendue de la preuve pour la victime. Au regard de cette logique, il était pertinent de s'attarder sur la définition de ces actes et non sur celle du consentement qui n'intervient qu'en second plan. Le terme de consentement est par conséquent l'abonné absent des normes françaises incriminant les infractions sexuelles. Cette absence est toutefois critiquable sous un angle victimologique. En effet, le consentement est intrinsèquement lié à la personne, il constitue l'expression de la volonté de la victime, c'est lui qui est soustrait par l'auteur des actes. Le consentement de la victime est par conséquent l'objet visé par l'auteur de l'infraction sexuelle. À ce titre, il devrait être mentionné dans le texte d'incrimination.

215. Une révolution qui se poursuit. La section précédente a révélé la perfectibilité du droit pénal dans le domaine des infractions sexuelles tant en France qu'au Canada. Cette perfectibilité n'est pas absolue puisque quelques lacunes subsistent, notamment sous un angle victimologique. Le mécontentement des victimes d'infractions sexuelles face au droit est toujours d'actualité. Le point de vue des victimes a été pris en compte par les législateurs français et canadiens, tant en droit pénal de fond qu'en droit pénal de forme. S'agissant du droit pénal de fond, les législateurs ont voulu intégrer la victime dans les textes d'incrimination. La victime ou plus précisément ses qualités peuvent désormais figurer comme élément constitutif des infractions sexuelles. Il convient désormais d'analyser si cette intégration est vectrice d'effectivité.

CHAPITRE 2 : UN RENOUVELLEMENT DU CHAMP D'APPLICATION VECTEUR DE FLOU

216. La victime et le droit. Le renouvellement du champ d'application des infractions sexuelles dans les deux pays s'est notamment fait par l'intégration de la victime dans la qualification pénale. La reconnaissance de la victime sur la scène pénale s'illustre à deux niveaux. Il semble pertinent d'analyser sa prise en considération d'une façon chronologique. Ses intérêts et sa personne sont pris en compte en droit pénal de fond dans un premier temps, où elle jouera un rôle important dans la qualification des infractions, puis dans la répression de l'auteur parfois malgré elle. Dans un second temps, la victime d'agression sexuelle a une place croissante dans la procédure pénale. Cette analyse de la victime dans le droit pénal de forme fera l'objet de la deuxième partie de cette thèse.

217. Prise de conscience. On perçoit dans les deux pays depuis les années 1980, une volonté d'intégrer les victimes dans le processus pénal. Cette volonté s'illustre à différents degrés dans les deux systèmes. La prise en considération des besoins de la victime sur la scène pénale trouve deux réponses distinctes. Une étape importante de la reconnaissance de la spécificité des infractions sexuelles et de leurs conséquences sur leurs victimes a été d'intégrer la spécificité de certaines victimes dans la qualification pénale de l'infraction, en particulier les mineurs (Section 1). Cette prise de conscience nouvelle instaure cependant un certain flou juridique (Section 2).

Section 1 : La prise en compte de la minorité de la victime dans la qualification pénale

218. La reconnaissance de la spécificité des victimes. La reconnaissance des victimes d'infractions sexuelles, plus particulièrement celle de leurs caractéristiques, est impérative puisque ces infractions s'inscrivent dans une spécificité tant au regard de leurs victimes qu'au regard des conséquences sur celles-ci. En effet, les infractions sexuelles ont en majorité pour victimes les femmes et les enfants⁴⁵⁵. Cette spécificité des victimes entraîne comme conséquence une nécessaire adaptation de la loi. Le fait que la victime « privilégiée » des infractions sexuelles soit une femme est une réalité connue de tous. C'est la raison pour laquelle les réformes visant l'amélioration du cadre juridique de ce type d'agression s'inscrivent dans une finalité plus large, à savoir le droit des femmes. Dans son ouvrage « Droit du sexe », l'auteur Francis Caballero souligne la nécessité d'une protection spéciale des femmes en raison de leur vulnérabilité comparée aux hommes⁴⁵⁶. Cette spécificité de la victime transparait dans la loi de façon très particulière lorsque la victime est mineure (I). Dans une telle hypothèse, les lois française et canadienne sont très attentives, un véritable régime spécial a été instauré afin d'accroître l'effectivité de la réponse pénale. Cependant, cette prise en considération spécifique de la minorité n'est pas toujours gage d'effectivité, elle ne parvient parfois pas à reconnaître la victime ainsi que les conséquences de l'infraction sexuelle sur cette dernière (II).

I. UNE PRISE EN COMPTE MULTIPLE DE LA MINORITE DE LA VICTIME

219. Définition. L'article 388 du Code civil français énonce que : « *Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis.* » Selon le professeur Gérard Cornu, le mineur se définit comme « *l'individu qui n'a pas atteint la majorité (en général la majorité civile)* ». Ces deux définitions font uniquement référence à la majorité civile. Il existe cependant dans les deux pays deux majorités : la majorité civile qui

⁴⁵⁵ Gouvernement du Québec, Ministère de la sécurité publique, Statistiques 2008 sur les agressions sexuelles au Québec, 2010, en ligne: <<http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/police/publications-statistiques-police/statistiques-agression-sexuelle/agressions-sexuelles-2008/3034.html>> : les infractions sexuelles sont plus fréquentes chez les moins de 18 ans, les taux sont de 363 sur 100 000 filles et de 97 sur 100 000 garçons alors que par comparaison, le taux d'infraction sexuelle pour 2008 s'établit à 68,9 pour 100 000 habitants. Les filles de moins de 18 ans constituent le groupe de victimes le plus touché par les agressions sexuelles (53 %) et le groupe des garçons de moins de 18 ans représente 15 % des victimes d'agressions sexuelles.

⁴⁵⁶ F. CABALLERO, préc., note 174.

est en France comme au Québec fixée à 18 ans⁴⁵⁷, puis la majorité sexuelle fixée à 15 ans en France⁴⁵⁸ et à 16 ans au Canada⁴⁵⁹.

220. Problèmes soulevés. Cette étude vise à percevoir si les promesses du droit concernant les victimes sont concrétisées dans la norme et son application. Concernant plus spécifiquement les victimes mineures, les promesses du droit français et canadien sont sans équivoques, ils aspirent à la protection accrue des mineurs. Cette protection se concrétise par une protection spécifique de leur consentement ou de leur inaptitude à consentir. Une analyse poussée démontrera qu'il n'en est pas toujours ainsi dans l'application de la norme. En effet, des affaires récentes démontrent que les qualifications spécifiques peuvent empêcher l'usage de la qualification « générale », ayant pour effet pervers une protection amoindrie du mineur⁴⁶⁰. Cette effectivité relative de la norme pénale peut s'expliquer par une connaissance partielle du phénomène des agressions sexuelles dont sont victimes les mineurs.

221. Une lacune dans les connaissances. Afin de répondre au besoin de reconnaissance des victimes mineures, il semble nécessaire de connaître précisément les réalités vécues par celles-ci. Il n'existe cependant ni au Canada ni en France d'études statistiques fiables et exhaustives qui permettent de dresser un tableau complet concernant la nature et l'ampleur réelle des agressions sexuelles envers les enfants⁴⁶¹. Cette lacune réside en partie dans le chiffre noir dont font l'objet les infractions sexuelles. C'est ainsi que Madame la juge L'Heureux-Dubé constatait dans son analyse de l'arrêt *Seaboyer*⁴⁶², dans lequel elle fut dissidente, que si le système de justice pénale fondait ses opinions sur des faits et des résultats d'études empiriques, il jouerait un rôle important en vue de remplacer les mythes entourant le phénomène de l'agression sexuelle et les perceptions sociales qui en découlent⁴⁶³. Il convient d'ajouter que le système de justice pénale jouerait alors un rôle important dans la protection, la prévention et la

⁴⁵⁷ *Code civil du Québec*, article 153 : « L'âge de la majorité est fixé à 18 ans. La personne, jusqu'alors mineure, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils. » ; Cet âge concerne la province du Québec, la majorité varie selon les provinces du Canada.

⁴⁵⁸ Code pénal, art. 227-25 et 227-27.

⁴⁵⁹ *Code criminel*, art. 150.1.

⁴⁶⁰ Tribunal de Pontoise (Val-d'Oise), 13 février 2018, les faits concernaient une fillette de 11 ans au moment des faits qui a eu une relation sexuelle avec un homme de 28 ans. Les parents de l'enfant ont porté plainte pour viol, mais le parquet a décidé de poursuivre sous la qualification d'atteinte sexuelle. Se pose alors la question de la pertinence de l'infraction d'atteinte sexuelle par rapport au viol, et plus spécifiquement par rapport au viol aggravé.

⁴⁶¹ Yamillet BAMBERY LAMOTT, *La prévention des agressions sexuelles contre les enfants : perspectives juridiques*, Mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 2014, p. 25.

⁴⁶² *R.c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

⁴⁶³ Y. BAMBERY LAMOTT, préc., note 461, p. 19.

répression des infractions sexuelles en adoptant une réponse juridique plus adaptée, par conséquent plus effective.

222. Raison de la spécificité du régime. La nécessité d'instaurer un régime spécifique applicable aux mineurs se justifie au regard de la notion de consentement. L'analyse précédente a démontré que le consentement constituait la pierre angulaire des infractions sexuelles. En son absence l'infraction sexuelle est caractérisée ; en sa présence la qualification est en principe impossible. Cette importance accordée au consentement de la victime est originale en droit pénal. Dans la législation française et canadienne, en principe, le consentement de la victime n'est pas reconnu comme valable et ne permet pas de justifier la commission d'une infraction. Cela s'explique par l'essence même du droit pénal qui exclut de pouvoir faire du consentement de la victime une cause de justification de l'infraction, dès lors qu'il s'agit par définition de protéger l'intérêt général contre des atteintes portées à des valeurs considérées comme fondamentales, et par conséquent indisponibles. L'opinion de la victime est alors vouée à être indifférente car elle ne représente que son intérêt personnel. Si l'absence de consentement comme élément constitutif de l'infraction sexuelle est nécessaire dans la preuve de cette infraction, il est alors pertinent de se pencher du côté des mineurs. Dans cette hypothèse, le régime classique dans lequel le consentement de la victime n'a aucune utilité dans la qualification de l'infraction est de rigueur. Cette protection du mineur parfois malgré lui est double. Les législateurs ont mis en place des infractions spécifiques permettant de protéger le consentement du mineur dans un contexte que nous appellerons « général » (A). Ils ne se sont pas contentés de ces dispositifs et ont élargi la protection du mineur au contexte familial avec la qualification d'inceste (B).

A. Les qualifications spécifiques protectrices du consentement des mineurs dans un contexte « général »

223. Un consentement indifférent. La protection du mineur sexuel a fait et fait toujours l'objet de nombreuses réformes dans les deux pays. Cet intérêt particulier porté à la victime mineure se justifie par sa vulnérabilité⁴⁶⁴ ; il convient par conséquent de lui apporter

⁴⁶⁴ J-C. SAINT-PAU, « Le mineur victime d'une infraction pénale » dans *La victime de l'infraction pénale*, (2016) Dalloz, Thèmes et commentaires, p.1 : « La spécificité du mineur victime tient à sa vulnérabilité liée à son âge qui

une attention et une considération toute particulière conformément au principe de nécessité du droit pénal⁴⁶⁵. L'indifférence au consentement de la victime mineure permet d'accroître le spectre de protection de la norme pénale. Cependant, cette indifférence n'est ni totale, laissant derrière elle un vide juridique ; ni toujours équilibrée. Allant parfois à l'encontre de la liberté individuelle, le droit pénal retrouve alors son caractère attentatoire aux libertés.

224. La majorité sexuelle. Cette indifférence au consentement du mineur se limite à un âge défini par la loi, correspondant à la majorité sexuelle. En France, la majorité sexuelle est fixée à 15 ans, tandis qu'au Canada, elle est de 16 ans. La majorité sexuelle peut se définir comme l'âge auquel un individu est présumé pouvoir consentir de façon libre et éclairée à un rapport sexuel avec un autre individu. Cette majorité a pour finalité de protéger le consentement des plus jeunes. En deçà de cet âge fixé de façon arbitraire⁴⁶⁶ par les législateurs, l'individu majeur qui entretient une relation sexuelle avec un mineur sexuel est coupable d'une infraction pénale punissable par la loi. La fixation de cette majorité sexuelle est délicate car l'âge choisi ne permet pas d'englober toutes les hypothèses envisageables. Cela peut entraîner par ailleurs des situations d'ingérences dans la vie des individus, en réprimant des situations dans lesquelles ils auraient consenti librement. On perçoit ainsi que la protection des mineurs est beaucoup plus large et intrusive que celle des adultes.

225. La majorité sexuelle au service du pragmatisme juridique. Sur le plan juridique, la fixation d'un âge du consentement a le mérite d'éviter toute discussion relative au consentement des individus qui n'ont pas l'âge requis par la loi⁴⁶⁷, allégeant ainsi les difficultés probatoires pour la victime.

se manifeste en deux sens, physique et morale. La vulnérabilité est d'abord physique en ce que le corps d'un mineur est plus fragile que celui d'un majeur et l'expose à des conséquences plus graves. Elle est également morale en ce que le discernement du mineur est incomplet et ne lui permet pas toujours de comprendre le sens de ses actes, et ainsi, de résister à des actes illicites. » ; La vulnérabilité est désormais inscrite dans les textes français relatif aux agressions sexuelles sur mineurs de 15 ans, cette vulnérabilité devient un élément permettant de qualifier un élément constitutif des agressions sexuelles, à savoir la contrainte morale ou la surprise.

⁴⁶⁵ Id., p.1 : « La vulnérabilité physique et morale du mineur justifie, au regard du principe de nécessité de la loi pénale, l'intervention légale. Cette nécessité de punir spécialement les actes commis sur des mineurs est d'ailleurs impliquée par certaines conventions internationales, et notamment la convention internationale des droits de l'enfant, qui commandent aux États signataires d'assurer à l'enfant une protection contre toutes les formes de violence, d'atteinte ou de brutalité physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle (art. 19). »

⁴⁶⁶ Pour un avis mitigé sur cette question, voir Id., p.4 ; J. DESROSIERS et Dominique BERNIER, « Sexe, adolescence et populisme pénal...ou comment la différence d'âge est devenue un crime », (2009) 50 *Les cahiers de droit* 637 ; J. DESROSIERS, « La hausse de l'âge du consentement sexuel : renouveau du moralisme juridique ? », (2009) 14 *Revue canadienne de droit pénal* 37.

⁴⁶⁷ J. DESROSIERS et Audrey LÉTOURNEAU, « Consentir à des contacts sexuels avant 16 ans : une situation de compromission au sens de la Loi sur la protection de la jeunesse ? », (2012) 46 *R.J.T.* 55, p. 64.

226. Une protection accrue de la minorité sexuelle. Au Canada, la majorité sexuelle n'a pas toujours été fixée à 16 ans⁴⁶⁸. En 1890, la majorité sexuelle était de 14 ans, lors de la réforme de 1988 instituée par le rapport *Bagdley*⁴⁶⁹, le législateur a maintenu cette limite d'âge, tout en ménageant une clause de proximité d'âge afin de permettre l'apprentissage sexuel des jeunes entre eux⁴⁷⁰. En 2008, le gouvernement conservateur a haussé l'âge de consentement à 16 ans⁴⁷¹. Cette nouvelle loi n'a cependant pas modifié la structure établie en 1988. Pour résumer le régime de l'incapacité de consentir du mineur au Canada, il convient d'énoncer trois principes : 1° un enfant de moins de 12 ans ne peut jamais consentir à des activités sexuelles ; 2° un individu âgé de 12 à 14 ans (moins un jour), a la possibilité d'y consentir, mais uniquement avec une personne qui n'a pas plus de deux ans de différence d'âge ; 3° un individu âgé de 14 à 16 ans (moins un jour) peut consentir à une activité sexuelle avec une personne qui n'a pas plus de cinq ans de différence d'âge⁴⁷². Selon l'article 153 du *Code criminel*, le consentement donné par une personne mineure dans un contexte d'autorité, de confiance, de dépendance ou d'exploitation sexuelle n'a aucune portée juridique ; tout comme en France.

227. Une incapacité de consentir. Le législateur canadien, à la différence du législateur français, a mis en place une troisième limite d'âge créant une incapacité pour le mineur de consentir. En deçà de douze ans et ceci dans toutes les situations envisageables, un mineur est toujours considéré comme inapte à consentir à un acte sexuel. Cette règle est éclairante en permettant d'une part de protéger les victimes les plus jeunes et en empêchant d'autre part les concours de qualification⁴⁷³. L'âge de douze ans semble être un choix opportun puisqu'adapté à la fragilité et à la maturité de l'individu. Cette limite d'âge est également choisie par le législateur espagnol qui prévoit dans son code pénal de 1995 que : « *tout acte de pénétration sexuelle commis sur un enfant de moins de 12 ans est un viol* ». La France voulait également se doter d'une telle limite d'âge. En effet, le projet de Loi renforçant la lutte contre

⁴⁶⁸ Sur ce changement, Id..

⁴⁶⁹ Comité d'étude sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (Rapport Bagdley), vol. I et II, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984

⁴⁷⁰ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 71

⁴⁷¹ Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

⁴⁷² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 73 ; en droit français la loi n°2021-478 du 21 avril 2021 est venue intégrer ce principe de différence d'âge de cinq ans entre le mineur de 15 ans et le majeur aux articles 222-23-1 et 222-29-2 du code pénal, ce principe est communément appelé « clause Roméo et Juliette ».

⁴⁷³ Germain DELORS, « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », (2011) *RSC* 817, p. 821, « La mise en place d'une présomption d'absence de consentement aurait la vertu d'éviter la fâcheuse confusion entre éléments constitutifs et circonstances aggravantes des infractions sexuelles ».

les violences sexuelles et sexistes prévoyait une qualification automatique du viol ou de l'agressions sexuelle autre que le viol lorsque la victime était âgée de moins de treize ans⁴⁷⁴. Cette proposition n'a pas été inscrite dans la loi adoptée en août 2018 pour différentes raisons liées au seuil d'âge⁴⁷⁵, ainsi qu'à la présomption de culpabilité que cela induisait⁴⁷⁶. La protection des mineurs en droit français était toujours sous forme de présomption jusqu'à la dernière loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste. Cette loi franchit une nouvelle étape dans la protection des mineurs sans toutefois se doter d'une véritable limite d'âge. Cette réforme incrimine désormais deux situations dans lesquelles l'agression sexuelle et le viol seront systématiquement caractérisés sans qu'il soit nécessaire d'établir l'usage de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise : lorsqu'il existe une différence d'âge d'au moins cinq ans entre le mineur de 15 ans et le majeur d'une part (article 222-23-1 et 222-29-2 code pénal) ; et lorsque l'infraction sexuelle se déroule dans un contexte

⁴⁷⁴ *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Amendement 4 : Reconnaître que toute pénétration sexuelle d'un adulte sur un enfant de moins de 13 ans est un viol puni de 20 ans d'emprisonnement, en insérant un alinéa 3 nouveau à l'article 222-23 du Code pénal : « Le fait par un majeur, d'exercer tout acte de pénétration sexuelle sur la personne d'un mineur de treize ans est également un viol et est puni de vingt ans de réclusion criminelle. » ; Amendement 5 : Reconnaître que toute atteinte sexuelle d'un adulte sur un enfant de moins de 13 ans est une agression sexuelle punie de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende : - En insérant un alinéa 2 nouveau à l'article 222-22 du Code pénal : « Le fait, par un majeur, de commettre une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de treize ans, est également une agression sexuelle ». En modifiant l'article 222-27 du Code pénal : En rédigeant ainsi l'alinéa 1 : « Les agressions sexuelles autres que le viol et l'infraction définie à l'alinéa 2 de l'article 222-22 sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. » En insérant un alinéa 2 nouveau : « L'infraction définie à l'alinéa 2 de l'article 222-22 est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ».

⁴⁷⁵ *Conseil d'état*, Assemblée générale, Section de l'intérieur, Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs, N°394437, séance du 15 mars 2018, par. 19, « Sur le premier point, le Conseil d'État estime que, faute d'éléments déterminants dans un sens ou dans un autre, le seuil de quinze ans constitue, parmi d'autres solutions qui auraient pu être envisagées (certains acteurs ont, par exemple, évoqué l'âge de 13 ans), une option qui ne se heurte à aucun obstacle juridique (...) Même si d'autres repères existent, y compris dans la législation pénale (10, 13 ou 16 ans pour respectivement permettre au juge de prononcer une sanction éducative ou pénale à l'encontre d'un mineur auteur d'une infraction, pour permettre son placement en garde à vue ou pour écarter l'atténuation de sa responsabilité pénale) ou en matière civile (13 ans pour exiger le consentement du mineur à son adoption simple, 16 ans pour disposer de ses biens à titre gratuit), la cohérence du seuil de quinze ans avec l'objectif poursuivi par les dispositions pénales envisagées est difficilement contestable en droit.»

⁴⁷⁶ *Id.*, par. 21, « Certes, le projet de loi n'établit pas directement, comme cela avait été évoqué dans des déclarations publiques, une présomption de culpabilité en considérant, sans autre condition, que tout rapport sexuel entre un majeur et un mineur de quinze ans constitue un viol, du fait de l'absence présumée de consentement de la part de ce dernier. Une telle présomption aurait été très difficilement compatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en dehors du champ contraventionnel, lorsque les faits peuvent raisonnablement induire la vraisemblance de l'imputabilité (c'est le cas, par exemple, des infractions au code de la route relevant de cette catégorie), n'admet qu'« à titre exceptionnel » l'existence d'une présomption de culpabilité en matière répressive. Pour que celle-ci soit jugée constitutionnelle, il faut, d'une part, qu'elle ne revête pas de caractère irréfragable et, d'autre part, qu'elle assure le respect des droits de la défense, c'est-à-dire permette au mis en cause de rapporter la preuve contraire. Ces exigences sont d'autant plus fortes lorsque la présomption est instituée pour un crime (décisions du Conseil constitutionnel n° 99-411 DC du 16 juin 1999, n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011). »

incestueux d'autre part (222-23-2 et 222-29-3 code pénal). Ces évolutions du droit français le rapprochent beaucoup de la pratique canadienne sur cette question.

228. Le cadre légal. À la différence du Code pénal français dans lequel aucun article ne précise la question du consentement pour les mineurs sexuels, le *Code criminel* canadien contient une disposition qui détaille les conditions d'inadmissibilité du consentement pour les mineurs, les conditions étant plus ou moins strictes selon les tranches d'âge⁴⁷⁷. Cet article du *Code criminel* a le mérite de préciser le régime s'appliquant au consentement du mineur ainsi que les exceptions dans lesquelles son consentement est tout de même validé. Une telle clarification du régime n'existe pas en droit pénal français. La section précédente a démontré qu'il en était de même concernant la notion de consentement pour les majeurs. Il semble ainsi que le législateur canadien se fasse un devoir de préciser des notions clés afin d'améliorer l'effectivité et la prévisibilité de la norme dans le domaine des infractions sexuelles. À l'inverse, le législateur français semble se complaire dans un flou juridique qui a des conséquences directes sur l'application de la norme.

229. Régimes spécifiques. Dans les deux pays, la minorité est protégée par deux régimes distincts. Elle fait l'objet de circonstances aggravantes d'une part, et de qualifications attitrées d'autre part. En France, lorsque l'infraction est commise dans un contexte violent avec les quatre *modus operandi* que sont la contrainte, la violence, la menace et la surprise, la minorité de la victime fera l'objet d'une circonstance aggravante⁴⁷⁸. À l'inverse, lorsque l'infraction est commise dans un contexte non violent, la minorité fera l'objet d'une qualification spécifique : l'atteinte sexuelle régie par les articles 227-25 et suivants du Code pénal. Depuis la dernière réforme en date du 21 avril 2021, quatre nouvelles incriminations spécifiques ont été créées pour le mineur sans besoin d'avoir à prouver les quatre *modus operandi*. Ces nouvelles infractions facilitent la répression des viols et des agressions sexuelles sur mineur de 15 ans et des viols et des agressions sexuelles à caractère incestueux sur mineur. Ces nouvelles infractions inscrites aux articles 222-23-1, 222-29-2, 222-23-2 et 222-29-3 du code pénal ont l'avantage des infractions d'atteintes sexuelles car la preuve est facilitée, elles ont également l'avantage des infractions sexuelles dite générale car les peines sont tout aussi élevées. Au Canada, il en est de même. Le *Code criminel* prévoit expressément certaines

⁴⁷⁷ *Code criminel*, art. 150.1.

⁴⁷⁸ Pour le viol, Code pénal, art. 222-24 al. 2 ; pour les agressions sexuelles autres que le viol, Code pénal, art. 222-29-1.

circonstances aggravantes qui intéressent spécifiquement la qualification d'agression sexuelle⁴⁷⁹. Ledit Code prévoit également des infractions spécifiques aux mineurs victimes de violences sexuelles⁴⁸⁰.

230. Spécificité des qualifications d'atteintes et d'infractions sexuelles sur mineur. Concernant spécifiquement les atteintes sexuelles, elles se distinguent des agressions sexuelles prévues aux articles 222-22 et suivants du Code pénal en raison de l'absence des recours aux procédés nécessaires à la consommation de ces dernières. En l'absence de tels procédés la liberté sexuelle d'un majeur ne saurait être atteinte, ainsi les atteintes sexuelles ne concernent que les mineurs.

Les atteintes sexuelles ne sont pas dans la même section du Code pénal que les agressions sexuelles ; elles font parties de la section « la mise en péril des mineurs », on voit donc ici une volonté de protéger spécifiquement les mineurs victimes d'infractions sexuelles. Cette place dans le Code pénal interroge quant à sa légitimité puisque pour être constitué il faut une atteinte effective et non pas une atteinte formelle à l'intégrité sexuelle de la victime contrairement à ce que l'intitulé « mise en péril » peut suggérer⁴⁸¹. Comme beaucoup de notions dans le domaine des infractions sexuelles, le Code pénal ne définit pas précisément le contenu de l'atteinte sexuelle si ce n'est en l'opposant à l'infraction d'agression sexuelle. Ainsi, il s'agit encore d'une notion floue qui peut être expliquée selon Philippe Conte⁴⁸², du point de vue de l'auteur d'une part, et du point de vue de la victime d'autre part. Pour cerner cette qualification, il est nécessaire de faire appel à une interprétation subjective en adoptant le point de vue des protagonistes. Si l'on se penche du côté de l'auteur des faits, la seule différence entre l'atteinte sexuelle et l'agression sexuelle se trouve non pas dans l'acte posé par l'auteur, qui est identique, mais dans le *modus operandi*, à savoir que l'auteur d'une atteinte sexuelle ne doit pas avoir eu recours à de la violence, de la contrainte, des menaces ou de la surprise. Cette distinction est aujourd'hui désuète avec l'introduction des nouvelles incriminations issues de la loi du 21 avril 2021. L'atteinte sexuelle ne peut avoir pour auteur qu'un majeur. Sous l'angle de l'élément moral, l'auteur des faits doit avoir l'intention de commettre une atteinte sexuelle en ayant conscience de la minorité de la victime. Tout comme au Canada, la jurisprudence se montre très exigeante et admet difficilement l'erreur sur l'âge de la victime. Enfin, il faut que le mineur

⁴⁷⁹ *Code criminel*, Art.718.2a)(ii.1) et Art.718.2a)(iii).

⁴⁸⁰ *Code criminel*, art.151 à 155.

⁴⁸¹ P. CONTE, préc., note 13, pp. 184-185.

⁴⁸² P. CONTE, préc., note 13, pp. 185-186.

n'ait pas fait l'objet d'un acte contraignant de la part de l'auteur. Cela signifie que le libre arbitre de la victime n'a pas été affecté par un comportement spécifique de la part de l'auteur, à la différence des infractions d'agressions sexuelles, à l'exception des nouvelles incriminations inscrites aux articles 222-23-1, 222-23-2, 222-29-2 et 222-29-3 du code pénal. Le libre arbitre de la victime est ici invalidé par sa minorité.

231. L'abus sexuel en droit canadien. Au Canada, les violences sexuelles commises sur mineurs sont sanctionnées de deux façons. Elles sont tout d'abord incriminées sous le terme d'« abus sexuel » par la *Loi québécoise sur la protection de la jeunesse*. L'abus sexuel y est défini de la façon suivante : « *L'abus sexuel [est] un geste ou un agissement à caractère sexuel, avec ou sans contact physique, posé par une personne contre un enfant, inapproprié en raison de son âge et de son développement et portant atteinte à son intégrité physique ou psychique.* »⁴⁸³ L'abus sexuel, à la différence de l'atteinte sexuelle, a un champ d'application plus large puisqu'il intègre dans sa définition des atteintes à la valeur protégée sans qu'il y ait nécessairement un contact physique avec la victime. Cette qualification ne relève pas du droit criminel. Elle pourra cependant mener à des mesures de protection de l'enfant telle qu'une mesure de placement.

232. Une pluralité d'infractions sexuelles sur mineurs. En droit criminel, le *Code criminel* canadien prévoit plusieurs infractions sexuelles sur mineurs. Avant de les analyser en détail, il convient d'apporter une précision. Tout comme en France les infractions sexuelles commises sur un mineur ne sont pas incriminées dans la même partie du Code que les agressions sexuelles commises sur les majeurs. Le *Code criminel* incrimine les agressions sexuelles sur majeur dans sa partie VIII intitulée : « Infractions contre la personne et la réputation », et plus spécialement dans une sous partie consacrée aux voies de fait (art. 264.1-278.91). Les agressions sexuelles commises sur mineurs sont incriminées dans la partie V du *Code criminel* intitulée : « Infractions d'ordre sexuels, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite », (art.150-182). On perçoit dans cet intitulé la vision moraliste dans laquelle les infractions sexuelles baignaient de façon traditionnelle. Il apparaît donc que lorsqu'il s'agit de la protection des mineurs cette vision moraliste persiste. Il en est de même en France même si ce n'est pas expressément exprimé.

⁴⁸³ *Protection de la jeunesse*- 073545, [2007] J.Q. No. 16231, par. 141 (C.Q.).

Il existe plusieurs infractions sexuelles prévues dans le *Code criminel*. L'article 151 sanctionne les contacts sexuels sur mineurs⁴⁸⁴, l'article 152 quant à lui prévoit l'hypothèse d'une incitation à des contacts sexuels sur mineurs⁴⁸⁵, enfin l'article 153 sanctionne l'exploitation sexuelle sur mineur⁴⁸⁶. Cette dernière se rapproche dans ses éléments constitutifs de l'infraction d'inceste⁴⁸⁷, ainsi que d'une circonstance aggravante des agressions sexuelles⁴⁸⁸, et trouve également des similitudes avec la notion de contrainte morale⁴⁸⁹ prévue dans le Code pénal français.

233. Différence de qualification selon l'âge du mineur. Au regard des deux majorités évoquées précédemment, à savoir la majorité civile fixée à 18 ans, et la majorité sexuelle fixée à 15 ans en France, le Code pénal incrimine distinctement les atteintes sexuelles commises sur un mineur de 15 ans, prévues à l'article 227-25 du Code pénal ; de celles commises sur un mineur de 15 ans à 18 ans, inscrites à l'article 227-27 dudit Code. Concernant les atteintes sexuelles prévues à l'article 227-25 du Code pénal, l'auteur et la victime doivent répondre à certains critères. L'auteur doit être majeur, et la victime doit être un mineur âgé de moins de quinze ans. Concernant les atteintes sexuelles prévues à l'article 227-27, le Code pénal exige des conditions différentes. L'auteur devra être majeur et avoir sur la victime une autorité de droit ou de fait, hormis le cas des ascendants ; ou abuser de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. La victime quant à elle doit être âgée de quinze à dix-huit ans. Cette protection étendue aux majeurs sexuels se justifie par la qualité de l'auteur majeur qui donne un caractère amoral à l'acte sexuel.

Dans le *Code criminel* canadien, l'article 150.1 exposé précédemment indique que l'âge de l'auteur varie en fonction de l'âge de la victime. Cet article prévoit des moyens de défense basés sur la différence d'âge entre les protagonistes. À la différence du cas français, il s'agira toujours de la même infraction avec les mêmes éléments constitutifs.

234. Éléments constitutifs des infractions sexuelles sur mineurs. Les éléments constitutifs des infractions sexuelles commises sur les mineurs diffèrent de celles commises sur les majeurs. Ces différences s'illustrent particulièrement dans la notion de consentement qui

⁴⁸⁴ *Code criminel*, art. 151.

⁴⁸⁵ *Id.*, art. 152.

⁴⁸⁶ *Id.* art. 153 (1).

⁴⁸⁷ Code pénal, art. 222-31-1 et art. 227-27-2-1.

⁴⁸⁸ *Id.*, art. 222-24 al. 4 ; art.222-8 al. 2.

⁴⁸⁹ *Id.*, art. 222-22-1.

n'est plus un élément constitutif de l'infraction ; dans l'élément moral qui exige la connaissance de la minorité par l'auteur des faits et dans la valeur protégée sous-jacente : la minorité. Dans le cas français, l'auteur sera toujours un majeur ; cela ne sera pas toujours le cas en droit canadien.

235. Les spécificités de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans. L'atteinte sexuelle de l'article 227-25 du Code pénal exige plusieurs éléments constitutifs. Concernant l'élément matériel, il faut l'existence d'une atteinte sexuelle. Cette atteinte sexuelle se compose de tout agissement en rapport avec l'activité sexuelle, cela peut être tout acte de nature sexuelle, qu'il y ait eu ou non pénétration. Concernant l'acte, il est nécessaire qu'il soit matérialisé par un contact physique. Cette précision a été apportée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 7 septembre 2016⁴⁹⁰ qui énonce expressément que la qualification d'atteinte sexuelle même aggravée ne peut être retenue sans contact physique. Cet acte sexuel doit avoir eu lieu dans un contexte non violent ; sans violence, contrainte, surprise ou menace. Concernant l'élément moral, l'atteinte sexuelle est une infraction intentionnelle conformément à l'article 121-3 du Code pénal⁴⁹¹. L'auteur doit avoir la volonté de l'acte et du résultat. Il doit avoir la conscience qu'il commet un acte sexuel, acte qui est considéré comme objectivement immoral, et il doit avoir conscience de la minorité de la victime. Ce dernier point peut poser des difficultés en cas d'erreur sur l'âge. Les juges regarderont si effectivement l'auteur pouvait s'être trompé ou si, en fonction des circonstances et de la personne même de la victime, il était impossible de penser que la victime avait plus de 15 ans. Au Canada, l'auteur devra avoir pris toutes les mesures raisonnables afin d'éviter cette erreur⁴⁹².

236. L'atteinte sexuelle sur mineur de moins de dix-huit ans. L'atteinte de l'article 227-27 diffère en quelques un de ses éléments. Les différences sont relatives aux acteurs. Pour que cette infraction soit constituée, il faut que l'auteur du contact sexuel soit une personne ayant une autorité de droit ou de fait sur la victime, hormis le cas des ascendants pour ne pas entrer en conflit avec les nouvelles incriminations issues de la réforme du 21 avril 2021, ou une personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions. La victime quant à elle doit avoir entre 15 et 18 ans. Comme pour l'infraction précédente il faut le consentement de la victime, et

⁴⁹⁰ Cass. Crim. 7 sept. 2016, n° 15-83.287.

⁴⁹¹ Code pénal, art. 121-3 al. 1 : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. »

⁴⁹² *Code criminel*, art. 150. 1 (4), (5) et (6) ; *R.c. Chapman*, 2016, ONCA 310 ; *R.c.K. (R.A.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 93 (C.A.N.,-B.) ; *R.c.P. (L.T.)* (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (C.A.N., -B.) ; *R. c. Spicer*, 2016 CSC 3, 331 C.C.C. (3d) 155 ; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

que l'acte sexuel ait eu lieu sans l'usage de violence, contrainte, menace ou surprise. C'est une infraction intentionnelle, l'auteur doit avoir voulu cet acte en ayant conscience de la minorité de la victime. On peut se poser la question de la pertinence de cette qualification au regard de sa similarité flagrante avec l'inceste prévue à l'article 227-27-2-1 du Code pénal⁴⁹³ issue de la loi du 14 mars 2016.

237. Les qualifications canadiennes. Au Canada, il existe également différentes qualifications permettant de réprimer les infractions sexuelles sur mineur. Lorsque l'individu est mineur et dans un contexte « classique », la qualification générale est également applicable aux victimes adultes. Il s'agit des qualifications des articles 271, 272 et 273 du *Code criminel*. D'autres dispositions du *Code criminel* canadien incriminent plus spécifiquement les violences sexuelles sur mineurs et visent à contrer l'exploitation sexuelle en prohibant les contacts sexuels avec des enfants de moins de 16 ans (art. 151 et 152), l'exploitation sexuelle des adolescents entendus comme ayant entre 16 ans à 18 ans⁴⁹⁴, ayant une relation de confiance ou d'autorité (art. 153). La *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*⁴⁹⁵ en date du 9 août 2012 a créé deux nouvelles infractions d'ordre sexuel ayant pour victime les mineurs, soit le fait de rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite (art. 171.1) et l'entente ou l'arrangement par un moyen de télécommunication de perpétrer une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant (art. 172.2).

238. La spécificité de l'intention. Chaque infraction sexuelle est constituée en fonction d'éléments constitutifs qui varient d'une incrimination à l'autre. Concernant les contacts sexuels incriminés à l'article 151 du *Code criminel*, cette infraction exige un contact et celui-ci doit être à des fins d'ordre sexuel⁴⁹⁶. L'intention de l'auteur peut être double, il se livre à des attouchements à des fins d'ordre sexuel s'il le fait dans le but d'assouvir ses propres désirs sexuels ou de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne. Afin de déterminer cette finalité, les juges dans leur évaluation de la *mens rea* peuvent se demander si une personne raisonnable aurait pu percevoir le contexte sexuel de l'attouchement⁴⁹⁷. Les juges se livrent ainsi à une appréciation *in abstracto* de l'élément moral. Enfin, l'attouchement sexuel ne pourra être qualifié s'il n'est pas réalisé dans un contexte hostile, d'abus d'autorité ou

⁴⁹³ Code pénal, art. 227-27-2-1.

⁴⁹⁴ *Code criminel*, art. 153. (2) : « Définition de « adolescent »- Pour l'application du présent article, « adolescent s'entend d'une personne âgée de seize ans au moins mais de moins de dix-huit ans ».

⁴⁹⁵ L. C., 2012, ch. 1. (Projet de loi C-10 qui a reçu la sanction royale le 13 mars 2012).

⁴⁹⁶ *R. c. SL.*, (2013) ONCA 176.

⁴⁹⁷ *R. c. Morrissey*, (2011) ABCA 150.

d'atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante⁴⁹⁸. Cette notion d'autorité se retrouve également dans l'atteinte sexuelle inscrite à l'article 227-27 du Code pénal français.

239. Un *modus operandi* particulier. L'incitation à des contacts sexuels incriminée à l'article 152 du *Code criminel*, à la différence de la qualification précédente, n'exige pas pour sa constitution un attouchement⁴⁹⁹. Si attouchement il y a, il peut être tant direct qu'indirect⁵⁰⁰. Cette disposition interdit également la communication. L'auteur doit avoir l'intention de communiquer avec un enfant à des fins sexuelles. La communication doit inviter, engager ou inciter ce dernier à se toucher ou à toucher un tiers. L'accusé doit avoir la volonté que l'enfant reçoive la communication comme une invitation, un engagement ou une incitation à se livrer à la conduite interdite ou savait qu'il y avait un risque injustifié et important que l'enfant reçoive la communication comme une invitation, un engagement ou une incitation à se livrer à la conduite interdite⁵⁰¹. Afin de constituer l'infraction il faut un acte positif et pas uniquement un acquiescement passif⁵⁰². Cette infraction introduisant la communication est similaire à l'infraction introduite dans le Code pénal depuis 2007 à l'article 227-22-1⁵⁰³. Cette incrimination vise à sanctionner les propositions sexuelles à un mineur de 15 ans sur internet. L'intérêt pénologique de ces deux infractions réside dans le fait qu'elles viennent sanctionner un *modus operandi*.

240. Un contexte particulier. L'exploitation sexuelle incriminée à l'article 153 du *Code criminel* sanctionne des attouchements directs ou indirects ainsi que l'incitation à un quelconque contact lorsqu'ils sont commis dans un contexte d'autorité ou de confiance sur un mineur d'au moins 16 ans mais de moins de 18 ans. Cette infraction se rapproche par le contexte et par l'âge de la victime de celle incriminée par l'article 227-27 du Code pénal, à la différence que le champ d'application de cette dernière est strictement limité à un contact physique. Les deux pays suivent la même logique et protègent la minorité au sens civil du terme alors même que l'individu a obtenu la majorité sexuelle lorsque la relation s'insère dans un contexte d'autorité ou de confiance. Concernant le contexte de l'infraction, le juge interprète largement la notion de « situation d'autorité ». En effet, il estime que cette notion ne doit pas être limitée au cas où celle-ci découle d'une quelconque fonction exercée par l'accusé, mais doit s'étendre

⁴⁹⁸ *R. c. Beaumont*, (1999) R.J.Q. 2785 (C.Q.).

⁴⁹⁹ *R. c. Legare* (2008), 58 C.R. (6th) 155, 236 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Alta) ; conf, par [2009] 3 R.C.S. 551.

⁵⁰⁰ *R. c. Fong* (1994), 92 C.C.C. (3d) 171 (C.A. Alta).

⁵⁰¹ *R. c. Legare* (2008), 58 C.R. (6th) 155, 236 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Alta) ; conf, par [2009] 3 R.C.S. 551.

⁵⁰² *R. c. Rhynes* (2004), 186 C.C.C. (3d) 29.

⁵⁰³ Code pénal, art. 227-22-1.

à toute relation où dans les faits, l'accusé exerce un tel pouvoir⁵⁰⁴. La jurisprudence donne certains faits permettant de caractériser la relation de confiance tels que la différence d'âge entre l'accusé et l'adolescent ; l'évolution de leur relation ; le statut de l'accusé dans la relation avec l'adolescent ; le degré de surveillance, d'influence et de persuasion exercé par l'accusé sur l'adolescent ; les attentes des parties concernées, y compris celle de l'accusé, de l'adolescent et des parents de ce dernier⁵⁰⁵. Concernant l'élément moral, l'auteur doit avoir un dessein d'ordre sexuel, cette intention s'appréciera au regard du contexte⁵⁰⁶. Les juges tendent vers une appréciation *in abstracto* circonscrite en estimant qu'en raison du rôle qu'ils jouent à l'égard des jeunes individus, il y a lieu de présumer que les professeurs seront dans la très grande majorité des cas dans une situation d'autorité⁵⁰⁷.

241. Une protection en amont. Les législateurs ne se sont pas contentés de créer des infractions matérielles permettant de protéger le consentement des mineurs, ils sont allés plus loin et ont créé des qualifications formelles permettant de protéger ce consentement avant toute atteinte effective. Ainsi le *Code criminel* contient des dispositions répressives de nature préventive visant à éviter une future atteinte. L'article 161 du *Code criminel* permet d'obtenir une ordonnance qui interdit à une personne déclarée coupable d'une infraction à caractère sexuel de se trouver en présence d'enfants de moins de 16 ans ou d'avoir des contacts par quelque moyen que ce soit lorsqu'on craint que cette personne puisse commettre des infractions à caractère sexuel à l'endroit d'un ou de plusieurs enfants. De plus, le juge pourrait limiter l'utilisation d'internet. Dans le même état d'esprit préventif, les articles 810.1 et 810.2 prévoient l'imposition d'un engagement à une personne à l'égard de laquelle on a des motifs raisonnables de croire qu'elle risque d'agresser sexuellement un enfant âgé de moins de 16 ans ou encore à une personne à l'égard de laquelle on a des motifs raisonnables de croire qu'elle peut commettre des sévices graves à une autre personne.

Dans une finalité préventive similaire, le législateur français sanctionne des comportements provocateurs même si la provocation n'a pas abouti à une quelconque atteinte⁵⁰⁸, ainsi que des infractions visant à favoriser ou tenter de favoriser une atteinte au mineur⁵⁰⁹. La loi du 21 avril 2021 crée deux nouveaux délits de cette nature. En effet, l'article 227-22-2 du

⁵⁰⁴ *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, 48 C.R. (4th) 1, 106 C.C.C. (3d) 481.

⁵⁰⁵ *R. c. Aird*, 2013 ONCA 447.

⁵⁰⁶ *R. c. M.B.*, EYB 2014-241844, 2014 QCCA 1643.

⁵⁰⁷ *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, 48 C.R. (4th) 1, 106 C.C.C. (3d) 481.

⁵⁰⁸ Code pénal, art. 227-28-3.

⁵⁰⁹ *Id.*, art. 227-22.

code pénal réprime le fait pour un majeur d'inciter un mineur, par un moyen de communication électronique, à commettre tout acte de nature sexuelle, soit sur lui-même, soit sur ou avec un tiers, y compris si cette incitation n'est pas suivie d'effet. L'article 227-23-1 du code pénal vient sanctionner le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur.

242. Bilan. Dans ce développement, fut observée la volonté des législateurs français et canadiens de protéger le consentement des mineurs. Ce dessein s'illustre au travers des infractions générales accompagnées de circonstances aggravantes sanctionnant plus sévèrement l'acte sexuel commis sur un mineur, ou encore au travers d'infractions attitrées adaptant leurs éléments constitutifs à la spécificité des victimes les plus jeunes. Ces infractions spécifiques peuvent être divisées en deux catégories au regard du contexte et du statut de l'auteur des faits. D'une part, il existe des qualifications venant réprimer le fait qu'une personne dérobe le consentement d'un mineur inapte à consentir ; d'autre part, il existe des qualifications venant réprimer le fait qu'un individu dérobe le consentement du mineur inapte, en profitant de son statut ou de ses liens avec la victime pour obtenir ce consentement. Ces dernières qualifications sanctionnent les individus ayant un lien d'autorité de droit ou de fait avec le mineur et illustrent toute la porosité du droit pénal en la matière au regard de la qualification d'inceste.

B. La qualification d'inceste protectrice des mineurs dans un contexte « familial »

243. Définition. Afin de protéger les mineurs de façon spécifique et de prendre en considération les conséquences particulières de certaines infractions, les législateurs canadien et français incriminent l'inceste. Avant d'analyser avec attention le régime juridique de cette qualification dans les deux pays, il convient de poser la définition de cette notion aux contours flous. De façon traditionnelle, l'inceste a pour finalité d'interdire les relations sexuelles entre membre d'une même famille.

Le professeur Gérard Cornu définit la notion de deux façons. Au regard du droit civil, l'inceste est l'« *union en vue du mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine* (C. civ., a.161 s.). » Au regard du droit pénal il s'agit du « *rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un ascendant sur un mineur non marié* (C. pén., a, 222-24 s., 227-26 s.) ».

Le dictionnaire de droit québécois et canadien définit l'inceste ainsi : « *Rapport sexuel entre personnes unies par les liens du sang à un degré prohibé par la loi, constituant ainsi un acte criminel pour celle qui connaît l'existence de ces liens* ».

Ces différentes définitions se ressemblent et incriminent le même comportement entre les mêmes protagonistes. Il semblerait que dans la définition légale de l'inceste par le Code pénal français, les potentiels auteurs d'un acte incestueux soient entendus plus largement que dans la conception canadienne. La définition du dictionnaire de droit québécois et canadien apporte une précision absente de celle du professeur Cornu tenant à l'élément moral de l'auteur des faits.

244. Cadre légal. Les deux pays ont intégré la qualification d'inceste dans leur législation. Cette notion n'est cependant pas qualifiée de la même façon.

Le Code pénal français inscrit l'inceste dans trois articles. L'article 222-23-2 incrimine le viol incestueux, l'article 222-29-3 réprime l'agression sexuelle incestueuse⁵¹⁰, tandis que l'article 227-27-2-1 prévoit le caractère incestueux des atteintes sexuelles⁵¹¹. Il est intéressant de remarquer que le Code pénal français ne consacre pas expressément l'infraction d'inceste, mais par une technique d'une portée potentiellement plus large, consacre le qualificatif « incestueux ».⁵¹²

Au Canada, l'inceste est nommé en tant que tel dans la norme l'incriminant à la différence de la France qui a fait le choix de la prudence. Ce choix permet de penser que l'infraction d'inceste n'a pas véritablement franchi le seuil de l'ordonnancement juridique français⁵¹³. Le *Code criminel* canadien consacre de façon moins équivoque l'infraction d'inceste dans son article 155 alinéa 1⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Loi n°2021-478 du 21 avril 2021, Code pénal, art. 222-23-2 : « Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait. » ; art. 222-29-3 : « Hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue une agression sexuelle incestueuse punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait. »

⁵¹¹ Code pénal, art. 227-27-2-1 : « Les infractions définies aux articles 227-25 à 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. »

⁵¹² Stéphane DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », (2010) *Gazette du palais* 10, p.10.

⁵¹³ Id., p.10.

⁵¹⁴ *Code criminel*, art. 155 al. 1.

245. Réintégration difficile de la qualification d'inceste en France. Au Canada, la qualification d'inceste ne semble pas poser de difficultés, elle est ancrée dans le droit criminel de façon pérenne. À l'inverse, en France l'incrimination d'inceste a été absente du droit pénal pendant de nombreuses années avant de faire un retour avorté en 2013, puis un véritable retour en 2016, ce retour est confirmé et accrue par la loi du 21 avril 2021.

Après une longue absence, le retour de l'inceste dans le droit pénal français, impulsé par une volonté d'étendre la protection du mineur victime, a connu de nombreux obstacles. Ce retour fracassant a été permis par plusieurs projets de loi, le premier n'ayant pas survécu au contrôle du Conseil constitutionnel. En premier lieu, la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la prise en charge des victimes d'actes incestueux modifiait l'article 222-31-1 du Code pénal qui disposait : « *les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». L'article 227-27-2 transposait cette qualification d'incestueux à la qualification d'atteintes sexuelles. Ces dispositions quoique portées par une volonté protectrice à l'égard des mineurs étaient dérangeantes au regard de leur imprécision, notamment concernant la notion de « famille ». Cette imprécision ne passa pas inaperçue auprès du Conseil constitutionnel, qui saisit d'une question prioritaire de constitutionnalité, abrogea successivement les articles 222-31-1 et 227-27-2 du Code pénal⁵¹⁵. À la suite de cet échec, le législateur a dû faire quelques modifications. Ainsi, la loi n°2013-711 du 5 août 2013 modifia la rédaction des articles 222-31-2 et 227-27-3 du Code pénal en matière de retrait de l'autorité parentale, pour y supprimer les termes « incestueux ». Cette loi fait un grand pas en arrière et revient au *statut quo* concernant l'incrimination d'inceste. Ces péripéties n'ont pas découragé le législateur qui retravaille la qualification d'inceste dans une proposition de loi relative à la protection de l'enfant déposée au Sénat le 11 septembre 2014. Cette proposition aboutit à la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁵¹⁶. L'intérêt de cette loi réside en son article 44 qui réintroduit la qualification d'inceste dans le Code pénal⁵¹⁷. Cet article rétablit les articles 222-31-1 et 227-27-2-1 tels que retranscrit dans notre paragraphe précédent. Les corrections apportées par le législateur ont permis de préciser les personnes pouvant être auteurs d'actes incestueux en réponse à la QPC. Il n'en reste pas moins

⁵¹⁵ Cons. Const., 16 septembre 2011, n°2011-163 QPC : JurisData n°2011-018689.

⁵¹⁶ LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

⁵¹⁷ LOI n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, art.44, I, 1°,a, et 2°,a.

que pour la majorité de la doctrine ces dispositions restent critiquables. Elles le sont pour plusieurs raisons. Beaucoup critiquent son caractère purement symbolique⁵¹⁸. La qualification du caractère incestueux de certains actes sexuels conformément aux nouveaux articles 222-31-1 et 227-27-2-1 du Code pénal instaure une « sur-qualification », sans incidence sur la peine encourue. En France, cette sur-qualification questionne quant à son intérêt puisqu'il existe déjà des circonstances aggravantes prenant en compte ce contexte incestueux. En effet, l'alinéa 4 de l'article 222-24 prévoit que l'infraction de viol est aggravée « *lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* ». L'alinéa 2 de l'article 222-28 prévoit la même circonstance aggravante pour les agressions sexuelles autres que le viol ; enfin, l'alinéa 1 de l'article 227-26 aggrave pour les mêmes circonstances l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur. Le seul apport des actes incestueux incriminés aux articles 222-31-1 et 227-27-2-1 réside dans le fait qu'à la différence de la circonstance aggravante, l'alinéa 2 prévoit que peut être auteur de ces actes « un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu, ou une nièce ». En dépit de tous les efforts déployés par l'AIVI, les cousins ne sont pas concernés car il n'existe pas d'interdiction au mariage entre cousins. Cette incrimination se limite aux actes commis par un ascendant sur un descendant, ainsi un fils commettant un viol sur sa mère ne pourra être sanctionné au titre de l'inceste. Le législateur ne crée pas de crime spécifique mais une surqualification d'infractions déjà existantes : le viol et l'agression sexuelle. Cela implique qu'il faudra toujours rechercher l'absence de consentement de la victime, et ce, quel que soit son âge ; sauf pour les atteintes sexuelles qui restent soumises au même régime concernant le consentement. Cette qualification d'inceste n'emporte donc aucune conséquence répressive en ce sens qu'elle n'accroît pas la peine prévue. Cependant, les articles 222-31-2⁵¹⁹ et 227-27-3⁵²⁰ prévoient le retrait total ou partiel de l'autorité parentale lorsque ces actes incestueux ont été commis par un individu titulaire de l'autorité parentale sur le mineur. Cette mesure revêt tous les aspects d'une peine complémentaire, ainsi à l'inverse de ce que soutient la doctrine majoritaire, cette nouvelle qualification a tout de même un versant répressif néanmoins très limité. La portée largement symbolique de ces articles n'est pas dérangeante outre mesure en ce qu'elle répond au besoin de reconnaissance et de réparation symbolique des victimes d'une part, et illustre la fonction expressive du droit pénal d'autre part.

La loi du 21 avril 2021 renforce et réorganise les règles relatives à l'inceste. Cette notion

⁵¹⁸ Agathe LEPAGE, « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », (2016) *Droit pénal* 17, p.17 et s. ; Jean-Baptiste PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal », (2016) *RSC* 383, p. 383.

⁵¹⁹ Code pénal, art. 222-31-2.

⁵²⁰ Code pénal, art. 227-27-3.

fait son entrée dans les intitulés de la section 3 : « Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles » et du paragraphe 1 « Du viol et du viol incestueux ». L'énumération des cas dans lesquels la qualification « d'incestueux/se » peut être retenue, en cas de viol et d'agression sexuelle, est déplacée pour figurer désormais dans la partie générale consacrée à la définition du périmètre des agressions sexuelles. Enfin, le paragraphe 3, qui rassemblait toutes les dispositions relatives à l'inceste, abrite dorénavant des dispositions communes aux viols et aux agressions sexuelles en cas d'inceste. Cette réorganisation de la place de l'inceste dans le code consacre son autonomie et surpasse son simple effet symbolique précédemment critiqué. *A fortiori*, le viol incestueux et l'agression sexuelle incestueuse est assortie d'une peine. Le viol incestueux est désormais puni de vingt ans de réclusion criminelle conformément au nouvel article 222-23-3 du code pénal, tandis que l'agression sexuelle incestueuse est punie de dix d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende en vertu du nouvel article 222-29-3 du code pénal.

Le nouvel article 222-22-3 accroît le champ d'application de l'inceste en étendant la liste de personnes pouvant être auteur d'inceste, en y ajoutant le grand-oncle et la grande-tante.

246. Un champ d'application différent. L'incrimination d'inceste ne recouvre pas le même champ d'application dans les deux pays. Au Canada, l'application de l'inceste est strictement limitée aux individus étant liés par des liens sanguins ; à la différence de la France où l'inceste est élargi à la famille « sociale » et donc s'applique à des auteurs n'étant pas liés aux victimes par le lien du sang. Ces différences induisent des critiques à l'égard du modèle français qui ne respecte pas la définition traditionnelle du terme d'inceste et ainsi manque de cohérence⁵²¹. Jusqu'à la Loi du 3 août 2018, la France faisait l'objet d'une autre critique puisqu'elle limitait le champ d'application de l'inceste aux seuls mineurs, laissant ainsi les majeurs, victimes d'inceste sans protection⁵²². Depuis cette loi, l'article 222-31-1 du Code pénal s'applique tant à la victime mineure que majeure. Le spectre de protection demeurait cependant limité en droit français puisque la qualification d'inceste ne faisait l'objet d'aucune peine. Cette limite n'existe plus depuis la loi du 21 avril 2021, puisque le viol incestueux est réprimé par l'article 222-23-3 de vingt ans de réclusion criminelle, et l'article 222-29-2 sanctionne l'agression sexuelle de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Ces peines peuvent être aggravées par différentes circonstances. Au Canada, l'inceste est passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de cinq ans si l'autre

⁵²¹ A. LEPAGE, préc., note 518, pp. 18-19 ; J-B. PERRIER, préc., note 518, p.384.

⁵²² A. LEPAGE, Id., pp. 19-20 ; J-B. PERRIER, Id., p.384.

personne est âgée de moins de seize ans⁵²³. La conception de l'inceste au Canada semble plus limitée dans sa matérialité à la différence du cas français. En effet, le *Code criminel* énonce que l'inceste nécessite une pénétration quelconque entre personne reliées par les liens du sang⁵²⁴.

247. Bilan. Dans le but de protéger la minorité, les législateurs français et canadiens sont proactifs, ils ont ainsi mis en place divers moyens, plus nombreux que ceux protégeant les majeurs. Cette multiplicité des qualifications et des sources pose la question de leur clarté ainsi que de leur effectivité. Cette pluralité d'infractions aux contours flous, créant parfois de la redondance, interroge face au principe de prévisibilité de la loi. La multitude de dispositions sur un même objet est rarement source d'efficacité juridique et de sécurité. Au regard du développement précédent, il semble que le Canada ait opté pour des dispositions moins dispersées et plus claires, ne se confondant pas entre elles à la différence du système français. Cette dispersion à la française a été freinée grâce à la réforme du 21 avril 2021.

II. UNE EFFECTIVITE DE LA NORME MISE EN DANGER PAR LA MULTIPLICITE DES QUALIFICATIONS PROPRE A LA MINORITE

248. Contextualisation. La multiplication des incriminations et des régimes spéciaux instaure une confusion dans la lecture et l'application de la norme. En effet, comment savoir avec précision quelle qualification choisir ? Pour quels individus et dans quel contexte ? Cette diversité des incriminations crée une porosité entre les infractions sexuelles applicables aux mineurs (B). Cette confusion est davantage marquée en France qu'au Canada, ce dernier ayant fait le choix de la précision et de la clarté. La perméabilité des infractions concernant les jeunes individus met en danger l'effectivité de la norme. Cette dernière n'est pas toujours appliquée de la façon escomptée, allant ainsi à l'encontre du principe de prévisibilité de la norme pénale ; elle ne produit pas non plus les finalités prévues par le législateur à savoir la protection accrue des mineurs. Ces conséquences dommageables peuvent trouver l'une de leurs causes dans une vision morale du phénomène, entraînant le législateur et les juges à mettre en place des mesures davantage moralistes que protectrices (A). Cette volonté sous-jacente de protéger les mœurs

⁵²³ *Code criminel*, art. 155 al. 2.

⁵²⁴ *Code Criminel*, Art. 4(5) et art. 155.

transparaît dans les infractions contre les mineurs mettant en danger l'application de la norme et son efficacité.

A. L'effectivité mise en danger par une vision morale de la sexualité des mineurs

249. État des lieux. La protection accrue du mineur telle qu'analysée précédemment se justifie au regard de nombreuses considérations et principes. Cette personnalisation de la norme pénale devient dérangeante au regard notamment du principe d'égalité⁵²⁵, lorsqu'elle ne vise pas uniquement un accroissement de la protection mais revêt un caractère moral attribuant à la norme un versant subjectif injustifié. La hausse de l'âge de la majorité sexuelle illustre cette problématique. Au Canada, cette hausse s'intègre dans une politique conservatrice, puis dans la protection spécifique des mineurs sexuels. Cette vision morale de la protection du mineur n'est pas totalement injustifiée, le droit pénal se doit de protéger l'ordre public. À cette fin, il se doit de sanctionner des comportements asociaux qui mettent en péril l'ordre social. Là où cette vision morale devient dérangeante c'est lorsqu'elle ne produit aucun effet juridique, annulant ainsi l'effectivité de la norme et violant le principe de nécessité du droit pénal⁵²⁶.

250. Illustration de la vision morale. Cette vision morale teintant les infractions sexuelles commises sur un mineur se retrouve expressément dans l'infraction d'atteinte à la moralité d'un mineur prévue à l'article 227-24⁵²⁷ du Code pénal introduite par la Loi n°2014-1353 en date du 13 novembre 2014.

251. Une hausse de l'âge du consentement dénuée d'effets protecteurs. En droit canadien, la façon de définir le consentement est étroitement liée à l'objectif de protection de l'autonomie de l'individu⁵²⁸. La volonté du législateur de protéger le concept d'autonomie sous-

⁵²⁵ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789, Art. 6

⁵²⁶ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, Art. 5 et Art. 8 ; Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Éd. Flammarion, 1965, pp. 12-13 : « C'est donc la nécessité seule qui a contraint les hommes à céder une partie de leur liberté; d'où il suit que chacun n'en a voulu mettre dans le dépôt commun que la plus petite portion possible, c'est-à-dire, précisément ce qu'il en fallait pour engager les autres à le maintenir dans la possession du reste ».

⁵²⁷ Code pénal, art. 227-24.

⁵²⁸ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p.29

tend toute interprétation de la notion de consentement⁵²⁹. Par conséquent, on observe une prohibition de toutes les activités sexuelles dans lesquelles l'autonomie de l'individu pourrait être menacée. Cette interdiction peut porter atteinte à l'autonomie sexuelle des individus dans certaines situations. En effet, cette conception du consentement fondée sur l'autonomie de l'individu instaure une tension entre d'une part, la liberté sexuelle et d'autre part, la protection de l'intégrité sexuelle⁵³⁰. On observera que c'est toujours la protection de l'intégrité sexuelle de l'individu qui l'emporte, au détriment de la liberté sexuelle. Cet état du droit entraîne des solutions absurdes, dénuées de tout fondement⁵³¹, certaines allant même à l'encontre de l'intérêt des femmes et des minorités sexuelles⁵³².

252. Une intrusion injustifiée dans la sexualité des mineurs ? Cette interdiction de certaines activités sexuelles s'applique particulièrement à la sexualité des mineurs. En 2008, la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*⁵³³ augmente l'âge du consentement des adolescents à une activité sexuelle, cet âge est désormais porté à seize ans. Désormais, les jeunes âgés de quatorze à seize ans ne peuvent plus consentir à des contacts sexuels avec des individus « trop âgés ». ⁵³⁴ Cette loi avait pour objectif affiché d'améliorer la protection des jeunes contre l'abus et l'exploitation sexuelle⁵³⁵. Dans la pratique, son résultat est tout autre. En effet, cette loi n'a aucune influence concrète sur la protection de l'intégrité sexuelle des jeunes⁵³⁶. Le droit canadien affirme depuis longtemps l'illégalité des abus sexuels sur les mineurs, ainsi la hausse de l'âge du consentement sexuel ne produit aucun effet juridique sur cette réalité. À l'inverse, elle restreint de façon déraisonnable l'autonomie sexuelle des victimes et masque la réalité selon laquelle la grande majorité des abus sexuels sur mineurs se passent dans le cadre familial⁵³⁷. Cette réalité est prise en compte de façon aiguisée par le législateur français, trouvant son illustration dans la nouvelle incrimination des actes incestueux, qui définit la famille d'une façon large afin de prendre en considération les nouveaux modes de vie des individus. Cette

⁵²⁹ Elaine CRAIG, « Capacity to Consent to Sexual Risk » (2014) 17 *New Crim. L. Rev.* 103 ; R. c. *Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par.28 : « Le pouvoir de l'individu de décider qui peut toucher son corps et de quelle façon est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le Code témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. La Common Law reconnaît depuis des siècles que le droit d'un individu à son intégrité physique est un principe fondamental (...) Par conséquent, tout attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel. »

⁵³⁰ E. CRAIG, préc., note 529.

⁵³¹ J. DESROSIERS et D. BERNIER, préc., note 466.

⁵³² E. CRAIG, préc., note 529.

⁵³³ Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c.6.

⁵³⁴ J. DESROSIERS et D. BERNIER, préc., note 466, p. 649 ; *Code criminel*, article 150.1.

⁵³⁵ Id., p. 639.

⁵³⁶ Id., p. 651.

⁵³⁷ Id., p. 651.

considération s'illustre également dans la notion de contrainte morale nouvellement introduite dans le Code pénal, puis élargie par la loi du 3 août 2018.

253. La réponse à des besoins non juridiques. La loi canadienne de 2008 révèle un élan de populisme pénal⁵³⁸, ces effets sont purement répressifs et restrictifs quant à la liberté sexuelle des jeunes. Elle entrave l'autonomie sexuelle des individus sans garantir comme contrepartie une meilleure protection de leur intégrité sexuelle. Selon les auteurs Julie Desrosiers et Dominique Bernier, cette loi ne se fonde sur aucune base scientifique⁵³⁹. La question qui se pose est la suivante : comment répondre de façon pertinente à la problématique sociale des agressions sexuelles si les réformes juridiques sur ce sujet ne sont pas assez documentées et manquent par conséquent de pertinence ? La réforme de 2008 n'emporte aucun effet sur la problématique sociale des agressions sexuelles au Canada, à l'inverse, la criminalisation de la sexualité adolescente est un risque réel⁵⁴⁰. Ce risque est moins présent en France, les relations sexuelles entre mineurs étant moins stigmatisées.

254. Une protection de la moralité sexuelle. L'effet de la réforme de 2008 ne réside pas dans la protection concrète des individus contre les agressions sexuelles ; son effet en pratique s'illustre par un renforcement de la moralité sexuelle⁵⁴¹. Cette résultante constitue un *effet pervers* de la norme, pour reprendre la formule du sociologue Raymond Boudon. Ces normes juridiques encadrant les agressions sexuelles ne s'adaptent ni à la réalité ni au contexte particulier de certaines activités sexuelles⁵⁴². En effet, ces interdictions devraient être fondées sur le risque trop élevé d'infliction de lésions corporelles, plutôt que sur le fait que cette activité sexuelle ne réponde pas à un but social ; ou par le fait que cet acte sexuel soit présumé exploitant ou immoral. En suivant un raisonnement logique, si le but de la règle est d'interdire toute relation sexuelle instituant une exploitation, elle devrait exclure de son champ d'application les relations mutuellement désirées⁵⁴³. Ces interdits menacent la liberté des femmes ainsi que celle des minorités sexuelles. Par ces limites, on constate l'échec du droit criminel dans sa mission de protection de l'individu. Il semble nécessaire pour le droit criminel de réévaluer la conception du lien existant entre la liberté sexuelle et l'intégrité sexuelle. La loi entrevoit actuellement ce lien du point de vue de la morale alors qu'il serait plus pertinent de l'entrevoir

⁵³⁸ Id., p. 651.

⁵³⁹ Id., p. 661.

⁵⁴⁰ Id., p. 661.

⁵⁴¹ E. CRAIG, préc., note 529, p. 134.

⁵⁴² Id., p. 134.

⁵⁴³ Id., p. 120.

sous l'angle de l'exposition à un risque⁵⁴⁴. Cette dernière vision, plus objective permettrait de rationaliser ainsi que d'accroître la protection effective des mineurs.

255. Des défauts distincts, un échec commun. L'échec du droit canadien dans la protection des mineurs victimes d'agressions sexuelles, du fait d'une interprétation moraliste du phénomène trouve son équivalence en France dans l'incapacité du droit pénal français à protéger les mineurs d'une façon effective. Cette lacune dans l'effectivité s'explique par la porosité des incriminations.

B. L'effectivité mise en danger par la multiplicité des qualifications

256. Confusion entre élément constitutif et circonstance aggravante. La première confusion apparente réside dans le fait que les deux pays érigent la minorité comme circonstance aggravante des infractions sexuelles d'une part et, d'autre part, créent des infractions sexuelles spécifiques s'appliquant uniquement aux mineurs. Il est légitime de se demander si cela n'instaure pas une redondance. Cette apparente répétition des normes est en principe anéantie par la différence des *modus operandi* propres à l'infraction principale qui se trouve aggravée par la minorité, et par ceux exigées pour constituer les infractions attitrées. Cette distinction existe clairement au Canada mais se trouve mise en péril en France par l'intégration des éléments constitutifs des atteintes sexuelles sur mineur dans les moyens constitutifs des agressions sexuelles dites violentes. À titre d'illustration, deux exemples sont révélateurs. Le premier est constitué par la notion de contrainte morale créée par la loi du 8 février 2010 et intégrée à l'article 222-22-1 du Code pénal⁵⁴⁵. Le second exemple s'illustre dans l'interprétation jurisprudentielle de la notion de surprise qui a permis de déduire du très jeune âge de la victime l'élément de surprise⁵⁴⁶. Cette dernière décision porte atteinte au caractère normalement objectif de la détermination légale du seuil d'âge de la minorité⁵⁴⁷, puisque si la minorité sexuelle est en dessous de quinze ans, aucune précision chiffrée n'encadre la notion de « très jeune âge ». Cette imprécision a un double effet, elle permet une adaptation de la règle

⁵⁴⁴ Id., p. 134.

⁵⁴⁵ Y. MAYAUD, « Rebondissement sur la structure matérielle des infractions sexuelles », (2015) *RSC* 86.

⁵⁴⁶ Crim. 7 décembre 2005, n°05-81.316

⁵⁴⁷ J-C. SAINT-PAU, préc., note 464, p.4.

de droit aux cas particuliers d'une part ; elle crée un arbitraire judiciaire d'autre part. L'inquiétude quant à ce deuxième effet est grande puisque cette déduction est désormais inscrite dans le Code pénal et s'applique également à la contrainte morale⁵⁴⁸.

257. Confusion entre éléments constitutifs. La seconde confusion réside dans la similitude entre les éléments constitutifs de l'atteinte sexuelle sur les mineurs âgés de 15 à 18 ans prévue à l'article 227-27 du Code pénal et la notion de contrainte morale énoncée à l'article 222-22-1. Ce dernier dispose que : « *La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur* ». Ces deux articles se confondent également avec l'infraction d'inceste nouvellement introduite dans le Code pénal. La porosité avec l'infraction d'inceste est strictement limitée par la dernière réforme en date du 21 avril 2021 qui encadre chaque incrimination dans son champ d'application avec la formule « *hors les cas de* ». Cette formule théorique semble pouvoir éviter toute perméabilité entre les différents textes applicables aux mineurs.

258. Une imperméabilité assurée au Canada. Cette porosité est moins perceptible au Canada. Par exemple, l'infraction d'exploitation sexuelle inscrite à l'article 153 du *Code criminel* et l'inceste prévue en son article 155, s'appliquent toutes deux lorsque l'auteur est lié à la victime par des liens biologiques⁵⁴⁹ ; elles se distinguent par leur matérialité. En effet, l'exploitation sexuelle englobe des touchers tandis que l'inceste nécessite une pénétration.

259. Incohérences. Les éléments précédemment développés révèlent une incohérence du cadre juridique français relatif aux infractions sexuelles sur mineur. Cette incohérence se concrétise en France par une confusion des différentes qualifications. Cette

⁵⁴⁸ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 - art. 2, Code pénal, art. 222-22-1 al.3 : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. »

⁵⁴⁹ R. c. L. (R.), EYB 2010-169114, 2010 QCCA 173 : « Les liens biologiques ne sont pas en soi déterminants pour conclure à une situation de confiance » ; R. c. L. (R.), EYB 2008-129307, 2008 QCCA 243 : « Ce n'est pas uniquement en raison de son statut d'oncle que l'accusé était en situation de confiance vis-à-vis de sa nièce, mais également en raison de la relation particulière qu'il entretenait avec celle-ci ».

confusion affecte la distinction existante entre les circonstances aggravantes liées à l'ascendance et à l'autorité avec les qualifications d'inceste et d'atteinte sexuelle incriminée à l'article 227-27 du Code pénal. Une confusion existe également entre la contrainte morale, élément constitutif des agressions sexuelles⁵⁵⁰, et la circonstance aggravante fondée sur l'autorité de droit ou de fait⁵⁵¹. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer sur ce conflit apparent lors d'une question prioritaire de constitutionnalité en date du 6 février 2015⁵⁵². Ce dernier a considéré que l'article 222-22-1 du Code pénal définissant la contrainte morale, était conforme à la Constitution⁵⁵³. En dépit de cette décision de conformité, les deux articles cités créent un flou de qualification.

260. Des incohérences justifiées ? La multiplicité des qualifications se justifie par une nécessité de renforcer la protection du consentement du mineur en raison de sa fragilité. Cette protection s'illustre au Canada par le *quantum* de la peine qui est équivalent ou supérieur aux peines prévues pour les infractions sexuelles génériques. Cette logique répressive ne se retrouve pas en France. Ainsi la qualification d'atteinte sexuelle est souvent moins protectrice que la circonstance aggravante. Consciente de ces limites, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence et a élargi la notion de contrainte et de surprise afin d'y intégrer le jeune âge de la victime⁵⁵⁴. Cette intégration a été reprise par le législateur dans sa Loi du 3 août 2018. Cette évolution qui élargit le champ d'application des incriminations des agressions sexuelles réduit d'autant plus l'utilité des incriminations d'atteinte sexuelle. La loi du 21 avril 2021 en créant deux nouvelles infractions visant à protéger les mineurs limite davantage le champ d'applications des atteintes sexuelles, tout en renforçant leur protection.

⁵⁵⁰ Code pénal, art. 222-22-1.

⁵⁵¹ Id., art. 222-30, al. 2.

⁵⁵² Décision n° 2014-448 QPC du 6 février 2015.

⁵⁵³ Id., « 7. Considérant qu'en précisant que la contrainte peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime, la seconde phrase de l'article 222-22-1 du code pénal a pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte ; qu'elle n'a en conséquence pas pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction ; qu'il s'ensuit que, dès lors qu'il ne résulte pas de ces dispositions qu'un des éléments constitutifs du viol ou de l'agression sexuelle est, dans le même temps, une circonstance aggravante de ces infractions, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de légalité des délits ; que, par suite, le grief tiré de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines doit être écarté » ; « 9. Considérant qu'en disposant que la contrainte, constitutive du crime de viol ou du délit d'agression sexuelle, « peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime » alors que, par ailleurs, la peine encourue par l'auteur de ces infractions est aggravée lorsqu'il a, sur la victime, une autorité de droit ou de fait, les dispositions contestées n'instituent pas une sanction pénale qui méconnaît les principes de nécessité et de proportionnalité des peines », Source : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2014448QPC.htm>.

⁵⁵⁴ G. DELORS, préc., note 473, p. 819.

261. Des incohérences à contrer. Dans le but d'accroître l'effectivité des incriminations sexuelles sur mineur, il serait pertinent d'instaurer plus clairement en France, le principe de non-consentement⁵⁵⁵. Ce principe existe au Canada, à cet effet la limite d'âge est fixée à douze ans. Dans le cadre du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes de l'Assemblée nationale avait proposé de fixer cette limite d'âge à treize ans⁵⁵⁶. Cette proposition n'a pas été adoptée par la Loi du 3 août 2018. Par conséquent, le principe de non-consentement n'est toujours pas inscrit dans le Code pénal français. En lieu et place d'un tel principe, le législateur a créé une nouvelle présomption amenant avec elle un accroissement du flou juridique entourant la protection sexuelle des mineurs. Cette présomption est énoncée de la façon suivante : « *Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes.* »⁵⁵⁷ Ce nouvel alinéa soulève de nombreuses questions. La circulaire d'application en date du 3 septembre 2018 précise que le principal critère qui devra être pris en compte afin d'apprécier l'existence d'une contrainte morale ou d'une surprise lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans sera celui du **discernement** de la victime et de sa capacité à consentir ou non à une atteinte sexuelle⁵⁵⁸. Or comment qualifier l'absence de discernement du mineur ? Cette notion semble emporter avec elle une certaine instabilité en imposant un raisonnement casuistique aux juges ainsi qu'aux experts ; ces derniers verront leurs interventions se multiplier. La circulaire d'application vient apporter quelques pistes. Tout d'abord, le discernement recherché est circonscrit à la sexualité, ainsi on recherche si le mineur est doté du discernement sexuel, et pas du discernement en général⁵⁵⁹. Ensuite, la circulaire évoque une autre piste d'interprétation, du fait de cette référence à la notion de discernement nécessaire, les qualifications de viol ou d'agression sexuelle devraient normalement être retenues à chaque fois que seront victimes d'atteintes sexuelles les mineurs les plus jeunes⁵⁶⁰. Cette précision illustre le peu d'avancées apportées par cette loi. En effet, cette forme de présomption fondée sur le très jeune âge de la

⁵⁵⁵ William ROUMIER, « Infractions sexuelles- Lutte contre le viol : état des lieux et réformes à venir », veille, 4 avril 2018, Droit pénal n°4, alerte 13.

⁵⁵⁶ Id..

⁵⁵⁷ Code pénal, art. 222-22-1 al. 3.

⁵⁵⁸ Ministère de la justice, Circulaire CRIM/2018-10/H2-03.09.2018, « Présentation de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », p. 4.

⁵⁵⁹ Id., p. 5.

⁵⁶⁰ Id., p. 5.

victime avait déjà été inscrite dans le droit positif⁵⁶¹. Ce flou terminologique apporté par la notion de discernement associé à un manque de précisions permettant de la qualifier peut amener à penser qu'il sera plus facile pour un juge de choisir la qualification d'atteinte sexuelle. Cette dernière posant moins de difficultés d'interprétation que la qualification d'agression sexuelle.

262. Un besoin d'éclaircissement. Afin de contrer cette approximation terminologique emportant avec elle un conflit de qualification, deux solutions sont envisageables. La première consiste à définir précisément ce qu'il convient d'entendre par « abus de vulnérabilité », et par « discernement nécessaire ». Ce travail de définition permettrait de respecter le principe de prévisibilité du droit pénal. La seconde solution serait d'instaurer, comme au Canada, un seuil d'âge, fixé à douze ans, en dessous duquel aucune activité sexuelle n'est autorisée. Il devra s'agir d'une présomption réfragable afin de respecter les droits de la défense. Cette seconde solution a été rejetée par le gouvernement pour les raisons exposées plus tôt⁵⁶². La plus marquante est celle liée à la présomption de culpabilité. Il est ainsi ironique de voir que cette présomption de culpabilité a été reconfirmée par la loi du 3 août 2018 à l'égard des mineurs les plus jeunes. On peut légitimement penser qu'une telle présomption ne contredit pas systématiquement la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque toute présomption en droit pénal est par essence réfragable ; par conséquent, en conformité avec les droits de la défense.

La loi du 21 avril 2021 n'instaure toujours pas de limite d'âge en dessous de laquelle le mineur ne pourrait jamais consentir à un acte sexuel. Toutefois cette loi crée deux situations dans lesquelles le mineur est considéré comme inapte à consentir et dans lesquelles le viol ou l'agression sexuelle sera systématiquement caractérisée sans avoir à apporter la preuve d'un *modus operandi*. La première situation est celle où le mineur est âgé de moins de 15 ans et où l'auteur majeur a au moins cinq ans de plus, dans ce cas-là le viol (art. 222-23-1) et l'agression sexuelle (art. 222-29-2) seront constituées. La seconde situation est celle du viol incestueux et de l'agression sexuelle incestueuse, dans ce cas de figure le mineur est considéré inapte à consentir.

⁵⁶¹ Crim. 7 décembre 2005, n°05-81.316

⁵⁶² Conseil d'état, Assemblée générale, Section de l'intérieur, Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs, N°394437, séance du 15 mars 2018, par. 19-21.

263. Bilan. Cette analyse a révélé la prise en considération croissante des particularités de la victime dans la qualification des infractions sexuelles. D'un point de vue victimologique, cette intégration est conforme à leur besoin de reconnaissance à deux niveaux. Elle reconnaît la spécificité de la victime, ainsi que les conséquences de la violence sexuelle sur la victime. Cette intégration bien qu'honorable s'accompagne d'une confusion qui atteint l'effectivité de la norme ainsi que de nombreux principes du droit pénal tels que l'égalité entre les justiciables ou encore le principe de nécessité, notamment. L'intégralité des développements précédents a permis de mettre en lumière l'instauration d'un certain flou tant dans les qualifications que dans la classification des infractions sexuelles dans les deux pays.

Section 2 : Vers l'instauration d'un flou juridique⁵⁶³: une mise en danger de l'effectivité

264. Objet de la démonstration. Dans cette section, l'argumentaire aura pour finalité la démonstration des grandes évolutions du droit criminel canadien et du droit pénal français relatives aux violences sexuelles, telles qu'analysées précédemment – évolutions qui s'illustrent par un surinvestissement législatif et jurisprudentiel – qui sont venues instaurer une certaine complexité ; parasitant ainsi la lecture et la compréhension des normes. De cette complexité, résulte une atteinte à l'effectivité du droit en la matière. En effet, l'une des hypothèses récurrentes dans les études théoriques et empiriques sur l'effectivité postule que la clarté, la précision et l'univocité des termes d'une norme juridique sont autant de facteurs d'effectivité⁵⁶⁴. *A contrario*, le caractère équivoque et ambigu est perçu comme un facteur renforçant le risque d'ineffectivité⁵⁶⁵.

265. Rappel sur la notion d'effectivité. Il convient ici de rappeler brièvement quelle définition de la notion d'effectivité a été retenue dans le cadre de cette étude. L'acception mobilisée est celle adoptée par les auteurs François Ost et Michel Van de Kerchove selon lesquels l'effectivité s'illustre par les effets de la règle de droit sur le comportement des destinataires ; ces effets étant souhaités par le législateur⁵⁶⁶. À cette définition, s'ajoute l'approche de Yann Leroy selon lequel l'effectivité ne s'évalue pas au respect de la règle de droit, mais s'analyse par la circonstance qu'elle puisse être utilisée⁵⁶⁷. En d'autres termes, afin d'évaluer l'effectivité des normes, il convient d'observer les effets de celles-ci sur les comportements de ses destinataires, d'une part ; et de vérifier si le législateur a mis en place les conditions nécessaires permettant aux normes de produire leurs effets, d'autre part. Au regard de cette double analyse, cette partie tentera de répondre à la question suivante : *les réformes précédemment analysées ont-elles permis d'octroyer à leur destinataire les moyens leur permettant de les mobiliser et de permettre ainsi aux normes de produire leurs effets ?* Cette

⁵⁶³ Mireille DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.

⁵⁶⁴ V. DEMERS, préc., note 130, pp. 30-31.

⁵⁶⁵ Id., p. 30.

⁵⁶⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 128, p. 329 : « la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur »

⁵⁶⁷ Y. LEROY, préc., note 123, p. 725 : « ce qui compte, ce n'est pas que la règle de droit soit respectée, appliquée, mais c'est la circonstance qu'elle puisse être utilisée, mobilisée par les sujets de droits ou les autorités étatiques d'application ».

question débouche inévitablement sur une autre interrogation : *quels sont les réels effets de ces réformes ?*

266. Flou juridique. Le mot « flou » désigne *le caractère de ce qui est peu net, fondu, léger*⁵⁶⁸. Si l'on transpose cette définition au domaine juridique, cela signifierait que les normes pénales entachées de flou, sont des normes qui manquent de clarté, entraînant comme effet direct une certaine imprévisibilité du droit. Dans son ouvrage dédié au flou du droit, l'auteure Mireille Delmas-Marty distingue deux sortes de flou : un flou conceptuel et un flou opérationnel⁵⁶⁹. Le **flou conceptuel** s'apparente à un flou notionnel, le contenu de la norme manque ainsi de clarté. Afin d'illustrer la notion de flou conceptuel, il convient de citer les notions de surprise et de contrainte morale en droit français. Ces deux notions sont imprécises, elles ne sont pas définies, elles sont par conséquent sujettes à de nombreuses interprétations. Concernant le **flou opérationnel**, la définition donnée par Mireille Delmas-Marty s'applique uniquement dans le cas de la transposition par un État d'une norme européenne ou internationale. Il convient ainsi d'adapter cette notion à notre étude. Dans le cadre national, le flou opérationnel pourrait se définir comme un flou dans l'application de la norme, s'illustrant par le libre arbitre accordé au juge d'interpréter la norme en fonction des circonstances de l'espèce. Par conséquent, l'application de la norme ne sera pas toujours uniforme en fonction du contexte mais aussi en fonction des juridictions. Pour illustrer ce flou opérationnel, il est intéressant de rester sur le même exemple. Les notions de contrainte morale et de surprise sont interprétées très librement par les juges⁵⁷⁰, allant parfois à l'encontre de l'interprétation initiale. Afin d'affiner notre compréhension du terme « flou », il est important de l'opposer à la notion de « flexibilité ». La flexibilité fait référence à l'adaptabilité du droit. Si le droit pénal n'a pas vocation à être flou puisqu'il est par nature rationnel, il se prête plus aisément à la flexibilité, afin de s'adapter aux changements sociaux.

267. L'ambiguïté du flou juridique. Le caractère flou que semble revêtir le droit suscite des sentiments partagés. Il inquiète dans un premier temps, puisqu'en accordant un large pouvoir d'appréciation au juge, il apporte une certaine invisibilité associée à de

⁵⁶⁸ Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020.

⁵⁶⁹ M. DELMAS-MARTY, préc., note 563, p.15 : « En somme le flou se dédouble : d'une part un flou conceptuel, qui accompagne l'imprécision des droits de l'homme consacrés par l'émetteur des instruments internationaux, se traduit par la marge d'interprétation reconnue au juge récepteur de la norme ; d'autre part un flou opérationnel, inhérent à la reconnaissance d'une marge d'appréciation à l'État, second récepteur de la norme, conditionne la possibilité d'imposer l'application pratique d'un droit commun mais non uniforme ».

⁵⁷⁰ A. DARSONVILLE, préc., note 436, p. 160

l'imprévisibilité⁵⁷¹. Dans un second temps, ce flou juridique peut rassurer en ce qu'il crée une certaine garantie⁵⁷². Il instaure une garantie d'adaptation, de compréhension et d'intégration de la diversité des situations. Le flou législatif a en effet quelques vertus. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « *de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation. L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent de la pratique.* »⁵⁷³ En d'autres termes, le flou normatif peut permettre d'assurer l'effectivité de la norme, ceci en s'adaptant au monde vécu. Ce flou ne pourra être positif que si une jurisprudence **constante, publiée, accessible** des juridictions, complétée par la loi de manière à régler sa conduite en la matière existe⁵⁷⁴. Cette dernière condition n'est pas toujours assurée par les systèmes français et canadiens, dans lesquels la jurisprudence n'est pas toujours constante d'une part ; et dans lesquels celle-ci n'est pas toujours complétée par la loi d'autre part.

268. Réformes et effectivité. Les évolutions sociologiques et juridiques relatives à la perception ainsi qu'au traitement juridique des violences sexuelles dans les deux pays ont eu des effets mitigés. Sous un angle positif, ces réformes ont indéniablement permis une libération de la parole des femmes. Cette libération des mots et des maux a induit un accroissement de l'accès à la justice de ces victimes, cela s'illustre par l'inflation du taux de plainte dans les deux pays⁵⁷⁵. Ce nouvel accès à la justice se perçoit également par l'augmentation du nombre de procès pour violence sexuelle. Cette augmentation tant des plaintes que des procès est la résultante de deux évolutions : le renouvellement de la perception des violences sexuelles, et l'accroissement du champ d'application des infractions sexuelles⁵⁷⁶. On perçoit ainsi l'effectivité de ces réformes, les normes produisent certains effets souhaités par le législateur :

⁵⁷¹ M. DELMAS-MARTY, préc., note 563, p. 386.

⁵⁷² M. DELMAS-MARTY, préc., note 563, p. 386.

⁵⁷³ CEDH 15 nov. 1996, *Cantoni c/ France*, D. 1997, Somm. 202, obs. C. Henry.

⁵⁷⁴ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce* ; Caroline LACROIX, « Lois et règlements- Chapitre 2- Qualité de la norme pénale », (Mai 2018, Actualisation, Mars 2019), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par. 113.

⁵⁷⁵ Québec (Province), dir. Les agressions sexuelles : STOP, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 35, p. 96 ; Julian ROBERTS, *La loi sur les agressions sexuelles au Canada- Une évaluation. Modèles de détermination de la peine dans les affaires d'agression sexuelle*, Rapport n°3, Ottawa, Direction des communications et affaires publiques, Ministère de justice, 1990 ; Maude PAGÉ-ARPIN, *La difficile réconciliation de la vérité et de l'équité dans la procédure pénale en matière d'agression sexuelle*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009, p. 11 ; Ministère de l'Intérieur, *Aspects de la criminalité et de la délinquance constatées en France en 2004*, Paris, Ministère de l'Intérieur, 2005 ; Alice DEBAUCHE, « L'émergence des violences sexuelles intrafamiliales : un appui pour la visibilité des violences sexuelles en France dans les statistiques françaises ? », (2015) *Enfances Familles Génération, Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine* 136, par. 19-24.

⁵⁷⁶ S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 115, p. 9.

augmentation des plaintes, réduction de la discrimination notamment. Ces normes sont ainsi venues modifier le comportement des destinataires d'une manière conforme aux souhaits du législateur⁵⁷⁷. Les réformes semblent ainsi avoir rempli leur devoir, elles ont attribué aux destinataires les outils permettant de produire leurs effets.

269. Réformes, flou et effectivité. Au-delà de produire les effets escomptés à certains égards, les réformes canadiennes et françaises ont instauré une certaine complexité venant parasiter la compréhension et l'application des infractions sexuelles. Les réformes françaises et canadiennes sont venues élargir les définitions des violences sexuelles. Cet élargissement a parfois été réalisé au détriment de la précision. Cette imprécision constitue le vecteur de l'élargissement. Néanmoins, cette imprécision instaure une certaine imprévisibilité du droit en accordant au juge une large marge de manœuvre dans l'interprétation des notions. Ce flou semble participer à une certaine minimisation de l'infraction commise par l'auteur et subie par la victime. Afin d'illustrer cette idée, il convient de prendre pour exemple la définition donnée par le *Code criminel* canadien de l'agression sexuelle simple⁵⁷⁸. Cette infraction est entendue très largement. Par conséquent, la majorité des plaintes pour violences sexuelles sont classées dans cette catégorie⁵⁷⁹. Cette surqualification des violences sexuelles de premier niveau, permise par une définition inclusive, peut entraîner dans certains cas une sous-qualification de l'acte commis. Cet effet pervers de la norme empêche une juste condamnation des violences sexuelles. Ce flou participe ainsi à l'ineffectivité de la norme.

270. Démonstration. Afin de répondre à la vocation de cette section qui est l'analyse des effets réels des réformes canadiennes et françaises précédemment analysées, il convient d'envisager les diverses causes du flou juridique (I), avant d'en étudier les conséquences (II), l'ultime conséquence étant l'atteinte à l'effectivité de la règle de droit.

⁵⁷⁷ Gisela RUEBSAAT, *Les nouvelles infractions en matière d'agressions sexuelles : questions juridiques d'actualité*, Ottawa, Direction des communications et affaires publiques, Ministère de la justice, 1985, p. 97.

⁵⁷⁸ *Code criminel*, Art. 271.

⁵⁷⁹ Marc OUIMET, « Analyse de la gravité des agressions sexuelles de femmes adultes et de ses déterminants », (2000) 53 *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique* 157, p. 159 ; J. RAMOISY, préc., note 3, p. 46 ; J. ROBERTS et A. PIRES, préc., note 166 ; J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, Difficultés liées à la classification des agressions sexuelles, notamment agressions sexuelles mineurs ou pas mineurs, p.116 et s., risque d'abus de la condamnation pour agression sexuelle, p. 119.

I. LES CAUSES DU FLOU JURIDIQUE

271. Une imprécision ambiante. Les grandes réformes françaises et canadiennes relatives aux violences sexuelles, tant par leur largesse que par leur multitude ont complexifié la grille de lecture de ces violences. Cette complexité s'illustre tout particulièrement dans l'imprécision des normes ayant notamment pour effet des décisions de justice parfois imprévues. Le flou induit par cette complexification est essentiellement notionnel, il s'illustre par une absence de définition ou par des définitions incomplètes de nombreuses notions mobilisées dans les textes d'incriminations tant en France qu'au Canada.

272. Une précision exigée par la loi⁵⁸⁰. Dans les deux pays, conformément au principe de légalité, la loi se doit d'être précise et prévisible. Le principe de légalité est expressément inscrit dans les normes françaises et canadiennes. Au Canada, le principe de légalité est prévu par la *Charte canadienne des droits et libertés*, en son article 11g) concernant les infractions et 11i) au sujet des peines. En France, le principe de légalité⁵⁸¹ issue de la rencontre des idées de Beccaria⁵⁸² et de Rousseau⁵⁸³, est inscrit à l'article 7 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*. De ce principe de légalité, découle dans les deux pays l'exigence de précision de la loi⁵⁸⁴, afin d'assurer la prévisibilité du droit. Ce principe fait l'objet d'une surveillance rapprochée de la part du Conseil Constitutionnel en France. Ce dernier rappelle régulièrement au législateur son contenu. C'est ainsi que dans une importante décision, le Conseil constitutionnel précise que « *le législateur doit définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.* »⁵⁸⁵ Dans une décision du 16 juillet 1996, le Conseil ajoute que le législateur doit rédiger la loi « *dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire.* »⁵⁸⁶ En droit canadien, l'exigence de précision de la norme est également prévue. Elle est implicitement inscrite à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'imprécision des normes

⁵⁸⁰ C., SAAS, préc., note 247, pp. 2-3.

⁵⁸¹ Guillaume BEAUSSONIE, « Infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Mai 2018, A-L'incrimination par la loi (approche formelle).

⁵⁸² C. BECCARIA, préc., note 526, Chap. III.

⁵⁸³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2012, Livre II, Chap. VI.

⁵⁸⁴ G. BEAUSSONIE, « Infraction », préc. note 581, A- L'incrimination par la loi (approche formelle), par. 23.

⁵⁸⁵ Cons. Const. 19-20 janv. 1981, D. 1982. 441, note Dekeuwer ; JCP 1981. II. 1970, note Franck ; Cons. Const. 18 janv. 1985, D. 1986. 425, note Renoux.

⁵⁸⁶ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, n°96-377 DC, consid. 11.

est régulièrement sanctionnée par la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *R. c. Levkovic*, la Cour précise de façon très similaire aux décisions du Conseil constitutionnel précédemment exposées que : « *Pour être conforme à l'article 7 de la Charte, en matière criminelle, la disposition contestée doit prévenir raisonnablement les citoyens des conséquences de leur conduite et limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Une disposition qui ne satisfait pas à ces exigences essentielles est nulle pour imprécision.* »⁵⁸⁷ Dans un arrêt de 2004, la Cour suprême déclare qu'« *Une règle de droit est inconstitutionnellement imprécise si elle « ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire » et « une analyse », si elle « ne délimite pas suffisamment une sphère de risque » ou si elle « n'est pas intelligible ». La règle de droit doit donner « prise au pouvoir judiciaire » : R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639-640. La certitude n'est pas requise.* »⁵⁸⁸

273. L'exigence de précision en résumé. Pour conclure, nous pouvons affirmer que la précision de la norme est érigée en principe et l'imprécision est sanctionnée dans les deux pays. Il est également pertinent de noter que la précision n'est pas synonyme de **certitude**, elle permet juste de tracer un chemin éclairé au juge et au justiciable. Il convient dès à présent de voir si les normes en matière d'infractions sexuelles répondent à cette exigence légale de précision.

274. Une imprécision dangereuse. Les législateurs canadiens et français ont fait de nombreux choix afin d'améliorer le traitement social et judiciaire des violences sexuelles. L'un d'eux a été d'adopter des définitions inclusives de ces violences afin d'étendre au maximum leur champ d'application. De ce choix, en est résulté des définitions très larges permettant d'intégrer le maximum de comportements, tout en intégrant dans le système une certaine imprévisibilité. Cette imprévisibilité est source de danger pour la collectivité⁵⁸⁹.

275. Des législateurs concis. Lorsque l'on s'attarde à la lecture des incriminations sexuelles dans les deux codes, l'imprécision des textes est frappante. En guise d'exemple, prenons l'article 271 du *Code criminel*⁵⁹⁰ et l'article 222-22 du Code pénal. Le premier énonce simplement que « *Quiconque commet une agression sexuelle est coupable (...)* ». Le second

⁵⁸⁷ *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25.

⁵⁸⁸ Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. PG Canada, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 15.

⁵⁸⁹ Jacques-Henri. ROBERT, *Droit pénal général*, 6^e éd., 2005, PUF, p. 122, les textes répressifs imprécis « font peser une menace infinie sur la collectivité, (ils) sont source de tyrannie et aussi d'arbitraire ».

⁵⁹⁰ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 44.

quant à lui, énonce que « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur* ». Ces deux articles incriminent les agressions sexuelles sans en définir le contenu. Cette imprécision qui semble être l’alliée du législateur contemporain a été nommée par certain d’« amphigouri ».⁵⁹¹

276. Une imprécision au degré variable. Au-delà de cette imprécision, on constate que l’énoncé français est plus précis que l’incrimination canadienne en ce que le Code pénal précise que l’agression sexuelle est une *atteinte sexuelle* et évoque les moyens par lesquels l’atteinte peut être commise. À l’inverse, le Canada ne précise rien de ce qu’il faut entendre par agression sexuelle dans cet article. Afin de relativiser cette absence de précision canadienne, il semble pertinent de rappeler que le *Code criminel* perçoit les agressions sexuelles comme une catégorie de voie de fait. Afin d’obtenir quelques précisions, il convient de se tourner vers l’article incriminant les voies de fait, à savoir l’article 265. En effet, l’alinéa 2 de l’article 265 dudit Code précise que la définition des voies de fait s’applique à toutes les catégories d’agressions sexuelles. Par conséquent, l’alinéa 1 dudit article apporte des précisions quant aux actes pouvant constituer une agression sexuelle en droit canadien.

277. Une précision différée. La France précise les *modus operandi* tandis que le Canada précise les actes. Concernant les actes, le Code pénal donne quelques indices en définissant en son article 222-23 le viol par l’acte de pénétration ou par tout acte bucco-génital. En négatif, on devine que les agressions sexuelles autres que le viol seront constituées par tout autre acte qu’une pénétration ou qu’un acte bucco-génital.

278. De subtiles précisions. Si l’on arrive à déceler quelques précisions apportées par les législateurs quant aux éléments permettant de constituer une agression sexuelle, certaines notions pourtant primordiales restent non définies et par conséquent floues. Tel est le cas de l’adjectif « sexuel ».

279. Absence de définition d’un concept central. Le terme « sexuel » pourtant central dans les infractions sexuelles ne fait l’objet d’aucune précision de la part des législateurs canadiens ou français. Ce concept essentiel reste flou. En effet, que faut-il entendre par sexuel ? De manière évidente, tout contact avec un attribut sexuel (appareil génital, poitrine féminine)

⁵⁹¹ M. DAURY-FAUVEAU, « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *RSC* 2015, 67.

entre dans cette catégorie. Au-delà de cette évidence deux questions se posent : faut-il entendre cet adjectif de façon purement **objective**, c'est-à-dire en fonction de la zone du corps touchée⁵⁹²? Ou faut-il entendre cette notion de façon plus **subjective**, au regard du contexte⁵⁹³? Les législateurs français ou canadiens n'ont laissé aucun indice permettant de répondre à ces questions. Il est donc revenu au juge de donner une définition casuistique de la notion, ce dernier a ainsi répondu positivement à ces deux questions. Ces réponses jurisprudentielles ont permis d'appréhender le maximum de situations envisageables tout en respectant l'esprit du texte. Ce travail de définition, développé précédemment, semble être satisfaisant au regard notamment du principe de prévisibilité du droit, contrairement à d'autres notions qui ne sont pas d'accès aisé.

280. Un flou lié à la notion de consentement. Cette lacune notionnelle s'abat également sur la notion de consentement, plus particulièrement dans le contexte français, ou celle-ci ne fait l'objet d'aucune définition. En droit canadien, la notion de consentement est définie dans le *Code criminel* via deux articles, l'article 273.1(1) qui définit le consentement sexuel, et l'article 265(3) qui donne des indications sur le consentement en général. Ce dernier ainsi que l'article 273.1(2) donnent une définition négative du consentement en détaillant les situations dans lesquelles le consentement ne pourra être constitué. Ces situations énoncées par le législateur ont été complétées par les juges. La notion de consentement fait ainsi l'objet de précisions parfois déroutantes de la part de la Cour suprême. À titre d'exemple, il convient de citer l'arrêt *R. c. J.A.*⁵⁹⁴, dans lequel la Cour devait se poser la question de savoir si une personne pouvait se livrer à des actes sexuels sur une personne inconsciente qui a consenti à ces actes avant d'être rendue inconsciente. Dans la mesure où les actes accomplis pendant la période d'inconscience de la personne sont conformes à ce qu'elle avait consenti, la réponse devrait en toute logique être positive. La Cour suprême est allée dans le sens contraire. Selon la majorité, « *La question en l'espèce consiste à savoir si la portée de la définition du consentement énoncée par le législateur s'étend au consentement donné à l'avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Selon moi, ce n'est pas le cas.* »⁵⁹⁵ Cette décision certes protectrice est néanmoins contestable à plusieurs égards. Elle est tout d'abord critiquable au

⁵⁹² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, pp. 55-56.

⁵⁹³ Id., pp. 56-63, pour cette analyse subjective de la notion de sexuel, on prendrait en compte la nature du contact et la situation dans laquelle il s'est produit ; les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte et le mobile de l'accusé.

⁵⁹⁴ *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S 440.

⁵⁹⁵ Id., par. 43.

regard de l'objet protégé par la notion de consentement en droit canadien, à savoir l'autonomie sexuelle⁵⁹⁶. La plaignante avait consenti à une asphyxie sexuelle pouvant l'entraîner dans un état d'inconscience, ce consentement illustre sa liberté sexuelle. Toutefois, la Cour suprême fait une distinction entre le consentement à la perte de conscience, et le consentement aux gestes subséquents pendant la période d'inconscience. C'est bien le deuxième qui fait défaut en l'espèce pour les juges de la Cour suprême. À l'inverse de l'argumentaire des juges majoritaires, pour la dissidence, cette décision s'avère *contra legem*⁵⁹⁷, en violation de l'article 273.1(2)e) du Code criminel selon lequel il n'y a pas de consentement du plaignant si « *après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci* ». En l'espèce, la plaignante a poursuivi l'activité sexuelle après avoir retrouvé conscience. Cette décision est également critiquable au regard des faits et plus précisément au regard des motivations de la plaignante à porter plainte⁵⁹⁸. Cette solution s'avère dérangeante au regard des questions qu'elle suscite. Elle amène à se poser la question suivante : qu'en-est-il du conjoint qui embrasse sa partenaire endormie le matin avant de partir au travail ? Ou de la conjointe qui réveille son partenaire avec des caresses ? Si on applique la solution de l'arrêt *R. c. J.A.*, les deux individus seraient reconnus auteurs d'agressions sexuelles sur leur conjoint.

281. Absence de définition des éléments constitutifs. L'absence de définition des éléments constitutifs dans les incriminations de nature sexuelle s'illustre particulièrement dans l'exemple français. Telle que vu précédemment la notion de consentement qui n'apparaît pas expressément dans les incriminations françaises ou canadiennes fait l'objet de précisions par le droit canadien à la différence du droit français. En France, le seul élément qui est précisé concerne les actes de l'auteur. Celui-ci doit commettre l'atteinte sexuelle au moyen de la violence, de la menace, de la contrainte ou de la surprise. Cependant, ces *modus operandi* ne

⁵⁹⁶ Id., p. 4 : « Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Il existe au Canada un principe de droit fondamental en matière d'agression sexuelle, selon lequel non veut dire « non » et seul oui veut dire « oui ». En l'espèce, K.D. a dit oui ; elle n'a pas dit non. Elle a eu des rapports sexuels avec J.A., auxquels elle avait consenti à l'avance, pendant qu'elle était consciente. Dans de telles circonstances, déclarer J.A. coupable d'agression sexuelle n'est justifié ni par les principes d'interprétation législative, ni par les décisions antérieures de la Cour, ni par des considérations d'ordre public. De plus, ce résultat est inapproprié au vu des faits. Les dispositions du Code criminel ! relatives au consentement à l'activité sexuelle et la jurisprudence visaient à protéger les femmes des abus commis par d'autres. Ces règles ont pour objet de protéger et de favoriser l'autonomie sexuelle des femmes, et non de faire des choix à leur place ».

⁵⁹⁷ Id., pp. 4-5.

⁵⁹⁸ Id., p. 3, « K.D. a porté plainte à la police deux mois plus tard. Elle a reconnu avoir consenti à être étranglée, mais a dit ne pas avoir consenti à l'activité sexuelle qui avait eu lieu. Elle est plus tard revenue sur son allégation, prétendant avoir déposé la plainte parce que J.A. avait menacé de demander la garde exclusive de leur jeune fils. La juge du procès a déclaré J.A. coupable d'agression sexuelle ».

sont pas définis. En dépit de cette lacune notionnelle, le sens des termes violence, menace et contrainte est connu de tous. Sur ce point les incriminations françaises semblent répondre à l'exigence de prévisibilité, la jurisprudence qui les accompagne étant constante. En revanche, tel n'est pas le cas des notions de contrainte morale et de surprise. Cette dernière est anciennement inscrite dans le Code pénal à la différence de la contrainte morale nouvellement prévue par l'article 222-22-1 du Code pénal depuis 2010.

282. La surprise : une notion par nature floue. La surprise n'a pas été définie par le législateur accordant ainsi un large pouvoir d'interprétation aux juges. Cet arbitraire offert aux juges s'explique par le fait que la notion de surprise à la différence des trois autres *modus operandi*, ne revêt pas son sens commun dans le contexte des infractions sexuelles⁵⁹⁹. La Cour de cassation a précisé que la surprise, élément constitutif de l'agression sexuelle, consiste à surprendre le consentement de la victime et ne saurait se confondre avec la surprise exprimée par cette dernière⁶⁰⁰. La définition de la notion de surprise par les juges a longtemps été stable, répondant ainsi à l'exigence de prévisibilité de la norme pénale. Cependant depuis quelques années, la jurisprudence ne répond plus à cette constance, éloignant ainsi la notion de l'esprit du texte. Si l'on additionne ces deux éléments, l'absence de définition du terme surprise et l'interprétation inconstante de la notion par les juges ; il semblerait que cela ne réponde pas à l'exigence de précision régulièrement sanctionnée par le Conseil constitutionnel⁶⁰¹. La notion de surprise inscrite dans les incriminations de viol et d'agression sexuelle autre que le viol souffre d'imprécision. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 23 janvier 2019⁶⁰², le prévenu avait invoqué l'erreur de droit afin de légitimer son comportement en soulignant que « l'absence d'un texte clair et précis sur la notion de surprise » pouvait induire une erreur de droit au sens de l'article 122-3 du Code pénal. Cet argument quoiqu'inutile en

⁵⁹⁹ A. DARSONVILLE, préc., note 350, par. 29 ; Y. MAYAUD, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », (2004) *AJ Pénal* 9, p. 10, « Celle-ci n'est donc pas à prélever dans le domaine du sentiment, mais dans celui du consentement ».

⁶⁰⁰ Crim. 25 avr. 2001, no 00-85.467, Bull. crim. no 99 ; RSC 2001. 808, obs. Mayaud ; Dr. pénal 2001. 97, obs. Véron ; JCP 2003. II. 10001, note Prothais.

⁶⁰¹ Cons. Const. 4 mai 2012, n°2012-240 QPC, la définition du harcèlement sexuel comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » a été perçue comme insuffisamment précise, ce qui a conduit à l'abrogation du délit ; Cons. Const. 16 sept. 2011, n°2011-163 QPC, le Conseil constitutionnel a invalidé une loi qui prévoyait que « les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait » ; Le Conseil a estimé qu'il y avait méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines à « s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ».

⁶⁰² Cass. crim., 23 janv. 2019, n° 18-82.833, P+B : Juris- Data n° 2019-000628.

l'espèce rappelle que le défaut de consentement des agressions sexuelles manque de lisibilité⁶⁰³. Cette imprécision instaure un flou juridique néfaste puisque ce flou n'est pas encadré par une jurisprudence constante complétée par la loi conformément à ce que préconise la Cour européenne des droits de l'Homme⁶⁰⁴. Afin d'accroître l'effectivité de la norme qui est ici entachée d'imprécision, il serait pertinent d'intégrer dans le Code une définition de la notion de surprise conforme à la pratique judiciaire. Cette solution a été adoptée pour la notion de contrainte morale qui fait l'objet d'une définition à l'article 222-22-1 du Code pénal. Cet article précise les hypothèses dans lesquelles le juge pourrait qualifier ce *modus operandi*. Cet effort de précision du législateur semble conforme aux exigences du Conseil constitutionnel⁶⁰⁵, même si l'article donne seulement des pistes, l'arbitraire du juge semble réduit.

283. Du flou notionnel au flou opérationnel. L'imprécision des incriminations entraîne un flou opérationnel. En d'autres termes, le flou notionnel instaure une imprévisibilité des décisions de justice dans le domaine des violences sexuelles. L'amphigouri du législateur a un impact direct sur la pratique des juges.

II. LES CONSEQUENCES DU FLOU JURIDIQUE

284. Une imprécision source d'illisibilité des normes. L'imprécision conceptuelle décrite précédemment entraîne une illisibilité dans l'application des normes par le juge pénal. Cette illisibilité se traduit par une imprévisibilité des décisions judiciaires dans le domaine des infractions sexuelles. Cette imprévisibilité découle du fait que le juge pénal dans les deux pays ne dispose pas des outils nécessaires l'aidant à choisir avec « certitude » l'incrimination adéquate pour la situation qui lui est présentée. Cette difficulté pour le juge de rendre une jurisprudence constante et prévisible s'explique par le flou notionnel qui fait qu'une même notion, *a fortiori* une même incrimination peut s'adapter à une même situation⁶⁰⁶. Cette mouvance du droit pénal fait du domaine des agressions sexuelles, celui dans lequel les incertitudes et les erreurs de qualification sont les plus fréquentes⁶⁰⁷.

⁶⁰³ A. DARSONVILLE, préc., note 436, p.154.

⁶⁰⁴ CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce ; C. LACROIX, préc., note 574, par. 113.

⁶⁰⁵ Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, n°96-377 DC, consid. 11.

⁶⁰⁶ Au sujet de la confusion d'interprétation entre les différentes qualifications, Voir J. ROBERTS et A. PIRES, préc., note 166.

⁶⁰⁷ Y. MAYAUD, préc., note 599, p.9.

285. Un travail de définition laissé aux juges. Cette imprécision généralisée accorde au juge un large pouvoir d'interprétation. Cette fonction créatrice du juge pénal semble naturelle dans un système de *Common Law* comme le Canada, mais interroge davantage dans un système romano-germanique comme la France. Cet état de fait instaure un flou opérationnel⁶⁰⁸. S'il semble nécessaire pour le juge tant en France qu'au Canada d'étirer les contours de la norme afin de l'adapter au monde vécu, cet étirement devient dangereux lorsque le juge fait une interprétation *contra legem* de certains éléments constitutifs. Afin d'illustrer ce constat, il convient de reprendre deux exemples. Le premier exemple s'illustre par l'arrêt *R. c. J.A.* dans lequel la Cour suprême du Canada a fait une interprétation *contra legem* des conditions dans lesquelles une absence de consentement pouvait être constatée⁶⁰⁹. Le second exemple se perçoit dans l'arrêt de la Cour de cassation en date du 23 janvier 2019 dans lequel les juges ont qualifié la situation dans laquelle des femmes avaient consenti à l'activité sexuelle mais avaient commis une erreur sur l'identité de l'auteur, de viol par surprise⁶¹⁰. Cette solution étonne au regard des décisions précédentes concernant la surprise⁶¹¹. L'imprécision entourant la définition du défaut de consentement dans les deux pays, associée au caractère éminemment subjectif de la notion accorde au juge un pouvoir d'interprétation inquiétant.

286. De multiples recoupements conséquent en France. L'imprécision notionnelle des incriminations sexuelles dans les deux pays entraîne des recoupements possibles entre les différentes qualifications envisageables. En France, ce recoupement est possible entre l'agression sexuelle par surprise, telle que nouvellement appliquée par les juges français et l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse incriminé à l'article 223-15-2 du Code pénal⁶¹². En effet, la nouvelle application de la notion de surprise dans l'arrêt de la Cour de cassation en date du 23 janvier 2019 ressemble davantage à un cas d'abus de faiblesse qu'à une situation de viol par surprise tel que traditionnellement entendu. En l'espèce, toutes les victimes

⁶⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, préc., note 563, p.15 : « En somme le flou se dédouble (...) d'autre part un flou opérationnel, inhérent à la reconnaissance d'une marge d'appréciation à l'État, second récepteur de la norme, conditionne la possibilité d'imposer l'application pratique d'un droit commun mais non uniforme ».

⁶⁰⁹ *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S 440, pp. 4-5.

⁶¹⁰ Cass. crim., 23 janv. 2019, n° 18-82.833, P+B : Juris- Data n° 2019-000628.

⁶¹¹ M. DAURY-FAUVEAU, préc., note 437, p. 945 : « Encore une fois, et malgré la confusion qu'induit l'expression jurisprudentielle fréquente « consentement surpris », le viol par surprise suppose en réalité l'absence de consentement : il n'est pas surpris, de la même manière qu'il n'est pas extorqué dans le viol par violence ou par menace, ni contraint dans le viol par contrainte. En admettant ici le viol par surprise, l'arrêt est donc en rupture avec les jurisprudences antérieures, contrairement à ce qu'affirment les conclusions de l'avocat général, Mme Zientara-Logeay » ; F., GAUVIN, préc., note 435.

⁶¹² Code pénal, Art. 223-15-2.

souffraient d'une solitude et d'une détresse émotionnelle, cet état peut être qualifié de déficience psychique⁶¹³ ; le stratagème utilisé par l'auteur afin de cacher son identité peut être qualifié de « techniques propres à altérer son jugement » tel que prévu par l'article 223-15-2. Cette extension de la notion de surprise quoique vertueuse sur un plan humain⁶¹⁴, entraîne un conflit de qualification entre le viol par surprise et l'abus de faiblesse qui semble d'application évidente en l'espèce⁶¹⁵.

En droit français, un autre recoupement est possible entre l'agression sexuelle par contrainte morale- telle que complétée par la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes- et l'atteinte sexuelle sur mineur incriminée à l'article 227-25 du Code pénal. Cette confusion possible entre les deux incriminations réside dans le fait que la contrainte morale telle que prévue par l'alinéa 3 de l'article 222-22-1 se déduit de l'absence de discernement du mineur de quinze ans. Or cette déduction donne une large place à l'interprétation subjective et casuistique des magistrats, vidant ainsi de sa substance l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans. Il en est de même pour l'agression sexuelle par contrainte morale de l'alinéa 2 de l'article 222-22-1 et l'atteinte sexuelle sur mineur de dix-huit ans, prévue à l'article 227-27 ; les deux exigeant l'autorité de droit ou de fait de la part de l'auteur de l'acte.

Cette nouvelle loi instaure un autre conflit de qualification potentiel entre le harcèlement sexuel (Art. 222-33) et l'outrage sexiste (Art. 621-1).

287. Des recoupements moins fréquents au Canada. Au Canada, la largesse de l'incrimination de l'agression sexuelle simple (art. 271.1) a comme conséquence d'en faire une infraction qui englobe les deux autres. En d'autres termes, cette incrimination est rédigée en des termes généraux, elle permet ainsi d'y intégrer toute sorte de comportement à caractère sexuel. En pratique, les policiers ont tendance à utiliser cette qualification au détriment des deux autres dans la majorité des cas⁶¹⁶. Cette pratique entraîne une ineffectivité de la norme en ôtant tout effet à la classification tripartite des agressions sexuelles telle que mise en place par le

⁶¹³ La jurisprudence interprète très soupagement cette notion, Voir Crim. 12 mars 2003, n° 02-82.872 ; Crim. 17 oct. 2018, n° 17-87.048.

⁶¹⁴ Y. MAYAUD, préc., note 438 p. 89 : « *L'intuitus personae* est ici consacrée : parce que les relations sexuelles se doivent de rester à dimension humaine, il est essentiel qu'elles soient consenties, non seulement pour ce qu'elles représentent d'actes relatifs au sexe, mais encore d'actes en considération de la personne du partenaire. Tout écart revenant à contrarier cet idéal justement protégé ne peut que faire le jeu d'une relation déshumanisée, dont on conviendra qu'elle est insupportable ! »

⁶¹⁵ M. DAURY-FAUVEAU, préc., note 437, pp. 945-946.

⁶¹⁶ Selon les statistiques, les agressions sexuelles simples prédominent, elles représentent plus de 90% des affaires signalées à la police, Voir Statistique Canada, *Mesure de la violence faites aux femmes : tendances statistiques*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2013, p.30 ; Ministère de la Sécurité publique, *Statistiques 2015 sur les infractions sexuelles au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2017, p. 1.

législateur canadien en 1983⁶¹⁷. En effet, cette surqualification des violences sexuelles en agression sexuelle simple ne signifie pas que les faits ainsi qualifiés sont sans pénétration ou sans gravité. Cette qualification permet une hétérogénéité des actes incriminés pouvant aller de simple attouchement sur des femmes adultes à des actes de pénétration sur des enfants⁶¹⁸. Cette hétérogénéité entraîne un double recoupement, à savoir un conflit entre l'agression sexuelle simple et les deux autres d'une part ; et un conflit entre l'agression sexuelle simple et les agressions sexuelles spécifiques sur mineur d'autre part.

288. L'utilité de certaines incriminations remises en question. Les différents recoupements existants entre les incriminations sexuelles dans les deux pays remettent en question l'utilité de ces infractions. En effet, le phénomène des infractions doublon, ou encore la dimension purement symbolique et pédagogique attribuée à certains textes viennent questionner la nécessité de tels ajouts législatifs, et *a fortiori* leur cohérence⁶¹⁹.

289. Une minimisation des violences sexuelles. Ce flou opérationnel qui empêche au juge de savoir avec certitude quelle qualification retenir pour une situation donnée, entraîne des conflits de qualification. Ces recoupements potentiels font obstacle à une juste reconnaissance des violence sexuelles et de leurs victimes. Un bref coup d'œil sur la pratique des tribunaux français et canadiens démontre que les praticiens ont tendance à choisir l'incrimination la plus douce. Au Canada, l'illustration parfaite se trouve dans l'arrêt *R. c. M. (L.)* dans lequel le père avait été condamné à huit ans et huit mois d'emprisonnement pour une série d'agressions sexuelles simples sur sa fille âgée de deux ans et demi à quatre ans par les juges de première instance⁶²⁰. En appel, les juges ont baissé la peine à six ans au motif que l'accusé n'avait pas fait usage de violence⁶²¹. La Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel et confirmé celui des juges de première instance⁶²². Cette affaire illustre bien la tendance à la minimisation des actes subis par les victimes tant mineures que majeures. En effet, la majorité des violences sexuelles commises sur des enfants se solde par une condamnation au

⁶¹⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, pp. 116-120, par. 3.2- Les enjeux liés à la classification des agressions sexuelles.

⁶¹⁸ Id., p. 116, par. 3.2- Les enjeux liés à la classification des agressions sexuelles.

⁶¹⁹ Sur ce phénomène des infractions doublons et des infractions symboliques, Voir V. MALABAT, « Les infractions inutiles- Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », dans V. MALABAT, Bertrand De LAMY, Muriel GIACOPELLI (Dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 71 et s.

⁶²⁰ *R. c. M.*, (2005) J.Q. n°1215 (C.Q. crim. & pén.).

⁶²¹ *R.c.M.*, (2006) J.Q. n°4966, par. 28 (C.A.Q.).

⁶²² *R. c. M. (L.)*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31 ; l'arrêt *R.c Friesen 2020 CSC 9* permet de contrebalancer la solution de l'arrêt critiqué dans cette partie.

titre des agressions sexuelles générales, tandis qu'il existe des infractions attitrées prévues aux articles 151 à 153 du *Code criminel*⁶²³. Cette tendance se perçoit également dans la pratique des tribunaux français, ce qui a valu quelques scandales à l'origine de la loi du 3 août 2018. Au regard du flou notionnel accru par cette loi notamment dans la définition de la contrainte morale, il est fort à parier que cette réforme assurera la continuité de cette tendance à la minimisation des violences sexuelles, à l'opposé des finalités du législateur. Cette continuité critiquable s'illustre par la répression contraventionnelle d'acte qualifiable d'harcèlement sexuel⁶²⁴.

290. La dénaturation des incriminations. Le flou notionnel couplé à un flou opérationnel amène parfois les juges à venir dénaturer l'infraction originelle afin de l'adapter aux situations contemporaines non-prévues par le législateur. Il est ainsi légitime de se demander si l'infraction d'agression sexuelle en droit français a pour vocation d'intervenir dans toutes les situations où le consentement à l'activité sexuelle est « incomplet » alors qu'il est présent ? Ou encore, est-ce que l'agression sexuelle telle qu'incriminée par le *Code criminel* canadien a pour finalité de contrôler l'activité sexuelle des couples consentants ? Cette adaptation « contre-nature » entraîne indéniablement une transformation de la valeur protégée par les incriminations.

291. Une transformation de la valeur protégée. L'imprécision des incriminations entraîne les juges à aller au-delà du texte. Ce dépassement de la norme s'illustre notamment par une modification de la valeur protégée. Concernant la France, il est intéressant de reprendre l'exemple de l'arrêt du 23 janvier 2019 sur la surprise. Il est légitime de se demander si dans cet arrêt, les juges protègent réellement la liberté sexuelle. Au regard du fait qu'en l'espèce les victimes avaient consenti à l'activité sexuelle, et qu'elles avaient également consenti au *modus operandi* à savoir avoir une activité sexuelle les yeux bandés ; la liberté sexuelle ne semble pas strictement atteinte en l'espèce. Il semblerait que ce soit la liberté au sens large ou encore le respect de l'autre. Ou alors, est-ce la vulnérabilité des victimes qui est ici protégée ? La confusion dans les valeurs protégées se retrouve également dans les deux pays concernant les infractions sexuelles sur les mineurs, pour lesquelles la morale semble surpasser la liberté

⁶²³ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 117, par. 3.2- Les enjeux liés à la classification des agressions sexuelles.

⁶²⁴ Première condamnation en France pour outrage sexiste par le parquet d'Évry, un homme a été condamné pour cette infraction pour une claque sur les fesses assénée à une jeune femme. Cet acte requiert un contact physique donc n'entre pas dans la catégorie des violences sexuelles morales, on perçoit bien ici une sous-qualification.

sexuelle. La protection d'une nouvelle moralité publique⁶²⁵, se retrouve dans de nombreuses modifications analysées précédemment. Le droit pénal semble alors être investi d'une mission de standardisation des comportements sexuels, dans l'objectif d'empêcher toute atteinte à quiconque⁶²⁶. Cette standardisation par le biais de standards moraux ne serait-il pas un retour en arrière par rapport à la volonté des législateurs français et canadiens lors des grandes réformes, précédemment analysées ?

292. Des conflits entre juridictions. La multiplication des recoupements potentiels entre incriminations a des conséquences plus pragmatiques qu'il convient tout de même de souligner. Les recoupements entraînent des conflits d'interprétation entre les juridictions qui n'appliquent pas les textes de la même façon, ceci contribuant au flou opérationnel. Ces conflits entre juridictions peuvent entraîner une multiplication du nombre d'appels et des pourvois en cassation ou devant la Cour suprême, participant ainsi à un coût élevé de la justice. Si l'on envisage ce flou opérationnel sous l'angle économique, l'imprécision des normes a un coût élevé tant pour les victimes que pour la justice.

293. Une imprécision en violation des principes fondamentaux. L'une des conséquences principales de ce double flou est constitué par une violation des principes fondamentaux du droit pénal. Le premier principe violé est le principe de prévisibilité du droit⁶²⁷. L'imprécision empêche les magistrats de proposer des solutions constantes d'une part, et empêche les justiciables de connaître la réponse que recevra leur affaire d'autre part. Le second principe violé est celui de nécessité. En effet, l'imprécision entraîne le législateur à venir compléter les textes déjà existant par d'autres incriminations ou d'autres possibilités répressives. Cette multiplicité des textes impacte davantage la lisibilité et la prévisibilité du droit, tout en ne répondant plus à la nécessité, puisque bien souvent les ajouts étaient déjà envisageables. Cette problématique s'illustre parfaitement dans l'incrimination d'inceste en droit français.

⁶²⁵ Coralie COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », (2013) *Droit pénal* 19, pp. 24-25, par. 25-31, l'auteure fait ici spécifiquement référence aux nouvelles incriminations relatives au recours à la prostitution, ainsi qu'aux infractions de harcèlement sexuel et de pédopornographie.

⁶²⁶ Id., p. 25, par. 31.

⁶²⁷ J. ROBERTS, préc., note 575, pp. 80-81

294. Bilan sur l'imprécision. Les législateurs français et canadiens ont instauré de nombreux moyens afin de réprimer plus justement les violences sexuelles. L'un des moyens a été la rédaction d'incriminations larges. Cette largesse a permis d'intégrer de nombreuses situations qui étaient jusque-là exclues du champ d'application des infractions sexuelles. Cependant, afin d'instaurer des incriminations inclusives, le législateur a dû faire preuve d'imprécision. Celle-ci quoique sanctionnée par les juridictions des deux pays peut dans certains cas être un atout pour la norme pénale. Les avantages de l'imprécision ne pourront être révélés que si l'arbitraire du juge ne parvient pas à créer une jurisprudence inconstante. Or, si pour certaines notions tel que le terme « sexuel », l'imprécision du législateur ne met pas en danger la prévisibilité de la norme, il en est autrement s'agissant de la notion de consentement et de ses corolaires. Concernant ces termes, le flou juridique tant conceptuel qu'opérationnel est de rigueur, mettant ainsi en danger l'effectivité de la norme en révélant les effets pervers des normes. Ce flou se trouve également nourri par un surinvestissement législatif défiant parfois la raison.

Conclusion Chapitre 2

295. Des législateurs bienveillants. Les développements précédents ont permis de démontrer la volonté manifeste des législateurs de perfectionner le régime des agressions sexuelles. Cette volonté s'illustre par un désir d'ajuster les incriminations à la diversité des situations et des victimes potentielles. Ce choix s'observe par une bienveillance envers les individus et plus précisément envers les plus faibles. Le législateur semble avoir compris la nécessité de traiter les violences sexuelles dans leur globalité, l'intégration de la victime dans les textes d'incrimination en est la preuve.

296. Des législateurs concis. La volonté honorable des législateurs canadiens et français d'appréhender les violences sexuelles dans leur complexité les a amenés à faire preuve de laconisme dans la rédaction des incriminations. Ce dernier a permis d'étendre considérablement le champ des possibles tout en instaurant une imprécision parasitant l'effectivité des normes.

297. Des législateurs éparpillés. Cette imprécision contraire à une juste reconnaissance des violences sexuelles dans nos sociétés a forcé le législateur à vouloir la rectifier. Ces tentatives de correction sont venues accroître l'imprévisibilité, les injustices ainsi que l'illisibilité des normes.

298. Des juges libérés. Le flou notionnel instauré malgré lui par le législateur a eu pour effet de donner les pleins pouvoirs au juge pénal dans l'interprétation et l'application des incriminations. Cette liberté du juge est venue accroître le malaise en révélant une deuxième facette du flou, le flou opérationnel. Elle a également comme conséquence de rapprocher les deux systèmes.

299. Des efforts peu récompensés. Le bilan est mitigé, la bienveillance du législateur n'est que peu récompensée. Les normes semblent avoir produit plus d'effets pervers que d'effets escomptés. La finalité recherchée par le législateur n'est pas encore atteinte. L'heure n'est cependant pas au défaitisme, les sociétés semblent être déterminées à atteindre des sommets sur la question des violences sexuelles.

Conclusion Première Partie

300. Révélation. L'étude du droit pénal de fond dans le domaine des infractions sexuelles révèle toutes les limites du droit à répondre de façon cohérente à une problématique sociale vaste et complexe.

301. Des évolutions porteuses d'espoirs. Les législateurs français et canadiens ont mis en œuvre d'innombrables moyens afin de perfectionner le cadre juridique des infractions sexuelles. Ainsi, la théorisation des violences sexuelles a été chamboulée, la définition des éléments constitutifs a été modifiée permettant ainsi un élargissement considérable du champ d'application des incriminations ; l'intégration de la victime dans la qualification et dans le choix de la peine révèle une évolution marquante avec les finalités du droit pénal. Face à ces constatations, il serait aisé de se laisser aller à un optimisme porteur d'espoir en ces temps où les violences sexuelles sont toujours omniprésentes et plus que jamais visibles. Il est légitime de penser que grâce aux nombreuses réformes évoquées dans ce chapitre, la France et le Canada sont désormais juridiquement outillés pour répondre avec succès à cette problématique systémique et endémique constituée par les infractions sexuelles. Malgré un désir irrésistible de répondre positivement à ces attentes, il convient de faire preuve de réalisme et d'apporter un peu de pessimisme au débat.

302. Des espoirs à rationaliser. Cette première partie a démontré les avancées considérables du droit canadien et français dans le domaine des infractions sexuelles, il a également révélé leurs limites et lacunes. Celles-ci peuvent être illustrées par quelques exemples. Le premier réside dans une définition inclusive des agressions sexuelles dans le *Code criminel* canadien qui ne permet pas de savoir avec précision quel comportement peut être qualifié d'agression sexuelle de niveau un et quel autre d'une agression sexuelle d'un autre niveau. Un autre exemple peut être donné au regard de l'absence d'une définition positive du consentement en droit pénal français, il est ainsi impossible de savoir avec certitude ce que signifie cette notion. Cette imprécision laisse derrière elle des questions sans réponses : une femme qui consentirait par peur des représailles à un contact sexuel avec son conjoint formulerait-elle un consentement valide au sens du droit pénal ? La réponse n'est pas claire.

Une autre illustration des lacunes du droit peut être trouvée dans le flou juridique entourant la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles. Les incriminations y sont nombreuses et ceci dans une finalité protectrice ; pourtant la protection du mineur n'est pas toujours effective. Ces quelques exemples démontrent les difficultés du droit à apporter une réponse cohérente aux infractions sexuelles. Cette incohérence s'explique au regard des développements précédents par une imprévisibilité récurrente du droit pénal dans ce domaine. Cette imprévisibilité impacte non seulement l'application de la norme et plus spécifiquement son effectivité, mais elle impacte également la satisfaction des victimes envers les réponses juridiques qui leur sont proposées.

303. Un bilan mitigé. Ce chapitre a mis en lumière les avancées et les limites du droit pénal français et du droit criminel canadien dans leur résolution de la problématique sociale constituée par les infractions sexuelles. Le point positif qu'il convient de souligner c'est la volonté sans limites des législateurs mise en œuvre dans l'amélioration des normes visant l'encadrement juridique des infractions sexuelles. Le point négatif qu'il faut retenir c'est l'imprécision et l'imprévisibilité des notions dans ce domaine. Ainsi à l'heure où apparaissent de nouvelles infractions de nature sexuelle telle que l'infraction d'« outrage sexiste » en France aux contours toujours très flous, il serait d'abord pertinent de perfectionner les infractions déjà existantes qui sont pourtant prometteuses et porteuses d'espoir pour les victimes, à la seule condition que leur application se déroule en conformité avec leur finalité.

304. Propositions. Le chapitre précédent a révélé certaines lacunes des droits français et canadien dans le domaine des infractions sexuelles. Au regard de ces lacunes, deux pistes de solutions paraissent pertinentes.

La première proposition concerne le droit français et a pour objet de préciser la définition des agressions sexuelles tout en y intégrant la victime, plus précisément son consentement. La définition actuelle ignore cette notion. Il serait ainsi pertinent de réécrire l'article 222-22 alinéa 1 de la façon suivante : « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise sans le consentement de la victime, entendu comme la volonté libre et éclairé de participer à une activité sexuelle. Ce dernier est considéré comme absent, notamment, lorsque l'auteur a réalisé l'atteinte sexuelle au moyen de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise.* » Il faudrait également intégrer ces nouveaux éléments dans l'article posant la définition du viol. Par conséquent, l'article 222-23 disposerait : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la*

personne de l'auteur, sans le consentement de la victime, lorsque ce dernier est soustrait, notamment, au moyen de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise constitue un viol ». Cette modification aurait un double intérêt. Le premier étant de nature symbolique, le fait d'intégrer la notion de consentement permet de donner une place à la victime et ainsi de rééquilibrer le débat entre les deux protagonistes. Cette intégration de la notion de consentement ne retire rien à l'objectivité de la définition française, objectivité qui est favorable à la victime au stade de la preuve. Le second intérêt à ce changement est répressif, en effet tant la notion de consentement que le terme « notamment » permet d'étendre le champ d'application de l'infraction en intégrant sans dénaturer l'incrimination d'autres hypothèses ambiguës tel que le viol par acceptance.

La seconde proposition concerne le droit canadien et plus précisément l'article 271 du *Code criminel*. La brièveté de cette incrimination entraîne de nombreuses conséquences néfastes pour l'effectivité du régime des agressions sexuelles. Il serait donc pertinent d'étoffer la définition de l'agression sexuelle de premier niveau. On pourrait ainsi envisager un article 271 (1) qui disposerait : « *Commet une infraction quiconque, en commettant une agression sexuelle, agresse au sens de l'une ou l'autre des définitions de ce concept au paragraphe 265 (1) sans user de violence grave, dans des circonstances de nature sexuelle de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime, hors les cas prévus par des infractions spécifiques* ». ⁶²⁸ Cette proposition respecte la logique canadienne, en mettant en lumière l'appartenance des agressions sexuelles à la catégorie des voies de fait tout en apportant quelques précisions quant à l'ampleur des violences exercées. Cette précision ainsi que celles concernant l'existence d'infractions spécifiques permettent d'éviter les conflits de qualifications et de circonscrire l'agression sexuelle de niveau un aux actes ayant peu d'incidences physiques sur la victime. Le but étant de limiter l'usage de cette incrimination aux agressions sexuelles « légères », n'empiétant ainsi pas sur le champ d'application des deux autres incriminations.

⁶²⁸ Proposition qui s'inspire des annotations des auteurs du *Martin's Annual Criminal Code* (Greenspan et Rosenberg, 2009) au sujet de l'article 271 (p. 572).

DEUXIÈME PARTIE : UNE ANALYSE COMPARÉE DU DROIT PÉNAL DE FORME APPLICABLE AUX INFRACTIONS SEXUELLES

305. Objet de la démonstration. L'analyse combinée du régime procédural et du régime probatoire applicable aux infractions sexuelles est essentielle afin de vérifier si les réformes ayant pour objet la redéfinition et la classification des infractions sexuelles ont produit des effets, qu'ils soient concrets ou symboliques ; immédiats ou différés ; ou encore voulus ou non souhaités⁶²⁹. Concernant les effets désirés, la finalité première de ces réformes était d'élargir le spectre de protection de la norme et d'accroître ainsi les possibilités de poursuivre les infractions sexuelles. Cette étude permettra également de percevoir si les procédures pénales canadienne et française, ainsi que les règles de preuve permettent d'assurer une manifestation effective de la vérité en adéquation avec l'expérience vécue par les victimes.

306. Organisation des idées. Les législateurs français et canadiens, en plus d'avoir intégré les violences sexuelles dans leur système de pensée, ont fait un véritable travail de reconnaissance de la victime de ces violences. Cette reconnaissance s'illustre à certains égards dans les textes d'incrimination eux-mêmes. Elle s'illustre tout particulièrement en droit pénal de forme où la victime occupe une place cruciale. Cette intégration, cette subjectivisation du droit pénal de forme, quoique néanmoins critiquable, a permis une véritable adaptation des normes au monde vécu ; réduisant ainsi l'écart existant entre les règles de droit et la réalité des victimes de violences sexuelles. Les législateurs français et canadiens ont ainsi accompli une double prouesse. Ils ont adapté les règles de preuve et de procédure à la réalité des violences sexuelles, permettant ainsi d'améliorer la lutte contre de telles infractions (Chapitre 1). Les législateurs ne se sont pas arrêtés à ce perfectionnement purement juridique de la règle de droit, ils y ont intégré un volet victimologique en accordant une place à la victime dans le processus judiciaire (Chapitre 2).

⁶²⁹ V. DEMERS, préc., note 130, pp. 67 et s.

CHAPITRE 1 : VERS UN DROIT PENAL DE FORME ADAPTE AUX VICTIMES D'INFRACTIONS SEXUELLES

307. Annonce de plan. À l'aune de l'actualité et des critiques sévères à l'encontre des systèmes judiciaires concernant le traitement lacunaire voire inexistant des affaires de violences sexuelles, il semble opportun de retracer les progrès des systèmes français et canadien au regard des règles de preuve et de procédure permettant ainsi une facilitation de la manifestation de la vérité (Section 1). Cette analyse se doit d'être critique afin de mettre en lumière les obstacles à la mise en œuvre effective de ces bonifications (Section 2).

Section 1. Des règles de preuve et de procédure aménagées

« *Tant qu'on ne trouvera pas de formules qui permettent aux victimes de passer dans le processus dans des conditions respectueuses et humaines, on ne peut les forcer à porter plainte.* » Rapport les agressions sexuelles : Stop, p. 95.

308. Fondements de la procédure pénale. La première partie a permis d'exposer les comportements d'ordre sexuel que les sociétés françaises et canadiennes estiment être « antisociaux », et comme devant être sanctionnés. La détermination des infractions pénales constitue l'objet du droit pénal. L'élévation de comportement en infraction pénale n'est pas suffisante afin d'assurer la protection de la société et des citoyens, il est également nécessaire de préciser les modalités selon lesquelles s'exercera la réaction sociale lors de la commission de ces infractions⁶³⁰; cela constitue l'objet de la procédure pénale. Cet objet est constitué de l'ensemble des règles relatives à la constatation des infractions ainsi qu'à l'identification, l'appréhension, la poursuite et le jugement de leurs auteurs⁶³¹. Au regard des conséquences que peuvent avoir l'issue de la procédure pénale sur la vie d'un individu, il est nécessaire que cette dernière assure la protection des droits et libertés des personnes. Le principe fondamental permettant d'assurer de façon effective cette protection est celui de l'équité⁶³² ; à ce principe fondamental sont attachés les principes du contradictoire et du respect des droits de la défense. L'équité dépend du contenu des règles de procédure pénale qui doivent satisfaire à un certain nombre de principes fondamentaux proclamés par les textes constitutionnels et les déclarations

⁶³⁰ Frédéric DESPORTES et Laurence LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Economica, 2016, p.1.

⁶³¹ Id., p.1.

⁶³² G.CORNU, préc., note 42, p. 413, Équité : « Justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande de traiter également des choses égales » ; F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, préc., note 630, p. 323 : « Sans doute, dans une conception large, l'équité du procès englobe-t-elle la quasi-totalité des droits proclamés par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans son protocole n°7. L'impartialité des juges peut en effet être considéré comme une condition de l'équité, de même que la publicité des débats, la règle *non bis in idem* etc. Mais il est possible de retenir une conception plus étroite de la notion, comprise comme l'ensemble des principes fondamentaux tendant à ce que chaque partie soit mise en mesure d'exercer effectivement ses droits et de faire valoir utilement ses arguments, sans que soit abusivement favorisée l'une d'entre elles ou l'accusation. »

internationales de droits⁶³³. Le standard du procès équitable encadre la procédure pénale dans les deux pays conformément à des règles similaires⁶³⁴.

309. Deux modèles distincts. La France et le Canada représentent les deux grands modèles initiaux de procédure pénale⁶³⁵: le modèle inquisitoire et le modèle accusatoire. Ces deux concepts sont essentiels puisqu'ils ont des effets sur l'ensemble de la procédure pénale des deux pays et plus particulièrement sur l'administration de la preuve. Pour certains auteurs, les caractéristiques du modèle accusatoire telles que la contradiction et la parole plurielle sont plus adaptées à la manifestation de la vérité⁶³⁶.

310. Définition. Afin d'appréhender les principes et les différences entre ces deux concepts, il convient de les définir. Il existe de nombreuses définitions, les plus pertinentes pour cette étude sont celles posées par le juge Pierre Béliveau et le professeur Jean Pradel. Selon ces auteurs, « *La procédure accusatoire- la plus ancienne historiquement à cause de l'absence d'État dans les vieilles civilisations- confère le rôle essentiel aux parties et concède au juge tout au plus un rôle d'arbitre. Ce sont les parties qui lancent la procédure, la victime au premier chef et, par extension, un citoyen quelconque et enfin le ministère public. Ce sont les parties – l'accusé et l'accusateur- qui recherchent les preuves et les présentent au juge qui, témoin neutre et impassible, observe le tournoi qui se déroule devant lui et en tire une décision en se fondant sur un système de preuves légales et non pas sur son intime conviction. De cela, il résulte que la procédure est contradictoire, c'est-à-dire selon la formule de la CEDH « permettant aux parties de prendre connaissance de toute pièce présentée au juge...en vue d'influencer sa décision et de la discuter ».* À l'inverse, « *la procédure inquisitoire place au contraire le juge au premier plan. Il peut se saisir lui-même aussi bien que l'être par une partie. Il recherche activement les preuves, le juge d'instruction apparaissant comme le meilleur symbole de l'inquisitoire. Les parties ont un rôle effacé, pouvant tout au plus proposer des mesures d'investigations au juge. Bref, la procédure est non contradictoire, ce qui va même jusqu'à autoriser le jugement en l'absence de l'accusé* ». Ces deux définitions mettent en lumière les oppositions entre les deux systèmes. Les principales divergences concernent la place

⁶³³ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, Id., p. 5.

⁶³⁴ Convention européenne des droits de l'homme, art. 6 ; Code de procédure pénale, article préliminaire ; Charte canadienne des droits et libertés, art. 11.

⁶³⁵ Le terme initial est ici utilisé pour signaler que ces deux modèles n'existent plus dans le droit contemporain, il n'existe aujourd'hui que des modèles mixtes, voir thèse de Coralie AMBROISE-CASTÉROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse de doctorat, sous la direction de Philippe Conte, Bordeaux, 2000.

⁶³⁶ Mikael BENILLOUCHE (dir.), *Les procédures accusatoires*, Rennes, PUF, 2012, p.6.

des parties, celle du juge et le principe du contradictoire. Ces différences doivent tout de même être relativisées. En effet, ces deux modèles initialement divergents tendent à se mélanger et créent désormais un modèle mixte. Aucun de ces deux systèmes n'est aujourd'hui appliqué à l'état pur⁶³⁷.

311. Des distinctions relatives. Ces deux énoncés interrogent quant aux droits des parties. Selon les deux auteurs, le régime accusatoire accorde une place centrale aux parties et à la victime, à l'inverse le modèle inquisitoire encadre strictement leur rôle. Or, dans la pratique les choses semblent s'inverser. En effet, le Canada de tradition accusatoire laisse une place très limitée à la victime alors que la France, de tradition inquisitoire accorde aux parties dont la victime une place considérable. Le principe du contradictoire initialement absent du modèle inquisitoire existe en France à certaines étapes de la procédure. Chaque système semble emprunter certaines règles à l'autre afin de perfectionner la procédure pénale et ainsi aboutir à une manifestation effective de la vérité. Il est ainsi intéressant de noter que la France a appliqué le système accusatoire jusqu'au XIIe siècle. Aujourd'hui, ce pays a opté pour un système mixte, inquisitoire à l'instruction et accusatoire lors de la phase décisive. Le Canada reste quant à lui plus imperméable et fidèle à son système traditionnel.

312. Enjeux. L'accès à la vérité est une quête particulièrement difficile dans les affaires de violences sexuelles en raison de la particularité tant au niveau de la commission de l'infraction qu'au niveau des conséquences uniques de ces violences sur les victimes⁶³⁸. Ces particularités ont entraîné les législateurs français et canadien à créer des règles de procédure spécifiques applicables aux infractions sexuelles⁶³⁹.

⁶³⁷ J. PRADEL, « Rapport de synthèse », dans Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD et J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 166.

⁶³⁸ M. SALMONA, préc., note 115, pp.18-19, « Mes expériences d'étudiante, d'interne, puis enfin de psychiatre, mais aussi de femme et de citoyenne, n'ont fait que me conforter dans cette idée que les violences sexuelles ont un impact terrible, qu'elles transforment la vie des victimes en un enfer de souffrances et qu'elles les rendent malades psychologiquement et physiquement. » ; pp.21-24, « Un nouveau modèle théorique : la mémoire traumatique » ; pp. 52-55, « Les viols sont donc, avec la torture et les actes de barbarie, les événements les plus traumatisants qu'une personne peut subir », p.53 ; pp. 58-61 ; pp. 71-146 ; ASSEMBLÉE NATIONALE, N°721, « Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, sur le viol », par Sophie AUCONIE et Marie-Pierre RIXAIN, 22 février 2018, p.5, pp. 18-20.

⁶³⁹ Code pénal, Livre quatrième : De quelques procédures particulières, Titre XIX : De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes, Art. 706-47-706-53-22 ;

Ces différentes spécificités sont autant d'obstacles à la poursuite et à la manifestation de la vérité⁶⁴⁰. L'obstacle premier empêchant la poursuite des infractions sexuelles réside dans le chiffre noir entourant ces violences⁶⁴¹. Ce chiffre noir illustre le fait que de nombreuses victimes restent dans le silence et ne révèlent pas leur victimisation aux autorités policières ou judiciaires et ceci pour diverses raisons. La raison la plus pertinente pour cette étude trouve sa source dans une méfiance envers ces autorités⁶⁴². De ce chiffre noir résulte un taux de plainte très bas⁶⁴³.

Le second obstacle s'illustre par le faible taux de plaintes entraînant des poursuites⁶⁴⁴. Ce tri judiciaire peut s'expliquer par des causes techniques telles que la prescription ou encore l'incompétence territoriale des juridictions. Afin d'amoindrir ces limites au droit de poursuivre, la France et le Canada ont mis en place des techniques permettant de faciliter les poursuites pour les infractions sexuelles et ainsi accroître le champ d'application de la norme pénale (I).

⁶⁴⁰ Échange de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes, 7 et 8 mars 2017, Mot d'ouverture, allocution par l'honorable Jody Wilson-Raybould, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>, « En dépit de ce cadre législatif robuste et des arrêts de la Cour suprême du Canada qui ont renchéri sur ce cadre, nous savons que les victimes d'agression sexuelle sont toujours confrontées à des obstacles considérables lorsqu'elles portent plainte à la police ou qu'elles témoignent devant un tribunal. Selon Statistique Canada, comme nous le savons probablement tous dans cette salle, seulement cinq pour cent des agressions sexuelles en 2014 ont été signalées à la police. En 2015, seulement 43 pour cent des agressions sexuelles signalées à la police ont mené à des accusations criminelles. Seulement 43 pour cent des accusés ont fini par être effectivement déclarés coupables. »

⁶⁴¹ Organisation mondiale de la Santé, *Rapport mondial sur la violence et la santé*, sous la direction de Etienne G. KRUG, Linda L. DAHLBERG, James A. MERCY, Anthony ZWI et Rafael LOZANO-ASCENCIO, Genève, 2002, « habituellement, les données sur la violence sexuelle viennent de la police, du milieu clinique, d'organisations non gouvernementales, d'enquêtes et d'études. On peut considérer que ces sources ne permettent de voir que la partie émergée de l'iceberg qu'est le problème mondial de la violence sexuelle. La pointe visible représente les cas signalés à la police. Une partie plus importante peut être révélée par des enquêtes et autre recherche et par le travail des organisations non gouvernementales. Mais sous la surface, demeure une partie du problème importante, quoique non quantifiée » ; S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 115, p. 7.

⁶⁴² S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 115, p. 16 ; R. c. *Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, la juge Claire L'Heureux-Dubé soulignait : « l'un des freins les plus puissants à la dénonciation des agressions sexuelles est la crainte des femmes que le système pénal ne vienne accroître leur victimisation » ; A. BELQUAÏD, préc., note 184, p. 591 : « La réticence des femmes à porter plainte est une donnée acquise dans le contexte régional ; il s'agit d'une réticence culturelle qui ignore les classes sociales et les niveaux d'éducation » ; J. ROBERTS, préc., note 575, p.42, p. 45 : « On soutient depuis longtemps que le système de justice pénale est plus susceptible de classer les affaires d'agressions sexuelles que les autres délits » ; *Office nationale de la délinquance*, 2007.

⁶⁴³ Statistique Canada, 2015, 5% des victimes d'agressions sexuelles porteraient plainte ; Rapport d'enquête « cadre de vie et sécurité », décembre 2017, ministère de l'Intérieur, en France, seulement 9% des victimes d'agressions sexuelles porteraient plainte.

⁶⁴⁴ Gouvernement du Québec, « Les agressions sexuelles : stop- Rapport du groupe de travail sur les agressions sexuelles à caractère sexuel », 1995, p. 99 ; Rebecca KONG, Holly JOHNSON, Sara BEATTIE et Andrea CARDILLO, « Les infractions sexuelles au Canada », (2003) *Juristat*, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, Catalogue no. 85-002-XIF, Vol. 23, no. 6, p. 20 ; Statistique Canada, *Les agressions sexuelles au Canada*, 2004 et 2007, Ottawa, Ontario, ministre de l'industrie, 2008, p. 11 ; H. JOHNSON, « Limits of a criminal justice response : trends in police and court processing of sexual assault », dans E. SHEEHY (éd.), *Sexual assault in Canada : law, legal practice and women's activism*, Ottawa, Presses de l'université d'Ottawa, 2012, p. 632 ; Kathy AUCOIN, *Échange de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes*, « Agression sexuelle au Canada : les statistiques et la loi », 7 et 8 mars 2017, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>, « Le taux d'abandon pour les incidents d'agression sexuelle était de 79% ».

Outre cet écart existant entre les plaintes et les poursuites, l'écart entre les poursuites et les condamnations est inquiétant⁶⁴⁵. La raison principale de cet état de fait se trouve dans une difficulté probatoire exacerbée par le caractère privé des violences sexuelles. Afin de ne pas tomber dans une ineffectivité de la norme pénale, les gouvernements français et canadien ont réformé en profondeur le droit de la preuve, spécifiquement pour les violences sexuelles afin d'adopter des règles plus humanistes adaptées aux spécificités de ces infractions (II).

I. LA POURSUITE FACILITEE PAR L'ASSOUPLISSEMENT DES LIMITES SPATIO-TEMPORELLES

313. Vers une réponse adaptée. La France et le Canada ont intégré dans leur arsenal normatif des règles visant à réprimer les auteurs d'infractions sexuelles et ainsi reconnaître juridiquement la victime de telles infractions. Ces règles sont cependant lacunaires et ne permettent pas de répondre de façon efficiente à l'ampleur du phénomène. Cette limite des deux systèmes s'illustre par une rareté des condamnations, celle-ci semble encourager les auteurs telle que l'illustre la prévalence du phénomène⁶⁴⁶. Au regard de cet état de fait, les deux pays ont réagi en adaptant le régime des poursuites aux spécificités des infractions sexuelles.

314. Une prise en compte des conséquences des violences sexuelles. Ces violences ont des conséquences psychotraumatiques particulières sur les victimes⁶⁴⁷. L'état de stress post-traumatique, ou syndrome psychotraumatique, peut se définir comme « *un trouble psychique complexe associant notamment des symptômes anxieux et des perturbations de la mémoire, organisé autour des symptômes de reviviscence du souvenir ou de la mémoire traumatique.* »⁶⁴⁸ Ces effets sur la mémoire de la victime doivent être pris en considération au niveau de la

⁶⁴⁵ Échange de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes, 7 et 8 mars 2017, Mot d'ouverture, allocution par l'honorable Jody Wilson-Raybould, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>, « Cela signifie que pour environ cent agressions sexuelles au Canada, moins d'un pour cent des personnes accusées sont déclarées coupables. Vous savez certainement qu'il s'agit du taux de condamnation le plus bas parmi tous les types de crimes violents au pays, et c'est tout à fait inacceptable. »

⁶⁴⁶ Catharine A. MACKINNON et Béatrice de GASCQUET, « Sexuality », (2012) 46 *Raisons politiques* 101, p. 125.

⁶⁴⁷ Association mémoire traumatique et victimologie, « Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte. Dénis de protection, de reconnaissance et de prise en charge : enquête nationale auprès des victimes », Mars 2015 ; Ann BURGESS, Wolbert HOLMSTROM, Lynda LYTLE, « Rape Trauma Syndrome », (1974) 131 *American Journal of Psychiatry* 981, p. 981-986.

⁶⁴⁸ Louis CROCQ, Patrice LOUVILLE, Carle DOUTHEAU et al., Psychiatrie de catastrophe. Réactions immédiates et différées, troubles séquellaires. Paniques et psychopathologie collective, Paris, Encyclopédie Médico-Chirurgicale Psychiatrie, 1998.

poursuite des infractions sexuelles. Afin de répondre à ces spécificités, la France et le Canada appliquent des délais de prescriptions rallongés voir même illimités (A). Dans un souci de réduire l'impunité frappant les infractions sexuelles, les deux pays ont adopté une conception élargie de la territorialité afin de multiplier les possibilités de poursuivre de telles violences (B).

A. L'allongement de la prescription

315. Contextualisation. Le professeur Jean Pradel évoque la question de la prescription de l'action publique comme : « *cette cause d'extinction qui traduit la force et la puissance du temps qui s'écoule.* »⁶⁴⁹ Cette citation permet de percevoir qu'il existe des éléments qui surpassent le droit d'obtenir justice tel que l'écoulement du temps. Doit-on alors y voir une forme d'injustice ou un juste équilibre entre plusieurs intérêts ? La réponse à cette question n'est pas uniforme. La France estime que le droit d'obtenir justice, limité dans le temps est nécessaire dans un État de droit afin d'assurer d'une part la qualité de la justice face au dépérissement de la preuve ; et d'établir d'autre part un juste équilibre entre les intérêts de la société, de l'accusé et de la victime. À l'inverse, le Canada considère qu'une possibilité illimitée dans le temps d'obtenir justice est le gage d'une société juste pour l'ensemble des protagonistes. Afin de répondre de façon éclairée sur les différents enjeux de la prescription en matière pénale et en matière civile au Québec, il conviendra d'en définir les termes, (1) avant d'étudier les régimes d'application en France et au Canada (2).

1) La notion

316. Définition. La prescription est définie par le professeur Gérard Cornu comme le « *mode d'extinction de l'action en justice résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai fixé par la loi.* »⁶⁵⁰ En droit, les délais de prescription sont les délais à l'intérieur desquels une action en justice doit être introduite sous peine de nullité. Au-delà du

⁶⁴⁹ J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9^e éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2016.- V^o Action publique- prescription – interruption- suspension- effets, n^o1 p. 100.

⁶⁵⁰ G. CORNU, préc., note 42, p. 794.

délai de prescription, l'action en justice ne peut plus être valablement introduite, il y a alors extinction du droit de poursuite. La prescription ne se réduit pas aux délais, mais également à la question de la computation des délais, c'est-à-dire la manière dont le délai court. Cette computation dépend du point de départ du délai ainsi que des causes d'interruption et de suspension⁶⁵¹.

317. Les sources françaises. En France, les règles de prescription ont été posées dans le Code d'instruction criminelle de 1808. Elles sont désormais énoncées aux articles 7 à 10 du Code de procédure pénale. Ces règles ont connu une réforme en profondeur grâce à la loi n°2017-242 du 27 février 2017. Cette dernière est venue allonger les délais de prescription de droit commun, elle encadre également le point de départ ainsi que l'interruption et la suspension de la prescription. Selon la professeure Jocelyne Leblois-Happe, il s'agit d'une réforme mesurée qui détermine elle-même son champ d'application dans le temps⁶⁵².

318. Les sources canadiennes. Les règles encadrant la prescription en matière criminelle au Canada sont inscrites à l'article 786 (2) du *Code criminel* qui prévoit qu'en matière sommaire⁶⁵³, à moins d'une entente entre le poursuivant et le défendeur, aucune poursuite ne peut être intentée plus de douze mois après que l'objet des procédures ait pris naissance⁶⁵⁴. Concernant les autres actes criminels, aucune règle n'est inscrite dans le *Code criminel* puisqu'ils sont imprescriptibles en droit canadien⁶⁵⁵. Ainsi, les agressions sexuelles prévues dans le *Code criminel* sont toutes imprescriptibles à l'exception de l'agression sexuelle simple prévue à l'article 271 lorsque celle-ci est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, elle sera alors prescriptible dans un délai de douze mois à compter de sa commission. À la différence du droit français, ce ne sont pas les infractions sexuelles qui sont prescriptibles mais le mode de poursuite. En d'autres termes, il n'y a pas de geste qui ne serait pas poursuivi au-delà d'un certain délai, c'est simplement la voie procédurale qui change.

⁶⁵¹ Pour une vision complète de la notion de prescription, voir F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, préc., note 630, pp. 693-739.

⁶⁵² Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », (2017) *La semaine de la doctrine*, l'étude, p. 424.

⁶⁵³ L'infraction punissable par procédure sommaire, communément appelée l'infraction sommaire, regroupe les infractions comportant une gravité objective inférieure de celles qui se retrouvent dans le *Code criminel*. Ces délits sont généralement reconnus comme étant de gravité moindre, car la peine maximale à laquelle l'accusé peut se voir condamner est, sauf disposition contraire, une sentence d'emprisonnement de 2 ans moins 1 jour, d'une amende de 5000 \$ ou les deux, selon l'article 787 (1) C.cr., récemment modifié.

⁶⁵⁴ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 484. ; Voir C-75.

⁶⁵⁵ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, Id., p. 484 : « En principe, les actes criminels sont imprescriptibles, sauf exception ponctuelle ».

319. Une conceptualisation différente de la prescription. La prescription des infractions pénales fait l'objet de deux régimes divergents selon la tradition juridique du pays. Les pays de Common Law tel que le Canada ont adopté un régime d'imprescriptibilité pour les crimes. À l'inverse, les pays de tradition romano-germanique, tel que la France, ont opté pour un régime de prescription des infractions pénales plus ou moins strict selon la gravité de l'infraction envisagée. Concernant la France, la loi du 27 février 2017 tend à élargir les délais de prescriptions, ce qui selon certains auteurs, rapproche le pays des pays anglo-saxons⁶⁵⁶.

320. Intérêts de la comparaison. La comparaison entre le Canada, qui adopte un régime d'imprescriptibilité pour les crimes sexuels, et la France, qui les encadrent par un délai de prescription permettra de percevoir quels sont les avantages et les inconvénients de chacune des deux approches. Il conviendra également d'analyser la possible exportation du modèle anglo-saxon en France pour les infractions sexuelles. Cette question fait l'objet de nombreux débats en France depuis quelques années déjà.

Cette comparaison va également permettre de percevoir une différence importante entre les deux pays concernant l'action en indemnisation. Celle-ci est globalisée en France dans le procès pénal lorsque la victime se porte partie civile, tandis qu'au Canada elle peut faire l'objet d'une action distincte devant la juridiction civile⁶⁵⁷ ou devant la juridiction administrative, et fait ainsi l'objet d'un délai de prescription plus court. Face aux critiques sévères à l'encontre de ce délai qui était initialement de trois ans dans la Province du Québec, une réforme en date du 23 mai 2013⁶⁵⁸, similaire à celle de 2017 en France est venue considérablement allonger ces délais. Ces deux réformes ont un but similaire, à savoir accroître les possibilités pour les victimes d'obtenir justice, et s'adapter ainsi aux spécificités des conséquences des violences sexuelles sur les victimes pouvant s'illustrer par une amnésie traumatique. Le Québec est allé

⁶⁵⁶ D. BOCCON-GIBOD, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique », (2016) *AJ pénal*, p. 299.

⁶⁵⁷ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, pp. 436 et 436 : « Cette conception de l'ordonnance d'indemnisation a plusieurs conséquences. Ainsi, elle ne porte aucunement atteinte au recours civil fondé sur l'acte délictueux. Il n'y a donc pas autorité de la chose jugée entre les décisions rendues par l'une et l'autre des juridictions, de sorte que l'ordonnance émise en vertu de l'article 738 n'empêche pas le recours civil et vice-versa. De même, le dommage subi doit être facilement déterminé. En effet, il ne doit pas exister, quant au quantum des dommages, de controverse qu'on ne puisse trancher de manière expéditive. La cour criminelle ne possédant pas de compétence pour évaluer les dommages, elle doit, en cas de contestation sérieuse, s'en remettre aux tribunaux de juridiction civile ». Au Canada, une personne peut subir un procès au criminel et au civil pour une même agression sexuelle. Dans ce cas, le procès criminel porte sur la commission d'une infraction criminelle de nature sexuelle et le procès civil vise à reconnaître les dommages physiques ou psychologiques subis par la victime. »

⁶⁵⁸ *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription, L.Q 2013, c. 8.

plus loin que la France, puisque le projet de loi 55 déposé le 4 juin 2020 et adopté le 12 juin 2020 annule le délai de prescription pour les poursuites des victimes d'agressions sexuelles au civil⁶⁵⁹. « *Cette loi rend imprescriptible l'action en réparation du préjudice corporel résultant d'un acte pouvant constituer une infraction criminelle lorsque le préjudice résulte d'une agression à caractère sexuel, de la violence subie pendant l'enfance ou de la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint* ». ⁶⁶⁰ En dépit des avantages que cette imprescriptibilité représente pour les victimes, il ne faut cependant pas omettre certains principes de la procédure pénale telle que le principe de célérité ou encore d'équité, qui peuvent être mis en danger par des délais de prescription rallongés.

321. Fondements de la prescription. La prescription représente dans les deux pays étudiés un obstacle à la poursuite qui n'est pas spécifique à la matière pénale. Cette limite au droit d'obtenir justice semble instaurer une forme d'impunité et crée une iniquité entre les victimes. Elle permet cependant d'établir un équilibre entre les divers intérêts en jeu. Les règles relatives à la prescription se justifient par différents principes⁶⁶¹. Ces fondements peuvent être divisés en deux catégories. Il existe des causes subjectives d'ordre sociologique, et des causes plus objectives fondées sur le bon fonctionnement de la justice pénale. Selon le professeur Étienne Vergès, ces fondements sont aussi nombreux que fragiles⁶⁶². Certains arguments sont peu pertinents, particulièrement dans le contexte des infractions sexuelles.

322. Prescription et droit à l'oubli⁶⁶³. Les fondements subjectifs des règles de prescription suggèrent que l'écoulement du temps fait disparaître le préjudice provoqué par l'infraction ; l'acte et ses effets auraient été oubliés⁶⁶⁴. En d'autres termes, le droit d'obtenir justice appartenant à la victime se confronte ici avec le droit de l'auteur d'être oublié⁶⁶⁵. Malgré

⁶⁵⁹ Loi modifiant le Code civil pour notamment rendre imprescriptibles les actions civiles en matière d'agression à caractère sexuel, de violence subie pendant l'enfance et de violence conjugale, L. Q. 2020, c. 13.

⁶⁶⁰ Id., Notes explicatives.

⁶⁶¹ Alain TOURRET et Georges FENECH, « Rapport d'Information sur la prescription en matière pénale », n°2778, Assemblée nationale, 20 mai 2015, p. 9 : « C'est dans ce contexte, et alors même que les fondements traditionnels de la prescription sont de moins en moins admis par la société... ». Ce rapport remet en question tous les principes traditionnels de la prescription à l'aune l'évolution contemporaine de l'ordre public.

⁶⁶² Étienne VERGÈS, *Procédure pénale*, 5^e Édition, Paris, LexisNexis, 2017, p. 129.

⁶⁶³ Contributions écrites de MM. Jean-Claude MARIN et Jean DANET dans A. TOURRET et G. FENECH, préc., note 660, p. 13, ils ont estimé que la « grande loi de l'oubli », « loi sociale ou sociologique un peu vague », n'apparaissait plus « dans notre société, tout à la fois société médiatique et de mémoire, comme une loi sociale si évidente qu'elle puisse fonder la prescription de l'action publique ».

⁶⁶⁴ É. VERGÈS, préc., note 661, p. 129.

⁶⁶⁵ Séverine LÉGER-GRESSOT, *L'oubli en droit pénal*, thèse de doctorat, sous la direction de Christine Lazerges, Montpellier, 2000; Voir CEDH, Affaire Brunet c. France, 18 septembre 2014, 21010/10; pour une perspective

l'humanisme du droit à l'oubli pour l'accusé⁶⁶⁶, sa légitimité semble délicate à appréhender⁶⁶⁷, particulièrement dans le cadre des infractions sexuelles ; ceci, au regard des conséquences temporelles de l'infraction sur les victimes. Il a été reconnu que le retard à dénoncer des abus sexuels est une conséquence commune et prévisible dans le cas de telles violences⁶⁶⁸. Ainsi, l'argument selon lequel la consécration d'un droit à l'oubli apporte une certaine forme d'apaisement⁶⁶⁹ semble ne concerner que l'auteur, en excluant la victime de violences sexuelles de cette logique. Concernant la victime, son « droit à l'oubli » n'est en revanche pas pris en compte en droit français⁶⁷⁰.

323. La sanction d'une inaction. Une autre finalité de la prescription serait de sanctionner une négligence du ministère public et de la victime qui n'ont pas agi dans le délai imparti⁶⁷¹. Cette conséquence s'explique également par l'idée du pardon et de l'existence d'un droit à l'oubli pour le délinquant⁶⁷² ; pour ce dernier l'écoulement du délai de prescription serait une peine en soi, il ne conviendrait pas de le punir une seconde fois⁶⁷³. Des auteurs estiment que « *compte tenu de la durée écoulée depuis la commission des faits, il n'y a plus lieu de poursuivre leur auteur alors que l'opinion a oublié le trouble causé par leur commission.* »⁶⁷⁴ Ce raisonnement ne se fonde que sur le trouble à l'ordre public provoqué par l'infraction en ignorant celui causé à la victime. Cet argument vise à reconnaître un droit à la tranquillité

selon laquelle l'oubli n'apparaît plus comme un fondement pertinent de la prescription, Voir *Rapp. d'information sur la prescription en matière pénale*, AN, XIVE législature, n° 2778.

⁶⁶⁶ Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée*, 3^e. éd., Paris, PUAM, 1995 : « L'oubli est une valeur essentielle, il tient à la nature même de l'homme et refuser un droit à l'oubli c'est nourrir l'homme de remords, qui n'a d'autre avenir que son passé, dressé devant lui comme un mur qui bouche l'issue » ; Carole HARDOUIN, *L'oubli de l'infraction*, Thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2008.

⁶⁶⁷ Anne-Blandine CAIRE, « Propos introductifs », dans Anne-Blandine CAIRE et Caroline LANTERO (Dir.), *Le droit à l'oubli*. Actes du colloque du 25 mars 2015, (2016) 8 *La Revue*, p. 7, « De prime abord, on le voit, l'oubli se situerait plutôt à l'opposé des préoccupations juridiques et judiciaires. Pourtant, la doctrine mentionne souvent le droit à l'oubli, au même titre que d'autres droits » ; Jean-François RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *Recueil Dalloz* 1997, p. 23.

⁶⁶⁸ *Le protecteur du citoyen, Assemblée nationale Québec*, « Abolir toute prescription pour les recours civils en cas d'agression sexuelle, de violence subie durant l'enfance ou de violence d'un conjoint ou d'un ex-conjoint », Avis du protecteur du citoyen, Québec, 19 décembre 2017, p. 8.

⁶⁶⁹ François OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 123 et p.135, l'auteur évoque des formes « d'oubli-apaisement ».

⁶⁷⁰ Pierre-Jérôme DELAGE, « L'oubli de l'infraction par la victime, ou quand l'amnésie traumatique ne peut influencer sur le délai de prescription de l'action publique », (2019) *RSC* 144, p. 144 ; Cass. Crim. 17 oct. 2018, n° 17-86.161, publié au Bulletin.

⁶⁷¹ É. VERGÈS, préc., note 661, p. 129 ; Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2011, p. 884, « grande loi de l'oubli » ; A. TOURRET et G. FENECH, préc., note 660, pp. 16 et s.

⁶⁷² S. GUINCHARD et J. BUISSON, préc., note 670, p. 884 ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, 18^e éd., Paris, Éditions Cujas, 2015, p. 205.

⁶⁷³ J. PRADEL, Id., p. 205.

⁶⁷⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, préc., note 670, p. 884.

d'esprit de l'auteur des faits reprochés une fois qu'un certain délai est écoulé. Néanmoins, est-il juridiquement défendable et d'intérêt public d'assurer la tranquillité d'esprit de l'auteur d'une agression sexuelle ou d'actes violents commis pendant l'enfance de la victime, ou encore d'un conjoint ou d'un ex-conjoint violent⁶⁷⁵? Sur cette question, la Cour suprême du Canada s'est prononcée en faveur de la victime et a énoncé : « *L'iniquité manifeste que créerait le fait de permettre à ces individus d'échapper à toute responsabilité, alors que la victime continue de subir les conséquences, milite nettement contre toute garantie de tranquillité d'esprit.* »⁶⁷⁶

324. L'altération de la preuve. Une raison plus objective se trouve dans le possible dépérissement des preuves au-delà d'un certain délai. Cet affaiblissement de la force probatoire des éléments justifierait que l'action devienne irrecevable puisque le risque d'erreur judiciaire est accru⁶⁷⁷. Ce dernier argument peut être relativisé pour deux raisons. Sur un plan général, les progrès de la police scientifique permettent aujourd'hui d'élucider des affaires des années, voire des décennies après la commission de l'infraction⁶⁷⁸. Sur le plan spécifique des infractions sexuelles, la preuve est toujours difficile même si on agit immédiatement après la commission de l'infraction⁶⁷⁹, cet argument est par conséquent peu pertinent. Néanmoins, le risque de dépérissement des preuves demeure un argument valable au regard de la preuve testimoniale, puisqu'avec le temps, la mémoire humaine s'altère⁶⁸⁰.

325. Un système discrédité. Un argument en faveur de la prescription évoque le fait que des poursuites trop tardives discréditeraient l'appareil judiciaire en démontrant son incapacité à agir en temps normal et inquiéteraient le public⁶⁸¹. Face à cet argument, on peut

⁶⁷⁵ *Le protecteur du citoyen, Assemblée nationale Québec*, « Abolir toute prescription pour les recours civils en cas d'agression sexuelle, de violence subie durant l'enfance ou de violence d'un conjoint ou d'un ex-conjoint », Avis du protecteur du citoyen, Québec, 19 décembre 2017, p. 7.

⁶⁷⁶ *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6

⁶⁷⁷ J. PRADEL, Préc., note 671, p. 205.

⁶⁷⁸ É. VERGÈS, Préc., note 661, p. 129 ; Jean PRADEL, Id., p. 206 ; Étude d'impact, *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, JUSD1805895L, p. 14 ; A. TOURRET et G. FENECH, préc., note 660, pp. 14-16.

⁶⁷⁹ À titre d'exemple, « même si les parties génitales de la femme sont examinées aussitôt après le viol, les dommages sont identifiables dans moins de 50% des cas », <http://www.unhcr.org/fr/4b151c885.pdf> spéc., p. 30.

⁶⁸⁰ Claire SOURZAT et Jacques OLIVIER, « Infractions sexuelles - Réflexion pluridisciplinaire sur la prescription en matière d'agressions sexuelles après la présentation du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », (2018), *Droits pénal*, Étude 16, p.4, Par 14 : « Faux souvenirs » ; A. TOURRET et G. FENECH, préc., note 660, pp. 18- 20.

⁶⁸¹ J. PRADEL, préc., note 671, p. 205.

invoquer que l'impunité des auteurs démontre également l'impuissance de l'appareil judiciaire aux yeux de l'opinion publique⁶⁸².

326. Un droit à la prescription ? Il existe d'autres justifications à la prescription, celles-ci sont plus objectives et moins critiquables. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable⁶⁸³, inhérent au droit au procès équitable, justifie la prescription en droit français. Par ailleurs, une bonne gestion de l'action pénale impose d'orienter l'action publique vers les troubles les plus récents et les plus graves à l'ordre public, ce qui revient à abandonner cette action pour des troubles anciens et moins graves⁶⁸⁴. La prescription constituerait un outil de politique criminelle utile puisque limitant les cas de récidives⁶⁸⁵.

327. Analyse globale. La totalité des arguments justifiant la prescription servent une finalité protectrice de la société⁶⁸⁶. *A contrario*, le professeur Jean Pradel remarque de façon très pertinente « *qu'elle nuit à la protection de la société en profitant aussi bien aux grands malfaiteurs qu'aux petits délinquants, alors que le temps ne saurait atténuer les dangers des premiers. Elle exclut toutes mesures de traitement pour certains coupables qui en auraient pourtant besoin ; il n'est pas moins nécessaire de les traiter parce que leur faute n'a été révélée que tardivement.* »⁶⁸⁷

328. Un réalisme nécessaire. La faiblesse des fondements traditionnels de la prescription semble avérée. Néanmoins, une analyse structurelle démontre que le système judiciaire ne dispose pas des moyens humains et matériels suffisants, permettant de traiter de

⁶⁸² *Contribution écrite de l'Union syndicale des magistrats* dans A. TOURET et G. FENECH, préc., note 660, p. 13 : « Le dogme fondateur de la prescription, selon lequel la tranquillité publique serait troublée par des poursuites tardives, est largement remis en question, voire inversé, le bénéfice de ce droit à l'oubli [n'étant] plus admis, le temps n'atténuant pas le danger que les délinquants représentent pour la société » ; au contraire, « l'impunité peut renforcer la détermination criminelle de certains auteurs » .

⁶⁸³ Assemblée générale des Nations Unies, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1996, Article 9.3; Conseil de l'Europe, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Protocoles n°11 et 14, 3 septembre 1953, Article 6.1; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C326/02, Article 47 al.2; En droit français, Code de procédure pénale, Article préliminaire, par. III, al. 5; Code de l'organisation judiciaire, Article L. 111-3; En droit canadien, Charte canadienne des droits et libertés, Article 11 b); *R. c. Jordan* 2016 CSC 27.; Voir Ass. Pleinière 20 mai 2011, n°11-90-032

⁶⁸⁴ É. VERGÈS, Préc., note 661, p. 129.

⁶⁸⁵ J. PRADEL, préc., note 671, p. 205 : « Par l'effet de la prescription, le coupable a intérêt à ne pas s'exposer, par une nouvelle infraction, à des recherches sur son comportement passé : à l'instar du sursis, quoique de manière plus empirique, la prescription est un moyen de politique criminelle ».

⁶⁸⁶ L'un des principes fondateurs de la prescription repose sur la tranquillité publique, cependant, le trouble à l'ordre public causé par des poursuites tardives est remis en question ou inversé.

⁶⁸⁷ J. PRADEL, préc., note 671, p. 206.

l'ensemble des infractions commises indépendamment du moment où elles ont été commises⁶⁸⁸. Cette limite économique justifie ainsi que les pays mettent en place des critères permettant de réguler l'action de la justice pénale. En effet, l'imprescriptibilité ne semble pas constituer un choix réaliste au regard de la contrainte budgétaire des pays⁶⁸⁹.

2) Le régime

329. Une réponse distincte. La lutte contre les infractions sexuelles ainsi que la reconnaissance des victimes de telles agressions s'illustrent au travers du régime de prescription applicable. Ce régime fait l'objet de deux réponses distinctes en France et au Canada. Concernant le Québec plus précisément, le débat sur la question de la prescription porte sur la poursuite civile. Les deux pays font cependant preuve d'une volonté similaire de perfectionner ce régime afin de répondre de façon effective aux besoins et à la réalité vécue par les victimes de violences sexuelles.

330. Le point de départ du délai. En principe, le délai de prescription commence à courir le jour où l'infraction a été commise⁶⁹⁰. En France, le délai se calcule de quantième en quantième et expire le dernier jour à minuit⁶⁹¹. Ce point de départ s'applique pour les infractions instantanées, celles qui se réalisent en un instant comme le viol notamment. Il existe des exceptions à ce principe.

331. Un point de départ modulable. Dans la catégorie des infractions instantanées, le point de départ de la prescription des infractions clandestines n'est pas le jour de la commission de l'infraction, mais le jour où elle apparaît et peut être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. Cette théorie de l'infraction clandestine

⁶⁸⁸ A. TOURRET et G. FENECH, préc., note 660, pp. 20- 22.

⁶⁸⁹ Id., p. 21.

⁶⁹⁰ Code de procédure pénale, Article 7 : « Modifié par LOI n°2017-242 du 27 février 2017 - art. 1- L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise. » ; Article 8 : « Modifié par LOI n°2017-242 du 27 février 2017 - art. 1- L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise ». ; *Code criminel*, Article 786 par. 2 : « À moins d'une entente à l'effet contraire entre le poursuivant et le défendeur, les procédures se prescrivent par six mois à compter du fait en cause. » ; *JurisClasseur Québec, Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 12- Procès par procédure sommaire, Para. 7. Calcul.

⁶⁹¹ Jean LARGUIER et P. CONTE, *Procédure pénale*, Les mémentos Dalloz, 24^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 148.

s'explique par l'un des fondements de la prescription : on ne peut reprocher à la justice de ne pas poursuivre l'infraction qu'elle ignore⁶⁹². Avant la loi du 27 février 2017⁶⁹³, il s'agissait d'une création prétorienne⁶⁹⁴, qui est désormais inscrite dans le Code de procédure pénale à l'article 9-1⁶⁹⁵. Le deuxième alinéa de cet article énonce que lorsque l'infraction est occulte ou dissimulée, le délai de prescription « *court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique* ». L'article apporte une précision sur la définition respective de ces deux notions. Ainsi, **l'infraction occulte** est celle, qui en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire (al. 3). Tandis que **l'infraction dissimulée** est celle, dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte (al. 4). La notion d'**infraction occulte** est pertinente dans le contexte des infractions sexuelles, pour plusieurs raisons. D'un point de vue général, il est désormais prouvé en psychologie et en psychiatrie que beaucoup de victimes d'infractions sexuelles souffrent d'une amnésie dissociative, plaçant la victime dans l'impossibilité de dénoncer l'infraction subie pendant une période parfois très longue⁶⁹⁶. Les délais de prescription en la matière bien qu'ayant été rallongés et faisant l'objet d'un régime dérogatoire au droit commun lorsque la victime était mineure au moment des faits⁶⁹⁷, restent inadaptés à de nombreuses situations. Au regard de cet état de fait, il serait utile que les infractions sexuelles puissent être assimilées aux infractions occultes⁶⁹⁸. Cette assimilation est possible au regard de l'acte exécutif des infractions

⁶⁹² Id., p. 149.

⁶⁹³ Loi n°2017-242 du 27 février 2017.

⁶⁹⁴ Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-91.369 ; Bull. crim. n°104, concernant l'abus de confiance ; Cass. crim., 5 mai 1997, n°96-81.482, Bull. crim. n°159, concernant l'abus de biens sociaux ; Cass. crim., 4 mars 1997, n°96-84.773 ; Bull. crim. n°83, concernant l'atteinte à l'intimité de la vie privée ; Cass. crim., 20 févr. 1986, n°84-91.600 ; Bull. crim. n°70, concernant la publicité trompeuse ; Cass. crim., 23 juin 2004, n°03-82.371 : JurisData n°2004-024337 ; Bull. crim. n°173 pour la simulation et dissimulation d'enfant ; Cass. crim., 7 juillet 2005, n°05-81.119 : JurisData n°2005-029613 ; Bull. crim. n°206, concernant la tromperie.

⁶⁹⁵ Code de procédure pénale, Article 9-1, al. 3, 4 et 5.

⁶⁹⁶ SÉNAT, Session ordinaire de 2013-2014, Rapport n°549, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Mmes Muguette DINI, Chantal JOUANNO et plusieurs de leurs collègues, modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, Par M. Philippe KALTENBACH, p. 5.

⁶⁹⁷ Sur ce point, le projet de réforme de Marlène SCHIAPA, proposée le 21 mars 2018 propose de rallonger le délai de prescription pour les mineurs, ainsi il passerait de 20 à 30 ans à compter de la majorité.

⁶⁹⁸ Proposition de loi n°368 (2013-2014) de Mmes Muguette DINI et Chantal JOUANNO modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles ; solution qui semble applicable, Voir Y. MAYAUD, « De la prescription des infractions sexuelles, ou pour une brève synthèse sur fond d'amnésie traumatique », (2018) RSC 895, p. 896 : « Une réponse qu'il nous faut confronter à l'article 9-3 du code de procédure pénale. Issu de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017, on peut se poser la question, comme nous l'avons fait pour l'article 9-1, de la pertinence de la référence à ce texte. Certes, il n'existait pas lors de la plainte déposée par la victime le 29 décembre 2007. Mais son contenu, quant à lui, existait, qui se confond avec la règle *Contra non valentem agere non currit praescriptio*, une règle indissociable de la théorie de la force majeure, et naturellement appliquée en jurisprudence criminelle... L'article 9-1 a une portée déclarative, qui renvoie à un principe de portée supérieure, avec ce qu'il

sexuelles. En effet, cet acte est un acte intime qui a lieu dans la majorité des cas à l'insu de tous. L'acte d'exécution pourrait ainsi être considéré comme occulte ; se conformant ainsi à la définition des infractions occultes. De plus, le contexte ainsi que les conséquences traumatiques de l'agression en font une infraction pouvant être ignorée par la victime et les autorités pendant de nombreuses années. Cette proposition permettrait de s'adapter davantage à la réalité des victimes de violences sexuelles et plus précisément aux traumatismes très spécifiques liés à ces violences⁶⁹⁹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 2013 a refusé d'appliquer le régime jurisprudentiel applicable aux infractions occultes ou dissimulées, à des faits de viol commis dans l'enfance à une personne qui, victime d'une amnésie consécutive, n'avait pris conscience de ces faits que trente-quatre ans plus tard⁷⁰⁰. Cette solution a été confirmée dans un arrêt du 17 octobre 2018⁷⁰¹. Cette proposition de loi n'a pas été adoptée en France. Au regard de l'omniprésence des infractions sexuelles dans la société, cumulée à un chiffre noir incontestable, il semble opportun d'adopter le régime des infractions occultes aux infractions sexuelles. Cette solution permettrait d'accroître l'effectivité de la norme et ceci en augmentant notamment le taux de plaintes des victimes de violences sexuelles.

332. Un intérêt comparatiste. Dans une perspective comparatiste, il est intéressant d'observer que le point de départ du délai concernant l'action en indemnisation de la victime devant les juridictions civiles au Canada et plus spécifiquement au Québec commençait à courir lorsque les conséquences de l'infraction se sont révélées à la victime⁷⁰². Au regard de ces divers arguments et à défaut d'un régime d'imprescriptibilité qui ne correspondrait ni à la tradition juridique française, ni aux moyens humains et financier de la justice pénale, il serait pertinent d'adapter le régime de prescription des infractions sexuelles à celui des infractions occultes pour les victimes majeures.

333. Exceptions. À côté des infractions clandestines, le droit français connaît d'autres exceptions concernant le point de départ du délai de prescription de l'action publique. Pour les

implique de continuité dans le temps, et donc de juste référence à ce qui en est aujourd'hui l'expression confirmée, les faits remonteraient-ils à 1982 ».

⁶⁹⁹ SÉNAT, préc., note 695, p. 7 : « Cette proposition part du constat du caractère inadapté des délais de prescription applicables aux violences sexuelles et vise à replacer la victime au centre du dispositif, en prévoyant que le délai de prescription des viols et agressions sexuelles aggravés, notamment des faits d'inceste, ne commencera à courir qu'à partir du moment où la victime est en mesure de révéler l'infraction dont elle a été victime ».

⁷⁰⁰ Cass. Crim., 18 décembre 2013, n° de pourvoi : 13-81129.

⁷⁰¹ Cass. Crim. 17 oct. 2018, n° 17-86.161, publié au Bulletin.

⁷⁰² Code civil du Québec, Article 2926.1.

infractions continues, le point de départ du délai sera le jour où cesse l'activité délictueuse⁷⁰³. Concernant les infractions d'habitude, il s'agira du jour du dernier acte constituant l'habitude, même si cet acte est séparé du précédent par le temps de prescription⁷⁰⁴. Cette dernière exception peut s'appliquer aux infractions sexuelles puisque celles-ci peuvent s'inscrire dans un contexte d'habitude, entre époux notamment.

334. Des spécificités canadiennes. La question du point de départ du délai ne se pose que très peu au Canada puisque par principe les actes criminels sont imprescriptibles. En matière sommaire, le paragraphe 786(2) du *Code criminel* prévoit qu'à moins d'une entente entre le poursuivant et le défendeur, aucune poursuite ne peut être intentée plus de six mois après que l'objet des procédures ait pris naissance⁷⁰⁵. Cette question est ici pertinente puisque conformément à l'article 271. b) du *Code criminel* les agressions sexuelles simples peuvent être punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, et ainsi être prescrites dans un délai de douze mois⁷⁰⁶. Ce délai extrêmement court surprend au regard du régime d'imprescriptibilité, principe en droit criminel canadien.

335. Un régime régulièrement réformé. Les règles relatives à la prescription de l'action publique, ainsi que celles encadrant l'action civile au Canada permettant aux victimes d'une infraction pénale d'obtenir réparation de leur préjudice, font l'objet d'une mobilisation législative importante tant en France qu'au Canada. Cette nécessaire volonté de modifier de façon régulière les règles encadrant la prescription de l'action publique et de l'action civile se justifie par différents arguments, pouvant se résumer de la façon suivante : « *Les règles légales et jurisprudentielles qui régissent la prescription de l'action publique et la prescription des peines sont peu à peu devenues inadaptées aux attentes de la société et aux besoins des juges en matière de répression des infractions. Elles souffrent aujourd'hui d'une incohérence et d'une instabilité préjudiciables à l'impératif de sécurité juridique.* »⁷⁰⁷ Ces limites sont également présentes au Québec. La *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil*

⁷⁰³ J. LARGUIER et P. CONTE, Préc., note 690, p. 148.

⁷⁰⁴ Id., p. 149.

⁷⁰⁵ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 484.

⁷⁰⁶ Projet de Loi C-75.

⁷⁰⁷ Assemblée nationale, Proposition de loi n°2931 portant réforme de la prescription en matière pénale, présentée par MM. Alain TOURRET et Georges FENECH, députés, p. 2.

*relatives à la prescription*⁷⁰⁸ est venue modifier les délais pour les poursuites civiles ainsi que les délais pour faire une demande auprès de l'IVAC ; l'IVAC étant l'organisme gouvernemental qui indemnise les victimes d'actes criminels. Cette réforme est une réponse à l'incohérence du système ancien. Aux arguments soulevés par la proposition de loi n°2931 précédemment évoquée, il convient de rajouter un autre argument justifiant la nécessité de réformer la prescription en matière pénale : l'impunité des auteurs, spécifiquement dans le domaine des infractions sexuelles. Dans ce domaine il est communément admis que le taux de plainte et le taux de condamnations sont très faible comparativement au nombre d'infractions sexuelles commises. Au regard de tous ces arguments, les législateurs ont réformé en profondeur la prescription en matière pénale en France et en matière civile au Canada.

336. La mise en place de délais dérogatoires. La gravité de certaines infractions, notamment celles commises sur des mineurs a entraîné le législateur français à instaurer des délais de prescription dérogatoires au droit commun. Ainsi, *la loi n°98-468 en date du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, est venue allonger les délais de prescription et modifier le point de départ du délai de prescription pour les infractions sexuelles commises sur une victime mineure. Cette loi est ainsi venue modifier certains articles du Code de procédure pénale relatif à la prescription de l'action publique des infractions commises sur un mineur⁷⁰⁹. Désormais, le report du délai de prescription à la majorité n'est pas réservé aux infractions commises par les proches de la victime, mais il s'applique à tous les crimes commis contre des mineurs, ainsi qu'à une liste limitative de plusieurs délits⁷¹⁰. *La loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes* est venue rallonger ces délais, ils sont ainsi passés de 20 ans à 30 ans, à compter de la majorité⁷¹¹.

337. Une dérogation propre aux mineurs. Un régime dérogatoire concernant les mineurs victimes d'infractions sexuelles existe également au Canada, et plus récemment au

⁷⁰⁸ Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription, L.Q 2013, c. 8.

⁷⁰⁹ Code de procédure pénale, art.7 alinéa 3.

⁷¹⁰ Y. MAYAUD « Agressions sexuelles et conflits de lois dans le temps- Crim. 10 juillet 2002 », (2002) *RSC* 817, p. 817.

⁷¹¹ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 *renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Article 1 ; Code de procédure pénale, Article 7 alinéa 3 ; Article 706-47.

Québec. Avant la dernière modification en date du 12 juin 2020⁷¹², l'avant dernière réforme⁷¹³, était venue inscrire à l'article 2926.1 du *Code civil du Québec* un délai de prescription de l'action civile spécifique aux infractions sexuelles d'une durée de trente ans⁷¹⁴, il était auparavant de trois ans. Le Québec était la seule province du Canada à ne pas avoir aboli le délai de prescription pour les infractions sexuelles. Le point de départ de ce délai de prescription était en adéquation avec le traumatisme subi par les victimes de ce type de violence puisqu'il ne s'amorçait qu'une fois que la victime prenait conscience que le préjudice qu'elle avait subi était attribuable à l'agression ou à l'acte de violence. Ce point de départ correspondait au régime des infractions clandestines en droit français. Le calcul du délai de prescription pouvait également être suspendu, même si la victime avait pris conscience que le préjudice subi était attribuable à l'agression, dans les deux cas suivants : si la victime était mineure au moment de la prise de conscience du préjudice, le calcul du délai commencera seulement le jour où elle atteindra 18 ans⁷¹⁵; si la victime, quel que soit son âge, pouvait démontrer qu'elle était dans l'impossibilité d'agir malgré cette prise de conscience⁷¹⁶. Le premier cas était similaire au régime dérogatoire instauré par la réforme de 1998 en France. Le caractère dérogatoire des règles applicables à la prescription des infractions sexuelles commises sur les mineurs est essentiel, puisqu'il tient compte du caractère odieux du crime et de la particulière vulnérabilité des mineurs⁷¹⁷. Depuis le douze juin dernier, le Canada a franchi une étape supplémentaire dans la reconnaissance de la spécificité des agressions sexuelles et de leurs victimes en abolissant tout délai de prescription⁷¹⁸.

338. Des dérogations nécessaires. La désapprobation sociale face aux lacunes des règles de prescription a entraîné le législateur français à modifier en profondeur la prescription

⁷¹² *Loi modifiant le Code civil pour notamment rendre imprescriptibles les actions civiles en matière d'agression à caractère sexuel, de violence subie pendant l'enfance et de violence conjugale*, L. Q. 2020, c. 13.

⁷¹³ *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription*, L.Q 2013, c. 8.

⁷¹⁴ *Code civil du Québec* (2012, c.8 ; a.7), art. 2926.1 : « L'action en réparation du préjudice corporel résultant d'un acte pouvant constituer une infraction criminelle se prescrit par 10 ans à compter du jour où la victime a connaissance que son préjudice est attribuable à cet acte. Ce délai est toutefois de 30 ans si le préjudice résulte d'une agression à caractère sexuel, de la violence subie durant l'enfance ou de la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint. En cas de décès de la victime ou de l'auteur de l'acte, le délai applicable, s'il n'est pas déjà écoulé, est ramené à trois ans et il court à compter du décès ».

⁷¹⁵ *Code civil du Québec*, Article 2905.

⁷¹⁶ *Code civil du Québec*, Article 2904.

⁷¹⁷ Avis du Défenseur des droits n°17-13, Paris, 30 novembre 2017, p. 5.

⁷¹⁸ *Code civil du Québec* (2020, c.13, a.2), art. 2926.1 al. 1 : « L'action en réparation du préjudice corporel résultant d'un acte pouvant constituer une infraction criminelle se prescrit par 10 ans à compter du jour où la victime a connaissance que son préjudice est attribuable à cet acte. Cette action est cependant imprescriptible si le préjudice résulte d'une agression à caractère sexuel, de la violence subie pendant l'enfance, ou de la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint ».

en matière pénale⁷¹⁹. Cette réforme avait pour finalité de remettre de l'ordre dans le flou des règles de la prescription engendrée par la jurisprudence et l'inflation législative. Elle a donc pour intérêt de mettre les règles de prescription en conformité avec les principes de sécurité juridique et de prévisibilité du droit. Cette loi a doublé les délais en matière de prescription pénale pour les crimes et les délits. Ainsi le délai de prescription de l'action publique passe de dix à vingt ans en matière criminelle⁷²⁰ et de trois à six ans pour les délits de droit commun⁷²¹. Ces nouveaux délais apportent de grands changements pour les victimes majeures d'infractions sexuelles et s'adaptent ainsi davantage au phénomène d'amnésie dissociative qui les affecte souvent. Concernant les victimes de viol, mineures de quinze ans au moment des faits, le délai reste de vingt ans et commence à courir à compter de leur majorité⁷²². Cependant, ce délai s'applique désormais aux victimes de viol, âgées de quinze à dix-huit ans au moment des faits. L'allongement des délais de prescription pour les mineurs victimes de violences sexuelles a également un impact sur la possibilité de réouverture des dossiers classés sans suite. Cette conséquence est importante, puisque le nombre de classements sans suite dans le domaine des infractions sexuelles est extrêmement élevé⁷²³.

339. Limites de ces réformes. La loi du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale en France, ainsi que la *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription* au Québec sont toutes deux d'application immédiate. Leur première limite s'illustre dans leur absence de rétroactivité. Ainsi ces réformes créent une inégalité entre les victimes d'infractions sexuelles. Sur ce dernier point, le Québec s'est amélioré puisque la dernière loi en date du 12 juin 2020 a une portée rétroactive⁷²⁴.

⁷¹⁹ LOI n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

⁷²⁰ Code de procédure pénale, art. 7 al. 1.

⁷²¹ Id., art. 8 al. 1 : « L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise ».

⁷²² Depuis la Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 *renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, Article 1, le délai est désormais de 30 ans.

⁷²³ Sylvie CROMER, Audrey DARSONVILLE, Christine DESNOYER, Virginie GAUTRON, Sylvie GRUNVALD, et al., *Les viols dans la chaîne pénale*, (Rapport de recherche) Université de Lille Droit et Santé – CRDP ; Université de Nantes- Droit et Changement Social. 2017, pp.15-48 et pp. 115-122.

⁷²⁴ *Loi modifiant le Code civil pour notamment rendre imprescriptibles les actions civiles en matière d'agression à caractère sexuel, de violence subie pendant l'enfance et de violence conjugale*, L. Q. 2020, c. 13, Art. 4 : « L'article 2926.1 du Code civil, modifié par l'article 2 de la présente loi, s'applique à toute action en réparation du préjudice corporel résultant d'un acte pouvant constituer une infraction criminelle si le préjudice résulte d'une agression à caractère sexuel, de la violence subie pendant l'enfance, ou de la violence d'un conjoint ou d'un ancien conjoint, et ce, sans égard à tout délai de prescription applicable avant l'entrée en vigueur de la présente loi ».

340. Une iniquité conséquente. En France, malgré la réforme, le délai de prescription pour les agressions sexuelles autre que le viol reste court comparativement à celui appliqué au Canada pour des faits similaires. De la même façon, l'ancienne loi au Québec⁷²⁵, avait porté le délai permettant à une victime de faire une demande d'indemnité devant l'IVAC à deux années seulement à compter du moment où elle prenait conscience du préjudice subi et de son lien probable avec l'acte criminel. À ce délai très court s'ajoute deux conséquences dommageables. La première réside dans une incohérence. En effet, comment justifier le fait que la demande en réparation d'un même préjudice fasse l'objet d'un délai de trente ans au civil et d'un délai de deux ans au niveau administratif ? La seconde conséquence réside dans une difficulté probatoire à la charge de la victime qui devra apporter la preuve du moment précis où le lien entre le préjudice et l'agression s'est révélé à elle. Le point de départ du délai sera fondé sur un élément purement subjectif, à savoir la prise de conscience par la victime⁷²⁶. Cette subjectivité est cohérente au regard de l'approche canadienne. En effet, telle qu'analysée dans le chapitre précédent l'appréciation de l'absence de consentement de la victime dans les infractions sexuelles est faite au regard du ressenti de la victime. Cette approche subjective a pour avantage de mettre au centre du régime de la prescription la victime. Elle avait cependant pour inconvénient de créer une difficulté probatoire supplémentaire et victimaire pour la plaignante. Le projet de loi n°55 met fin à ces difficultés au Québec.

341. Bilan et propositions. La question de la prescription tant en matière pénale qu'en matière civile est d'une importance capitale pour les victimes d'infractions pénales. Les délais de prescription représentent la porte d'entrée du régime et ont ainsi un impact considérable pour les victimes désireuses d'obtenir soutien psychologique et indemnité⁷²⁷. Au-delà de ce versant réparateur, les délais de prescription représentent la clé permettant d'obtenir

⁷²⁵ *Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription*, L.Q 2013, c. 8.

⁷²⁶ Le protecteur du citoyen, Assemblée nationale Québec, « Abolir toute prescription pour les recours civils en cas d'agression sexuelle, de violence subie durant l'enfance ou de violence d'un conjoint ou d'un ex-conjoint », Avis du protecteur du citoyen, Québec, 19 décembre 2017, p. 7, « L'expiration des délais prévus crée, pour certaines victimes, l'obligation de faire la preuve du moment de la prise de conscience du lien entre l'agression et le préjudice, à laquelle peut s'ajouter la démonstration de l'incapacité d'agir durant une période définie. Il en résulte un procès dans le procès qui contribue à creuser l'écart entre l'existence d'un droit et son exercice. Dans ce contexte, les victimes doivent démontrer par une preuve d'expert le moment de prise de conscience du lien entre l'agression et leur préjudice. Cette preuve impliquera souvent de rendre publiques des informations très personnelles, tels les détails d'un suivi en psychothérapie. Le législateur, en prolongeant la période de 3 à 30 ans, a voulu faciliter à certaines victimes l'exercice de leur recours civil. Le Protecteur du citoyen constate que la situation actuelle est, à cet égard, imparfaite. »

⁷²⁷ Mathilde VALENTINI, « L'indemnisation des victimes d'actes criminels et l'impossibilité psychologique d'agir : une réforme à deux vitesses », (2015) 56 *Les Cahiers de droit* 707, p. 710.

justice. L'écoulement des délais a pour conséquence de fermer ces portes et de priver les victimes de leurs droits. Au regard de ces conséquences irrémédiables, injustes et souvent incompatibles avec la réalité des victimes de violences sexuelles, la France et le Canada ont réagi afin de rallonger les délais en matière pénale pour le premier, et d'abolir tout délai de prescription en matière civile pour le second. Malgré les réformes précédemment analysées, le régime de la prescription dans le domaine des infractions sexuelles fait encore et toujours l'objet d'incohérences et de mécontentements. Afin d'accroître l'accès à la justice des victimes d'infractions sexuelles et ainsi augmenter l'effectivité de la norme, il convient de formuler plusieurs propositions.

La première proposition concerne la France. Dans une perspective comparatiste et au regard du développement précédent, il conviendrait de proposer une imprescriptibilité des infractions sexuelles. Cette idée bien que convaincante du point de vue des victimes ne pourrait être compatible avec les possibilités juridiques et matérielles françaises. Afin d'apporter une réponse équilibrée permettant de respecter la tradition romano-germanique d'une part, et la réalité vécue par les victimes d'infractions sexuelles d'autre part, il semble pertinent d'adopter la théorie des infractions occultes prévues à l'article 9-1 du Code de procédure pénale aux infractions sexuelles. Cette solution permettrait de répondre aux besoins des victimes d'infractions sexuelles et ceci en faisant du point de départ du délai le moment où la victime prend conscience du lien entre son préjudice et l'infraction commise⁷²⁸. Cette thèse ayant pour objet spécifique les violences sexuelles subies par les femmes, nos propositions visent cet objet précis. Cependant par souci de rigueur, il semble important de ne pas instaurer de discrimination entre les violences sexuelles et les autres types de violences vécues par les femmes. Il est ainsi légitime de concevoir cette proposition pour toutes les violences faites aux femmes dans leur ensemble.

Concernant le Canada, et avant l'adoption très récente du projet de loi n°55, nous avons deux propositions. En premier lieu, il semblait nécessaire d'éliminer les délais de prescription en matière civile. Cette proposition se justifiait au regard du régime des autres provinces du Canada d'une part, et au regard de l'iniquité que ce délai crée entre les victimes, d'autre part. Cette solution permettrait au Québec bien que de tradition civiliste concernant le droit privé,

⁷²⁸ SÉNAT, Proposition de loi n°368 modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, Session ordinaire de 2013-2014, Enregistré à la présidence du Sénat le 13 février 2014, présentée par Mmes M. DINI et C. JOUANNO, « Le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles est inadapté au traumatisme des victimes, inadapté à une procédure douloureuse et complexe. Pour porter plainte contre son agresseur, son violeur, la victime doit être physiquement et psychologiquement en état de le faire. Le but de cette proposition de loi est de s'attacher à l'identité de la souffrance ressentie par la victime et de lui donner le temps nécessaire à la dénonciation des faits. »

d'être en adéquation sur cette question avec les autres provinces du Canada. En effet, actuellement sur treize provinces canadiennes et territoires, huit n'ont aucun délai de prescription pour les recours civils en matière d'agression sexuelle et trois n'en ont pas non plus si la victime était sous les soins, l'autorité ou la dépendance de l'agresseur⁷²⁹. En rendant imprescriptible tout recours en responsabilité civile pour des gestes de nature sexuelle, le législateur voulait affirmer plusieurs choses: les abus sexuels ne seront plus tolérés ; les victimes seront entendues ; les victimes bénéficieront d'un soutien ; on reconnaît que les victimes de ce type d'agression souffrent d'un traumatisme psychologique qui les rend incapables d'agir avec la rapidité normalement attendue des autres victimes ; le fait de rendre ces recours imprescriptibles constitue une adaptation nécessaire pour atténuer les inconvénients de ces situations particulières ; les souffrances des victimes peuvent durer une vie entière ; le retrait du délai de prescription peut faire en sorte que les agresseurs ne pourront plus échapper à la justice du simple fait de l'écoulement du temps, ce qui est contraire à l'intérêt public⁷³⁰. Au regard de ces différents arguments, il nous semble essentiel que le *Code civil du Québec* soit réformé en son article 2926.1 afin de rendre imprescriptible toute action en réparation du préjudice corporel résultant d'une agression sexuelle. Cette solution est conforme aux recommandations du Protecteur du citoyen⁷³¹. Le projet de loi n°55 a aboli ces délais de prescription.

En second lieu, il apparaissait nécessaire de faire des lois relatives à la prescription en matière civile au Québec, des lois à effet rétroactif. Cette portée rétroactive permettrait de mettre sur un pied d'égalité toutes les victimes d'infractions sexuelles. Cette solution est juridiquement envisageable puisqu'au Canada, sur les huit provinces et territoires qui n'ont aucun délai de prescription pour l'exercice des recours civils en réparation d'un préjudice résultant d'une agression à caractère sexuel, six ont donné à leur loi une portée rétroactive⁷³². Cependant, si cette rétroactivité ne convient pas au législateur québécois, nous pourrions appliquer le même régime que celui applicable à la réforme de 2017 en France, à savoir une application immédiate. En effet, selon l'article 112-2-4° du Code pénal, l'application immédiate d'une loi nouvelle relative à la prescription de l'action publique est admise si la prescription n'était pas encore acquise. Cette solution permet un juste équilibre entre le principe d'égalité

⁷²⁹ Le protecteur du citoyen, Assemblée nationale Québec, « Abolir toute prescription pour les recours civils en cas d'agression sexuelle, de violence subie durant l'enfance ou de violence d'un conjoint ou d'un ex-conjoint », Avis du protecteur du citoyen, Québec, 19 décembre 2017, p. 3.

⁷³⁰ Id., pp. 4-5.

⁷³¹ Id., p. 13.

⁷³² Id., pp. 3-4.

entre les victimes d'une part, et le respect des droits de l'auteur des faits d'autre part. Tout comme la première proposition, le projet de loi n°55 a un effet rétroactif et s'applique à tous les cas d'agressions sexuelles commis avant ou après son adoption.

Enfin, concernant la France, il serait pertinent de rallonger les délais de prescription pour les délits à caractère sexuel. Le délai de six ans est très court et n'est pas compatible avec l'ampleur du traumatisme vécue par les victimes de tels actes. Cette proposition ne se justifie pas au regard de la valeur protégée, mais se fonde sur les conséquences traumatiques de l'infraction sexuelle sur la victime.

342. Une volonté de perfectionnement. Cette analyse consacrée à la prescription tant en matière pénale qu'en matière civile a démontré la volonté des législateurs français et canadien de faciliter la poursuite des infractions sexuelles. Cette facilitation peut également trouver une illustration dans les règles relatives à la compétence des juridictions.

B. La compétence territoriale

343. Présentation. Le développement précédent a permis d'étudier le rayonnement dans le temps de la norme pénale, celui qui va suivre va s'intéresser au rayonnement dans l'espace de cette norme. Les règles relatives à l'expansion des normes tant dans l'espace que dans le temps ont une importance certaine au regard de l'effectivité de la norme pénale. En effet, plus l'application de la norme est élargie dans le temps et dans l'espace, plus son effectivité est assurée.

344. Termes mobilisés. La portée territoriale du droit pénal français et canadien renvoie juridiquement aux termes de compétence territoriale de la loi pénale et des juridictions. Les règles relatives au choix de la loi applicable et celles de la juridiction compétente sont solidaires⁷³³. Cette compétence revêt deux facettes, l'une qui est internationale et l'autre qui est

⁷³³ Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 107, « La territorialité relève d'abord d'une particularité qu'il importe de bien assimiler. Elle tient au principe de solidarité des compétences judiciaire et législative en matière répressive, qui veut que l'application de la loi pénale française soit indissociable de la compétence des juridictions françaises. Le Code pénal fait mention de la première et non de la seconde. Mais celle-ci se déduit de la solidarité en cause, qui interdit de séparer les deux données. » ; *Répertoire de droit pénal et procédure pénale*, Dalloz, 2018, par. 97 ; Commission de réforme du droit du Canada, « La juridiction extra-territoriale », 1984, Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux

nationale. Selon les auteurs Pierre Béliveau et Jean Pradel, en procédure pénale, la compétence territoriale doit être étudiée dans l'optique interétatique, soit dans sa dimension internationale, et intraétatique, soit dans sa dimension nationale. Le premier volet met en cause les rapports politiques entre les États et les problèmes de répression de la criminalité transfrontalière, tandis que l'efficacité du système judiciaire est la seule préoccupation pertinente dans le cas du second⁷³⁴.

345. Annonce. Les deux facettes de la question intéressent cette étude. Afin d'analyser les intérêts des règles encadrant la compétence territoriale des juridictions pénales françaises et canadiennes dans la poursuite et la répression des infractions sexuelles, il convient d'appréhender la notion (1) avant d'en étudier le régime (2).

1) La notion

346. Définition. Pour appréhender les règles permettant de choisir quelle juridiction sera compétente pour connaître d'une affaire, il convient de définir plusieurs termes. Pour une juridiction, le terme de compétence s'entend de « *l'ensemble des affaires dont cette juridiction a vocation à connaître* ». ⁷³⁵ Cette notion doit être cumulée à deux autres afin de bien en comprendre le domaine et les intérêts pour notre sujet. Ainsi, la compétence territoriale se définit comme « *l'aptitude (à connaître d'une affaire) déterminée par des critères géographiques : domicile ou résidence d'une partie, situation de l'immeuble litigieux, lieu du délit, etc.* » ⁷³⁶ Il semble pertinent de rajouter à ces critères celui de la nationalité de l'auteur ou de la victime, il s'agit donc de la compétence personnelle qui s'entend comme le « *pouvoir juridique résultant du lien qui unit l'État à ses nationaux et le rendant apte à régir leur statut, où qu'ils soient situés, dans la limite de la compétence territoriale des autres États.* » ⁷³⁷

Ces différents critères permettent de déterminer la juridiction compétente à connaître d'une infraction sexuelle. La question de l'effectivité de la norme pénale prend tout son sens

Canada, 2010, p.3, « En d'autres termes, si un tribunal décide que le droit pénal de son pays ne s'applique pas en l'espèce, il se déclare incompétent. On peut dès lors affirmer que c'est le droit pénal applicable qui détermine la juridiction du tribunal. »

⁷³⁴ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p.127.

⁷³⁵ G. CORNU, préc., note 42, p. 213.

⁷³⁶ Id., p. 214.

⁷³⁷ Id., p. 214.

lorsque l'infraction est commise en totalité ou partiellement à l'extérieur du territoire national. Dans ce cas, on ne parle plus de compétence territoriale mais de compétence extraterritoriale ou internationale. Sur cette question, la France et le Canada adoptent une position initialement opposée.

347. Une acception large du territoire national. Les juridictions françaises et canadiennes sont compétentes pour toutes les infractions pénales commises sur le territoire national⁷³⁸. Il s'agit ici de l'énoncé de principe. Au sein du territoire national, le choix de la juridiction compétente se fait au regard du lieu de commission de l'infraction. Il existe ainsi une répartition des compétences entre les villes, les régions ou encore les provinces. Dans une finalité de plus grande effectivité, la France et le Canada ont opté pour une conception élargie du territoire national. Concernant la France, l'article 113-1 du Code pénal énonce que « *le territoire de la République inclut les espaces maritime et aériens qui y sont liés* ». Le Code pénal prévoit que la loi pénale française est applicable aux infractions commises à bord ou à l'encontre d'un navire (Art. 113-1) ou d'un aéronef français (Art. 113-4). Cette conception du territoire assurant une application élargie de la loi pénale dans l'espace existe également au Canada⁷³⁹.

348. Les fondements. Les règles encadrant la compétence territoriale de la loi pénale et des juridictions ont plusieurs fondements tant politiques que techniques. L'énoncé de principe dans les deux pays étant que la loi pénale nationale s'applique aux infractions commises sur le territoire du pays, ainsi qu'aux infractions commises à bord des aéronefs et navires nationaux et ceci quel que soit la nationalité de l'auteur et de la victime. Les développements qui suivront vont démontrer qu'il existe des extensions à ce principe permettant de mettre en œuvre la compétence des juridictions nationales à l'encontre d'infractions partiellement ou pas commises sur le territoire national. Cette extension s'appliquera surtout pour les infractions sexuelles présentant un élément d'extra-territorialité, commises sur des mineurs.

⁷³⁸ Code pénal, art. 113-1 ; JurisClasseur Québec, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 2-Organisation et compétence des tribunaux en matière criminelle, II. Compétence des tribunaux en matière criminelle, A. Territoriale.

⁷³⁹ Pour les aéronefs, *Code criminel*, Art.7 ; P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p.141 ; Pour les plates-formes fixes et la navigation internationales, *Code criminel*, Art. 7 (2.1) ; *Code criminel*, Art. 476 ; JurisClasseur Id., A. Territoriale, Para. 85. Exceptions.

349. Territorialité et souveraineté. Le principe initial encadrant la compétence territoriale trouve sa source dans le principe de souveraineté de l'État. La territorialité entretient une relation importante avec l'ordre public. Ainsi, l'ordre public pénal trouve un support important dans le principe de territorialité, qui donne des frontières sûres à la répression, en la stabilisant sur un critère géographique, et en la protégeant de toute influence subjective⁷⁴⁰. En d'autres termes, la territorialité permet d'assurer l'effectivité du droit pénal sur le territoire canadien et français. Ce principe de souveraineté a également pour effet de limiter l'application extraterritoriale de la norme pénale afin de respecter la souveraineté des autres États. En effet, selon le juge La Forest, le principe de territorialité se justifie par la réticence des États à en mécontenter d'autres en cherchant à contrôler des activités qui se déroulent hors de leur territoire⁷⁴¹. Cette limite s'illustre davantage au Canada qu'en France. Cet état de fait pourrait s'expliquer puisque dans les pays de tradition anglaise, le droit est marqué par l'insularité britannique, ainsi la plupart des crimes tendaient, par leur nature, à être circonscrits dans un territoire⁷⁴². Cependant, dans un souci d'effectivité, l'application extraterritoriale de la norme pénale française et canadienne est possible pour certaines infractions, notamment les infractions sexuelles sur mineur.

350. Du contenu au régime. Le contenu de la notion de territorialité étant désormais acquise, il convient d'analyser les règles d'application de cette notion dans les deux pays dans le but de percevoir si son régime permet une répression satisfaisante des infractions sexuelles, permettant aux victimes de tels actes d'obtenir justice.

2) Le régime

351. Une conceptualisation différente de la territorialité. La France et le Canada adoptent une approche de principe opposée dans la résolution des questions relatives à la compétence territoriale. Cette divergence rappelle celle existante dans le traitement de la prescription. Le Canada a une conception limitée de sa compétence territoriale sur le plan international. En principe, les juridictions canadiennes ne s'occupent pas des infractions

⁷⁴⁰ Y. MAYAUD, préc., note 732, p. 106.

⁷⁴¹ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, 183, 184, g et 185,e.

⁷⁴² *Id.*, 178, 183, 184, g et 185,e.

commises à l'étranger par des nationaux ou commis sur des nationaux⁷⁴³. À l'inverse, le droit pénal français a inscrit dans le Code de procédure pénale des règles de compétence territoriale par assimilation qui rendent les juridictions françaises aptes à juger des infractions commises à l'étranger⁷⁴⁴. Cette divergence entre les deux pays s'explique par une position différente concernant la procédure d'extradition. Cette dissimilitude initiale tend à s'amoinrir, le Canada a tendance à assouplir ces règles en la matière et ainsi s'approcher du régime français dans le but de donner une réponse efficace à la criminalité transfrontalière⁷⁴⁵.

352. Les règles en matière d'extradition comme explication de la divergence en matière de compétence territoriale. La divergence entre la France et le Canada en matière de compétence territoriale trouve une explication dans une pratique très différente de l'extradition des nationaux par les deux pays⁷⁴⁶. L'extradition est une procédure juridique qui consiste à livrer une personne qui est poursuivie ou qui a été condamnée par la justice d'un pays tiers aux autorités de ce pays⁷⁴⁷. Sur cette question, les pays de tradition juridique britannique et les pays de tradition romano-germanique n'adoptent pas le même régime. En effet, les pays de Common Law tel que le Canada pratiquent l'extradition de leur nationaux⁷⁴⁸. Cette position est en cohérence avec le fait que le Canada ne juge pas ses nationaux pour des crimes commis à l'étranger. À l'inverse, la France n'extrade pas ses nationaux⁷⁴⁹, conformément au fait qu'elle est compétente pour les juger lorsqu'ils commettent des crimes à l'étranger. Comme tout principe, ceux relatif à l'extradition dans les deux pays font l'objet d'exceptions permettant ainsi un rapprochement dans la pratique entre les deux pays⁷⁵⁰. Le Canada sous l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême connaît des exceptions limitées dans lesquelles le pays ne pourra pas extraditer ses nationaux⁷⁵¹. À l'inverse, la France au travers de la procédure relative au mandat européen connaît une exception importante au principe interdisant l'extradition de

⁷⁴³ *Code criminel*, art. 6(2). Ajouter la loi sur les crimes de guerre et crimes contre l'humanité qui pose une exception à ce principe, le rajouter au par. 305.

⁷⁴⁴ *Code de procédure pénale*, art. 113-2 al.2.

⁷⁴⁵ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p.141.

⁷⁴⁶ Pour une définition de l'extradition, Voir JurisClasseur Québec, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 17- Coopération internationale en matière criminelle, I. Extradition vers l'étranger, A. Introduction, Para.1. Définition : « L'extradition désigne le renvoi, par un État, d'une personne qui se trouve sur son territoire vers un partenaire, et ce, afin d'y subir son procès, de se voir infliger une peine ou de purger une peine à laquelle cette personne a déjà été condamnée. Le partenaire peut être un autre État ou l'une de ses entités (province, colonie, dépendance, etc.), ou encore la Cour pénale internationale ou un tribunal pénal international. »

⁷⁴⁷ <https://www.jurifiable.com/conseil-juridique/droit-des-etrangers/extradition>

⁷⁴⁸ *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, c. E-21, aujourd'hui L.C. 1999, c. 18.

⁷⁴⁹ *Convention européenne d'extradition*, 1957 ; *Code de procédure pénale*, art. 696-2.

⁷⁵⁰ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p.141.

⁷⁵¹ *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, 1496 et 1497 ; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 89.

ses nationaux⁷⁵². Cette divergence traditionnelle entre les deux pays en matière d'extradition s'explique également par l'opposition des systèmes de preuves, le Canada étant beaucoup plus strict⁷⁵³.

353. Les règles de la territorialité. Sur le plan national, les deux pays appliquent le même régime à savoir que toutes les infractions commises sur le territoire national y compris la mer territoriale, le sous-sol et l'espace aérien au-dessus du territoire, sont jugées par les juridictions nationales. Ce principe de la territorialité à la différence de la France, n'est pas prévu expressément en droit canadien⁷⁵⁴. Les règles qui intéressent plus particulièrement cette recherche sont celles relatives à la compétence territoriale de la France et du Canada sur le plan international. Cette compétence fait référence au régime applicable lorsqu'une infraction est commise partiellement ou totalement à l'extérieur du territoire national.

354. Une conception stricte. En droit canadien, le Code criminel en son article 6(2) énonce la règle suivante : « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, nul ne doit être déclaré coupable d'une infraction commise à l'étranger ou absous en vertu de l'article 730 à l'égard de celle-ci ». La règle étant que les juridictions canadiennes ne s'intéressent pas aux infractions commises hors du territoire national. Cependant, face à l'augmentation de la criminalité transfrontalière et internationale, la Cour suprême dans son arrêt *Libman* est venue élargir la compétence territoriale des juridictions canadiennes⁷⁵⁵. En l'espèce, la Cour a jugé qu'il suffisait pour soumettre une infraction à la compétence des tribunaux canadiens, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Le critère résidant dans un « lien réel et important ». Les paramètres de ce critère peuvent varier avec les exigences de la courtoisie internationale⁷⁵⁶. À cette conception quelque peu élargie du principe de la territorialité, le droit canadien connaît également quelques exceptions. Le Code criminel prévoit deux groupes d'exceptions au principe de territorialité. Le premier groupe vise certaines infractions de droit commun tel que

⁷⁵² Code de procédure pénale, art. 695-11 et s.

⁷⁵³ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p.132.

⁷⁵⁴ *Commission de réforme du droit du Canada*, « La juridiction extra-territoriale », 1984, Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010, p. 14.

⁷⁵⁵ *R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178, 21 C.C.C. (3d) 206, 178, 212, 213, g et h.

⁷⁵⁶ *R. c. Rowbotham*, [1993] 4 R.C.S. 834 ; *R. c. Spencer*, [1985] 2 R.C.S. 278, le juge Estey définissait la notion de courtoisie internationale ainsi (p. 283, d-e), « La « courtoisie » au sens juridique n'est ni une question d'obligation absolue d'une part ni de simple politesse et bonne volonté de l'autre. Mais c'est la reconnaissance qu'une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d'une autre nation, compte tenue à la fois des obligations et des convenances de internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois. »

la bigamie (Art. 290 (1)b)), ou encore le crime de complot (Art. 465 (3) et (4)). Le second vise des infractions de nature internationale (art. 7, 7(4), 7(4.1) et 7 (3.71)), dont les infractions sexuelles commises hors du pays à l'égard des enfants. Les exceptions au principe sont strictement limitées au Canada contrairement à la France qui fait des exceptions un principe.

355. Une conception souple. La France adopte une conception large de la territorialité. En effet, le Code pénal en son article 113-2 alinéa 2 dispose : « *L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire.* » Cette règle de territorialité par assimilation étend très largement la compétence territoriale des juridictions françaises. Ainsi, si un crime ou un délit est commis au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République, les juridictions françaises seront alors compétentes puisque l'infraction sera réputée commise en France (Art. 113-2-1 CP). Cette règle permet d'élargir le champ d'application de certaines infractions sexuelles telle que celle prévue à l'article 227-22-1 du Code pénal. L'application territoriale de la loi française s'étend également au complice d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger, les conditions étant que cette infraction soit également punie par la loi française et la loi étrangère, l'infraction doit avoir été constatée par une décision définitive de la juridiction étrangère (Art. 113-5 CP).

À côté de ces règles générales d'extension de la compétence territoriale des juridictions françaises, le droit pénal français prévoit le principe de la personnalité active aux articles 113-6 à 113-8 du Code pénal. Ce principe permet de juger en France une infraction entièrement commise à l'étranger lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française. Concernant les crimes, le juge français sera toujours compétent lorsque l'auteur ou la victime est de nationalité française. Cette règle permet donc de juger tout viol commis à l'étranger lorsque l'auteur ou la victime est française. L'article 113-7 prévoit également qu'en cas de délit puni d'une peine d'emprisonnement, lorsque la victime est de nationalité française, la loi pénale française s'appliquera. Il est à observer que le principe de personnalité active est plus étendu lorsque la victime est de nationalité française. En effet, en matière de délit lorsque l'auteur est français, l'article 113-6 exige une réciprocité d'incrimination entre le droit français et le droit étranger, cette exigence n'existe pas lorsque c'est la victime qui est de nationalité française. La compétence territoriale de la loi pénale française sur le plan international est très étendue pour les victimes d'infractions pénales. Par conséquent, les victimes d'infractions sexuelles font l'objet d'une grande protection, les poursuites pour une infraction sexuelle subie à l'étranger sont possibles en France. L'article 113-8 pose cependant une limite. Les crimes et les délits

commis ou subis par un Français à l'étranger peuvent être poursuivies par les juridictions françaises seulement à l'initiative du ministère public. Sa requête doit être précédée d'une plainte de la victime ou de celle de ses ayants droits ou encore d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis. Une telle extension de la compétence territoriale des juridictions françaises n'est pas applicable en matière d'indemnisation. En effet, l'indemnisation prévue par l'article 706-3-3° du Code de procédure pénale est subordonnée, lorsque la personne lésée par l'infraction n'est pas de nationalité française, notamment à la condition que les faits aient été commis sur le territoire national⁷⁵⁷.

356. Des possibilités de poursuite réduites. De telles règles permettant d'étendre les possibilités de poursuivre les infractions sexuelles commises à l'étranger existent de façon plus limitée au Canada. Le principe de personnalité active existe également. En effet, lorsqu'une infraction est commise à l'extérieur du Canada à l'encontre d'une personne jouissant de la protection internationale, elle est réputée avoir été commise au Canada si l'auteur de l'acte a la citoyenneté canadienne ou se trouve au Canada après sa perpétration⁷⁵⁸. Le même régime s'appliquera lorsque la victime fait partie du personnel diplomatique canadien. Cette extension de la compétence territoriale reposant sur la nationalité de l'auteur ou sur celle de la victime est plus restreinte au Canada puisqu'elle ne s'applique qu'aux individus bénéficiant d'une protection particulière ou d'un statut spécifique.

357. Les exceptions spécifiques aux infractions sexuelles. La France et le Canada ont mis en place des règles permettant d'étendre la compétence territoriale des juridictions nationales dans le domaine des infractions sexuelles. Cependant ces exceptions aux principes ne valent que lorsque la victime de l'infraction sexuelle est mineure. Au regard de l'impunité dont bénéficient les auteurs d'infractions sexuelles d'une part, et de la gravité des conséquences de ces violences sur les victimes tant majeures que mineures, d'autre part ; il serait pertinent d'étendre cette extension de la territorialité aux victimes majeures.

358. Une extension de la personnalité active. En droit français, la loi du 17 juin 1998⁷⁵⁹ est venue étendre le principe de personnalité active en matière d'infractions sexuelles

⁷⁵⁷ Danièle MAYER, « La victime étrangère ne peut être indemnisée que si l'infraction a été commise par un français sur le territoire national. Cour de cassation (2e Ch. civ.). - 27 novembre 1996 ».

⁷⁵⁸ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, pp. 141 et s.

⁷⁵⁹ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

commises sur les mineurs. Les dispositions de cette loi avaient pour objectif commun d'améliorer la prévention, la répression et la réparation des infractions de nature sexuelle, spécialement lorsqu'elles sont commises contre des enfants⁷⁶⁰. Cette loi a instauré un régime faisant exception à la condition de réciprocité pour ce type d'infractions ainsi qu'à la plainte ou à la dénonciation préalable destinée à révéler l'existence de l'infraction⁷⁶¹. Cette loi a également permis d'élargir la représentation et donc la protection des mineurs victimes d'une infraction sexuelle à l'étranger. En effet, contrairement au droit commun de la représentation d'une victime par une association, laquelle, pour être recevable en sa constitution de partie civile doit pouvoir justifier qu'elle a reçu l'accord de la victime (ou celui des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou du juge des tutelles), en matière d'infractions sexuelles commises à l'étranger cette exigence n'est pas requise, la personne morale pouvant agir au nom d'une victime étrangère dont il n'a pas été (matériellement) possible de recueillir l'accord⁷⁶². Ces règles dérogatoires au droit commun permettent d'élargir le champ d'application de la norme pénale pour les victimes mineures d'infractions sexuelles. Ce régime protecteur existe également au Canada mais de façon plus limitée. En effet, l'article 7 (4.1) du *Code criminel* énonce qu'une infraction sexuelle commise à l'étranger à l'encontre d'un mineur par un citoyen ou un résident permanent est réputée avoir été commise au Canada⁷⁶³. Cette extension est très restreinte puisqu'elle ne s'appliquera qu'en fonction de la nationalité ou du statut de l'auteur ; à l'inverse de la France où la nationalité de la victime sera également prise en compte afin d'appliquer la norme nationale.

359. Une compétence personnelle concernant les mineurs. La France et le Canada ont développé sur le plan national des règles de compétence dérogatoires au droit commun en fonction des qualités de la personne du délinquant. Il existe ainsi dans les deux pays des juridictions spécialisées pour les auteurs mineurs. Les deux pays adoptent une approche systématique de la question puisque seules les juridictions spécialisées seront compétentes pour juger des infractions commises par des mineurs. En France, l'article premier de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante énonce : « *les mineurs auxquels est imputée une infraction qualifiée crime ou délit ne seront pas déférés aux juridictions pénales de droit*

⁷⁶⁰ Daniel DUCHEMIN, « La criminalité sexuelle », in Éric BACCINO et al., *Victimes et agresseurs*, Tome 1, Champ social, « Victimologie et criminologie », 2001, p. 42.

⁷⁶¹ Code pénal, Art. 227-27-1 Code pénal.

⁷⁶² Xavier LAMEYRE, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », (2002) *RSC* 547, p.547.

⁷⁶³ *Code criminel*, art. 7 (4.1).

commun et ne seront justiciables que des tribunaux pour enfants ou des cours d'assises des mineurs. »⁷⁶⁴ Au Canada, le paragraphe 14(1) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* stipule : « *Malgré toute autre loi fédérale, mais sous réserve de la Loi sur les contraventions et de la Loi sur la défense nationale, le tribunal (pour adolescents) a compétence exclusive pour toute infraction qu'une personne aura commise au cours de son adolescence.* »⁷⁶⁵ Ces deux articles permettent de constater que la France et le Canada adoptent un régime de spécialisation absolue pour les auteurs mineurs. Cette spécialisation se justifie par leur particularité constitutive d'une certaine fragilité. Cette spécialisation en fonction des particularités des individus semble être un premier élément permettant de justifier la création d'une juridiction spécialisée pour les auteurs et donc les victimes d'infractions sexuelles.

360. Bilan. Dans le domaine de la procédure pénale, l'analyse précédente démontre que tant en matière de prescription qu'en matière de territorialité, le Canada et la France adoptent initialement une réponse divergente. Le Canada a opté pour une position souple et adaptée au vécu des victimes d'infractions sexuelles en matière de prescription. À l'inverse, sa réponse devient stricte et peu protectrice concernant les règles de territorialité. La réponse de la France relativement à ces deux questions prend systématiquement le contre-pied de la réponse canadienne. L'intérêt de l'analyse précédente a été de démontrer que cette divergence initiale des systèmes juridiques tendait à s'assouplir, les deux systèmes convergent dans un souci d'effectivité de la norme. Le résultat étant que les deux pays conservent leur spécificité donnant ainsi un intérêt particulier à cette étude, tout en s'inspirant de certaines réponses de l'autre modèle dans un souci d'effectivité.

Au regard de la spécificité des infractions sexuelles et des conséquences particulières de celles-ci sur les victimes, il semble nécessaire d'étendre aux auteurs et aux victimes majeures les règles dérogatoires au droit commun qui leurs sont applicables en matière de territorialité. Concernant ces difficultés probatoires, la France et le Canada ont tenté de les limiter, ceci en adoptant des règles de preuve et de procédure plus adaptées aux victimes et aux accusés.

⁷⁶⁴ Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, art. 1.

⁷⁶⁵ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1.

II. VERS DES REGLES DE PREUVE ET DE PROCEDURE HUMANISTES

Une seule chose au monde me paraît plus grande que la justice, c'est sinon la vérité du moins l'effort vers la vérité, Albert Camus, « L'Homme révolté ».

Il est nécessaire (...) qu'il y ait des choses tenues pour vrai, non pas des choses vraies, Friedrich Nietzsche, « Par-delà le bien le mal ».

361. L'enjeu de la preuve. L'enjeu de la preuve en matière pénale est crucial⁷⁶⁶. Cette dernière pourra mener à la culpabilité d'un individu et donc à une peine prononcée en conséquence ; mais également à la reconnaissance de la victime par la justice pénale. La preuve pénale qu'elle soit établie ou non, scelle ainsi le destin des deux protagonistes de l'infraction.

362. Les questions liées à la preuve. Le processus probatoire soulève plusieurs questions qu'il convient de poser dès à présent. La professeure Aurélie Bergeaud les expose clairement dans sa thèse dédiée au droit de la preuve⁷⁶⁷ ; elle en distingue quatre. Ces interrogations sont les suivantes : qui doit faire la preuve ? Sur quoi la preuve doit-elle porter ? Quels sont les moyens susceptibles d'être employés pour faire la preuve ? Comment ces différents instruments de preuve vont être concrètement rapportés en vue de leur examen judiciaire ? Ces questions renvoient aux différentes facettes de la preuve, à savoir la charge de la preuve, son étendue, les modes de preuves admissibles, et enfin, son administration.

363. Preuve et droits des personnes. Les règles encadrant l'administration de la preuve mettent en jeu les droits et libertés fondamentales tels que la vie privée, la liberté d'information, la dignité de la personne, la présomption d'innocence et, plus généralement, les

⁷⁶⁶ Jean-Raphaël DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2012, p.1 : « La preuve occupe une place déterminante au sein du procès et constitue la condition *sine qua non* d'une bonne administration de la justice ».

⁷⁶⁷ Aurélie BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, Thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2010, p. 4, par. 2..

règles du procès équitable. Les intérêts en cause étant particulièrement important, il est par conséquent fondamental que les règles de preuve respectent ces intérêts.

364. Preuve et infractions à caractère sexuel. La recherche de la vérité dans le domaine des infractions sexuelles pourrait être comparée à la quête du Graal dans la légende arthurienne⁷⁶⁸; cette quête semble être de l'ordre de l'impossible. Cette recherche sera limitée en pratique par deux aspects du procès pénal : l'aspect procédural et l'aspect probatoire. D'un point de vue procédural, le traumatisme de la victime d'infraction sexuelle nécessite des règles particulières afin d'adapter la procédure pénale aux conséquences de l'infraction sur la victime. D'un point de vue probatoire, le processus classique ne semble pas adapté aux difficultés que peuvent soulever la preuve dans les affaires de violences sexuelles.

L'exposé qui va suivre permettra de vérifier si ces limites ont été prises en compte puis surmontées par les droits canadiens et français. À cette fin, il conviendra d'analyser les défis posés par ce type de violence (A) avant de voir comment les deux systèmes les surpassent (B).

A. Un perfectionnement des règles de preuve et de procédure nécessaire

365. État des lieux. Les spécificités procédurales et probatoires induites par les infractions sexuelles n'ont pas toujours été prises en considération par les législateurs français et canadiens. À l'inverse, ces spécificités jouaient souvent à l'encontre de la victime, contribuant ainsi à l'impunité des auteurs. Ce manque de considération peut s'expliquer par deux causes, une cause objective et une cause subjective. La première concerne l'équilibre fragile existant entre les différents intérêts en jeu (1). La seconde, plus critiquable, s'avère être une vision stéréotypée des infractions sexuelles et de leurs victimes (2).

⁷⁶⁸ Coralie AMBROISE-CASTÉROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale: La quête du Graal de la vérité », (2005) 7 *AJ pénal* 261.

1) Un équilibre sur le plan de la preuve difficile à trouver

366. L'objectif du procès pénal : la manifestation de la vérité. L'objectif premier du procès pénal consiste en la découverte de la vérité⁷⁶⁹. Cette notion revêt en droit une subjectivité importante⁷⁷⁰. Il s'agira ici d'une vérité juridique ou vérité judiciaire⁷⁷¹, qui souvent s'appelle « l'intime conviction » en matière pénale française⁷⁷², ou la conviction « au-delà de tout doute raisonnable » en matière criminelle canadienne. Cette quête de vérité, bien qu'inhérente au processus pénal, se voit limitée par des contingences matérielles, mais également par d'autres considérations d'ordre idéologique primant alors sur la recherche de la vérité⁷⁷³. S'agissant des contingences matérielles, la prescription, le dépérissement des preuves ou encore l'absence de preuve peuvent empêcher de découvrir la vérité sur les faits. Ces contingences matérielles sont particulièrement marquées dans le domaine des infractions sexuelles. La manifestation de la vérité peut également se heurter à certains principes fondamentaux, tel que la dignité et l'intégrité des personnes ou encore le principe de célérité de la procédure pénale. La recherche de la vérité est parfois mise de côté au bénéfice de solutions participatives qui visent davantage un apaisement, un consensus entre les parties que la vérité sur les faits⁷⁷⁴.

Face à ces limites, les normes relatives aux modes et à l'administration de la preuve pénale ont fait l'objet de modification afin de les perfectionner. Ce perfectionnement était nécessaire en matière d'infractions sexuelles eu égard aux difficultés probatoires inhérentes à ce type de violences.

367. Intérêts en jeu. Les règles relatives à l'administration de la preuve en France et au Canada sont régies par plusieurs principes permettant d'intégrer divers intérêts souvent en opposition. La plus grande opposition est celle existante entre les intérêts de l'accusé et ceux de la victime. En effet, les principes régissant la preuve pénale ont pour finalité la manifestation

⁷⁶⁹ J-R DEMARCHI, préc., note 765, p.1 : « Dans le procès pénal, l'exigence de vérité est naturellement exacerbée ».

⁷⁷⁰ P. HUGONET, *La vérité judiciaire*, préf.. S. ROZES, Paris, Litec, 1986, p. 21.

⁷⁷¹ JurisClasseur Québec, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 1- Introduction à la preuve et à la procédure pénales, III. Présomption d'innocence, para. 71.

⁷⁷² Association Henri CAPITANT, « La preuve, Journées Pays-Bas/Belgique », 2015, Éditions Bruylant, Bruxelles, p.10.

⁷⁷³ G. GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 21.

⁷⁷⁴ Mikaël BENILLOUCHE, « Les objectifs du procès pénal », dans G. GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 20.

de la vérité sur les faits, cette vérité permettra à la victime d'obtenir la reconnaissance par la justice de sa victimisation et la réparation de son préjudice. Pour l'accusé, cette vérité emporte sa condamnation. Les peines pénales, ayant des effets graves et irrémédiables sur la vie des condamnés, impliquent que le processus probatoire cheminant vers cette condamnation soit mesuré et soucieux des droits de l'accusé. C'est pour cela que le premier grand principe encadrant la preuve pénale est la présomption d'innocence. Cette présomption d'innocence entraîne de nombreuses conséquences, s'illustrant dans les règles relatives à la charge de la preuve.

368. La charge de la preuve : la présomption d'innocence. Le Canada et la France divergent sur de nombreux principes, la présomption d'innocence⁷⁷⁵, constitue l'un des seuls qui connaît peu de différences de définition et d'application entre les deux pays. La présomption d'innocence implique qu'en vertu de ce principe, une personne accusée d'avoir commis une infraction est considérée comme innocente jusqu'à ce que l'État ait légalement prouvé sa culpabilité dans le cadre d'un procès public devant un tribunal indépendant et impartial, et où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui ont été assurées⁷⁷⁶. La présomption d'innocence s'applique à toutes les phases du processus judiciaire. Ce principe a une valeur constitutionnelle dans les deux pays⁷⁷⁷. De cette présomption découle des conséquences probatoires et procédurales qui peuvent être rappelées par l'énoncé suivant de la Cour suprême : « *Compte tenu de ce qui précède, le droit prévu par l'al. 11d), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve. (...) Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. (...)* »⁷⁷⁸ Cet énoncé rappelle plusieurs

⁷⁷⁵ G. CORNU, préc., note 42, p. 551 : « le préjugé en faveur de la non-culpabilité ; règle fondamentale gouvernant la charge de la preuve, en vertu de laquelle toute personne poursuivie pour une infraction est a priori, supposée ne pas l'avoir commise, et ce, aussi longtemps que sa culpabilité n'est pas reconnue par un jugement irrévocable, principe qui implique qu'elle doit être acquittée au bénéfice du doute par la juridiction de jugement si sa culpabilité n'est pas démontrée (...) ».

⁷⁷⁶ JurisClasseur Québec, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 1- Introduction à la preuve et à la procédure pénales, III. Présomption d'innocence, Para. 67. Définition.

⁷⁷⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, article 11d) : « Tout inculpé a le droit : d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable. » ; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » ; *Convention européenne des droits de l'homme de 1950*, article 6-2 : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

⁷⁷⁸ *R. C. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 119-120, 121.

conséquences de la présomption d'innocence. Tout d'abord, la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante, c'est à dire l'État ou la partie civile, dont la victime en France. Il incombera donc à la poursuite d'apporter la preuve de tous les éléments constitutifs de l'infraction reprochée à l'accusé. Suite à cela, il faut que le juge soit convaincu de la culpabilité de l'auteur.

369. Une appréciation de la preuve laissée au juge. Le principe de la « preuve morale » gouverne le régime en vigueur devant les juridictions répressives. Ce principe signifie que *le juge, dans sa tâche d'appréciation des preuves n'est tenu d'obéir qu'aux suggestions de sa raison et sa conscience. Il ne doit, toutefois, pas s'en remettre à ses sentiments personnels. Son devoir est de prendre en compte de manière objective chaque élément de preuve afin de parvenir à un verdict rationnel*⁷⁷⁹. Concernant ce verdict, il existe dans les deux pays une distinction subtile concernant le degré de conviction sur la culpabilité de l'auteur. En effet, au Canada, il faut que la preuve soit apportée au-delà de tout doute raisonnable⁷⁸⁰, alors qu'en France, conformément à l'article 353 du Code de procédure pénale, les éléments de preuve doivent susciter l'intime conviction du juge, ce dernier devra motiver son choix (Art. 365-1 CPP)⁷⁸¹. Cette distinction terminologique n'entraîne aucune différence majeure sur le degré de certitude du juge lui permettant de rendre un verdict de culpabilité⁷⁸², il s'agit de deux concepts analogues⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Olivier BACHELET, « La hiérarchie des preuves », dans G. GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 67.

⁷⁸⁰ JurisClasseur Québec, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 1- Introduction à la preuve et à la procédure pénales, III. Présomption d'innocence, A. Fardeaux de la preuve, 3. Fardeau de convaincre hors de tout doute raisonnable, Para. 77 et 78 ; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 39 : « Les directives concernant la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable applicable dans un procès pénal pourraient être formulées ainsi : Au début du procès, l'accusé est présumé innocent. Cette présomption demeure tant et aussi longtemps que le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à la lumière de la preuve qui vous est présentée. Que signifie l'expression « hors de tout doute raisonnable »? L'expression « hors de tout doute raisonnable » est utilisée depuis très longtemps. Elle fait partie de l'histoire et des traditions de notre système judiciaire. Elle est tellement enracinée dans notre droit pénal que certains sont d'avis qu'elle se passe d'explications. Néanmoins, certaines précisions s'imposent. Un doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole. Il ne doit pas reposer sur la sympathie ou sur un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve ou de l'absence de preuve. Même si vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, vous devez accorder le bénéfice du doute à l'accusé et l'acquitter, parce que le ministère public n'a pas réussi à vous convaincre de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, vous devez vous rappeler qu'il est virtuellement impossible de prouver quelque chose avec une certitude absolue, et que le ministère public n'est pas tenu de le faire. Une telle norme de preuve est impossiblement élevée. En bref, si, en vous fondant sur la preuve soumise à la cour, vous êtes sûrs que l'accusé a commis l'infraction, vous devez le déclarer coupable, car cela démontre que vous êtes convaincus de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. »

⁷⁸¹ Voir récente application de ce principe, arrêt Cass. Crim. 17 octobre 2018.

⁷⁸² O. BACHELET, préc., note 778, p. 67.

⁷⁸³ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p.638.

370. Une appréciation parfois assouplie. Malgré ce principe général, il existe des cas où le juge pourra trancher alors même que son degré de certitude est inférieur au standard exigé. En effet, il existe au Canada des exceptions dans lesquelles l’auteur des faits reprochés devra démontrer selon la prépondérance des probabilités le bien-fondé de sa défense. Dans les deux pays, la présomption d’innocence est affaiblie lorsque l’infraction est d’ordre sexuel et commise sur un mineur.

371. Une présomption d’innocence parfois affaiblie. Dans le *Code criminel* canadien et dans le Code pénal français, les infractions sexuelles commises sur mineur présentent la particularité d’exiger une preuve allégée comparée à celle exigée pour les infractions sexuelles sur majeur. En effet, les atteintes sexuelles prévues dans le Code pénal français aux articles 227-25 et 227-27 exigent sur le plan matériel d’apporter la preuve d’un acte sexuel ; l’absence de consentement de la victime ne faisant pas partie des éléments constitutifs de l’infraction n’aura pas à être prouvée⁷⁸⁴. L’âge de la victime et de l’auteur des faits devront cependant être apportés, afin de savoir si l’on est dans le champ d’application de l’atteinte sexuelle. Sur ce point, la preuve pourra être délicate dans le cas où l’âge du mineur est impossible à connaître (ex. Un individu étranger sans papier d’identification). La preuve de la connaissance de la minorité de la victime par l’auteur des faits n’aura pas non plus besoin d’être apportée⁷⁸⁵. L’étendue de la preuve est par conséquent réduite. La défense pourra toujours avancer une erreur sur l’âge de la victime⁷⁸⁶. Cette facilitation de la preuve dans le domaine des infractions sexuelles commises sur mineur s’applique au Canada puisque le mineur est inapte à consentir ; des exceptions sont cependant prévues lorsque deux adolescents ont un âge approchant. Ainsi, dans les cas où le mineur n’a pas l’âge requis, son absence de consentement est établie, la poursuite n’aura donc pas à apporter la preuve de cet élément. Tout comme en France, l’accusé peut utiliser la défense d’erreur sur l’âge mais à condition qu’il ait pris toutes les mesures raisonnables pour s’assurer de l’âge de la victime⁷⁸⁷. Cette défense d’erreur de fait quant à l’âge inverse la charge de la preuve, ça sera alors à la défense d’apporter les éléments nécessaires permettant de soulever un doute raisonnable dans l’esprit des juges.

⁷⁸⁴ François DESPREZ, « Preuve et conviction du juge en matière d’agressions sexuelles », (2012) 34, *Archives de politique criminelle* 45, p. 47, « Ainsi, dans le cadre des atteintes sexuelles, infractions sexuelles supposant un contact physique, les exigences probatoires sont minimales ».

⁷⁸⁵ Crim., 12 mai 1999, pourvoi n°98-80808.

⁷⁸⁶ Crim., 7 février 1957, RSC 1957, p.638, obs. Huguency.

⁷⁸⁷ *Code criminel*, art. 150.1 (4) ; art. 150.1 (5).

372. Des présomptions déjouant la présomption d'innocence. La volonté du législateur français de faciliter la preuve des agressions sexuelles commises sur un mineur se poursuit avec la création d'une présomption de contrainte morale déduite de la différence d'âge entre l'auteur et la victime, et de l'autorité de droit ou de fait existante entre les deux protagonistes⁷⁸⁸. Cette présomption permet au juge de déduire de ces deux éléments la contrainte et *a fortiori* l'absence de consentement de la victime. Cette déduction factuelle permettra donc de qualifier l'agression sexuelle autre que le viol ou le viol, indépendamment de la matérialité de l'acte sexuel accompli par l'auteur. La *Loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes* est venue ajouter une présomption de contrainte et de surprise⁷⁸⁹. Ces deux éléments seront caractérisés par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes⁷⁹⁰.

La diminution de l'étendue de la preuve ainsi que la mise en place de présomptions permettant de faciliter la preuve de l'absence de consentement de la victime mineure peuvent constituer des limites à la présomption d'innocence ; cette conséquence illustre parfaitement le combat existant dans les affaires pour violences sexuelles entre le droit à la sécurité et le droit à la sûreté⁷⁹¹, entre la protection de l'accusé et celle de la victime.

373. L'aveu ou la prévalence des intérêts de l'accusé ? L'aveu s'entend comme la déclaration faite par une partie ou attribuable à celle-ci et qui lui est défavorable⁷⁹². L'aveu est énoncé à l'article 428 du Code de procédure pénale⁷⁹³ et à l'article 655 du *Code criminel*⁷⁹⁴.

Dans les deux pays, les principes relatifs à l'admissibilité de la preuve sont régis par la règle de la liberté de la preuve⁷⁹⁵. Cette règle implique que toute preuve pertinente à la démonstration de la culpabilité de l'accusé est admissible⁷⁹⁶. Par conséquent tout moyen de preuve est admissible : écrite, testimoniale ou matérielle. La limite principale réside dans l'exigence de légalité⁷⁹⁷. Il existe certaines règles permettant d'exclure des preuves, le Canada

⁷⁸⁸ Art. 1^{er} de la loi n°2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, JO 9 février 2010, p. 2265 ; Code pénal, art. 222-22-1.

⁷⁸⁹ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

⁷⁹⁰ Code pénal, Art. 222-22-1 al. 3.

⁷⁹¹ F. DESPREZ, préc., note 783, p. 45.

⁷⁹² Juridictionnaire, <http://www.btb.termiumplus.gc.ca> .

⁷⁹³ Code de procédure pénale, art. 428.

⁷⁹⁴ *Code criminel*, art. 655.

⁷⁹⁵ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, pp. 184-206.

⁷⁹⁶ Code de procédure pénale, art. 427 ; *R.c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 715 (j. La Forest), « tout ce qui, selon la logique et l'expérience humaine, tend le moins à établir un fait en litige ».

⁷⁹⁷ O. BACHELET, préc., note 778, pp. 70-73.

en connaît plus que la France⁷⁹⁸. Cette liberté implique en principe une absence de hiérarchisation entre les différentes preuves. Il n'en demeure pas moins qu'il existe des preuves plus objectives que d'autres, ce qui entraîne une forme de hiérarchisation induite par un mouvement d'« objectivisation » de la preuve pénale⁷⁹⁹. Ainsi, l'aveu ou le témoignage font partie des preuves dites subjectives, tandis que les preuves scientifiques font parties des preuves dites objectives. Malgré une tendance à l'objectivisation, l'aveu, longtemps considéré comme la « reine des preuves »⁸⁰⁰, constitue toujours un moyen de preuve privilégié entraînant des conséquences procédurales importantes, malgré sa faillibilité⁸⁰¹. La place privilégiée de l'aveu révèle que dans de nombreuses affaires l'intérêt d'une bonne administration de la justice prime sur la recherche de la vérité⁸⁰².

374. Le plaidoyer de culpabilité : la vérité négociée ? De façon similaire à l'aveu, l'accusé peut à tout moment plaider coupable aux infractions qui lui sont reprochés. « *Le plaidoyer de culpabilité est une reconnaissance par le prévenu que la poursuite peut faire la preuve de chacun des éléments constitutifs de l'infraction qui lui est reprochée. C'est une forme d'aveu qui dispense le poursuivant d'en faire la preuve hors de tout doute raisonnable.* »⁸⁰³ Ce droit offert à l'accusé, influe sur la peine ainsi que sur la manifestation de la vérité. Certains auteurs considèrent que le plaidoyer de culpabilité est synonyme de « vérité négociée ».⁸⁰⁴ La reconnaissance de culpabilité n'occupe pas la même place en France qu'au Canada. Cette pratique fait partie intégrante de la tradition des pays de Common law, en France elle est plus récente et a été introduite dans le Code de procédure pénale par une loi du 9 mars 2004 et élargie par une loi du 13 décembre 2011. Les articles 495-7 et suivants dudit code exposent les règles relatives au plaider coupable⁸⁰⁵. En France, cette pratique est limitée à la matière correctionnelle et plus précisément aux délits punissables d'un emprisonnement de cinq ans au plus. L'article 495-7 exclut expressément du champ d'application du plaidoyer de culpabilité les délits sexuels prévus aux articles 222-9 à 222-31-2. À l'inverse au Canada, la reconnaissance préalable de

⁷⁹⁸ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 187.

⁷⁹⁹ O. BACHELET, préc., note 778, p. 73.

⁸⁰⁰ Hervé ANCEL, « La preuve biologique » dans G. GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale- Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p.139 ; J-R. DEMARCHI, préc. note 765, p.9.

⁸⁰¹ Marie-Cécile NAGOUAS-GUÉRIN., *Le doute en matière pénale*, Paris, Nouvelles bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, p. 234, par. 330.

⁸⁰² M. BENILLOUCHE, préc., note 773, p. 28.

⁸⁰³ JurisClasseur Québec, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, Fascicule 10- Procès devant juge seul, II. Éléments préalables, E. Plaidoyer de culpabilité, 1. Définition, Para. 52. Définition.

⁸⁰⁴ M. BENILLOUCHE, préc., note 773, p. 24.

⁸⁰⁵ Code de procédure pénale, art. 495-7.

culpabilité s'applique à toutes les infractions pénales, il s'agit d'un mode normal de règlement des conflits. En effet, au Canada quatre-vingt-dix pour cent des causes se terminent de cette façon⁸⁰⁶. Concernant les infractions sexuelles, le plaidoyer de culpabilité sera admis au Canada pour toutes les incriminations, tandis qu'en France il n'est admis que pour les délits sexuels assortis d'une peine inférieure ou égale à cinq années d'emprisonnement, ce qui inclut les atteintes sexuelles sur mineurs âgés de plus de quinze ans (Art. 227-27 CP).

375. Une utilisation distincte. Cette utilisation systématique du plaidoyer de culpabilité au Canada est la conséquence logique du système accusatoire. L'État porte une accusation contre l'individu qui est libre de la reconnaître ou de la contester⁸⁰⁷. Dans les deux pays, cette solution est proposée à l'accusé de façon systématique⁸⁰⁸. Au Canada elle est un corollaire du système accusatoire, tandis qu'en France, elle est un moyen de gérer le contentieux de masse et de répondre aux excès du contradictoire⁸⁰⁹. Malgré cette distinction théorique, les finalités sont les mêmes. Cette incitation s'explique par la volonté des praticiens de désengorger les tribunaux et de respecter le principe de célérité. Cette pratique permet une économie de temps et de moyens.

376. Les méfaits du plaidoyer de culpabilité. Cette technique s'oppose en partie à la finalité du procès pénal, à savoir la manifestation de la vérité. En effet, le plaidoyer de culpabilité constitue un moyen d'arriver à une manifestation négociée de la vérité. Cette négociation est davantage présente au Canada, puisqu'en France une telle négociation sur la peine est en principe interdite et prend plutôt la forme d'un contrat d'adhésion⁸¹⁰. Dans les deux pays, la reconnaissance préalable de culpabilité a pour effet de diminuer la peine de l'accusé et d'éviter le procès. Cette conséquence attractive entraîne des inquiétudes quant à la véracité des faits reconnus d'une part, et quant à la reconnaissance de la victime d'autre part. Concernant la véracité, le choix de l'accusé de plaider coupable s'appuie sur les preuves existantes à son encontre⁸¹¹. La véracité est également vérifiée par les juges. Le juge français se borne à s'assurer que le prévenu a reconnu les faits et a accepté la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁸¹². Au Canada, l'article 606(1.1) énonce que le tribunal ne doit accepter le plaidoyer

⁸⁰⁶ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 401.

⁸⁰⁷ *Code criminel*, art. 606(1) ; P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 585.

⁸⁰⁸ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, Id., p. 587.

⁸⁰⁹ Id., p. 586.

⁸¹⁰ Id., p. 586.

⁸¹¹ Karine ROUSSEAU-DUMONT, « Le rôle de la preuve dans la décision d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité au Canada », École de criminologie, Université de Montréal, 2015.

⁸¹² Code de procédure pénale, art. 495-9.

de culpabilité que « *s'il est convaincu que les conditions suivantes sont remplies : a) le prévenu fait volontairement le plaidoyer ; b) le prévenu : (i) comprend que, en le faisant, il admet les éléments essentiels de l'infraction en cause, (ii) comprend la nature et les conséquences de sa décision, (iii) sait que le tribunal n'est lié par aucun accord conclu entre lui et le poursuivant.* » Dans les deux pays, la sincérité du plaidoyer est en principe contrôlée par les juges et ne le lie pas. Si le plaidoyer de culpabilité est accepté, il n'y a plus aucune discussion possible sur la preuve. Cette absence de discussion retire toute participation de la victime dans le processus probatoire, il sera observé dans la section suivante que cette participation fait partie des attentes et des droits de la victime. Le plaidoyer de culpabilité a ce double effet qu'il permet à la victime d'obtenir la reconnaissance de sa victimisation en obtenant un verdict de culpabilité rapidement, tout en lui retirant son droit de participer à la manifestation de la vérité. Ce mode de preuve comporte un risque d'instrumentalisation néfaste tant pour les protagonistes de l'infraction que pour le processus judiciaire lui-même⁸¹³.

377. Le rôle des parties dans l'administration de la preuve. Le développement précédent a démontré que la reconnaissance préalable de culpabilité retire tout rôle actif aux parties dans l'administration de la preuve. Lorsque l'accusé ne reconnaît pas sa culpabilité ou dans les cas où cette reconnaissance n'est pas admise par les juges, les parties ont une place importante au cours du processus probatoire et peuvent participer activement à la manifestation de la vérité. Cette place tend à s'étendre conformément à un mouvement de privatisation de la preuve pénale⁸¹⁴. Ce rôle accordé aux parties dans l'administration de la preuve est originellement plus important dans les systèmes accusatoires puisque le juge y occupe une place minimale. À l'inverse, dans les systèmes inquisitoires, le juge ayant une place prépondérante, plus spécifiquement le juge d'instruction dans le cas français⁸¹⁵, par conséquent les parties ont

⁸¹³ Sarah-Marie CABON, « L'aveu dans la procédure accusatoire américaine », dans A. BERGEAUD-WETTERWALD et J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 123-130.

⁸¹⁴ Lionel ASCENCI et Raphaëlle PARIZOT, « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 81, « Lorsque l'on parle de privatisation dans la recherche de la preuve, on vise le mouvement par lequel les parties du procès (...) participent de plus en plus activement à la collecte de la preuve ».

⁸¹⁵ Sur la prépondérance de la place du juge d'instruction en dans l'administration de la preuve pénale et sur l'inexistence de celui-ci au Canada, voir P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 161, par. 468 : « Le Canadien qui assiste à une audition sera parfois surpris de voir que tout semble se dérouler rapidement, parfois comme si la conclusion était tirée à l'avance. Mais il faut savoir qu'en France, le juge dispose, lors de la phase décisive, d'un dossier d'instruction complet, de sorte que le débat peut se concentrer sur la question ou les quelques questions en litige. Cela fait qu'on ne connaît pas, comme on le voit fréquemment dans les pays anglo-saxons, des procès qui durent des mois, voire des années, et qui peuvent mettre à dure épreuve, sinon carrément en échec, la capacité de l'accusé de se défendre efficacement ».

un rôle plutôt passif dans la manifestation de la vérité. Cette tendance tend à évoluer, les parties privées occupant une place de plus en plus importante dans la collecte de la preuve⁸¹⁶. La notion de partie privée n'inclut pas les mêmes entités d'un pays à l'autre. La différence absolue entre la France et le Canada réside dans le fait que la victime est une partie au procès dans le premier, alors qu'elle occupe un rôle de témoin dans le second. Cette forte opposition tend à s'amoinrir puisque le Canada commence à reconnaître à la victime une petite place dans le procès pénal. Ce point fera l'objet de la section suivante. Cette intégration des parties privées dans l'administration de la preuve est tout à fait pertinente en matière d'infraction sexuelle, celle-ci se commettant majoritairement dans un contexte privé à l'écart de tout regard. Il est par conséquent nécessaire que les parties participent à la manifestation de la vérité dans ce type d'affaires.

378. La vérité pour la victime. Au regard des éléments précédents, il convient de dire que la preuve a pour finalité la manifestation de la vérité et que celle-ci doit se faire dans le respect de la présomption d'innocence de l'accusé, cette dernière constitue la pierre angulaire de la procédure pénale des deux pays⁸¹⁷. La présomption d'innocence est polymorphe, elle constitue une règle procédurale fondamentale ainsi qu'un droit de la personnalité⁸¹⁸. Si la présomption d'innocence de l'accusé est une règle d'or, il n'existe pas de telle protection pour la victime. Il est évident qu'une équivalence de protection n'est pas envisageable ni même souhaitable au regard des conséquences du procès sur l'accusé. Il serait cependant pertinent d'assurer une protection minimale permettant de lutter contre d'éventuels stéréotypes et préjugés envers la victime de violence sexuelle. Ce dernier point permet de dire qu'il faut compter comme principe de la procédure pénale le respect des droits des victimes. Ces deux principes peuvent sembler s'opposer, il est cependant possible de les articuler de façon à respecter les droits de chacun. Les droits français et canadien tendent vers la reconnaissance des droits des victimes comme pilier de la procédure pénale.

379. Une nécessité. Sous un angle victimologique, la manifestation de la vérité dans le cadre d'un procès pénal est essentielle à la victime et plus précisément à sa réparation. Afin

⁸¹⁶ L. ASCENCI et R. PARIZOT, préc., note 813, pp. 81-91 ; l'intégration des parties dans la manifestation de la vérité leur accorde un droit d'accès aux pièces du dossier, le droit de demander l'accomplissement d'actes d'enquête supplémentaires, le renforcement des droits de la victime ; Dans certains cas dans les deux pays, renversement de la charge de la preuve, l'accusé devra présenter une preuve quelconque, Voir P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, pp. 162-169.

⁸¹⁷ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUER, préc., note 630, p. 131.

⁸¹⁸ Id., p. 132.

d'illustrer cette nécessité, le docteur Muriel Salmona précise : « *Pour réparer cette déchirure du sens, nous avons besoin de vérité et de cohérence. Nous avons besoin de repères humains. Pour lutter contre la violence, nous avons besoin d'un monde qui protège vraiment les victimes, un monde où l'empathie, le respect des droits et de la dignité de chacun primerait. Un monde qui tiendrait un discours authentique sur les relations humaines et nous aiderait à reconnaître nos émotions et à en avoir une juste perception, un monde qui ne brouillerait pas les cartes en tenant des discours mystificateurs sur les femmes, les enfants, l'amour, l'éducation, la sexualité, le soin, le travail.* »⁸¹⁹ Il semble que ces souhaits aient été intégrés par les législateurs et praticiens du droit français et canadien qui s'orientent désormais vers une pratique empathique et égalitaire de la norme pénale dans le domaine de la preuve. Ce postulat sera confirmé par la seconde partie de ce développement.

380. Un équilibre subtil. Les différents points précédemment développés ont mis en lumière les différents enjeux des règles de preuve en vigueur dans les deux pays. Ces enjeux que l'on pourrait nommer des défis opposent divers intérêts. Le premier défi concerne la conciliation entre la manifestation de la vérité d'une part, et le bon fonctionnement de la justice, d'autre part. Il est à observer qu'au nom de ce second point, la manifestation de la vérité pourra être placée au second plan. Le second défi analysé met en opposition les intérêts de l'accusé avec ceux de la victime. Au nom de la présomption d'innocence, les intérêts de cette dernière se doivent parfois d'être mis de côté. Au-delà de cette présomption, principe directeur du procès pénal, le système judiciaire s'est longtemps montré ouvertement défavorable à la victime⁸²⁰.

2. Des règles de preuve et de procédure initialement défavorables aux intérêts de la victime

381. Des systèmes perfectibles. Ce développement va permettre de révéler deux éléments. Les procès canadien et français étaient initialement méfiants à l'endroit des victimes

⁸¹⁹ M. SALMONA, préc., note 115, pp. 61-62.

⁸²⁰ Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Examen législatif des dispositions et de l'application de la Loi modifiant le Code criminel (Communication de dossiers dans le cas d'infraction d'ordre sexuel)*, Rapport final, Décembre 2012, p. 1 : « Durant cette période, les préjugés fondés sur le sexe et les stéréotypes entachaient les enquêtes, les poursuites et les jugements rendus dans les causes d'infractions sexuelles. Les taux de signalement et de condamnation étaient faibles et le harcèlement des présumées victimes, fréquent »; Karen BUSBY, « 'Not a Victim until a Conviction is Entered' – Sexual Violence Prosecutions and Legal 'Truth' », dans Elizabeth Comack, (dir.), *Locating Law*, 2e édition, Fernwood Publishing, 2006, p. 273.

de violences sexuelles (a). Cependant, face à une prise de conscience généralisée, les deux pays ont décidé d'adopter une posture plus amicale envers cette victime (b).

- a) Le procès pénal, un mécanisme traditionnellement méfiant envers la victime présumée de violences sexuelles

382. Des règles de preuve et de procédure initialement discriminatoires. Le droit pénal a longtemps démontré des signes de méfiance à l'égard des victimes de violences sexuelles. La pratique du droit en la matière est imprégnée de stéréotypes de genres véhiculés par les acteurs pénaux⁸²¹. Cet état de fait participe à la méfiance des victimes envers le système pénal, et par voie de conséquence a un impact négatif sur l'effectivité de la norme. Cette suspicion du droit envers les victimes de violences sexuelles apparaissait comme une protection contre la menace omniprésente de fausses poursuites⁸²², et tendait à faire du procès pour agression sexuelle, celui de la crédibilité de la victime.

383. Un perfectionnement envisageable. Cette pratique stéréotypée et discriminatoire du droit pénal tend à s'amoindrir grâce à une prise de conscience sociétale, ainsi que des réformes en profondeur de la norme pénale en la matière. Cette évolution vers l'égalité de traitement des femmes victimes de violences sexuelles s'illustre par l'accroissement des textes nationaux et supranationaux proclamant la lutte contre les violences faites aux femmes ou encore des normes qui visent l'égalité entre les hommes et les femmes. Au Canada, cette évolution a été marquée par l'abolition théorique des règles procédurales discriminatoires à l'égard des femmes victimes de violences sexuelles. La jurisprudence récente de la Cour suprême révèle que ces avancées théoriques doivent régulièrement être rappelées aux praticiens du droit, dont la pratique tend parfois à réactiver certains stéréotypes⁸²³.

384. Une abolition des règles procédurales discriminatoires au Canada. Le droit pénal français, à la différence du droit criminel canadien n'a pas connu de règles expressément

⁸²¹ C. SAAS, préc., note 247, p. 1.

⁸²² Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « Au-delà des mythes : justice », (1994) 7 *Can. J. Women & L.* 1, p. 3 ; p. 4 : « Il s'agit d'un domaine du droit qui, paradoxalement, a été modelé à partir de la croyance que les femmes mentaient communément au sujet des agressions sexuelles ».

⁸²³ Voir not. *R. c. Barton*, 2019 CSC 33.

discriminatoires à l'encontre des femmes victimes de violences sexuelles. Il n'en demeure pas moins que la pratique des deux pays était et reste encore parfois stéréotypée et inégalitaire.

385. Une spécialisation néfaste⁸²⁴. Jusqu'en 1983, le droit pénal canadien avait instauré des règles procédurales et probatoires spécialisées pour les infractions sexuelles. Au regard des développements précédents, il est légitime de penser que cette spécialisation de la procédure était bénéfique aux victimes. La réalité était toute autre, cette spécialisation était de nature discriminatoire et allait à l'encontre des intérêts de la victime. Ces règles reflétaient explicitement l'absence de confiance accordée par la justice aux femmes victimes de violences sexuelles⁸²⁵. Cette pratique discriminatoire s'illustre par trois règles : la doctrine de la plainte spontanée, l'exigence de corroboration et la preuve du passé sexuel de la victime. Ces trois règles avaient également pour effet d'atteindre l'effectivité de la norme en décourageant les victimes de révéler aux autorités l'infraction sexuelle subie d'une part⁸²⁶, et en empêchant la condamnation des accusés par des règles de preuves inatteignables pour la victime, d'autre part.

386. La doctrine de la plainte spontanée. Cette règle exigeait de la part de la victime qu'elle informe immédiatement les autorités compétentes de l'agression à caractère sexuel subie. Cette pratique ancestrale, sous-entendait que la victime qui ne se plaignait pas instantanément mentait⁸²⁷. Cette plainte a longtemps constitué une condition préalable de la poursuite de telles affaires, puis elle s'est transformée en présomption de fait⁸²⁸, permettant de déduire que la victime qui portait plainte rapidement, alléguait de faits véritables, à l'inverse celle qui retardait sa plainte avait inventé les faits⁸²⁹. Au-delà de son caractère profondément

⁸²⁴ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 823.

⁸²⁵ Josée NÉRON, *L'agression sexuelle et le droit criminel canadien : l'influence de la tradition*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 70, ces règles traduisaient « une profonde suspicion à l'égard des femmes ».

⁸²⁶ *Commission de réforme du droit du Canada*, La réputation, Document d'étude, Ottawa, 1972, pp. 5-6.

⁸²⁷ J. RAMOISY, préc., note 3, p. 27, « impression défavorable discréditant violée ».

⁸²⁸ *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 60 : « Au Moyen-Âge, l'opinion exprimée dans le témoignage du Dr Marshall était contraire à notre droit. Une jurisprudence remontant au 13^e siècle révèle qu'à une époque, la common law contenait l'exigence absolue que les victimes d'agression sexuelle soulèvent immédiatement une «clameur publique» pour que leur recours puisse être entendu. L'extrait archaïque suivant cité dans Wigmore on Evidence (2^e éd. 1923), vol. III, à la p. 764, en fournit un exemple: [TRADUCTION] Par conséquent, lorsqu'une vierge a été déflorée par la force, contre la paix de Sa Majesté le Roi, elle doit sur-le-champ, pendant que l'acte est tout récent, demander réparation en soulevant une clameur publique dans les villages voisins et montrer aux hommes honnêtes le tort qui lui a été fait, le sang et sa robe tachée de sang ainsi que la déchirure de sa robe; et elle doit donc s'adresser au prévôt du peuple, au sergent de Sa Majesté le Roi, aux coroners et au vicomte et faire appel à la première cour de comté. Vers la fin des années 1700, cette exigence formelle s'était transformée en présomption de fait. Voir, p. ex., Hawkins' Pleas of the Crown, où l'auteur déclare: [TRADUCTION] «Le fait qu'une femme n'ait fait aucune plainte dans un délai raisonnable après le fait constitue une présomption forte, mais pas concluante, contre elle» (cité par le juge Hawkins dans *R. c. Lillyman*, (1896) 2 Q.B. 167, aux pp. 170 et 171) ».

⁸²⁹ *Kribs c. The Queen*, [1960] R.C.S. 400, 405 ; *Timms c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315, 337

inégalitaire, seule la victime d'une agression à caractère sexuelle était soumise à cette pratique. Cette règle démontrait une incohérence doublée d'une méconnaissance totale des conséquences de ces violences sur les victimes : l'amnésie traumatique notamment. Cette pratique a été abolie par la réforme de 1983⁸³⁰, puis confirmée par le législateur en 1988⁸³¹. L'article 275 du Code criminel dispose désormais : « *Les règles de preuve qui concernent la plainte spontanée sont abolies à l'égard des infractions prévues aux articles 151, 152, 153, 153.1 et 155, aux paragraphes 160(2) et (3) et aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 et 273.* » La nécessité d'une plainte immédiate ne constitue désormais ni un préalable requis à la poursuite, ni une présomption de la bonne foi de la victime. Le juge du procès a dorénavant l'obligation d'avertir le jury sur le fait que le moment de la plainte n'a aucune influence sur la crédibilité de la victime⁸³². Il n'en demeure pas moins dans les deux pays, que la plainte tardive de la plaignante peut se voir sanctionner par d'autres règles telles que celles encadrant la prescription ou encore celles relatives à la preuve. Dans certains cas, la disparition des preuves empêchera toute poursuite. Dans la pratique canadienne, le moment de la divulgation constitue toujours un facteur pertinent dans l'évaluation globale de la crédibilité⁸³³.

387. L'exigence de corroboration⁸³⁴. Cette exigence imposait à la victime l'obligation de confirmer son témoignage avec d'autres preuves⁸³⁵. Cette pratique était discriminatoire pour deux raisons. Elle ne s'appliquait qu'en matière d'infractions sexuelles et dérogeait aux règles de preuves de droit commun selon lesquelles le tribunal peut condamner

⁸³⁰ *Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 19.

⁸³¹ *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada (infractions d'ordre sexuel)*, L.R.C. 1985, ch. 19 (3e suppl.), en vigueur en 1988.

⁸³² *R.c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 65 : « Le juge du procès doit reconnaître et dire au jury qu'il n'existe aucune règle immuable sur la façon dont se comportent les victimes de traumatismes comme une agression sexuelle. Certaines personnes font une plainte immédiate, certaines tardent à révéler l'agression tandis que d'autres ne la révéleront jamais. De nombreuses raisons expliquent le retard, dont à tout le moins la gêne, la crainte, le sentiment de culpabilité ainsi que le manque de compréhension et de connaissance. Dans l'évaluation de la crédibilité du plaignant, le moment de la plainte ne constitue qu'une circonstance à examiner dans la mosaïque factuelle d'une affaire donnée. À lui seul, le retard de la révélation ne donnera jamais lieu à une conclusion défavorable à la crédibilité du plaignant. »

⁸³³ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 18.

⁸³⁴ Pour une étude approfondie de cette question, Voir Constance BACKHOUSE, "The Doctrine of Corroboration in Sexual Assault Trials in Early Twentieth Century Canada and Australia" (2001) 26 *Queen's Law Journal* 297-338.

⁸³⁵ *R. v. Baskerville*, (1916) 2 K.B. 658 ; J. RAMOISY, préc., note 3, p. 26 : « la Cour d'appel britannique de juridiction criminelle a défini la corroboration premièrement, comme une preuve indépendante du témoignage de la plaignante et, deuxièmement, comme une preuve devant établir le lien entre le prévenu et l'infraction. Cette preuve devait impliquer le prévenu en confirmant par un détail substantiel non seulement qu'il avait commis l'infraction mais aussi qu'il était coupable. Il ne faut donc pas comprendre la corroboration comme une simple règle confirmant exclusivement la crédibilité de la déclaration de la plaignante » ; C. BACKHOUSE, Id., pp. 307-309.

un accusé sur la foi d'un seul témoignage⁸³⁶. Son caractère discriminatoire s'illustre également par le fait que la Common Law considérait traditionnellement certaines personnes comme moins fiables que d'autres, notamment les femmes victimes d'infractions d'ordre sexuel⁸³⁷. Cette exigence illégitime avait pour double conséquence de créer une inégalité entre les victimes d'actes criminels d'une part, et d'alourdir la tâche du poursuivant⁸³⁸, en multipliant les preuves exigées pour une infraction originellement difficile à prouver en raison de son caractère privé, d'autre part. L'exigence de corroboration connaissait deux modalités, elle pouvait être soit facultative, pour les infractions de viol et d'attentat à la pudeur ; soit obligatoire pour différents crimes sexuels. Afin de se conformer à la pratique, le législateur est venu affirmer son caractère obligatoire⁸³⁹. Cette précision apportée par le législateur ne visait que les victimes de sexe féminin, les infractions sexuelles dont étaient victimes les hommes n'exigeaient aucune corroboration⁸⁴⁰. La disparition absolue de cette méfiance expresse envers les femmes par les tribunaux a fait l'objet de plusieurs réformes, il a fallu attendre une loi de 1993 pour l'abolir définitivement⁸⁴¹. Désormais l'article 274⁸⁴² du *Code criminel* affirme de façon non équivoque que le seul témoignage de la femme victime d'infraction sexuelle suffit à déclarer l'accusé coupable des faits de nature sexuelle qui lui sont reprochés. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique le seul témoignage de la victime peut ne pas être suffisant pour apporter la preuve au-delà de tout doute raisonnable, mais tel est le cas pour tous les autres moyens de preuve. Nous percevons ici la véritable difficulté probatoire dans le domaine des infractions sexuelles tant en France qu'au Canada. Cet obstacle majeur à la manifestation de la vérité réside dans le fait que dans la majorité des cas, la parole de la plaignante sera opposée à celle de l'auteur, et souvent l'inexistence d'autres moyens de preuve ne permettra pas de confirmer ou d'infirmer leurs propos.

388. La preuve de commune renommée. La preuve de commune renommée⁸⁴³ ou le recours systématique à la preuve du passé sexuel de la victime, emprunt de la morale, obligeait celle-ci à divulguer publiquement son intimité sexuelle. Cette intrusion créant bien souvent une

⁸³⁶ J. RAMOISY, Id., p. 25.

⁸³⁷ R. c. *Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, par. 170 ; J. RAMOISY, Id., pp. 26-27.

⁸³⁸ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 19.

⁸³⁹ *Code criminel*, art. 142.

⁸⁴⁰ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 21.

⁸⁴¹ *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 9.

⁸⁴² *Code criminel*, art. 274.

⁸⁴³ J. RAMOISY, préc., note 3, pp. 27-29, p.29 : « Dans les cas de viol, la preuve de commune renommée de la plaignante était une des contraintes les plus connues et les plus troublantes en droit criminel. En vertu de cette règle, l'exemplarité du passé sexuel de la plaignante servait à évaluer son consentement et par là, sa crédibilité ».

seconde victimisation, avait pour finalité de juger de la crédibilité de la victime⁸⁴⁴. Cet exposé du passé sexuel de la plaignante permettait aux tribunaux de répondre à la question suivante : *est-elle une bonne victime ?* Cette pratique archaïque était elle aussi discriminatoire puisqu'elle visait à percevoir si les pratiques sexuelles de la plaignante étaient conformes aux bonnes mœurs, le cas échéant, elle pouvait ainsi entrer dans la catégorie des « victimes idéales »⁸⁴⁵, et obtenir du crédit aux yeux des juges et du jury. Dans le cas inverse, elle n'était pas considérée comme étant digne d'obtenir la protection des juges⁸⁴⁶. Une discrimination était alors créée entre les victimes d'un même acte criminel, fondée sur des critères subjectifs. Cet usage systématique de la preuve du passé sexuel de la victime faisait du procès pour agression sexuelles, celui de la victime. Le procès aboutissait alors à un double jugement, celui sur la culpabilité de l'auteur d'une part, et celui sur la victime d'autre part : *est-elle digne d'être protégée par le droit*⁸⁴⁷ ? L'usage du passé sexuel faisait l'objet d'un double régime : il contraignait absolument la victime lorsque la preuve du consentement était en question. À l'inverse, lorsque la crédibilité de la victime était débattue, la victime pouvait refuser de répondre aux questions. L'éveil sociétal des années 70-80 apporta un éclairage nouveau dans le domaine des infractions sexuelles. Cet éveil entraîna des modifications nécessaires dans la considération et le traitement judiciaire des victimes de telles violences. Ainsi, dès 1975, le législateur canadien décida de limiter l'évocation du passé sexuel de la victime avec une personne autre que l'accusé et créa l'article 142 du *Code criminel*⁸⁴⁸. De mauvaises interprétations jurisprudentielles ont appliqué

⁸⁴⁴ *R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 577, p. 604 : « On pouvait interroger la plaignante sur son comportement antérieur, sans avoir à établir la pertinence de cette preuve à l'égard d'un point en litige. En effet, des preuves que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec l'accusé et d'autres personnes étaient ordinairement présentées (et acceptées par les juges et les jurés) comme tendant à rendre plus probable le consentement de la plaignante et à diminuer généralement sa crédibilité. Ces inférences étaient fondées non pas sur des faits mais sur le mythe selon lequel il est plus probable qu'une femme de mœurs faciles consente à des rapports sexuels et qu'elle est, de toute façon, moins digne de foi ».

⁸⁴⁵ Sur ce concept de « victime idéale » qui malheureusement existe toujours dans toutes les strates de nos sociétés, Voir J. TEMKIN et B. KRAHÉ, préc., note 165.

⁸⁴⁶ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, 666, la juge Claire l'Heureux-Dubé, la Common Law « considérait que les femmes qui avaient consenti à des rapports sexuels extraconjugaux avaient une double propension : premièrement à consentir généralement aux rapports sexuels et deuxièmement à mentir » ; J. RAMOISY, préc., note 3, p. 28 : « Les tribunaux se sont penchés sur la réputation et sur la moralité des plaignantes, non pas tant pour assurer un procès équitable à l'accusé mais bien parce qu'ils jugeaient que les lois de protection des victimes de viol ne devaient pas s'appliquer aux femmes aux mœurs légères. En s'acharnant ainsi sur la moralité des victimes de viol, les tribunaux tentaient de déterminer si la façon de vivre de ces femmes correspondait à ce que la société décrétait comme comportement moral approprié pour elles. Advenant alors qu'une plaignante n'ait pas eu un comportement conforme aux stéréotypes moraux de la femme, elle ne méritait pas d'être protégée par les lois sur le viol et seul un verdict d'acquiescement de l'accusé pouvait être l'issue acceptable du procès. »

⁸⁴⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 23.

⁸⁴⁸ Article 142 du *Code criminel* introduit par la *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch.93 ; Cet article posait trois conditions à l'usage du passé sexuel de la victime : une première exigeait qu'il y ait une notification faite dans un délai raisonnable ; une seconde obligeait à produire des éléments de preuve suffisants et enfin la dernière condition devait conduire le juge à conclure, après audience à huis clos, que l'exclusion de la preuve aurait empêché la tenue d'un procès équitable ».

cet article dans un sens opposé à ses finalités, et ont ainsi renforcé les pouvoirs de la défense⁸⁴⁹. Suite à cette déviance, la réforme de 1983 est venue abroger cet article et est venue encadrer explicitement cette pratique dans les anciens articles 246.6 et 246.7 du *Code criminel*, devenus par la suite les articles 276 et 277. Suite à l'affaire *R.c. Seaboyer*⁸⁵⁰ qui déclara l'article 276 inconstitutionnel car contraire au droit de l'accusé, la réforme de 1992 est venue les assouplir⁸⁵¹. En effet, l'article 276(2) interdit à l'accusé de présenter une preuve d'activité sexuelle, sauf si le juge décide, à la fois : a) *que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle ; b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause ; c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante*. Cet assouplissement a amoindri la protection de l'intimité de la victime afin de protéger les droits de l'accusé. Par conséquent, le recours au passé sexuel de la victime existe toujours mais n'est en théorie possible que lorsque la défense de l'accusé l'exige⁸⁵². Le maintien de cette présomption démontre le caractère toujours discriminatoire de la procédure pénale envers les victimes d'infractions sexuelles ; cela démontre également la prévalence des droits de l'accusé sur ceux de la victime, et plus précisément sur son droit au respect de sa vie privée. Au regard de ces différentes conséquences néfastes pour la victime, le législateur a voulu changer cet état de fait et par son projet de loi C-51 vient modifier le paragraphe 276(2) du Code criminel afin d'ajouter une nouvelle condition à respecter pour que puisse être admise, dans le cadre d'une poursuite pour infraction sexuelle, une preuve d'activité sexuelle, à savoir que la preuve ne doit pas être présentée afin de permettre les déductions « *selon lesquelles, en raison de la nature de l'activité sexuelle, le plaignant est soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation, soit moins digne de foi.* »⁸⁵³ Cette loi, en son article 22, durcit la procédure d'admissibilité de la preuve d'activité sexuelle en créant un processus en deux étapes lorsque la défense désire présenter une preuve d'activité sexuelle. Tout d'abord, la défense doit présenter une demande d'audience (nouvel art. 278.93 du Code)⁸⁵⁴. Si la demande satisfait aux conditions requises et est acceptée par la cour, une

⁸⁴⁹ *Forsythe c. La Reine* [1980] 2 R.C.S. 268.

⁸⁵⁰ *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

⁸⁵¹ *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38, art. 2, instaurant l'article 276 C. cr.

⁸⁵² En pratique, l'utilité d'une telle preuve est toujours contestable, Voir *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38.

⁸⁵³ Résumé législatif, projet de loi C-51, p. 24 ; Le paragraphe 21(1) du projet de loi modifie l'alinéa 276(2)a du Code de manière à interdire l'admission de preuves apportées pour appuyer les déductions énumérées au paragraphe 276(1) du Code. L'exigence voulant que la preuve porte « sur des cas particuliers d'activité sexuelle » se trouvant actuellement à l'al. 276(2)a) du Code est maintenue, mais elle se trouve maintenant à l'al. c). L'exigence actuelle prévue à l'al. c), selon laquelle « le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante », se retrouve à l'al. d).

⁸⁵⁴ L'importance de cette demande a été réaffirmé récemment par la cour suprême dans l'arrêt *R. c. Barton*, 2019 CSC 33.

audience sera ensuite tenue afin d'établir si la preuve d'activité sexuelle peut être admise au procès (nouvel art. 278.94 du Code)⁸⁵⁵. La définition du terme « activité sexuelle » (nouveau paragraphe 276(4) du Code) a été élargie de manière à inclure « *toute communication à des fins d'ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle* » ; cela signifie que ces communications pourraient répondre à la définition d'un « dossier »⁸⁵⁶.

En France, l'usage du passé sexuel de la victime ne fait pas partie des moyens de preuve admissibles. Cependant celui-ci pourra inévitablement rentrer en ligne de compte lorsque l'agression sexuelle a été commise dans un contexte conjugal. Hormis ce cas précis, il faudrait que dans les deux pays soit posée une règle selon laquelle la preuve du passé sexuel de la victime ne serait jamais pertinente à la démonstration de la culpabilité de l'accusé car trop attentatoire aux droits de la plaignante.

b) Vers un procès préoccupé par la victime présumée de violence sexuelle

389. Vers un procès plus objectif. L'abolition ou l'encadrement progressif des règles procédurales explicitement discriminatoires à l'encontre des victimes de violences sexuelles démontrent l'éveil du droit canadien sur un traitement plus équitable des victimes de telles infractions. Cette nécessité a été prise en compte dans les deux pays et se traduit notamment par une rationalisation des moyens de défense de l'accusé.

390. Un traitement plus équitable des plaignantes : une limitation des moyens de défense. Les moyens de défense s'entendent comme « *tout ce qu'un accusé invoque pour sa défense* ». ⁸⁵⁷ Cette notion évoque les faits justificatifs⁸⁵⁸, ou toute cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité. Le vocable varie d'un pays à l'autre, mais le contenu est

⁸⁵⁵ Sur le refus d'une telle preuve contraire aux intérêts de l'accusé, Voir *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41 ; « Le juge du procès a déclaré R.V. coupable et l'a condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans. La Cour d'appel a déclaré qu'il était injuste que la poursuite puisse s'appuyer sur la grossesse tandis que R.V. n'était pas autorisé à contester l'allégation selon laquelle c'est lui qui l'avait causée. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont convenu que R.V. aurait dû être autorisé à demander à l'adolescente si une autre personne avait pu causer sa grossesse, mais que cela n'aurait fait aucune différence. Il aurait quand même été reconnu coupable. Les juges majoritaires ont confirmé la déclaration de culpabilité », source : <https://scc-csc.gc.ca/case-dossier/cb/2019/38286-fra.aspx>.

⁸⁵⁶ *Projet de loi C-51*, art. 23 ; Résumé législatif projet de loi C-51, p. 26.

⁸⁵⁷ G. CORNU, préc., note 42, p. 671.

⁸⁵⁸ Id., « Fait de nature à excuser un acte, à disculper l'auteur d'un dommage en écartant l'imputabilité ou l'illicéité d'un fait, constituant ainsi une cause d'irresponsabilité civile ou pénale ».

semblable. Le droit criminel canadien parlera de moyens de défense⁸⁵⁹, tandis que le droit pénal français optera pour la notion de causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité⁸⁶⁰. Ces différents termes seront utilisés indifféremment dans l'exposé qui va suivre.

391. Les conséquences des moyens de défense. Les moyens de défense peuvent faire disparaître l'un des éléments constitutifs de l'infraction, il s'agira souvent de la *mens rea*, mais ils peuvent également avoir un impact sur l'*actus reus*. Ils empêchent par conséquent la qualification de l'infraction, celle-ci n'est alors pas imputable à l'auteur des faits. Les moyens de défense admis sont différents d'un pays à l'autre mais se recoupent dans le domaine des infractions sexuelles. Concernant leur source, au Canada la majorité des moyens de défense ne sont pas codifiés ; le pouvoir judiciaire ayant la responsabilité première de les définir⁸⁶¹. En France, il en est de même dans une moindre mesure. En effet, certains faits justificatifs trouvent leur source dans la création prétorienne.

392. Une limitation stricte. L'usage des moyens de défense dans les affaires à caractère sexuel a été strictement limité par la loi et la jurisprudence. Cette limitation s'explique par une volonté des législateurs et des praticiens d'accorder plus de crédit aux victimes d'infraction sexuelles d'une part, et de réprimer davantage ces actes d'autre part. L'invocation de faits justificatifs permettant de disculper l'auteur présumé est plus fréquente au Canada qu'en France.

393. Des moyens de défense plus nombreux au Canada. En raison des règles permettant la qualification des éléments constitutifs des agressions à caractère sexuel au Canada, ce pays admet plus de moyens de défense que le système français. Dans le domaine des infractions sexuelles, les moyens de défense admissibles sont au nombre de deux, à savoir l'erreur de fait sur le consentement de la victime et l'erreur de fait sur son âge lorsque l'infraction sexuelle a pour victime une personne mineure.

⁸⁵⁹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, Chapitre 3 : Les moyens de défense.

⁸⁶⁰ Voir Table alphabétique Code pénal.

⁸⁶¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 60 ; W. A. SCHABAS, préc., note 114, p. 125, en droit canadien, les moyens de défense se trouvent tant dans le *Code criminel* que dans la jurisprudence.

394. L'erreur de fait sur le consentement de la victime. Le moyen de défense d'erreur de fait sur le consentement peut se diviser en deux : la défense de consentement⁸⁶² et la défense d'erreur de fait quant à la communication du consentement⁸⁶³. La première fait disparaître l'*actus reus*, l'absence de consentement étant l'élément constitutif central de l'infraction sexuelle⁸⁶⁴; la seconde fait disparaître la *mens rea* puisque l'accusé croyait au consentement de la victime. S'agissant du moyen de défense ayant pour objet le discernement de la victime, sur ce point, les deux pays s'opposent. En effet, l'intoxication volontaire ayant des effets sur le discernement de l'accusé peut constituer un fait justificatif au Canada pour certaines infractions, à l'inverse en France, cela ne pourra jamais être le cas, elle permet de qualifier une circonstance aggravante. Dans le domaine des infractions sexuelles, le législateur, en réaction à la décision *R. c. Daviault*⁸⁶⁵, a proscrit l'utilisation de l'intoxication volontaire par l'accusé comme pouvant constituer un moyen de défense⁸⁶⁶. Ainsi, l'intoxication ne peut être un moyen de défense à une accusation pour agression sexuelle, peu importe le degré d'intoxication de l'accusé. À l'inverse, celle de la victime pourra être prise en compte dans les deux pays dans la qualification de l'absence de consentement.

395. L'erreur sur la communication du consentement. Ce moyen de défense existe expressément au Canada et semble moins plausible en France au regard de l'appréciation du consentement telle que développée précédemment. Il est cependant envisageable dans le cadre de la surprise ou encore dans un contexte conjugal. Au Canada, cette défense de croyance erronée quant à la communication du consentement a fait l'objet d'une restriction légale et jurisprudentielle importante. Ce moyen de défense a été développé par la Cour suprême dans l'arrêt *Ewanchuk*⁸⁶⁷. À la différence du précédent celui-ci empêche la qualification de la *mens rea*. Ce moyen de défense a connu de nombreuses évolutions élargissant puis restreignant son champ d'application. Cette règle a été confirmée par plusieurs décisions de la Cour suprême, puis a été infirmée dans un arrêt détonant, l'arrêt *Osolin*⁸⁶⁸. Dans cette décision, la Cour suprême

⁸⁶² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, pp. 122-124.

⁸⁶³ Id., pp. 124-147.

⁸⁶⁴ Ce moyen de défense est en théorie envisageable mais ne l'est plus en pratique au Canada depuis l'arrêt *Ewanchuk*, et ne l'est pas non plus en France puisque, le consentement ou son absence est qualifiée de façon objective au regard des actes positifs de l'auteur des faits. Par conséquent, la défense d'erreur de fait sur ce point est presque inenvisageable puisque la preuve en sera faite par les actes de l'auteur.

⁸⁶⁵ *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

⁸⁶⁶ *Projet de loi C-72*. Adoptée au mois de juillet 1995 et entrée en vigueur au mois de septembre, cette loi amende le Code criminel en déclarant, de fait, la défense d'intoxication inadmissible pour tout crime de violence contre la personne, à l'exception du meurtre ; *Code criminel*, art. 33.1.

⁸⁶⁷ *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330.

⁸⁶⁸ *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 686 et 687.

étend considérablement la possibilité d'invoquer cette défense en ôtant l'obligation d'appuyer l'erreur par une preuve indépendante. Cette décision marque un recul de la protection procédurale des femmes victime d'infraction sexuelle. Elle a été confirmée et établie par la décision *Park*⁸⁶⁹. L'état du droit sur la question étant le suivant, la prétention de l'accusé suivant laquelle il croyait au consentement de la plaignante n'a pas besoin d'être corroborée par une preuve indépendante, mais doit s'appuyer sur les faits du litige⁸⁷⁰. En pratique, le critère de la vraisemblance est rarement établi. Cet état de fait s'explique par l'évolution du consentement tel que présentée dans le chapitre précédent. En effet, il est désormais admis que le silence ou la passivité de la victime ne permettent pas d'en déduire le consentement⁸⁷¹, il est également convenu qu'un simple non suffit à qualifier l'absence de consentement. Ce critère de la vraisemblance doit se cumuler à la sincérité et au caractère raisonnable de la défense. Par conséquent, ce moyen de défense sera admis si et seulement si deux conditions sont remplies : 1) l'ambiguïté des faits et circonstances précédents les événements et 2) l'attitude passive et silencieuse de la victime ne permettant pas d'éclaircir l'ambiguïté. Le législateur canadien est venu restreindre les possibilités d'invoquer ce moyen de défense en renforçant son objectivité. La réforme de 1983 créa l'article 265 (4) : « *Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.* » La réforme de 1992 a restreint davantage en intégrant dans le *Code criminel* l'article 273. 2 : « *Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas : a) cette croyance provient : (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire ; b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.* » Cet article exige de la part de l'accusé qu'il ait pris des mesures raisonnables afin de s'assurer du consentement de la victime⁸⁷². Pour conclure sur ce moyen de défense et

⁸⁶⁹ R. c. *Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

⁸⁷⁰ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 129.

⁸⁷¹ *Arrêt R. c. M*, la passivité peut constituer une absence de consentement ; R. c. *J.A.*, la défense du consentement tacite n'existe pas.

⁸⁷² Pour une critique de l'exigence de ces mesures raisonnables, A. MANGANAS, préc., note 266 ; R. c. *GAGNON*, 2018 CSC 41, [2018] 3 R.C.S. 3, par. 28 : « À mon avis, l'explication du professeur Stewart donne un sens à l'alinéa 273.2b). Le législateur a décidé que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'est à

confirmer qu'il est rarement invocable, il est impossible de le soulever lorsque l'auteur aura fait preuve d'insouciance et d'aveuglement volontaire. La portée protectrice de ces limitations s'illustre par le fait que l'exigence des mesures raisonnables sera renforcée lorsque la victime est vulnérable soit en fonction de son taux d'alcool soit en fonction d'un handicap.

396. L'erreur de fait quant à l'âge. Ce moyen de défense existe inévitablement dans les affaires d'infractions sexuelles commises sur un mineur. La possibilité d'invoquer ce fait justificatif est strictement limitée dans les deux pays mais est admise afin de respecter la présomption d'innocence. Ce moyen de défense est codifié à l'article 150.1 (4) du *Code criminel* : « *Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant.* » Le législateur a été plus strict que pour le moyen de défense précédent et exige de la part de l'accusé qu'il ait pris « toutes » les mesures raisonnables. Concernant la France, le Code pénal ne prévoit pas de règle aussi claire, accordant ainsi un large pouvoir d'appréciation au juge.

397. Des règles plus objectives. Le développement précédent a démontré comment la prise en considération de la victime d'infraction sexuelle et plus spécifiquement les conséquences négatives du procès pénal sur cette dernière, ont amené les législateurs ainsi que les praticiens du droit tant canadien que français à perfectionner les règles de procédure en la matière. Ce perfectionnement s'illustre tout particulièrement au Canada au travers de l'abolition des anciennes règles de procédure explicitement discriminatoires. L'amoindrissement de la discrimination judiciaire envers les victimes de violences sexuelles a permis d'accroître l'effectivité de la norme. Ces règles avaient pour conséquence d'accroître la méfiance des victimes envers le système pénal et ainsi de les contraindre à ne pas révéler leur victimisation

la portée d'un prévenu que si ce dernier a pris les mesures raisonnables, dans les circonstances, pour s'assurer du consentement de la partie plaignante à chaque acte sexuel au cours des rapports. Si le prévenu ne peut soulever d'élément de preuve susceptible d'être interprété par le jury comme une telle mesure, le moyen de défense ne peut être placé devant le jury. Comme le législateur a circonscrit la défense de croyance sincère mais erronée au consentement aux situations où le prévenu a pris les mesures raisonnables dans les circonstances dont il avait connaissance pour s'assurer du consentement, il faut que le juge détermine au préalable la vraisemblance de ces mesures ».

aux autorités compétentes. Cette méfiance bien que toujours existante a été diminuée par cette abolition⁸⁷³.

398. Un processus plus égalitaire. La nécessité de condamner les violences sexuelles et de rendre justice aux victimes a entraîné un encadrement législatif mais surtout jurisprudentiel des moyens de défense pouvant être invoqués par l'accusé. Cette limitation permet donc en théorie la multiplication des possibilités dans lesquelles la victime pourra obtenir justice.

399. Transition. Ce développement a permis de mettre en lumière l'état du droit initial ainsi que les premières étapes du perfectionnement des règles probatoires et procédurales applicables dans les procès relatifs à des infractions sexuelles. Il est à présent temps de développer les règles novatrices qui ont permis de faire du droit pénal de forme un droit véritablement adapté aux conséquences créées par les violences sexuelles.

B. Un perfectionnement des règles de preuve et de procédure acquis

400. Démonstration. Les règles générales applicables à toutes les infractions pénales ne semblent pas toujours adaptées à la spécificité des infractions sexuelles. Cette spécificité est double, elle concerne tout d'abord le **caractère privé de l'infraction**, en ce sens où elle se commet majoritairement à l'insu de tous entre deux personnes ; elle concerne également la spécificité du « **traumatisme sexuel** »⁸⁷⁴ qui n'est comparable à aucun autre, tant dans sa gravité que dans ses conséquences. Cette double particularité doit être mise en relation avec les suites données aux dossiers en matière d'infractions sexuelles. Ce lien permet de mettre en lumière les lacunes inhérentes aux règles probatoires et procédurales classiques face aux violences sexuelles. Au regard de ces limites, il semble nécessaire d'adapter la procédure pénale aux infractions sexuelles afin d'optimiser l'effectivité de la preuve dans ce domaine. Un auteur souligne cette nécessité : « *S'il faut convenir, en matière d'infractions sexuelles, de l'existence d'un régime pénal spécial dérogeant à nombre de dispositions de droit commun, il semble que*

⁸⁷³ Preuve en est l'augmentation du taux de plainte

⁸⁷⁴ D. DUCHEMIN, préc., note 760, p. 34.

la question probatoire constitue un obstacle à cette spécialisation. »⁸⁷⁵ L'auteur aboutit à une conclusion fataliste qui n'est pas celle du développement qui va suivre. En effet, si la spécialisation est nécessaire, cette nécessité est progressivement prise en compte par les législateurs et praticiens du droit des deux pays. Cette partie visera à démontrer la spécialisation de la procédure pénale dans le domaine des violences sexuelles en France et au Canada (1), puis à exposer le perfectionnement des modes de preuve (2).

- 1) Une spécialisation des règles de preuve et de procédure dans une finalité protectrice de la vie privée des victimes

401. Objet de la démonstration. Les infractions sexuelles portent atteinte à une facette très personnelle de l'individu, sa liberté sexuelle⁸⁷⁶. Cette valeur revêt un caractère privé qu'il convient de protéger de façon particulière. L'extension du champ d'application des infractions sexuelles dans les deux pays a permis d'accroître la protection de cette liberté. Il convient ici d'analyser comment les règles de preuve et de procédure applicables à ce type de violence protègent également cette valeur. Les procès portant sur des infractions sexuelles exposent publiquement l'intimité de la victime et de l'auteur. Dans le but de limiter cette intrusion publique de l'intime, pouvant être source de traumatismes supplémentaires, les législateurs ont fait preuve de sensibilité à l'égard de cette réalité⁸⁷⁷.

402. Des règles respectueuses de l'intimité. La nécessité de respecter l'intimité des victimes d'infractions sexuelles a entraîné les législateurs à créer des règles relatives à la publicité des débats dérogeant au droit commun. Cette spécialisation de la procédure dans le domaine des infractions sexuelles s'illustre par le recours fréquent voir systématique au huis clos. Il s'agit d'une spécificité puisque dans les deux pays la règle de principe est la publicité des débats⁸⁷⁸. En matière d'infractions sexuelles, le recours au huis clos est commun. Il convient

⁸⁷⁵ F. DESPREZ, préc., note 783, p. 48.

⁸⁷⁶ F. CABALLERO, préc., note 174, n°6, p. 9 : « le droit de faire ce que l'on veut avec son sexe à condition de ne pas porter atteinte à la société ou aux tiers » ; F. DESPREZ, préc., note 783, pp. 45-46.

⁸⁷⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 232.

⁸⁷⁸ *Code criminel*, article 486(1) ; *Charte canadienne des droits et libertés*, article 11 d) ; Article 6 CEDH ; J. DESROSIERS, Id., p. 232 : « Le principe de la publicité des débats judiciaires, s'il concerne l'identification de l'accusé et des témoins, s'intéresse essentiellement à l'accessibilité des procédures. Dans un système démocratique, l'administration de la justice est une affaire publique, qui « s'épanouit au grand jour- et s'étiole sous le voile du secret » ».

tout de même de faire une distinction en France entre le viol et les agressions sexuelles. Le viol étant un crime, il est jugé devant la Cour d'assises. L'article 306 du Code de procédure pénale précise que lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol, le huis clos est de droit à la demande de la victime partie civile ou de l'une des victimes partie civile⁸⁷⁹. Il en est de même au Canada conformément à l'article 486 du *Code criminel*. Le premier paragraphe de cet article précise que dans certains cas il est possible d'ordonner l'exclusion totale ou partielle du public⁸⁸⁰. Le paragraphe troisième du même article précise que cette ordonnance peut être demandé dans les affaires à caractère sexuel soit par l'accusé soit par le poursuivant ; il est précisé que le juge ou le juge de paix doit, si aucune ordonnance n'a été rendue à la suite de cette demande, en exposer les motifs⁸⁸¹. Cela signifie *a fortiori* que cette mesure sera généralement ordonnée⁸⁸². Cette mesure est appuyée par la *Charte canadienne des droits des victimes* entrée en vigueur le 23 juillet 2015. Cette loi accorde à toutes les victimes le droit à ce que leur vie privée soit prise en considération par les autorités dans le système pénal et le droit de demander que leur identité ne soit pas révélée. Ces droits font partie des droits d'une victime à la protection.

403. Une protection distincte. Le contenu des normes françaises et canadiennes relative à l'usage fréquent du huis clos dans le domaine des infractions sexuelles connaît quelques distinctions. En France, cette possibilité est expressément de droit pour les victimes de viol alors qu'au Canada elle est implicitement reconnue. Cette différence nous autorise à penser que la protection de l'intimité des victimes d'infraction sexuelle est plus effective en France qu'au Canada. Cette déduction est erronée. Le huis clos a un champ d'application plus étendu dans le second pays. En effet, la demande peut provenir de l'accusé ou de l'accusation alors qu'en France elle ne peut être du fait que de la partie civile ou de l'une des parties civiles. En France, le huis clos de droit ne concerne que le viol alors que l'article 486(3) du *Code criminel* s'applique à toutes les agressions à caractère sexuel, l'objet de la dérogation est par conséquent plus large au Canada.

404. Une publicité des informations restreintes. Le respect de la vie privée des victimes d'infractions sexuelles se manifeste également au travers de règles procédurales

⁸⁷⁹ Code de procédure pénale, art.306.

⁸⁸⁰ *Code criminel*, article 486(1).

⁸⁸¹ Id., article 486(3).

⁸⁸² P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 386.

interdisant la divulgation de certaines informations. Ainsi le *Code criminel* canadien prévoit plusieurs règles de confidentialité dérogatoires au droit commun afin de réduire les conséquences du procès pénal sur les victimes d'infractions sexuelles. En effet, l'article 486.4 dudit Code prévoit la possibilité pour le juge de rendre une ordonnance limitant la publication des noms des victimes dans les procès relatifs à des infractions sexuelles, cette ordonnance produit ses effets à tous les stades de la procédure⁸⁸³. Conformément à l'article 486.4(2)b) du *Code criminel*, si la victime le demande, le juge a l'obligation de rendre une telle ordonnance. L'éventuelle transgression de cette ordonnance est sanctionnée⁸⁸⁴. Cette anonymisation de la procédure et des décisions de justice existe également en France de façon plus implicite. Cette possibilité est incluse dans le procédé du huis clos qui interdit la publicité des débats et par conséquent la divulgation publique des informations relatives à l'identité des parties. Cette anonymisation se retrouve dans les limitations de la diffusion du nom des parties dans les décisions de justice sur les supports électroniques. En France, la protection de l'identité s'applique également aux témoins⁸⁸⁵. Cette protection est évidente au Canada puisque la victime n'est pas une partie au procès mais un simple témoin. La possibilité pour la victime de voir son identité protégée a pour double effet de diminuer ses craintes quant à une éventuelle humiliation ou d'éventuelles représailles⁸⁸⁶ ; ayant pour conséquence de faciliter l'accès des victimes d'infractions sexuelles à la justice pénale.

405. Un accès restreint aux informations des parties. Dans un même élan de protection de la vie privée des victimes, les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel* posent des restrictions d'accès aux dossiers personnels des victimes. En France, l'intimité des parties, dont celle de la victime est protégée par le principe du secret de l'instruction⁸⁸⁷. Le secret de l'instruction connaît cependant des exceptions, notamment dans le but de réparer les victimes⁸⁸⁸. Ce principe n'existe pas au Canada, puisque la phase d'instruction est absente des systèmes de Common Law.

406. Une protection effective des victimes d'infractions sexuelles. Au regard de ces différents éléments, il est à observer que la France et le Canada semblent avoir pris toute la

⁸⁸³ *Code criminel*, article 486.4 (1).

⁸⁸⁴ *Id.*, article 486.6 (1).

⁸⁸⁵ Code de procédure pénale, Livre quatrième : De quelques procédures particulières, Titre XXI : De la protection des témoins, articles 706-57 à 706-63.

⁸⁸⁶ *Canadian Newspapers CO. c. Canada (P.G.)*, [1998] 2 R.C.S. 122.

⁸⁸⁷ Code de procédure pénale, article 11.

⁸⁸⁸ *Id.*, article 11-1.

mesure des conséquences des infractions sexuelles sur la victime majeure. Les législateurs ont ainsi intégré ces conséquences dans les normes de procédures pénales, cette intégration a pour finalité et pour effet d'accroître les effets de la norme en perfectionnant les règles permettant la manifestation de la vérité. Cette spécialisation de la procédure pénale pour les victimes d'infractions sexuelles se trouvent renforcée lorsque la victime est un mineur.

407. Un caractère dérogatoire renforcé pour les victimes mineures. Le chapitre précédent centré sur le droit pénal substantiel a permis de démontrer l'intérêt tout particulier accordé aux victimes mineures d'infractions sexuelles. Cette importance accordée aux mineurs s'illustre notamment au travers d'infractions spéciales. Cette prise en considération de la spécificité des victimes ne se limite pas au droit pénal de fond mais intègre également la procédure pénale des deux pays, s'illustrant ainsi par des règles de procédure dérogatoires au droit commun. Cette dérogation au droit commun, particulièrement marquée s'agissant des mineurs a pu être qualifié de droit « *hyper dérogatoire* ». ⁸⁸⁹ En matière de procédure, il s'agit d'une double dérogation. En effet, les règles procédurales protectrices de l'intimité des mineurs dérogent tout d'abord aux règles procédurales générales offertes aux victimes de toute infraction autre que sexuelle ; elles dérogent également aux règles procédurales dérogatoires offertes aux victimes majeures d'infraction sexuelle.

408. Une double finalité. Cette double dérogation révèle deux réalités distinctes. Elle traduit tout d'abord une volonté évidente des législateurs de protéger spécifiquement l'intimité et la dignité des mineurs victimes d'infractions sexuelles en conformité avec leur particulière vulnérabilité. Cette protection bien qu'altruiste en apparence revêt également un caractère utilitariste puisqu'elle permet la facilitation du témoignage des mineurs et ainsi la manifestation de la vérité. Cette dérogation au droit commun instaure cependant une certaine forme d'inégalité devant la loi pénale entre les victimes mineures et les victimes majeures. Certains auteurs justifient cette inégalité apparente au regard des particularités de la victime, ces particularités justifiant ainsi un régime spécial⁸⁹⁰. Outre le fait qu'il puisse y avoir des arguments, il n'en reste pas moins qu'en pratique on constate une iniquité pouvant être verbalisée de la façon suivante : une surprotection des mineurs d'une part, et une sous-protection des majeurs d'autre part.

⁸⁸⁹ X. LAMEYRE, « La prescription de l'action publique en matière d'infractions contre les mineurs, ou les dysharmonies d'un régime pénal d'exception », (2006) *AJ pénal*, p. 689.

⁸⁹⁰ J.-C. SAINT-PAU, préc., note 464.

409. Le régime des règles procédurales « hyper déroatoires ». Dans une finalité protectrice et utilitariste⁸⁹¹, les droits français et canadiens ont mis en place des mesures déroatoires permettant de faciliter et de perfectionner le témoignage des mineurs victimes d'infraction sexuelle. De la même façon que pour les majeurs, ces règles protègent l'intimité des victimes et visent à instaurer un climat de confiance ; protégeant ainsi la victime contre une seconde victimisation causée par le système judiciaire⁸⁹².

410. Une protection renforcée. La vie privée des victimes mineurs est particulièrement protégée au Canada au travers de l'ordonnance limitant la publication, prévue à l'article 486.4 du *Code criminel*. L'article prévoit expressément la minorité comme mobile permettant au juge de rendre une ordonnance de non-publication. Le tribunal a le devoir d'informer les témoins de moins de 18 ans de leur droit de demander une interdiction de publication ; si la victime exerce ce droit, le tribunal doit l'ordonner⁸⁹³. Le tribunal a également l'obligation d'informer toutes les victimes et témoins d'infractions sexuelles de moins de 18 ans de leur droit de demander une interdiction de publication, le cas échéant, le tribunal a l'obligation de l'ordonner. On perçoit ici que deux caractéristiques sont prises en compte dans l'article, la minorité et la nature de l'infraction. Une telle mesure n'existe pas en droit français, la vie privée du mineur sera protégée au travers du huis clos. Cette possibilité de recourir au huis clos en droit français revêt les mêmes conditions pour les mineurs que pour les majeurs⁸⁹⁴.

411. Une protection particulière à l'étape de l'audition. La vulnérabilité des mineurs est strictement prise en compte dans les deux pays à l'étape de l'audition. Le recueil de la parole de la victime est crucial dans une procédure pénale puisqu'elle permet d'identifier l'auteur et de qualifier les actes⁸⁹⁵. La parole conserve un statut privilégié et inégalé en tant que moyen de preuve dans un procès pénal ; elle revêt une double nature, elle est à la fois un élément probatoire et également un outil réparateur pour la victime⁸⁹⁶. Au regard de son importance, il

⁸⁹¹ Sur cette double finalité Voir : *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, « faciliter la découverte de la vérité et d'atténuer le traumatisme que subissent inévitablement les enfants appelés à témoigner dans des affaires d'agression sexuelle ».

⁸⁹² Cette seconde victimisation ou « double victimisation » est très fréquente chez les victimes mineures, Voir Nicholas BALA, « Double Victims : Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman et Monique Ouelette (Dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 232.

⁸⁹³ Selon l'article 486. 4(2) b) du *Code criminel*, cette obligation s'applique également aux majeurs.

⁸⁹⁴ Code de procédure pénale, article 306 et 400.

⁸⁹⁵ F. DESPREZ, préc., note 783, pp. 61-64.

⁸⁹⁶ Id., pp. 61 et s.

semble nécessaire de faciliter la verbalisation des faits subis par la victime. Concernant les mineurs, cette phase est particulièrement délicate sur deux plans. Le premier concerne la fragilité de la victime, cette particularité du mineur nécessite l'instauration d'un terrain de confiance, il est important de mettre en place des stratagèmes sécurisants permettant ainsi de minimiser les conséquences néfastes du procès sur la victime⁸⁹⁷. Le second concerne l'importance de la parole de la victime pour la justice. S'agissant des mineurs, la difficulté qui se pose réside dans le fait que leur parole n'est pas toujours cohérente ni même exploitable⁸⁹⁸. Un enfant victime ne parle que s'il pense pouvoir être entendu⁸⁹⁹. La mise en place d'un cadre approprié permet d'obtenir une parole relativement cohérente et exploitable dans un procès pénal, participant ainsi de façon effective à la manifestation de la vérité.

412. Une similarité dans la dérogation. L'audition du mineur victime d'infraction sexuelle est encadrée par de nombreuses règles dérogatoires au droit commun mais cependant similaires d'un pays à l'autre. La première mesure encadrant l'audition du mineur vise à diminuer le stress de la victime en évitant le face à face avec l'auteur présumé. Les législateurs ont prévu des dispositifs protecteurs tels que l'enregistrement audiovisuel ou l'usage d'un écran protecteur. En effet, l'article 486.2 du *Code criminel* prévoit que la déclaration d'un mineur peut se faire « à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran ou un dispositif permettant à celui-ci de ne pas voir l'accusé ». Le Code de procédure pénale français en son article 706-52 prévoit un dispositif similaire : « Au cours de l'enquête et de l'information, l'audition d'un mineur victime de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel. L'enregistrement prévu à l'alinéa précédent peut être exclusivement sonore sur décision du procureur de la République ou du juge d'instruction, si l'intérêt du mineur le justifie. » Le recours à la visioconférence pour le témoignage du mineur victime peut également avoir lieu pendant l'audience en France⁹⁰⁰. Ce dispositif de télé-

⁸⁹⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 235 : « Or plusieurs facteurs fragilisent les enfants devant le tribunal(...) : l'enfant ou l'adolescente est généralement agressé par une personne qu'elle connaît, dans un contexte marqué par l'inégalité des rapports de force ; elle a peur de confronter son agresseur et craint les représailles ; la salle d'audience et le formalisme qui l'entoure lui sont austères ; le juge et les avocats l'intimident et ainsi de suite ».

⁸⁹⁸ Au Canada, avant la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérable)* et la *Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, l'enfant âgé de moins de 14 ans devait faire l'objet d'une enquête sur sa capacité à témoigner. Depuis ces lois, cette enquête a été supprimée et l'application des mesures de facilitation du témoignage a été étendue ; *Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32, article 16.1 : « Toute personne âgée de moins de quatorze ans est présumée habile à témoigner. (...) La partie qui met cette capacité en question doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs d'en douter. »

⁸⁹⁹ Chantal ZARLOWSKI, « L'audition du mineur victime », *AJ Pénal*, 2014, p. 13.

⁹⁰⁰ Code de procédure pénale, article 706-71 alinéa 2.

témoignage fondé sur les besoins spécifiques de ces victimes particulièrement fragiles a pour finalité d'éviter le stress causé par le face à face avec le présumé auteur d'une part⁹⁰¹, mais également de réduire le nombre d'auditions auxquelles le mineur sera soumis ou de les limiter dans leur durée d'autre part⁹⁰². Le droit français ne prévoit pas le dispositif de l'écran protecteur permettant à la victime de ne pas voir l'auteur présumé. Cependant, en France, la confrontation entre l'accusé et le mineur n'est pas obligatoire. Les deux dispositions, française et canadienne ont fait l'objet d'évolutions permettant ainsi d'étendre leur champ d'application. Initialement, l'application de l'article 486.2 du *Code criminel* était à la discrétion du juge qui pouvait l'ordonner. Depuis la réforme de 2005⁹⁰³, le juge doit l'ordonner sur demande du témoin vulnérable⁹⁰⁴. Concernant les majeurs, ils ont la permission de demander l'application de ce dispositif, mais cette possibilité ne leur est pas acquise⁹⁰⁵. Cette évolution vers une application systématique du télé-témoignage pour les mineurs au Canada se retrouve en France. En effet, dans la rédaction initiale de l'article 706-52 du Code de procédure pénale⁹⁰⁶, l'application du dispositif était soumise au consentement du mineur ou de celui de son représentant légal si le mineur n'était pas en mesure de le formuler. Depuis la loi du 5 mars 2007⁹⁰⁷ tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale pour les mineurs, l'article a été modifié et ne subordonne plus l'enregistrement audiovisuel du mineur à son consentement ou à celui de son représentant. Les deux pays ont décidé de systématiser le télé-témoignage du mineur victime d'infraction sexuelle. En France comme au Canada, le choix des modalités de l'enregistrement appartient au ministère public⁹⁰⁸, à la différence près que ce choix se fait au Canada après consultation du mineur⁹⁰⁹.

413. Un accompagnement humain. L'aménagement de l'audition du mineur victime d'infractions sexuelles s'illustre également par la mise en place d'un tiers accompagnateur. Dans une finalité facilitatrice et protectrice, les législateurs ont instauré le tiers

⁹⁰¹ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 238.

⁹⁰² Direction des affaires criminelles et des grâces, *Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes*, Ministère de la justice, septembre 2015, p. 21.

⁹⁰³ *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c. 32.

⁹⁰⁴ Le terme « vulnérable » inclut ici le mineur âgé de moins de 18 ans et les personnes souffrant d'un handicap physique ou intellectuel.

⁹⁰⁵ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 238.

⁹⁰⁶ Loi n°98-468 du 17 juin 1998.

⁹⁰⁷ Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

⁹⁰⁸ Code de procédure pénale, article 706-52 al.2 ; *Code criminel*, article 486.2 (1).

⁹⁰⁹ *R. v. J. W.*, (2007) B.C.J. No. 468 (B.C. Prov. Ct.).

accompagnateur qui peut prendre diverses formes⁹¹⁰. Au Canada, l'article 486.1 du *Code criminel* prévoit que la personne âgée de moins de dix-huit ans peut demander qu'une personne choisie par ce dernier puisse être présentée à ses côtés pendant qu'il témoigne. Il existe en France un dispositif similaire prévue à l'article 706-53 du Code de procédure pénale, qui prévoit qu'« à tous les stades de la procédure, le mineur victime d'un crime ou d'un délit peut, à sa demande, être accompagné par son représentant légal et, le cas échéant, par la personne majeure de son choix ».

Les deux pays ont mis en place le même dispositif afin de rassurer le mineur et ainsi améliorer le recueil de la parole⁹¹¹. De la même façon que pour la mesure précédemment exposée, l'accompagnement du mineur est une mesure systématique lorsque celui-ci ou son représentant le demande.

414. Des finalités et des moyens communs. Cet exposé a permis de démontrer comment les règles de preuve et de procédure en France et au Canada intègrent les spécificités des victimes d'infractions sexuelles. Cette intégration prenant des formes très similaires dans les deux pays est animée par deux finalités convergentes, à savoir, la **protection de la victime** d'une part, et la **manifestation effective de la vérité** d'autre part. Au regard de notre démonstration, il semble que ces deux objectifs soient atteints. Dans un souci tant protecteur que répressif, il est parfois nécessaire de porter atteinte à l'intimité de la victime, c'est ce que nous allons désormais étudier au travers du secret professionnel, et plus précisément au regard de la violation d'un tel secret.

415. La protection des victimes et le secret professionnel : deux valeurs antagonistes ? La prise en considération progressive par les sociétés de l'ampleur et de la gravité des infractions sexuelles a entraîné les législateurs à mettre en place des normes permettant une protection accrue des victimes. Cela n'est pas sans entrer en contradiction avec d'autres règles juridiques établies. Il en est ainsi du secret professionnel. Dans certains cas strictement définis par la loi, la protection des victimes pourra être privilégiée au détriment du secret professionnel et donc au détriment de l'intimité de la victime.

⁹¹⁰ Au Québec, à Sherbrooke plus spécifiquement, il peut même prendre la forme d'un chien, Kanac qui a été spécialement entraîné pour les victimes d'infractions sexuelles, <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1018690/chien-kanak-sps-sherbrookes-victimes-palais-justice-police>

⁹¹¹ Direction des affaires criminelles et des grâces, *Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes*, Ministère de la justice, septembre 2015, p. 38.

416. Le secret professionnel. La France et le Canada consacrent tous deux le secret professionnel mais d'une façon différente. Le premier incrimine explicitement le fait de révéler des informations ainsi protégées à l'article 226-13 du Code pénal⁹¹², à l'inverse le droit canadien n'a pas reconnu le secret professionnel en tant que fondement d'une infraction criminelle. La jurisprudence de la Cour suprême est venue consacrer ce secret pour les avocats et les notaires d'une part⁹¹³, puis dans d'autres relations comportant une expectative de confidentialité en posant quatre critères cumulatifs⁹¹⁴. Cette consécration légale ou jurisprudentielle permet de protéger la relation de confiance établie entre un professionnel et son client. Dans les deux pays, la protection du secret concerne majoritairement les relations avocats-clients et les relations médecins-patients. La relation avocat-client est particulièrement privilégiée dans les deux pays, elle connaît davantage d'exceptions au Canada qu'en France⁹¹⁵. La violation de ce secret par le professionnel est sanctionnée. Le droit français se montre plus sévère puisque le Code pénal prévoit expressément la sanction d'une telle violation, tandis que le Canada sanctionnera cette violation seulement sur un plan déontologique⁹¹⁶. Au regard de cette sanction de la violation du secret professionnel, il est légitime de s'interroger sur l'éventuelle sanction de la non-révéléation par un professionnel d'un secret portant sur une infraction commise ou pouvant être commise. Face à l'ampleur des violences sexuelles et au regard de la forte désapprobation sociale dont elles font l'objet, il semblerait nécessaire d'obliger le professionnel ayant connaissance d'un tel acte passé ou futur de le révéler aux autorités compétentes afin d'en protéger la victime ou de sanctionner l'auteur le cas échéant. Dans les deux pays il n'existe pas de réelle sanction en cas de non-révéléation par le professionnel d'un tel secret. La divulgation par le professionnel de telles informations est cependant admise sans encourir de sanction au titre de la violation du secret professionnel. Cette possibilité est expressément prévue dans le Code pénal français en son article 226-14⁹¹⁷. Cet article prévoit la **possibilité** pour le professionnel de révéler un secret

⁹¹² En France, Code pénal, article 226-13.

⁹¹³ En principe, seules les communications entre avocat et client, ou notaire et client sont protégées, *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 286-289.

⁹¹⁴ John Henry WIGMORE, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9, Toronto, Little & Brown, 1961, par. 2285, Les critères de Wigmore, selon ces critères le secret professionnel existe en droit canadien lorsque : 1) les communications ont été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées ; 2) le caractère confidentiel est un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties ; 3) les rapports sont de nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment ; 4) le préjudice permanent causé aux rapports par la divulgation des communications est plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. Ces quatre critères ont été appliqués dans les décisions suivantes : *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, *R.c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, et *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 29.

⁹¹⁵ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 216.

⁹¹⁶ Id., p. 216.

⁹¹⁷ Code pénal, article 226-14.

lorsqu'il est relatif à une infraction sexuelle. Cette possibilité est plus ou moins large en fonction de l'âge de la victime. Ainsi l'alinéa 1 de l'article 226-14 prévoit que lorsque la victime est un mineur, le professionnel peut révéler le secret sans le consentement de ladite victime. Tandis que l'alinéa 2 limite cette possibilité au cas où la victime donne son consentement, sans ce dernier le professionnel serait coupable de l'infraction de violation du secret professionnel. On perçoit encore une fois, une protection plus grande de la victime mineure comparée à celle octroyée à la victime majeure. Cependant, au regard de la gravité des infractions sexuelles, il serait pertinent d'élargir la révélation par le professionnel d'un tel acte sans le consentement de la victime majeure. Cette révélation sans le consentement du majeur existe dans le cadre du secret partagé entre professionnels. L'article 226-14 pose une exception au principe du secret professionnel, elle n'impose cependant pas au professionnel une obligation de dénonciation ; il s'agit simplement d'un choix de conscience⁹¹⁸. À côté de ce choix de conscience qui n'oblige en rien le professionnel à révéler une infraction sexuelle, l'article 223-6 du Code pénal prévoit pour toute personne, professionnel ou profane, une **obligation d'agir**. Selon cet article, si une personne qui pouvait empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime contre l'intégrité de la personne, s'abstient volontairement de le faire, est punissable d'une peine de cinq ans de prison et de 75000 euros d'amende. La peine est accrue lorsque la victime est un mineur de 15 ans. Ce devoir d'agir qui incombe à tous citoyens français vient combler la souplesse du choix de conscience pesant sur les épaules du professionnel. Cette obligation d'agir se retrouve également au Québec. En effet, l'article 2 de la *Charte des droits et libertés*⁹¹⁹ prévoit une obligation de porter secours à autrui lorsque sa vie est en péril. Le *Code des professions* permet au professionnel de communiquer un renseignement protégé par le secret professionnel en vue de prévenir un acte de violence impliquant un risque sérieux de

⁹¹⁸ CA Aix, 20 juin 2005 : « Un médecin ne peut être condamné du chef de non-dénonciation de mauvais traitement sur mineure de 15 ans dès lors que la loi laisse à la conscience de chaque médecin l'opportunité de dénoncer ou non de tels faits » ; Voir aussi, Code pénal, article 434-3 : « Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. », cet article pose une exception pour les professionnels qui ne pourront pas être condamnés en cas de non-révélation de l'infraction subi par le mineur. Voir, Code de procédure pénale, article 40 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. », le non-respect de cette obligation n'est pas sanctionnée, cet état de fait interroge sur l'effectivité de la norme, doit-on voir dans ces dispositions une fonction purement symbolique de la norme pénale ?

⁹¹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q.ch.C-12.

blesse grave dans les situations urgentes⁹²⁰ L'obligation française est plus large, puisque l'atteinte à l'intégrité corporelle instaure déjà un devoir de porter secours.

417. Des exceptions protectrices. Les législateurs ont instauré d'autres exceptions permettant au professionnel de révéler une infraction sexuelle commise sur un patient. Ainsi, au Québec, la *Loi sur la protection de la jeunesse* prévoit en son article 39⁹²¹, que « *Tout professionnel qui, par la nature même de sa profession, prodigue des soins ou tout autre forme d'assistance à des enfants et qui, dans l'exercice de sa profession, a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis au sens de l'article 38 ou au sens de l'article 38.1, est tenu de signaler sans délai la situation au directeur; la même obligation incombe à tout employé d'un établissement, à tout enseignant, à toute personne œuvrant dans un milieu de garde ou à tout policier qui, dans l'exercice de ses fonctions, a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis au sens de ces dispositions.* » Cet article pose une obligation de signalement à la charge de tout professionnel. Le dernier alinéa précise que cette obligation s'applique également à ceux liés par le secret professionnel à l'exception de l'avocat. On perçoit ici une différence importante avec la France, au Canada, tout professionnel autre que l'avocat qui ne signale pas un abus sexuel subi par un mineur pourra voir sa responsabilité engagée.

418. Une obligation de protéger ? Pour conclure, il est à observer qu'il n'existe pas d'obligation pour le praticien français de révéler le secret concernant la commission passée ou future d'une infraction sexuelle. Le Canada en instaure une spécifiquement pour les mineurs. Hormis cette obligation de signalement prévue par la *Loi sur la protection de la jeunesse*, les deux pays permettent la révélation d'un secret relatif à une infraction sexuelle sans que le professionnel auteur de cette révélation ne puisse être sanctionné. Cette permission est assouplie pour les mineurs. Le droit incite les praticiens à révéler sans pour autant les obliger à le faire. Cette souplesse de la norme permet d'instaurer un équilibre entre la protection des victimes et la liberté des professionnels. Cette liberté permet *a fortiori* de protéger davantage les victimes, et plus particulièrement les mineurs. En effet, une telle obligation pourrait avoir comme conséquence néfaste que les auteurs des infractions commises sur mineurs hésitent à faire

⁹²⁰ *Code des professions*, L.Q.C-26, art. 60.4.

⁹²¹ *Loi sur la protection de la jeunesse*, article 39.

prodiguer à l'enfant les soins nécessaires par crainte d'être dénoncés⁹²². On perçoit une nouvelle fois la volonté protectrice du législateur qui s'inscrit ici dans une logique non répressive mais **pédagogique**.

419. Bilan. La France et le Canada ont modifié en profondeur les règles de preuve et de procédure applicables en matière d'infraction sexuelle. Ces changements ont permis de perfectionner les normes en créant un cadre procédural adapté aux conséquences spécifiques vécues par les victimes d'infractions sexuelles. Cette adaptation du système a pour finalité une manifestation plus effective de la vérité. Malgré cette humanisation de la procédure pénale dans les deux pays, ayant pour effet de diminuer la méfiance des victimes et ainsi augmenter le taux de révélations des violences sexuelles subies ; prouver l'acte subi par la victime reste un obstacle souvent insurmontable au regard du contexte privé dans lequel l'infraction est souvent commise. Afin de diminuer cette difficulté, la France et le Canada ont perfectionné les moyens de preuve permettant ainsi d'accroître les possibilités de mettre le doigt sur une vérité judiciaire qui se rapprocherait d'une vérité absolue.

2) Vers un perfectionnement de la preuve

420. Contextualisation. La vérité judiciaire constitue le but poursuivi par tout procès pénal ; cette dernière est une forme de vérité mais ne constitue pas toujours une vérité absolue⁹²³. En effet, la vérité judiciaire ne reflète pas forcément la réalité des choses puisqu'elle est façonnée par la présomption d'innocence d'une part, et le principe selon lequel le doute profite toujours à l'accusé, d'autre part⁹²⁴. Le doute en droit pénal est dissipé lorsque la preuve apportée

⁹²² Direction des affaires criminelles et des grâces, *Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes*, Ministère de la justice, septembre 2015, p. 12.

⁹²³ J-R. DEMARCHI, préc. note 765, pp. 1-2 ; M-C. NAGOUAS-GUÉRIN, préc., note 800, p. 15, par. 16 : « En raison des deux pôles opposés entre lesquels le doute oscille nécessairement, le renoncement à tel ou tel type de connaissance et au contraire un dépassement dans la quête d'une vérité qui est de toute manière inaccessible en matière judiciaire, -en sorte qu'il est préférable de substituer au terme de vérité celui de vérité judiciaire-, le doute juridique pénale peut déclencher un renoncement ou encore stimuler la recherche et l'établissement de la vérité judiciaire ».

⁹²⁴ Vieil adage juridique inspiré par William BLACKSTONE : « It is better than ten guilty persons escape than that one innocent suffer » ; Mustapha MEKKI, « Preuve et vérité en France » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, p. 825 : « Le juge ne recherche pas seulement une vérité matérielle mais une vérité juridique qui dépasse la technique pour accorder toute sa place à l'humain » ; M-C. NAGOUAS-GUÉRIN, préc., note 800, pp. 11-12, par. 12.

emporte l'intime conviction du juge en droit français⁹²⁵, ou lorsqu'elle est établie en dehors de tout doute raisonnable en droit canadien⁹²⁶. Dans les procès relatifs à des infractions sexuelles, le doute est omniprésent. Le constat selon lequel aucune preuve pénale n'est absolue⁹²⁷, trouve son paroxysme dans le domaine des violences sexuelles. Ces dernières ayant lieux en dehors du regard des autres, la preuve apportée se réduit souvent à la parole du présumé accusé contre la parole de la présumée victime. Cette parole bien que prépondérante⁹²⁸, ne semble pas toujours être suffisante pour dissiper le doute dans l'esprit des juges. Par cet état de fait, les évolutions positives en procédure pénale facilitant l'accès à la justice des victimes ainsi que leur témoignage se trouve anéanti par la faiblesse de la preuve apportée. Le perfectionnement du recueil de la preuve sur un plan humain ne servirait à rien sans un perfectionnement de la preuve sur un plan technique. Il convient ainsi d'analyser ce perfectionnement comme une nécessité (a) ; avant d'étudier ce perfectionnement en pratique (b).

a) Un perfectionnement nécessaire

421. Un mariage nécessaire entre sciences « molles » et sciences « dures ». Le droit fait partie des sciences sociales, il est par essence une science « molle ». Les sciences dites « molles » se caractérisent par leur souplesse et la fluctuation de leurs résultats. Comment obtenir des résultats certains et immuables lorsque l'objet de l'étude est aussi inconstant, perfectible et mouvant que l'être humain ? Cette incertitude inhérente à toute étude en science sociale se retrouve en droit pénal et plus spécifiquement en droit de la preuve. L'incertitude devient plus que problématique lorsqu'elle empêche la manifestation de la vérité et *a fortiori* l'œuvre de justice. Cette précarité probatoire se manifeste particulièrement dans les infractions sexuelles. Afin de remédier à cela, les législateurs français et canadiens ont convenu d'un

⁹²⁵ M-C. NAGOAS-GUÉRIN, préc., note 800, pp. 240-249, par. 341-352, par. 342, « L'exigence d'une intime conviction a été jugée plus sûre pour aboutir à la découverte de la vérité » ; par. 343 : « Ce procédé met en œuvre les deux moyens pourtant opposés, et par conséquent complémentaires qui permettent d'accéder à toute connaissance qui ne soit pas une connaissance de type mathématique : l'intervention concomitante d'une appréciation objective et subjective telle qu'elle se rencontre au sein de la conviction ».

⁹²⁶ Id., p. 12, par. 13 : « Le profit du doute y est conçu comme le corollaire de la présomption d'innocence » ; « L'absence de doute raisonnable correspond donc à un très haut degré de persuasion ou de probabilités par opposition au degré de certitude morale exigée en matière civile selon le principe de la prépondérance des probabilités correspondant à une vérité plutôt probable qu'improbable » ; p. 17 : « Le doute profite moins à la personne poursuivie ou condamnée, comme il est coutume de l'énoncer, qu'à la manifestation de la vérité judiciaire, c'est-à-dire à la justice ».

⁹²⁷ Id., 2002, p. 223, par. 319.

⁹²⁸ F. DESPREZ, préc., note 783, pp. 61-64.

mariage de raison entre le droit et la science⁹²⁹. Les sciences dures s'opposent au droit par leur caractère rigoureux, implacables et incontournables. La certitude de ces sciences vient contrebalancer la souplesse du droit⁹³⁰. Il semble donc évident que le recours aux preuves dites scientifiques⁹³¹, autrement dénommées « preuves objectives »⁹³² permettent au juge pénal d'obtenir un verdict sans l'ombre d'un doute. Cette résolution pourtant si simple ne fait pas partie de la pratique des tribunaux. La preuve scientifique bien que certaine par essence se place au même titre que les preuves dites subjectives tels que le témoignage ou encore l'aveu. Il semble donc que les règles de droit l'emportent ici sur les règles scientifiques. Cette conclusion quelque peu déconcertante en apparence prend tout son sens au regard du standard évoqué plus haut relatif à la conviction du juge pénal⁹³³. Cette confiance limitée accordée à la preuve scientifique est nécessaire afin d'assurer un juste équilibre entre les deux principaux impératifs du droit de la preuve : la recherche de la sécurité et la recherche de la vérité⁹³⁴. Malgré les apparences, la preuve scientifique peut entraîner des erreurs judiciaires⁹³⁵. La prudence reste donc le maître mot en matière de preuve⁹³⁶.

⁹²⁹ Gaëtant di MARINO, « Préface », dans Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004 ; « Mariage forcé », C. AMBROISE-CASTÉROT, « Préface » dans J-R. DEMARCHI, préc. note 765 ; Yann PADOVA, « À la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques », (2004) 26 *Archives de politique criminelle* 71, p. 71, « De l'aveu à l'ADN, de la « question », abolie en 1788, à la création du premier fichier judiciaire d'empreintes génétiques en 1995 au Royaume-Uni, l'histoire des techniques de l'enquête judiciaire semble recouper celle des sciences humaines et biologiques, à la recherche, jamais achevée, de la preuve absolue permettant d'imputer, sans conteste, un crime à une personne ».

⁹³⁰ Michele TARUFFO, « Rapport général » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, p. 510 : « On sait que si le test génétique est effectué correctement – le juge doit pouvoir effectuer sur ce point un contrôle effectif- son résultat a, en termes de pourcentage, une crédibilité d'environ 99%, et donc une valeur probatoire extrêmement élevée. »

⁹³¹ F. DESPREZ, préc., note 783, p. 58 : « La preuve scientifique constitue un acte d'enquête pouvant s'avérer déterminant pour emporter la conviction des juges. Le vocable « preuve scientifique » renvoie à un mode probatoire faisant intervenir, éventuellement par l'intermédiaire d'une personne qualifiée, un procédé relevant d'une science ou d'une technique particulière de manière à éclairer les enquêteurs ou le juge. Les domaines concernés sont extrêmement variés: médecine légale, balistique, graphologie, biologie, toxicologie... La psychologie et la psychiatrie disposent d'une place particulière au sein des expertises car elles suscitent davantage de controverses que d'autres sciences, notamment en ce qu'elles induisent une plus grande subjectivité. »

⁹³² O. BACHELET, préc., note 778, p. 74.

⁹³³ Principe de la liberté du juge dans l'appréciation de la preuve pénale, en droit français, voir A. DEBET, « Preuve et nouvelles technologies en France » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, p. 608 ; en droit québécois, voir Lara KHOURY, « Preuve et nouvelles technologies au Québec » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, p. 638 : « Le droit de la preuve québécois « se soucie beaucoup plus de la recevabilité des moyens de preuve que de leur force probante », qui relève habituellement de l'appréciation du juge du fait. La discrétion judiciaire est cependant guidée par les règles relatives à la charge de la preuve. » ; pp. 639-640 ; O. BACHELET, Id., pp. 74-75.

⁹³⁴ A. DEBET, Id., p. 581.

⁹³⁵ M-C. NAGOUAS-GUÉRIN, préc., note 800, p. 225, par. 321 : « la preuve scientifique peut se révéler tout aussi faillible que les procédés traditionnels de preuve ».

⁹³⁶ O. BACHELET, préc., note 778, p. 76 : « L'évolution des sciences ne doit donc pas influencer trop fortement la conscience des juges, au risque d'amener sa conviction à être faussée par les apparences à la fois trompeuses et attirantes de ces preuves scientifiques ».

422. Définition de la preuve scientifique. La France et le Canada ont recours de plus en plus fréquemment à des preuves qui demandent l'emploi de techniques sophistiquées de recherche scientifique, autrement nommées les « preuves scientifiques »⁹³⁷. Le recours à de tels moyens de preuves tend à se systématiser⁹³⁸, remettant ainsi en question les règles et fondements du droit de la preuve. Au regard de l'importance de ce concept dans le procès pénal, il convient d'en donner une définition. L'auteur Jean-Raphaël Demarchi dans sa thèse consacrée à cette question vient limiter nos espoirs de donner une définition claire et précise de la notion⁹³⁹. Malgré cette difficulté, il semble important de tenter d'éclaircir le concept. Cet exercice peut être réalisé en s'attachant à la nature, à l'objet des preuves scientifiques, également appelées preuves technologiques⁹⁴⁰ ainsi qu'aux formes qu'elles peuvent prendre. Au regard de la nature des techniques utilisées, la preuve scientifique fait référence à la preuve obtenue par des méthodes scientifiques et technologiques, telles que l'analyse génétique ou biométrique notamment. La preuve technologique ou scientifique peut avoir deux objets d'analyse, les machines ou l'être humain. La preuve technologique ayant pour objet les machines concerne les documents électroniques⁹⁴¹, elle ne fera pas l'objet de l'analyse ultérieure en raison de son manque d'intérêt pour cette démonstration. La preuve scientifique tirée de l'homme et ayant pour objet ce dernier est celle qui nous intéresse tout particulièrement, elle repose sur l'examen de ses caractéristiques génétiques⁹⁴². Il s'agit de la preuve biologique, nouvelle « reine des preuves ».⁹⁴³ La preuve scientifique tirée de l'homme ne se limite pas en l'analyse de ses caractéristiques génétiques, mais s'intéresse également à l'étude de son psychisme et prendra alors la forme d'une expertise psychiatrique. Cette dernière étant de plus en plus utilisée au cours du procès pénal questionne sur son objectivité, venant alors contredire la finalité première de la preuve scientifique qui se veut neutre, fiable et objective. Afin de comprendre les enjeux

⁹³⁷ M. TARUFFO, « Questionnaire », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, p. 513.

⁹³⁸ J-R. DEMARCHI, préc. note 765, p. 29.

⁹³⁹ Id., pp. 33-45, p. 33 : « L'expression preuve scientifique » est actuellement couramment utilisée. Pour autant, aucune définition juridique précise ne semble avoir été établie. Tout d'abord, il y a lieu de remarquer que la preuve scientifique n'est pas officiellement consacrée par le législateur, celui-ci n'y faisant référence que de manière très indirecte ».

⁹⁴⁰ A. DEBET, préc., note 933, pp. 92-100.

⁹⁴¹ Id., pp. 582-600. En droit canadien voir not. Pierre PATENAUDE, *L'expertise En Preuve Pénale : Les Sciences Et Techniques Modernes D'enquête, De Surveillance Et D'identification*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2003.

⁹⁴² A. DEBET, Id., p. 600 ; P. PATENAUDE, *La Preuve, Les Techniques Modernes Et Le Respect Des Valeurs Fondamentales : Enquête, Surveillance Et Conservation De Données*, Sherbrooke, Québec, Collection Monographies Juridiques, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990.

⁹⁴³ Y. PADOVA, préc., note 929, p. 71.

de la preuve scientifique, une dernière précision doit être posée ; la preuve scientifique ne peut exister dans le procès pénal sans la présence de l'expert pour l'interpréter⁹⁴⁴.

423. Objet de l'analyse. Au regard de cette tentative de définition, l'analyse qui va suivre s'intéressera spécifiquement aux différentes expertises permettant d'expliquer un indice incluant la preuve biologique ; ainsi qu'à l'exploitation de cette dernière au moyen de fichiers et de méthode de recoupement d'information. Ces deux méthodes, à savoir l'expertise et les fichiers de données biologiques posent quelques difficultés au regard de certains droits fondamentaux, tel que le droit à la vie privée notamment⁹⁴⁵.

424. Les enjeux de la preuve scientifique. L'importance récente accordée aux preuves scientifiques dans le droit de la preuve tant en France qu'au Canada met en lumière deux points : leur intérêt dans les procès relatifs à des violences sexuelles d'une part, et leur danger au regard des droits de l'accusé, d'autre part. L'intérêt premier de ces nouvelles preuves dans le domaine des infractions sexuelles est directement lié à la question de la prescription. En effet, les preuves scientifiques permettent de mettre en lumière des éléments de nombreuses années après les faits. Cette nouvelle réalité permet de renforcer notre proposition concernant les délais de prescription applicables en droit français. L'autre intérêt concerne le degré de certitude du verdict de culpabilité⁹⁴⁶. Ces preuves à l'apparence « parfaite » remettent en question l'équilibre entre la sécurité et la recherche de la vérité que se doit de respecter la procédure pénale d'un pays. L'évidente fiabilité met en danger la liberté d'appréciation du juge pénal qui pourrait faire confiance outre mesure en ces preuves en mettant de côté le facteur humain de l'expert et son inhérente subjectivité⁹⁴⁷. L'utilisation et la préservation des preuves

⁹⁴⁴ L. KHOURY, préc., note 933, p. 631 : « La preuve scientifique prend plusieurs formes, mais c'est le rapport et le témoignage des experts des parties (« experts extrajudiciaires ») qui lui donne vie ». Pour une analyse critique du rôle de l'expert Voir not. P. PATENAUDE, « De L'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions », (1997) 27 *Revue De Droit, Université De Sherbrooke* 1.

⁹⁴⁵ Cyril GRIMALDI « Rapport français », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, pp. 161 et s. ; Marie Amik GRÉGOIRE, « Rapport québécois », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, pp. 233 et s. ; Charles-Maxime PANACCIO, « Rapport québécois », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, pp. 241 et s.

⁹⁴⁶ Circulaire CRIM 00-8 F1 du 10 octobre 2000, présentant les dispositions relatives au FNAEG : « L'analyse de l'identification par empreintes génétiques s'est imposée rapidement aux juridictions comme le moyen incontestable, non seulement d'identifier un criminel avec un degré de certitude jamais atteint, mais encore de disculper avec la même rigueur une personne qui aurait été soupçonnée à tort ».

⁹⁴⁷ Y. PADOVA, préc., note 929, pp. 72-73 ; Dominique PIOT, « 10 ans d'empreintes génétiques » dans *Évolution des empreintes génétiques et enquête pénale*, IHESI, La documentation française, 2001, p. 117 : « Il est certain, cependant, que les résultats fournis par une expertise d'empreintes génétiques auront, en pratique, en raison de la fiabilité qui s'y attache, un très grand poids dans le processus de décision du juge » ; P. PATENAUDE, préc., note 944, p. 3, p. 17.

biologiques viennent remettre en question plusieurs principes fondamentaux de la procédure pénale : la liberté, la présomption d'innocence mais également les fondements de la prescription et le droit à l'oubli dans le cas français plus spécifiquement. Afin d'évoquer ces différents dangers, il convient de poser l'encadrement juridique français et canadien de ces preuves à l'apparence parfaite.

b) Le perfectionnement de la preuve en pratique

425. L'omniprésence de l'expertise. L'expertise peut être définie comme une « *mesure d'instruction consistant, pour le technicien commis par le juge, l'expert, à examiner une question de fait qui requiert ses lumières et sur laquelle des constatations ou une simple consultation ne suffiraient pas à éclairer le juge et à donner un avis purement technique sans porter d'appréciation d'ordre juridique.* »⁹⁴⁸ Cette définition mérite quelques précisions. Au Canada, l'expertise n'est pas une mesure d'instruction, puisque cette phase n'existe pas. Dans les deux pays, l'expertise peut être sollicitée par le juge ou par les parties⁹⁴⁹. Afin d'appréhender de façon plus globale cette notion, l'auteur Jacques-Philippe Redon la définit ainsi : « *L'expertise se définit donc comme l'alliance de la technicité et de l'appréciation pour servir à concurrence des autres preuves pénales de base à une éventuelle condamnation ou au contraire pour faire le constat de l'absence d'infraction. Il y a lieu d'ajouter pour être complet, que la question de la technicité doit s'apprécier objectivement et non par rapport aux connaissances techniques du juge.* »⁹⁵⁰ Cet énoncé est complet puisqu'il intègre le critère d'appréciation, à savoir l'objectivité.

⁹⁴⁸ G. CORNU, préc., note 42, p. 439 ; *R c Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, para, 22 : « une preuve d'expert doit nécessairement donner à la cour des renseignements qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury » ; Marc McAREE, Robert WOON et Anand SRIVASTAVA, « L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens », Symposium sur l'environnement au tribunal : les questions de preuves dans les poursuites et les procès en matière d'environnement, Université de Calgary, 6 et 7 mars 2015, p. 2 : « Ceci comprend les situations où la preuve permet au juge des faits de comprendre des questions de nature technique. Dans le même ordre d'idées, cette norme s'exprime aussi du point de vue inverse, en ce que des personnes ordinaires ne pourront probablement pas former un jugement juste à cet égard sans l'assistance de personnes possédant des connaissances spéciales. »

⁹⁴⁹ M. McAREE et al., Id., p. 1 ; Code de procédure pénale, article 156.

⁹⁵⁰ Jacques-Philippe REDON, « L'expertise judiciaire », dans Éric BACCINO et al., *Victime- Agresseur*, Tome 1, Champ social « Victimologie & criminologie », 2001, p. 125.

426. Une certaine fiabilité. L'expertise est un moyen de preuve revêtant un haut degré de fiabilité, permettant tout d'abord d'identifier un suspect à l'exclusion de tous les autres ; elle peut être d'une aide considérable au juge des faits pour ce qui est d'apprécier, dans une poursuite, des circonstances et des faits particuliers qui débordent le cadre de ses connaissances générales⁹⁵¹. L'intervention de l'expert permet d'accroître l'effectivité de la preuve en informant correctement le juge des faits sur une question qui lui échappe⁹⁵². Cette information permet de réduire les risques d'erreurs judiciaires en limitant le doute. Au-delà de ses vertus probatoires, l'expertise a également l'avantage de permettre le suivi ainsi que l'accompagnement des auteurs⁹⁵³ et victimes d'infractions sexuelles⁹⁵⁴.

427. L'objectivité de l'expert. L'objectivité de l'expert est en principe assurée par le fait qu'il donne une opinion⁹⁵⁵ sur une question de fait sans avoir de connaissance personnelle des faits en litige. Son rôle précis consiste à donner au juge des faits les critères scientifiques ou techniques nécessaires à la vérification de l'exactitude de ses conclusions⁹⁵⁶.

428. L'importance de l'expertise. Une auteure nous interroge sur l'importance de l'expertise dans le procès pénal en remarquant que « *ce n'est plus le procès qui accueille l'expertise en son sein, mais bien l'expertise qui va tirer le procès vers un nouveau modèle en lui redonnant son souffle* ». ⁹⁵⁷ En France, le juge est soumis à une quasi-obligation de procéder à des expertises multiples⁹⁵⁸. Au regard de l'importance de l'expertise psychiatrique et de l'expertise génétique dans les procès relatifs aux infractions sexuelles, le développement qui va suivre se limitera à ces deux preuves d'expert.

429. Les sources des règles régissant l'expertise. Les règles encadrant l'expertise sont inscrites dans le Code de procédure pénale en France ; au Canada elles sont inscrites dans

⁹⁵¹ Comité FPT des chefs des poursuites pénales, Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires, 9. Les preuves médico-légales et les témoignages d'expert, <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/rc-ccr/pej-pmj/p9.html>.

⁹⁵² M. McAREE et al., préc., note 948, p. 3.

⁹⁵³ Code de procédure pénale, article 706-47-1 ; au Canada, Haythem EUCHI, La mise en forme juridique de l'expertise psychiatrique sur la traitabilité des « délinquants dangereux » : l'état du droit criminel canadien, Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales dans le cadre des exigences du programme de maîtrise en criminologie, Département de criminologie, Faculté des sciences sociales, Université d'Ottawa, 2015.

⁹⁵⁴ Code de procédure pénale, article 706-48.

⁹⁵⁵ Au Canada, les témoignages d'expert ont toujours été admis en tant qu'exception à la règle interdisant les témoignages d'opinion, Comité FPT des chefs des poursuites pénales, Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires, 9. Les preuves médico-légales et les témoignages d'expert, <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/rc-ccr/pej-pmj/p9.html>

⁹⁵⁶ Jacques FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, p. 543.

⁹⁵⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE (Dir.), *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995.

⁹⁵⁸ J.-P. REDON, préc., note 950, p. 125.

différentes sources : le *Code criminel* (Art. 657.3), la *Loi sur la preuve*⁹⁵⁹, ainsi que dans la jurisprudence de la Cour suprême⁹⁶⁰.

430. Le statut de l'expert. Dans les deux pays, l'expert a le statut d'un témoin particulier⁹⁶¹. L'admissibilité de la preuve d'expert repose sur des critères semblables qui peuvent se résumer par leur **aptitude** et leur **pertinence** pour la manifestation de la vérité⁹⁶². Ainsi, l'expertise ne sera admise que si les connaissances de l'expert sont **indispensables** à la compréhension d'un fait au litige, conformément au principe de nécessité. Le cas échéant, la preuve d'expert sera inadmissible. Au Canada, la preuve d'expert est soumise à une autre exigence, la valeur de la preuve doit l'emporter sur l'impact sur le procès⁹⁶³. Lorsque la preuve d'expert est admise, ce dernier procède à sa mission sous le contrôle d'un juge.

431. L'utilité de l'expertise pour l'accusé. Concernant l'auteur des faits, les expertises psychiatriques prévues par les codes français⁹⁶⁴ et le *Code criminel*⁹⁶⁵ permettent de percevoir si l'auteur a la capacité de subir son procès, ainsi que d'établir sa dangerosité, permettant alors de fixer les mesures de suivis et les peines adéquates afin d'éviter la récidive.

432. L'expertise en perspective. L'étude de l'expertise a un intérêt tout particulier pour cette étude, plus particulièrement dans le cas français. En effet, la réforme du 3 août 2018 est venue ajouter de nouvelles présomptions permettant de simplifier la preuve du défaut de consentement de la victime mineure. La nouvelle présomption de contrainte morale et de surprise, liée à l'absence de discernement sexuel du mineur de quinze ans, prévue à l'article 222-22-1 du Code pénal, a comme conséquence indirecte une multiplication des recours à l'expert judiciaire. En effet, le discernement sexuel du mineur ne pourra être connu que grâce à une expertise psychologique du mineur ; la notion de discernement variant d'une personne à

⁹⁵⁹ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5.

⁹⁶⁰ *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 ; *R. c. Terceira* (1998), 38 OR (3d) 175 (CA) aff'd [1999] 3 R.C.S. 866.

⁹⁶¹ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, article 7 ; Code de procédure pénale, article 168.

⁹⁶² Au Canada, *R c Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, para. 17, dans cette affaire, la Cour a déclaré que l'admissibilité de la preuve d'expert repose sur quatre critères : la pertinence ; la nécessité d'aider le juge des faits ; l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert ; en France, sur la qualification des experts, Code de procédure pénale, article 157 : « Les experts sont choisis parmi les personnes physiques ou morales qui figurent sur la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel dans les conditions prévues par la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires. A titre exceptionnel, les juridictions peuvent, par décision motivée, choisir des experts ne figurant sur aucune de ces listes. » ; sur leur pertinence, Code de procédure pénale, article 158.

⁹⁶³ Edward CLEARY, *McCormick on Evidence*, 3e éd, St Paul, MN, West Publishing, 1984, p. 544.

⁹⁶⁴ Code pénal, article 122-1 ; Code de procédure pénale, article 706-47-1 ; article 81 al.6 ; article D 16.

⁹⁶⁵ Afin d'évaluer la responsabilité de l'accusé, *Code criminel*, article 672.11 ; concernant l'évaluation de la dangerosité de l'accusé, *Code criminel*, article 752.1.

une autre en fonction de sa maturité. Cette systématisation du recours à l'expert apporte une grande subjectivité ainsi qu'une imprévisibilité de la norme pénale.

433. L'expertise en résumé. Pour conclure cette analyse non exhaustive de l'expertise judiciaire, il est à observer que l'expertise tend, en théorie, à objectiver la preuve pénale et ainsi accroître les possibilités d'aboutir à une manifestation effective de la vérité. Cette objectivisation est permise grâce à l'intervention d'un expert, professionnel neutre et éclairé sur un point particulier des faits objets du litige. L'intervention de l'expert permet de mettre en relief les spécificités de l'acte commis, mais également celles de l'auteur et de la victime. Cette vision globale et pluridisciplinaire des faits commis peut contribuer, selon nous, à une manifestation de la vérité exempte de doute. Cette dernière réflexion est à relativiser au regard de la subjectivité de l'expert⁹⁶⁶ ; mais aussi au regard de la confiance que le juge accorde à la preuve d'expert sans que celle-ci n'ait véritablement la valeur probante qu'on lui accorde⁹⁶⁷. La fiabilité et la neutralité de l'expertise ne sont par conséquent pas absolues, remettant en question le mouvement de rationalisation de la preuve pénale et ainsi son effectivité. Les auteurs qui pensaient que l'expertise était l'avenir de la justice car elle permettrait « *enfin de vaincre le doute pour arriver à la certitude indispensable à la condamnation* »⁹⁶⁸ se voient contredits. Une étude de la preuve biologique permettra peut-être de leur donner raison.

434. L'objectivité inquiétante de la preuve biologique. La preuve biologique, autrement nommée preuve génétique, repose sur l'examen des caractéristiques génétiques de l'être humain⁹⁶⁹. Cet examen permet d'obtenir l'empreinte génétique d'un individu. La spécificité de chaque empreinte génétique, et plus spécifiquement de l'acide désoxyribonucléique (ADN), permet de faire des comparaisons permettant ainsi une

⁹⁶⁶ Marcel DANAN, « L'expertise psychiatrique », dans Éric BACCINO et al., *Victime- Agresseur*, Tome 1, Champ social « Victimologie & criminologie », 2001, p. 112 ; *Comité FPT des chefs des poursuites pénales*, Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires, 9. Les preuves médico-légales et les témoignages d'expert, <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/rc-ccr/pej-pmj/p9.html>. « Cependant, certaines opinions d'expert peuvent présenter des difficultés au cours d'un procès. Parfois, il semble que les experts ne soient pas tout à fait impartiaux. »

⁹⁶⁷ *Comité FPT des chefs des poursuites pénales*, Id., « Certains sont loin d'être des experts. Parfois, leur témoignage peut être considéré comme quasi infaillible, et ayant plus de valeur probante qu'il ne le mérite, avec le résultat que le témoignage fausse le processus ordinaire de recherche des faits au procès » ; O. BACHELET, préc., note 778, p. 76 : « En outre la formation des magistrats, et encore plus des jurés, ne permet pas encore totalement de concéder à ceux-ci une connaissance suffisante pour utiliser et comprendre ce type de preuves. (...) Même si, en pratique, ce qui est scientifiquement établi influence grandement les juges ».

⁹⁶⁸ H. LECLERC, « Le doute, devoir du juge », dans Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, p. 49.

⁹⁶⁹ A. DEBET, préc., note 933, p. 600.

identification des personnes avec une fiabilité statistique très forte. Le décodage du génome humain, et plus spécifiquement son utilisation par le droit fait l'objet de nombreuses critiques. Sa fiabilité permet d'accroître les possibilités d'atteindre une vérité absolue. Le danger de la preuve génétique réside néanmoins dans son utilisation et sa conservation dans les deux pays. L'utilisation de la preuve ADN présente un intérêt social certain dans la lutte contre la criminalité⁹⁷⁰, elle présente cependant des dangers évidents au regard des droits et libertés des individus⁹⁷¹, et se doit à ce titre d'être strictement encadrée.

435. Un encadrement strict. En France et au Canada, le recours à l'identification génétique comme moyen de preuve dans un procès pénal est strictement encadré. Les normes relatives à ce recours sont présentes dans plusieurs sources. En France, elles sont énoncées dans le Code civil (Art. 16-11) et dans le Code de procédure pénale (Art. 706-56 à 706-56-1-1) ; au Canada, elles sont inscrites dans la *Loi sur l'identification des criminels*⁹⁷², la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*⁹⁷³ et dans le *Code criminel* (Art. 487.04 et s.). Ces différents articles donnent les règles qui permettent de recueillir certaines données personnelles et biologiques auprès de suspects ou de personnes condamnées. Dans les deux pays les règles sont similaires. Le recours à l'identification génétique au cours d'une enquête est en principe soumis à l'acceptation du juge, cela prendra la forme d'un mandat au Canada. En France, ce recours est plus largement admis puisqu'il peut l'être lors d'une enquête de flagrance⁹⁷⁴ ; lors de l'enquête préliminaire sur ordre du Procureur de la République⁹⁷⁵ ou dans le cadre d'une commission rogatoire ordonnée par le juge d'instruction⁹⁷⁶. Le recours à une identification génétique est admis au regard de la **pertinence** de celle-ci sur la résolution de l'affaire. Le critère de l'utilité est exigé. Dans les deux pays, l'identification génétique est **systématique** pour les accusés d'infractions sexuelles⁹⁷⁷. On constate une nouvelle fois la volonté des législateurs français et canadiens de mettre fin à l'omniprésence des infractions sexuelles. Cette volonté s'illustre par un durcissement des normes permettant ainsi d'augmenter l'effectivité de

⁹⁷⁰ H. ANCEL, préc., note 799, p. 140.

⁹⁷¹ Cyril GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux en France », dans G. GIUDICELLI-DELAGE, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale- Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp. 161-195 ; Marianne ROBENOIRE « La preuve biologique : outil de jugement ou atteinte aux droits ? », (2012) 5 *Esprit* 115, p. 115-118.

⁹⁷² LRC (1985) ch I-1, cette loi ne concerne que les empreintes digitales et les photographies.

⁹⁷³ L.C. 1998 ch. 37.

⁹⁷⁴ Code de procédure pénale, Article 55-1.

⁹⁷⁵ Id., art. 76-2.

⁹⁷⁶ Id., Article 154-1.

⁹⁷⁷ Id., articles 706-54 à 706-56 ; *Code criminel*, article 487.055.

celles-ci, spécifiquement sur le plan probatoire. Ce recours systématique au fichage biologique permet de limiter la faiblesse de la preuve dans les affaires de violences sexuelles.

436. Une systématisation du recours à la preuve biologique. La systématisation du recours au fichage biologique dans les infractions sexuelles est accrue par le caractère obligatoire et contraignant du prélèvement sur le suspect ou l'accusé. En effet, dans les deux pays l'individu peut se voir infliger une peine s'il ne se soumet pas au prélèvement⁹⁷⁸.

437. Une systématisation aux conséquences mitigées. Cette systématisation bien que participant effectivement à la manifestation de la vérité se doit d'être critiquée. La preuve biologique comporte un certain nombre de risques. Le premier concerne son apparente fiabilité, les techniques de prélèvement de la preuve génétique exigent une rigueur et le respect des protocoles d'analyse. Or, tout prélèvement mal saisi est potentiellement contaminé⁹⁷⁹. Ce risque de pollution de l'échantillon associé à la force de conviction de ce type de preuve multiplie les risques d'erreurs judiciaires. Le deuxième danger ne concerne que le cas français, et a un impact sur l'écoulement du temps. En effet, le recours à la preuve biologique modifie considérablement le temps judiciaire, en l'allongeant à l'infini⁹⁸⁰. Cet état de fait va à l'encontre du principe de prescription des infractions applicable en droit français. À l'inverse, cette conséquence va dans le sens de notre proposition précédemment évoquée d'abolir les délais de prescription en droit français, où de transposer le régime des infractions occultes aux infractions sexuelles. Enfin, la preuve génétique comporte un risque d'atteintes aux droits et libertés fondamentales des individus⁹⁸¹. Ces différents dangers sont accrus par les fichiers permettant de sauvegarder et d'utiliser ces données pendant plusieurs années⁹⁸². On perçoit ici un déséquilibre évident entre la sécurité des individus et la recherche de la vérité.

438. La sauvegarde des données biologiques. Au-delà de leur production qui pose certaines difficultés précédemment énoncées ; les preuves scientifiques interrogent quant à leur conservation. Ce développement sera consacré aux fichiers d'identification judiciaire. Ces fichiers permettent l'identification des auteurs d'infraction, à l'aide de l'enregistrement de

⁹⁷⁸ *Code criminel*, article 487.0552 ;

⁹⁷⁹ H. ANCEL, préc., note 799., p. 153 et s.

⁹⁸⁰ M. ROBENOIRE, préc., note 971, p. 116.

⁹⁸¹ Id., ; C-M. PANACCIO, préc., note 945, pp. 241-251 ; C. GRIMALDI, préc., note 971.

⁹⁸² *Code de procédure pénale*, articles 706-54 et s. ; *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, c. 37, articles 5 et s.

données personnelles, biométriques, telles les empreintes digitales, mais également d'autres traces laissées sur la scène du crime et collectée par la police technique et scientifique⁹⁸³. La sauvegarde des données dans des fichiers d'empreintes génétiques et d'empreintes digitales interroge au regard des droits fondamentaux des individus, notamment au regard du droit au respect de la vie privée⁹⁸⁴. Concernant la durée de conservation de ces données au Canada, s'agissant de la prise d'empreintes digitales prévue par la *Loi sur l'identification des criminels*, sauf exceptions elles ne sont jamais détruites⁹⁸⁵. Concernant les informations génétiques dont les modalités de prélèvement sont prévues par le *Code criminel*, elles sont conservées pour une durée indéterminée. Il existe néanmoins de nombreuses règles permettant de protéger ces données, elles ne peuvent être utilisées que dans certaines finalités limitativement prévues, il est obligatoire de rendre ces renseignements inaccessibles et de les détruire lorsqu'une personne est définitivement acquittée⁹⁸⁶. En France, le fichier automatisé d'empreintes digitales (FAED)⁹⁸⁷ et le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG)⁹⁸⁸ sont soumis à des délais de conservation, en théorie plus stricts qu'au Canada. En effet, concernant le FAED, les données sont conservées pour une durée maximum de vingt-cinq ans à compter de l'établissement de la fiche signalétique⁹⁸⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme est venue pointer du doigt la durée excessive de conservation des données, ainsi que le caractère « théorique et illusoire » de leur effacement⁹⁹⁰. S'agissant du FNAEG, les données génétiques ne peuvent pas être conservées au-delà de quarante ans⁹⁹¹ ; il existe des délais dérogatoires plus courts⁹⁹². On observe dans les deux pays, des délais de conservation relativement longs, participant ainsi à la croissance problématique de ces fichiers⁹⁹³ : remettant ainsi en question leur pertinence.

⁹⁸³ *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Section 2- Fichiers d'identification judiciaire, par. 119.

⁹⁸⁴ C. GRIMALDI, préc., note 971, p. 172 ; C-M. PANACCIO, préc., note 945, pp. 250-251.

⁹⁸⁵ C-M. PANACCIO, Id., p. 250.

⁹⁸⁶ Id., p. 251.

⁹⁸⁷ *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Section 2- Fichiers d'identification judiciaire, par. 120- par. 123.

⁹⁸⁸ Id., par. 131- par. 140.

⁹⁸⁹ Décret n°87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur, Art. 5 ; Décret n° 2015-1580 du 2 décembre 2015 modifiant le décret n° 87-249 du 8 avril 1987 relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur, Art. 5.

⁹⁹⁰ CEDH 18 avr. 2013, M.K. c/ France, req. no 19522/09, par. 44, par. 45.

⁹⁹¹ Code de procédure pénale, Art. R. 53-14.

⁹⁹² Id., Art. 706-55.

⁹⁹³ *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Section 2- Fichiers d'identification judiciaire, par. 122, par. 139.

439. Des conséquences mitigées. La création de fichiers permettant de conserver les informations digitales et génétiques des auteurs d'infraction ont des conséquences variées. Elles ont pour intérêt premier de faciliter la recherche et l'identification par les autorités compétentes des auteurs d'infraction, elles peuvent également avoir un impact positif sur la récidive. À l'inverse, elles contiennent le risque de mettre en danger la vie privée des individus, en les stigmatisant, notamment. La preuve scientifique n'étant pas exonérée d'un risque d'erreur, son usage et sa conservation peuvent ainsi aller à l'encontre des intérêts de l'accusé.

440. Des fichiers spécialisés pour les auteurs d'infractions sexuelles. Au-delà de fichiers généraux, les deux pays ont mis en place des fichiers d'identification propres aux auteurs d'infractions sexuelles. Dans les deux cas, ces fichiers ne contiennent aucune donnée biologique, il s'agit de fiches d'identification informant sur l'identité de l'individu. Au Canada, le Registre national des délinquants sexuels⁹⁹⁴ a été établi par la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*⁹⁹⁵. En France, le fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJDAISV)⁹⁹⁶ a été créé par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Dans les deux pays, ces fichiers dont le contenu est très similaire⁹⁹⁷, ont pour finalité de faciliter l'identification des auteurs d'infractions sexuelles et de prévenir leur renouvellement⁹⁹⁸.

La création de ces fichiers spécialisés atteste de la volonté des législateurs canadiens et français de perfectionner la preuve dans le domaine des violences sexuelles.

441. Impacts des nouvelles technologies sur le système probatoire. Les nouvelles technologies permettent de perfectionner le système probatoire des deux pays. Ce perfectionnement a un double impact. En effet, les preuves scientifiques permettent d'accroître les chances d'atteindre une vérité judiciaire voire une vérité « absolue ». Néanmoins, le haut degré de certitudes attaché à ses preuves vient remettre en question la liberté d'appréciation du juge, ainsi que la présomption d'innocence de l'accusé ; cela peut aussi avoir un impact sur la victime. Enfin, l'intrusion dans l'intimité tant psychique que génétique d'autrui induite par le

⁹⁹⁴ <http://www.rcmp-grc.gc.ca/to-ot/cpcmec-ccpede/bs-sc/nsor-rnds/index-fra.htm>.

⁹⁹⁵ *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels* (L.C. 2004, ch. 10).

⁹⁹⁶ *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Section 2- Fichiers d'identification judiciaire, par. 141- par. 147.

⁹⁹⁷ Id., par. 143 ; <https://www.securitepublique.gouv.qc.ca/police/phenomenes-criminels/delinquants-sexuels.html>.

⁹⁹⁸ Id., ; <http://www.rcmp-grc.gc.ca/to-ot/cpcmec-ccpede/bs-sc/nsor-rnds/index-fra.htm>.

recueil de ces nouvelles preuves, ainsi que la conservation de ces dernières dans le temps, mettent en danger certains droits fondamentaux tel que le droit à la vie privée.

442. Conclusion. La volonté des législateurs de mettre fin à la problématique sociale constituée par les infractions sexuelles s'illustre tout particulièrement sur le volet procédural et probatoire. Cette section a permis de démontrer comment le droit pénal français et le droit criminel canadien ont modifié leur norme afin d'accroître leur effectivité et ainsi réduire l'écart entre la théorie juridique et la pratique. Cet écart semble avoir été limité en facilitant l'accès des victimes d'infractions sexuelles à la justice pénale. Cette facilitation a été permise par un mariage de raison entre la technique juridique et l'humain. Concernant les techniques juridiques, ces dernières ont été adaptées aux conséquences que produisent les infractions sexuelles : la question de la prescription, la question de la territorialité, les difficultés probatoires. Cette intégration des conséquences matérielles sur le droit causé par ce type d'infraction a été cumulée à une prise en considération des conséquences spécifiques subies par les victimes. Cette double intégration a permis d'aboutir, en théorie, à une procédure pénale efficace⁹⁹⁹ et humaniste permettant une manifestation effective de la vérité en adéquation avec l'expérience vécue des victimes.

Cette bonification théorique des règles de preuve et de procédure dans les deux pays, semble ne pas parfaitement s'observer dans la pratique policière et judiciaire. En effet, il semblerait que le droit écrit soit en avance sur son temps. Afin de confirmer l'existence d'un tel écart, il convient d'analyser ces modifications sous l'angle de l'effectivité. Cet outil d'analyse nous permettra de percevoir quels effets ont réellement produit les normes analysées.

⁹⁹⁹ Concernant plus précisément le droit de la preuve, le maître mot semble être l'efficacité, Voir J. PRADEL, « Préface » dans J. PRADEL, « Rapport de synthèse », dans A. BERGEAUD-WETTERWALD et J.-C. SAINT-PAU (Dir.), *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 167 : « En somme, tout est gouverné par le principe d'efficacité, ce qui sert essentiellement la partie poursuivante : celle-ci en effet présente plus aisément la preuve au tribunal et en outre plus rapidement ».

Section 2 : Une effectivité relative des nouvelles règles de preuve et de procédure

443. L'effectivité comme outil d'analyse. L'effectivité comme angle d'analyse permettra d'étudier les règles de preuve et de procédure relatives au traitement judiciaire des infractions sexuelles sous un angle critique, afin d'exposer **les obstacles** limitant leur application concrète. Selon les auteurs Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin : « *La question de l'effectivité est de celle qui saisit le sociologue du droit, tôt ou tard, dans sa pratique de chercheur. Qui le « saisit », en ce sens qu'il s'agit moins, le plus souvent, pour ce dernier de définir le concept d'effectivité que de le « découvrir » tout naturellement au détour de quelque observation du développement du système juridique, d'en subir l'évidence apparente, surtout si ce sociologue se préoccupe d'étudier les modes de réception du droit dans la sphère sociale. L'effectivité tendra alors à constituer dans sa recherche l'instrument conceptuel d'évaluation de ce degré de réception, le moyen de mesurer des « écarts » entre pratique et droit.* »¹⁰⁰⁰ Cette citation éclaire davantage notre posture et la démonstration qui sera menée dans cette partie. Il s'agira ici d'appréhender **l'écart** existant entre la **pratique** des différents acteurs de la procédure pénale et les **finalités** des normes pénales encadrant les infractions sexuelles en France et au Canada. Cette analyse permettra de percevoir si les promesses du droit concernant le traitement judiciaire des infractions sexuelles et de leurs victimes sont concrétisées dans l'application de la norme par les praticiens du droit.

444. Les finalités des normes relatives aux règles de preuve et de procédure. L'identification des finalités de la norme, ou en d'autres termes, l'identification de l'intention du législateur constitue un vaste problème¹⁰⁰¹. L'accès aux objectifs visés par la norme juridique n'est pas aisé puisque l'intention du législateur n'est ni univoque, ni toujours connue. Il est cependant nécessaire de découvrir quelques finalités de la norme puisque la question relative à l'évaluation du droit à résoudre un problème, à atteindre un résultat voulu, est intimement liée à celle de son effectivité¹⁰⁰². Cette thèse vise, notamment, à identifier les obstacles à l'effectivité des normes relatives aux agressions sexuelles. Afin d'identifier ces obstacles, il convient également de connaître les différents effets souhaités des normes, cela permettra ainsi de déceler dans quelle mesure et pour quelles raisons ces effets ne se réalisent pas.

¹⁰⁰⁰ P. LASCOUMES et E. SERVERIN, préc., note 123, pp. 127-128.

¹⁰⁰¹ V. DEMERS, préc., note 130, pp. 47-53.

¹⁰⁰² Id., p. 48.

445. Des finalités peu accessibles. L'intention du législateur n'est pas univoque, en effet, le processus législatif est éminemment politique et répond à diverses rationalités, tant politiques que sociales ou économiques¹⁰⁰³. À ce manque d'univocité, s'ajoute le fait que l'intention du législateur n'est pas facilement identifiable ; il ne suffit pas de lire le préambule ou le corps même de la loi pour y trouver de façon explicite les finalités qu'elle poursuit. Il est en effet, souvent nécessaire de procéder à une véritable reconstruction des buts ou objectifs poursuivis par la norme juridique¹⁰⁰⁴. Cette reconstruction devra se réaliser en trois étapes : l'intention du législateur peut tout d'abord être perçue dans l'analyse du discours pré législatif¹⁰⁰⁵ ; ensuite, l'étude du discours normatif, du texte de la loi en lui-même permettra de déceler les finalités de la norme au travers des concepts qu'il contient, des procédures qu'il établit notamment¹⁰⁰⁶ ; enfin, l'analyse devra porter sur tout l'aspect de la mise en œuvre de la norme juridique¹⁰⁰⁷.

446. L'intention du législateur au travers du discours pré législatif et normatif. Il conviendra d'analyser dans ce paragraphe les travaux préparatoires ainsi que les textes de loi relatifs aux règles de preuve et de procédure, précédemment analysées, afin d'en découvrir les objectifs poursuivis. Avant d'analyser en détail les finalités de chacune de ces normes, nous pouvons les résumer en trois thèmes : **efficacité**, **égalité**¹⁰⁰⁸ et **adaptation**. L'efficacité fait référence au leitmotiv de toutes les réformes relatives aux violence sexuelles, visant à renforcer le dispositif de lutte contre les violences sexuelles au travers de divers outils perfectionnés. L'égalité révèle la motivation sous-jacente de toute ces réformes ; à savoir le combat pour l'égalité homme-femme, ou en d'autres termes, la lutte contre la discrimination à l'encontre des femmes. Enfin, l'adaptation vise la volonté des législateurs français et canadiens à renforcer le dispositif normatif en s'adaptant aux spécificités des violences sexuelles et de leurs victimes.

447. L'efficacité comme finalité première. La volonté de perfectionner et de renforcer les moyens de lutte contre les violences sexuelles afin de les rendre plus efficaces

¹⁰⁰³ Vilhelm AUBERT, « Some Social Functions of Legislation » (1966) 10 *Acta sociologica* 98.

¹⁰⁰⁴ Luzius MADER, *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985, p. 79.

¹⁰⁰⁵ V. DEMERS, préc., note 130, p. 50.

¹⁰⁰⁶ Id., p. 50.

¹⁰⁰⁷ Id., pp. 50-51.

¹⁰⁰⁸ Étude d'impact, loi du 3 août 2018, p. 4, p. 17 ; Résumé législatif, projet de loi C-51, p. 16 ; *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U., Art. 15.

semble animer toutes les réformes canadiennes et françaises, allant des plus anciennes aux plus récentes. S'agissant du Canada, si l'on prend la réforme la plus ancienne, à savoir la réforme de 1983, son objectif avoué était de faire de la loi un instrument plus efficace de répression contre les agressions sexuelles¹⁰⁰⁹. De la même façon, le projet de réforme le plus récent, le projet de Loi C-75 vise à moderniser et à rendre plus efficace le système de justice pénale, ainsi qu'à réduire les délais¹⁰¹⁰. Entre ces deux réformes, celle de 1992, le projet de loi C-49 dans son préambule énonce que le Parlement du Canada souhaite encourager la dénonciation des cas de violence ou d'exploitation sexuelles¹⁰¹¹. Cette réforme visait donc un renforcement de l'efficacité des outils normatifs en visant notamment une augmentation des signalements. L'efficacité est également le maître mot du projet de loi C-51 qui a pour objet de rendre le droit plus clair afin d'éviter les erreurs et malentendus en faisant en sorte que les lois sur le papier reflètent les lois en vigueur¹⁰¹². Au-delà de l'efficacité, cette loi vise l'effectivité des normes, en se donnant pour objectif de réduire l'écart entre la théorie et la pratique.

Cette finalité d'efficacité s'illustre également dans les lois françaises dès 1992¹⁰¹³. Cette volonté se poursuit, notamment au travers d'une volonté de clarifier les règles. En effet, la loi du 27 février 2017 relative à la prescription, avait pour finalité de clarifier le dispositif existant, en harmonisant la durée des délais de prescription de l'action publique et des peines en matière criminelle comme délictuelle et en remédiant à l'éparpillement des dispositions relatives aux délais dérogatoires, afin d'assurer un meilleur équilibre entre l'exigence de répression des infractions et l'impératif de sécurité juridique¹⁰¹⁴. Par l'allongement des délais de prescription, cette loi avait également pour finalité une plus large répression des infractions¹⁰¹⁵.

Dans un objectif d'efficacité, et plus spécifiquement d'efficacité probatoire, la Loi du 3 août 2018 avait également pour ambition de faciliter l'établissement de l'absence de

¹⁰⁰⁹ CALACS, « Évolution de la Loi relative aux agressions sexuelles », CDEACF, p. 5, http://bv.cdeacf.ca/bvdoc.php?no=1999_05_0013&col=CF&format=htm&ver=old.

¹⁰¹⁰ *Projet de loi C-75, Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, 29 mars 2018.

¹⁰¹¹ Projet de loi C-49, préambule.

¹⁰¹² Lyne CASAVANT, Maxime CHARRON-TOUSIGNANT, Robin MACKAY, Julia NICOL et Erin SHAW, Résumé législatif, *Projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, Publication n°42-1-C51-F, 1^{er} octobre 2018, révisé le 18 décembre 2018, Bibliothèque du Parlement, p.2.

¹⁰¹³ Sénat N°300, *Projet de Loi portant réforme du Code pénal*, présent au nom de M. Laurent FABIUS, par M. Robert BADINTER, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 février 1986, p. 4 ; Sénat N°271, *Rapport*, par M. Marcel RUDLOFF, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 avril 1989, pp. 30-31.

¹⁰¹⁴ Assemblée nationale, A. TOURRET et G. FENECH, « Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale », n°2931, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} juillet 2015.

¹⁰¹⁵ Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, *Rapport n°636 (2015-2016) de François-Noël BUFFET*, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 mai 2016, p. 10 et s.

consentement d'un mineur ayant fait l'objet d'une atteinte sexuelle par un majeur¹⁰¹⁶. Cette loi avait également pour finalité de renforcer la lutte contre les violences sexuelles sur mineur, en les punissant plus sévèrement.

448. L'égalité comme objectif sous-jacent. Les violences sexuelles sont des violences qualifiées de genrées, dont la victime principale est une femme. La lutte contre les violences sexuelles s'inscrit souvent dans le combat plus large de la violence faite aux femmes. Cette lutte s'inscrit également dans un combat pour l'égalité entre les sexes et contre la discrimination fondée sur le sexe. Toutes les réformes canadiennes et françaises ayant pour objet la lutte contre les violences sexuelles s'inscrivent également dans cet objectif d'égalité. En effet, au Canada, l'entrée en vigueur des garanties d'égalité énoncées à l'article 15 de la Charte en 1985 a constitué un facteur important à la base des modifications législatives qui ont été apportées par le Parlement en ce qui concerne le droit en matière d'infractions sexuelles. Toutes ces réformes visaient à protéger le droit des femmes à l'égalité, à la vie privée et à la sécurité, en s'attaquant aux mythes et aux stéréotypes au sujet des plaignantes victimes d'agression sexuelle¹⁰¹⁷. À titre d'exemple, la réforme de 1983, avait comme objectif d'éliminer la discrimination sexuelle dans le traitement des infractions sexuelles¹⁰¹⁸. La réforme de 1992 va plus loin dans cet objectif, en encadrant davantage un mode de preuve manifestement discriminatoire. Dans le préambule de cette loi, le législateur précise que « *lors des procès pour infraction d'ordre sexuel, la preuve relative au comportement sexuel antérieur du plaignant est rarement pertinente et que son admission devrait être examinée avec précaution eu égard à sa nature éminemment préjudiciable* ». ¹⁰¹⁹ Cette finalité d'égalité vise à contrer les mythes et stéréotypes entourant les violences sexuelles et leurs victimes. Ce versant procédural de la finalité d'égalité a été réaffirmée par le projet de Loi C-51 qui modifie des dispositions du Code relatives aux crimes à caractère sexuel ; il établit une procédure visant à déterminer la recevabilité en preuve des dossiers du plaignant et leur utilisation lorsqu'ils sont en la possession de l'accusé¹⁰²⁰. Ces modifications procédurales proposées par cette loi visent à combattre les stéréotypes s'abattant toujours sur les infractions sexuelles et leurs victimes¹⁰²¹.

¹⁰¹⁶ Étude d'impact, Loi du 3 août 2018, p. 32.

¹⁰¹⁷ Résumé législatif, projet de loi C-51, p. 16.

¹⁰¹⁸ CALACS, « Évolution de la Loi relative aux agressions sexuelles », CDEACF, p. 5, http://bv.cdeacf.ca/bvdoc.php?no=1999_05_0013&col=CF&format=htm&ver=old.

¹⁰¹⁹ Projet de Loi C-49, préambule.

¹⁰²⁰ L.CASAVANT et al., préc., note 1012, p.1.

¹⁰²¹ Id., pp. 15-33.

Le dernier projet de loi en date, à savoir le projet de loi C-337¹⁰²², vise à prévenir des décisions judiciaires fondées sur des stéréotypes concernant les victimes d'agression sexuelle et à rétablir la confiance de ces dernières à l'égard du processus judiciaire¹⁰²³.

Cette lutte contre la discrimination fondée sur le sexe inspire également les réformes françaises. En effet, la Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs a été créée afin de lutter contre l'impunité des violences sexuelles subies par les femmes d'une part, et afin de changer le constat selon lequel le viol est le seul cas dans la pratique judiciaire où la présomption d'innocence joue pleinement en faveur de l'inculpé, la victime étant au contraire présumée coupable, ou pour le moins suspecte, d'autre part¹⁰²⁴. Trente-huit ans plus tard, la Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, est motivée par le même objectif d'égalité entre les hommes et les femmes¹⁰²⁵. Cette loi vise à lutter contre les violences sexuelles, qualifiées d'expression la plus extrême et odieuse de la domination d'un sexe sur l'autre¹⁰²⁶.

449. L'adaptation comme finalité naturelle. L'adaptation de la loi aux évolutions sociétales et culturelles fait partie des finalités du droit pénal. Il est par conséquent logique de percevoir chez les législateurs français et canadien une volonté d'adapter les lois relatives aux violences sexuelles, aux spécificités de ces violences tant pour perfectionner le cadre juridique que pour s'adapter aux besoins des victimes. Cette finalité se retrouve très tôt chez le législateur canadien. En effet, l'un des objectifs avoués de la réforme de 1983, était d'améliorer l'expérience des femmes vécues au sein de l'appareil judiciaire¹⁰²⁷. Le préambule de la réforme de 1992 révèle parfaitement cette volonté d'adaptation en mettant en lumière la prise de conscience par le Parlement du Canada du caractère unique de l'infraction d'agression sexuelle et de ses effets sur la population du Canada¹⁰²⁸.

Cette finalité d'adaptation aux spécificités des infractions sexuelles et de leurs victimes, se retrouve tout particulièrement dans la Loi tendant à inscrire l'inceste dans le Code pénal et

¹⁰²² Projet de loi C-337, Loi modifiant la Loi sur les juges et le Code criminel (agression sexuelle), 1re session, 42e législature, 15 mai 2007.

¹⁰²³ L. CASAVANT, Laura MUNN-RIVARD, Brendan NAEF, Erin SHAW et Alexandra SMITH, « Projet de loi C-337 : Loi modifiant la Loi sur les juges et le Code criminel (agression sexuelle) », 14 novembre 2018, p. 2 ; Sénat, Débats, 1re session, 42e législature, vol. 150, no 128, 6 juin 2017, p. 3264.

¹⁰²⁴ Sénat, Proposition de loi n°324 en vue de protéger les femmes contre le viol, 1977-1978, p. 2.

¹⁰²⁵ Étude d'impact, loi du 3 août 2018, p. 4 ; Guillaume BEAUSSONIE, « L'égalité entre les femmes et les hommes (Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes) », (2018) *RSC* 945.

¹⁰²⁶ Étude d'impact, loi du 3 août 2018, p. 4.

¹⁰²⁷ CALACS, « Évolution de la Loi relative aux agressions sexuelles », CDEACF, p. 5, http://bv.cdeacf.ca/bydoc.php?no=1999_05_0013&col=CF&format=htm&ver=old.

¹⁰²⁸ Projet de Loi C-27, préambule.

la prise en charge des victimes d'actes incestueux, en date du 8 février 2010. En effet, cette loi vise trois objets dont deux sont relatifs à la finalité d'adaptation, à savoir l'identification et l'adaptation du code pénal à la spécificité de l'inceste, et l'accompagnement des victimes. Sur le premier objectif, ce projet repose sur l'importance de nommer les faits tels qu'ils sont et ainsi reconnaître la gravité de l'inceste en prenant en compte sa réalité et sa spécificité ; l'intégration de cette spécificité donnera une base solide à l'action réglementaire pour adapter le cadre et les moyens de la recherche de la preuve aux affaires concernées¹⁰²⁹. Concernant l'accompagnement, la Loi en son Titre 3 propose d'améliorer l'offre de soins par le regroupement dans chaque département de professionnels de la santé, de l'action sociale et de la justice au sein d'une même structure de référence pour les victimes de traumatismes psychiques¹⁰³⁰. Cette loi vise donc une adaptation du droit aux spécificités réelles et concrètes des victimes d'inceste, et ceci en s'interrogeant sur les moyens d'une meilleure prise en charge des soins ainsi que sur les outils qui pourraient servir à faciliter l'insertion sociale des victimes¹⁰³¹. Dans ce même élan d'adaptation du droit, la Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale a été menée notamment dans l'objectif de mieux adapter les délais de prescriptions aux attentes et réalités sociétales, ainsi qu'à l'évolution de la preuve scientifique ; laquelle permet aujourd'hui dans certaines circonstances de rapporter la preuve d'une infraction de nombreuses années après sa commission¹⁰³². Sur la question précise de la prescription, la loi du 3 août 2018 en proposant l'allongement à trente ans de la prescription des crimes sur mineurs avait également pour finalité, de prendre en compte la spécificité de ces actes, au regard notamment de l'évolution des connaissances, tant en ce qui concerne le développement de l'enfant que les méthodes d'investigation en matière pénale¹⁰³³.

450. Bilan comparatiste. En résumé, les finalités des normes dans le domaine des violences sexuelles dans les deux pays s'organisent autour de trois thèmes, **l'efficacité, l'égalité et l'adaptation**. Il convient de souligner que l'intention du législateur est similaire dans les deux pays. Il est également intéressant de mettre en lumière que ces trois finalités sont poursuivies depuis les premières grandes réformes, à savoir celle de 1980 en France et celle de

¹⁰²⁹ Assemblée nationale, « Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes », n°1583, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 mars 2009, p. 4.

¹⁰³⁰ Id., p. 5.

¹⁰³¹ Id., p. 6.

¹⁰³² Assemblée nationale, A. TOURRET et G. FENECH, préc., note 1014 ; Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, Rapport n°636 (2015-2016) de François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 mai 2016, p. 9.

¹⁰³³ Étude d'impact Loi du 3 août 2018, p. 14.

1983 au Canada. Les dernières réformes canadiennes et françaises visent toujours ces trois points. Cette récurrence pourrait démontrer le fait que la pratique judiciaire relative aux infractions sexuelles dans les deux pays demeure lacunaire sur ces trois points. En d'autres termes, il semblerait que les normes analysées ne produisent pas les effets souhaités par le législateur. Afin de mettre en évidence ce constat, il est important d'analyser les causes de cette éventuelle ineffectivité des normes (I) ; avant d'en observer quelques illustrations dans la mise en œuvre de la règle de droit (II).

I. LES CAUSES DE L'ÉCART ENTRE LA NORME ET SON APPLICATION

451. Postulat. En dépit de la volonté manifeste des législateurs de lutter contre les violences sexuelles, ce combat est encore loin d'être gagné dans les deux pays. Malgré le surarmement pénal mis en œuvre en France et au Canada, les effets de ces normes restent très minimes. Il n'existe malheureusement pas de rapport logique entre le surarmement pénal mis en œuvre par les deux pays et les taux de signalement, d'inculpation et de condamnation légitimement attendus¹⁰³⁴. Cet illogisme s'illustre par un taux d'agressions sexuelles toujours très élevé¹⁰³⁵, un taux de plainte auprès de la police bas¹⁰³⁶, ainsi qu'un taux d'attrition¹⁰³⁷ et d'acquiescement dérangeant¹⁰³⁸. L'une des illustrations les plus marquantes de cet écart s'illustre par l'impunité dont bénéficient encore aujourd'hui les auteurs de violences sexuelles.

¹⁰³⁴ L'Honorable Jody WILSON-RAYBOULD, « Échanges de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes-Mot d'ouverture », 2017, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>; David P. BRYDEN et Sonja LENGNICK, « Rape in the criminal justice system », (1996-97) 87 *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1194, p. 1199.

¹⁰³⁵ S.CONROY, préc., note 1035, p. 3 ; Alice DEBAUCHE, Amandine LEBUGLE, Elisabeth BROWN, et al., « Présentation de l'enquête Virage et premiers résultats sur les violences sexuelles », Paris, *Ined, coll. Documents de travail*, 2017, no 229, selon cette enquête, près de huit cent mille personnes déclarent être victimes chaque année de violences sexuelles en France ; *4e plan interministériel de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes 2014-2016*, En ligne : https://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/11/4e-planVFF_221120131.pdf.

¹⁰³⁶ S. CONROY, Id., p. 8 ; MIPROF, Lettre de l'observatoire national des violences faites aux femmes, n°13, novembre 2018, « Les violences au sein du couple et les violences sexuelles en France en 2017. Indicateurs annuels », p. 1 ; même taux en 2015, MIPROF, 2015 ; C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 502.

¹⁰³⁷ S. CONROY, Id., p. 14 ; MIPROF, 2018, Id., p. 20 ; Marianne JUILLARD et Odile TIMBART, « Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l'instruction », (2018) 160 *Infostat Justice*, p.1 ; D. P. BRYDEN et S. LENGNICK, préc., note 1034, pp. 1208-1218.

¹⁰³⁸ MIPROF, Id., p. 20 : « Depuis 2007, le nombre de condamnations pour viols diminue régulièrement. Il est passé de 1 652 en 2007 à 1 003 en 2016, soit une baisse de 40 % en 10 ans. Le nombre de condamnations pour agressions sexuelles a lui diminué de 20 % ».

452. Le règne de l'impunité. D'après le sociologue Gabriel Tarde, l'impunité serait le troisième aspect de la justice¹⁰³⁹. Cette constatation inquiétante prend tout son sens dans le domaine des infractions sexuelles. L'impunité peut se définir de façon générale comme le fait de ne pas être soumis à la punition ; agir impunément, c'est échapper à la sanction prévue par les normes positives ou morales¹⁰⁴⁰. Gabriel Tarde la définit de façon plus précise, l'impunité « *s'attache soit à certains lieux, soit à certain temps, soit à certaines catégories de faits, qui varient au cours de la civilisation, mais qui sont toujours les délits les plus caractéristiques d'une époque quelconque, ceux par conséquent qu'il serait le plus urgent de réprimer, mais qui a raison de leur prépondérance et de leur force (encore le privilège du plus fort !) bénéficient de l'indulgence la plus assurée de la part des juges* ». ¹⁰⁴¹ Cette définition révèle un rapport de force, une inégalité entre les acteurs ; l'impunité bénéficiant alors aux plus forts et opprimant les plus faibles. Les infractions sexuelles font l'objet d'une impunité consentie depuis longtemps par la société¹⁰⁴². L'impunité dont bénéficient les auteurs d'infractions sexuelles fait depuis toujours l'objet d'un consentement partagé entre les victimes contraintes au silence d'une part, et l'acceptation par la société dans son ensemble de cette situation, d'autre part. Ce consentement tacite de la société a été mis en relief dans le discours du Président de la République française en date du 25 novembre 2017 relatif à la récente libération de la parole des femmes qui démontre que la société est : « *encore culturellement empreinte de sexisme, qu'elle est une société où dans nombre d'endroits et de lieux, il y a encore cette brutalité au quotidien, cette violence et que cette empreinte est loin d'être neutre; par le rapport de domination qu'elle légitime, elle est à la source d'actes encore plus destructeurs et insupportables, comme précisément le harcèlement et les violences. Car le combat contre les violences qui sont l'expression la plus extrême et odieuse de la domination d'un sexe sur l'autre, c'est bien le combat pour l'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines* ». ¹⁰⁴³

¹⁰³⁹ Gabriel TARDE, « Les transformations de l'impunité », (1898) tome XIII, *Archives d'anthropologie criminelle*, p. 613.

¹⁰⁴⁰ Michel HASTINGS et Bruno VILLALBA (dir.), *De l'impunité- Tensions, controverses et usages*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2017, p. 11.

¹⁰⁴¹ G. TARDE, préc., note 1039, p. 622.

¹⁰⁴² M. HASTINGS et B. VILLALBA, préc., note 1040, p. 15, « L'impunité se présente ainsi comme une situation de connaissances partagées et quelque peu acceptées : globalement, nous avons conscience d'une situation anormale, mais, soit il nous est difficile de dénoncer une telle situation (en raison d'une contrainte politique ou morale, sans parler d'un quelconque intérêt), soit elle nous semble acceptable, dès lors qu'elle demeure compatible avec certaines justifications... »

¹⁰⁴³ Voir le compte rendu du discours du Président de la République du 25 novembre 2017, à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes et du lancement de la grande cause du quinquennat.

Cette situation d'impunité bien qu'alarmante se doit d'être relativisée par l'idée qu'elle fait l'objet de cycles, elle est temporaire. En tant que contournement de la norme, elle nécessite un retour à la normal, afin que la société puisse se recentrer sur ses propres valeurs, désigner les coupables et les sanctionner afin de pouvoir inventer un nouvel équilibre¹⁰⁴⁴. La prolifération normative dans ce domaine semble démontrer une fin théorique au règne de l'impunité ; un coup d'œil sur la pratique révèle son maintien.

453. Annonce. L'impunité est l'illustration marquante du manque d'effectivité de la norme, elle est davantage une conséquence de l'ineffectivité qu'un facteur d'ineffectivité. Afin de donner du relief à cette analyse, il convient dès à présent de tenter de révéler les facteurs d'ineffectivité des normes relatives aux règles de preuve et de procédure. Ces facteurs peuvent être séparés en deux catégories. On observe d'un côté des causes purement matérielles (A) ; et d'un autre côté des causes d'ordre idéologique ou culturel (B). Ces différentes causes ont pour conséquence majeure de limiter la manifestation de la vérité dans les affaires pour agressions sexuelles, et *a fortiori* de freiner la lutte contre les violences sexuelles en France et au Canada.

A. Des causes en lien avec la preuve

454. De la théorie à la réalité. L'intention des législateurs français et canadiens telle qu'inscrite sur le papier a dû se confronter à la réalité. Cette dernière est parsemée de nombreux obstacles qui empêchent les normes de produire tous leurs effets escomptés. Afin de nommer cette relation entre les souhaits du législateur et la réalisation concrète de cette intention en pratique, il convient d'utiliser la notion de « *justice gap* ». ¹⁰⁴⁵ Cette notion fait référence à l'écart entre le droit en théorie et le droit en pratique. Ce *gap* ou cet écart est en partie causé par de nombreuses raisons purement matérielles, tel que le budget mobilisé pour lutter contre les violences sexuelles dans chacun des pays ; ou encore les règles de preuve ainsi que les modes de preuve utilisés, notamment.

455. Des moyens limités. Avant d'analyser le plus grand obstacle à la lutte contre les violences sexuelles, à savoir la preuve, il semble pertinent d'évoquer des limites très simples

¹⁰⁴⁴ M. HASTINGS et B. VILLALBA, préc., note 1040, p. 18.

¹⁰⁴⁵ J. TEMKIN et B. KRAHÉ, préc., note 165.

mais bien réelles. Les systèmes judiciaires français et canadiens semblent être dans l'incapacité matérielle de traiter toutes les affaires de violences sexuelles comme il se doit d'une part, et dans un délai raisonnable, d'autre part. Concernant l'incapacité de traiter justement les affaires de violences sexuelles, cela s'illustre tout particulièrement en droit français avec la correctionnalisation. L'une des causes de ce phénomène se trouve dans l'incapacité matérielle de traiter tous les viols commis aux assises¹⁰⁴⁶. S'agissant de la question du délai, il s'agit d'un vrai obstacle à une répression efficace des violences sexuelles, par son projet de Loi C-75, le Canada a décidé de se donner les moyens de réduire ces délais déraisonnables dénoncés par tous¹⁰⁴⁷.

456. Des modes de preuve limités. L'obstacle majeur empêchant les normes d'atteindre les trois finalités précédemment évoquées- en particulier la finalité d'efficacité- concerne la preuve. Le processus probatoire est particulièrement ardu dans les affaires de violences sexuelles. Cet état de fait peut s'expliquer par la **nature privée** des infractions sexuelles, elles sont largement commises entre l'auteur et la victime, sans la présence d'un témoin tiers. À cela s'ajoute le fait que les infractions sexuelles sont souvent signalées tardivement à la police¹⁰⁴⁸. Par conséquent, le processus pénal en matière sexuelle repose essentiellement sur l'**absence** d'éléments servant à asseoir une conviction ou une motivation,

¹⁰⁴⁶ Avis du Haut Conseil à l'Égalité entre les Hommes et les Femmes « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles » Avis n°2016-09-30-VIO-022 publié le 5 octobre 2016 ; <https://www.village-justice.com/articles/correctionnalisation-viol-point-vue-avocat-victime-par-Carine-Durrieu-Diebolt,24384.html>; V. Le GOAZIOU, préc., note 40, par. 21 : « Elle répond parfois à des exigences matérielles, telle la nécessité de désencombrer les cours d'assises, très embouteillées, et de réduire les délais d'audience. Dans cette dernière optique, elle aurait pour vertu – comme peut-être le classement sans suite – de décharger des cours d'assises confrontées à un afflux croissant d'affaires et qui ne peuvent absorber tous les crimes sexuels. Plus longues, les procédures qui conduisent aux assises sont aussi plus onéreuses. Les procès coûtent cher si l'on tient compte des dépenses de transport, d'hébergement et de défraiement des jurés, de la rémunération des experts et du temps de travail des magistrats et des greffiers retenus à une session. Certains considèrent aujourd'hui la cour d'assises comme une juridiction de luxe, et l'on peut se demander si la rentabilité des procès d'assises n'est pas un critère qui entre en ligne de compte dans l'orientation pénale des affaires de viol, surtout quand on n'est pas certain d'obtenir des quantum de peine criminelle versus seulement des quantum délictuels. Ne seraient alors envoyées auprès de la cour que les affaires pour lesquelles il y aurait le moins de doutes possible sur l'issue du jugement. »

¹⁰⁴⁷ *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, Loi du Canada (2019) Ch. 25, projet de loi C-75 ; Gouvernement du Canada, Document sur le contexte législatif- Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois (Projet de loi C-75) ; Laura BARNETT et al., *Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, Résumé législatif, Bibliothèque du Parlement, 7 mai 2018 ;*

¹⁰⁴⁸ C. ROTENBERG, préc., note 1048, p. 8 et s.

la plupart des plaintes se heurtera alors à la disparition des preuves¹⁰⁴⁹. En effet, de nombreux dossiers sont fermés avant de se rendre au procès ; les faits sont filtrés par les règles de preuve¹⁰⁵⁰. Les agressions sexuelles sont sans aucun doute les infractions les plus difficiles à établir, et il n'en existe souvent aucune preuve¹⁰⁵¹. Il convient de rappeler que l'élément central à prouver est l'absence de consentement de la plaignante, cet élément est intrinsèquement subjectif, et dépend de l'état d'esprit des deux protagonistes. Au regard de la définition des agressions sexuelles orientées vers les actes positifs de l'auteur en droit français, la preuve pourrait en être facilitée en théorie ; il n'en est rien dans la pratique¹⁰⁵².

457. Une preuve réduite à une opposition de discours. La victime étant la plupart du temps l'unique témoin de l'acte¹⁰⁵³, en l'absence de tout usage de violence ou en cas de signalement quelques temps après les faits, que reste-t-il à la justice sinon à confronter deux discours¹⁰⁵⁴, s'appuyer sur des témoignages, enquêter parmi les proches et, le cas échéant, tenter de déceler le sens des signes traumatiques manifestés par les victimes¹⁰⁵⁵ ? Ce faisceau d'indices, souvent limité à deux récits opposés, ne permet que rarement d'emporter l'intime conviction du juge¹⁰⁵⁶. En raison de nombreux facteurs tels que les conséquences traumatiques de l'infraction sur la victime ou encore l'écoulement du temps¹⁰⁵⁷, le récit de cette dernière ne répond pas toujours aux critères attendus par les autorités compétentes, à savoir la cohérence, la constance et la précision du discours¹⁰⁵⁸.

458. Une absence de preuve accentuée dans le contexte conjugal. Une très grande proportion des violences sexuelles se déroule au sein du couple¹⁰⁵⁹. Or, si la preuve des violences

¹⁰⁴⁹ D.DUCHEMIN, préc., note 760, p. 38 ; la disparition des preuves est accrue lorsque la plainte est tardive, Voir S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, pp. 98-99.

¹⁰⁵⁰ M. PAGÉ-ARPIN, M., préc., note 575, pp. 75 et s.

¹⁰⁵¹ V. Le GOAZIOU, préc., note 282, p. 28 ; C. ROTENBERG, préc., note 1048, p. 8.

¹⁰⁵² B. DELZANGLES et S. GROSBON, préc., note 374, p. 3.

¹⁰⁵³ V. Le GOAZIOU, préc., note 282, p. 28 ; M. PAGÉ-ARPIN, M., préc., note 575, p. 14.

¹⁰⁵⁴ F. DESPREZ, préc., note 783, p. 54.

¹⁰⁵⁵ V. Le GOAZIOU, préc., note 282, p. 28.

¹⁰⁵⁶ F. DESPREZ, préc., note 783, p. 54.

¹⁰⁵⁷ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, p. 91 : « La longueur des délais impacte la victime qui n'est plus la même que le jour des viols : la mémoire peut ne plus être précise sur le déroulement chronologique des faits subis dans la prime jeunesse. Or, faute de preuves matérielles exploitables si longtemps après les faits, c'est la parole de la victime qui est déterminante pour l'issue du procès » ; C. ROTENBERG, préc., note 1048, p. 11

¹⁰⁵⁸ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., Id., p. 3 ; p. 25, lorsque la victime est alcoolisée.

¹⁰⁵⁹ OMS (Organisation mondiale de la santé), La violence sexuelle, Rapport mondial sur la violence et la santé, Genève, 2002 ; V. Le GOAZIOU, « Les viols aux assises : regard sur un mouvement de judiciarisation », (2012) 34 *Archives de politique criminelle* 93, p. 97 : « Les enquêtes réalisées auprès de la population, à l'échelle nationale

sexuelles est difficile dans tous les contextes¹⁰⁶⁰, elle l'est encore davantage dans le contexte conjugal¹⁰⁶¹. Les agresseurs et leurs victimes étant des partenaires entre lesquels les relations sexuelles sont ou furent licites et désirées¹⁰⁶², la preuve de l'absence de consentement se révèle difficile voire impossible¹⁰⁶³. En effet, l'existence d'une intimité passée entre les deux protagonistes tend à brouiller les contours de la notion de consentement¹⁰⁶⁴ ; la preuve de son absence devenant ardue.

459. Des modes de preuve utiles mais peu usités. En l'absence de toute preuve matérielle, la reine des preuves dans le domaine des violences sexuelles reste l'aveu permettant d'éviter le classement des affaires¹⁰⁶⁵. De façon similaire à l'aveu, la reconnaissance préalable de culpabilité constitue un mode de règlement des conflits très fréquent au Canada¹⁰⁶⁶. En plus d'être utilisé fréquemment, il s'agit d'un moyen très utile permettant d'élucider une affaire en cas de manque de preuve matérielle notamment. À l'inverse, la reconnaissance préalable de culpabilité est très peu utilisée dans les affaires de violences sexuelles, car très stigmatisant pour l'auteur¹⁰⁶⁷. Au problème du manque de preuve matérielle, s'ajoute l'inutilisation des modes de règlement des conflits permettant de pallier ce manque de preuve. La conséquence directe étant un haut taux d'affaires non élucidées.

460. Des preuves scientifiques aux effets limités. La preuve scientifique¹⁰⁶⁸, souvent considérée comme la « preuve idéale », s'avère assez limitée dans le domaine des violences

comme internationale, montrent que les viols commis par des partenaires ou ex-partenaires des victimes (mari, concubin, petit ami...) sont en proportion parmi les plus importants de tous les types de viols déclarés par des femmes adultes ».

¹⁰⁶⁰ V. Le GOAZIOU, préc., note 282, pp. 27 et s.

¹⁰⁶¹ P. BENSUSSAN, préc., note 450, p. 223.

¹⁰⁶² V. Le GOAZIOU, préc., note 282, p. 24.

¹⁰⁶³ V. Le GOAZIOU, préc., note 1059, p. 98 ; S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 722, p. 44 : « Lorsque la plainte est déposée pour un viol conjugal (nous entendons : commis par un conjoint, concubin, partenaire de Pacs ou petit-ami sans cohabitation) avec un contexte de violences conjugales, la plainte est souvent classée sans suite. Il semble que le viol est englobé dans un continuum de violences sans en être distingué. » ; Thomas BESSE, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », (2018) *RSC* 21, pp. 24- 25, selon l'auteur, le cadre conjugal constitue un facteur de dissipation de la preuve.

¹⁰⁶⁴ T. BESSE, Id., p. 24.

¹⁰⁶⁵ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, p. 74 ; V. Le GOAZIOU, préc., note 282, p. 29 : « La lecture des dossiers des affaires jugées aux assises montre que la preuve qui emporte le plus souvent la conviction des acteurs judiciaires pour l'établissement du viol reste encore la reconnaissance des faits par l'auteur présumé ».

¹⁰⁶⁶ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 401.

¹⁰⁶⁷ Genevieve McINNES, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>.

¹⁰⁶⁸ Dans les affaires de violences sexuelles, la preuve scientifique sera souvent récoltée suite à un examen médico-légal, sur cette question, Voir M. KOLOPP et al., « Examen médico-légal des victimes d'agressions sexuelles : caractéristiques et liens avec les poursuites judiciaires », (2017) 45 *Gynécologie Obstétrique Fertilité & Sénologie* 158, p. 159.

sexuelles. En effet, de nombreuses infractions sexuelles sont rapportées des années après les faits, dans ce cas précis, on sera confronté à une absence de preuve scientifique¹⁰⁶⁹. Dans l'autre cas de figure où la preuve scientifique est présente, elle s'avère être partielle en ce qu'elle permet de prouver l'existence d'une relation sexuelle entre la plaignante et l'auteur présumé ; en revanche, elle ne permet pas d'apporter la preuve du caractère non consenti de cette activité sexuelle¹⁰⁷⁰.

461. Un manque de preuve encadré par des principes rigoureux. Les conséquences d'un manque de preuve sont encadrées par les principes directeurs du droit de la preuve, au premier rang desquels se trouve la présomption d'innocence. Cette dernière empêche de condamner un individu sans une preuve fiable permettant d'emporter l'intime conviction du juge¹⁰⁷¹. Par conséquent et malgré une volonté manifeste des législateurs français et canadien de renforcer la répression des infractions sexuelles, cette volonté se voit limitée en pratique par la protection des droits de l'accusé telle que sa présomption d'innocence ou son droit à une défense pleine et entière¹⁰⁷². La conséquence étant qu'on se retrouvera souvent avec une victime sans coupable¹⁰⁷³.

462. Conséquences de ces limites probatoires. Ce manque de preuve est un frein indéniable à la répression des infractions sexuelles. En effet, cet état de fait influe souvent sur la décision des autorités policières ou judiciaires de les signaler ou de poursuivre¹⁰⁷⁴. En matière de violences sexuelles, la difficulté d'apporter la preuve des faits, surtout lorsque l'enquête se déroule de nombreuses années plus tard, accroît la probabilité de décision de classements¹⁰⁷⁵, de non-lieux, d'abandon¹⁰⁷⁶ ou de relaxes, au détriment des victimes qui peuvent y voir une négation des souffrances subies¹⁰⁷⁷. Par conséquent, un nombre important de cas ne sont tout

¹⁰⁶⁹ F. DESPREZ, préc., note 783, p. 59 ; S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, p. 100.

¹⁰⁷⁰ V. Le GOAZIOU, préc., note 282, p. 29 ; F. DESPREZ, préc., note 783, p.60.

¹⁰⁷¹ F. DESPREZ, F., Id., p. 45 : « D'autre part, la présomption d'innocence suppose que l'accusation apporte la preuve de la commission de l'infraction ; et, si le juge décide selon son intime conviction, il a pour impératif de motiver la décision rendue, donc, en cas de condamnation, il doit exposer les éléments traduisant l'existence de l'infraction et permettant de conclure à la culpabilité ».

¹⁰⁷² Résumé législatif, projet de loi C-51, p. 17.

¹⁰⁷³ M. PAGÉ-ARPIN, M., préc., note 575, p. 74.

¹⁰⁷⁴ D.P. BRYDEN et S. LENGNICK, préc., note 1034, p. 1200.

¹⁰⁷⁵ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, p. 33 ; Ministère de la justice, Infostat Justice, « Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l'instruction », (2018) 160 Bulletin d'information statistique, p. 3.

¹⁰⁷⁶ C. ROTENBERG, préc., note 1048, p. 8.

¹⁰⁷⁷ Philippe KALTENBACH, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi de Mmes Muguette

simplement jamais résolus, notamment par manque de preuves permettant de porter des accusations¹⁰⁷⁸.

463. La libre appréciation du juge. En dépit d'une amélioration théorique des règles de preuve et de procédure en faveur des victimes d'agression sexuelle, leurs bénéfices sont limités en pratique par deux éléments. Le premier étant constitué par l'absence de preuve ou l'absence de moyen, tel qu'analysé précédemment. Le second trouvant sa source dans la libre appréciation du juge des modes de preuve¹⁰⁷⁹. Le résultat de cette libre appréciation est souvent dépendant des représentations qu'ont les magistrats des violences sexuelles et de leurs victimes. En d'autres termes, au côté des limites matérielles, on trouve des limites idéologiques qui sont liées aux représentations que se font les praticiens et la société dans son ensemble de ce qu'est une agression sexuelle d'une part, et de ce qu'est une victime d'agression sexuelle, d'autre part.

B. Des causes idéologiques

« Il est plus difficile de désagréger un préjugé qu'un atome »
Albert Einstein

464. Une récurrence désarmante. Au côté de ces limites matérielles qui trouvent quelques explications légitimes¹⁰⁸⁰ et quelques solutions envisageables¹⁰⁸¹ ; il existe des limites idéologiques quant à elles illégitimes et inadmissibles car fondées sur des fausses croyances. La conception initialement très restrictive des violences sexuelles et de leurs victimes, telle qu'exposée dans la première partie de cette thèse, constitue toujours un obstacle à l'effectivité

DINI, Chantal JOUANNO et plusieurs de leurs collègues, modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, Sénat, n°549, 21 mai 2014, p. 22.

¹⁰⁷⁸ Cecilia BENOIT et al., Dossier d'information : la violence à caractère sexuel faite aux femmes au Canada, Condition féminine Canada, Gouvernement du Canada, 2016, disponible en ligne <http://www.swc-cfc.gc.ca/svawc-vcsfc/index-fr.html>; SINHA, M. (2013). Mesure de la violence faite aux femmes : tendances statistiques, composante du produit no 85-002-X au catalogue de Statistique Canada Juristat, <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2013001/article/11766-fra.pdf>.

¹⁰⁷⁹ Voir Résumé législatif, projet de loi C-51, p. 17 : « Les droits à l'égalité et à la vie privée des plaignants doivent être pris en compte et protégés. Cela dit, la Cour suprême a souligné que le droit d'un accusé à une défense pleine et entière est primordial. Les juges de première instance doivent jouir d'un pouvoir discrétionnaire leur permettant de sopeser des droits constitutionnels concurrents dans le contexte factuel précis des affaires en cause et de rendre des décisions propres à chaque cas en matière de pertinence et d'admissibilité. »

¹⁰⁸⁰ Moyens financiers qui n'existent pas, droit positif, l'absence de preuve. Limites inévitables dans un état de droit.

¹⁰⁸¹ Comme solution, il est possible d'envisager une augmentation du budget accordé à la justice, une formation des professionnels, notamment.

des normes en la matière. Ces fausses représentations ont un impact négatif tant sur l'objectif d'efficacité, que sur celui d'égalité ou encore sur la finalité d'adaptation. Il est légitime d'affirmer que ces causes idéologiques constituent depuis toujours le plus grand obstacle à l'effectivité du droit dans le domaine des violences sexuelles dont sont majoritairement victimes les femmes et les enfants. Les limites idéologiques à l'effectivité des normes apparaissent à deux niveaux différents : au niveau collectif et institutionnel (1), et au niveau individuel (2).

1) Chez les acteurs du droit

465. Les mythes et stéréotypes toujours en vigueur¹⁰⁸². En dépit de la volonté manifeste des législateurs français et canadiens de mettre fin à une pratique stéréotypée et discriminatoire du droit dans le domaine des violences sexuelles, les mythes et stéréotypes – surtout les stéréotypes de genre¹⁰⁸³ – semblent avoir la peau dure. En effet, malgré un changement de mentalité et une bonification du droit relaté en première partie, les stéréotypes de la « victime idéale » et du « viol idéal » irriguent encore les pratiques¹⁰⁸⁴. Malgré les réformes législatives et les arrêts de la Cour suprême énonçant que les mythes et les stéréotypes n'ont pas leur place dans un procès criminel, on continue de déplorer la persistance de mythes et de stéréotypes dans le cadre des instances en matière d'infractions sexuelles¹⁰⁸⁵. Selon l'étude de Jennifer Temkin et Barbara Krahé, les stéréotypes sont présents chez tous les individus. Ainsi, elles ont observé l'omniprésence de ces mythes chez plusieurs groupes d'individus : de futurs avocats, des citoyens, des juges et des avocats. Les conclusions sont édifiantes, le stéréotype du « viol

¹⁰⁸² *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, République française, Avis, « Lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux », 20 novembre 2018 : « la persistance de stéréotypes sexistes et de représentations erronées sur la sexualité, véhiculés au premier chef par la pornographie mais aussi par la publicité et même, parfois, par la presse et la justice, conduisent à la persistance d'une « culture du viol », pour reprendre l'expression employée par des sociologues pour désigner une permissivité sociale à l'égard des violences sexistes », p. 6.

¹⁰⁸³ C. SAAS, préc., note 247.

¹⁰⁸⁴ M. RANDALL, préc., note 406 ; J. TEMKIN et B. KRAHÉ, préc., note 165, p. 32 ; P.M. PAGÉ-ARPIN, préc., note 575, pp. 26-27 ; R. c. *Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 654, dissidence de la juge L'Heureux-Dubé.

¹⁰⁸⁵ Résumé législatif, projet de loi C-51, p.17 ; Voir, p. ex., Conseil canadien de la magistrature, dans l'affaire de l'article 65 de la Loi sur les juges, L. R., 1985, ch. J-1, et du comité d'enquête constitué par le Conseil canadien de la magistrature pour examiner la conduite de l'honorable Robin Camp de la Cour fédérale : Rapport du Conseil canadien de la magistrature à la ministre de la Justice, Ottawa, 8 mars 2017. Un certain nombre de décisions judiciaires ont abordé la question ; R. c. *Barton*, 2019 CSC 33 ; Pour obtenir des exemples de reportages sur la persistance de ces stéréotypes, voir, p. ex. « Justice minister denounces judge's comments on teen sexual assault victim's weight », CBC News, 25 octobre 2017 ; « La ministre de la Justice demande une enquête sur les propos du juge Braun », ICI.Radio-Canada.ca, 25 octobre 2017 ; David BURKE, « Complaints about N.S. judge who said 'a drunk can consent' will be investigated », CBC News, 7 septembre 2017.

parfait » est présent dans ces trois groupes d'individus. Ces stéréotypes amènent les policiers, les avocats ainsi que les magistrats à exclure du cadre juridique canadien relatif aux agressions sexuelles une grande quantité d'individus¹⁰⁸⁶. En d'autres termes, de nombreux stéréotypes sont reproduits par les acteurs pénaux¹⁰⁸⁷. Une étude française révèle une réalité similaire, l'auteure avance que les acteurs pénaux reprennent, pérennisent et renforcent les stéréotypes de genre, tant lors de l'écriture de la loi que lors de son application¹⁰⁸⁸. Ces stéréotypes influencent non seulement les acteurs pénaux mais irriguent toujours la société dans son ensemble¹⁰⁸⁹.

466. Des stéréotypes entretenus par les praticiens. Les acteurs du droit, plus spécifiquement les juges, participent activement à l'ineffectivité des normes en continuant d'appliquer la règle de droit à l'aune des stéréotypes de genre. Au Canada, le projet de loi C-337 a été déposé suite à un nombre troublant d'affaires d'agressions sexuelles ayant ébranlé la confiance du public envers le système de justice canadien¹⁰⁹⁰. Dans ces affaires, les juges avaient fait des déclarations devant les tribunaux ou dans leurs décisions à l'issue de procès pour agression sexuelle et qui, selon certains, s'appuyaient sur des stéréotypes discrédités au sujet des victimes d'agression sexuelle¹⁰⁹¹. Dans l'une des affaires¹⁰⁹², le juge a dû démissionner suite à une demande de révocation par le Conseil canadien de la magistrature, du fait qu'il ait tenu des propos ou posé des questions « *démontrant de l'aversion pour les lois visant à protéger les témoins vulnérables, à promouvoir l'égalité homme-femme et à assurer l'intégrité des procès pour agression sexuelle* ». ¹⁰⁹³ Dans l'affaire *R. v. A.R.D.*¹⁰⁹⁴, un nouveau procès a été ordonné en appel après que le juge a été déclaré coupable d'avoir invoqué, dans ses motifs d'acquiescement, des mythes sur le comportement « attendu » d'une victime d'agression sexuelle. Un autre exemple se trouve dans l'affaire *R. v. Al-Rawi*¹⁰⁹⁵, le juge a été vivement critiqué pour son langage insultant à l'égard d'une femme qui était en état d'ébriété au moment

¹⁰⁸⁶ M. RANDALL, préc., note 406, pp. 409-423.

¹⁰⁸⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 3.

¹⁰⁸⁸ C. SAAS, préc., note 247, p. 1.

¹⁰⁸⁹ Étienne MERCIER et Anthony BAREA, « Les français et les représentations sur le viol », Décembre 2015, IPSOS ; Sylvie UCCIANI, *La transmission des stéréotypes de sexe*, Biennale internationale de l'éducation, de la formation et des pratiques professionnelles, 2012, Paris ; C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 823, p. 5.

¹⁰⁹⁰ FEWO, Témoignages, 1re session, 42e législature, 4 avril 2017, 0850 l'honorable Rona Ambrose, députée de Sturgeon River-Parkland dans L. CASAVANT et al., préc., note 1090 p. 1 ; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33 ; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38.

¹⁰⁹¹ L. CASAVANT et al., Id., p. 1.

¹⁰⁹² *R v Wagar*, 2015 ABCA 327

¹⁰⁹³ Conseil canadien de la magistrature (CCM), Enquête du Conseil canadien de la magistrature sur la conduite de l'honorable Robin Camp : Rapport à la ministre de la Justice, 8 mars 2017, paragr. 10.

¹⁰⁹⁴ *R. v. A.R.D.*, 2017 ABCA 237 (CanLII); *R. c. A.R.J.D.*, 2018 CSC 6 (CanLII).

¹⁰⁹⁵ *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10 (CanLII).

de l'agression sexuelle alléguée. Cette interprétation stéréotypée de la réalité se retrouve également dans le discours du juge français où l'on remarque une tendance à l'euphémisation des faits¹⁰⁹⁶. Le juge utilisant des termes colportant une conception restrictive des victimes et des violences sexuelles, c'est ainsi qu'il parlera de personne « tactile¹⁰⁹⁷ », d'actes d'« enfantillage »¹⁰⁹⁸ ou de « simple chahut ».¹⁰⁹⁹ Le juge français n'hésite pas à faire référence de façon expresse aux qualités attendus de la victime de violence sexuelles. À titre d'exemple, la Cour d'appel d'Angers retient : « *Attendu que Mme (X.) est quasi unanimement décrite comme une femme de caractère, consciencieuse, élégante et de belle allure, mais aucunement provocante.* »¹¹⁰⁰

Ces différents exemples démontrent de façon non équivoque que l'intention des législateurs de mettre fin à une pratique discriminatoire du droit pénal à l'encontre des femmes, se voit mise en échec par une pratique manifestement stéréotypée de la norme.

467. Du collectif à l'individuel. Ces mythes et stéréotypes irriguent la société dans son ensemble en passant par les praticiens du droit¹¹⁰¹, sans oublier les victimes elles-mêmes. En effet, l'une des conséquences au manque d'effectivité des normes, et plus spécifiquement à la volonté du législateur d'accroître la répression des violences sexuelles, en augmentant le taux de signalement, se voit mettre en échec par l'adhésion souvent inconsciente des victimes aux fausses représentations.

2) Chez les victimes

468. Des victimes formatées. Ces différentes représentations véhiculées par la société et les acteurs du droit ont des conséquences sur les plaintes qui sont effectivement déposées¹¹⁰². Au regard des efforts mis en œuvre par les législateurs français et canadiens afin de faciliter et d'encourager le signalement des violences sexuelles, une question persiste :

¹⁰⁹⁶ C. SAAS, préc., note 247, p. 4.

¹⁰⁹⁷ Paris, 7 septembre 2010, JurisData n° 2010-018117.

¹⁰⁹⁸ Paris, 24 avril 2013, JurisData n° 2013-009825.

¹⁰⁹⁹ Paris, 24 avril 2013, JurisData n° 2013-009825.

¹¹⁰⁰ Angers, 30 novembre 1999, JurisData n° 1999-110639.

¹¹⁰¹ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p.3 ; Sheehy, E. A. (2012). « The Victories of Jane Doe », dans *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*, University of Ottawa Press, Ottawa, p. 23–45.

¹¹⁰² C. SAAS, préc., note 247, p. 2.

*pourquoi la victime de violence sexuelle ne porte pas plainte*¹¹⁰³ ? À cette vaste question, de nombreuses réponses existent. Deux catégories de causes peuvent être distinguées. Les premières sont liées au contexte dans lequel se déroule l'agression ; les secondes sont liées aux croyances des victimes, ces dernières sont largement influencées par les mythes et stéréotypes véhiculés dans la société.

469. L'impact du contexte sur le taux de plainte. Des études ont permis de mettre en lumière certains facteurs influençant l'inaction des victimes face au signalement des violences sexuelles subies. Un des facteurs concerne les liens existants entre l'auteur et la victime ; ainsi, le fait que la victime connaisse son agresseur augmenterait la probabilité de ne pas déposer plainte¹¹⁰⁴. Or nous l'avons vue, dans la très grande majorité des cas de violences sexuelles, la victime connaît son agresseur¹¹⁰⁵. Certaines caractéristiques sociodémographiques des victimes de violences sexuelles constituent également des facteurs de dénonciation¹¹⁰⁶. Des études démontrent l'influence négative du niveau de revenu et d'éducation des victimes, le résultat étant que plus le niveau de vie ou d'éducation des victimes est élevée, moins sera grande la probabilité qu'elles en informent les autorités¹¹⁰⁷. L'une des raisons de cet état de fait serait que les victimes au niveau d'éducation plus élevé auraient davantage de connaissances du système pénal et ainsi, sauraient plus que les autres victimes combien les procès sont coûteux psychologiquement et que la condamnation de l'agresseur est incertaine¹¹⁰⁸. Les caractéristiques

¹¹⁰³ Les victimes de violence sexuelle ont une tendance exacerbée à ne pas porter plainte, Voir A. BELQUAÏD, préc., note 184, p. 591 : « La réticence des femmes à porter plainte est une donnée acquise dans le contexte régional ; il s'agit d'une réticence culturelle qui ignore les classes sociales et les niveaux d'éducation ».

¹¹⁰⁴ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 504 ; S. FELDMAN-SUMMERS, J. NORRIS, « Differences between rape victims who report and those who do not report to a public agency », (1982) Unpublished paper, *Psychology Department, University of Washington*, Seattle, WA.; L. WILLIAMS, « The classic rape : When do victims report », (1984) *Social Problems* 31, 4, 459-467 ; R. GARTNER, R. MACMILLAN, « The effect of victim-offender relationship on reporting crimes of violence against women », (1995) *Canadian Journal of Criminology*, 37, 393-429..

¹¹⁰⁵ C. ROTENBERG, préc., note 1048, p. 3 : « Dans le cas des affaires d'agression sexuelle qui ont mené au dépôt d'une accusation par la police, la majorité (87 %) des victimes connaissaient leur agresseur, lequel était le plus souvent une simple connaissance, un membre de la famille ou un partenaire intime. Seule une petite proportion (13 %) des agressions sexuelles ont été commises par un étranger » ; Secrétariat d'État chargé de l'Égalité entre les hommes et les femmes et de la lutte contre les discriminations, « Enquête VIRAGE : viols et agressions sexuelles en France- Premiers résultats », 2016 : « Les ¾ des femmes victimes de viols et des tentatives de viols ont été agressées par un membre de leur famille, un proche, un conjoint ou ex-conjoint », <https://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/publications/droits-des-femmes/lutte-contre-les-violences/premiers-resultats-de-lenquete-virage-violences-et-rapports-de-genre/>.

¹¹⁰⁶ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 505.

¹¹⁰⁷ Id. ; A.-J. LIZOTTE, « The uniqueness of rape: Reporting assaultive violence to the Police. Crime and Delinquency », (1985) 31, 2, 169-190 ; H. GOUDRIAAN, K. WITTEBROOD, P. NIEUWBEERTA, « Neighbourhood characteristics and reporting crime, effects of social cohesion, confidence in Police effectiveness and socio-economic disadvantage », (2006) *British Journal of Criminology*, 46, 4, 719-742 ; D. ALLEN, « The Reporting and Underreporting of Rape », (2007) 73 *Southern Economic Journal*, 623-641.

¹¹⁰⁸ C. VANIER et A. LANGLADE, Id.

de la victime tel que l'âge¹¹⁰⁹ ou encore la couleur de peau constituent également des facteurs. Les circonstances de l'agression jouent un rôle dans le dépôt de plainte, plus la victime a des séquelles physiques, plus elle aurait tendance à porter plainte¹¹¹⁰. Enfin, si le contexte de l'agression correspond aux mythes sur le viol, la victime aura davantage tendance à rapporter sa victimisation¹¹¹¹. Cette dernière précision permet de démontrer l'impact des fausses représentations sur la tendance des victimes à porter plainte.

470. L'impact des croyances sur le taux de plainte¹¹¹². Une autre explication du faible taux de plainte en matière de violence sexuelle est de nature subjective, en ce qu'elle trouve sa source dans la psyché des victimes. Le mauvais traitement des victimes de violences sexuelles tant sur un plan idéologique que factuel a un impact indéniable sur le comportement des victimes face au signalement de leur agression¹¹¹³. En effet, l'un des facteurs les plus importants dans la décision de la victime de porter plainte concerne la perception qu'ont les femmes du traitement que le système de justice pénale réserve aux affaires d'agression sexuelle, ce qui comprend le comportement et l'attitude du personnel de justice pénale¹¹¹⁴. Au-delà de cette perception négative mais fondée¹¹¹⁵, le motif le plus souvent invoqué pour s'abstenir de porter plainte concerne les expériences que les femmes ont vécues avec le système de justice pénale¹¹¹⁶, ou aux croyances qu'elles entretiennent au sujet du traitement que ce système réserve aux affaires d'agression sexuelle¹¹¹⁷. À cela s'ajoute de nombreuses peurs ressenties par les

¹¹⁰⁹ Plus la victime est âgée, plus la probabilité qu'elle rapporte les faits aux autorités sera élevée, C. VANIER et A. LANGLADE, Id. p. 505 ; R. GARTNER, R. MACMILLAN, préc., note 1104 ; H. GOUDRIAAN, K. WITTEBROOD, P. NIEUWBEERTA, préc., note 1107 ; D. ALLEN, préc., note 1107.

¹¹¹⁰ C. VANIER et A. LANGLADE, Id., pp. 505-506 ; S. FELDMAN-SUMMERS, J. NORRIS, préc., note 1104 ; L. WILLIAMS, préc., note 1104 ; A.-M. COHN, H.-M. ZINZOW, H.-S. RESNICK, D.-G. KILPATRICK, « Correlates of reasons for not reporting rape to police : Results from a national telephone household probability sample of women with forcible or drug-or-alcohol facilitated/incapacitated rape », (2013) 28 *Journal of Interpersonal Violence*, 455-473.

¹¹¹¹ C. VANIER et A. LANGLADE, Id., 506 ; R. GARTNER, R. MACMILLAN, préc., note 1104.

¹¹¹² C. BENOIT et al., préc., note 1078, p.3 : « Les femmes intériorisent ces croyances et se blâment d'avoir attiré l'agression sexuelle, ce qui pourrait expliquer en partie que bien des agressions sexuelles ne soient pas signalées à la police » ; N. M., HEATH, et al., « Rape Myth Acceptance Impacts the Reporting of Rape to the Police: A Study of Incarcerated Women », (2013) 19 *Violence Against Women*, 1065.

¹¹¹³ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 181, p. 203.

¹¹¹⁴ Tina HATTEM, « Rapport de recherche, enquête auprès de femmes qui ont survécu à une agression sexuelle », 2000, Division de la recherche et de la statistique, p. 25.

¹¹¹⁵ M. SALMONA, préc., note 115, p. 158 : « Moins de 8% des victimes de viol (alors qu'il s'agit d'un crime) portent plainte. Le soupçon quasi systématique qui pèse sur les victimes, leur stigmatisation, la minimisation ou le déni de leurs souffrances sont un frein puissant à la révélation des violences, frein renforcé par la banalisation des violences ou leur retournement pervers en actes d'amour, de désir, de jeux de séduction, d'éducation, de soins, etc. » ; J. ROBERTS, préc., note 575, p. 45.

¹¹¹⁶ T. HATTEM, préc., note 1114, p. 28, p. 39 : « Toutefois, d'après ce que nous avons mentionné précédemment, il ressort que leurs expériences n'ont généralement pas répondu à leurs attentes ».

¹¹¹⁷ Id., p. 28.

victimes de violences sexuelles. En effet, la majorité des victimes d'agression sexuelle ne portent pas plainte par peur d'être stigmatisée¹¹¹⁸ ou peur d'être blâmée par les proches ou la police¹¹¹⁹ ; elles sont également submergées par un sentiment de gêne ou de honte¹¹²⁰, ainsi qu'un sentiment de culpabilité¹¹²¹.

471. Une tendance à sous-estimer sa victimisation. L'impact le plus flagrant de ces mythes et stéréotypes sur la décision des victimes de porter plainte ou non se retrouve dans la perception qu'ont ces dernières de leur victimisation. Il est en effet intéressant de remarquer que de nombreuses victimes ont tendance à minimiser la violence subie ou à percevoir la victimisation sexuelle comme une affaire d'ordre privé¹¹²². À titre d'exemple, en France, 42% des victimes de violences sexuelles ont estimé que leur agression n'était pas assez grave pour déposer plainte¹¹²³. Des études canadiennes démontrent également que l'une des raisons pour lesquelles les femmes ne signalent pas l'agression aux autorités se trouve dans le fait qu'elles considèrent l'incident comme peu grave¹¹²⁴. Cette minimisation est notamment liée au sentiment de honte ou de culpabilité ressenti suite à l'agression¹¹²⁵ ; cette tendance à relativiser l'acte subi est également lié au fait que la victime estime que son agression ne correspond pas à la catégorie du « viol idéal », ou qu'elle ne rentre pas dans la catégorie de la « victime idéale ».

472. Conséquences de ces croyances adoptées par les victimes. Cette attitude généralisée d'évitement face au dépôt de plainte constitue un véritable obstacle à l'effectivité des normes¹¹²⁶. En effet, les règles de droit relative à la preuve et à la procédure avaient pour objectif affiché de s'adapter aux victimes, en préservant leur protection, leur intimité et éviter une seconde victimisation. Dans les faits, les victimes restent méfiantes. Cette attitude d'évitement de la part des femmes victimes de violences sexuelle est accentuée chez les femmes de populations vulnérables¹¹²⁷, soit en raison de leur orientation sexuelle¹¹²⁸, de leur

¹¹¹⁸ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 504.

¹¹¹⁹ Id., p. 504.

¹¹²⁰ Id., p. 504.

¹¹²¹ Id., p. 504 ; M. SALMONA, préc., note 115, p. 101.

¹¹²² S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 151, p. 7.

¹¹²³ ONDRP, 2017, Victimation 2016 et perception de la sécurité, Rapport Annuel, 68-71.

¹¹²⁴ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p. 2 ; S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, préc., note 151, p. 1 à 20.

¹¹²⁵ T. HATTEM, préc., note 1114, p. 25.

¹¹²⁶ Il convient de rappeler que les réformes relatives aux violences sexuelles avaient notamment pour objectif une augmentation du taux de plainte, Voir L. SNIDER, préc., note 157, p. 16.

¹¹²⁷ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p. 2.

¹¹²⁸ Kimberly F. BALDAM, et Dawn M. SZYMANSKI, « Women's Same-Sex Relationships: The Role of Minority Stress », (2005) 29 *Psychology of Women Quarterly* 258 ; M.-E. WOLF, U., LY, M.-A., HOBART et

appartenance ethnique¹¹²⁹ ou encore de leur occupation¹¹³⁰. La surspécialisation de ces mêmes règles concernant les mineurs ne semble pas avoir porté ses fruits, puisque des études démontrent que plus la victime est jeune, moins elle est encline à déposer plainte¹¹³¹.

473. De l'explication à l'illustration. L'analyse précédente est venue démontrer les différentes causes empêchant les normes de produire les effets souhaités par le législateur. Afin d'approfondir l'analyse de l'ineffectivité de la règle de droit dans le domaine des violences sexuelles, ceci dans le but d'isoler des solutions, il semble pertinent d'étudier la façon dont ces freins prennent forme dans la mise en œuvre de la norme.

II. L'ECART ILLUSTRE

474. L'ineffectivité en pratique. Les différentes limites empêchant l'intention du législateur de se réaliser, affectent la mise en œuvre de la règle de droit de deux façons concrètes. La première s'illustrant par un accès difficile des victimes à la justice (A). La seconde prenant la forme d'une reconnaissance relative des faits par les tribunaux français et canadiens (B).

A. Un accès à la justice ardu

475. L'étape policière : une désillusion. Lorsque la victime de violence sexuelle décide de rapporter son agression aux autorités, son premier interlocuteur sera bien souvent un policier. Dans ce type d'affaire, la pratique policière fait depuis longtemps l'objet de

M.-A., KERNIC, « Barriers to Seeking Police Help for Intimate Partner Violence », (2003)18 *Journal of Family Violence* 12.

¹¹²⁹ Anette J. BROWNE et Jo-Anne FISKE, « First Nations women's encounters with mainstream health care services », (2001) 23 *Western Journal of Nursing Research* 126 ; A.- J BROWNE et V., SMYE, « A postcolonial analysis of health care discourses addressing Aboriginal women », (2002) 9 *Nurse Research: The International Journal of Research Methodology in Nursing and Health Care* 28 ; Cecilia BENOIT, Dena CARROLL et Munaza CHAUDRY, « In search of a healing place: Aboriginal women in Vancouver's Downtown Eastside », (2003) 56 *Social Science and Medicine* 821.

¹¹³⁰ On fait référence ici aux travailleuses du sexe, Voir C. BENOIT, B., MCCARTHY et M., JANSSON, « Stigma, service work, and substance use : A two-city, two-country comparative analysis » (2015) 37 *Sociology of Health & Illness* 437 ; C. BENOIT, B., MCCARTHY et M., JANSSON, « Occupational stigma and mental health: discrimination and depression among front-line service workers », (2015) 41 *Canadian Public Policy*, Issue Supplement 2, S61–S69.

¹¹³¹ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 526.

nombreuses critiques. Cette pratique souvent stéréotypée et discriminatoire a constitué le motif principal du mouvement féministe ayant inspiré les modifications législatives des années quatre-vingt¹¹³². L'accueil suspicieux des victimes de violences sexuelles par les autorités policières constitue le premier obstacle empêchant une réponse concrète et effective à la problématique des violences sexuelles. L'attitude néfaste de la police envers les victimes d'agressions sexuelles contribuant grandement au faible taux de crimes sexuels rapportés à la police¹¹³³. De nombreuses plaintes sont classées infondées par la police, et cela en raison du scepticisme des policiers envers les victimes d'agressions sexuelles¹¹³⁴. Selon une enquête journalistique approfondie du *Globe and Mail* du mois de février 2017, les policiers décident régulièrement de ne pas donner suite à une plainte pour agression sexuelle¹¹³⁵. La police semble avoir tendance à rejeter rapidement les plaintes des femmes suite à une évaluation de leur crédibilité, fondée sur le stéréotype du « vrai viol ». ¹¹³⁶ En effet, de nombreuses recherches ont mis en lumière un manque de cohérence dans les enquêtes policières, les arrestations, les condamnations, ainsi que la discrimination à l'égard des femmes¹¹³⁷. Ce constat se retrouve dans les deux pays.

476. Une désillusion française. Dans la pratique française, les policiers ont tendance à qualifier les faits en fonction de la réaction de la victime au moment des faits- cette réaction étant analysée sous le prisme des mythes de la victime idéale- cette interprétation biaisée des faits à un impact sur la prise de plainte, et plus précisément sur la déqualification de la plainte en une simple main courante¹¹³⁸. L'impact de cette pratique policière a été analysée sous l'angle

¹¹³² J. ROBERTS, et A., PIRES, préc., note 166, p. 31.

¹¹³³ M. RANDALL, préc., note 406, p. 412 ; S. BRENNAN et A. TAYLOR-BUTTS, « Les agressions sexuelles au Canada », 2004, *Série de profils du centre canadien de la statistique juridique*, p.7-8 ; I. CÔTÉ et S. LAPIERRE, préc., note 446, p. 190 : « Il est à noter que les violences sexuelles demeurent les crimes les moins rapportés, ceux engendrant les plus faibles taux de conviction, et les crimes pour lesquelles les victimes sont le moins prises au sérieux, notamment en raison des mythes blâmant les femmes pour leur victimisation » ; C. BENOIT et al., préc., note 1078, p. 2.

¹¹³⁴ M. RANDALL, Id., p. 412.

¹¹³⁵ Robyn DOOLITTLE, Michael PEREIRA, Laura BLENKINSOP, Jeremy AGILUS, « Will the Police Believe You? A 20-month investigation by the *Globe and Mail* reveals that sexual victims are more likely to be believed in some areas of the country than in others », (2017) *The Globe and Mail*.

¹¹³⁶ H. JOHNSON, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>.

¹¹³⁷ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p.2 ; Teresa DUBOIS, « Police Investigation of Sexual Assault Complaints: How Far Have We Come Since Jane Doe? », dans E. SHEEHY (Dir.), *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012, p. 191-210; R. KONG, H., JOHNSON, S., BEATTIE et A. CARDILLO, préc., note 644 ; H. JOHNSON, préc., note 644, p. 613-634.

¹¹³⁸ Oceane PERONA, « Déqualifier les viols : une enquête sur les mains courantes de la police judiciaire », (2018) *Droit et société* 341, p. 353 : « À nouveau, on voit bien comment la qualification policière des récits des plaignantes fait dialoguer la lettre du droit pénal avec des représentations de la sexualité féminine. Les déclarantes doivent faire la preuve de leur résistance physique à l'agression et ne pas se présenter comme des victimes passives ».

de la victime. Selon une étude française de 2015 menée par l'association Mémoire traumatique et victimologie, quatre-vingt-deux pour cent des répondants victimes de violences sexuelles ayant déposé plainte ont déclaré avoir mal vécu cette expérience¹¹³⁹.

477. Une désillusion canadienne. Ce traitement sélectif et peu équitable des victimes de violences sexuelles par les policiers a également été mis en lumière au Canada dans l'affaire *Jane Doe contre la Metropolitan Toronto Commissioners*¹¹⁴⁰. Dans cette affaire, la juge MacFarland remarque que la police agit comme un filtre dans les cas d'agression sexuelle, si elle laisse les mythes sur le viol influencer l'enquête, cela débouche souvent sur un non-lieu ou amène à conclure que les allégations sont « non fondées »¹¹⁴¹. Cette affaire a marqué un tournant décisif dans la manière dont la justice canadienne traite les agressions sexuelles. Elle a en effet jeté la lumière sur le fait que l'appareil judiciaire a exercé, et exerce encore à plusieurs égards, une violence structurelle envers les femmes. Les croyances et préjugés discriminatoires inscrits au cœur même de cet appareil peuvent sérieusement nuire à la santé et à la sécurité des femmes¹¹⁴².

478. Les conséquences du filtre policier sur les victimes. Cette pratique stéréotypée nuit à la santé et à la sécurité des victimes de deux façons distinctes. Elle cause une seconde victimisation d'une part¹¹⁴³, et elle dissuade de nombreuses victimes de signaler leur agression aux autorités compétente, d'autre part. Cette dissuasion a un impact direct sur la victime ayant subi l'agression puisqu'elle la prive d'une protection par le système judiciaire ; cela a également des conséquences sur les victimes futures en ne neutralisant pas l'agresseur, et donc en lui permettant de poursuivre ses méfaits. Concernant la seconde victimisation par le système judiciaire, celle-ci prend la forme d'une moralisation de la victime par les entités compétentes¹¹⁴⁴, ainsi que d'une culpabilisation de cette dernière instaurée par un catalogue de reproche conséquent¹¹⁴⁵.

¹¹³⁹ Association mémoire traumatique et victimologie, 2015, Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte, Bourg-la-Reine, Association Mémoire Traumatique et Victimologie, [en ligne] <https://www.memoiretraumatique.org/assets/files/v1/campagne2015/2015-Synthese-enquete-AMTV.pdf>.

¹¹⁴⁰ *Jane Doe v Toronto (Metropolitan) Commissioners of Police* (1989), 58 DLR (4th) 396 (Ont HC) at para 116.

¹¹⁴¹ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p. 3.

¹¹⁴² Id., p.3.

¹¹⁴³ J. ROBERTS, préc., note 575, p. 42 ; Dianne CASONI, « Les trois étapes de l'évaluation des allégations d'agression sexuelle », (2001) *Psychologie Québec* 23, p. 23.

¹¹⁴⁴ Association mémoire traumatique et victimologie, « Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte, déni de protection, de reconnaissance et de prise en charge : enquête nationale auprès des victimes », 2015, p. 36.

¹¹⁴⁵ Id., p. 33.

479. Un taux d'attrition excessif. La conséquence directe de ce filtre policier s'illustre par un taux élevé de plaintes jugées non fondées. Concernant le Canada, depuis le scandale de l'affaire *Jane Doe* qui a marqué un tournant décisif dans la manière dont la justice canadienne traite les agressions sexuelles¹¹⁴⁶ ; les policiers se montrent plus rigoureux et hésitent davantage à classer un cas comme étant « sans fondement »¹¹⁴⁷. Il n'en demeure pas moins que le traitement des violences sexuelles est encore entaché de préjugés sexistes¹¹⁴⁸. Au-delà du filtre policier, il existe un filtre judiciaire illustré par un taux d'attrition très élevé. En effet, le pourcentage d'infractions sexuelles qui sont supprimées en cours de route est très élevé comparativement au taux recensé pour les autres types d'infraction¹¹⁴⁹. Beaucoup d'affaires ne se rendront pas jusqu'au procès, un nombre disproportionné de cas ne sont tout simplement jamais résolus, ce qui signifie que l'on n'identifie pas l'accusé ou que l'on estime ne pas avoir suffisamment de preuves pour porter des accusations¹¹⁵⁰. Cet état de fait s'illustre par un taux élevé de classement sans suite dans la pratique française.

480. L'exemple des classements sans suite. Conformément à l'article 40-1 du Code de procédure pénale, en présence d'une infraction poursuivable, le procureur dispose d'un choix, celui : « 1°/ soit d'engager des poursuites ; 2°/ soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3°/ soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ». L'article 40-2 en son deuxième alinéa oblige le procureur de la République d'indiquer à la victime les raisons d'un classement. La décision de classement sans suite entraîne l'abandon des poursuites pénales malgré la plainte enregistrée. La professeure Audrey Darsonville et son équipe ont mené une étude d'envergure sur la pratique des classements sans suite en matière de viol¹¹⁵¹. Ils ont ainsi dépouillé tous les dossiers portés sur un viol classé sans suite durant l'année 2012 au sein du Tribunal de grande instance de Lille. Cette recherche a permis de démontrer les raisons qui poussent le procureur de la République à classer une affaire de viol. La loi différencie deux catégories de motifs à un classement sans

¹¹⁴⁶ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p.3.

¹¹⁴⁷ J. Du MONT, et T.-L., MYHR, « So Few Convictions: The Role of the Client-Related Characteristics in the Legal Processing of Assaults », (2000) 6 *Violence Against Women* 1109.

¹¹⁴⁸ Id.

¹¹⁴⁹ Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995, p. 99.

¹¹⁵⁰ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p. 3.

¹¹⁵¹ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723 ; A. DARSONVILLE, « Éléments de réflexion à propos des classements sans suite », (2017) *AJ Pénal* 266.

suite, des raisons juridiques et des raisons d'opportunité¹¹⁵². Dans les raisons juridiques, on peut citer l'absence de caractérisation de l'infraction du fait de l'absence d'un élément constitutif ; parmi les raisons d'opportunité, on y trouve le fait que l'auteur de l'infraction n'a pas été identifié par exemple¹¹⁵³. L'étude démontre des justifications au classement légitimes, telle que l'absence de preuve ou l'impossibilité d'identifier l'auteur. À l'inverse, d'autres motifs sont plus dérangeants, ils sont d'ailleurs qualifiés dans l'étude de classements sans suite « problématiques ».¹¹⁵⁴ Parmi ces classements problématiques, l'un des motifs repose sur **la fragilité de la victime**. Il semblerait que ces classements soient parfois décidés car la victime paraît trop fragile pour porter une **parole crédible et forte** durant la procédure pénale¹¹⁵⁵. En d'autres termes, c'est l'évaluation de la crédibilité de la victime qui justifie un classement sans suite, ce qui est critiquable. Les classements sans suite dits problématiques concernent également les viols conjugaux¹¹⁵⁶. Une carence dans la répression des tentatives de viol et des viols conjugaux émerge de l'étude. Cette lacune s'explique probablement (sans pour autant se justifier) par les difficultés probatoires liées à ces deux types de viol¹¹⁵⁷. Cette solution rejoint notre constat sur les difficultés probatoires dans le contexte conjugal.

481. Une atteinte consécutive à l'accès au juge. Ces différents filtres sont autant de limites à l'accès des victimes à la justice. En effet, tant les filtres policiers que judiciaires empêchent la victime d'agression sexuelle d'accéder au juge. L'accès au juge est traditionnellement présenté comme un droit fondamental en raison des liens étroits qu'il entretient avec l'accès aux droits¹¹⁵⁸. Le difficile accès au juge emporte une atteinte consécutive à l'effectivité des normes, puisque le juge est le maître de l'effectivité des droits et des lois¹¹⁵⁹. Sans lui, les normes ne peuvent produire aucun effet puisqu'elles ne sont pas mises en œuvre.

¹¹⁵² CPP, Art. 40-2 al. 2.

¹¹⁵³ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, p. 16.

¹¹⁵⁴ A. DARSONVILLE, préc., note 1151, pp. 266-267 : « La catégorie des CSS dits problématiques renvoie aux dossiers pour lesquels le choix d'un classement sans suite par le ministère public a suscité des interrogations au sein de l'équipe de recherche. Il s'agit d'hypothèses dans lesquelles une autre voie, telle que la poursuite de l'enquête, l'ouverture d'une instruction ou encore le renvoi devant une juridiction pénale, paraît envisageable. Sur les 118 CSS détaillés, l'équipe a recensé 27 classements considérés comme problématiques, soit tout de même 23 % des CSS avec déclarations détaillées. Parmi ces 27 dossiers, cinq problèmes principaux apparaissent : l'enquête est peu approfondie sans raison apparente, le contexte des viols conjugaux, les tentatives de viol, les victimes vulnérables et, enfin, les hypothèses de désistement de la victime ».

¹¹⁵⁵ Id., p. 267.

¹¹⁵⁶ Id., p. 267.

¹¹⁵⁷ Id., p. 268.

¹¹⁵⁸ Virginie DONIER et Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER, *Accès au juge : quelles évolutions ? Recherche sur l'effectivité du droit*, Paris, Bruylant, 2013.

¹¹⁵⁹ W BARANÈS et M-A FRISON-ROCHE, préc., note 147, p. 301.

482. Au-delà des filtres. Lorsque les plaignantes ont réussi à passer les filtres policiers et judiciaire, un frein à l'effectivité des normes demeure. Cet obstacle s'illustre par une minimisation fréquente de leur victimisation.

B. Une juste reconnaissance des faits difficile

483. Une impossibilité structurelle. Cette tendance à la relativité, profondément ancrée dans la pratique des entités compétentes, constitue un frein à l'effectivité de la règle de droit. Cela empêche deux finalités de se réaliser à savoir l'efficacité et l'égalité. Concernant le premier point, les difficultés judiciaires à reconnaître justement la victimisation sexuelle constituent un obstacle à la lutte efficace contre les violences sexuelles, ceci en mettant en échec les outils mis en œuvre par les législateurs. Concernant la seconde finalité, cette tendance à la minimisation des faits s'appuie encore trop souvent sur une interprétation stéréotypée de la réalité. Cette relativisation s'illustre au travers d'une minimisation des faits institutionnalisée par des mécanismes telle que la correctionnalisation (1) ; elle s'observe également par des modes de preuve fondés sur le discrédit de la victime (2).

1) Une minimisation des faits institutionnalisée

484. Une minimisation structurelle. En dépit des changements législatifs qui ont été apportés ces cinquante dernières années dans le système judiciaire des deux pays, on observe toujours une violence structurelle envers les femmes qui ont été victimes d'agression sexuelle. Les attitudes discriminatoires persistent et contribuent à une minimisation par la justice pénale du vécu des femmes, participant ainsi à une disculpation des hommes violents et une déformation de la nature de ce crime aux yeux du public¹¹⁶⁰. Dans la pratique française, la correctionnalisation constitue l'illustration la plus marquante de cette minimisation organisée par la justice pénale.

¹¹⁶⁰ C. BENOIT et al., préc., note 1078, p. 3.

485. La correctionnalisation. Il s'agit d'une pratique très fréquente qui constitue entre cinquante et quatre-vingts pour cent des affaires de viol, selon les sources¹¹⁶¹. À titre d'exemple, une publication du service statistique du ministère de la justice analyse l'issue des instructions pour violences sexuelles clôturées en 2016. Il en ressort que pour vingt-neuf pour cent des auteurs la qualification initiale de viol a été abandonnée au cours de l'instruction. Cette proposition de renvoi vers le tribunal correctionnel monte à trente-huit pour cent pour les faits qualifiés de viol par conjoint à l'issue de l'instruction¹¹⁶². La correctionnalisation est un processus de minoration par déqualification juridique¹¹⁶³. En d'autres termes, le viol est qualifié d'agression sexuelle autre que le viol. Ce processus n'est pas propre au domaine des violences sexuelles, il s'observe également dans d'autres champs où pour éviter les lourdeurs et le coût d'une procédure criminelle, une circonstance aggravante va être oubliée¹¹⁶⁴. Cette pratique quoique moralement critiquable, ne l'est plus tout à fait d'un point de vue légal, puisqu'elle a été légalisée par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la loi dite Perben II. Ce processus est désormais inscrit à l'article 469 du Code de procédure pénale. Il existe deux types de correctionnalisation : la **correctionnalisation légale** et la **correctionnalisation judiciaire**. Le développement qui va suivre sera principalement dédié à la seconde. Concernant la correctionnalisation légale¹¹⁶⁵, il convient de citer la transformation en délit des agressions sexuelles autres que le viol par la Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980. S'agissant de la **correctionnalisation judiciaire** dans le domaine des violences sexuelles, elle concerne spécifiquement le crime de viol. En effet, s'agissant d'un crime, ce dernier est supposé être jugé devant la Cour d'assise. Or très souvent, ce crime est déqualifié. En d'autres termes, le parquet ou le juge d'instruction décide de poursuivre cette infraction sous une qualification délictuelle dans le but de porter l'affaire devant un tribunal correctionnel plutôt que devant une cour d'assises¹¹⁶⁶.

¹¹⁶¹ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 508 ; Avis du Haut Conseil à l'Égalité entre les Hommes et les Femmes, « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du violeur autres agressions sexuelles » Avis n°2016-09-30-VIO-022 publié le 5 octobre 2016.

¹¹⁶² Infostat n°160, « Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l'instruction », Ministère de la Justice, Mars 2018.

¹¹⁶³ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 508.

¹¹⁶⁴ C. SAAS, préc., note 247, p. 2.

¹¹⁶⁵ Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Art. 1^{er} Correctionnalisation, par. 121.

¹¹⁶⁶ Assemblée Nationale, proposition de Loi renforçant la protection des victimes, la prévention et la répression des violences physiques et sexuelles, n°1808, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2019, p. 9, il est estimé que cela concernerait 80% des affaires de viol ; S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, pp. 76 et s.

486. Les justifications à la correctionnalisation. La correctionnalisation ne peut avoir lieu sans l'accord de la victime, celle-ci peut d'ailleurs s'y opposer¹¹⁶⁷. Les raisons avancées pour la convaincre sont diverses. Le procureur ou le juge d'instruction qui propose une correctionnalisation avance des motifs d'opportunité afin que l'affaire soit jugée plus rapidement devant le tribunal correctionnel¹¹⁶⁸. Afin de justifier cette pratique, la fragilité de la victime est souvent invoquée, des délais plus rapides d'audience devant le tribunal correctionnel, une audience moins éprouvante et moins traumatisante que le jugement en cours d'assises¹¹⁶⁹, ainsi qu'une présumée moins grande compréhension de certains viols par les jurés populaires¹¹⁷⁰. Sur ce dernier point, il est intéressant d'observer qu'historiquement la correctionnalisation était justifiée par la clémence des jurés¹¹⁷¹. Pour répondre à ce dernier élément, la loi du 23 mars 2019 a créé, à titre expérimental, pour une durée de 3 ans et dans 15 départements, une cour criminelle. Cette cour criminelle, qui coexiste avec la cour d'assises du département, est composée de 5 magistrats et siège sans jurés. Elle juge les crimes punis d'une peine allant jusqu'à 20 ans de réclusion criminelle et commis par un majeur non-récidiviste. L'objectif de cette cour criminelle est de juger plus rapidement les crimes et de permettre de juger des viols jusqu'à présent correctionnalisés, c'est-à-dire des crimes requalifiés en délits. Ce sont principalement les viols simples et aggravés, ainsi que les coups mortels et les vols à main armée qui sont jugés par la cour criminelle.

Des limites matérielles telle que la difficulté à apporter la preuve d'un élément constitutif ou l'absence d'un élément constitutif du viol peut également permettre de justifier la correctionnalisation¹¹⁷².

487. Les effets de la correctionnalisation. La légalisation de la correctionnalisation a eu un double impact sur la qualification pénale. Sous un angle substantiel d'abord, en cautionnant une dénaturation des faits contraire au principe de légalité ; sur un plan processuel

¹¹⁶⁷ Avis du Haut Conseil à l'Égalité entre les Hommes et les Femmes « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du violet autres agressions sexuelles » Avis n°2016-09-30-VIO-022 publié le 5 octobre 2016.

¹¹⁶⁸ Id.

¹¹⁶⁹ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, par. 20.

¹¹⁷⁰ <https://www.village-justice.com/articles/correctionnalisation-viol-point-vue-avocat-victime-par-Carine-Durrieu-Diebolt,24384.html>; V. Le GOAZIOU, Id., par. 21 : « La correctionnalisation peut aussi sembler plus souhaitable pour certains types de faits ; par exemple si l'on estime que le viol conjugal sera mieux compris par des magistrats professionnels que par des jurés toujours habités par une vision traditionnelle du couple où l'épouse ne saurait se dérober à ses devoirs charnels ».

¹¹⁷¹ V. Le GOAZIOU, Id., p. 75.

¹¹⁷² Id., p. 75.

ensuite, en s'affranchissant des règles de compétence¹¹⁷³. Au-delà de ces conséquences sur la qualification pénale, la correctionnalisation a des impacts néfastes sur la victime elle-même. La disqualification minimise la gravité du viol et remet en cause le principe d'égalité devant la loi. En effet, selon que l'affaire soit traitée devant une cour d'assise ou devant un tribunal correctionnel, les conséquences ne sont pas les mêmes quant au délai de prescription, à l'accompagnement de la victime, ou encore quant à la prise de conscience de la gravité de son acte par l'auteur notamment¹¹⁷⁴. Cette requalification a évidemment des conséquences sur la peine, le quantum n'étant pas le même s'agissant d'un crime ou d'un délit. Sous un angle victimologique, cette disqualification pénale constitue également une disqualification de la victime elle-même, de sa parole et de son dommage¹¹⁷⁵.

488. Correctionnalisation et effectivité. Cette pratique contribue à une minorisation quasi-systématique des violences sexuelles et va à l'encontre de la finalité d'efficacité contenue dans les normes. Cette pratique de sous-qualification était déjà critiquée dans les travaux préparatoires de la réforme de 1980¹¹⁷⁶. On perçoit ici au travers de la correctionnalisation-pratique qui a été légalisée- un élément contredisant l'intention expresse du législateur. Au-delà d'une minimisation des faits, la correctionnalisation peut aussi avoir pour conséquence dommageable de rendre invisible les violences sexuelles en aboutissant à une prescription de l'action publique¹¹⁷⁷.

489. Un cercle vicieux. Cette tendance à la minimisation des faits pourrait avoir un effet dissuasif sur les victimes de violences sexuelles, et ainsi participer au faible taux de plainte précédemment analysé¹¹⁷⁸. Au-delà de cette tendance dans la qualification des faits par les entités compétentes, certains modes de preuve participent à cette relativisation de la victimisation subie en se centrant notamment sur la crédibilité de la victime.

¹¹⁷³ Y. MAYAUD, « Du viol à l'agression sexuelle, ou d'une correctionnalisation valant condamnation de la France... », (2012) *RSC* 142, p. 142 ; Y. MAYAUD, « Correctionnalisation judiciaire et divergences de stratégie entre parties civiles... Application à des agressions sexuelles », (2011) *RSC* 605, p. 605 ; Sylvie GRUNVALD, « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », (2017) *AJ Pénal* 269, p. 269.

¹¹⁷⁴ Avis du Haut Conseil à l'Égalité entre les Hommes et les Femmes, « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles » Avis n°2016-09-30-VIO-022 publié le 5 octobre 2016.

¹¹⁷⁵ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, par. 22 ; Sophie AUCONIE et Marie-Pierre RIXAIN, « Mieux protéger les victimes. Mieux réprimer les crimes de viol », Rapport d'information de l'Assemblée nationale, 721, février 2018, p. 58 ; Y. MAYAUD, « Viol ou agression sexuelle ? C'est selon... », (2013) *RSC* 808, p. 808.

¹¹⁷⁶ Edgar TAILHADES, Rapport n°442 sur la proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol, la proposition de loi sur la prévention et la répression du viol, la proposition de loi relative à la protection des victimes d'agression sexuelle et notamment de viol, Sénat, 15 juin 1978, p. 7, p. 18.

¹¹⁷⁷ C. SAAS, préc., note 247, p. 5.

¹¹⁷⁸ C. VANIER et A. LANGLADE, préc., note 1036, p. 529.

- 2) Des modes de preuve emportant une minimisation de la victimisation par une atteinte à la crédibilité

490. Des pratiques probatoires victimisantes. Afin d'aboutir à une vérité judiciaire, les deux pays ont instauré divers modes de preuve. Dans le domaine des violences sexuelles, ces différents outils probatoires laissent souvent un goût amère à la victime. Ce constat s'explique par l'objet de la preuve qui demeure trop souvent encore la crédibilité de la victime, d'une part ; et par l'angle d'interprétation de la preuve, qui demeure encore marqué par une vision stéréotypée du phénomène, d'autre part.

491. Un contre-interrogatoire souvent néfaste. La nature accusatoire du système canadien implique l'usage du contre-interrogatoire des témoins par la défense. Dans le domaine des violences sexuelles, cette pratique a des conséquences particulières sur la victime d'une part, et sur la recherche de la vérité d'autre part. Concernant les conséquences sur la victime, celles-ci peuvent être négatives à plusieurs niveaux. Premièrement, dans le cadre du contre-interrogatoire, l'utilisation des mythes et des stéréotypes pour tester **la crédibilité de la victime** est une pratique bien vivante¹¹⁷⁹, qui appelle parfois l'intervention des tribunaux, mais qui est quelquefois tolérée au nom du droit à une défense pleine et entière¹¹⁸⁰. Cette pratique stéréotypée aura inévitablement des conséquences sur la façon dont le juge des faits (il peut s'agir d'un jury ou d'un juge seul) interprètera le récit de la victime. Deuxièmement, le contre-interrogatoire peut être intrusif quant à l'intimité de la victime, compte tenu du fait que la partie qui contre-interroge un témoin autre que l'accusé jouit d'une très grande liberté à son égard¹¹⁸¹ ; le caractère agressif des contre-interrogatoires, où les témoins se sentent personnellement attaqués, peut donner lieu à des dérapages et nuire à la crédibilité d'un témoin dont la version des faits est par ailleurs fondée¹¹⁸². Concernant l'impact du contre interrogatoire sur la recherche de la vérité, celui-ci peut être néfaste. En effet, l'utilisation des questions commandant des réponses courtes et ciblées nuit à la reconstruction du récit complet¹¹⁸³.

¹¹⁷⁹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 396, par. 1123 ; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, 664 ; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 76 ; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33.

¹¹⁸⁰ J. DESROSIERS, « Le traitement des victimes d'agression sexuelle devant les tribunaux canadiens : entre les avancées juridiques et la persistance des stéréotypes », (2019) 10 *Revista ESMAT* 199, p. 217.

¹¹⁸¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 396, par. 1124, 1125.

¹¹⁸² M. PAGÉ-ARPIN, M., préc., note 575, p. 78.

¹¹⁸³ *Id.*, p. 78.

492. L'utilisation de l'expertise psychiatrique contre la victime. Au regard des exigences et du contrôle de la preuve d'expert, il apparaît que celle-ci contribue de façon effective et efficace à la manifestation de la vérité particulièrement en matière de criminalité sexuelle¹¹⁸⁴. Il convient cependant de tempérer les bénéfices de la preuve d'expert pour les victimes et les auteurs d'infractions sexuelles en exposant quelques dangers. Les risques ne concernent pas toutes les preuves d'expert mais affectent particulièrement l'expertise psychologique et psychiatrique qui sont fréquemment mobilisées dans ce type d'affaire¹¹⁸⁵. Des études démontrent que l'expert psychologue a pour effet néfaste de modifier l'objet de la preuve et de l'orienter vers la recherche de la **crédibilité** de la parole de la victime¹¹⁸⁶. Cet effet va à l'encontre de la finalité d'objectivité et de neutralité recherchée par l'usage de l'expertise, d'une part ; et s'oppose à l'évolution positive du procès pénal retracée dans les développements précédents concernant la crédibilité de la victime d'infraction sexuelle, d'autre part.

493. La divulgation des dossiers personnels. Cette pratique fut très présente au Canada. Le chapitre précédent avait démontré les progrès de ce pays quant à l'abolition des règles de preuve discriminatoire à l'encontre des victimes de violences sexuelles. Cependant, depuis le début des années 1990, les avocats de la défense semblent avoir développé une nouvelle tactique probatoire discriminatoire et décrédibilisante, il s'agit de l'accès et de la divulgation des dossiers personnels de la plaignante¹¹⁸⁷. Cette pratique est encadrée par les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel* dont la constitutionnalité a été confirmée par la Cour suprême dans l'affaire Mills en 1999. Cet accès aux dossiers personnels des victimes est devenu un mode de preuve central dans les affaires de violence sexuelle¹¹⁸⁸ ; les avocats de la défense utilisant la divulgation des dossiers thérapeutiques comme une « arme cruciale » dans la défense

¹¹⁸⁴ D.DUCHEMIN, préc., note 760.

¹¹⁸⁵ Id., p. 37 : « C'est ainsi que dans l'environnement judiciaire on voit apparaître un nouveau personnage : l'expert psychologue, à qui le juge va confier la mission la plus redoutable qui soit, qui énoncée de manière volontairement réductrice consiste à demander « qui est coupable ? » ce qui dans les expertises se traduit par une demande relative à la crédibilité de la parole de la victime. Piège inquiétant : de la réponse donnée ou plutôt de la formulation de la réponse peut sembler dépendre, pour une grande part, le sort du procès. » ; M. DANAN, préc., note 966, p. 111 : « Les experts psychiatres ont vu ces dernières années leur travail considérablement augmenter en raison du grand nombre d'affaires d'agressions sexuelles qui apparaissent au grand jour. C'est ainsi qu'au cours des douze derniers mois j'ai expertisé 115 agresseurs sexuels (de l'exhibitionnisme au viol associé à diverses circonstances aggravantes pouvant aller jusqu'à la tentative de meurtre). Cette cadence est la même depuis quatre ou cinq ans alors qu'auparavant je n'avais à expertiser qu'une cinquantaine d'agresseurs sexuels par an. » ; W. A. SCHABAS, préc., note 114, p. 206.

¹¹⁸⁶ D.DUCHEMIN, préc., note 760, p. 37 ; F. DESPREZ, préc., note 783, p. 67.

¹¹⁸⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 202 : « Ce n'est qu'au début des années 1990 que les avocats de la défense ont commencé à réclamer la production des dossiers thérapeutiques des plaignantes, généralement dans le but d'attaquer leur crédibilité sur un aspect ou l'autre de leur témoignage ».

¹¹⁸⁸ *R. c. Mills*, [1993] 3 R.C.S. 668, par. 101.

des intérêts de leurs clients¹¹⁸⁹. Cette demande d'accès aux dossiers personnels de la plaignante a pour finalité notamment, de trouver des indices permettant de ternir la crédibilité de la victime, de contredire son aptitude à témoigner, de rendre vraisemblable une défense de croyance sincère et de bonne foi au consentement, ou encore de convaincre la victime de retirer sa plainte de crainte que le procès donne lieu à une intrusion insupportable dans sa vie privée¹¹⁹⁰. Au-delà de remettre en question la crédibilité de la victime, et par là même de remettre en doute la violence sexuelle alléguée, cette pratique instaure une seconde victimisation assimilable à un « viol psychologique ».¹¹⁹¹ Cette pratique génère différentes problématiques. Premièrement, elle a tendance à faire ressurgir le mythe selon lequel la femme qui se plaint du viol ment. Deuxièmement, elle peut constituer un danger pour les femmes et les enfants dont l'histoire de vie est très documentée, les rendant ainsi plus vulnérables que les autres à ce genre d'attaque. Enfin, cela pourrait dissuader davantage les victimes d'agression sexuelle de porter plainte¹¹⁹². De façon similaire à la correctionnalisation dans le système français, la divulgation des dossiers personnels de la plaignante- pratique d'origine prétorienne¹¹⁹³, puis intégré par le législateur dans le *Code criminel*- contredit la volonté du législateur canadien de lutter efficacement contre les violences sexuelles d'une part, et de mettre fin à une pratique discriminatoire envers les victimes de telles violences, d'autre part.

494. Une volonté de changement. L'usage fréquent de cet outil ainsi que les effets néfastes sur la victime et sur l'effectivité des normes, ont poussé le législateur canadien à encadrer plus strictement cette pratique pouvant être jugée de dilatoire¹¹⁹⁴. Cet encadrement rigoureux était prévu dans le projet de loi C-337¹¹⁹⁵, qui n'a finalement pas abouti. En revanche, le projet de loi C-51 est venu ajouter les articles 278.92 à 278.97 au *Code Criminel*. Ces articles viennent encadrer strictement l'usage d'une telle preuve. Dans les facteurs à considérer afin d'accepter l'usage d'une telle preuve, figure notamment l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles (C. cr. Art. 278.92 (3) b)).

¹¹⁸⁹ Lise GOTELL, « The Ideal Victim, the Hysterical Complainant, and the Disclosure of Confidential Records: The Implications of the Charter for Sexual Assault Law », (2002) 40 *Osgoode Hall L.J.* 251, p. 255.

¹¹⁹⁰ Jennifer KOSHAN, « Disclosure and Production in Sexual Violence Cases: Situating Stinchcombe », (2002) 40 *Alta. L. Rev.* 655, para. 66.

¹¹⁹¹ J. NÉRON, préc., not. 825, p. 18.

¹¹⁹² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, pp. 202-203.

¹¹⁹³ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 ; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595 ; *R.c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 ; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

¹¹⁹⁴ M. PAGÉ-ARPIN, M., préc., note 575, p. 6.

¹¹⁹⁵ Bibliothèque du Parlement, *Projet de loi C-337 : Loi modifiant la Loi sur les juges et le Code criminel (agression sexuelle)*, Résumé législatif, 14 novembre 2018.

En dépit des lacunes toujours existantes dans les deux pays quant au traitement juste et équitable des violences sexuelles et de leurs victimes ; on observe une volonté expresse et répétée chez les législateurs de perfectionner ce traitement.

Conclusion chapitre 1

495. Des possibilités « infinies » de poursuivre les agressions sexuelles. Au regard de l'ampleur des violences sexuelles, les législateurs français et canadien se sont efforcés d'apporter une réponse proportionnée à cette omniprésence. À cette fin, les limites territoriales et géographiques à la poursuite des infractions sexuelles ont été réduites, voir éliminées pour certaines. Cet accroissement du rayonnement de la norme dans les deux pays s'est réalisé grâce à l'instauration d'un certain nombre de dérogations aux règles générales. Ce régime d'exception est particulièrement marqué concernant la prescription des infractions sexuelles en droit français. Ces dérogations sont beaucoup plus répandues dans les deux pays, lorsque la victime est mineure.

496. Une volonté d'accéder à la « vérité absolue ». Au-delà d'accroître le rayonnement de la norme afin de poursuivre le plus grand nombre d'infractions sexuelles commises, peu importe la période où la situation géographique ; la France et le Canada ont œuvré au perfectionnement de la manifestation de la vérité dans les affaires de violences sexuelles. Cette bonification a un double objet, à savoir la preuve en elle-même et la façon dont cette preuve est récoltée. Pour le premier point, les deux pays accordent davantage de place à la preuve scientifique ; en principe plus proche de la vérité absolue. Pour le second point, la France et le Canada ont accordé une importance particulière à la victime et aux conséquences de l'infraction sexuelle sur cette dernière. Cette prise en considération s'est manifestée par une adaptation des règles probatoires aux victimes en générale, et aux victimes mineures en particulier. Cette humanisation des règles de preuve et de procédure donne aux praticiens les moyens d'atteindre une manifestation de la vérité dans les meilleures conditions. Au-delà de cela, cette humanisation donne confiance aux victimes et a ainsi un impact sur le taux de plainte.

497. Des stéréotypes persistants. En dépit de ces multiples révolutions législatives dans les deux pays, la pratique judiciaire dans le domaine des violences sexuelles reste une pratique stéréotypée. Ces stéréotypes sont l'une des causes principales de l'ineffectivité de la norme. Cet état de fait révèle que le pouvoir du droit a ses limites face aux mentalités¹¹⁹⁶. Les législateurs malgré toute leur bonne volonté, resteront limités si un profond changement sociétal

¹¹⁹⁶ N. RENARD, préc., note 3, p.13, Préface de Michelle Perrot.

et idéologique ne s'opère pas. Cette ombre au tableau pourrait progressivement être balayée grâce à la libération de la parole partout dans le monde, permettant notamment d'éduquer les gens sur ces questions.

498. Bilan. Cette analyse a mis en lumière les différents obstacles empêchant les souhaits du législateur de se réaliser. Cet état des lieux quelque peu pessimiste se doit d'être tempéré par la volonté sans cesse renouvelée des législateurs français et canadien qui ne tarissent pas de projets de loi visant à poursuivre ces trois objectifs : efficacité, adaptation et égalité. Cette volonté de changement s'illustre tout particulièrement par l'intégration de la victime dans le processus judiciaire.

CHAPITRE 2 : VERS UN DROIT PENAL DE FORME INTEGRATIF

*« Passer d'un regard qui dévisage à un regard
qui envisage »*, Jean COCTEAU

499. Prise de conscience. Le Canada et la France démontrent une volonté d'intégrer les victimes dans le processus judiciaire depuis plusieurs décennies. Cette volonté s'illustre dans les deux pays par une prolifération normative ayant pour objet **la protection** et **l'intégration** des victimes dans la sphère pénale. Cette prolifération normative permet de concevoir le phénomène sous un angle quantitatif¹¹⁹⁷. Dans une finalité analytique, il convient d'appréhender les avancées législatives en faveur des victimes par une approche qualitative¹¹⁹⁸. Celle-ci permet de faire un recensement des droits proposés à ces dernières, et ainsi d'en analyser la nature, pour ensuite vérifier leur effectivité. Il existe une première recension fondée sur la distinction entre les droits de nature procédurale¹¹⁹⁹ et les droits d'une nature autre que procédurale¹²⁰⁰. Avant d'analyser plus en détail les droits offerts aux victimes, il convient de préciser quelques notions.

500. Précisions terminologiques. À la lecture des textes législatifs, de la jurisprudence et de la doctrine, un constat s'impose : tout le monde semble s'entendre sur les

¹¹⁹⁷ Étienne VERGÈS, « Peut-on parler d'un droit des victimes d'infraction ? Éclatement et croisement des sources », dans Cédric Ribeyre (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p.30.

¹¹⁹⁸ Id., pp. 33-34.

¹¹⁹⁹ Id., 2016, pp. 33-34 : « Droits de nature procédurale : -droit de signaler l'existence de l'infraction (dépôt d'une plainte simple, signalement au moyen d'une main courante) ; - droit à l'information (sur l'existence d'une enquête, d'une mesure alternative, d'une instruction, etc.) ; - droit à l'assistance d'un interprète ou la traduction des pièces ; - droit d'exercer un recours contre certaines décisions faisant grief (classement sec, non-lieu) ; droit d'exercer l'action civile dans le procès pénal ; - droit de mettre en mouvement l'action publique ; - accès au dossier de la procédure ou droit d'obtenir copie des pièces ; - droit de formuler des demandes d'acte ; - droit de formuler des requêtes en nullité ; - droit de produire des preuves ; - droit de poser des questions durant l'audience au fond ; - droit à l'enregistrement audiovisuel de son audition (Cour d'assises). »

¹²⁰⁰ Id., p. 34 : « Droits d'une nature autre que procédurale : - droit à une évaluation personnalisée concernant les besoins de protection ; - dispositions relatives aux mesures de protection des victimes au cours de la procédure (contrôle judiciaire, ordonnance de protection civile, mesures d'application des peines) ; - droit de saisir la commission d'indemnisation des victimes d'infraction ; - accès à l'aide juridictionnelle ; - droit d'obtenir une indemnité de comparution ; - mesure d'aide au recouvrement des dommages et intérêts ; - dispositions incitant le condamné à indemniser la victime (lien entre l'aménagement de la peine et l'effort d'indemnisation) ; - dispositif de justice restaurative ; - prise en compte des intérêts de la victime dans la procédure d'exécution des peines (information/non-information, droit de formuler des observations). »

termes « *droits de la victime* », sans pour autant les définir. Cette imprécision notionnelle n'est pas sans poser quelques difficultés, notamment pour leur application. Cette approximation trouve sa cause première dans l'absence de définition émanant du législateur tant canadien que français. En effet, aucun texte législatif ne contient une définition de ce qu'il faut entendre par « droit des victimes ». Les difficultés liées à cette absence de définition sont accrues par l'apparition récente de cette notion dans le vocabulaire juridique ainsi que dans la pratique judiciaire.

501. L'affirmation de l'importance des « droits » de la victime. L'imprécision notionnelle entourant les « droits » de la victime ne semble pas être un obstacle dans la promotion de ces derniers. En effet, en dépit de l'absence de définition, la redécouverte de la victime sur la scène pénale a été accompagnée par l'avènement des « droits » de la victime dans de nombreux textes législatifs français et canadiens. Cette consécration législative a été suivie d'une consécration jurisprudentielle et doctrinale. L'avènement des « droits » de la victime s'observe tant au niveau national, qu'international¹²⁰¹, en passant par la sphère européenne¹²⁰²; ils n'y sont cependant pas consacrés de la même façon tant en théorie qu'en pratique. Les « droits » de la victime occupent une place importante dans le débat judiciaire contemporain. Leur importance est telle qu'elle semble mise à égalité, au moins dans le discours, avec les droits de la défense¹²⁰³. Ces derniers ayant une histoire similaire quant à leur absence de définition¹²⁰⁴.

502. De nombreuses questions laissées sans réponse. Cette lacune notionnelle ouvre la porte à de nombreuses interrogations. Il convient en premier lieu de se demander s'il s'agit véritablement de « droits » accordés aux victimes ? N'est-ce pas un abus de langage ? Afin de répondre à ce questionnement, il semble pertinent de se pencher sur la notion de « droit subjectif ». S'agit-il vraiment de droits subjectifs appartenant à la victime ? Où s'agit-il davantage de garanties de procédure offertes à cette dernière ? Afin d'illustrer cette différence

¹²⁰¹ Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Résolution 40/34, document des Nations Unies, A/RES/40/34.

¹²⁰² Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 *relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales*, JOCE L 82, 22 mars 2001 ; Dir. 2012/29/UE, 25 oct. 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JOUE 14 nov., L. 315/57.

¹²⁰³ Loi n° 2000-516, 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, JO 16 juin 2000 ; Mise à égalité entre les droits de la victime et les droits de la défense, l'une des illustrations étant la loi française relative aux droits de la victime et à la présomption d'innocence de 2000.

¹²⁰⁴ Yannick CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris, Éditions Dalloz, 2013, pp. 1-8, par. 1-7.

entre les notions de **droit** et de **garantie**, il est pertinent de reprendre l'exemple développé par Yannick Capdepon dans sa thèse intitulée, « *Essai d'une théorie générale des droits de la défense* ». Afin de distinguer les droits de la défense des garanties rattachées aux droits de la défense, l'auteur prend l'exemple du droit à l'assistance d'un avocat qui n'est pas, selon lui, un droit de la défense mais une garantie des droits de la défense, puisqu'il permet d'assurer l'effectivité de la norme portée par ces derniers¹²⁰⁵. Il est utile d'utiliser ce raisonnement dans notre analyse. Nous verrons ainsi que l'accompagnement des victimes dans le processus judiciaire n'est pas un droit de la victime, il est une garantie permettant d'assurer l'effectivité des droits de la victime, le droit d'être réparé notamment. Avant de débiter l'étude approfondie des droits de la victime, il est nécessaire de définir les notions de droit subjectif et de garantie.

503. Droit subjectif. Selon Motulsky, « *la notion de droit subjectif apparaît d'emblée comme la pierre angulaire de tout système de réalisation du Droit privé* ». ¹²⁰⁶ En dépit du fait que le droit criminel soit du droit public au Canada, ce constat s'applique également. Malgré son importance, la notion ne fait pas l'objet d'un consensus, tant quant à la terminologie à utiliser¹²⁰⁷, que quant à son existence même¹²⁰⁸. La première façon d'appréhender la notion serait de l'opposer à la notion de droit objectif¹²⁰⁹. Dans son ouvrage sur le droit subjectif, Dabin relate le fait que, pour la majorité des techniciens et des théoriciens du droit, la notion de « droit subjectif » est prise par antithèse à celle de « droit objectif ». Dans cette conception classique, le *droit objectif* désigne la règle de droit tandis que le *droit subjectif* signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu et qui le fait sujet de droit¹²¹⁰. Il faut donc distinguer entre le droit-règle et le droit-prérogative. Dans ce contexte, les prérogatives accordées aux victimes par le droit objectif constituent des droits subjectifs puisqu'ils sont reconnus par le droit objectif canadien et français.

504. Le droit subjectif et l'individu. Afin d'appréhender plus précisément la notion de droit subjectif, il est nécessaire d'étudier son lien avec l'individu titulaire de ce droit. Selon Motulsky, la notion de droit subjectif ne serait que la traduction de la faculté, pour un individu,

¹²⁰⁵ Id., p. 31, par 34.

¹²⁰⁶ Henri MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 26.

¹²⁰⁷ Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Éditions Dalloz, 2008, pp. 2-3.

¹²⁰⁸ Id., p. 4 ; Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., 1931, t. 1, p. 15 ; J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux IV, Sous la direction de Philippe CONTE, Tome 2, p. 442, par. 465.

¹²⁰⁹ J. DABIN, préc., note 1207, p. 2.

¹²¹⁰ Id., p. 2.

de déclencher l'impératif contenu dans la règle de droit¹²¹¹. L'auteur poursuit en énonçant qu'« avoir un droit subjectif ne signifie rien d'autre que d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer « l'effet juridique » d'une règle de droit ». ¹²¹² En d'autres termes, le fait d'être titulaire d'un droit permet d'être acteur de l'effectivité d'une norme. Dabin a clairement défini la notion de droit subjectif au travers de deux termes : l'appartenance et la maîtrise. Pour l'auteur, « le droit subjectif nous paraît devoir se définir d'un mot, qui est un mot composé, dévoilant les deux faces d'une même réalité : le droit subjectif est essentiellement appartenance-maîtrise, l'appartenance causant et déterminant la maîtrise ». ¹²¹³ Cette définition contient un élément objectif, l'appartenance, et un élément subjectif, la maîtrise¹²¹⁴. Il en résulte que, pour être qualifié de droit subjectif, les prérogatives accordées à la victime doivent appartenir à la victime¹²¹⁵ et celle-ci doit pouvoir les maîtriser¹²¹⁶. Dans cette conception « d'appartenance-maîtrise », tout droit subjectif comporte une obligation corrélative de respect de ce droit ; le titulaire du droit a toujours la faculté de requérir le respect de son droit¹²¹⁷. Dabin démontre la nécessité de protéger le droit subjectif par une action en justice qui constitue elle-même un droit subjectif¹²¹⁸. Roubier vient préciser quelque peu la notion en dégagant trois éléments absolument nécessaires : la prérogative doit consister en un avantage pour son bénéficiaire ; cet avantage est un bien qui est à la disposition du titulaire ; enfin, cette faculté de disposition peut consister en une possibilité de renonciation¹²¹⁹. Cette conception du droit subjectif n'est pas applicable aux droits de la personnalité. L'analyse qui va suivre permettra de voir que la victime n'a que très peu de maîtrise sur les prérogatives octroyées par les droits canadien et français. La relativité de cette maîtrise est davantage marquée au Canada. Ce constat nécessite d'envisager une autre notion permettant de qualifier la majorité des prérogatives offertes à la victime.

¹²¹¹ H. MOTULSKY, préc., note 1206, p. 29.

¹²¹² Id., p. 30.

¹²¹³ J. DABIN, préc., note 1207, p. 80.

¹²¹⁴ J.-C. SAINT-PAU, préc., note 1208, p. 450, par. 472.

¹²¹⁵ J. DABIN, préc., note 1207, « Ce qui est sien » ; J.-C. SAINT-PAU, Id., p. 450, par. 472, « Le droit subjectif est tout d'abord « appartenance » parce qu'il suppose un bien ou une valeur liée au sujet par un lien d'appartenance. Il n'est pas un intérêt juridiquement protégé, mais l'appartenance d'un intérêt ».

¹²¹⁶ J. DABIN, Id., p. 87, 89, 90 ; SALEILLES, *De la personnalité juridique*, Paris, 2^e éd., Ed. Rousseau, 1922, p. 546, l'auteur définit le droit subjectif en tant que pouvoir juridique, sur cette conception Voir J.-C. SAINT-PAU, Id., p. 458, par. 477.

¹²¹⁷ J.-C. SAINT-PAU, Id., p. 451, par. 472.

¹²¹⁸ J. DABIN, préc., note 1207, p. 97 et s.

¹²¹⁹ P. ROUBIER, *Les prérogatives juridiques*, Arch. Ph. Dr. 1960, spéc. p. 66.

505. Garantie. La garantie peut se définir de façon négative par rapport à la notion de droit subjectif, elle n'en est pas un. La garantie peut être perçue comme un outil permettant à une norme d'être mise en œuvre, elle a une fonction protectrice¹²²⁰. Un auteur fait un lien très pertinent pour cette analyse entre la notion de garantie et celle d'effectivité¹²²¹. Selon lui, une garantie peut se définir comme « *un mécanisme juridique ayant pour fonction d'assurer l'effectivité concrète de ce qui est légitimement dû. C'est précisément ce dû qui, selon les cas, permettra de qualifier plus avant la garantie dont il est question* ». ¹²²² Nous pouvons prendre pour exemple l'information de la victime à toutes les étapes du processus judiciaire en droit français. Cette information lui permet de mettre en œuvre son droit de se porter partie civile et ainsi de participer et d'être réparée du préjudice occasionné par la commission d'une infraction. En d'autres termes, l'information est une garantie-obligation¹²²³, permettant d'assurer l'effectivité des droits de la victime tels que les droits de participation et de réparation.

506. Une typologie des « droits ». L'énumération des droits accordés à la victime a été théorisée et catégorisée par de nombreux auteurs. La plus pertinente pour cette étude est celle réalisée par Juliette Tricot¹²²⁴ dans le rapport français qui s'inscrivait dans un programme de recherche européen dont l'objectif était de comparer le traitement des victimes durant le procès pénal. La structure de ce rapport, inspirée de la directive européenne¹²²⁵, apporte une classification des droits des victimes intéressante. Il regroupe ces droits en cinq catégories. La première catégorie contient les mesures relatives au traitement respectueux et à la reconnaissance de la situation de victime (droit à l'information, droit d'être entendue, etc.). La deuxième concerne les mesures de protection, la troisième porte sur le soutien de la victime, la quatrième sur leur accès à la justice. Enfin, la cinquième concerne la réparation de la victime.

¹²²⁰ Y. CAPDEPON, préc., note 1204, p. 117, par 212.

¹²²¹ Id., p. 118, par. 215.

¹²²² Id., pp. 119-120, par. 217.

¹²²³ Id., p. 123, par. 226 qui fait une différence entre les garanties-obligations et les garanties-pouvoirs. Selon l'auteur, dans le domaine des droits de la défense : « les garanties de défense peuvent être distinguées selon la manière dont elles vont assurer cette effectivité. Certaines d'entre elles ont pour finalité de mettre le plaideur en mesure de se défendre en assurant que la défense soit possible sur un plan abstrait ou, si l'on préfère, formel. Ces garanties se présentent en quelque sorte comme des conditions préalables à l'acte de défense qui, en leur absence, n'est pas envisageable. Elles se présentent alors non comme des pouvoirs dont dispose le plaideur, mais comme des obligations mises à la charge des autres acteurs du procès ». Si on exporte ce raisonnement aux « droits » des victimes, l'information et l'accompagnement de la victime dans les deux pays constituent ainsi des garanties-obligations.

¹²²⁴ Marine MICHINEAU, Juliette TRICOT, *Enforcement Dimension of European Union Banking Regulations*, French Report. Université du Luxembourg. 2017.

¹²²⁵ Directive n°2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité.

Cette classification est incomplète en ce qu'elle semble omettre le droit de la victime dans la procédure d'exécution des peines.

507. Une typologie fondée sur la différence entre droit et garantie. La prise en considération de la victime sur les scènes pénales française et canadienne s'illustre par l'octroi de certaines prérogatives¹²²⁶ à différentes étapes du processus judiciaire. Afin d'analyser celles-ci, il convient de diviser notre réflexion en fonction de la notion d'effectivité. Plus précisément, nous observerons la relation qui lie ces différentes prérogatives entre elles au regard de la notion d'effectivité. En d'autres termes, il faudra étudier les garanties rattachées aux droits des victimes (Section 1) ; avant d'exposer les droits offerts aux victimes, *stricto sensu* (Section 2), les premières étant les garantes de l'effectivité des seconds.

¹²²⁶ Le terme prérogative sera utilisée dans les développements ultérieurs afin de désigner l'ensemble des droits et garanties accordés à la victime dans les deux pays.

Section 1. Une intégration timide au travers de l'octroi de garanties

508. Intérêts à la reconnaissance des prérogatives de la victime. La nécessité et les avantages d'accorder une place à la victime dans le processus pénal sont nombreux. Une question posée par le victimologue Benjamin Mendelsohn en 1956¹²²⁷ révèle cette importance : « *Est-il possible d'administrer la justice en ne connaissant que le délinquant, c'est-à-dire une des parties seulement ?* ». La réponse à cette question est négative comme semble l'exprimer un autre victimologue, Ezzat Fattah. Selon lui, l'étude du phénomène criminel implique inéluctablement l'étude de la victime¹²²⁸. En effet, afin d'adopter une politique criminelle globale et cohérente, il est nécessaire de connaître le phénomène criminel dans sa globalité et donc de prendre en considération tous les acteurs, dont la victime. Cet argument n'est valable que pour les infractions ayant effectivement des victimes, tel sera le cas des infractions sexuelles.

509. Les avantages pour le système judiciaire. Concernant les avantages pour la justice d'accorder des droits à la victime, ils sont réels. Tout d'abord, elle donne au juge une meilleure information des faits¹²²⁹, permettant ainsi une découverte simplifiée de la vérité. Elle permet d'éviter un double procès et parfois même une contradiction entre les décisions. Selon l'auteur R. Albernhe, la présence de la victime au procès permettrait de rendre le débat plus réaliste puisqu'elle seule peut éclairer les circonstances de l'infraction¹²³⁰. Ainsi la présence de la victime permet la manifestation de la vérité grâce à son témoignage qui est un élément important de la preuve du poursuivant contre l'accusé¹²³¹. Cet intérêt d'inclure la victime est tel pour la justice qu'il est légitime de se demander si celle-ci ne fait pas l'objet d'une certaine forme d'utilitarisme¹²³². Sur ce point, l'auteure Geneviève Giudicelli-Delage se pose légitimement la question suivante : « *la victime ne serait-elle pas plus utile à la justice que la*

¹²²⁷ B. MENDELSON, préc., note 81, p. 267.

¹²²⁸ E. A. FATTAH, « La victimologie : qu'est-elle, et quel est son avenir ? », RICPT 1967, p. 116.

¹²²⁹ P. S. HUDSON, préc., note 67, p. 24 : « The victim is useful to the system primarily as an information source and a witness ».

¹²³⁰ R. ALBERNHE, « Procédure pénale et victimologie », Ann. Fac. Toulouse, tome XXII 1974, p. 159.

¹²³¹ Gouvernement du Canada « Qui est la victime d'un acte criminel », p. 2.

¹²³² R. CARIO et S. RUIZ-VERA, « Victimes d'infraction », (2018) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par. 23 : « Le sens commun, ne reposant sur aucun constat scientifique par définition, recèle en ce sens de réels dangers : celui de l'instrumentalisation politicienne de la victime pour énerver toujours plus la répression pénale, celui de la confiscation de leur parole authentique par certaines associations de défense (dont la légitimité n'est pour autant pas à remettre en question. – V. C. pr. pén., art. 2-1 à 2-21), celui de leur maintien prolongé dans le processus pénal, au-delà du jugement définitif, durant l'exécution des peines notamment ».

justice n'est utile à la victime ? »¹²³³ Au regard de l'insatisfaction toujours actuelle de la victime, il semble que cette dernière soit plus utile à la justice que l'inverse.

510. Les avantages pour la victime. Concernant les avantages pour la victime, ils sont nombreux. La justice accorde à celle-ci la possibilité de s'exprimer et permet ainsi sa reconnaissance judiciaire¹²³⁴. Le bénéfice immédiat de cette démarche étant de ne pas se sentir omise par et dans le système de justice. L'intégration de la victime dans le processus pénal et donc sa reconnaissance permet de la considérer en tant que victime souffrante afin de lui permettre d'intégrer à nouveau l'environnement social dans sa qualité de personne¹²³⁵. Enfin, l'intégration de la victime lui permet d'accéder à la vérité. Cette quête fait partie des intérêts partagés par la justice et la victime¹²³⁶.

511. Un véritable rôle accordé à la victime. Afin d'assurer à la victime un accès effectif à la justice, la France et le Canada leur offrent des garanties et des droits. Cette place accordée à la victime contribue à la reconnaissance de la victime, reconnaissance qui selon certains fait partie des droits fondamentaux de la victime dans le procès pénal¹²³⁷.

512. Un premier pas plutôt passif. L'entrée en scène de la victime se déroule de façon progressive et débute grâce à l'octroi d'un support humain (I) puis d'un support informationnel (II). Sans ces deux garanties, la victime se verra dans l'incapacité de mettre en œuvre les véritables droits processuels offerts par les droits canadien et français.

I. L'ACCOMPAGNEMENT : LE PREMIER PAS VERS UNE PLACE DANS LE PROCES

513. Définition. Le verbe accompagner signifie « servir de guide, d'accompagnateur à une personne, à un groupe »¹²³⁸. Selon certains auteurs, « accompagner, c'est se joindre à

¹²³³ G. GIUDICELLI-DELAGE, préc., note 56, p.84.

¹²³⁴ G. LOPEZ, préc., note 80, p. 123 : « La procédure judiciaire est le meilleur moyen de réinscription symbolique des victimes ».

¹²³⁵ R. CARIO, *Victimes : du traumatisme à la restauration*, Coll. Sciences criminelles, I, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 352

¹²³⁶ Aurélien-Thibault LEMASSON, « A- Droit propre de la partie civile au volet civil du procès équitable », (2014) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Justice internationale pénale : procédure, par. 232.

¹²³⁷ A. FLUCKIGER, R. ROTH, C-N ROBERT, préc., note 37, p.38.

¹²³⁸ Dictionnaire français, Larousse, éd. 2020.

quelqu'un pour aller où il va, en même temps que lui. C'est aussi partager, momentanément, les souffrances de la victime »¹²³⁹. Les auteurs précisent que la victime doit occuper une place centrale et proactive dans les mesures d'accompagnement¹²⁴⁰. Afin d'offrir un accompagnement approprié aux besoins individualisés de chaque victime, les mesures d'accompagnement sont souvent spécifiques aux différentes catégories de victimes, notamment aux victimes d'infractions sexuelles. Cette spécialisation se remarque tant au regard de leur contenu qu'au regard des personnes qui les mettent en œuvre puisqu'il s'agit souvent d'individus spécifiquement formés.

514. Nécessité. Sous un angle juridique, la possibilité offerte aux victimes d'être accompagnées dans le processus judiciaire est nécessaire à la bonne administration de la justice. L'intérêt de cette garantie est double. Elle protège la victime contre une seconde victimisation par le processus judiciaire en encadrant ce dernier autour de ses besoins¹²⁴¹. L'accompagnement lui permet également de traverser le processus judiciaire en connaissance de cause. La garantie d'accompagnement assure l'effectivité des droits des victimes, ceci en leur permettant d'être appliqués et de produire leurs effets. En effet, les victimes sont souvent isolées et méconnaissent les mécanismes leur permettant d'exercer les options qui leur sont offertes pour faire valoir leur droit. Un accompagnement spécialisé par des personnes compétentes permet à la victime de se tracer un chemin éclairé au travers du procès pénal¹²⁴².

L'accompagnement des victimes revêt une triple finalité : l'information, l'orientation et le soutien¹²⁴³. Concernant la première finalité, celle-ci est intégrée dans l'accompagnement mais fait également l'objet d'une garantie autonome qui sera analysée ultérieurement.

¹²³⁹ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 150.

¹²⁴⁰ Id., pp. 150-151 : « Il importe donc de placer la victime au centre de la prise en compte à laquelle elle a droit, car elle seule sait ce dont elle souffre pour avoir connu l'expérience du crime, elle seule connaît la direction dans laquelle il faut chercher, ce que sont ces problèmes cruciaux pour y faire face et ses besoins pour tenter de les résoudre tous » ; afin de corroborer notre analyse sur l'accompagnement de la victime dans le processus pénal, voir Comité d'experts sur l'accompagnement des victimes d'agressions sexuelles et de violence conjugale, *Rebâtir la confiance*, Québec, 2020 <http://www.scf.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/Violences/Rapport-accompagnement-victimes-AG-VC.pdf>

¹²⁴¹ Gérard LOPEZ, Serge PORTELLI et Sophie CLÉMENT, *Les droits des victimes- Droit, auditions, expertise, clinique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007, p. 197 : « La confrontation des victimes avec l'appareil répressif est souvent douloureuse, et participe à la victimisation secondaire que la victimologie se fait un devoir de combattre » ; G. DUMEZ, préc., note 1241, p. 159 : « L'intervention de la justice pénale ajoutant souvent un nouveau traumatisme au choc causé par l'infraction, faute d'accompagnement spécifique de celle-ci ».

¹²⁴² Y. MAYAUD, « L'évolution de la place de la victime dans le procès pénal », (2016) *Dalloz, Justice et Cassation* 107, p. 108, « Les victimes doivent sortir de leur isolement, tant le choc de l'infraction les rend plus vulnérables encore. Elles ont besoin d'être conseillées, orientées vers les instances ou les organismes ayant pour but de leur assurer un accompagnement moral ou une prise en charge financière ».

¹²⁴³ Marie-Noëlle LIENEMAN, *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes*, La documentation française, 1999, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/994000991.pdf>.

Cette nécessité d'accompagner les victimes dans le processus judiciaire a été intégrée dans l'arsenal normatif canadien et français en mettant à leur disposition différents services : accompagnement médical et thérapeutique, accompagnement judiciaire et accompagnement financier. Ces différents services d'accompagnement font l'objet d'une responsabilité partagée entre les gouvernements, les diverses entités judiciaires et parajudiciaires.

515. Une garantie tardivement reconnue. La reconnaissance par les législateurs d'une possibilité pour la victime d'être accompagnée tout au long du processus judiciaire est relativement récente. La première étape pour les deux pays se situe au moment de l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1985 de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*¹²⁴⁴. Cette Déclaration consacre des principes fondamentaux, à ne pas confondre avec de véritables droits. Il s'agit d'un instrument de *soft law* que les États doivent cependant respecter dans leur droit interne¹²⁴⁵. Selon cette Déclaration les victimes devraient avoir accès à la justice et bénéficier d'un traitement équitable (information, participation, consultation) ; avoir droit à la restitution et à la réparation ; avoir accès à l'indemnisation par l'État, et enfin, avoir accès aux services relatifs aux victimes. Ces services constituent l'objet de la garantie d'accompagnement des victimes.

Sur le plan national, cette garantie a été consacrée en droit français par la loi du 15 juin 2000¹²⁴⁶, puis confirmée par la loi du 17 août 2015¹²⁴⁷. Cette possibilité est inscrite dans le droit à l'information des victimes inscrit à l'article 10-2 du Code de procédure pénale¹²⁴⁸. Il énonce l'obligation pour les officiers et les agents de police judiciaire d'informer les victimes sur leur droit d'être aidées par les entités compétentes¹²⁴⁹.

La reconnaissance de cette garantie est plus ancienne au Canada mais moins expresse qu'en France. En effet, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont adopté, en 1988, l'*Énoncé canadien des principes fondamentaux de justice pour les victimes d'actes criminels*¹²⁵⁰. Ils ont ensuite adopté sa version renouvelée, la *Déclaration canadienne de 2003*

¹²⁴⁴ Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Résolution 40/34, document des Nations Unies, A/RES/40/34.

¹²⁴⁵ J.-A. WEMMERS et S. MÉNARD, *Consultation sur une Déclaration des droits des victimes*, Ministère de la justice du Canada, Mémoire, Université de Montréal, 29 juin 2013, p. 4.

¹²⁴⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹²⁴⁷ Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

¹²⁴⁸ Code de procédure pénale, art. 10-2.

¹²⁴⁹ Il s'agit d'une garantie-obligation, Voir Y. CAPDEPON, préc., note 1204, p. 123, par. 226.

¹²⁵⁰ *Énoncé canadien des principes fondamentaux de justice pour les victimes d'actes criminels*, 1988.

*des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*¹²⁵¹. Cette Déclaration énonce plusieurs principes visant à assurer le traitement juste et équitable des victimes. Dans ces principes, plusieurs visent l'accompagnement des victimes. Ils visent plus précisément à assurer à la victime un parcours judiciaire sécurisant et adapté¹²⁵².

516. Les mesures d'accompagnement instaurées par les entités gouvernementales. Dans les deux pays, différentes entités gouvernementales sont en charge de la politique d'aide aux victimes.

En France, une instance interministérielle a été instituée grâce au rapport Lienemann¹²⁵³, il s'agit du Conseil national de l'aide aux victimes (CNAV)¹²⁵⁴, placée sous l'autorité du premier ministre. Cette instance de concertation est chargée de faire toute proposition portant notamment sur l'accueil, l'information, la prise en charge et l'indemnisation des victimes d'infractions pénales¹²⁵⁵. Ce Conseil a l'importante mission de s'assurer de la cohérence des contenus pédagogiques des organismes proposant des formations relatives à l'aide aux victimes ; il doit évaluer l'ensemble des actions publiques ou privées, mises en place en faveur des victimes. Il existe également la Déléguée interministérielle à l'aide aux victimes, mandatée pour coordonner l'action des différents ministères, d'une part, en matière de suivi, d'accompagnement et d'indemnisation des victimes d'infractions pénales et, d'autre part, dans leurs relations avec les associations de victimes et d'aide aux victimes. Elle veille à l'efficacité ainsi qu'à l'amélioration des dispositifs d'aide aux victimes et prépare les réunions du comité interministériel de l'aide aux victimes¹²⁵⁶.

Au Canada, on trouve le Bureau national pour les victimes d'actes criminels (BNVAC). Ce dernier est une ressource centrale pour les victimes. Il apporte de l'aide aux victimes de délinquants sous responsabilité fédérale¹²⁵⁷. Ses missions sont diverses et permettent d'assurer

¹²⁵¹ *Déclaration canadienne de 2003 des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité.*

¹²⁵² *Déclaration canadienne de 2003 des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*, « 1. Les victimes d'actes criminels doivent être traitées avec courtoisie, compassion et respect. » ; « 3. Il convient de prendre toutes les mesures raisonnables pour minimiser les inconvénients subis par les victimes. » ; « 4. Il convient de tenir compte de la sécurité des victimes à toutes les étapes du processus de justice pénale et de prendre les mesures nécessaires afin de protéger les victimes contre l'intimidation et les représailles. » ; « 9. Il convient de tenir compte des besoins, des préoccupations et de la diversité des victimes dans l'élaboration et la prestation des programmes et des services, ainsi que dans la formation et la promotion. »

¹²⁵³ M. N. LIENEMANN, préc., note 1243.

¹²⁵⁴ Décret n°99-706 du 3 août 1999 relatif au Conseil national de l'Aide aux victimes.

¹²⁵⁵ <http://www.justice.gouv.fr/aide-aux-victimes-10044/la-justice-et-les-associations-10278/le-conseil-national-de-laide-aux-victimes-23095.html>; Pour une vision critique de ce Conseil, Voir Jean-Luc DOMENECH, « L'actualité du réseau français d'aide aux victimes », dans R. CARIO et Arlène GAUDREAUULT, *L'aide aux victimes : 20 ans après. Autour de l'œuvre de Micheline Baril*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 59.

¹²⁵⁶ <http://www.justice.gouv.fr/delegation-interministerielle-daide-aux-victimes-12894/>.

¹²⁵⁷ <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/cntrng-crm/crrctns/ntnl-ffc-vctms-fr.aspx>.

l'aide aux victimes sur le plan national¹²⁵⁸. Son rôle est fondamental dans l'élaboration de politiques publiques d'aide aux victimes. Parmi ses contributions¹²⁵⁹ figure *la Loi sur la Charte canadienne des droits des victimes*¹²⁶⁰.

Il existe également le Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels. Ce dernier est une ressource indépendante pour les victimes depuis 2007, il s'assure que le gouvernement du Canada s'acquitte de ses responsabilités à l'égard des victimes d'actes criminels¹²⁶¹. Il s'agit d'un organisme de contrôle. Le Bureau a plusieurs missions d'importance capitale pour les victimes¹²⁶².

517. L'importance de ces entités gouvernementales. Ces différentes institutions occupent une place déterminante au regard de l'utilisation de la garantie d'accompagnement des victimes puisqu'elles ont une double mission. Dans un premier temps, c'est elles qui insufflent et qui mettent en place les politiques d'aide aux victimes. Dans un second temps, elles s'assurent de leur mise en œuvre, elles veillent par conséquent à ce que les mesures d'accompagnement produisent leurs effets. Enfin elles assurent la cohérence de ces mesures entre les différents acteurs en charge de leur mise en œuvre. Cette dernière mission est cruciale, des études démontrent et critiquent les inconvénients d'une hétérogénéité des services d'aide

¹²⁵⁸ Id. : « Le BNVAC peut répondre aux questions concernant le système de justice pénale au Canada, le système correctionnel fédéral et le système de mise en liberté sous condition. Il aide les victimes à mieux se faire entendre en leur expliquant comment elles peuvent participer aux processus fédéraux de services correctionnels et de libérations conditionnelles. De plus, le BNVAC : Fait la promotion des services offerts par le Service correctionnel du Canada et la Commission des libérations conditionnelles du Canada ; Représente les victimes au moment d'élaborer des produits de communication, des politiques et des projets de loi avec des partenaires gouvernementaux; Dirige des discussions interministérielles et multipartites, ainsi que les séances d'élaboration de politiques sur les questions touchant les victimes; Collabore avec les provinces et les territoires pour échanger de l'information sur les services d'aide aux victimes existants. »

¹²⁵⁹ Id. : « Une grande partie du mandat du BNVAC est de rédiger, publier et diffuser des trousseaux d'information et des guides pour les victimes, les organismes qui leur viennent en aide ainsi que le grand public. Les titres suivants comptent parmi ses publications : *Loi sur la Charte canadienne des droits des victimes* ; *Soutenir la préparation des victimes d'actes criminels face à la mise en liberté d'un délinquant sous responsabilité fédérale nouvelle* ; *Aperçu du système correctionnel fédéral et du système de justice pénale - Information et aide axées sur les victimes d'actes criminels* ; *Guide d'information pour les victimes (Toutes les victimes qui s'inscrivent auprès du Service correctionnel du Canada ou de la Commission des libérations conditionnelles du Canada reçoivent ce document détaillé du système correctionnel fédéral et du système de mise en liberté sous condition.)* ; *Les victimes d'actes criminels se tiennent au courant est une version abrégée de poche du Guide d'information* ».

¹²⁶⁰ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch.13.

¹²⁶¹ <http://www.victimessedabord.gc.ca/apd-abt/qsn-www.html>.

¹²⁶² Id. : Le BOFVAC est un bureau indépendant du gouvernement fédéral qui travaille pour aider les victimes et leurs familles. Le bureau : informe les victimes au sujet des programmes et des services fédéraux existants qui peuvent les aider; répond aux plaintes des victimes concernant des ministères, des organismes, des employés, des lois ou de politiques du gouvernement fédéral; dirige les victimes vers les programmes et les services offerts dans leur ville ou leur province susceptibles de les aider; cerne les enjeux qui ont une incidence négative sur les victimes d'actes criminels; formule des recommandations à l'intention du gouvernement fédéral sur la façon de faire des changements positifs pour les victimes d'actes criminels. »

proposés aux victimes sur un même territoire. Ces institutions gouvernementales sont à la fois créatrice et agent de l'effectivité des politiques d'accompagnement des victimes.

518. Un accompagnement parajudiciaire. Aux côtés de ces entités gouvernementales qui mettent en place les politiques d'aide aux victimes, il existe un réseau associatif d'ampleur dans les deux pays, chargé de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement.

Afin de comprendre le processus judiciaire, ses tenants et ses aboutissants, la victime a besoin d'un interprète et d'un guide¹²⁶³. Ce rôle est principalement endossé par des associations. Le rôle des entités extrajudiciaires telles que les associations dans l'accompagnement des victimes est primordiale. En effet, les recherches en victimologie ont démontré la nécessité de dépasser le cadre juridique afin d'aider les victimes à surpasser les conséquences psychologiques et sociales causées par la victimisation¹²⁶⁴. Par conséquent, la place qu'occupe les associations de victimes dans leur vie post-victimisation est essentielle.

519. Le réseau associatif canadien. Au Québec, les victimes ont le droit à des services d'aide et d'assistance adéquats, selon les ressources disponibles conformément à la *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*. Ces services sont dispensés par divers organismes. Il convient d'étudier les plus pertinents pour cette étude. En matière d'accompagnement, l'une des premières ressources est constituée par les Centres d'aide aux victimes d'actes criminels (CAVAC)¹²⁶⁵. Ces centres sont des organismes communautaires participant à la mise en œuvre d'un programme d'aide aux victimes. Leurs activités sont régies par la *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*¹²⁶⁶. Ces centres sont financés par le Fonds d'aide aux victimes d'actes criminels. Afin d'assurer le bon fonctionnement des CAVACS, ces derniers doivent annuellement rendre compte de leur gestion au ministre de la justice du Québec. Leur mission est d'apporter aux victimes qui s'adressent à eux des services de première ligne¹²⁶⁷. Afin d'assurer l'efficacité des mesures d'aides, les CAVACS travaillent en collaboration avec les intervenants du système judiciaire, du réseau de la santé et des services sociaux, ainsi que ceux

¹²⁶³ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 16.

¹²⁶⁴ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, *Droit(s) des victimes- De l'oubli à la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 59-60.

¹²⁶⁵ <http://www.cavac.qc.ca>.

¹²⁶⁶ *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*, RLRQ c A-13.2, 21 octobre 2015.

¹²⁶⁷ <http://www.cavac.qc.ca/services/accueil.html>, Les formes d'aide offertes par les CAVACS sont : l'intervention post-traumatique et « psychosociojudiciaire », l'information sur les droits et les recours, l'assistance technique, l'accompagnement, ainsi que l'orientation vers les services spécialisés.

des organismes communautaires. Cet accompagnement des victimes se déroule dans le respect de leur besoin et à leur rythme. Les mesures s'appuient sur les capacités personnelles des victimes de gérer leur propre vie et de prendre les décisions qui les concernent¹²⁶⁸. Ces services sont gratuits et ouverts aux victimes de tous types de crimes. Les victimes sont éligibles peu importe qu'elles aient porté plainte.

520. Un réseau associatif spécialisé. À côté de ces centres ouverts à tous, il existe également des centres spécialisés pour les victimes d'infractions sexuelles nommés les Centres d'aides et de lutte contre les agressions à caractère sexuel (CALACS). Les CALACS sont des organismes communautaires s'adressant aux femmes et aux adolescentes victimes d'agressions sexuelles, récentes ou passées, ainsi qu'à leurs proches. Leur mission est de venir en aide aux victimes d'agressions sexuelles. Cette aide s'articule autour de trois volets : l'aide directe, la prévention et la sensibilisation, ainsi que la lutte et la défense collective des droits. Le volet pertinent pour cette partie concerne l'aide directe. Cette dernière a pour finalité de redonner aux femmes victimes un pouvoir sur leur vie. Cette aide se manifeste par des services individuels et des rencontres de groupe de soutien. Afin d'aider les victimes à défendre leurs droits et intérêts, les CALACS offrent des services d'accompagnement lors du processus judiciaire. Il existe également un volet médical à cet accompagnement puisque ces centres offrent un accompagnement auprès des services de santé ou divers autres organismes selon les besoins des victimes.

521. L'intérêt du réseau associatif. Ces deux centres d'aide aux victimes qu'ils soient généralistes ou spécifiques ont pour finalité l'accompagnement des victimes dans une démarche d'empowerment, en leur donnant les outils leur permettant de reprendre le contrôle sur leur vie.

522. Le réseau associatif français. La France s'est récemment engagée dans un mouvement associatif d'aide aux victimes¹²⁶⁹. Ce mouvement s'est mis en place au début des années quatre-vingt. Depuis, les initiatives associatives se sont multipliées sur le territoire national. Il faut dès à présent poser une différence essentielle. Il existe deux types d'associations

¹²⁶⁸ <http://www.cavac.qc.ca/apropos/mission.html>.

¹²⁶⁹ G. DUMEZ, préc., note 1241, p. 159 : « L'histoire de l'aide aux victimes en France est une histoire récente qui trouve sa genèse dans la mise en place en 1982, sous l'impulsion de Robert Badinter alors garde des sceaux, d'une « commission d'étude et de proposition » sur le sujet du suivi de la victime, présidée par le Professeur Paul Milliez ».

spécialisées pour les victimes d'infractions pénales : les associations de victimes et les associations d'aide aux victimes¹²⁷⁰. Les premières sont les seules à pouvoir représenter les victimes en se constituant partie civile. Au regard de leur finalité, seules les secondes seront analysées dans ce développement.

523. Les associations d'aide aux victimes. Ces associations relèvent du régime de la Loi du 1^{er} juillet 1901, elles ont pour mission de contribuer à la prise en charge globale des victimes¹²⁷¹. Leur mission a été consacrée et précisée dans la Loi du 15 juin 2000. Elles sont ainsi en charge de l'accueil, l'écoute, le soutien, l'aide, l'accompagnement des victimes du jour de la révélation de la victimisation au jour de la réparation du préjudice. Les associations françaises d'aide aux victimes sont pour la plupart membre de l'Institut National d'Aide aux victimes et de Médiation (INAVEM)¹²⁷², devenue « France Victimes », fin 2016. Cette association a été créée en 1986, une modification de ses statuts intervenue en 2004 en a fait une fédération¹²⁷³. Elle est chargée d'assurer l'animation et la coordination du réseau national des associations d'aide aux victimes préexistantes et nouvelles. L'INAVEM a une double mission, elle est à la fois un organe de régulation, de surveillance des associations d'aide aux victimes, ainsi qu'un organe de création et de promotion des politiques publiques d'aide aux victimes.

524. Des associations spécialisées. En dehors de ce réseau associatif généraliste, il existe également des associations d'aide aux victimes spécialisées pour les femmes victimes : les associations d'entraide aux femmes¹²⁷⁴. Ces associations sont issues du mouvement féministe s'insurgeant des violences faites aux femmes et militant pour leur reconnaissance par le système de justice. Il existe de nombreuses associations de cette nature. À titre d'exemple, il convient de citer le Collectif féministe contre le viol créé en 1985 ; le Centre national et de documentation des femmes et des familles ou encore la Fédération nationale Solidarité Femmes. Ces associations ont un rôle primordial dans la vie des femmes victimes de par leur mission, mais également de par leur lien avec les institutions gouvernementales¹²⁷⁵.

¹²⁷⁰ Sur cette distinction Voir R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, pp. 114-120.

¹²⁷¹ Id., p.121.

¹²⁷² Pour une étude plus poussée de cette Institut, Voir G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, pp. 188-191.

¹²⁷³ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 134.

¹²⁷⁴ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, pp. 191-193.

¹²⁷⁵ Id., pp. 187-195.

525. Une intégration des associations dans la procédure pénale. L'importance du réseau associatif dans l'aide et l'accompagnement des victimes est telle qu'il fait partie des missions du ministère de la Justice dans les deux pays. En France, l'intervention des associations de victimes a intégré les processus et institutions judiciaires. Pour illustrer ces propos, il convient de citer trois exemples. Le premier est inscrit dans l'article 10-2 alinéa 4 du Code de procédure pénale. Cet article issu de la *Loi du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne*¹²⁷⁶ prévoit que la victime peut être aidée « par un service relevant d'une ou de plusieurs collectivités publiques ou par une association conventionnée d'aide aux victimes ». Le second exemple figure à l'article 10-5 alinéa 3 dudit Code. Cet article prévoit l'implication des associations d'aide aux victimes dans l'évaluation personnalisée de ces dernières, cette évaluation permettant de déterminer si elles ont besoin de mesures spécifiques de protection au cours de la procédure pénale¹²⁷⁷. Le troisième exemple s'illustre par la mise en place depuis un décret du 7 mai 2012¹²⁷⁸ des bureaux d'aide aux victimes dans chaque tribunal de grande instance¹²⁷⁹. Ces structures sont gérées par des associations d'aide aux victimes. Ces bureaux occupent une place centrale dans l'information et l'accompagnement des victimes à toutes les étapes de la procédure pénale. Ce service proposé aux victimes souffre de limites importantes. En effet, la victime doit solliciter ces bureaux¹²⁸⁰. Cela signifie que si la victime n'a pas été informée de leur existence, elle ne pourra pas bénéficier de leur soutien¹²⁸¹. Cette limite se retrouve pour tous les droits offerts par la *Charte canadienne des droits des victimes*. Une autre limite est constituée par la possibilité pour les Bureaux d'aide aux victimes d'informer les victimes. Il s'agit là d'une simple possibilité qui n'induit aucune obligation¹²⁸².

Indépendamment de cette relativité, les gouvernements canadiens et français ont déployé divers moyens afin d'assurer l'accompagnement effectif des victimes dans le processus judiciaire.

¹²⁷⁶ Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne.

¹²⁷⁷ Code de procédure pénale, art. 10-5.

¹²⁷⁸ Décret n°2012-681 du 7 mai 2012 relatif aux bureaux d'aide aux victimes, J.O. 0108 DU 8, p. 8264.

¹²⁷⁹ Code de procédure pénale, art. D. 47-6-15 et art. 706-15-4.

¹²⁸⁰ Id., art. D. 47-6-15, al. 3.

¹²⁸¹ J.-L. DOMENECH, préc., note 1255, p. 46, « De nombreuses études relatives au sentiment d'isolement des victimes et l'expérience pratique et l'expérience pratique des orientations de victimes entre services ont montré qu'il était nécessaire d'aller au-devant d'elles, d'une part, pour leur proposer une aide et une assistance et d'assurer, d'autre part, liaison et relais entre services accueillant les victimes. Le fonds du problème restait cependant que, sans connaître l'existence d'une association ou d'un service d'aide aux victimes, la victime ou ses proches auraient été bien en mal de deviner leurs coordonnées, leurs actions et le bénéfice qu'elles pourraient en retirer ».

¹²⁸² Code de procédure pénale, art. D. 47-6-15, al. 4 et al. 5.

526. La portée d'un accompagnement parajudiciaire. Ce développement, quoique non exhaustif, a mis en lumière l'omniprésence du réseau associatif dans les deux pays dans l'accompagnement des victimes. Cet état de fait peut s'analyser sous deux angles.

Sous l'angle sociétal, d'une part, il est la manifestation spontanée de la solidarité nationale¹²⁸³. Le réseau associatif illustre l'empathie généralisée des citoyens envers les victimes. Sous l'angle victimologique d'autre part, cette omniprésence est en adéquation avec la réalité des victimes. En effet, les victimes d'infractions sexuelles ne rapportent que rarement leur victimisation auprès des autorités judiciaires, preuve en est le chiffre noir en la matière. À l'inverse, elles sont plus enclines à évoquer leur expérience auprès d'entités non judiciaires telles que les associations. Ainsi, la multiplication du réseau associatif permet de réduire l'écart entre la théorie et la pratique, ceci en s'adaptant à la réalité des victimes d'infractions sexuelles. Cet écart ne saurait être réduit de façon satisfaisante si les autorités judiciaires n'assuraient pas également une mission d'accompagnement lorsque les victimes en ressentent le besoin.

527. Une consécration différente. L'importance accordée aux acteurs parajudiciaires n'est pas la même dans les deux pays. Le législateur français a choisi d'inscrire ce principe dans le Code de procédure pénale¹²⁸⁴, à la différence du Canada qui ne l'inscrit pas expressément dans son *Code criminel*. *Faut-il y voir une différence dans la considération des victimes ou simplement une différence systémique ?* Il semble que la seconde option soit la bonne réponse. Il est en effet logique qu'une loi fédérale ne renvoie pas à des institutions provinciales.

528. Un accompagnement judiciaire. L'accompagnement des victimes par les acteurs judiciaires est une réalité plutôt française. Cela s'explique par le statut de la victime dans le procès canadien. Au Canada, la victime est un témoin, elle n'est pas considérée comme une partie au procès, elle ne bénéficiera par conséquent pas d'un véritable accompagnement judiciaire, à l'inverse de la victime française. Cette dernière a la possibilité de bénéficier d'un accompagnement offert par les autorités judiciaires à toutes les étapes du procès. Cet accompagnement est assuré par différents acteurs, les policiers au moment du dépôt de plainte ; les avocats et les juges pendant le procès. Lorsque la victime française se constitue partie civile,

¹²⁸³ M.-P. LIÈGE, préc., note 36, p. 37; G. DUMEZ, préc., note 1241, p. 159.

¹²⁸⁴ Code de procédure pénale, art. 10-2, al. 4.

sa première source d'accompagnement sera celle provenant de son avocat¹²⁸⁵. À côté de l'avocat - l'entité naturelle dans l'accompagnement de la victime - le législateur français a instauré un juge délégué aux victimes (JUDEVI) auprès de chaque tribunal de grande instance¹²⁸⁶. Ce juge représente l'autorité garante de l'effectivité des droits accordés aux victimes¹²⁸⁷.

Le Canada ne connaît pas de telles entités accompagnatrices et protectrices des droits des victimes au sein même du processus judiciaire. Les deux pays se rejoignent cependant sur un point. Afin de faciliter la compréhension du système judiciaire aux victimes ne parlant pas le français ou l'anglais, la France et le Canada accorde à la victime le droit d'être assisté d'un interprète¹²⁸⁸.

529. Un accompagnement pluridisciplinaire. Au regard des conséquences multiples des infractions sexuelles sur les victimes¹²⁸⁹, il semble nécessaire que les mesures d'accompagnement englobent cette pluralité de résultats, ces derniers étant tant de nature physique, psychologique que matérielle.

530. Un accompagnement médical. Afin d'appréhender les conséquences physiques et psychologiques des violences sexuelles, les gouvernements français et canadien ont mis en place des services d'accompagnement médicaux et thérapeutiques. L'accompagnement médical et/ou thérapeutique revêt deux intérêts importants. Sur le plan juridique, l'acte médical suivant l'agression sexuelle permet de récolter des preuves de l'infraction et ainsi participer à la manifestation de la vérité. Sur le plan victimologique, l'accompagnement médical et thérapeutique immédiat ou différé permet d'aider la victime à vivre avec les conséquences

¹²⁸⁵ Code de procédure pénale, art. 10-2, al. 3 ; art. 61-3 (Pour la victime qui participe à une reconstitution ou à une séance d'identification) ; art. 63-4-5 (hypothèse d'une confrontation entre la victime et le suspect lors d'une garde à vue) ; art. 495-13 (Lorsque la victime participe à une audience de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) ; et art. 41-2 (Lorsque la victime est entendue durant une audience de composition pénale) ; Claire-Marie CASANOVA, « Les victimes, leur indemnisation », dans « Les droits des victimes », Dossier, *AJ Pénal*, Janvier 2015, p. 18.

¹²⁸⁶ Décret n°2007-1605, 13 novembre 2007 ; Code de procédure pénale, art. D. 47-6-1 à D- 47-6-14.

¹²⁸⁷ Code de procédure pénale, art. D-47-6-1 al. 1.

¹²⁸⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.-U, art. 14 ; Code de procédure pénale, art. 10-2 al. 7 et 10-3.

¹²⁸⁹ OMS, Rapport mondial sur la violence et la santé, Chapitre 6 : La violence sexuelle, 2002, p. 165 : « La violence sexuelle a de profondes répercussions sur la santé physique et mentale de la victime. Outre les traumatismes physiques, elle est associée à un risque accru de nombreux problèmes de santé sexuelle et génésique, dont les conséquences se font sentir immédiatement, mais aussi des années après l'agression (4, 7-16). Les conséquences pour la santé mentale sont tout aussi graves que les conséquences physiques et peuvent aussi durer très longtemps (17-24). La mortalité associée à la violence sexuelle peut être due à un suicide, à l'infection du VIH ou à un homicide, soit pendant l'agression en cas de viol avec homicide, soit plus tard dans les « crimes d'honneur » (26). La violence sexuelle peut aussi influencer profondément sur le bien-être social des victimes. Ainsi, certaines victimes sont stigmatisées et mises au ban de la société par leur famille et par d'autres personnes (27, 28). »

psychiques et physiques de l'agression. Cet accompagnement peut également contribuer à la prévention et à la révélation des violences sexuelles¹²⁹⁰. Il est primordial d'assurer de façon effective cet accompagnement puisque le médecin est souvent le premier professionnel vers lequel les femmes victimes d'agressions sexuelles se tournent¹²⁹¹.

L'exemple permettant le mieux d'illustrer l'accompagnement médical des victimes d'agressions sexuelles réside dans la « trousse médicolégal » au Canada. En la matière, le Canada s'est montré avant-gardiste puisque dès 1984 sortait le *Guide d'intervention pour les victimes d'agression à caractère sexuel* et la *trousse médicolégal* l'accompagnant. Ces outils permettent d'apporter à la victime les premiers soins tout en collectant des éléments permettant de faciliter les démarches pour les victimes qui décideraient de porter plainte¹²⁹². La France n'a pas d'outil similaire instauré de façon pérenne sur tout le territoire. Cependant, depuis la ratification en juillet 2014 de la *Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique*, dite aussi « Convention d'Istanbul »¹²⁹³, la France a expérimenté au niveau local des services d'accueil d'urgence des victimes d'agressions sexuelles sur le plan médical et thérapeutique¹²⁹⁴.

531. Un accompagnement financier. Afin d'appréhender les conséquences financières de l'infraction, les deux pays ont mis en place différents mécanismes permettant d'alléger économiquement la victime. Ce soutien financier fait partie des besoins de la victime. En effet, le Bureau de l'Ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels (BOFVAC) a constaté que l'une des formes de soutien que les victimes réclament le plus souvent est l'accès sans frais à des services de counseling, de préférence assurés par des conseillers formés spécialement pour aider les personnes ayant vécu des traumatismes¹²⁹⁵. Ce soutien répond également à une réalité judiciaire. Les démarches judiciaires ont un coût important pour les

¹²⁹⁰ M. SALMONA, préc., note 115. Cet ouvrage évoque la nécessité d'un accompagnement médical adapté et l'inadaptabilité actuelle du système médical.

¹²⁹¹ <https://solidarites-sante.gouv.fr/archives/archives-presse/archives-communiqués-de-presse/article/marisol-touraine-ameliore-la-prise-en-charge-des-femmes-victimes-de-violences>.

¹²⁹² Afin de voir les avantages et les inconvénients de cette trousse, Voir Gouvernement du Québec, « Les agressions sexuelles : STOP », Rapport du groupe de travail sur les agressions à caractère sexuelle, 1995, pp. 68-70.

¹²⁹³ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul, Article 25- Soutien aux victimes de violences sexuelles : « Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour permettre la mise en place de centres d'aide d'urgence pour les victimes de viols et de violences sexuelles, appropriés, facilement accessibles et en nombre suffisant, afin de leur dispenser un examen médical et médico-légal, un soutien lié au traumatisme et des conseils. »

¹²⁹⁴ Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles », Avis n°2016-09-30-VIO-022 publié le 5 octobre 2016, pp. 21-24.

¹²⁹⁵ <http://www.victimesdabord.gc.ca/vv/rec1112-rec1112.html#n2>.

victimes, le montant de ces frais constitue souvent un obstacle à l'accès à la justice de la victime. À titre d'exemple, au Canada, les coûts totaux de la criminalité ont été estimés à 99,6 milliards de dollars par année. La majorité d'entre eux, 82,5 milliards de dollars, soit 83% a été à la charge des victimes¹²⁹⁶. L'accompagnement financier des victimes permet ainsi d'accroître l'effectivité des droits qui leur sont accordés, en leur permettant d'accéder à la justice.

À cette fin, les deux pays ont pris des mesures. Sur ce point, la France semble être en avance par rapport au Canada. En effet, le droit français a très tôt instauré l'aide juridictionnelle¹²⁹⁷. Cette aide juridictionnelle prend en charge totalement ou partiellement les frais judiciaires à la charge de la victime. Cette aide sera accordée sans condition de ressources aux victimes majeures de viol, ainsi qu'aux victimes mineures de viol et d'agressions sexuelles¹²⁹⁸. Ce mécanisme n'existe pas au Canada. En effet, les victimes seront allégées financièrement qu'au travers des mécanismes de réparation¹²⁹⁹. En effet, le dédommagement des victimes permet d'alléger le fardeau financier qui pèse sur elles¹³⁰⁰. Cependant, les ordonnances de dédommagement sont rarement prononcées¹³⁰¹. Lorsqu'elles le sont, il reviendra à la victime de faire les démarches pour les mettre en œuvre, ce qui implique un coût supplémentaire à sa charge¹³⁰². En revanche, la victime n'aura pas à supporter de frais d'avocat.

532. La garantie d'accompagnement : quelle portée ? L'accompagnement des victimes dans le processus judiciaire tant canadien que français constitue une garantie, non un droit subjectif. Cela s'explique par deux éléments. Le premier étant que la victime ne maîtrise par cet accompagnement. Nous sommes en présence d'un devoir incombant aux différents acteurs judiciaires et parajudiciaires et non d'un pouvoir qui serait conféré à la victime bénéficiaire de l'accompagnement, en ce sens où la victime n'a pas de recours en cas de non-

¹²⁹⁶ Ting ZHANG, *Les coûts de la criminalité au Canada*, 2008, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2009. Document consulté à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/crime/rr10_5/index.html.

¹²⁹⁷ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

¹²⁹⁸ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, article 9-2 créé par la Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 - art. 65 JORF 10 septembre 2002 : « La condition de ressources n'est pas exigée des victimes de crimes d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne prévus et réprimés par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-6, 222-8, 222-10, 222-14 (1° et 2°), 222-23 à 222-26, 421-1 (1°) et 421-3 (1° à 4°) du code pénal, ainsi que de leurs ayants droit pour bénéficier de l'aide juridictionnelle en vue d'exercer l'action civile en réparation des dommages résultant des atteintes à la personne. »

¹²⁹⁹ Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, « Charte canadienne des droits des victimes. Obtenir des résultats équitables pour les victimes dans le système de justice pénal au Canada », novembre 2017, pp. 10-13.

¹³⁰⁰ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, « Le dédommagement dans le contexte de justice pénale », (2017) Centre international de criminologie comparée, p. 1; G. GEISS, « Restitution by Criminal Offenders : A summary and overview », dans J. HUDSON et B. GALAWAY, *Restituion in criminal justice*, Lexington, D.C. Heath, 1977.

¹³⁰¹ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, Id. ? p. 6.

¹³⁰² Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, préc., note 1299, p. 11.

inexécution de ce devoir. Aucune entité canadienne ou française ne semble être contrainte d'accompagner la victime. Le second élément réside dans la fonction de cet accompagnement qui a comme fonction d'assurer l'effectivité des autres droits offerts à la victime. Cette garantie d'accompagnement est dépendante de la garantie d'information ; sans cette dernière, les services d'accompagnement restent souvent lettre morte puisque méconnus par les victimes.

533. Bilan. Ce développement a mis en lumière la proactivité des deux pays dans l'aide aux victimes. Cette aide fait l'objet d'une compétence partagée entre diverses entités chargées de leur mise en œuvre. Cette pluralité d'acteurs est gage d'effectivité puisque les uns créent les politiques d'aide aux victimes tandis que les autres les mettent en œuvre sur le terrain dans une cohérence théorique. L'aide prodiguée aux victimes est multiple afin que la victime puisse surmonter toutes les conséquences de l'infraction. Au regard de ces différents éléments, il semblerait que l'accompagnement des victimes soit complet et idyllique. Cette idylle théorique est à relativiser en pratique.

La première limite réside dans le manque de formation des acteurs de l'aide aux victimes. Cet état de fait est inquiétant puisque l'une des solutions permettant l'efficacité des normes ainsi que la reconnaissance des victimes d'infractions sexuelles consiste en la création de formations spécifiques pour tous les intervenants et la création d'équipes spécialisées¹³⁰³. Des efforts ont cependant été mis en œuvre sur ce point¹³⁰⁴. Ces derniers restent encore trop limités et ne permettent pas d'assurer un accompagnement spécialisé effectif¹³⁰⁵. La solution à ce problème serait d'instaurer une formation obligatoire relative aux spécificités des violences sexuelles pour tous les professionnels en contact avec les victimes de ce type de violences.

La seconde limite est d'ordre spatial. Au Canada, notamment, les services d'aide aux victimes relèvent de la compétence des provinces et des territoires qui décident souverainement des programmes et services qu'ils offrent. Il n'existe pas de normes de soutien minimal uniformes à l'échelle nationale. Par conséquent, les victimes n'ont pas les mêmes services d'accompagnement selon l'endroit où elles vivent¹³⁰⁶. Il en est de même en France s'agissant

¹³⁰³ Lorenne M.G. CLARK « Perspectives féministes de la violence contre les femmes et les enfants préoccupations touchant l'aspect psychologique, les services sociaux et la justice pénale », (1991) 3 *Revue juridique 'La femme et le droit'* 420, p. 87.

¹³⁰⁴ Résolution 40/34 des Nations Unies du 11 décembre 1985 portant Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir ; Recommandation n° R (85) 11 du Conseil de l'Europe sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale dans ses par. 1 à 4. ; F. BOURGAULT et D. MATTE, préc., note 115, p12 ; Carole DAMIANI, « La prise en charge des victimes de violences sexuelles », (2004) *AJ Pénal*, p. 22.

¹³⁰⁵ Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, préc., note 1299, p. 5 ; G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 186.

¹³⁰⁶ <http://www.victimessdabord.gc.ca/vv/rec1112-rec1112.html#n2>.

des services d'aide de nature médicale qui se développent essentiellement au niveau local. L'une des solutions serait d'uniformiser et de généraliser sur tout le territoire les services d'aide aux victimes. Cette homogénéisation permettrait d'assurer un traitement unifié et équitable pour toutes les victimes de violences sexuelles. Cette solution permettrait ainsi de reconnaître unanimement la problématique sociale constituée par ces violences.

La troisième limite importante est d'ordre financier. Malgré l'activisme des gouvernement français et canadien, les services d'aide aux victimes manquent encore de moyens¹³⁰⁷. Des difficultés statutaires sont également à noter¹³⁰⁸.

Enfin, l'accompagnement des victimes ne pourrait pas s'appliquer si les victimes ignoraient l'existence des services disponibles. L'information des victimes sur les services et droits qui leur sont offerts par le droit pénal français et canadien demeure le rouage ultime, gage de leur effectivité.

II. L'INFORMATION : L'ASSISE DES DROITS ACCORDES A LA VICTIME

534. L'information des victimes. L'une des dimensions de la justice concerne l'information, on nomme cette facette la « justice informationnelle. »¹³⁰⁹ Selon une étude, une information sur les procédures suivies renforcerait le sentiment de justice des victimes¹³¹⁰. Le besoin d'information est un besoin primaire commun à la majorité des victimes¹³¹¹. L'information est un outil clé afin d'assurer la confiance des victimes envers le système et leur favoriser ce sentiment de justice¹³¹². La nécessité de recevoir de l'information chez les victimes peut aussi répondre à un besoin affectif, afin de mieux comprendre leur victimisation, d'en

¹³⁰⁷ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, pp. 121-122; En 2010, 180 associations d'aide aux victimes étaient conventionnées par le ministère de la justice. Elle n'étaient plus que 178 en 2011 et 173 en 2012, chiffres issus du Rapport pour avis à l'Assemblée nationale, « Accès au droit et à la justice et aide aux victimes », dans le cadre du projet de loi de finance pour 2013, avis n°258 tome 7, Assemblée nationale- 14^e législature (oct. 2012); C. LACROIX, « Pour un ancrage durable de l'effectivité des droits des victimes », dans « Les droits des victimes », dossier, *AJ Pénal*, janvier 2015, p. 13, « Certains départements ne sont plus couverts en matière d'aide aux victimes ».

¹³⁰⁸ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, Id., p. 121 : « Dans leur mise en œuvre, ces associations doivent surmonter de nombreuses difficultés, souvent liées à leur statut associatif privé, rendant délicate leur intégration parmi les organismes publics de prévention et de traitement du phénomène criminel ».

¹³⁰⁹ J.-A. WEMMERS et E. RAYMOND, « La justice et les victimes : l'importance de l'information pour les victimes », (2011) 44 *Criminologie* 157, p. 160.

¹³¹⁰ Id., p. 160.

¹³¹¹ M. MAGUIRE, « Victim's needs and victim services: indications from research », (1985) 10 *Victimology: An International Journal* 539; J. SHAPLAND, J. WILLMORE et P. DUFF, *Victims in the criminal justice system*, Aldershot GB, Gower Publishing Company Limited, 1985.

¹³¹² J.-A. WEMMERS et E. RAYMOND, préc., note 1309, p. 167

comprendre les raisons et ceci afin de pouvoir l'affronter et la dépasser¹³¹³. Ce besoin d'information chez les victimes d'acte criminel est multiple. En effet, celles-ci ont un besoin général d'information sur les procédures à suivre mais aussi sur les ressources disponibles pour elles, ainsi que sur l'avancement de leur dossier policier et judiciaire¹³¹⁴.

535. Le contenu de la garantie d'information. La possibilité pour les victimes d'accéder à l'information signifie que celles-ci peuvent obtenir de l'information sur le système judiciaire, les services qui leur sont offerts, l'état d'avancement de leur cause et le statut de la personne qui leur a causé du tort. La garantie d'information est la clé de voûte des droits des victimes, elle en est l'assise¹³¹⁵. L'information offerte à la victime dans le processus judiciaire français et canadien correspond parfaitement à la définition fonctionnelle de la notion de garantie¹³¹⁶ puisqu'elle permet à la victime de participer effectivement au processus judiciaire et d'obtenir réparation. L'information a une double nature : elle est garante de la mise en œuvre des droits procéduraux de la victime mais elle joue également un rôle de garantie concernant l'accompagnement et constitue ainsi une garantie de garantie. Il existerait ainsi plusieurs degrés de garanties. En effet, si la victime n'a pas accès aux informations lui permettant d'accéder aux services qui lui sont offerts ou de mettre en œuvre les droits procéduraux dont elle est créancière, elle ne pourra occuper aucune place dans le procès pénal. Or, l'accès à l'information est encore bien souvent un obstacle pour la victime¹³¹⁷.

¹³¹³ J.-A. WEMMERS et K. CYR, « Les besoins des victimes dans un processus de médiation », (2004) 40 *Les cahiers de recherches criminologiques*, p. 16.

¹³¹⁴ J.-A. WEMMERS, T. VAN CAMP, préc., note 88, p. 1 ; M. FRENETTE et al., préc., note 51 : « Si les femmes ne sont pas toujours conscientes de vivre de la violence, plusieurs ignorent même la possibilité réelle de porter plainte et les implications concrètes d'une telle décision. Dans ce contexte, les femmes ont déclaré avoir apprécié se faire expliquer que porter plainte faisait partie des options possibles, et ce, sans jugement. Les participantes ont aussi apprécié lorsque les policiers-ères les ont aiguillées vers les ressources spécialisées contre la violence subie par les femmes, comme les maisons d'hébergement. », p. 12.

¹³¹⁵ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 15 ; Marion BRIENEN et Ernestine HOEGEN, « Information and victims of crime », (1997) 6 *Tilburg Foreign Law Review* 113, p. 113 : « Information is the life-blood of the criminal justice process. One of the most important sources of this information is the victim of crime. » ; R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 1232, par. 174, « Il apparaît en pratique comme l'une des conditions de l'effectivité des droits des victimes ».

¹³¹⁶ Y. CAPDEPON, préc., note 1204, pp. 117-120, par. 211-par. 219.

¹³¹⁷ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 15, « Aucun droit ne peut être mis en œuvre si son titulaire n'est pas informé de son existence. Tel est malheureusement le plus souvent le cas pour les victimes. Les règles de droit sont naturellement compliquées et la culture judiciaire et juridique du citoyen moyen est très faible. Les professionnels de la justice n'ont aucune idée de ces immenses lacunes, se retranchant derrière cette maxime totalement irréaliste selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi ». Il faut donc que le législateur mette vigoureusement en œuvre les moyens nécessaires à cette information. » ; Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, préc., note 1299, pp. 6-7.

536. Les différentes facettes de la garantie d'information. L'information des victimes peut être déclinée sous plusieurs aspects. La directive européenne « *Victimes* » énonce que le droit à l'information intègre le droit de comprendre et d'être compris ; le droit de recevoir des informations dès le premier contact avec une autorité compétente puis lors du dépôt de plainte ; enfin, le droit d'obtenir des informations relatives à l'affaire tout au long de la procédure¹³¹⁸.

537. Une nécessité. Au regard de l'importance de l'information pour les victimes, plus précisément pour l'effectivité de leurs droits d'une part¹³¹⁹, et pour le système judiciaire d'autre part¹³²⁰, les législateurs français et canadien sont venus légiférer sur ce point et accorder des prérogatives aux victimes. Il convient de voir le contenu de la garantie d'information dans les deux pays mais également **les moyens** mis en place afin que la victime puisse accéder à cette information. La garantie d'information ne pouvait assurer l'effectivité des droits de la victime, si celle-ci n'est pas utilisée par ses destinataires.

538. Mise en application au Canada. Dès 1988, le Québec a adopté la *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*. Cette loi consacre les droits des victimes à l'information, à la réparation et à recevoir de l'aide et du support. Cette norme énonce que les victimes ont le droit d'être informées de leurs droits et de leur rôle au sein du processus judiciaire, ainsi que du progrès dans leur dossier¹³²¹. La limite principale de cette garantie réside dans le fait qu'aucune sanction n'est prévue en cas de manquement à ce devoir d'informer¹³²² ; il s'agit donc d'une

¹³¹⁸ Dir. 2012/29/UE, 25 octobre 2012, art. 3 à 6.

¹³¹⁹ State of California Department of Justice, Office of the Attorney General, « Marsy's Card ». Document consulté à l'adresse suivante : <http://oag.ca.gov/victimservices/marsy>. « Si les victimes doivent véritablement avoir une influence et être incluses dans le processus de justice pénale, les intervenants doivent redoubler d'ardeur pour leur dire tout ce qu'elles doivent savoir ».

¹³²⁰ L'information de la victime a un double intérêt : la victime est une source d'information dans le procès pénal, et l'information de la victime est nécessaire pour son intégration dans le procès, Voir M. BRIENEN et E. HOEGEN, préc., note 1315, p. 113.

¹³²¹ *Loi sur l'aide aux victimes d'actes criminels*, 1988, c.20, Chapitre A-13.2, Article 4 : « La victime a droit, aussi complètement que possible: 1° d'être informée de ses droits et des recours dont elle dispose; 2° d'être informée de son rôle dans le cadre du processus pénal, de sa participation dans la procédure judiciaire et, lorsqu'elle en fait la demande, de l'état et de l'issue de celle-ci ; 3° d'être informée de l'existence de services de santé et de services sociaux de même que de tout autre service d'aide ou de prévention propres à lui assurer l'assistance médicale, psychologique et sociale requise. » ; Article 5 : « Lorsqu'elle en fait la demande, la victime a droit, dans la mesure du possible et compte tenu de l'intérêt public, d'être informée de l'état et de l'issue de l'enquête policière. »

¹³²² J.- A. WEMMERS et K. CYR, préc., note 1313 ; À l'inverse en France, le droit à l'information des victimes revêt un caractère obligatoire, Voir Circulaires de la direction des Affaires criminelles et des Grâces, Signalisation des circulaires du 1er avril au 30 juin 2001, *Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes relatives aux victimes*, Bulletin officiel du ministère de la justice, n°82, 1^{er} avril- 30 juin 2001, I.1 : « Afin d'assurer à la victime la possibilité de mettre en

garantie-devoir et non d'une garantie-pouvoir¹³²³. Afin de renforcer le respect de cette garantie, le Ministère de la justice au Québec a, en 1995, introduit le programme INFOVAC afin de faciliter l'accès des victimes à l'information. En 1992, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*¹³²⁴ marque le début de la reconnaissance officielle des victimes et de leurs droits au niveau fédéral. Cette loi, en ses articles 26 (1) a) et 142 (1) a), incite le Service correctionnel du Canada (SCC) et la Commission des libérations conditionnelles du Canada (CLCC) à communiquer à la victime inscrite certains renseignements tels que le nom du délinquant ; l'infraction dont il a été trouvé coupable et le tribunal qui l'a condamné ; la date de début et la durée de la peine qu'il purge ; les dates d'admissibilité et d'examen applicables aux permissions de sortir ou à la libération conditionnelle, avec ou sans escorte. L'accès à ces informations constitue un droit accordé à la victime, à l'inverse de la divulgation d'autres renseignements tels que l'âge du délinquant; l'emplacement du pénitencier où il est détenu; la date de sa mise en liberté au titre d'une permission de sortir, d'un placement à l'extérieur, de la libération conditionnelle ou d'office; la date de toute audience prévue à l'égard de l'examen de sa peine d'emprisonnement; les conditions dont est assortie la permission de sortir, le placement à l'extérieur, la libération conditionnelle ou d'office; sa destination lors de sa permission de sortir, son placement à l'extérieur, sa libération conditionnelle ou d'office et son éventuel rapprochement de la victime, selon son itinéraire, s'il est sous garde et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il ne l'est pas; si le délinquant a interjeté appel d'une décision de la CLCC et, le cas échéant, l'issue de cet appel. Ces renseignements peuvent être divulgués à la victime conformément aux alinéas 26(1)b) et 142(1)b) de cette loi au cas par cas, si et seulement si le Service correctionnel du Canada et la Commission des libérations conditionnelles du Canada estiment que l'intérêt de la victime le justifierait. La garantie d'information de la victime est à la discrétion des autorités compétentes.

539. Une nouvelle consécration de la garantie d'information. La *Déclaration canadienne des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*¹³²⁵

oeuvre les droits dont elle dispose, la loi décline le principe inscrit dans l'article préliminaire en développant les obligations de l'informer sur ses droits, notamment lorsqu'elle n'est pas constituée partie civile, et ce aux différents stades de la procédure pénale. Ces obligations d'information incombent ainsi aux enquêteurs, au procureur de la République, au juge d'instruction ou à la juridiction de jugement. Elles présentent, de par leur nature, un caractère obligatoire (à la différence des autres droits conférés aux victimes et exposés infra I.2 ou I.3, droits que les intéressés peuvent décider ou non de mettre en œuvre). »

¹³²³ Y. CAPDEPON, préc., note 1204, p. 123, par. 226.

¹³²⁴ Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch.20.

¹³²⁵ *Déclaration canadienne de 2003 des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*, <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/03/princ.html>.

promulguée en 1988 et renouvelée en 2003 énonce les principes généraux selon lesquels la victime devrait être traitée par le système judiciaire. Parmi ces principes figurent ceux concernant son accès à l'information. Il est énoncé qu'« *il convient de renseigner les victimes au sujet du système de justice pénale, de leur rôle et des occasions qui leur sont offertes d'y participer. Il convient de renseigner les victimes au sujet de l'état de l'enquête, du calendrier des événements, des progrès de la cause et de l'issue des procédures ainsi que de la situation du délinquant dans le système correctionnel, compte tenu des lois, des politiques et des procédures en vigueur. Il convient de renseigner les victimes au sujet des services d'aide disponibles et des autres programmes dont elles peuvent se prévaloir ainsi que des moyens qui s'offrent afin d'obtenir une indemnisation financière.* » et qu'« *il convient de renseigner les victimes au sujet des options dont elles peuvent se prévaloir pour qu'elles fassent état de leurs préoccupations lorsqu'elles sont d'avis que les principes énoncés ci-dessus n'ont pas été respectés* ». Enfin, l'article 2 du chapitre 13 de la *Charte canadienne des droits des victimes*¹³²⁶ consacre le droit à l'information¹³²⁷ et intègre dans cette notion les renseignements généraux, enquête et procédure, renseignements concernant le délinquant ou l'accusé.

540. Les acteurs de la garantie. Concernant l'information de la victime sur l'auteur de sa victimisation, le Service correctionnel du Canada (SCC) est responsable de la garde et de la surveillance dans la collectivité des délinquants qui purgent une peine de deux ans ou plus. Afin de traiter les victimes d'actes criminels avec respect et équité, des agents des services d'aide aux victimes restent à la disposition de celles-ci afin de leur fournir des renseignements sur le Service en question et sur le délinquant qui lui a fait subir un préjudice. Enfin, les Centres d'aide aux victimes d'actes criminels (CAVAC) ont mis en place le programme CAVAC-info visant à transmettre directement aux victimes de l'information lorsqu'elles sont identifiées dans

¹³²⁶ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch.13, art.2 ; *Lois du Canada* (2015) Chapitre 13, sanctionnée le 23 avril 2015, projet de Loi C-32.

¹³²⁷ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch.13, art.2 : « **Droit à l'information- Renseignements généraux-** 6 Toute victime a le droit, sur demande, d'obtenir des renseignements en ce qui concerne : a) le système de justice pénale et le rôle que les victimes sont appelées à y jouer ; b) les services et les programmes auxquels elle a accès en tant que victime, notamment les programmes de justice réparatrice ; c) son droit de déposer une plainte pour la violation ou la négation d'un droit qui lui est conféré par la présente loi. **Enquête et procédures-** 7 Toute victime a, sur demande, le droit d'obtenir des renseignements en ce qui concerne : a) l'état d'avancement et l'issue de l'enquête relative à l'infraction ; b) les date, heure et lieu où se déroulent les procédures relatives à l'infraction, leur état d'avancement et leur issue. **Renseignements concernant le délinquant ou l'accusé-** 8 Toute victime a, sur demande, le droit d'obtenir des renseignements en ce qui concerne : a) tout examen prévu par la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition concernant la mise en liberté sous condition du délinquant et concernant le moment et les conditions de celle-ci ; b) toute audience tenue pour déterminer la décision, au sens du paragraphe 672.1(1) du Code criminel, à rendre à l'égard d'un accusé déclaré inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et la décision qui a été rendue ».

un dossier et même si elles n'en ont pas fait la demande. Il s'agit d'un programme d'information proactif¹³²⁸.

541. Mise en application en France. La garantie d'information des victimes a également fait l'objet d'une évolution positive en droit français. Cette garantie est en France d'une absolue nécessité puisque la victime doit effectuer des choix capitaux pour l'avenir de sa plainte, tel que le choix de se constituer ou de ne pas se constituer partie civile¹³²⁹. La prise en considération de cette nécessité a abouti à de nombreuses lois. En effet, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* a consacré l'idée d'un équilibre des droits entre la personne suspectée ou poursuivie et la victime. Elle a inscrit la protection des droits de la victime dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale et a créé des dispositifs d'information ainsi que des droits procéduraux similaires à ceux inscrits dans la *Charte canadienne des droits des victimes*¹³³⁰. L'article préliminaire énonce expressément dans son paragraphe II le principe selon lequel l'autorité judiciaire **doit veiller** à l'information des victimes. Le droit à l'information, d'une part, et le devoir d'informer, d'autre part, sont désormais inscrits comme principes de la procédure pénale française. Cette garantie d'information est plurielle, elle concerne toutes les étapes de la procédure et oblige tous les intervenants de la chaîne judiciaire¹³³¹. Il n'en est pas ainsi au Canada. En effet, la *Charte Canadienne des droits des victimes* n'oblige pas les autorités à informer les victimes d'une façon spontanée puisque les articles 6 à 8 dudit texte relatifs au droit à l'information précisent que la victime a, « *sur demande* », le droit d'obtenir des informations¹³³². Elle n'oblige pas non plus les autorités compétentes à être formées dans le but

¹³²⁸ Justice Québec et CAVAC, *Le programme CAVAC-Info : Une approche proactive pour répondre aux besoins des victimes d'actes criminels*, disponible sur : <http://www.cavac.qc.ca/colloque/pdf/CAVAC-Info.pdf>.

¹³²⁹ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p.27.

¹³³⁰ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch.13, art.2 ; *Lois du Canada* (2015) Chapitre 13, sanctionnée le 23 avril 2015, projet de Loi C-32

¹³³¹ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 15 ; Obligation d'information à la charge des officiers et des agents de police judiciaire, Code de procédure pénale, art. 10-2 ; Obligation à la charge du juge d'instruction, Code de procédure pénale, art. 80-3.

¹³³² Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, préc., note 1299, p. 2 : « La CCDV confère aux victimes le droit d'obtenir, sur demande, certains types de renseignements. À quelques exceptions près, elle ne crée aucune obligation, pour le système de justice pénale, de communiquer de façon proactive de l'information aux victimes. De plus, aucune autorité ou responsabilité claire n'est attribuée pour déterminer qui est responsable de fournir les renseignements aux victimes, et à quel moment, dans le continuum du système de justice pénale. » ; p. 3 : « La CCDV précise que les victimes devraient recevoir de l'information, mais n'exige pas que les organismes leur fournissent des explications sur les décisions qui sont prises tout au long du processus. Par exemple, la CCDV ne leur confère pas le droit d'examiner une décision prise par la police ou la Couronne de ne pas porter d'accusations, ou le droit d'examiner une décision prise par la Couronne de ne pas poursuivre. »

de dispenser aux victimes les informations pertinentes¹³³³. Cette garantie est **conditionnée** à la manifestation de la volonté des victimes d'obtenir des renseignements. La portée de cette garantie d'information est par conséquent faible puisque si les victimes n'ont pas connaissance de son existence, elles ne pourront pas la mettre en œuvre. Le cas échéant, elles ne sont pas certaines de recevoir des informations pertinentes et adaptées.

542. Une effectivité renforcée par les exigences européennes. En droit français, l'effectivité des prérogatives accordées aux victimes est renforcée au travers des directives européennes relatives aux droits des victimes qui sont nombreuses et transposées en France. Le 15 mars 2001 est adoptée la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil relative au statut des victimes dans les procédures pénales qui accorde un accès à l'information aux victimes. Cependant, des restrictions budgétaires nationales mettent en danger le respect et donc l'effectivité des normes en matière de protection des victimes d'actes criminels¹³³⁴. La directive n°2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil établit des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité. Cette directive consacre une véritable avancée de la procédure pénale européenne et *a fortiori* nationale. Elle a été intégrée dans l'arsenal français depuis la loi du 15 juin 2000. Cette directive consacre un véritable statut de la victime, sans en définir précisément le contenu. Par conséquent, ce texte apparaît davantage comme un texte technique que comme une véritable déclaration de droits, ce qui peut nous faire douter de son effectivité en pratique.

543. Une garantie expressément inscrite dans l'ordre juridique français. En continuité avec la loi du 15 juin 2000 qui a pour la première fois véritablement intégré les droits de la victime dans le Code de procédure pénale français, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice a poursuivi cette intégration et a consacré un titre complet à l'aide aux victimes. Concernant précisément l'accès des victimes à l'information, elle a étendu les devoirs d'information à la charge de la police judiciaire¹³³⁵. Poursuivant cette consécration du droit à l'information des victimes, le 13 novembre 2007, le

¹³³³ Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, Id., p. 3 : « La CCDV ne prévoit pas de stratégie de formation pour faire en sorte que le personnel du système de justice pénale susceptible d'être en contact avec les victimes – par exemple, le personnel de la police, de la Couronne, des services correctionnels et des tribunaux, ainsi que celui des services d'aide aux victimes – reçoive de la formation générale ou spécialisée sur ses obligations en vertu de la CCDV. »

¹³³⁴ Conseil européen de Tampere (Finlande) sur l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice, 15-16, p. 21

¹³³⁵ Code de procédure pénale, Art. 10-2.

décret n° 2007-1605 a institué le juge délégué aux victimes. Ce dernier préside la commission d'indemnisation des victimes d'infraction, il s'assure que la garantie d'information (ou à la non-information) de la victime soit respectée s'agissant de l'exécution des peines. Enfin, le décret n° 2012-681 du 7 mai 2012 relatif aux bureaux d'aide aux victimes généralise l'installation de ces bureaux, animés par les associations d'aides aux victimes, au sein des tribunaux de grande instance. Ces bureaux sont en charge de l'accueil des victimes au sein des palais de justice, de leur information et de leur orientation vers les juridictions. En France, pendant la phase d'instruction, le juge d'instruction se doit d'informer la victime de l'avancement du dossier tous les six mois¹³³⁶.

544. La garantie d'information : quelle portée ? Dans les deux pays cette garantie appartient à la catégorie des garanties-obligation, en ce qu'elle instaure un devoir d'informer aux différents acteurs du processus judiciaire ; la victime ne dispose d'aucun pouvoir d'être informée. Elle détient la possibilité d'être informée car un tel devoir existe en premier lieu. Néanmoins, l'effectivité de cette garantie-obligation n'est pas la même d'un pays à l'autre.

545. Les conditions d'application de la garantie d'information. Afin qu'une garantie ou un droit puisse produire ses effets, il faut qu'ils soient utilisés par leurs destinataires¹³³⁷. Pour cela, il est important que la norme contenant cette garantie ou ce droit soit connue et lisible.

La lisibilité d'une norme s'appuie notamment sur sa précision. Sur ce point, les normes françaises sont suffisamment précises en ce qu'elles énoncent explicitement la garantie accordée ainsi que les étapes et les intervenants au processus pénal chargés de cette obligation d'information. Les normes canadiennes sont pour certaines larges et pour d'autres plus précises. Par exemple, la *Déclaration canadienne des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité* de 1988, modifiée en 2003 pose le droit à l'information des victimes sous forme de principe large¹³³⁸. En effet, il s'agit d'un principe ayant pour finalité de guider le

¹³³⁶ Collectif féministe contre le viol, « Viols, agressions sexuelles, faire valoir vos droits », édition 2016, p. 26.

¹³³⁷ J. BELLEY, préc., note 132, pp. 42-43 ; V. DEMERS, préc., note 130, p. 41.

¹³³⁸ *Déclaration canadienne des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*, 2003, « 5. Il convient de renseigner les victimes au sujet du système de justice pénale, de leur rôle et des occasions qui leur sont offertes d'y participer. 6. Il convient de renseigner les victimes au sujet de l'état de l'enquête, du calendrier des événements, des progrès de la cause et de l'issue des procédures ainsi que de la situation du délinquant dans le système correctionnel, compte tenu des lois, des politiques et des procédures en vigueur. 7. Il convient de renseigner les victimes au sujet des services d'aide disponibles et des autres programmes dont elles peuvent se prévaloir ainsi que des moyens qui s'offrent afin d'obtenir une indemnisation financière. »

traitement des victimes dans le processus de justice pénale¹³³⁹. Quant à la *Charte canadienne des droits des victimes*, une imprécision importante existe quant à la désignation des autorités compétentes¹³⁴⁰. À l'inverse, les articles de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* énoncent avec précision le contenu de l'information devant être dispensée aux victimes. Par conséquent, le critère de la précision est davantage établi en France qu'au Canada où cela varie d'un texte à l'autre.

Concernant la connaissance de la garantie par ses bénéficiaires, celle-ci se voit limitée dans les deux pays. En effet, l'accès à l'information de la victime reste souvent lacunaire et constitue un obstacle à l'accès à la justice de la victime. Cette non-information est particulièrement visible chez les femmes victimes¹³⁴¹. Cette méconnaissance tend à s'estomper en France par l'obligation qu'ont les autorités compétentes d'informer la victime de ses droits. À l'inverse, au Canada, aucune obligation n'est conférée à quiconque d'informer les victimes, c'est à ces dernières de le demander¹³⁴². Cette exigence envers la victime nourrit le cercle de l'ineffectivité. En effet, comment mettre en œuvre une prérogative si on en ignore l'existence ? Il s'agit d'une lacune importante que le législateur canadien devrait s'atteler à combler.

546. L'information de la victime : une garantie, pas un droit. La garantie se distingue d'un droit subjectif en ce qu'elle n'octroie pas de véritable pouvoir à son titulaire, c'est-à-dire que ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir de coercition afin de faire respecter cette garantie. Si le devoir des autorités d'informer la victime n'est pas honoré, cette dernière ne dispose pas d'un véritable recours lui permettant d'exiger le respect de cette garantie.

¹³³⁹ <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/03/princ.html>

¹³⁴⁰ Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, préc., note 1299, p. 5 : « Pour que les victimes reçoivent les renseignements auxquels elles ont droit, il est important que les principaux intervenants du système de justice pénale connaissent leurs responsabilités respectives. À l'heure actuelle, il n'est pas clairement établi à qui il incombe de faire respecter les droits et à quelle étape du processus cela doit être fait. Aucun pouvoir ni aucune responsabilité à cet égard n'est attribué. »

¹³⁴¹ Conseil de l'Europe, *Garantir aux femmes l'égalité d'accès à la justice*, Stratégie du Conseil de l'Europe pour l'égalité entre les femmes et les hommes, p.3, cette absence d'information est un obstacle à l'accès à la justice des victimes, c'est pour cela qu'il faut que les autorités judiciaires compétentes soient plus proactives dans la délivrance des informations pertinentes aux victimes. Sur cette nécessaire proactivité, Voir Gouvernement du Canada, Id., pp. 4 et s.

¹³⁴² Il est également important de préciser que les entités chargées d'informer les victimes ne sont pas spécifiquement formés, Voir Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels, préc., note 1299, p. 3 : « La CCDV ne prévoit pas de stratégie de formation pour faire en sorte que le personnel du système de justice pénale susceptible d'être en contact avec les victimes – par exemple, le personnel de la police, de la Couronne, des services correctionnels et des tribunaux, ainsi que celui des services d'aide aux victimes – reçoive de la formation générale ou spécialisée sur ses obligations en vertu de la CCDV. »

Au Canada, aucune sanction en son sens restreint¹³⁴³ n'est prévue lorsque l'autorité compétente n'informe pas les victimes. Cette absence de sanction semble logique au regard du fait que l'information ne fait l'objet d'aucune obligation. Conformément à une acception large de la notion de sanction, il semble qu'il en existe une lorsque le droit à l'information des victimes prévu dans la *Charte canadienne des droits des victimes* n'est pas respecté. En effet, l'article 25 (1) et (2) de cette Charte prévoit un droit de déposer plainte lorsque la victime considère qu'un de ses droits a été violé ou nié par un ministère, une agence ou un organisme fédéral¹³⁴⁴. L'effectivité de ce recours semble être assurée par l'alinéa 3 dudit article qui prévoit que chacune de ces entités doit disposer d'un mécanisme d'examen des plaintes¹³⁴⁵. Il semble par conséquent que le non-respect du devoir d'informer fasse l'objet d'un recours donc d'une sanction au sens large¹³⁴⁶. Il convient cependant d'émettre une critique en ce que ce recours est limité puisqu'il permet simplement à la victime de porter plainte mais cela ne lui ouvre ni un droit d'action ni un droit d'être dédommée. Le recours permettant de sanctionner le manquement des autorités compétente est de faible portée. Il est donc légitime de dire que l'effectivité de la *Charte canadienne des droits de la victime* quant à sa mise en œuvre et au regard de la sanction est faible. En France, les autorités désignées ont une véritable obligation d'informer les victimes, cependant à la différence du Canada, le Code de procédure pénale ne prévoit aucun recours possible pour la victime en cas de violation de son droit à l'information. Cela peut certainement s'expliquer par le fait que cette obligation en est une de moyen et non de résultat¹³⁴⁷. En d'autres termes, dans les deux pays, la victime dispose d'une garantie d'information dont la mise en œuvre dépend du bon vouloir des autorités débitrices du devoir d'informer. La victime est par conséquent relativement passive dans sa possibilité d'utiliser cette garantie.

¹³⁴³ G. CORNU, préc., note 42, p. 942, Définition de sanction : « En un sens restreint, punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir. »

¹³⁴⁴ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch.13, art.2, Article 25 (1) et (2) : « (1) Toute victime qui est d'avis qu'il y a eu violation ou négation, par un ministère, une agence ou un organisme fédéral, d'un droit qui lui est conféré par la présente loi a le droit de déposer une plainte conformément au mécanisme d'examen des plaintes applicable. Plainte à l'autorité compétente. (2) Toute victime qui a épuisé les recours prévus par le mécanisme d'examen des plaintes et qui n'est pas satisfaite de la réponse du ministère, de l'agence ou de l'organisme fédéral peut déposer une plainte auprès de toute autorité compétente pour examiner les plaintes concernant ce ministère, cette agence ou cet organisme. »

¹³⁴⁵ Id., Article 25 (3) : « Tout ministère, agence ou organisme fédéral qui joue un rôle dans le système de justice pénale doit disposer d'un mécanisme d'examen des plaintes prévoyant : a) l'examen des plaintes relatives à la violation ou négation reprochée des droits prévus par la présente loi; b) le pouvoir de recommander la prise de mesures correctives; c) l'obligation d'informer les victimes du résultat de l'examen et, le cas échéant, des recommandations qui en découlent. »

¹³⁴⁶ G. CORNU, préc., note 42, p. 942, définition de sanction : « Plus généralement encore, tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation. Ex. l'action en justice ouverte au titulaire d'un droit est la sanction de ce droit ; moyen de pression, l'astreinte est aussi une sanction en ce sens. »

¹³⁴⁷ Code de procédure pénale, art. 10-2.

547. Un gage d'effectivité. Le développement précédent a permis de mettre en lumière l'importance et la mise en œuvre dans les deux pays de la garantie d'information. Cette dernière est garante de l'effectivité des droits offerts aux victimes. Le respect de cette garantie-obligation permet à la victime de participer activement au processus judiciaire.

Section 2. Une intégration franche par l'octroi de droits

548. Des garanties aux droits des victimes. La prolifération normative relative aux infractions sexuelles et aux victimes n'aurait que peu d'intérêt sans la mise en place de mécanismes permettant aux normes de produire des effets juridiques. Ces **agents de l'effectivité des normes** trouvent une illustration parfaite au travers des garanties précédemment présentées. Ces dernières ont pour finalité d'assurer l'effectivité des droits offerts aux victimes, à savoir le droit de participation, d'une part (I) ; ainsi que le droit à réparation, d'autre part (II). De façon similaire au contenu des garanties d'accompagnement et d'information qui varie d'un pays à l'autre, les modalités de ces deux droits divergent selon que l'on se place en France ou au Canada.

I. LE DROIT DE PARTICIPER AU PROCESSUS PENAL

549. Contextualisation. Paul Ricœur disait : « *Derrière la clameur de la victime se trouve une souffrance qui crie moins vengeance que récit* ». Cette citation tend à contredire les propos anti-victimaires, l'auteur révèle que la victime n'est pas toujours vindicative. Elle cherche davantage une participation passive qu'active au procès ; elle recherche une reconnaissance plutôt qu'une vengeance¹³⁴⁸.

550. Le besoin de participer au processus judiciaire. Sous un angle victimologique, de nombreuses lectures ont démontré un besoin de participation des victimes qui souhaitent jouer un rôle dans la procédure pénale¹³⁴⁹. Cette volonté revêt plusieurs facettes. Ce besoin d'être actrices dans la procédure pénale implique pour les victimes un désir de « faire entendre leurs voix. »¹³⁵⁰ Elles souhaitent retrouver la parole¹³⁵¹ et pouvoir s'engager dans la

¹³⁴⁸ L'octroi d'une place et de droits à la victime lui permet de dépasser son désir de vengeance, Voir R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, pp. 116-117 ; P. MILLIEZ (Dir.), *Rapport de la Commission d'étude et de proposition dans le domaine de l'aide aux victimes*, Ministère de la justice, 1982, p. 13 : « Tant que les victimes auront le sentiment de ne rien pouvoir obtenir du système qui soit de l'ordre du respect, de la reconnaissance de leur souffrance et de la réparation effective, elles seront acculées à n'avoir que la vengeance comme seule consolation, comme seul objectif ».

¹³⁴⁹ J.- A. WEMMERS et K. CYR, préc., note 1313 p. 7.

¹³⁵⁰ M. RAUSHENBACH et D. SCALIA, préc., note 59, p. 444.

¹³⁵¹ A. M. HOUÉDJISSIN, préc., note 103, p. 275

résolution de leurs affaires¹³⁵². Cette possibilité de prendre la parole implique pour les victimes le pouvoir de s'exprimer devant le juge¹³⁵³, ainsi que d'être entendue à l'audience¹³⁵⁴. Le besoin de s'exprimer est un besoin prioritaire chez les victimes¹³⁵⁵. Elles désirent également avoir la possibilité de faire des demandes¹³⁵⁶. Selon de nombreux auteurs, l'inclusion de la victime dans le procès serait la clé de sa réparation et d'une satisfaction de ses besoins¹³⁵⁷.

551. Différences de conception du droit à la participation. Au regard des avantages de la participation au procès pour la victime d'une part et pour la justice d'autre part, les législateurs des deux pays ont accordé diverses prérogatives à la victime lui permettant d'avoir un rôle au sein du processus pénal. Ces prérogatives sont multiples et accordent à la victime une implication relativement conséquente selon le pays concerné. Afin de percevoir l'ampleur de ce rôle, il convient d'analyser le contenu de cette participation (A), avant d'en étudier sa portée (B).

A. Le contenu du droit de participer au processus pénal

552. Une variation en fonction de la culture juridique. Le degré de participation de la victime à la procédure varie en fonction de la nature accusatoire ou inquisitoire du procès. La principale différence entre les deux systèmes réside dans le rôle accordé à la victime ; dans le premier elle n'est pas une partie au procès à la différence du second¹³⁵⁸. En France, la victime peut se constituer partie civile, il y a par conséquent trois parties au débat judiciaire, le ministère public, l'accusé et la victime. À l'inverse, au Canada, il n'y a que deux parties, le ministère public et l'accusé, la victime occupant généralement le rôle de témoin principal de la poursuite, l'effectivité de ce rôle étant parfois mise en échec par le fait que la poursuite n'a aucune obligation de la faire entendre¹³⁵⁹. En France, si la victime ne se constitue pas partie civile, elle

¹³⁵² R. CARIO, *Les victimes et la justice restaurative*, dans P. ZEN-RUFFINE (Ed.) *Du monde pénal. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Collection Neuchâteloise, Helbing and Lichtenhahn pub., Bâle, 2006, pp. 529-539^[17]_{SEP}.

¹³⁵³ Y. STRICKLER, préc., note 62, p.72

¹³⁵⁴ Id., p.72 ; Emilie RAYMOND, *Justice pour les crimes contre l'humanité et génocides : point de vue et attentes des victimes*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2010, p. 23.

¹³⁵⁵ M. BARIL, préc., note 50.

¹³⁵⁶ J.- A. WEMMERS et K. CYR, préc., note 1313.

¹³⁵⁷ E. RAYMOND, préc., note 1354, p. 27 ; A. M. HOUÉDJISSIN, préc., note 103, p. 275.

¹³⁵⁸ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 433.

¹³⁵⁹ *R. c. Cook*, (1997) 1 R.C.C. 1113, 1136-1138.

sera également entendue comme témoin. Dans ce cas, les droits offerts à la victime sont réduits¹³⁶⁰, se rapprochant ainsi du système canadien ; en revanche, le rôle probatoire de la victime est accru lorsqu'elle intervient en tant que témoin. Sous un angle comparatiste il est intéressant de voir que la place de la victime au Canada est transposable en France¹³⁶¹, l'inverse ne l'est pas¹³⁶².

553. Un rôle central. En dépit de cette faible place accordée dans le débat judiciaire à la victime au Canada, celle-ci y tient un rôle central dans l'institution de la poursuite pénale ainsi qu'un rôle d'intervention limité au moment du prononcé de la peine. La liste des droits de la victime canadienne pourrait s'arrêter à cet énoncé¹³⁶³. Néanmoins, la *Charte Canadienne des droits des victimes* est venue renforcer sa place dans le processus pénal en lui accordant un droit de participation limité au procès composé de la possibilité de donner son point de vue¹³⁶⁴ et du droit d'émettre une déclaration¹³⁶⁵. Le droit de participation accordé à la victime au sein du système pénal français est beaucoup plus étendu.

Afin d'étudier de façon analytique l'étendue de la participation de la victime dans le processus pénal, il convient de confronter ces droits avec les attentes des victimes.

554. Le droit de participation confronté aux attentes des victimes. L'énoncé précédent a permis de percevoir que la victime attend de sa participation au processus pénal la possibilité d'y jouer un rôle. Cela passe par la prise de parole, lui permettant ainsi de faire entendre sa voix. Il convient donc de voir si la France et le Canada permettent à la victime d'occuper cette place et ainsi de combler ses attentes.

555. Un droit controversé. La possibilité pour la victime de participer au processus pénal fait l'objet de vives controverses dans les deux pays et vient remettre en question

¹³⁶⁰ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 28.

¹³⁶¹ Dans les deux pays, la victime peut jouer un rôle de témoin.

¹³⁶² Au Canada, la victime ne sera jamais reconnue en tant que partie au procès. À l'inverse en France, lorsque la victime se constituera partie civile, elle sera une partie au procès.

¹³⁶³ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, pp. 433-437, p. 433 : « Le seul rôle que peut véritablement jouer la victime comme intervenant dans le processus pénal se situe au moment de l'institution de l'action pénale. Elle n'aura par la suite que des pouvoirs d'intervention très limités, surtout au moment du prononcé de la peine ».

¹³⁶⁴ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art. 2 : « **Point de vue pris en considération**- 14 Toute victime a le droit de donner son point de vue en ce qui concerne les décisions des autorités compétentes du système de justice pénale en ce qui touche les droits qui lui sont conférés par la présente loi et à ce qu'il soit pris en considération. »

¹³⁶⁵ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art. 2 : « **Déclaration de la victime**- 15 Toute victime a le droit de présenter une déclaration aux autorités compétentes du système de justice pénale et à ce qu'elle soit prise en considération. »

l'équilibre du procès pénal. L'équilibre n'étant pas le même dans les deux systèmes¹³⁶⁶, il semble donc logique que l'étendue des droits accordés à la victime ne soit pas similaire.

556. Un premier rôle dans le déclenchement des poursuites. Avant d'analyser les possibilités données à la victime de faire entendre sa voix, il convient de voir le rôle qu'a la victime dans le déclenchement du processus pénal. Cette possibilité est gage de l'effectivité des droits accordés à la victime puisque, si le procès pénal n'a pas lieu, la victime ne pourra pas mettre en œuvre ses prérogatives. Concernant cette possibilité de déclencher les poursuites, la France et le Canada se rapprochent. En effet, en France, lorsque l'action publique n'a pas encore été engagée, la victime peut agir par voie d'action mettant ainsi elle-même en mouvement l'action publique et ceci en se constituant partie civile, sans que le parquet puisse s'y opposer pour des raisons d'opportunité¹³⁶⁷. Ce déclenchement de l'action publique par la victime existe au Canada de façon beaucoup plus atténuée par la possibilité pour la victime de dénoncer l'infraction subie à un juge de paix¹³⁶⁸. Elle aura ainsi un rôle de dénonciatrice ayant pour effet d'initier la phase judiciaire de la procédure. En pratique, ce droit n'implique cependant pas d'agir comme poursuivante¹³⁶⁹. Il s'agit ici du rôle que peut véritablement jouer la victime comme intervenante dans le processus pénal canadien¹³⁷⁰. Ce rôle d'initiatrice de l'action publique est à relativiser dans les deux pays. En effet, dans la très grande majorité des cas, la victime ne se porte pas directement dénonciatrice mais communique avec le service de police qui se chargera ensuite de faire l'enquête et de déposer la dénonciation¹³⁷¹. En France, la possibilité pour la victime qui se constitue partie civile de déclencher l'action publique se voit également limitée en pratique¹³⁷². Cette procédure peut être lourde et longue, l'exercice de ce droit coûte cher à la victime, par conséquent peu l'utilisent¹³⁷³. Par ailleurs, en France, la victime peut également se constituer partie civile même si l'action publique est déjà engagée, par voie

¹³⁶⁶ Au Canada, l'équilibre est centré sur deux parties seulement, tandis qu'en France, il est centré sur trois parties.

¹³⁶⁷ Code de procédure pénale, Art.1^{er}; CPP, Article 85. Cette possibilité existe depuis le célèbre arrêt Laurent Atthalin, Cass. Crim. 8 déc. 1906, Bull. n° 443.

¹³⁶⁸ *Code criminel*, Art. 504.

¹³⁶⁹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 434 ; *Code criminel*, Article 2, définition de **poursuivant** et définition de **procureur général**.

¹³⁷⁰ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, Id., p. 433.

¹³⁷¹ Id., p. 434.

¹³⁷² La loi du 5 mars 2007 institue de nouveaux mécanismes destinés à limiter les constitutions de partie civile par la voie de l'action, et donc le déclenchement de l'action publique par la victime : conditions nouvelles présidant à la recevabilité de la plainte avec constitution de partie civile ; institution du mécanisme de la consignation complémentaire.

¹³⁷³ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300 ; S. PORTELLI, « Le juge penal et les victimes », dans J-L .SENON, G. LOPEZ et R. CARIO (Dir.), *Psycho-criminologie*, Paris, Dunod, 2008 ; DOAK, J., « Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation », (2005) 32 *Journal of Law and Society* 294.

d'intervention, s'associant par sa constitution aux poursuites en cours¹³⁷⁴. Certaines associations de victimes ont également ce droit, notamment les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles¹³⁷⁵. Ce statut de partie civile accorde à la victime française de nombreuses possibilités de faire entendre sa voix et ainsi jouer un rôle actif dans la procédure pénale. Ce statut accordé à la victime constitue la différence la plus importante entre le système français et le système canadien. Dans le second, la victime ne sera en pratique pas considérée comme une partie au procès mais uniquement comme le témoin principal dont les droits tendent à s'améliorer. Nous percevons d'ores et déjà le fait que la victime française a une réelle possibilité de prendre la parole et ainsi de faire entendre sa voix, à la différence de la victime canadienne qui se verra auditionner en tant que témoin, ce qui sur un plan probatoire lui donne un véritable rôle dans la manifestation de la vérité. La loi pénale française n'a pas seulement accepté que la victime fasse entendre sa voix, elle lui a donné de véritables outils lui permettant d'être impliquée dans la procédure¹³⁷⁶. À l'inverse, la loi canadienne ne lui accorde que très peu d'outils lui permettant de faire valoir ses droits ; elle lui octroie cependant un rôle probatoire de premier ordre. La victime est ainsi reconnue dans les deux pays à des places différentes.

557. Une victime outillée. La possibilité pour la victime en France de se constituer partie civile lui permet de figurer comme partie au procès pénal ; elle pourra ainsi y participer et défendre ses intérêts afin d'obtenir la réparation du préjudice subi à la suite de l'infraction. La constitution de partie civile peut également s'éloigner de cette volonté de réparation¹³⁷⁷. En effet, l'admission de l'action civile vindicative permet à la victime de rechercher uniquement à établir l'existence de l'infraction¹³⁷⁸. Ainsi, la victime qui se porte partie civile a un double statut et peut plaider à deux reprises : une fois sur les faits et la culpabilité de l'accusé et après le verdict, sur le montant de la réparation demandée¹³⁷⁹.

558. Partie ou participante ? Lorsque la victime se constitue partie civile, elle a la possibilité de participer à la preuve de l'infraction et pourra être assistée d'un avocat qui lui

¹³⁷⁴ Code de procédure pénale, Article 87.

¹³⁷⁵ Id., Article 2-2.

¹³⁷⁶ Elisabeth FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », (2006) 28 *Archives de politique criminelle* 41, p. 41.

¹³⁷⁷ Cass. Crim. 10 octobre 1968, n°67-92262, Bull. crim. n°248, exercée par voie d'action, l'action civile déclenche l'action publique, la Cour de cassation a estimé que la demande de dommages-intérêts n'était qu'une faculté pour la partie civile.

¹³⁷⁸ Cass. Crim. 10 février 1987, n° 85-95939, Bull. crim. n° 64.

¹³⁷⁹ Philippe BONFILS, « Par. 2. Participation de la victime au déroulement du procès pénal », (Avril 2011, actualisation novembre 2017), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par. 187.

permettra de défendre ses intérêts¹³⁸⁰. Cette seconde possibilité n'existe pas au Canada. En effet, la possibilité qui lui est accordée de se porter dénonciatrice ne lui accorde pas les droits d'une partie. Elle reste en marge des procédures. Elle ne peut être représentée par un avocat et la défense de ses intérêts ne fait pas partie du rôle du ministère public¹³⁸¹. Son droit de participation est donc très réduit. La seule exception concerne les affaires d'infraction sexuelle lorsque la défense présente une requête pour divulgation d'un dossier privé de la plaignante. Dans cet unique cas, l'article 278.4 (2) du *Code criminel* reconnaît à la victime le droit de faire des représentations devant le tribunal¹³⁸². On perçoit ici que la victime d'infraction sexuelle au Canada a davantage de prérogatives que la victime d'une autre infraction. Dans les deux pays, la participation de la victime au processus pénal peut être aménagée lorsque l'infraction subie est d'ordre sexuel. Cet aménagement a pour objet la protection de la victime. Cela s'illustre au travers du huis clos et de l'anonymisation de la procédure¹³⁸³.

559. Contenu du droit de participation. Le droit de participation de la victime au Canada est en principe limité, en France il est généralement étendu puisque la victime a un large pouvoir d'initiative, à ne pas confondre avec un quelconque pouvoir décisionnel¹³⁸⁴.

En France, ce droit et son corollaire le droit de ne pas participer, sont plus étendus et revêtent de nombreuses possibilités. Le système français accorde à la victime une présence effective sur la scène pénale. Il n'en demeure pas moins que cette présence n'est pas toujours admise et varie selon que lui est reconnu le pouvoir d'agir pour uniquement obtenir réparation ou pour également participer au processus conduisant à la punition¹³⁸⁵.

Lorsque sa présence est admise, son statut de partie civile lui accorde de nombreuses prérogatives, notamment le droit de participer à la procédure. En premier lieu, elle participe à la procédure par sa présence et ses déclarations. Au cours de l'information, la partie civile participe à la manifestation de la vérité et au respect du délai raisonnable. En effet, la possibilité de porter l'action civile devant les juridictions pénales revêt de nombreux avantages pour le système judiciaire : la rapidité, l'administration de la preuve et l'économie¹³⁸⁶. Afin d'analyser

¹³⁸⁰ Droit à l'assistance d'un avocat, droit initialement reconnue par la loi 22 mars 1921, Code de procédure pénale, art. 114 et s. ; Au stade de l'enquête, Code de procédure pénale, art. 10-3 et au stade de l'Instruction, Code de procédure pénale, art. 80-3, la victime doit être informé de son droit à l'assistance d'un avocat et de ses modalités.

¹³⁸¹ *R. c. J. (G.P.)*, 2000 151 C.C.C. (3d) 382, par. 53-55 (C.A.M.) ; *R. c. S. (F.)*, (2000) 144 C.C.C. (3d) 466, par. 14 (C.A.O.).

¹³⁸² *Code criminel*, Article 278.4 (2).

¹³⁸³ *Infra* Section 1, Chapitre 2.

¹³⁸⁴ X. PIN, « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », (2006) 1 *Archives de politique criminelle* 49, p. 61.

¹³⁸⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, préc., note 56, p. 80.

¹³⁸⁶ J-B. THIERRY, préc., note 67, p. 240.

de façon pertinente les droits permettant la participation de la victime au procès pénal, il convient de les diviser en fonction de leur utilité, à savoir la manifestation de la vérité, d'une part, et la bonne administration de la justice permettant ainsi de respecter le principe de célérité, d'autre part.

560. La participation de la victime dans la manifestation de la vérité. Afin d'être utile au procès, la victime qui se constitue partie civile a la possibilité de formuler des demandes d'actes. Cette possibilité était limitée par la loi du 4 janvier 1993, mais la loi du 15 juin 2000 est venue étendre ce droit à tous les actes qui paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité (CPP, Art. 82-1). L'article 156 du Code de procédure pénale accorde à la partie civile la possibilité de demander au juge d'ordonner une expertise, complétée par la possibilité de préciser dans sa demande les questions qu'elle veut voir poser à l'expert. Lorsque la partie civile a connaissance des résultats de cette expertise, elle peut demander un complément ou une contre-expertise (CPP, Art. 167). Lorsque les conclusions de l'expertise sont de nature à conduire le juge d'instruction à ordonner le non-lieu par application de l'article 122-1 du Code pénal, le complément ou la contre-expertise est de droit (CPP, Art. 167-1). Dans l'hypothèse où le juge d'instruction n'entend pas faire droit à la demande d'acte formulée par la partie civile, il doit rendre une ordonnance motivée dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, faute de quoi, la partie civile peut saisir directement le président de la chambre de l'instruction qui décide s'il y a lieu de saisir la chambre d'accusation.

Afin de faciliter davantage la manifestation de la vérité, il est accordé à la victime la parole concernant le préjudice subi, ceci en demandant au juge d'instruction de procéder à des actes lui permettant d'apprécier la nature et l'importance des préjudices qu'elle a subis ou de recueillir des renseignements sur sa personnalité (CPP, Art. 81-1), et afin de réparer la victime de la façon la plus adéquate possible. Cette possibilité existe de façon beaucoup plus restreinte au Canada au travers d'une déclaration relative au préjudice subi qui pourra être prise en compte dans le prononcé de la peine (CC, Art. 722 (1)).

Devant les juridictions de jugement, la partie civile se voit également reconnaître un droit à participer. Conformément aux articles 281, 329, 330 et 435 du Code de procédure pénale, elle peut citer des témoins, s'opposer à leur audition ou au contraire demander leur audition lorsqu'ils n'ont pas été régulièrement cités (CPP, Art. 340 et 344). Au cours des débats, elle peut, par l'intermédiaire du président, leur poser des questions ainsi qu'à l'accusé ou au prévenu (CPP, Art. 312, 442 et 454). Pour arriver à la manifestation de la vérité, elle peut demander toute mesure d'instruction utile, et notamment un transport sur les lieux (CPP, Art. 456).

Enfin, elle peut, sur toutes ces questions de procédure, mais également sur des points concernant le fond, déposer des conclusions (CPP, Art. 315 et 459) auxquelles la juridiction est tenue de répondre dès lors que les écrits satisfont aux conditions de l'article 459 du Code de procédure pénale¹³⁸⁷.

561. Une participation accrue par son rôle de témoin au Canada ? En France, la victime a le choix entre devenir une partie au procès ou ne pas s'engager autant dans le processus judiciaire, en occupant la place de témoin. Au Canada, la victime n'a pas ce choix-là, en dépit des quelques possibilités qui lui sont offertes, telle que la possibilité de présenter une déclaration de victime ; celle-ci a comme rôle unique celui de témoin. Si cette place offre moins de pouvoir que celle de partie au procès, elle octroie à la victime un rôle beaucoup plus important dans la manifestation de la vérité. En effet, dans les deux pays, le témoin doit prêter serment ; sa mission est de délivrer un témoignage. Ce dernier fait partie des modes de preuve admissibles. En d'autres termes, la France offre de nombreux droits à la victime, tandis que le Canada octroie une place de choix à la parole de la victime dans la manifestation de la vérité. Sur un plan probatoire, le rôle de la victime-témoin au Canada prévaut sur le rôle de la victime-partie civile en France.

562. Quand la fin justifie les moyens. Le rôle de la victime dans la manifestation de la vérité est tel que la chambre criminelle de la Cour de cassation lui a accordé la possibilité de produire des moyens de preuve obtenus de façon déloyale ou illicite alors même que cela est refusé aux autorités policières et judiciaires¹³⁸⁸. Ce droit est questionnable au regard notamment du principe de loyauté, l'illégalité du processus de recueillement de la preuve étant choquante¹³⁸⁹. Cette illégalité permise par le juge semble créer un déséquilibre entre les droits accordés à la partie civile et les droits de l'accusé et autres principes fondamentaux de la procédure pénale. Cette admission accorde un droit trop important à la victime et semble légitimer sa vengeance.

¹³⁸⁷ Cass. Crim. 8 juin 1994, Bull. n° 229.

¹³⁸⁸ Cass. Crim. 27 févr. 1996, no 95-81.366, Bull. crim. no 93 ; Cass. Crim. 13 oct. 2004, no 00-86.726, Bull. crim. no 243 ; P. BONFILS, préc., note 1379, par. 185.

¹³⁸⁹ P. BONFILS, préc., Id., par. 185 : « S'il est normal de reconnaître à la partie civile le droit de participer activement à la recherche des preuves, notamment au regard de la dimension pénale ou répressive de sa participation au procès pénal, il paraît gênant en revanche de l'autoriser à obtenir des preuves de façon déloyale ou illicite, quand bien même celles-ci seraient discutées contradictoirement. Il semble en effet choquant que le droit vienne apporter sa protection à la partie civile lorsque c'est par une infraction que la preuve a pu être établie. »

563. Les droits de la victime participant à la bonne administration de la justice.

La partie civile participe également au bon fonctionnement du procès pénal puisqu'elle participe par sa présence ou celle de son avocat à l'exécution des différents actes de l'information¹³⁹⁰.

De façon plus générale, la partie civile dispose du droit de demander au juge de se prononcer sur la suite à donner au dossier. L'article 175-1, modifié par la loi du 15 juin 2000, l'autorise ainsi, à l'expiration du délai prévisible d'achèvement de la procédure qui lui a été notifié par le juge d'instruction en début d'information, à demander au magistrat instructeur de prononcer le renvoi devant la juridiction de jugement ou de déclarer qu'il n'y a lieu à suivre. Cette demande peut aussi être présentée à l'expiration du délai légal qui est d'un an en matière correctionnelle ou de 18 mois en matière criminelle, mais également lorsqu'aucun acte n'a été accompli pendant une durée de quatre mois. Le juge doit se prononcer dans le délai d'un mois, faute de quoi la partie civile peut saisir directement le président de la Chambre d'instruction qui, le cas échéant, saisit ladite juridiction conformément à l'article 207-1 du Code de procédure pénale. Ce droit permet ainsi à la victime d'atténuer la lenteur des procédures.

Ces différents droits accordés à la victime française lui permettent véritablement de faire entendre sa voix en jouant un rôle actif dans la manifestation de la vérité et en participant au respect du principe de célérité.

B. La portée du droit de participer au processus pénal

564. Le droit de participation : un droit subjectif ? Après avoir analysé le contenu du droit de participation dans ces deux pays, il semble nécessaire de se poser deux questions : le droit de participation revêt-il les caractéristiques d'un droit subjectif ? Le cas échéant, le pouvoir du titulaire sur ce droit a-t-il la même force dans les deux pays ? Afin de répondre à ces questions, il convient de reprendre les deux critères posés par Dabin, à savoir l'appartenance et la maîtrise.

565. La condition d'appartenance. Selon Dabin, tout droit subjectif suppose un bien ou valeur lié au sujet-personne par un lien d'appartenance, consacré par le droit objectif, en

¹³⁹⁰ Code de procédure pénale, Art. 120.

sorte que cette personne puisse dire que ce bien ou cette valeur est sien¹³⁹¹. Pour rentrer dans cette catégorie, le droit de participation doit donc appartenir à la victime, il s'agit d'un avoir¹³⁹²; la victime doit en être titulaire et en disposer conformément aux prescriptions du droit objectif¹³⁹³. Tel est le cas puisque selon le Code de procédure pénale et la *Charte canadienne des droits des victimes*, la victime est titulaire d'un droit de participer au procès pénal si elle le souhaite ; elle en dispose puisqu'elle peut le mettre en œuvre ou non. Le droit objectif des deux pays a ainsi octroyé à la victime le droit de participer de diverses façons au processus pénal. La condition d'appartenance permettant de caractériser un droit subjectif semble qualifiée en l'espèce.

566. La condition de maîtrise. L'aspect de maîtrise ou de pouvoir est le second aspect permettant de caractériser l'existence d'un droit subjectif. Les deux facettes sont intrinsèquement liées : c'est parce que le bien appartient au sujet, qu'il a un pouvoir dessus, il en est le maître¹³⁹⁴. Le contenu ainsi que les modalités de cette maîtrise varient en fonction de la nature de la chose assujettie¹³⁹⁵. Concernant les droits de la personne, le titulaire en a la libre disposition et la maîtrise, dans une certaine mesure consistant à en jouir, à les conserver, à les exercer, non pas toujours à les aliéner ou à les détruire¹³⁹⁶. Les droits accordés à la victime peuvent être assimilés à des droits de la personne dans leur régime, puisque la victime peut jouir, conserver ou exercer son droit de participation au sein du processus judiciaire. Le pouvoir de maîtrise est indépendant de l'exercice actuel de la maîtrise¹³⁹⁷. En d'autres termes, la victime est maître de son droit de participation, même si elle est dans l'incapacité matérielle de le mettre en œuvre, on parle alors de « maîtrise virtuelle. »¹³⁹⁸ À titre d'exemple, la victime en droit français a le pouvoir de déclencher l'action publique, si cette dernière a déjà été déclenchée par le Ministère public, il n'en reste pas moins que la victime a la maîtrise morale de ce droit. Pour conclure sur cette condition de maîtrise, dans les deux pays, la victime maîtrise son droit de participation, elle en a le pouvoir, celui-ci consiste à le mettre en œuvre ou à ne pas le mettre en œuvre. Cette maîtrise serait vide de sens sans la condition d'altérité inhérente à tout droit subjectif.

¹³⁹¹ J. DABIN, préc., note 1207, pp. 80-81.

¹³⁹² Id., p. 83.

¹³⁹³ Id., p. 85 : « Le droit subjectif n'existe que par la décision du droit objectif ».

¹³⁹⁴ Id., p. 87.

¹³⁹⁵ Id., p.91.

¹³⁹⁶ Id., p.91.

¹³⁹⁷ Id., p.92.

¹³⁹⁸ Id., p. 92.

567. La condition d'altérité¹³⁹⁹. Après avoir analysé les conditions intrinsèques du droit subjectif, il est nécessaire d'analyser les conditions extrinsèques à son existence : l'inter-subjectivité. Le concept d'appartenance-maîtrise n'a d'intérêt que dans son opposabilité à autrui. Cette opposabilité s'analyse au travers des concepts d'inviolabilité et d'exigibilité¹⁴⁰⁰. Concernant l'inviolabilité, un droit subjectif ne saurait exister sans l'obligation correspondante de son respect. Le droit de participation est opposable à autrui, puisque les autorités judiciaires se doivent de le respecter et de le faire respecter. À côté de cette opposabilité, on trouve l'exigibilité. Cette notion signifie que le titulaire d'un droit subjectif a la possibilité de requérir le respect de son droit¹⁴⁰¹. Cette exigibilité s'accompagne d'une protection juridique de ce bien s'illustrant par des voies de droit¹⁴⁰². Dans les deux pays, le droit de participation de la victime est protégé au moyen de voies de droit. Ces moyens de protection n'ont pas la même portée d'un pays à l'autre.

568. La condition d'altérité en droit canadien. Concernant le Canada, la partie de la *Charte canadienne des droits des victimes* consacrée aux recours énonce que la victime **peut porter plainte en cas de non-respect** d'un des droits consacrés par ladite Charte tant au plan fédéral¹⁴⁰³, que provincial ou territorial¹⁴⁰⁴. En revanche, ce texte énonce que la victime ne dispose ni d'un droit d'action ni d'un droit d'être dédommagée¹⁴⁰⁵. Ce droit de recours peut donc être considéré comme incomplet¹⁴⁰⁶. À l'inverse, la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit expressément un droit de recours permettant à la victime d'obtenir réparation lorsque l'un de ses droits a été violé¹⁴⁰⁷. La protection relative du droit de participation de la

¹³⁹⁹ Id., pp. 93-97.

¹⁴⁰⁰ Id., p. 95.

¹⁴⁰¹ Id., p. 96.

¹⁴⁰² Id., pp. 97-103, p. 104.

¹⁴⁰³ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art. 2, article 25 (1), (2), (3).

¹⁴⁰⁴ Id., article 26.

¹⁴⁰⁵ Id., article 28.

¹⁴⁰⁶ Kent ROACH, « Victims' rights and the Charter », (2005) 49 *Criminal Law Quarterly* 474, p. 498 : « It has long been recognized that rights will only be meaningful if there are correlative duties on others to respect the right and effective remedies for the violation of a right. Victims' rights, however, seem to have largely avoided the more costly issue of duties and remedies and this explains why they are viewed by many as symbolic and political statements of aspirations as opposed to legally enforceable statements of rights. »

¹⁴⁰⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, article 24. (1) : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. »

victime dans le procès canadien vient mettre en échec la portée de la garantie d'information précédemment analysée¹⁴⁰⁸.

569. La condition d'altérité en droit français. À l'inverse, en France et contrairement à la garantie d'information de la victime, son droit de participation est davantage protégé. En effet, la victime qui se constitue partie civile est dotée d'un **droit de contestation et de critique étendu**, lui permettant ainsi de combler les lacunes et les défauts quant à la mise en œuvre de son droit¹⁴⁰⁹. Elle acquiert également le **droit d'exercer des voies de recours** contre les décisions lui faisant grief. L'exercice des voies de recours diffère selon qu'il concerne l'instruction¹⁴¹⁰ ou le fond, puisque concernant les juridictions du fond, le recours est limité aux intérêts civils¹⁴¹¹.

570. Une analyse comparatiste de cette condition. La condition d'altérité paraît être davantage complète en France qu'au Canada, au regard des voies de droit offertes à la victime française lui permettant de faire respecter son droit de participation. Cet écart dans la consécration du droit de participation en tant que droit subjectif trouve son explication dans la différence systémique entre les deux pays. Malgré cette explication pratique, cet écart est pourtant critiquable sur plusieurs points. Premièrement, le Canada reste en retard en matière de droits des victimes comparativement aux autres pays de Common Law, notamment

¹⁴⁰⁸ K. ROACH, préc., note 1406, p. 499 : « A Charter right to information about the progress of the case could become a rather hollow right if governments did not have some duties to enable the victim to participate in a meaningful way in the case. Information about the progress of the case through the system may have a limited value if the victim is not able to participate in a meaningful fashion as the case moves through the system. »

¹⁴⁰⁹ P. BONFILS, préc., note 1379, par. 188 : « En tant que partie, la partie civile dispose d'un droit de contestation et de critique très étendu et diversifié. Elle peut contester la compétence d'une juridiction, notamment celle du juge d'instruction (C. pr. pén., art. 186, al. 3). Elle peut demander la récusation d'un juge, qu'il s'agisse du juge d'instruction ou d'un magistrat de la juridiction du fond (C. pr. pén., art. 669). Dans le même ordre d'idées, elle peut contester la recevabilité d'une autre partie civile (C. pr. pén., art. 87, al. 2), déposer une requête aux fins de renvoi devant un autre juge pour cause de suspicion légitime (C. pr. pén., art. 662. – V. Crim. 5 janv. 2005, no 04-86.947, Bull. crim. no 10 ; AJ pénal 2005. 162) ou transmettre une demande au procureur de la République pour établir une requête aux fins de dessaisissement au profit d'un autre juge du même tribunal (C. pr. pén., art. 84). La partie civile dispose aussi du droit de présenter requête à la chambre de l'instruction en vue de faire annuler des actes de la procédure (C. pr. pén., art. 173, al. 3). Enfin la partie civile peut se prévaloir des nullités spécialement d'instruction, dès lors que l'irrégularité porte atteinte aux intérêts de la partie civile (C. pr. pén., art. 802). »

¹⁴¹⁰ Possibilité pour la partie civile de faire appel, CPP, art. 186 ; Au stade de l'instruction, la victime peut former un pourvoi en cassation contre les décisions rendues par la chambre d'instruction, CPP, art. 567 et s. ; Concernant les effets de tels recours, Voir P. BONFILS, préc., Id., par. 192 : « L'exercice par la partie civile des voies de recours au stade de l'instruction a un effet particulièrement fort, différent de celui qui est attaché à l'exercice des voies de recours devant les juridictions du fond (V. infra, nos 193 s.). En effet, à ce stade de la procédure, ce ne sont pas – ou du moins pas seulement – les intérêts civils qui sont en jeu mais l'action publique. Aussi, en interjetant appel ou bien de façon plus étroite, en formant un pourvoi en cassation, la partie civile remet en réalité en discussion l'action publique. »

¹⁴¹¹ Droit de faire appel, Code de procédure pénale art. 497 3° ; Pourvoi en cassation, Code de procédure pénale, art. 567 et s.

comparativement aux États Unis qui ont intégré les droits de la victime dans la Constitution de plusieurs États¹⁴¹². Deuxièmement, le Canada a reconnu et reconnaît des droits à la victime d'actes criminels au travers de différents textes sans pour autant donner satisfaction aux principales concernées. L'insatisfaction des victimes n'étant pas chronique, elle peut néanmoins s'expliquer par la nature symbolique de ces droits, ayant une force exécutoire inexistante¹⁴¹³ ou partielle.

571. Des limites à l'effectivité de la participation de la victime. Dans les deux pays, il existe deux limites importantes à l'effectivité des normes accordant des droits de participation à la victime : la **connaissance de ces normes par les victimes**, et **l'inapplication des droits offerts aux victimes**. Sur le premier point, on perçoit que la garantie d'information est insuffisamment mise en œuvre par les victimes, affectant ainsi l'effectivité du droit de participation. Sur le second point, il a été analysé précédemment que le droit théoriquement accordé aux victimes de déclencher l'action publique est rarement mis en œuvre en pratique. Il en est de même pour les droits procéduraux de la victime française au stade de l'enquête et de l'instruction. Elle est en théorie dotée de nombreux droits ; en pratique, dans la majorité des cas, les droits de la victime sont réduits à leur plus simple expression. En effet, la majorité des enquêtes est menée par la police excluant ainsi la partie civile¹⁴¹⁴. Cette réalité souligne l'écart entre la théorie et la pratique en matière de droit des victimes tant en France qu'au Canada.

572. Propositions. Au regard de l'intérêt pour la justice d'accorder une participation effective à la victime, il serait pertinent que le Canada accorde à cette dernière des droits pourvus d'une véritable force exécutoire, c'est-à-dire assortis d'une véritable possibilité de recours contraignants. Cette solution n'est pas antinomique avec un système de Common Law puisque d'autres pays, tels que les États-Unis le font. À l'inverse, elle permettrait de résorber

¹⁴¹² Douglas EVAN BELOOF, « The third model of Criminal process : the victim participation model », (1999) *Utah Law Review* 289, p. 289 ; Jacqueline V. MCDONALD, « Developments in State Constitutional Law », (1993) *Victims'Rights* 25.

¹⁴¹³ K. ROACH, préc., note 1406, p. 495 : « A consensus has emerged that provincial victims' bills of rights are generally not enforceable. » ; *Vanscoy v. Ontario* [1999] O.J. No. 1661 at paras. 22 and 41 (QL), 42 W.C.B. (2d) 358 (Ont. S.C.) : « The act is a statement of principle and social policy, beguilingly clothed in the language of legislation. It does not establish any statutory rights for the victims of crime ... The Act articulates a number of principles, whose strength is limited not only by precatory language, but also by a myriad of other factors falling within the broad rubrics of availability of resources, reasonableness in the circumstances, consistency with the law and the public interest, and the need to ensure a speedy resolution of the proceedings. Finally, even if there were an indefeasible breach of these principles, the legislation expressly precludes any remedy for the alleged wrong. It is nothing more than a statement of governmental policy wrapped in the language of legislation. While the Applicants may be disappointed by the legislature's efforts, they have no claim before the courts because of it. »

¹⁴¹⁴ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300 ; S. PORTELLI, préc., note 1373.

l'écart entre la volonté expresse du gouvernement canadien d'intégrer la victime dans le système de justice et la réalité judiciaire.

Les deux pays se doivent d'assurer la mise en œuvre des droits accordés à la victime sur le papier en ne se limitant pas à leur portée symbolique. Cette proposition permettrait de satisfaire les besoins de la victime en diminuant les coûts et la longueur du procès pénal. Cette solution à double effet positif démontre l'équilibre pouvant exister entre les droits de la victime avec les fondements et finalités du procès pénal. Cet équilibre est toutefois remis en question par certains droits accordés aux victimes, tels que le droit à réparation ou encore la possibilité qui lui est accordée de participer au moment du prononcé de la peine.

573. Un droit à double tranchant. Les développements précédents ont démontré l'intérêt des garanties d'accompagnement et d'information ainsi que du droit à la participation. Ces trois prérogatives permettent à la victime de se tracer un chemin dans le processus judiciaire d'une façon libre et éclairée. Cette possibilité qui lui a progressivement été accordée par le droit pénal français et le droit criminel canadien, accorde à la victime une véritable place sur la scène pénale. Cette place est tantôt celle d'une partie dans le cas français, tantôt celle d'une participante plutôt passive dans le cas canadien, ou tantôt celui d'un témoin dans les deux systèmes, ce choix appartenant à la victime. Ces trois prérogatives semblent équilibrées et mesurées de façon à répondre aux besoins de la victime sans mettre en danger ceux de l'accusé ou encore ceux du système pénal dans son ensemble. À l'inverse, les deux systèmes ont reconnu à la victime un droit qui vient remettre en question cet équilibre déjà précaire : le droit à la réparation. L'équilibre est mis en danger non pas par le contenu du droit en lui-même, mais par la finalité réparatrice que s'accorde désormais le procès pénal en se confondant, voir en surpassant, sa finalité répressive.

II. LE DROIT A LA REPARATION : UN DROIT AMBIVALENT

574. Contextualisation. Sous un angle victimologique, la réparation fait partie des besoins primaires des victimes¹⁴¹⁵. Le besoin de réparation peut revêtir différentes formes¹⁴¹⁶.

¹⁴¹⁵ H. STRANG, préc., note 60 ; M. RAUSHENBACH et D. SCALIA, préc., note 59, p. 443 ; Y. STRICKLER, préc., note 62, p.72.

¹⁴¹⁶ M. RAUSHENBACH et D. SCALIA, Id., p. 445.

Tout d'abord, les victimes attendent une réparation matérielle, telle qu'une indemnisation pécuniaire¹⁴¹⁷. Elles attendent également une réparation symbolique, à savoir la reconnaissance publique de leur victimisation, les excuses de l'auteur des faits entre autres choses¹⁴¹⁸. Concernant plus spécifiquement les victimes d'infractions sexuelles, il est pertinent de préciser que leur besoin en réparation peut résulter davantage de la stigmatisation par leurs familles et communauté à la suite des violences infligées que les violences sexuelles elles-mêmes¹⁴¹⁹. Ce besoin peut également provenir des souffrances résultant du traitement de la victime dans le processus judiciaire, qui bien souvent crée une seconde victimisation. Ce besoin est unique, chaque individu est différent, par conséquent les besoins varient d'une victime à une autre, mais aussi d'une infraction à une autre¹⁴²⁰. Ce caractère unique du besoin entraîne une impossible appréhension par la victimologie et le droit du besoin de réparation de la victime d'une façon globale. Cette lacune constitue une limite à la réponse pénale dans ce domaine.

575. Un droit ancien. Sous un angle juridique, le droit à réparation de la victime constitue le droit le plus anciennement reconnu par la justice. Au Moyen Âge, la réparation de la victime était au centre de la justice pénale, tant en droit anglais¹⁴²¹ qu'en droit français¹⁴²². Par la suite, la réparation de la victime a été placée au second plan tandis que la répression du coupable est devenue la finalité première du procès pénal. Cette dynamique est parfaitement analysée par l'auteur Denis Salas qui énonce : *Au départ, le récit pénal est programmé pour restaurer un ordre formel : il ignore les récits individuels et se borne à punir les violations de la loi. Son parcours va de l'infraction à la sanction et non de la victime à la réparation*¹⁴²³. Il semble aujourd'hui que cette dynamique soit rompue dans les deux pays qui sont passés dans une nouvelle ère, le « temps des victimes »¹⁴²⁴. L'avènement de la victime sur la scène pénale

¹⁴¹⁷ Y. STRICKLER, préc., note 62, p.72 ; J.- A. WEMMERS et K. CYR, préc., note 1313, p. 6.

¹⁴¹⁸ E. RAYMOND, préc., note 1354.

¹⁴¹⁹ Edith-Farah ELASSAL, « Le régime de la Cour pénale internationale: analyse du mécanisme en faveur des victimes », (2011) *Revue québécoise de droit international* 206, p282.

¹⁴²⁰ Renée ZAUBERMAN et Philippe ROBERT, *Du côté des victimes, un autre regard sur la délinquance*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 63.

¹⁴²¹ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, pp. 6-7, p. 6, par.17 : « Ce qui étonne néanmoins dans l'étude du droit anglais à cette époque, c'est inévitablement l'objectif poursuivi par la justice en matière criminelle, objectif qui résidait essentiellement dans la compensation de la victime. En effet, les peines associées aux crimes n'étaient pas *a priori* « punitives », mais visaient plutôt à « compenser » la victime pour les dommages qu'elle avait subis ; la culpabilité morale était secondaire » ; J.-A. WEMMERS et S. MÉNARD, préc., note 1245, p. 4 : « À ses débuts, le droit pénal était basé sur une tout autre conception, soit celle de la justice privée. « L'objectif poursuivi » par la justice en matière criminelle résidait « essentiellement dans la compensation de la victime. En effet, les peines associées aux crimes n'étaient pas *a priori* « punitives », mais visaient plutôt à « compenser » la victime pour les dommages qu'elle avait subis ».

¹⁴²² Cédric RIBEYRE, préc., note 66, pp. 7-8.

¹⁴²³ D. SALAS, préc., note 164, p. 3.

¹⁴²⁴ Id., p. 3.

française et canadienne est venue modifier en profondeur la finalité du procès pénal qui ne se veut plus seulement sanctionnateur, mais se revendique également réparateur. Deux intérêts sont désormais en concurrence et il semble bien que la réparation, en se confondant souvent avec la répression, l'emporte sur cette dernière¹⁴²⁵.

576. Un droit naturel. La réparation constitue un droit naturel de la victime qui a subi un dommage¹⁴²⁶, son intégration dans les finalités du procès pénal semble répondre de façon positive aux besoins des victimes. Cependant, l'institutionnalisation d'une finalité réparatrice du procès pénal interroge en créant une **confusion** entre les responsabilités civiles et pénales ; la finalité réparatrice étant traditionnellement celle du procès civil. La question de la réparation pose quelques difficultés au regard des objectifs du procès pénal, elle instaure un antagonisme entre l'intérêt naturel mais privé des victimes à la réparation avec celui de la société à la répression¹⁴²⁷. L'intérêt réparateur du procès ayant surpassé son intérêt répressif met en danger les droits de l'accusé et la place de ce dernier au sein du procès pénal¹⁴²⁸.

577. L'analyse du droit à réparation. L'étude s'attachera à analyser la réparation de la victime essentiellement dans le cadre du procès pénal. Il existe dans les deux pays de vastes possibilités pour la victime d'obtenir réparation du préjudice sur le plan civil. Le choix de se limiter au procès pénal se justifie d'abord par l'objet de cette étude mais également par le fait que le procès pénal intègre en son sein des aspects civils. Afin de percevoir la portée du droit à réparation de la victime dans les deux pays, ainsi que ses conséquences sur l'équilibre du procès pénal, il convient d'analyser les fondements du droit à réparation (A), avant d'en étudier sa mise en œuvre (B).

¹⁴²⁵ Supra Troisième partie, Chapitre 1, Section 2.

¹⁴²⁶ Cass. Crim. 28 oct. 1992., Bull. Crim. n° 349, pp. 964-967 ; R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 146.

¹⁴²⁷ X. PIN, préc., note 1384, p.50.

¹⁴²⁸ D. SALAS, préc., note 164, p. 1 : « Longtemps silencieuse, la victime vient au-devant de la scène au point d'occulter le souci du coupable. La peine n'est plus comprise comme la sanction d'une faute mais comme la réparation d'un tort. Le coupable devient un « lointain » à mesure que sa victime devient mon « prochain ». »

A. Les fondements du droit à réparation

578. Le droit à réparation : une évidence. Le droit à réparation constitue l'intérêt premier de la victime qui a subi un préjudice. La victime a été placée dans une situation profondément injuste, il incombe alors à la justice de compenser ses souffrances et de réparer l'injustice. Ainsi la réparation a ce double aspect qu'elle crée un **droit inné** à la victime d'obtenir réparation et une **obligation naturelle** incombant à l'État de réparer la victime ayant subi un dommage.

579. Définition. Le terme de réparation est défini par le professeur Cornu de la façon suivante : « Indemnisation (le terme « réparation » est abusivement préféré au terme « indemnisation » dans certains textes, au prétexte que la réparation serait toujours intégrale, ce que ne serait pas l'indemnisation, alors au contraire que le soin mis, en général, à parler de réparation intégrale montre que la réparation peut être partielle tandis que, par définition, l'indemnisation est par elle-même, sauf précision contraire, l'élimination de tout le dommage, in privatif, *damnum*, dommage ; d'où le sens du principe indemnitaire). »¹⁴²⁹ Selon Christine Lazerges, les juristes tendent à confondre la réparation avec l'indemnisation. Elle explique cependant qu'il convient de distinguer l'indemnisation du préjudice de la victime avec la réparation de la personne de la victime¹⁴³⁰. Les mécanismes de réparation mis en œuvre dans le cadre du procès pénal tant français que canadien se limitent à l'indemnisation du préjudice de la victime. Néanmoins, la réparation de la personne de la victime est prise en compte au travers de mécanismes complémentaires qui feront l'objet de développements ultérieurs.

580. Précisions terminologiques. De façon plus précise, la réparation peut se définir comme « *le dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement (d'où l'expression réparation civile ou responsabilité civile par opposition à responsabilité pénale) ; rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit ; désigne aussi bien l'action de réparer que le mode de réparation.* »¹⁴³¹ Le terme de dédommagement doit être défini puisqu'il constitue une forme de réparation et revêt des modalités particulières,

¹⁴²⁹ G. CORNU, préc., note 42, p. 899.

¹⁴³⁰ C. LAZERGES, préc., note 104, pp. 228- 246.

¹⁴³¹ G CORNU, préc., note 42, p. 899.

notamment au Canada. Selon le professeur Gérard Cornu, cette notion fait référence à « l'indemnisation de la victime par attribution, soit en nature, soit en argent, d'une valeur équivalente au dommage qu'elle a subi. »¹⁴³² Au Canada, le dédommagement est la seule forme de réparation que peut obtenir la victime devant le juge pénal¹⁴³³. Le sens de cette notion est restreint et diffère de la terminologie utilisée en droit international¹⁴³⁴. Au Canada, la notion de dédommagement est une mesure qui permet à la victime d'un acte criminel d'obtenir une réparation monétaire de la part du contrevenant¹⁴³⁵. En France, cette réparation par le délinquant lui-même prend la forme de dommages-intérêts et s'intitule l'indemnisation de la victime ; il s'agit de la forme la plus courante de réparation devant le juge pénal français¹⁴³⁶. Dans les deux pays, cette forme de réparation est limitée sur deux points : elle ne peut provenir que du contrevenant et la réparation ne peut être que pécuniaire.

581. L'objet de la réparation. Concernant les conséquences de l'infraction sur la victime, elles peuvent être nommées de deux façons différentes, le dommage ou le préjudice. Ces deux notions sont synonymes¹⁴³⁷. De façon plus subtile, le droit romain distinguait le dommage, « *damnum* », et le préjudice, « *praejudicium* ». Le premier fait référence à la lésion première qui touche la victime dans son corps, son patrimoine, ses sentiments ; tandis que le second est une notion plus subjective faisant référence à la répercussion du dommage sur la victime, cette répercussion pouvant varier d'une victime à l'autre¹⁴³⁸. Les droits canadiens et français, notamment au travers de la réparation morale, s'attèlent à la réparation du dommage et du préjudice. L'article 3 du Code de procédure pénale utilise le terme « dommage » pour désigner les répercussions tant matérielles que corporelles ou encore morales de l'infraction. L'analyse qui va suivre mobilisera indifféremment ces deux notions, sauf précision contraire.

582. Les limites du droit à réparation. Afin de comprendre les enjeux de la réparation pour les victimes d'infractions sexuelles, il convient d'apporter quelques précisions. Premièrement, la réparation intégrale est impossible dans le domaine des infractions les plus

¹⁴³² Id., p. 308.

¹⁴³³ *Code criminel*, art. 738 et 740.

¹⁴³⁴ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300, p. 2.

¹⁴³⁵ *Code criminel*, Art. 738(1).

¹⁴³⁶ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2017, p. 437.

¹⁴³⁷ Selon le Grand Robert de la langue française, le dommage est « le préjudice subi par quelqu'un ».

¹⁴³⁸ C. LAZERGES, préc., note 104, p. 230 : « Le préjudice est rarement un. Pour parler du préjudice de façon pertinente il faudrait bâtir une typologie des préjudices et une typologie des victimes. Il va de soi que le préjudice d'une victime de vol, au surplus assuré, n'a rien à voir avec le préjudice d'une victime de viol ou de crime contre l'humanité. »

graves¹⁴³⁹, telles que les infractions sexuelles. En effet, le préjudice étant pluriel, tant matériel que moral voire médical, les victimes ne pourront jamais être replacées dans la situation antérieure à l'infraction ; on parle plutôt de compensation. Cette impossibilité doit être intégrée par la victime afin d'éviter qu'elle ait des attentes déçues puisqu'irrémédiables. La modulation des attentes de la victime en conformité avec la réalité judiciaire se fera grâce à un accompagnement individualisé et effectif. Deuxièmement, la réparation matérielle est insuffisante. Les victimes de violences sexuelles ont besoin d'une réparation de nature psychologique ou morale. Ce besoin peut poser des difficultés au regard de la finalité du procès pénal, qui n'est pas et ne doit pas être thérapeutique¹⁴⁴⁰. Si le procès pénal ne doit pas avoir pour but de réparer émotionnellement ou moralement la victime, il peut le faire de façon incidente¹⁴⁴¹; c'est là tout l'intérêt de cette section. En effet, le droit à réparation couplé avec les autres prérogatives précédemment invoquées (garantie d'accompagnement, garantie d'information et droit de participation) permet à la victime d'être réparée tant matériellement que moralement. L'intégration de la victime dans le processus judiciaire participe à la reconnaissance de son statut de victime. Cette reconnaissance lui permet de reprendre le pouvoir sur sa vie et ainsi d'être réinstituée dans sa qualité de personne ; cette stratégie d'*empowerment* permet à la victime d'être réparée moralement¹⁴⁴². La fonction réparatrice des garanties et droits accordés à la victime démontre la nécessité de leur mise en œuvre. Cela atteste également du lien de codépendance qu'entretiennent toutes ces prérogatives entre elles, l'une n'allant pas sans l'autre.

583. Base légale. La réparation de la victime a été inscrite très tôt dans de nombreuses normes tant nationales, qu'internationales¹⁴⁴³ ou encore européennes¹⁴⁴⁴.

Au Canada, dès 1988, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial en matière de justice a adopté l'*Énoncé canadien des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes*

¹⁴³⁹ S. HUMBERT et F. LUDWICZAK (Dir.), *Juste victime dans le procès pénal*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 15.

¹⁴⁴⁰ C. RIBEYRE, préc., note 66, p. 2. ; C. LAZERGES, préc., note 104, p. 237 : « Volontairement le mot « deuil » n'a pas encore été écrit. N'a-t-on pas usé et abusé de ce terme, qui signifie « douleur », en galvaudant l'expression « faire son deuil », jusqu'à laisser croire que la justice était une thérapie alors qu'elle est le lieu de la recherche de la vérité, et de la seule vérité judiciaire. »

¹⁴⁴¹ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 150 : « Il est évident que le rôle de la justice n'est pas de « réparer » les souffrances de la victime, mais d'être une passerelle vers un processus possible de reconstruction » ; C. LAZERGES, Id., p. 237 : « Cette vérité judiciaire ne peut que participer de la réparation de la victime ».

¹⁴⁴² Sur les bienfaits de la reconnaissance de la victime, Voir R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, pp. 149-150.

¹⁴⁴³ Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies, 1985, Art. 8.

¹⁴⁴⁴ Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, 24 novembre 1983.

d'actes criminels. Il s'agit d'un énoncé de principes qui dispose notamment que la victime doit être traitée avec courtoisie et compassion et qu'elle devrait obtenir des mesures rapides et équitables de réparation. Il ne s'agit là que d'un simple énoncé de principes qui ne confère pas véritablement de droits à la victime. En 2003, cet énoncé a été repris dans la *Déclaration canadienne des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité*. Cette déclaration est atteinte de la même limite, elle n'accorde pas à la victime de véritables droits dotés d'une force exécutoire. Une étape importante a été franchie en 2015 avec l'adoption par le gouvernement fédéral de la *Charte canadienne des droits des victimes*¹⁴⁴⁵. Cette Charte, en ses articles 16 et 17, accorde à la victime la possibilité d'obtenir une ordonnance de dédommagement : « *Toute victime a le droit à ce que la prise d'une ordonnance de dédommagement contre le délinquant soit envisagée par le tribunal* »¹⁴⁴⁶, l'article 17 prévoyant les modalités d'exécution d'une telle ordonnance¹⁴⁴⁷. Afin de rendre effectif ce droit, le gouvernement canadien a mis à la disposition des victimes un formulaire standard afin de les aider à présenter une demande de dédommagement au tribunal¹⁴⁴⁸. On perçoit un véritable soutien de la part du gouvernement qui encourage la victime à demander le dédommagement lors de la détermination de la peine¹⁴⁴⁹. Il s'agit d'une innovation importante, puisqu'à la différence de l'énoncé de principe et de la Déclaration précédemment analysé, la Charte accorde à la victime un véritable droit de dédommagement accompagné d'un droit de recours en cas de violation¹⁴⁵⁰. Une limite subsiste : la Charte n'accorde pas à la victime un véritable droit d'action ni même un droit d'être dédommée lorsque son droit au dédommagement a été violé ou nié¹⁴⁵¹.

Le droit pénal français a très tôt institué l'action civile comme une action en réparation ouverte à toute victime ayant subi une infraction pénale. En effet, le législateur révolutionnaire inscrit dans le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV en son article 6 l'action civile qui a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé. Ce principe a été repris dans les codes de 1808 et est aujourd'hui inscrit à l'article 2 du Code de procédure pénale¹⁴⁵². Le droit à

¹⁴⁴⁵ Charte canadienne des droits des victimes, L.C. 2015, ch. 13, art.2.

¹⁴⁴⁶ Id., article 16.

¹⁴⁴⁷ Id., article 17 : « Toute victime en faveur de laquelle une ordonnance de dédommagement est rendue a le droit de la faire enregistrer au tribunal civil à titre de jugement exécutoire contre le délinquant en cas de défaut de paiement ».

¹⁴⁴⁸ Formulaire 34.1, s.737.1(4).

¹⁴⁴⁹ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300, p. 1.

¹⁴⁵⁰ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art.2., Articles 25 et 26.

¹⁴⁵¹ Id., article 28.

¹⁴⁵² Code de procédure pénale, art. 2.

l'indemnisation de la victime dans le procès pénal est profondément ancré et fait l'objet de modulations positives fréquentes¹⁴⁵³.

584. De la théorie à la pratique. La France et le Canada semblent avoir ancré de façon pérenne le droit à la réparation de la victime dans le cadre du procès pénal. En effet, la réparation constitue une réponse incontournable du droit pénal à une infraction¹⁴⁵⁴. Afin de percevoir la portée des mécanismes de réparation dans les deux pays, il convient d'en analyser dès à présent la mise en œuvre.

B. La mise en œuvre du droit à réparation

585. Les enjeux. La mise en pratique du droit à réparation par le juge pénal questionne quant à sa légitimité. Il semble nécessaire de se poser la question suivante : « *le procès pénal est-il bien adapté pour remplir cette mission alors qu'existent le juge civil et des mécanismes extrajudiciaires ?* »¹⁴⁵⁵ Il convient de s'interroger sur les conséquences d'une telle mission. Les deux pays répondent différemment à ces questions. Le juge pénal français, en accordant à la victime le droit de se constituer partie civile, se dote d'une véritable mission réparatrice. À l'inverse, celle du juge pénal canadien est plus restreinte. En effet, le choix d'accorder un dédommagement à la victime est à son entière discrétion ; il ne peut le prononcer que dans les cas les plus simples, lorsque la question du quantum de la peine ne pose aucune difficulté¹⁴⁵⁶. Ainsi, on peut d'ores et déjà remarquer que le procès pénal français a une fonction réparatrice beaucoup plus étendue que le procès pénal canadien. Par conséquent, ce dernier semble respecter davantage la fonction première du droit pénal, à l'inverse de la France qui

¹⁴⁵³ Loi n°77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction ; Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, elle facilite l'exercice de l'action civile ; Loi n°83-608 du 8 juillet 1983 renforçant la protection des victimes d'infraction, elle accélère de plusieurs façon la réparation du dommage causé à la victime ; Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, elle accorde à la victime mesures de réparation à l'occasion de l'application d'une alternative à la poursuite.

¹⁴⁵⁴ Patricia HENNION-JACQUET, « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? Dommages et intérêts, classement sous condition de réparation, sanction-réparation », (2013) 3, *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 517, p. 517.

¹⁴⁵⁵ C. RIBEYRE préc., note 66, p. 16.

¹⁴⁵⁶ Les limitations de compétence du juge canadien dans l'octroi de dédommagement trouvent son explication dans le partage des compétences législatives entre le gouvernement fédéral et les provinces. Voir Art. 91(27) Loi constitutionnelle de 1867 et 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867 et *R.c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940.

semble la dénaturer. Afin d'analyser ces différents enjeux, l'étude de la portée du droit d'être réparé (2), suivra celle de son régime (1).

1) Le régime

586. Le régime du droit à réparation. Dans les deux pays, le juge pénal a la possibilité d'ordonner une réparation d'ordre pécuniaire à la charge de l'accusé qui a causé par ses actes des dommages à une victime. Cette possibilité prend cependant des formes différentes et accorde une place variée à la victime.

587. Un régime français étendu. En France, l'article 2 du Code de procédure pénale énonce que l'individu qui a personnellement et directement subi un dommage causé par un crime, un délit ou une contravention est titulaire de l'action civile en réparation de ce dommage. L'action civile est une action en responsabilité civile, elle est exercée par la partie civile, telle que la victime¹⁴⁵⁷, à l'encontre de l'auteur de l'infraction ou de ses garants. La partie civile a la possibilité d'exercer cette action devant la juridiction civile ou devant la juridiction pénale. L'action civile a originellement pour objet la réparation du préjudice résultant directement de l'infraction. Cette action permet l'obtention de restitutions ou de prestations pour remettre la victime dans sa situation antérieure, cette possibilité semble impossible dans le cas des violences sexuelles, de dommages-intérêts ou encore le remboursement des frais non payés par l'État. Cette constitution peut se faire à toutes les étapes du processus judiciaire et dès le stade de l'enquête. En effet, la victime peut former une demande de restitution ou de dommages-intérêts auprès d'un enquêteur qui en dresse procès-verbal. Cette demande vaut constitution de partie civile. Cette possibilité de faire une demande en réparation accordée très tôt à la victime démontre l'une des finalités du procès pénal français et l'oppose ainsi au procès pénal canadien, où la victime n'existe pas à toutes fins utiles¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁷ Dans le domaine des agressions sexuelles, la victime pouvant se constituer partie civile revêt plusieurs réalités : la victime directe, les associations de victimes ou encore la victime indirecte; voir Cass. Crim. 4 février 1998, Dr. Pénal, 1998 n°104. En l'espèce, l'action civile était exercée par la mère au nom d'une enfant mineure née de relations incestueuses.

¹⁴⁵⁸ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 439.

588. Un régime canadien restreint. Ce droit à obtenir réparation existe également au Canada de façon plus restreinte au travers de l'ordonnance de dédommagement prévue aux articles 738 et 740 du *Code criminel*. Le prononcé de cette ordonnance est à la discrétion du juge pénal qui peut ou non la prononcer en fonction des intérêts en cause. Ce caractère discrétionnaire est atténué par les articles 737.1 et 740 qui insistent sur l'importance prioritaire que revêt cette mesure lorsque les circonstances le permettent. Le premier article en son alinéa 1) prévoit que le tribunal qui inflige la peine ou prononce l'absolution **est tenu d'envisager** la possibilité de rendre une ordonnance de dédommagement ; tandis que le second prévoit que le juge doit favoriser le dédommagement de la victime face à la confiscation ou le paiement d'une amende. Ainsi, dans les deux pays, la réparation de la victime fait partie des priorités du juge pénal. Il existe cependant des différences importantes quant à la prise en compte de la victime dans l'obtention de la réparation.

589. Le rôle de la victime dans l'obtention d'une réparation. Au Canada, la victime a enfin un rôle actif lui permettant d'obtenir une réparation. En effet, conformément à l'article 737.1(1), elle peut demander l'obtention d'une réparation à l'aide du formulaire prévu à cette fin. Néanmoins, le tribunal, conformément à l'article 737.1 (2) du Code criminel, a l'obligation de s'enquérir « *dans les meilleurs délais suivant la déclaration de culpabilité et, en tout état de cause, avant la détermination de la peine, le tribunal est tenu de s'enquérir auprès du poursuivant de la prise de mesures raisonnables pour permettre aux victimes d'indiquer si elles réclament un dédommagement pour leurs dommages ou pertes, dont la valeur doit pouvoir être déterminée facilement* ». À l'inverse en France, la réparation de la victime est conditionnée à sa demande¹⁴⁵⁹. Cette règle met en évidence l'importance de l'effectivité du droit à l'information de la victime. En effet, si la victime n'a pas connaissance de son droit à obtenir réparation devant le juge pénal, elle ne pourra pas en bénéficier.

590. Un objectif distinct. L'objectif de la réparation diffère entre les deux pays. La réparation en France a pour objectif premier de compenser les dommages causés par l'infraction mais également les frais de justice engendrés par l'action en justice. À l'inverse, au Canada, cette finalité est secondaire, le dédommagement de la victime est un objectif de la peine¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁹ M.-L. RASSAT, préc., note 1436, p. 438 : « La réparation n'est accordée que si elle est demandée ».

¹⁴⁶⁰ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300, pp. 3-5, p. 4 : « Par contre, selon la jurisprudence canadienne, l'objectif de l'ordonnance de dédommagement n'est pas de compenser les dommages causés à la victime, mais de faire partie de la sentence (juge en chef Laskin dans R c Yates, 2002 : para 10) » ; *Code criminel*, Art. 718 e) et Art. 739.1.

Cette divergence initiale a tendance à s'estomper avec l'instauration en France de la sanction-réparation. Les intérêts de l'accusé sont également pris en compte dans le choix du juge pénal français de le condamner à des dommages et intérêts. Cependant en France, les intérêts de l'accusé sont mis sur un pied d'égalité avec ceux de la victime¹⁴⁶¹. Dans les deux pays, l'indemnisation de la victime a pour finalité de compenser les dommages subis du fait de l'infraction, incluant les frais de justice. Cette dernière précision est primordiale au Canada, puisqu'il est estimé que près de 70% des coûts associés à la criminalité sont assumés par les victimes¹⁴⁶². Cet obstacle à l'accès à la justice de la victime est moins présent en France du fait de l'existence de l'aide juridictionnelle accessible au plus grand nombre, tel qu'analysé dans le développement sur l'accompagnement de la victime dans le processus judiciaire.

591. Similitudes. Au-delà de ces différences, la France et le Canada connaissent des similitudes quant à la mise en œuvre du droit à réparation des victimes. Dans les deux pays, les dommages tant matériels que moraux découlant des faits objets de la poursuite ne sont pas directement pris en compte par le juge pénal mais peuvent l'être de façon indirecte lorsqu'ils peuvent faire l'objet d'une quantification¹⁴⁶³. En effet, au Canada, les dommages moraux ne sont pas pris en compte par le juge pénal, seuls les dommages pécuniaires liés aux conséquences psychologiques de l'infraction le sont.

592. Une réparation autonomisée. L'importance de la réparation de la victime est telle dans les deux pays que celle-ci peut être ordonnée de façon autonome. C'est l'article 738(1) du *Code criminel* qui prévoit cette possibilité en droit canadien en cas d'absolution mais pas d'acquiescement de l'auteur des faits. En France, la victime qui se constitue partie civile peut demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé même si ce dernier est acquitté¹⁴⁶⁴. Cette autonomisation de la réparation de la victime face à la culpabilité de l'auteur des faits démontre **les deux finalités du procès pénal** tant français que canadien, la répression d'une part et la réparation d'autre part. Il est étonnant de voir que la réparation puisse être obtenue alors même que l'accusé est acquitté. Il semble donc que la fonction réparatrice du procès pénal l'emporte parfois sur la fonction répressive, redéfinissant par la même la finalité

¹⁴⁶¹ Code de procédure pénale, art. 375.

¹⁴⁶² J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300, p. 1.

¹⁴⁶³ Code de procédure pénale, art. 3 ; *Code criminel*, art. 738(1), a), b), c), d) et e).

¹⁴⁶⁴ Code de procédure pénale, art. 4, 372, 470.1.

du procès pénal. En France, cet étonnement doit être relativisé puisque la décision de la cour accordant réparation doit préciser une faute distincte du crime définitivement écartée¹⁴⁶⁵.

Cette analyse de la mise en œuvre du droit à réparation de la victime dans le système pénal canadien et français a permis de démontrer son caractère prioritaire. Il convient de se questionner sur la conformité de cette priorité théorique avec la réalité judiciaire.

2) La portée

593. Le droit de réparation : un droit subjectif ? Le développement précédent a permis de percevoir les modalités du droit à réparation dans les deux pays. Il convient désormais de s'interroger sur sa nature. Il est tentant de penser qu'il s'agit d'un droit subjectif ; pour confirmer ce postulat il nous faut qualifier les différentes caractéristiques du droit subjectif selon Dabin. Concernant le premier aspect, à savoir l'appartenance, dans les deux pays, à partir du moment où une personne subit un préjudice, elle devient détentrice d'un droit à réparation tant sur le plan pénal que civil. Ce droit constitue un avoir pour la victime, accordé par le droit objectif. Concernant l'aspect de maîtrise, cette condition semble également remplie dans les deux pays. S'agissant du Canada, l'article 737.1 du *Code criminel* prévoit une obligation à la charge du tribunal, qui inflige la peine ou prononce l'absolution, d'envisager la possibilité de rendre une ordonnance de dédommagement en vertu des articles 738 ou 739 dudit Code (Art. 737.1 (1)). À la suite de la déclaration de culpabilité et avant la détermination de la peine, le tribunal a l'obligation, dans les meilleurs délais, de s'enquérir auprès du poursuivant de la prise de mesures raisonnables pour permettre aux victimes d'indiquer si elles réclament un dédommagement pour leurs dommages ou pertes (Art. 737.1(2)). Afin de permettre en toute circonstance à la victime d'obtenir un dédommagement, le tribunal a le pouvoir d'ajourner la procédure afin de permettre à cette dernière de réclamer un dédommagement ou d'établir un dommage ou une perte si elle le souhaite (Art. 737.1 (3)). En plus d'assurer la mise en œuvre de ce droit, le Code criminel donne à la victime le pouvoir de faire valoir ce droit au travers d'un formulaire (Art. 737.1 (4)). Enfin, si le tribunal refuse de rendre une ordonnance de dédommagement, il est tenu de justifier sa décision (Art. 737.1 (5)). En droit français, la victime a également une véritable maîtrise de son droit à réparation, elle peut l'exercer librement. Ce droit est opposable et exigible, il est en effet protégé au moyen de voies de droit offertes à la

¹⁴⁶⁵ Cass. Crim. 11 mars 1987, Bull. crim., n°121.

victime lui permettant d'obtenir réparation de son préjudice. En résumé, la mise en œuvre du droit à réparation de la victime est assurée dans les deux pays.

594. Contrôle d'effectivité. Le droit à la réparation accordé aux victimes contribue à améliorer la perception qu'ont les citoyens de leur système de justice¹⁴⁶⁶. Au regard de ses répercussions sur le bon fonctionnement du système de justice pénale, il semble pertinent de vérifier si son application permet de produire les effets escomptés, à savoir la réparation effective des victimes. Afin de procéder à cette vérification, il convient d'en analyser les limites.

La première limite à l'obtention par la victime d'une réparation concerne l'ampleur du dommage, plus précisément sa quantification. En effet, lorsque les dommages subis par la victime sont trop complexes, les juridictions pénales françaises et canadiennes seront incompétentes pour prononcer une ordonnance de dédommagement dans le cas canadien¹⁴⁶⁷ et des dommages et intérêts dans le cas français¹⁴⁶⁸. Cette limite prend des proportions importantes pour les victimes d'infractions sexuelles pour qui les dommages sont difficilement quantifiables en raison de leur caractère pluriel et de leurs conséquences illimitées dans le temps.

La seconde limite réside dans la connaissance par les victimes de leur droit à obtenir réparation¹⁴⁶⁹. Le développement précédant sur le droit à l'information a permis de démontrer que l'information des victimes reste encore lacunaire. Cette lacune a été prise en compte par les législateurs français et canadien. Ils ont ainsi mis en place des mécanismes permettant d'assurer l'information des victimes au sujet de leur possibilité d'obtenir la réparation du dommage issu de l'infraction. En France, le Code de procédure pénale oblige les autorités policières à informer la victime de son droit à se constituer partie civile et donc de son droit à obtenir réparation au moment de son dépôt de plainte¹⁴⁷⁰. Ledit Code prévoit la même obligation à la charge du juge d'instruction¹⁴⁷¹. Au Canada, le tribunal a l'obligation de s'enquérir auprès du poursuivant de la prise de mesures raisonnables pour permettre aux victimes de mettre en œuvre leur droit à réparation (C.cr. Art. 737.1(2)). De surcroît, la consécration par la *Charte canadienne des droits des victimes* à ce que leur droit d'obtenir une ordonnance de dédommagement soit pris en

¹⁴⁶⁶ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300, p. 3.

¹⁴⁶⁷ Id., p. 3.

¹⁴⁶⁸ Id., ; G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, *Les droits des victimes : Victimologie et psychotraumatologie*, Paris, Dalloz, 2003.

¹⁴⁶⁹ J.-A. WEMMERS, K. CYR, préc., note 38; S. MCDONALD, « Expliquez-moi! » *Les victimes et le dédommagement*, dans Recueil de recherches sur les victimes d'Acte criminels, n°3, Gouvernement du Canada, 2010.

¹⁴⁷⁰ Code de procédure pénale, article 10-2.

¹⁴⁷¹ Id., article 80-3.

compte par les tribunaux¹⁴⁷² ainsi que la mise à la disposition des victimes d'un formulaire standard¹⁴⁷³, afin de faciliter leur démarche, semble être deux facteurs d'accroissement de l'effectivité de leur droit à réparation.

La troisième limite est relative à l'exécution de la mesure de réparation ordonnée par le juge et au coût financier que cela implique pour la victime. Au Canada, lorsque le juge a octroyé à la victime une ordonnance de dédommagement, il revient à cette dernière de s'assurer qu'elle recevra la somme qui lui est due. Cette place active de la victime dans l'exécution de son ordonnance s'explique par la nature civile de cette dernière, le juge pénal ne s'immisce ainsi pas dans son exécution. Ce devoir de la victime peut s'avérer lourd tant d'un point de vue émotionnel que financier¹⁴⁷⁴. En France, la partie civile est également responsable de la perception de son argent après réception du jugement civil. Il est intéressant de voir que les deux systèmes accordent enfin à la victime une place proactive lorsque celle-ci doit obtenir l'exécution de ses droits.

La quatrième limite concerne la fréquence à laquelle les mesures de réparation sont ordonnées au Canada. L'ordonnance de dédommagement est très peu usitée dans ce pays. Le Québec constitue la Province qui ordonne le moins cette mesure¹⁴⁷⁵. Cela pourrait s'expliquer par le caractère strict des critères d'admissibilité. Les recherches sur ce sujet ont démontré que le prononcé d'ordonnance de dédommagement réduit d'année en année¹⁴⁷⁶. Il existe cependant une limite dans cet énoncé de fait, aucune étude statistique n'a été menée sur ce point depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits des victimes*. Au regard du fait que cette Charte consacre le droit des victimes d'obtenir réparation, il est légitime de penser que ce taux est à la hausse.

La dernière limite réside dans la source de la réparation, à savoir les fonds de l'accusé. Très souvent, la situation financière de ce dernier sera précaire et ne permettra pas d'octroyer à la victime une réparation pécuniaire à la hauteur de son dommage.

595. L'indemnisation comme vecteur d'effectivité. Ces différentes limites à l'effectivité du droit à la réparation de la victime ont été prises en compte par les législateurs

¹⁴⁷² *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art.2, Article 16 et article 17.

¹⁴⁷³ Formulaire 34.1, s. 737. 1(4).

¹⁴⁷⁴ J.-A. WEMMERS, M. MANIKIS, et D. SITOIANU, préc., note 1300, pp. 8-9.

¹⁴⁷⁵ Id., p.6.

¹⁴⁷⁶ A. MAXWELL, « Adult Criminal Court Statistic in Canada, 2014/2015 », Juristat, 37 (1) Statistics Canada, 2017; Le taux d'ordonnance de dédommagement prononcé diminue au fur et à mesure des années, Voir S. MACDONALD, Ministère de la justice, « Aperçu de la recherche sur le dédommagement » Semaine nationale de sensibilisation aux victimes d'actes criminels, Avril 2015, p. 5; http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr09_2-rd09_2/p2.html.

qui ont ainsi mis en place différents mécanismes permettant de garantir l'indemnisation des victimes à la charge de l'État.

Les différents recours en indemnisation ouverts à la victime lui permettent de ne pas être confrontée seule aux conséquences issues de l'infraction lorsque l'auteur n'a pu être découvert, qu'il ne peut être puni ou lorsqu'il n'est pas solvable. Il s'agit de respecter l'égalité des citoyens confrontés aux souffrances et aux malheurs qui découlent d'une infraction¹⁴⁷⁷.

Les mécanismes d'indemnisation permettent de contrer les limites de la réparation offerte par le juge pénal sur deux plans. Le premier plan concerne l'incapacité matérielle de l'auteur des faits, tandis que le second plan concerne l'incapacité du tribunal pénal à réparer les conséquences immatérielles de l'infraction.

596. Illustrations. Afin de comprendre les mécanismes d'indemnisation dans les deux pays, on s'appuiera sur un exemple par système.

En France, depuis 1977¹⁴⁷⁸, a été mise en place la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) dans le ressort de chaque tribunal de grande instance¹⁴⁷⁹. Suivant les dispositions de l'article 706-3 du Code de procédure pénale, les victimes d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles font partie des catégories de victimes qui peuvent prétendre à la réparation intégrale de leur dommage¹⁴⁸⁰. Cette réparation est beaucoup plus large que les dommages-intérêts octroyés par le juge pénal et est indépendante des ressources de l'accusé. Afin d'assurer l'effectivité de ce mécanisme complémentaire, lors de l'audience pénale, le président du tribunal est tenu de délivrer une information obligatoire à la victime sur les modalités d'indemnisation (INFO CIVI-SARVI) et ces informations doivent être reprises dans le jugement¹⁴⁸¹.

Au Québec, la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* (LIVAC) adoptée le 10 décembre 1993 est l'exemple le plus parlant¹⁴⁸². Cette loi permet aux personnes victimes d'une agression sexuelle d'obtenir une compensation financière de la part de l'État pour les préjudices physiques et psychologiques subis ainsi que pour les frais médicaux et paramédicaux engagés pour leur réadaptation. Les personnes victimes peuvent avoir recours à cette loi, peu

¹⁴⁷⁷ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 11.

¹⁴⁷⁸ Loi 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction.

¹⁴⁷⁹ Code de procédure pénale, art. 706-3 et s.

¹⁴⁸⁰ Pour un développement complet sur l'indemnisation des victimes en France, Voir C.-M. CASANOVA, préc., note 1285, pp.18-21.

¹⁴⁸¹ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 19.

¹⁴⁸² Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, L.R.Q., c. I-6.

importe que des procédures criminelles aient été intentées ou non contre l'agresseur et qu'il ait été ou non déclaré coupable¹⁴⁸³. Cette possibilité d'agir hors poursuite, existant également en France au travers de la CIVI¹⁴⁸⁴, octroie à la victime davantage de chances d'obtenir réparation de son préjudice.

597. Un recours possible. Dans les deux pays, la victime insatisfaite peut faire appel de la décision de la CIVI dans le cas français ou faire une demande de révision ou de reconsidération auprès du Bureau de la révision administrative de la Direction de l'IVAC.

598. Synthèse. Cette synthèse de deux illustrations relatives à l'indemnisation des victimes en France et au Canada a permis de révéler un élément essentiel. Ces mécanismes permettent d'assurer l'effectivité du droit à réparation accordé aux victimes d'infractions sexuelles, ceci en venant remédier aux limites des mesures de réparation ordonnées par le juge pénal. Les processus d'indemnisation ont un effet correcteur à plusieurs niveaux. Tout d'abord, ils permettent à la victime d'obtenir réparation indépendamment de l'existence d'un procès pénal. Ensuite, la réparation octroyée est quantitativement plus importante puisqu'elle provient de l'État. Enfin, sur un plan qualitatif, l'indemnisation de la victime se rapproche davantage d'une réparation intégrale puisqu'elle prend en considération les conséquences tant matérielles que morales de l'infraction. Sur ce point, l'indemnisation prévue par la LIVAC bien que très peu accordée en pratique, est intéressante puisque l'assistance médicale constitue le principal type d'indemnisation versée aux victimes d'actes criminels¹⁴⁸⁵. À l'inverse, en France, l'indemnisation n'est que financière¹⁴⁸⁶.

599. D'un déséquilibre léger à un déséquilibre marqué. La réparation de la victime constitue un acquis dans les deux pays. Ce droit ne cesse d'être réaffirmé et ne saurait être remis en cause. En dépit de cette consécration, ce droit interroge. Deux questions se distinguent : *le procès pénal est-il le lieu adéquat pour réparer la victime ? Le procès pénal a-t-il les capacités matérielles pour réparer la victime ?*

¹⁴⁸³ Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale. *Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001, p. 24.

¹⁴⁸⁴ G. LOPEZ, S. PORTELLI et S. CLÉMENT, préc., note 1241, p. 65.

¹⁴⁸⁵ <https://www.educaloi.qc.ca/capsules/lindemnisation-des-victimes-dactes-criminels>.

¹⁴⁸⁶ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 65, p. 21.

À la première question, la réponse est mitigée. Au regard de la conception contemporaine de l'infraction selon laquelle la victime n'est pas la personne individuellement touchée par l'infraction mais l'État, la réparation de la victime privée ne devrait pas faire partie du procès pénal. Conformément à l'ambition thérapeutique souvent accordée à la réparation, la réponse demeure négative. Si l'on se place sur un plan plus global, en s'intéressant aux protagonistes de l'infraction, la réponse devient positive. En effet, l'infraction a des conséquences sur la victime (un dommage) et sur l'auteur (un procès, une sanction). Si l'on considère, conformément aux développements précédents, que la prise en considération de la victime par le procès pénal fait partie intégrante de ses intérêts et si l'on associe l'intérêt de la réparation pour le condamné au regard des finalités de la répression, alors le procès pénal devient un lieu privilégié pour la réparation de la victime.

La réponse à la seconde question est moins mitigée, le procès pénal n'est matériellement pas en mesure d'accorder une réparation satisfaisante aux victimes d'infractions sexuelles. Ce principe démontré précédemment aboutit à une proposition. Afin de répondre efficacement et sans créer une seconde victimisation à la victime, il serait intéressant de laisser la mission réparatrice aux juridictions civiles et aux mécanismes d'indemnisation étatiques.

L'ambiguïté de la réparation de la victime au sein du procès pénal interroge plus largement sur la place de la victime dans ce procès au regard de ses finalités. En dépit de ces questionnements, les deux pays ont intégré le besoin de réparation de la victime dans leur fonction.

Conclusion chapitre 2

600. Une réelle prise en considération de la victime. L'intérêt émergent et croissant accordé à la victime sur la scène pénale a été parfaitement intégré par les législateurs français et canadien. Ces derniers ont adapté le procès pénal afin de leur accorder une place. Cette adaptation s'illustre par l'octroi de diverses prérogatives modulables en fonction de la culture juridique dans laquelle elles s'inscrivent.

601. Des prérogatives de nature différente. Les diverses prérogatives accordées à la victime dans les deux pays sont communément nommées dans la littérature en tant que « droit ». Cette dénomination est toutefois faussée et trompeuse. En effet, le développement précédent a permis de démontrer que ces prérogatives pouvaient se diviser en deux catégories : les garanties d'un côté (l'accompagnement et l'information) et les droits de l'autre (la participation et la réparation). Les premières permettant d'assurer l'effectivité des secondes.

602. Des prérogatives au contenu varié d'un pays à l'autre. Les garanties et droits ne revêtent pas le même contenu ni la même ampleur d'un pays à l'autre. Ces différences s'expliquent au regard du statut accordé à la victime dans les deux pays. Au Canada, la victime a un statut de témoin, elle n'est qu'une participante au processus pénal, à l'inverse de la France, où la victime pourra se constituer partie civile, et deviendra ainsi une partie au procès pénal. Dans le premier pays, les droits et garanties offerts aux victimes ont un contenu plus allégé que dans le second pays. Toutefois, la place de la victime en droit criminel canadien tend à s'accroître et à s'imposer au fil des réformes.

603. Une effectivité fragile. Les législateurs des deux pays ne se sont pas contentés d'accorder une place théorique à la victime, ils ont déployé les moyens permettant d'assurer l'effectivité des prérogatives offertes à la victime. La dichotomie entre les garanties d'un côté et les droits de l'autre atteste de cette volonté ; les premières étant les garantes de l'effectivité des secondes. Les législateurs ont également mis en place des obligations à la charge des professionnels de mettre en œuvre les prérogatives offertes à la victime. Toutefois, en raison d'un manque d'information généralisé ou d'un manque de moyen avéré, la place de la victime reste en pratique souvent limitée.

CONCLUSION DEUXIEME PARTIE

604. Une prise de conscience. L'évolution de la conceptualisation des infractions sexuelles et de leurs victimes a mis en lumière la nécessité de modifier en profondeur le droit pénal de forme permettant de juger les auteurs de ces violences. Le cycle de l'impunité se devait d'être rompu. Cette rupture a été permise dans les deux pays par une remise en cause des règles de preuve et de procédure. Cette dernière a entraîné un élargissement des règles encadrant la poursuite des infractions sexuelles, d'une part, ainsi que l'adaptation des règles de preuve et de procédure à la spécificité des conséquences de ces infractions sur les victimes, d'autre part. Ces dernières constituent le second objet de l'évolution en France et au Canada. En effet, les deux pays ont parallèlement intégré très largement la victime dans toutes les phases du processus judiciaire. Cette intégration ne s'est pas faite de la même façon dans les deux pays.

605. Une intégration opposée. Le perfectionnement du cadre juridique relatif aux infractions sexuelles ne pouvait s'opérer sans une nouvelle conceptualisation de la victime. Celle-ci a longtemps été considérée comme le vilain petit canard du procès pénal. Longtemps malmenée et ignorée, la victime s'est peu à peu vue reconnaître un statut et une place dans le processus judiciaire. L'étendue de cette place varie d'un pays à l'autre. Cette variation ne puise pas sa source dans la volonté des législateurs mais davantage dans une différence systémique dans les deux pays. Ainsi, la victime a, en droit canadien, des droits limités par son statut de témoin, tandis que la victime a, en France, des droits étendus par son statut de partie civile. Néanmoins, la victime a en droit canadien un rôle primordial dans la manifestation de la vérité par son statut de témoin.

606. Un renouvellement du procès pénal. L'intégration de la victime dans le procès pénal est venue redéfinir de nombreux principes. En effet, par essence le procès pénal a pour finalité la punition d'un auteur et par cela le rétablissement de l'ordre social brisé par l'infraction. Le procès pénal est davantage tourné vers l'intérêt général que vers les intérêts privés. La prise en considération des besoins individuels des victimes, se traduisant par la reconnaissance de droits, est venue modifier cette logique. Il semblerait que dans les deux pays, les intérêts de la victime soient devenus tout aussi importants que l'intérêt général. En d'autres termes, les besoins de la victime s'intègrent dans les besoins de la société. Cette apparente égalité, quoique peu souhaitable à certaines étapes de la procédure, est à relativiser. Les droits

accordés à la victime semblent avant toute chose répondre aux besoins du système judiciaire. En effet, le droit de participation permet de contribuer à la manifestation de la vérité, le droit de réparation permet de restaurer l'ordre social et participe à la réinsertion. Il semblerait ainsi que malgré la différence de statut dans les deux pays, la victime n'existerait qu'à toute fin utile dans les deux systèmes. Cet état de fait semble créer une certaine forme d'équilibre, permettant ainsi de respecter les besoins de chacun tout en respectant les principes fondamentaux du procès pénal. Cet équilibre reste néanmoins fragile.

607. Une effectivité relative. Cette partie a permis de démontrer que certaines normes ont produit les effets escomptés à savoir l'élargissement du champ d'application des infractions sexuelles, la rupture du silence des victimes, une augmentation des révélations et la fin de l'impunité en théorie. Elle a également révélé les limites de ces normes, les obstacles à leur mise en œuvre : la preuve reste difficile à apporter, la pratique judiciaire demeure stéréotypée, les droits de la victime ne sont pas toujours assortis de mécanismes permettant de garantir leur effectivité.

608. Une relativité source de mobilisation. Les différents facteurs d'ineffectivité mis en lumière dans cette deuxième partie ne doivent pas être perçus comme une fatalité mais au contraire comme un facteur d'évolution. Face à ces limites, les législateurs français et canadien ne s'avouent pas vaincus. Au contraire, ils déploient davantage d'efforts afin de perfectionner le droit pénal tant substantiel que formel dans le domaine des violences sexuelles. Ces efforts s'illustrent par les réformes récentes et à venir dans les deux pays. Cette étude du cadre juridique des infractions sexuelles dans les deux pays sous l'angle de l'effectivité de la norme ne saurait être complète sans une analyse du volet répressif des modes de résolution applicables à ces infractions.

TROISIÈME PARTIE : UNE ÉTUDE COMPARÉE DES MODES DE RÉOLUTION APPLICABLES AUX INFRACTIONS SEXUELLES

609. État des lieux. Les législateurs canadiens et français sont intervenus sur tous les plans- ceci tant dans l'optique juridique que victimologique- afin de répondre efficacement et effectivement aux défis soulevés par les infractions sexuelles. Ils se sont tout d'abord attelés à modifier les incriminations ; leur qualification, leur définition ainsi que leur contenu. Ils ont ensuite modifié la mise en œuvre de ces nouvelles incriminations. Enfin, ils ont perfectionné la façon de réprimer ces violences. C'est ce dernier volet qui fera l'objet de cette troisième partie.

610. Enjeux juridiques. Le volet répressif constitue un enjeu de taille dans la lutte contre les violences sexuelles. Il a ce double aspect qu'il illustre tant l'application de l'incrimination, que la mise en œuvre des droits et garanties des victimes.

La répression des infractions sexuelles fait l'objet de vives critiques dans les deux pays depuis de nombreuses années. En effet, les sanctions applicables à ces violences ont toujours été considérées comme dérisoires et déséquilibrées au regard de la gravité de l'acte commis et subi. Les réformes des années quatre-vingt dans les deux pays portaient l'espoir de sanctions plus contraignantes, qui refléteraient enfin la gravité de l'acte commis¹⁴⁸⁷. Les législateurs français et canadien ont peu à peu instauré un arsenal répressif sévère et intransigeant. Cette fermeté bien que légitime au regard de la gravité réelle et sociale d'un tel acte, interroge toutefois quant à son caractère mesuré ; notamment au regard des principes et finalités du droit pénal dans les deux pays. Il semblerait que nous soyons passés du dérisoire à l'excessif. Ainsi, après une impunité jadis très dérangeante, c'est aujourd'hui la punition qui questionne¹⁴⁸⁸. Cette partie a pour objet l'analyse de cette évolution, tout en tentant d'apporter des pistes de réflexion afin d'appréhender la répression des violences sexuelles de façon juste et mesurée. Il est en effet indispensable que nos deux modèles de référence proposent des « *peines justes*. »¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁷ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 247.

¹⁴⁸⁸ Antoine GARAPON, « La justice reconstructive », dans Antoine GARAPON, Frédéric GROS, Thierry PECH, *Et ce sera justice, Punir en démocratie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2001, « De la punition ou de l'impunité, quel est le plus grand scandale ? ».

¹⁴⁸⁹ Id., Introduction, « *Une peine juste est une peine qui régénère les liens blessés par le crime* ». Cette vision humaniste de la peine semble correspondre à la vision de la justice restaurative.

611. Enjeux victimologiques. Les deux parties précédentes ont mis en lumière la prise en compte par les législateurs français et canadiens des différents besoins des victimes. On a ainsi pu constater que ses besoins de reconnaissance, de participation et de réparation ont été intégrés dans le droit positif des deux pays aux différentes étapes du processus judiciaire. Il semblerait que ses besoins intègrent désormais l'étape sentencielle.

Cette intégration nouvelle et grandissante n'est pas sans poser quelques questions. Au-delà de répondre aux revendications de la victime, cette nouvelle place opère un glissement vers une logique compassionnelle ; s'illustrant notamment par l'instrumentalisation des souffrances individuelles¹⁴⁹⁰. Le législateur ne répond plus aux besoins réels de la victime, mais à ses besoins fantasmés. La nouvelle centralisation du procès pénal- surtout de l'étape sentencielle- autour de la souffrance de la victime traduit « *un imaginaire victimaire qui trouve un terrain fertile dans nos démocraties d'opinion.* »¹⁴⁹¹ En d'autres termes, nous assistons au règne du populisme pénal¹⁴⁹². Cette analyse de l'infraction par le prisme unique de la souffrance de la victime accorde une dimension dramaturgique à la scène pénale, venant ainsi bousculer les finalités de nombreux éléments, telle que la peine. L'utilité de cette dernière est totalement inversée, elle n'est plus tournée vers la réhabilitation du condamné mais vers la réparation du mal subi par la victime. L'intérêt général n'est plus en première ligne dans la répression de l'auteur, c'est désormais l'émotion¹⁴⁹³, ainsi que les intérêts privés qui façonnent la réponse juridique¹⁴⁹⁴. L'équilibre du procès pénal semble ainsi rompu : « *ce qui compte c'est non les garanties légales mais les droits des victimes ; non une accusation encadrée par une procédure mais le refus d'une impunité révoltante ; non la peine bornée par un pardon légal mais une punition désorbitée par l'ampleur du mal.* »¹⁴⁹⁵ Cette réponse se déroule bien souvent dans une certaine réaction épidermique caractérisée par l'immédiateté et l'urgence. Dans ce contexte, le droit de punir devient la réponse unique à tout et se métamorphose en un « *devoir de punir.* »¹⁴⁹⁶ Cette

¹⁴⁹⁰ X. PIN, « L'avènement ambigu de la victime », dans Véronique BEDIN et al., *Violence(s) et société aujourd'hui*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2011, pp. 235 à 244, p. 236.

¹⁴⁹¹ Id., p. 236.

¹⁴⁹² Christophe BEAL et Luigi DELIA, « Entretien avec Margaux COQUET sur l'abolitionnisme pénal », (2008) 93 *Rue Descartes* 102, p. 117 : « Le populisme pénal, comme tout type de populisme, se nourrit de l'ignorance, laquelle est cultivée par un système qui simplifie de façon caricaturale la réalité ».

¹⁴⁹³ Sylvie HUMBERT, « Le sens de la peine, évolution des idées », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 43 : « Comment dès lors donner un sens à la peine qui paraît tributaire d'un sentiment victimaire qui repose sur des communautés d'émotions et des prédictibilités du danger ».

¹⁴⁹⁴ X. PIN, préc., note 1490, p. 237.

¹⁴⁹⁵ Id., p. 239.

¹⁴⁹⁶ Id., p. 238.

mutation inquiétante de l'acte de punir s'illustre notamment dans le *quantum* de la peine qui s'avère de plus en plus élevé.

612. Une répression évolutive. Afin de répondre aux revendications des juristes, des victimes, ainsi qu'à celles de l'opinion publique¹⁴⁹⁷ ; les législateurs français et canadiens ont tenté par divers mécanismes d'améliorer l'arsenal répressif applicable aux violences sexuelles. Cette bonification à un double objet, un accroissement répressif- pouvant être jugé d'excessif- d'une part ; et de façon contradictoire, une humanisation de la réponse à l'infraction, d'autre part. Ces modifications de la répression s'illustrent de deux façons : la première étant l'intégration de la victime dans le volet répressif des violences sexuelles (Chapitre 1) ; la seconde étant le recours récent à un ancien modèle de justice, la justice restaurative (Chapitre 2).

¹⁴⁹⁷ S. HUMBERT, préc., note 1493, p. 48 : « Face à ce principe de précaution judiciaire, un nouveau poids pèse sur le juge. La peine prononcée doit avoir un sens pour ceux qui ne sont pas condamnés. Elle doit être lisible et comprise par l'opinion publique. La motivation des décisions apporte une certaine réponse à ces attentes de la société mais elle semble encore insuffisante : tout ce qui n'est pas la prison n'est pas une peine pour l'opinion publique ».

Chapitre 1 : Un renouvellement du volet répressif sous le prisme de la victime

613. Concepts mobilisés- Le professeur Gérard Cornu définit le terme « répression » de deux façons. Il s'agit tout d'abord de « *la fonction répressive, fonction étatique consistant, dans la lutte contre la délinquance, à organiser et à mettre en œuvre les sanctions pénales.* »¹⁴⁹⁸ Cette notion pouvant également être définie comme « *l'action de réprimer incluant l'incrimination des faits délictueux, la poursuite de leurs auteurs et l'infliction des peines* ». Avant d'analyser la façon dont cet acte de réprimer est mis en œuvre dans les deux pays au travers de l'infliction de peine¹⁴⁹⁹ ; il convient de définir cette dernière notion.

614. La notion de peine dans les deux pays. La peine est une notion polysémique¹⁵⁰⁰. Définir les sens de la peine n'est pas chose aisée ; se poser la question de savoir si la peine a un sens, laisse à penser qu'elle puisse ne pas en avoir¹⁵⁰¹. En dépit de cette possibilité peu réjouissante, une étude de la littérature sur la question laisse entrevoir deux sens élémentaires : « *elle constitue, d'une part, une réponse contre celui qui, en commettant l'infraction, a trahi le pacte social tout en présentant, d'autre part, une vertu morale pour celui qui doit s'améliorer en la subissant.* »¹⁵⁰²

Il convient dès à présent d'analyser la définition classique retenue dans les deux pays. Au Canada, la peine peut être définie comme la « *sanction édictée par la loi et appliquée par les juridictions pénales à titre de punition ou de réparation pour un acte portant atteinte à l'ordre social.* »¹⁵⁰³ En France, la peine peut s'entendre de façon générale, du « *châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre*

¹⁴⁹⁸ G. CORNU, préc., note 42, p. 907.

¹⁴⁹⁹ L'incrimination des violences sexuelles ayant fait l'objet de la première partie ; la deuxième partie s'étant attaché en partie à la poursuite des auteurs par l'analyse des règles de preuve et de procédure ; cette troisième partie s'attachera entre autre à l'analyse des peines applicables en la matière.

¹⁵⁰⁰ Yan CARPENTIER, *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2016, pp. 18-19, par. 12; Philippe GENUIT, « Du sens de la peine aux sens pénitentiels : Principe éthique et traitement légal de la peine », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p.51, p. 61 : « « peine » provient de *Ponos- Poiné- Poena* qui signifie : le paiement, la rançon... d'où vient ensuite la punition ».

¹⁵⁰¹ Tony FERRI, « Esquisse d'une théorie de l'amoralité de la peine », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 223.

¹⁵⁰² Franck LUDWICZAK, « Introduction- Quelques réflexions relatives aux sens juridiques de la peine », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p.19.

¹⁵⁰³ Dictionnaire CAIJ.

social qualifiée d'infraction (nulla poena sine lege) ; châtimeut infligé en matière pénale par le juge répressif en vertu de la loi (peine prononcée. »¹⁵⁰⁴

Les deux définitions se recourent sur plusieurs points. Dans les deux pays, la peine doit être prévue par la loi puis imposée par le juge ; elle doit avoir pour finalité de réprimer un trouble à l'ordre social.

Une différence importante, en théorie, existe dans les deux définitions. La peine au sens du droit canadien est prévue et appliquée afin de réprimer ou de réparer le tort commis. Cette dernière finalité est absente de la définition française. Cette absence théorique s'explique pour deux raisons : le droit français connaît l'action civile en réparation, et la victime peut être une partie au procès pénal. Toutefois, au regard des évolutions récentes des fonctions de la peine dans la pratique française, la réparation semble en faire désormais partie, et ceci depuis la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales¹⁵⁰⁵. Cette différence s'explique par le fait que la réparation de la victime est un objectif de la peine au Canada¹⁵⁰⁶, tel n'est pas le cas en France. Dans le système français, la réparation est la finalité de l'action civile conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale. Cependant, certaines sanctions intègrent explicitement cet objectif, tel est le cas de la sanction-réparation inscrite à l'article 131-8-1 du Code pénal¹⁵⁰⁷, issue de la loi du 5 mars 2007.

615. L'équilibre comme caractéristique centrale de la peine. Au-delà des définitions légales, certaines définitions doctrinales mettent en lumière des caractéristiques essentielles de la peine. L'énoncé suivant est en ce sens très pertinent : « *On admet généralement que la punition consiste à infliger une sanction ou une peine à l'auteur de la violation d'une norme et que, pour être légitime, il faut qu'elle apparaisse moralement ou légalement fondée et adéquante au regard de la faute ou du délit commis.* »¹⁵⁰⁸ Cet énoncé est intéressant puisqu'il rappelle le caractère adéquat de la sanction au regard de l'acte commis. La notion d'équilibre entre la punition et le méfait est primordiale dans nos sociétés démocratiques, et peut parfois faire défaut tant dans la **minimisation des faits** que dans la **maximisation de la peine**.

¹⁵⁰⁴ G. CORNU, préc., note 42, p. 671.

¹⁵⁰⁵ F. LUDWICZAK, préc., note 1501, pp. 22-23.

¹⁵⁰⁶ *Code criminel*, Art. 718 e).

¹⁵⁰⁷ Code pénal, Art. 131-8-1.

¹⁵⁰⁸ Didier, FASSIN, *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Éditions du Seuil, 2017, p. 28.

616. Les fonctions de la peine. Une définition de la peine sans l'exposé de ses fonctions ne saurait suffire. La peine ne se définit pas seulement par sa nature mais principalement par ses fonctions, nombreuses et variées¹⁵⁰⁹. La sanction a évidemment une fonction punitive et **correctrice**¹⁵¹⁰. Au-delà de cette première finalité centrée sur l'auteur de l'infraction, la peine est dotée d'une fonction rétributive, puisqu'elle se doit de restaurer l'équilibre de la société rompu par l'infraction. Cette finalité ne se limite plus à l'intérêt de la peine pour l'accusé, elle englobe l'intérêt général dans ses fonctions. Enfin, la peine s'est peu à peu dotée de nouvelles fonctions, elle est ainsi devenue resocialisante, éducative¹⁵¹¹ ou encore réparatrice¹⁵¹². Ces dernières fonctions permettent ainsi d'intégrer la victime dans le paradigme punitif. La prise en compte de ses intérêts participe à la restauration de l'équilibre de la société d'une part ; et d'autre part la prise de conscience par l'accusé d'avoir atteint une victime et ainsi de devoir réparer les torts commis par son acte participe à sa resocialisation¹⁵¹³. Les finalités de la peine n'ayant cessé d'évoluer depuis la fin du dix-huitième siècle au point qu'elle soit désignée aujourd'hui de « *mécanisme embarrassé de vives contradictions.* »¹⁵¹⁴ Ces contradictions sont issues d'un profond antagonisme, la peine a pour double fonction de punir d'un côté, et soigner de l'autre¹⁵¹⁵. Or la logique de ces deux finalités est profondément contradictoire¹⁵¹⁶.

¹⁵⁰⁹ Evry ARCHER, « Quelques réflexions sur les sens de la peine, aujourd'hui », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 217 : « Et même, ne pouvant passer en revue ici et maintenant toutes les fonctions de la peine – prévention de la vengeance privée ; expiation, pénitence, rachat ; neutralisation temporaire ou élimination définitive ; amendement, réinsertion, réintégration ; réparation pécuniaire du dommage subi par la victime ; intimidation collective ou individuelle ; rétribution etc . »

¹⁵¹⁰ Bernard BOULOC, *Pénologie*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2^e éd. 1998, p. 7, spec. par. 11 : « Depuis longtemps, la politique criminelle, cherche à éviter les infractions nouvelles de la part d'un délinquant en utilisant la peine pour le corriger; corriger signifie, dans le langage courant, amender aussi bien que punir, redresser par le châtement ».

¹⁵¹¹ Y. CARPENTIER, préc., note 1500, p. 7, par. 1 et 2; Pierre BOUZAT et Jean PINATEL, *Traité de droit pénal et criminologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1970, t.1, p. 386-387, spec par. 317.

¹⁵¹² F. LUDWICZAK, préc., note 1501, pp. 22-23.

¹⁵¹³ Anne-Gaëlle ROBERT, « La victime et la sanction pénale », dans Cédric RIBEYRE (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016, p. 141 : « La critique peut toutefois être atténuée si l'on considère que l'obligation de réparation participe à la fonction de réinsertion du condamné et poursuit la finalité de restauration de l'équilibre social. La réparation du dommage permettrait à l'auteur de prendre conscience de son acte et des souffrances qu'il a fait endurer, et les efforts consentis pour indemniser la victime seraient un premier pas vers son reclassement. Comme pour les autres hypothèses évoquées, l'intérêt de la victime se conjuguerait donc avec l'intérêt de la société à voir le condamné s'engager dans la voie de la réinsertion ».

¹⁵¹⁴ Bertrand PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Paris, LGDJ, 2007, n°29 ; Le droit de la peine est également qualifié de « jardin en friche où la végétation aurait poussé de façon luxuriante », voir Virginie PELLETIER, « Pour une refonte du droit des peines : Quels changements si les préconisations de la Commission Cotte étaient suivies? », Institut de sciences criminelles et de la justice, Paris, Lexisnexis, 2016, p. 57.

¹⁵¹⁵ Alain CUGNO, « La prison n'incarne pas l'essence de la peine », (2018) 365, *C.E.R.A.S.*, 77, p.77.

¹⁵¹⁶ Id., p.78.

617. Changement de paradigmes. La notion de peine a été pensée de différentes façons dans les sociétés occidentales. En résumé, quatre façons de concevoir la peine peuvent être observées¹⁵¹⁷. La première relève du discours sacré ou moral, la peine est suspendue à un interdit ou une norme universelle transgressée, punir est ici **l'action de rappeler la loi**. Ensuite, la peine a été analysée sous l'angle politico-économique, punir devient **l'action de défendre la société**. Dans un troisième temps, la peine est envisagée sous l'angle psychopédagogique, l'action de punir se justifiant par la finalité d'**éduquer un individu**. Enfin, la peine a été analysée avec la lunette juridico-éthique permettant de penser une justice relationnelle ; punir devenant l'action de **transformer la souffrance en malheur**. Ce dernier et nouveau paradigme déplace les émotions des différents protagonistes- et plus spécifiquement celles de la victime- au centre de la peine. Cette victimisation de la sanction remet en question tout le paradigme punitif en laissant la place à de nouvelles logiques, telle que la vengeance ou encore la privatisation de la répression.

618. Intérêts en balance. Ces différents renouvellements de la façon de penser la peine et l'acte de punir, ont aussi modifié les différents intérêts en balance¹⁵¹⁸. Dans les deux premiers discours, l'objet de l'atteinte est la société, et plus précisément l'État. Par conséquent les intérêts en balance sont ceux de l'État d'un côté et ceux de l'accusé de l'autre. Dans la troisième façon de théoriser la peine, cette logique dualiste demeure tout en se recentrant davantage sur les intérêts du condamné. En revanche, dans la dernière et nouvelle façon de conceptualiser la peine - celle qui semble être aujourd'hui majoritaire dans les deux pays- la logique dualiste est chamboulée par l'arrivée d'un nouveau protagoniste dans le paradigme punitif, à savoir la victime. La prise en compte récente des intérêts de la victime dans la balance semble remettre en question l'équilibre jusqu'alors existant. En effet, la montée des droits de la victime sur la scène pénale modifie en profondeur l'architecture classique du procès pénal, se rapprochant ainsi davantage de la **triangulation** du procès civil¹⁵¹⁹. Cette présence de la victime dans le paradigme punitif s'illustre tout particulièrement dans les prémices du droit anglais. En effet, initialement, l'objectif poursuivi par la justice anglaise en matière criminelle était la

¹⁵¹⁷ A. GARAPON, Préc., note 1488.

¹⁵¹⁸ Id., p.30 : « La victime casse le face-à-face séculaire entre le criminel et le prince dans lequel elle faisait figure d'invitée, et lui en superpose un autre entre elle et le criminel. Elle oblige ainsi à repenser la justice comme le lieu d'articulation non plus entre deux (le criminel et le prince) mais trois protagonistes ».

¹⁵¹⁹ Yannick JOSEPH-RATINEAU, *La privatisation de la répression pénale*, thèse de doctorat, sous la direction de Muriel GIACOPELLI, Aix-Marseille, 2013, p. 9.

compensation de la victime, l'objectif punitif étant secondaire¹⁵²⁰. Cette dynamique semble être adoptée par le procès pénal actuel, dont l'objectif de répression s'est vu doublé d'un objectif de protection des intérêts privés, ainsi qu'un objectif de restauration des rapports entre la victime et le délinquant¹⁵²¹. Cette finalité nouvelle s'illustre tout particulièrement dans le recours à la justice restaurative, de plus en plus fréquent dans les deux pays.

619. Objets de la démonstration. Le renouvellement répressif, centralisé sur la victime s'illustre de deux façons. Cela prend tout d'abord la forme d'une répression individualisée ; cette individualisation originellement orientée vers l'accusé¹⁵²², semble dorénavant s'intéresser à la victime¹⁵²³ (Section 1). Ce changement de cap s'observe également par l'intégration de la victime aux étapes de détermination et d'exécution de la peine (Section 2).

¹⁵²⁰ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 6, par. 17; James F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, New York, Burt Franklin, 1883, p. 57 et s.; Graham J. STEELE, « A brief history of Canadian Criminal Law », dans Joel E. PINK et David PERRIER (Dir.), *From Crime to Punishment*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1992.

¹⁵²¹ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », (2002) *RSC* 245, p. 245.

¹⁵²² Code Pénal, Article 132-1, al.2 ; Michel DANTI-JUAN, « Réflexions sur le sens de la peine et l'individualisations », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, pp. 237-246, « L'individualisation se présente donc comme un moyen de personnalisation de la peine renforçant le sens de cette dernière puisqu'il est destiné à permettre la réalisation de son double objectif de sanction et de réinsertion des auteurs d'infraction. », p. 241.

¹⁵²³ A. GARAPON, préc., note 1488, p.30.

Section 1 : Un accroissement répressif justifié par l'image de la victime

620. Répression et victimologie. La sanction de l'auteur de l'infraction s'inscrit dans les besoins de la victime répertoriés en victimologie¹⁵²⁴. Il est cependant intéressant de constater que la répression de l'auteur ne constitue pas un besoin toujours répertorié, à la différence de l'attente de réparation¹⁵²⁵. Au-delà de la volonté de voir l'auteur puni, la victime désire avant toute chose que la justice reconnaisse les agissements de l'auteur. En d'autres termes, la répression de l'auteur s'inscrit dans le **besoin de reconnaissance** de la victime. En effet, ce dernier, souvent évoqué dans la littérature s'avère être la raison d'être de tous les autres besoins précédemment évoqués. Suite à une agression, la victime ressent le besoin d'être consacrée dans son statut de victime, on pourrait nommer cela un **besoin de validation**. Cette validation implique la reconnaissance de la culpabilité de l'auteur des faits. Les victimes d'actes criminels ont un besoin fondamental de reconnaissance et de validation de leur statut de victime¹⁵²⁶. Cette attente afin d'être comblée nécessite une reconnaissance publique de leur victimisation¹⁵²⁷. Cette dernière implique une reconnaissance de la culpabilité de l'auteur des faits, sa punition ou encore des excuses de la part de ce dernier¹⁵²⁸. La condamnation de l'auteur atteste publiquement de l'existence du crime et de ses victimes. Cette attente de reconnaissance est primordiale pour les victimes, et semble surpasser d'autres besoins, telle que la sévérité de la peine ou encore les résultats du procès. La reconnaissance revêt une force symbolique essentielle pour les victimes afin que justice leur soit rendue¹⁵²⁹. Cette reconnaissance de la qualité de victime s'avère être particulièrement aiguë chez les victimes de viol ; pour ces dernières, cette reconnaissance revêt la forme d'une réparation morale¹⁵³⁰. On perçoit une nouvelle fois le lien étroit existant entre la répression de l'auteur et la réparation de la victime.

¹⁵²⁴ M. RAUSHENBACH et D. SCALIA, préc., note 59, p. 443.

¹⁵²⁵ H. STRANG, préc., note 60 ; J.-A., WEMMERS, (dir.), « Reparation and the International criminal court : meeting the needs of victims », Montréal, Report of the Workshop, 2006, p. 16 ; Y. STRICKLER, préc., note 62, p. 72.

¹⁵²⁶ J.-A. WEMMERS, (dir.), « Reparation and the International criminal court : meeting the needs of victims », Montréal, Report of the Workshop, 2006, p. 6 ; E. RAYMOND, préc., note 1354, p. 25 ; Jean-François FLAUSS, *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; M. BARIL, préc., note 50., p. 232 ; R. CARIO, *Justice restaurative. Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 127.

¹⁵²⁷ R. CARIO, préc., note 1352, pp. 529-539.

¹⁵²⁸ E. RAYMOND, préc., note 1354.

¹⁵²⁹ J.-A. WEMMERS, *Victims in the criminal justice system*, Amsterdam, Kugler Publications, 1996 ; E. RAYMOND, Id., p. 75.

¹⁵³⁰ Y. STRICKLER, préc., note 62, p. 104.

621. Un besoin répressif instrumentalisé¹⁵³¹. Ce besoin de reconnaissance via la reconnaissance de culpabilité et *a fortiori* via le prononcé d'une peine, est incontestablement pris en compte par les législateurs français et canadien, ainsi que par les tribunaux des deux pays. Il semblerait toutefois que cette prise en considération aille au-delà du besoin initial de la victime. La réponse punitive des deux pays semble colporter et reposer sur de fausses croyances concernant les attentes des victimes. En effet, la croyance prédominante en ce domaine est celle qui présume que la victime désire avant toute chose la vengeance¹⁵³², et par conséquent la punition (sévère) de l'auteur. Or, si la sanction de l'auteur figure effectivement dans les besoins des victimes, il est loin d'être le plus important¹⁵³³. Contrairement à ce qu'il est commun de croire, les attentes de la grande majorité des victimes ne s'inscrivent pas dans une logique vindicative¹⁵³⁴. Ce préjugé permet d'expliquer pourquoi de nombreux auteurs et juristes sont réfractaires à l'idée d'accorder une place importante à la victime dans le procès pénal. Des études en la matière démontrent pourtant que les victimes n'ont aucun désir d'avoir un quelconque pouvoir décisionnel dans la résolution du procès ainsi que dans le choix de la peine de l'auteur des faits¹⁵³⁵. Cette mise au point sur l'attente effective de la victime quant à la répression de l'auteur des faits permettra de percevoir dans les développements ultérieurs, que le mouvement législatif et jurisprudentiel actuel ne correspond pas sur ce point, aux revendications réelles des victimes. La réponse pénale actuelle semble ainsi répondre à des revendications fantasmées portées par un élan de populisme pénal, permettant de justifier une envolée répressive¹⁵³⁶.

¹⁵³¹ Jean DANET, « La défense et le choix de la peine », dans Reynald OTTENHOF (Dir.), *L'individualisation de la peine de Saleilles à aujourd'hui*, Paris, ERES, 2001, p. 247 : « La victime, à propos de la détention provisoire, est déjà le ventriloque du procès pénal, celle au nom de qui, sans l'avoir consultée, on motive parfois les placements en détention, en invoquant sa protection ou le trouble causé autour d'elle. Au procès et à propos de la peine, elle devient le muet du sérail. Tout juste ose-t-elle dire en correctionnelle, pour les atteintes aux biens, son souhait d'un sursis avec mise à l'épreuve qui lui permettrait, faute d'assurances ou de commission d'indemnisation des victimes, d'espérer une réparation de son préjudice. »

¹⁵³² Frédéric GROS, « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », (2010) 53 *Le droit pénal. La bioéthique en débat*, APD, 167-168.

¹⁵³³ J-A WEMMERS, « The Meaning of Justice for Victims » dans Shlomo Giora SHOHAM, Paul KNEPPER, Martin KETT (dir.) *International Handbook of Victimology*, Boca Raton, CRC Press, 2010 ; E. RAYMOND, préc., note 1354, p11.

¹⁵³⁴ R. CARIO, préc., note 35 ; M. RAUSHENBACH et D. SCALIA, préc., note 59, p. 4.

¹⁵³⁵ J-A WEMMERS, préc., note 1533.

¹⁵³⁶ D. FASSIN, préc., note 1508, pp.9-17, « Mais, d'un autre côté les élites politiques renforcent et même anticipent les inquiétudes sécuritaires des citoyens. Leur approche de ces questions va au-delà de la réponse démocratique à une demande émanant de ceux qui les ont mandatées pour prendre en charge leurs problèmes. Aidées en cela par le traitement médiatique des faits divers et des événements violents, ces élites accompagnent, exacerbent, voire suscitent les anxiétés et les peurs. Elle les instrumentalise. Elles pensent en effet trouver des bénéficiaires électoraux dans la dramatisation des situations et dans la mise en scène de leur propre autorité à travers des démonstrations de sévérité, et il faut bien reconnaître le fréquent succès de ces stratégies au cours des dernières décennies pour les partis et les politiciens qui se sont saisis de ces thèmes pour attiser les émotions et les passions qu'ils génèrent. Le populisme pénal est d'ailleurs d'autant plus profitable à ces élites qu'il leur serait souvent

622. Problématisation. Si la force de l'émotion qui submerge politique, public et médias participe à la difficulté de penser l'acte de l'agression sexuelle et ses conséquences¹⁵³⁷ ; il convient d'approfondir cette idée en considérant que la force de l'émotion envahit dangereusement le champ de la répression, instaurant ainsi une **ligne perméable entre réaction légitime et déséquilibre juridique**. La souffrance ne doit pas raisonnablement servir de justification à la peine¹⁵³⁸, au risque de mettre en danger l'équilibre déjà fragile du procès pénal.

623. Une réponse punitive à court terme. L'une des critiques traditionnelles pouvant être adressée aux mesures répressives, tient dans le fait qu'elles ont une portée davantage curative que préventive. On observe en effet l'ineffectivité de la fonction préventive de la peine sur le crime en général, et sur le crime sexuel en particulier. La logique souvent mise en œuvre en droit pénal est la suivante : face à une problématique sociale d'envergure, telle que les violences sexuelles, les gouvernements et les législateurs vont tenter de la résoudre en utilisant à l'extrême le volet répressif du droit pénal. L'histoire nous montre cependant que cette répression intense et automatique n'a que peu d'effets sur les pratiques des protagonistes d'une infraction, aussi bien les auteurs que les victimes. En effet, les politiques pénales qualifiées de « tout répressif » ne fonctionnent pas de façon satisfaisante ; témoin de cet échec, l'important taux de classement sans suite.

C'est ainsi que les stratégies criminalisantes sont perçues comme une solution, et non comme une cause du problème¹⁵³⁹. Cela crée une situation absurde où la solution proposée par le système pénal devient une cause du problème et nourrit la problématique sociale. Une telle stratégie est en tout point néfaste et consiste en un abandon des femmes victimes d'abus graves¹⁵⁴⁰, ainsi que des auteurs. Les législateurs ont voulu remédier à cette ineffectivité, ils ont ainsi intégré dans le droit positif des mesures préventives ainsi que des dispositions visant à diminuer les risques de récidive.

difficile, lorsqu'elles sont au pouvoir, de mettre en avant des performances dans d'autres domaines, telle la justice sociale » ; A. GARAPON et D. SALAS, « La victime plutôt que le droit », (2007) 11 *Esprit* 74, pp. 76-77.

¹⁵³⁷ Bruno GRAVIER et Pascal ROMAN, *Penser les agressions sexuelles. Actualité des modèles, actualité des pratiques*, (2016) *ERES*, Études, recherches, action en santé mentale en Europe, p. 10.

¹⁵³⁸ A. GARAPON, préc., note 1488, p.30 : « La souffrance ne peut pas fonder de système de justification de peine. La souffrance est une expérience intime, à la limite de l'incommunicable, le sentiment d'être diminué, entravé, obstrué ».

¹⁵³⁹ L. SNIDER, préc., note 157, p. 5.

¹⁵⁴⁰ Id., pp. 6-7.

624. L'emprisonnement : la peine privilégiée pourtant inefficace¹⁵⁴¹. La peine d'emprisonnement fait l'objet de critiques quasi systématiques depuis la fin des années soixante¹⁵⁴². En dépit de l'analyse des économistes dits du crime- inspirés du travail de Becker¹⁵⁴³- qui focalisaient leur attention sur les effets dissuasifs de la justice pénale ; démontrant ainsi, qu'une hausse de la sévérité de la peine ou de son degré de vraisemblance agit comme une incitation à réduire la fréquence des comportements illégaux, de la même manière qu'une augmentation du prix de marché d'un bien ou d'un service tend à en réduire les quantités demandées¹⁵⁴⁴. Cette analyse économique de la peine a vite montré ses limites. Il est en effet attesté depuis longtemps que la peine d'emprisonnement a un effet néfaste sur les condamnés. En effet, la prison a vite été pointée du doigt comme étant une école du crime, tant de façon directe (sur le condamné lui-même), qu'indirecte (sur sa famille, par l'appauvrissement et la marginalisation sociale)¹⁵⁴⁵. Faute d'un réel accompagnement des condamnés, la prison s'avère être ravageuse tant pour le condamné¹⁵⁴⁶, que pour la société dans son ensemble. Face à cet état de fait, les pays ont réagi afin de trouver davantage d'alternatives à la peine d'emprisonnement¹⁵⁴⁷. Malgré ses effets néfastes, et en dépit d'un mouvement législatif visant à restreindre le recours à l'emprisonnement, cette peine ne cesse d'être prononcée. Aux yeux de l'opinion publique, une seule sanction existe : l'emprisonnement. La

¹⁵⁴¹ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 269 : « La prison, dans sa réalité et ses effets visibles, a été dénoncée comme le grand échec de la justice pénale ».

¹⁵⁴² M. FOUCAULT, Id. ; Jacques LAPLANTE, *Prison et ordre social au Québec*, Ottawa, les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989.

¹⁵⁴³ Gary S. BECKER, « Crime and punishment: An economic approach », (1968) 78(1) *Journal of Political Economy* 169.

¹⁵⁴⁴ Nicolas VAILLANT, Rustam ROMANIUC et Blandine MALLEVAY, « La peine : le prix du crime ? », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 147.

¹⁵⁴⁵ M. FOUCAULT, préc., note 1541, pp. 269-275 ; Alison LIEBLING et Shadd MARUNA, *The effects of imprisonment*, Cullopton, Willan, 2005, p. 78.

¹⁵⁴⁶ Françoise TULKENS, « L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles », dans Reynald OTTENHOF (Dir.), *L'individualisation de la peine de Saleilles à aujourd'hui*, Paris, ERES, 2001, p. 281 : « C'est ainsi qu'on parlera de l'effet désocialisant de la peine d'emprisonnement ou, comme nous l'avons vu, de « traumatisme carcéral » ».

¹⁵⁴⁷ Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction : un lien à forger*, Ottawa, imprimeur de la Reine, 1969, p. 332 ; Commission Archambault ; *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L. C. 1995, c. 22, entrée en vigueur le 3 septembre 1996 ; *Code criminel*, Art. 718.2 d) : « Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants : (...) d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient » ; Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

prison constitue l'unique mesure de la peine¹⁵⁴⁸. La peine de prison est devenue l'unique mesure punitive, crédible et satisfaisante aux yeux des justiciables¹⁵⁴⁹.

625. Illustrations de la répression. Ces considérations étant posées, il convient d'analyser la façon dont la France et le Canada répriment les infractions sexuelles. Cette nouvelle volonté répressive traduit une intolérance collective face aux violences sexuelles. De cette intransigeance marquée- associée à la montée en puissance de la voie des victimes ainsi qu'à une certaine forme de populisme pénal, nourrie par les politiques et les médias- est né un accroissement de l'arsenal répressif (A), qui s'illustre par la criminalisation de nouveaux faits¹⁵⁵⁰ ; ainsi que par l'alourdissement du régime de sanction. Cette nouvelle dynamique a aussi permis d'intégrer la personnalité de la victime dans le choix de la peine (B). Cette intransigeance théorique se doit d'être vérifiée en pratique (C).

A. Une présence sous-jacente de la victime dans l'accroissement de l'arsenal répressif

626. Reconnaissance et intransigeance. La victime longtemps désignée comme l'oubliée du droit pénal a vu son statut se transformer ces dernières années. Elle est passée de la grande absente du droit pénal à un agent martial de la répression selon les termes du doyen Carbonnier¹⁵⁵¹. Ce nouveau rôle accordé à la victime s'illustre particulièrement dans le volet répressif des infractions sexuelles, où ses besoins réels et fantasmés incitent les législateurs à être toujours plus productifs et imaginatifs, afin de proposer un châtiment qui satisferait le plus grand nombre. Les victimes critiquaient depuis longtemps la clémence des peines, et l'impunité des agresseurs sexuels¹⁵⁵². Comme réponse à ces critiques, les législateurs canadiens et français ont réagi en resserrant considérablement l'étau répressif dans le domaine des infractions sexuelles. Ce vent répressif s'analyse en deux temps. Dans un premier temps, les législateurs

¹⁵⁴⁸ J. DESROSIERS, « L'emprisonnement systématique des délinquants sexuels », (2008) 12 *Canadian Criminal Law Review* 353, p. 364.

¹⁵⁴⁹ Pierre LALANDE, « Des solutions de rechange à l'incarcération : pour un peu plus de modération, d'équité et d'humanité », (2007) 40 *Criminologie*, par. 30 : « La prison occupe une place symbolique démesurée avec comme résultat que lorsqu'une autre peine est infligée, celle-là est toujours considérée comme une peine banale ou non crédible ».

¹⁵⁵⁰ Telle était l'objet d'analyse de notre première partie.

¹⁵⁵¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, coll. « Forum », 1996, p. 147.

¹⁵⁵² J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 248.

démontrent leur intransigeance par une sévérité des peines (1). Dans un second temps, cette intolérance s'observe au travers d'un élargissement du champ d'application de la répression (2).

1) Une sévérité des sanctions

627. Un vent punitif généralisé. L'acte de punir semble constituer la nouvelle passion contemporaine, pour reprendre les termes de Didier Fassin¹⁵⁵³. Réprimer l'auteur d'une infraction est l'une des finalités du droit pénal, elle semble être devenue la mission principale, au détriment des volets préventif et réhabilitatif de la matière. La punition de l'auteur est la réponse tant attendue des justiciables. L'impunité est devenue intolérable, tandis que la sévérité sans grande contrepartie resocialisante semble constituer le nouveau visage de la justice pénale. Cette envolée populiste et punitive s'observe dans les deux pays, et se perçoit tout particulièrement dans le domaine des violences sexuelles. La désapprobation sociale dont font l'objet les infractions sexuelles a irradié la sphère juridique. Cette dernière a décidé de combattre drastiquement ces crimes, pour cela les deux pays ont adopté un arsenal répressif complet et très sévère.

628. Le socle de base. Afin d'appréhender la façon de réprimer les violences sexuelles dans les deux pays, il convient de faire un état des lieux des peines proposées. En France, il existe trois catégories principales d'infractions sexuelles : le viol, les agressions sexuelles autres que le viol et les atteintes sexuelles sur mineurs. Au Canada, les agressions sexuelles de base sont divisées en trois catégories selon le niveau de gravité de l'infraction sur la victime ; à côté de ces trois incriminations, il existe les infractions sexuelles visant les mineurs.

En France, le viol prévu à l'article 222-23 du Code pénal est puni de 15 ans de réclusion criminelle¹⁵⁵⁴. Les agressions sexuelles autres que le viol prévu à l'article 222-27 sont sanctionnées de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende¹⁵⁵⁵. Les atteintes

¹⁵⁵³ D. FASSIN, préc., note 1508, p. 9 : « La France traverse la période la plus répressive de son histoire récente en temps de paix ».

¹⁵⁵⁴ Code pénal, art. 222-23, al. 2 : « Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

¹⁵⁵⁵ Id., art. 222-27.

sexuelles sur mineur de quinze ans, incriminées à l'article 227-25 sont punies de 7 ans et 100 000 euros d'amende¹⁵⁵⁶, tandis que les atteintes sexuelles sur les mineurs âgés de quinze à dix-huit ans prévues à l'article 227-27 sont punies de 3 ans et 45 000 euros d'amende¹⁵⁵⁷; il s'agit de la peine la plus légère dans le domaine des infractions sexuelles alors même qu'elle se déroulent dans un contexte d'autorité.

Au Canada, l'agression sexuelle simple prévue à l'article 271 du *Code criminel* est réprimée de deux façons distinctes lorsque la victime est âgée de moins de seize ans¹⁵⁵⁸. Soit l'auteur est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant d'un an ; soit l'auteur est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, il est alors passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois. L'agression sexuelle de deuxième niveau prévue à l'article 272 du *Code criminel* est un acte criminel puni d'une peine maximale et d'une peine minimale variable en fonction de l'arme utilisée¹⁵⁵⁹. Lorsque la victime est âgée de moins de seize ans, la peine maximale prévue est l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de cinq ans. L'agression sexuelle grave prévue à l'article 273 connaît les mêmes variables en fonction de l'arme utilisée, elle est sanctionnée par l'emprisonnement à perpétuité (peine maximale), la peine minimale étant de cinq ans dans certains cas¹⁵⁶⁰. S'agissant plus spécifiquement des infractions sexuelles sur mineurs, les contacts sexuels¹⁵⁶¹; l'incitation à des contacts sexuels¹⁵⁶² et l'exploitation sexuelle¹⁵⁶³ sont soit qualifiées d'acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans ou d'une peine minimale d'un an ; soit sont qualifiées d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de 90 jours. L'inceste¹⁵⁶⁴ est sanctionné par une peine maximale de quatorze ans, la peine minimale étant fixée à cinq ans si la personne est âgée de moins de 16 ans.

¹⁵⁵⁶ Code pénal, art. 227-25, avant la LOI n°2018-703 du 3 août 2018 - art. 2, ces atteintes sexuelles étaient punies de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende comme les agressions sexuelles autre que le viol. On perçoit la volonté du législateur qui était de réprimer plus sévèrement les infractions sexuelles sur mineur.

¹⁵⁵⁷ Id., art. 227-27.

¹⁵⁵⁸ *Code criminel*, art. 271.

¹⁵⁵⁹ Id., art. 272.

¹⁵⁶⁰ Id., art. 273.

¹⁵⁶¹ Id., art. 151.

¹⁵⁶² Id., art. 152.

¹⁵⁶³ Id., art. 153.

¹⁵⁶⁴ Id., art. 155.

629. Comparaison. Sous un angle comparatiste, le premier constat réside dans le fait que les peines maximales prévues par le *Code criminel* canadien semblent en moyenne plus élevées que les sanctions françaises. Deux exemples permettent d'illustrer cet état de fait. Le premier concerne les infractions sexuelles sur mineurs, la peine maximale au Canada est de quatorze ans alors qu'en France elle est de cinq ans. Le second exemple concerne l'inceste qui est également punie de quatorze ans d'emprisonnement au Canada, alors qu'il ne connaît aucune sanction dans le système français. Cette apparente suprématie répressive du système canadien doit être relativisée sur deux points. D'une part, le juge canadien a toujours la possibilité d'opter pour une autre peine que la peine d'emprisonnement prévue par le texte, par exemple une peine d'amende, sauf si une peine minimale de prison est prévue. D'autre part, les circonstances aggravantes prévues par le Code pénal français augmentent les peines d'une façon équivalente voire supérieure aux peines prévues par le *Code criminel* canadien¹⁵⁶⁵, notamment en cas de relation incestueuse.

Le second constat réside dans le fait que le *Code criminel* canadien prévoit des peines minimales¹⁵⁶⁶. L'instauration de ces dernières constitue une réponse à un crime spectaculaire tel que le crime sexuel¹⁵⁶⁷. Elles représentent une réponse politique forte illustrant une nouvelle fois la montée du populisme pénal dans nos sociétés¹⁵⁶⁸. Ces peines planchers, en plus de démontrer une sévérité accrue, entraînent deux risques non négligeables ; à savoir le prononcé de sentences injustes d'une part, et la hausse importante du taux d'incarcération d'autre part¹⁵⁶⁹. Le droit pénal français quant à lui ne connaît plus les peines minimales en matière de violences sexuelles, seule la peine maximale est énoncée¹⁵⁷⁰. Cette suppression des peines planchers en droit pénal français semble marquer la mutation idéologique du droit pénal contemporain en

¹⁵⁶⁵ Exemple du viol aggravé lorsque l'auteur est un ascendant de la victime, Code pénal, art. 222-24 al. 4, dans cette hypothèse le viol sera puni de vingt ans de réclusion criminelle.

¹⁵⁶⁶ <https://www.inspq.qc.ca/agression-sexuelle/loi/cadre-legal> : « Lorsqu'une peine minimale est prévue pour une infraction, le juge qui trouve un accusé coupable de l'infraction n'a d'autre choix que de lui imposer au minimum la peine minimale prévue. Il ne peut pas légalement donner une peine inférieure à la peine minimale, comme il ne peut pas donner une peine supérieure à la peine maximale. »

¹⁵⁶⁷ J. DESROSIERS, « Peines minimales et principes de justice fondamentale : une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte », (2013) 17 *C.C.L.R.* 122, p. 122.

¹⁵⁶⁸ *Id.*, p. 122.

¹⁵⁶⁹ *Id.*, p. 123.

¹⁵⁷⁰ Cet état de fait n'a pas toujours existé en droit français, l'ancien code pénal français prévoyait des peines sous forme d'intervalle, le nouveau prévoit uniquement une peine maximale. Ce choix semble positif au regard de l'individualisation des peines. Voir SÉNAT, Service des études juridiques, « Étude de législation comparée n° 165 - septembre 2006 - Les peines minimales obligatoires », Note de synthèse, Source : <https://www.senat.fr/lc/lc165/lc1650.html>; Thèse « Privatisation de la répression pénale », pp. 174 et s., par.175, les peines planchers ont été exclues du Code pénal en 1992; Cass. crim., 23 déc. 1955 : *Bull. crim.* n°599.-24 oct. 1973 : *Bull. crim.* n°379.

recentrant le droit de la peine sur les intérêts du délinquant¹⁵⁷¹ ; ceci en respectant davantage le principe d'individualisation des peines cher à Saleilles¹⁵⁷².

Le troisième constat s'illustre par le fait que le *Code criminel* canadien prévoit des peines en cas de récidive, cette prévision est absente du régime répressif français. Cette lacune apparente est comblée en France par l'instauration d'un panel complet de peines complémentaires visant à diminuer les cas de récidive. La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 *renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs* instaure les « peines planchers »¹⁵⁷³ pour les récidivistes rétablissant ainsi un minimum légal pour les infractions¹⁵⁷⁴. Face aux nombreuses controverses soulevées par le concept de peine plancher¹⁵⁷⁵, ainsi qu'à sa relative inefficacité sur la récidive¹⁵⁷⁶, le législateur français a finalement abrogé les peines minimales de prison par la loi n°2014-896 du 15 août 2014¹⁵⁷⁷.

Enfin, le Canada ne prévoit que l'emprisonnement comme réponse punitive principale¹⁵⁷⁸, tandis que la France distingue la réclusion criminelle propre aux crimes, de la peine d'emprisonnement propre aux délits et la peine d'amende. Cette peine de nature pécuniaire est en théorie absente du régime canadien dans le domaine des infractions sexuelles.

630. Un durcissement répressif régulier. L'accroissement répressif dans le domaine des violences sexuelles, parfois jugé d'excessif¹⁵⁷⁹, s'observe et s'analyse au fil des réformes dans les deux pays. Ce durcissement pénal débute dès les années quatre-vingt. En France, cela a commencé par la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, et cela s'accroît grâce au Code pénal de 1994. Cet accroissement trouve de nouvelles illustrations à chaque réforme. En France, une nouvelle avancée répressive s'observe dans la dernière réforme en date du 3 août 2018 qui agit sur deux plans : le durcissement des répressions existantes et la création de nouveaux comportements à sanctionner. La répression des violences sexuelles a ainsi connu une nouvelle avancée avec

¹⁵⁷¹ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p. 175, par. 175.

¹⁵⁷² Raymond SALEILLES, *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, Paris, 1^e éd., F. Alcan, 1898

¹⁵⁷³ Jacques-Henri ROBERT, « Le plancher et le thérapeute. - Commentaire de la loi n° 2007- 1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », (2007) 10 *Dr. pénal*, étude 20.

¹⁵⁷⁴ Mikaël BENILLOUCHE, « Récidive et emprisonnement », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 110 ; Articles 132- 18- 1 et 132- 19- 1 ancien CP.

¹⁵⁷⁵ Yasmine BEN M'BAREK, *Le principe d'individualisation à l'épreuve des peines minimales d'emprisonnement - Étude comparée des systèmes de justice pénale français et canadien*, Mémoire de maîtrise, Université Laval et Université Toulouse 1 Capitole, 2019, p. 39.

¹⁵⁷⁶ Id., p. 4.

¹⁵⁷⁷ Loi n°2014-896, loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

¹⁵⁷⁸ J. DESROSIERS, préc., note 1548.

¹⁵⁷⁹ D. FASSIN, préc., note 1508.

cette *loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*. Cette réforme repousse le délai de prescription du viol pour les mineurs jusqu'à trente ans à compter de leur majorité, elle augmente le quantum de la peine et le montant de l'amende prévue pour les atteintes sexuelles, elle ajoute des circonstances aggravantes à celles qui punissent déjà le viol de vingt ans de réclusions criminelles et elle instaure diverses dispositions pour réprimer davantage le harcèlement sexuel et punir l'outrage sexiste. Enfin cette réforme facilite la preuve d'un viol ou d'une agression sexuelle commise sur mineur au travers de présomptions¹⁵⁸⁰.

Au Canada, la répression des violences sexuelles a également évolué vers un durcissement dès la réforme de 1983. Cette mouvance peut s'illustrer au fil de différentes réformes. La première qu'il convient d'évoquer est la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve du Canada* de 2005¹⁵⁸¹. Cette loi est venue hausser la peine maximale de l'infraction d'exploitation sexuelle à dix ans, et a instauré des peines minimales d'emprisonnement pour les crimes de contacts sexuels et d'incitation à des contacts sexuels (articles 151 et 152 *C. cr.*), ainsi que pour l'infraction d'exploitation sexuelle des adolescents (article 153 *C. cr.*). Dans cette même mouvance, la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés* en date du 9 août 2012¹⁵⁸² est venue accroître les peines minimales pour ces infractions¹⁵⁸³. De plus, cette loi crée deux nouvelles infractions à caractère sexuel au *Code criminel* canadien soit le fait de rendre accessible à un enfant du matériel sexuellement explicite (art. 171.1) et l'entente ou l'arrangement par un moyen de télécommunication de perpétrer une infraction d'ordre sexuel à l'égard d'un enfant (art. 172.2). La deuxième illustration du durcissement répressif au Canada s'observe dans l'interdiction de recourir à l'emprisonnement avec sursis pour les crimes d'agression sexuelle. Cette interdiction est issue de la *Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)* en date du premier décembre 2007 qui est venue modifier

¹⁵⁸⁰ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, p. 37.

¹⁵⁸¹ *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve du Canada*, L. C. 2005. c. 32.

¹⁵⁸² L. C., 2012, ch. 1. (Projet de loi C-10 qui a reçu la sanction royale le 13 mars 2012).

¹⁵⁸³ Voir not. *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9 : « Le législateur a décidé que les peines infligées pour les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants doivent être alourdies afin de correspondre à l'opinion qu'il se fait de leur gravité. Il a augmenté les peines maximales pour ces infractions et privilégié la dénonciation et la dissuasion au chapitre de la détermination de la peine. La décision du législateur d'augmenter à plusieurs reprises les peines maximales prévues pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants devrait être considérée comme un changement de la répartition des peines proportionnelles pour ces infractions. Afin de respecter la décision du législateur d'augmenter les peines maximales, les tribunaux devraient généralement infliger des peines plus lourdes que celles qui étaient infligées avant les augmentations. La décision du législateur de privilégier la dénonciation et la dissuasion dans le cas des infractions qui constituent de mauvais traitements à l'endroit d'enfants en adoptant l'art. 718.01 du Code criminel confirme la nécessité pour les tribunaux d'imposer des sanctions plus sévères pour ces infractions », p. 10.

l'article 742.1 du *Code criminel*. Ce dernier exclut expressément de recourir à l'emprisonnement avec sursis pour toute forme d'agression sexuelle poursuivie par mise en accusation. La peine d'emprisonnement avec sursis avait été introduit en droit canadien en 1996 conformément à une politique visant à diminuer le taux d'incarcération canadien¹⁵⁸⁴. Par ces deux réformes, le message du législateur canadien est clair, le crime sexuel ne peut être sanctionné que par une peine d'emprisonnement ferme¹⁵⁸⁵. Ce durcissement répressif d'une part, et cette focalisation de la réponse punitive sur la peine d'emprisonnement d'autre part, illustre deux faits. Le premier étant une intolérance claire face aux infractions sexuelles. Le second étant la mise en danger des droits de l'accusé, notamment le principe d'individualisation de la peine, ainsi que l'irrespect de sa finalité réhabilitative. En d'autres termes, l'équilibre entre les intérêts de la victime et ceux de l'accusé est très clairement mis en danger par ces deux réformes. Cette envolée répressive face aux délinquants sexuels s'illustre également au travers de la loi de 2008 instaurant une présomption de caractère dangereux lorsqu'un individu a été condamné à trois reprises pour un crime sexuel¹⁵⁸⁶.

En résumé, les deux pays durcissent considérablement la répression des infractions sexuelles. Cette envolée punitive semble fondée sur l'idée selon laquelle une plus grande sévérité pénale se traduit par une plus grande sécurité publique¹⁵⁸⁷. L'histoire a pourtant démontré à de nombreuses reprises que cette équation était fautive¹⁵⁸⁸. En dépit de son inefficacité, cette envolée répressive populiste semble être politiquement rentable¹⁵⁸⁹.

631. Un large panel de sanctions. Les législateurs français et canadiens ne se sont pas contentés de mettre en place des peines principales, ils ont créé d'autres type de sanctions telles que des peines complémentaires ayant aussi pour finalité notamment, de limiter la récidive. L'arsenal répressif dans le domaine des infractions sexuelles est vaste et complexe. Il convient de préciser que la peine d'emprisonnement est la peine privilégiée, surtout au Canada¹⁵⁹⁰.

Concernant les peines autres que l'emprisonnement, le Code pénal français propose notamment une période de sûreté pour le crime de viol (Art. 222-25, art. 132-23) ; une peine d'amende pour les agressions sexuelles autres que le viol (Art. 222-27, 222-28, 222-29, 222-

¹⁵⁸⁴ J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 376.

¹⁵⁸⁵ Id., p. 378.

¹⁵⁸⁶ *Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, L. C. 2008, c.6, arts. 40 à 44.

¹⁵⁸⁷ J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 379.

¹⁵⁸⁸ L'exemple étasuniens notamment, J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 379.

¹⁵⁸⁹ Id., p. 379.

¹⁵⁹⁰ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p.

29-1 ; 222-30-1, 222-31, 227-25, 227-26, 227-27, 227-27-2, 227-28-3) ; le retrait total ou partiel de l'autorité parentale (Art. 222-31-2, 227-27-3) concernant les actes à caractère incestueux ; les peines prévues à l'article 131-39, 2° à 5°, 7° à 9° de l'article 131-39 pour les personnes morales ayant commises des atteintes sexuelles sur mineur (art. 227-28-1) ; pour les auteurs d'atteintes sexuelles, les peines complémentaires prévues à l'article 227-29 : l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités définies à l'article 131-26 ; la suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ; l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ; l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, de quitter le territoire de la République ; la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ; l'interdiction, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs ; l'obligation d'accomplir un stage de responsabilité parentale, selon les modalités fixées à l'article 131-35-1 ; pour les crimes prévus par les articles 227-2 et 227-16, l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, soit d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, soit d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale. Ces interdictions d'exercice peuvent être prononcées cumulativement. Il existe également la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prévue par l'article 131-35 (Art. 227-30) ; suivi socio-judiciaire selon les modalités prévues par les art. 131-36-1 à 131-36-13 (Art. 227-31).

Le *Code criminel* prévoit également des peines autres que celle d'emprisonnement. En effet, concernant la détermination de la peine, il existe plusieurs types de peines prévues. En ordre de gradation, il existe l'absolution inconditionnelle, l'absolution conditionnelle, l'amende, la sentence suspendue et l'emprisonnement. Ce dernier peut être continu ou discontinu, et peut être purgée dans la collectivité si la durée ne dépasse pas deux ans moins un jour. En plus de l'emprisonnement, certaines ordonnances peuvent également être rendues en matière de prélèvement d'ADN, d'interdiction de possession d'armes à feu et d'inscription au Registre national des délinquants sexuels¹⁵⁹¹. À la demande du procureur aux poursuites criminelles et

¹⁵⁹¹ À ce sujet, voir Geneviève BEAUSOLEIL-ALLARD, « Le fichage fédéral de la délinquance sexuelle et l'érosion des principes de justice criminelle et punitive » (2013) 54 C.de D. 81.

pénales, le juge peut aussi décider de soumettre la personne déclarée coupable au régime des délinquants dangereux et délinquants à contrôler¹⁵⁹². Concernant les infractions à caractère sexuel commises envers des mineurs, une ordonnance interdit à un agresseur reconnu coupable d'agression sexuelle sur un enfant: de se trouver dans ou près de certains endroits publics où pourraient se trouver des enfants ; de chercher, d'accepter ou de garder un emploi qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis d'un enfant ; d'avoir des contacts avec une personne de moins de 16 ans à moins de le faire sous la supervision d'une personne désignée par le tribunal ; d'utiliser Internet ou un autre réseau numérique sauf en conformité avec les conditions imposées par le tribunal¹⁵⁹³.

632. Un durcissement similaire, des moyens différents. L'arsenal répressif des deux pays s'est incroyablement durci dans le domaine des infractions sexuelles. Cette intransigeance envers les agresseurs sexuels s'illustre par une multiplication des mesures répressives. Le Canada a mis en place des peines minimales pour les infractions d'abus et d'exploitation sexuelle sur mineurs¹⁵⁹⁴, et depuis 2007 le recours à l'emprisonnement avec sursis est interdit en matière d'agressions sexuelles poursuivies par acte criminel¹⁵⁹⁵. Le sursis existe toujours en France. Cette apparente douceur du système français est à relativiser car le plaidoyer de culpabilité n'existe pas à la différence du Canada. Ainsi en France, la peine d'un agresseur sexuel ne sera pas adoucie même s'il endosse la responsabilité de ses actes. Cette sévérité théorique dans les deux pays ne semble pas être en adéquation avec l'indulgence des juges en pratique¹⁵⁹⁶.

633. Une répression indépendante de la victime. Le durcissement de la répression des violences sexuelles dans les deux pays s'illustre également par l'autonomie des poursuites par rapport à l'envie de poursuivre de la victime. En effet, si une victime retire sa plainte, cela n'induit pas forcément un arrêt des procédures puisque l'infraction dont elle est victime la lèse elle, mais également la société dans sa totalité. *A fortiori*, l'État peut poursuivre des infractions sexuelles sans une plainte préalable de la victime.

¹⁵⁹² Code Criminel, Article 753.1.

¹⁵⁹³ Code Criminel, Article 161.

¹⁵⁹⁴ Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve du Canada, L.C. 2005, c. 32 ; J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 374 et s.

¹⁵⁹⁵ Code criminel, Art. 742.1, tel que modifié par la Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis), L.C. 2007, c. 12, sanctionnée le 31 mai 2007, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2007.

¹⁵⁹⁶ Cet écart entre la théorie et la pratique a été démontré dans la deuxième partie.

Cette conception collective de l'infraction et de la victimisation peut aboutir à des conséquences négatives, notamment l'instrumentalisation de la victime, ou encore le manque de reconnaissance de sa souffrance. Il n'en reste pas moins que cette possibilité pour l'État de continuer à poursuivre un individu indépendamment de la volonté de la victime permet d'accroître les possibilités de reconnaître juridiquement sa victimisation.

634. Une sévérité à plusieurs niveaux. L'accroissement répressif des infractions sexuelles ne se constate pas seulement au regard du durcissement des peines proposées par les deux systèmes juridiques. En effet, la conception renouvelée des agressions sexuelles corroborée par une intransigeance à l'égard de tout type de violence sexuelle, a amené les législateurs français et canadiens à étendre le champ d'application de la répression.

2) Un champ d'application étendu

635. Un spectre répressif étendu. L'analyse de la répression des infractions sexuelles ne pourrait se limiter à la simple analyse du *quantum* des peines. Il convient d'étudier le régime d'imputation de ces infractions, en analysant quelles sont les personnes pouvant être reconnues responsables d'une infraction sexuelle. Il est également nécessaire de se demander à quel moment de *l'iter criminis* le droit pénal peut intervenir. Enfin, il est primordial d'analyser la portée territoriale de l'incrimination.

636. Une extension du point de vue des personnes. Les personnes pouvant être tenues pour responsable d'une infraction sexuelle sont multiples. Il est évident que **l'auteur direct**, la personne physique qui a commis tous les éléments constitutifs est punissable dans les deux pays. La répression ne s'arrête cependant pas là. Le **complice** d'une infraction sexuelle est également punissable. La complicité en France est encadrée par les articles 121-6 et 121-7 du Code pénal. Les infractions sexuelles étant en France des crimes ou des délits, la complicité s'applique. Ainsi, le complice d'une telle infraction sera puni de la même peine que l'auteur principal. Le législateur français ne s'est pas contenté du régime classique de la complicité. Depuis 2014, il a instauré une modalité de complicité spécifique aux agressions sexuelles, constituée par le fait d'enregistrer sciemment l'infraction, incriminé par l'article 222-33-3. La complicité d'une infraction sexuelle est également sanctionnée par le *Code criminel* canadien

en son article 272(1) d), renvoyant aux modes de participation prévus aux articles 21 et 22 dudit Code. De la même façon qu'en France, l'individu qui aide l'auteur principal se rend coupable d'un acte de complicité, il est alors puni comme l'auteur principal. Cette pluralité d'auteur est également incriminée comme une circonstance aggravante dans les deux pays.

637. La répression des personnes morales. Le Code pénal français permet d'imputer une infraction sexuelle à son auteur moral lorsque la victime est un mineur. Ainsi, l'article 227-28-3 incrimine le fait pour une personne de provoquer une autre personne à commettre une infraction sexuelle sur un mineur. Le *Code criminel* et le Code pénal ne se limitent pas aux personnes physiques. Ils étendent la théorie de l'imputation aux personnes morales dans des cas strictement limités. La Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales a inséré dans le code pénal un article 222-33-1 aux termes duquel les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 des infractions définies aux articles 222-24 à 222-31, à savoir de viols ou d'agressions sexuelles autres que le viol. Une personne morale peut être déclarée responsable d'une agression sexuelle ainsi que de cette infraction aggravée. Cette possibilité est également prévue par le *Code criminel* à l'article 22.2.

638. Une répression en amont. Concernant le chemin de l'*iter criminis*, les deux pays sanctionnent des comportements avant toute atteinte. Cet élargissement répressif s'illustre par deux mécanismes. La France et le Canada répriment la tentative d'une part ; ils consacrent des infractions de provocations, des infractions de risques concernant les mineurs tels qu'exposé précédemment, d'autre part. S'agissant de la tentative, le Code pénal français sanctionne la tentative des agressions sexuelles des mêmes peines que l'infraction consommée dans tous ses éléments¹⁵⁹⁷. Depuis la loi n°2013-711 du 5 août 2013 la tentative des délits d'atteinte sexuelle est expressément prévue par l'article 227-27-2. Au Canada, la tentative est également incriminée, pour toutes infractions à l'article 24 du *Code criminel*. À la différence du cas français, il n'existe pas d'articles spécifiquement dédiés à la tentative d'infractions sexuelles. Dans les deux pays la tentative est donc sanctionnée. Il existe néanmoins une différence quant au *quantum* de la peine. En France, la tentative est punie des mêmes peines que l'infraction consommée. Au Canada, la peine maximale pour l'auteur de l'infraction

¹⁵⁹⁷ Code pénal, art. 222-31.

consommée sera divisée par deux pour l'individu qui tente de commettre une infraction sexuelle¹⁵⁹⁸.

639. Une portée territoriale large. La portée territoriale de l'incrimination et par conséquent de la répression est élargie en dehors des frontières des deux pays lorsque l'infraction est commise sur un mineur¹⁵⁹⁹.

640. Une inventivité répressive. Les législateurs français et canadiens ne manquent pas d'idées afin d'élargir davantage le spectre répressif des infractions sexuelles¹⁶⁰⁰. Les peines principales sont alourdies, les possibilités d'imputer le crime sont nombreuses ; il existe des dispositions permettant de punir un individu avant même qu'une atteinte effective ait eu lieu ; la portée territoriale de l'incrimination dans certains cas va au-delà des frontières du pays. En résumé, la possibilité d'imposer une peine pour une infraction sexuelle semble multiple. La France et le Canada accroissent toujours davantage cette possibilité répressive en créant constamment de nouvelles incriminations. Cet accroissement répressif est souvent justifié par la souffrance des victimes conformément à un mouvement populiste dont souffre le droit pénal contemporain.

B. La victime en premier plan dans la fixation du *quantum* de la peine

641. Les intérêts de la victime pris en compte dans la peine. Les principes de détermination de la peine sont contenus dans la partie XXIII du *Code criminel*, et au Titre III du Code pénal.

La France et le Canada intègrent tous deux de façon générale la victime dans les objectifs de la peine. Cet intérêt pour la victime à l'étape répressive est inscrit dans deux articles. En France, l'article 130-1 du Code pénal créé par la Loi n°2014-896 du 15 août 2014, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014 énonce : « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la*

¹⁵⁹⁸ *Code criminel*, art. 463.

¹⁵⁹⁹ Code pénal, art. 222-22 al.3 ; *Code criminel*, art. 7(4.1).

¹⁶⁰⁰ Pour une analyse des effets pervers de la sévérité pénale, Voir G. ROGER, préc., note 241, p. 12 : « Plus la société dénonce et réprime les auteurs d'agressions sexuelles, plus la source pulsionnelle de ces derniers verra son pouvoir attractif renforcé. Or les sociétés occidentales, dans un souci initialement démocratique, en s'appuyant sur une présence policière dévolue à l'application et au respect de ce qu'elles ont baptisé « tolérance zéro », ont très malencontreusement contribué à remplacer les images symboliques de l'autorité par la présence réelle des outils de la répression. »

commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. » Cet article intègre le respect des intérêts de la victime dans les finalités de la peine¹⁶⁰¹.

Au Canada, l'article 718 du *Code criminel* consacre également les intérêts de la victime dans les objectifs de la peine, en évoquant la réparation comme constituant l'une des finalités de la peine.

642. Une personnalisation de la répression. Les deux pays intègrent la personnalité de la victime dans le *quantum* de la peine. Ce phénomène de subjectivisation ou d'individualisation de la peine s'illustre par les circonstances aggravantes. Les peines sont ainsi aggravées au regard de facteurs propres à la victime, des conséquences de l'infraction sur celle-ci, ou du lien existant entre la victime et l'auteur. Les circonstances aggravantes sont moins nombreuses au Canada puisque tel qu'évoqué précédemment, les infractions sexuelles y sont classées en fonction des conséquences de l'acte sur la victime, ainsi les circonstances aggravantes propres à la victime présentes dans le Code pénal sont déjà intégrées dans les éléments constitutifs des violences sexuelles au Canada.

643. Une individualisation due à l'âge de la victime. Dans les deux ordres juridiques, la minorité constitue un motif d'aggravation. Ainsi, en France le viol sera puni de 20 ans de réclusion criminelle lorsqu'il sera commis sur un mineur de 15 ans (art. 222-24 al.2), et les agressions sexuelles autres que le viol seront punies de dix ans et de 150 000 euros d'amende (art. 222-29-1). Au Canada, l'agression sexuelle simple est punie d'une peine maximale de quatorze ans lorsqu'elle est poursuivie par acte criminel, ou d'une peine maximale de deux ans moins un jour si elle fait l'objet d'une déclaration de culpabilité. Pour l'agression sexuelle armée la peine maximale est l'emprisonnement à perpétuité ; l'agression sexuelle grave conserve la même peine maximale pour toutes les victimes à savoir la perpétuité, la peine minimale augmente en cas de minorité sexuelle, elle passe de quatre ans à cinq ans.

¹⁶⁰¹ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p.180, par.181, « Il doit être observé qu'en visant « les intérêts de la victime », et non « les droits des victimes », dans les principes directeurs de la personnalisation de la peine, le législateur prend acte de ce que la sanction pénale a vocation à compenser, outre le dommage social, le dommage privé causé à la victime particulière, ce qui est parfaitement logique au regard du phénomène de privatisation des qualifications pénales observé précédemment ».

644. Une individualisation due à la vulnérabilité de la victime. En dehors de la minorité, le Code pénal français prévoit d'autres causes d'aggravation ayant pour objet les caractéristiques de la victime. La première aggrave la répression lorsque la victime est une personne vulnérable due à son âge (personne âgée), à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse (art. 222-24, al. 3). La vulnérabilité peut également découler de la précarité économique ou sociale de la victime (art. 222-24, al. 3^e bis). Cet état de particulière vulnérabilité doit être visible ou connu de l'auteur (art. 222-24 al. 3 et art. 222-29). Lorsque l'agression sexuelle autre que le viol est commis sur une personne vulnérable, les autres circonstances aggravantes s'ajoutent afin d'augmenter la peine (art. 222-30).

645. Une individualisation en raison du lien unissant l'auteur et sa victime. Le Code pénal aggrave la répression des infractions sexuelles au regard des liens entre la victime et l'auteur. Ainsi, le viol et les agressions sexuelles autres que le viol seront aggravées lorsqu'il sera commis par un ascendant ou toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait (CP, art. 222-24 al.4 et art. 222-28 al. 2). Il sera également aggravé lorsque l'auteur abuse de l'autorité conférée par ses fonctions (CP, art. 222-24 al.5 et art. 222-28 al.4). Ces deux causes d'aggravation se retrouvent dans le *Code criminel* qui dans son article 718.2a) (iii) prévoit une augmentation de la peine lorsque l'infraction sexuelle constitue un abus de confiance ou d'autorité à l'égard de la victime. Les deux pays aggravent également l'infraction lorsque l'auteur est un concubin, un conjoint, ou un époux¹⁶⁰².

646. Une individualisation liée au *modus operandi*. La répression sera accrue en raison du *modus operandi* utilisé par l'auteur de l'acte. Lorsque l'auteur use d'une arme ou menace la victime d'une arme (CP, art. 222-24 al.7 et art. 222-28 al.5) ; lorsque les auteurs sont plusieurs (CP, art. 222-24 al.6 et art. 222-28 al.4) ; lorsque la victime a été mis en contact avec l'auteur par un moyen de télécommunication (CP, art. 222-24 al.8 et art. 222-28 al.6) ; ou encore lorsque l'auteur est en état d'ivresse (CP, art. 222-24 al.12 et art. 222-28 al.8).

647. Une individualisation liée aux conséquences de l'acte sur la victime¹⁶⁰³. Enfin, l'infraction sexuelle sera aggravée en raison des conséquences de l'acte sur la victime.

¹⁶⁰² Pour le viol, Code pénal, art. 222-24 al.11 ; pour l'agression sexuelle autre que le viol, Code pénal, art. 222-28 al.7 ; Code criminel, art. 718.2a(ii).

¹⁶⁰³ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p. 249 : « La gravité du dommage causé à la victime ne peut qu'exercer une influence croissante sur le choix de la nature comme du quantum de la peine que le juge entend prononcer du fait de la privatisation des qualifications pénales ».

Ainsi les agressions sexuelles autres que le viol seront aggravées lorsqu'elles auront entraîné des blessures ou des lésions (CP, art. 222-28 al.1). Le viol sera puni plus gravement en cas de mutilation ou d'infirmité permanente (CP, art. 222-24 al.1), en cas de mort de la victime (CP, art. 222-25) et enfin lorsqu'il est accompagné d'actes de torture ou de barbarie, il sera puni de la réclusion criminelle à perpétuité (CP, art. 222-26).

648. Une finalité similaire, des moyens distincts. Cette liste a révélé la différence de logique dans les deux pays. La France et le Canada intègrent les caractéristiques de la victime, ses liens avec l'auteur, les moyens utilisés par l'auteur ainsi que les résultats de l'acte sur la victime comme élément à prendre en compte dans la répression. Cependant, cette finalité n'est pas mise en œuvre par les mêmes moyens. Le Canada intégrera la majorité de ces éléments dans la qualification et donc dans la catégorisation des agressions sexuelles ; tandis que la France les prendra en compte en tant que circonstances aggravantes, et donc au moment du choix de la peine. Les moyens sont distincts mais la finalité est similaire. Les deux mécanismes aboutissent à une protection et à une répression personnalisée.

Cette privatisation de la répression sous le prisme de la personnalité de la victime est un phénomène récent et cohérent au regard de l'importance accordée à ce nouvel acteur. En revanche, l'intégration progressive de la victime dans le choix du sort répressif du condamné n'est pas sans remettre en question divers principes du droit pénal. Le vent sécuritaire qui sévit dans les deux pays semble modifier en profondeur la logique punitive des deux systèmes. Il convient de vérifier si ces modifications normatives ont intégré la pratique des magistrats.

C. Contrôle de l'effectivité de cet accroissement répressif théorique

649. De la théorie à la pratique. Les développements précédents ont permis de révéler le contenu répressif des normes canadiennes et françaises. Il convient désormais de se poser la question de savoir si cette volonté politique et législative de réprimer plus sévèrement les violences sexuelles se retrouve dans la pratique des magistrats. En d'autres termes, la finalité des normes est-elle respectée en pratique ? Afin de répondre à cette question, il convient d'analyser le taux de condamnations dans chaque pays comparativement au nombre d'infractions sexuelles révélées aux autorités. Il semble également utile d'étudier les peines

prononcées par les tribunaux afin de se faire une idée de la pratique des tribunaux dans chaque pays.

650. La répression des infractions sexuelles dans la pratique canadienne. Afin de percevoir la façon dont les agressions sexuelles sont réellement sanctionnées par les tribunaux québécois, les études statistiques sur la question sont des données précieuses. Avant d'analyser les tendances concernant la nature et le *quantum* des peines généralement prononcées, il semble nécessaire dans un premier temps d'analyser le nombre d'affaires qui feront réellement l'objet d'une condamnation par les tribunaux.

651. Un faible taux de condamnations. Le taux d'attrition entre le nombre de violences sexuelles déclarées à la police et le nombre d'agression sexuelle faisant l'objet d'une condamnation est colossal. En effet, selon une étude statistique publiée en 2017 au Canada¹⁶⁰⁴, au cours de la période allant de 2009 à 2014, les affaires d'agression sexuelle ont enregistré une attrition à toutes les étapes du système de justice pénale. Ainsi, un auteur présumé a été identifié dans trois affaires d'agression sexuelle déclarées par la police sur cinq (59 %); moins de la moitié (43 %) des affaires d'agression sexuelle ont donné lieu à une mise en accusation; la moitié (49 %) des affaires ayant donné lieu à une mise en accusation ont été portées devant les tribunaux; un peu plus de la moitié (55 %) des affaires portées devant les tribunaux ont mené à une déclaration de culpabilité; un peu plus de la moitié (56 %) des déclarations de culpabilité ont donné lieu à une peine d'emprisonnement¹⁶⁰⁵. En résumé, une agression sexuelle déclarée par la police sur 10 (12%) a donné lieu à une déclaration de culpabilité et 7% a mené à une peine d'emprisonnement¹⁶⁰⁶. Cette étude statistique révèle un taux de condamnations toujours très faible. Ces données fondées sur la période de 2009 à 2014 sont les dernières en date, et sont à relativiser à l'aune des mouvements récents, notamment le mouvement #MeToo en 2017. En effet, on note déjà une baisse des affaires sexuelles classées comme non fondées par la police entre 2016 et 2017, passant ainsi 19% à 14%¹⁶⁰⁷. Au regard de cette prise de conscience mondiale, un accroissement des condamnations est à prévoir.

¹⁶⁰⁴ Cristine ROTENBERG, « De l'arrestation à la déclaration de culpabilité : décisions rendues par les tribunaux dans les affaires d'agression sexuelle déclarées par la police au Canada, 2009 à 2014 », Juristat, 26 octobre 2017.

¹⁶⁰⁵ Id., p. 3.

¹⁶⁰⁶ Id., p. 3.

¹⁶⁰⁷ Statistique Canada, « Agressions sexuelles non fondées au Canada, 2017 », https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/11-627-m/11-627-m2018024-fra.pdf?st=F_ffBUY6.

652. Une analyse du *quantum* et de la nature des peines prononcées. Afin de connaître la façon dont les tribunaux sanctionnent effectivement les auteurs d'agressions sexuelles nous nous fonderons notamment sur deux études clés en la matière ; l'une menée par le juge Robert Sansfaçon à l'occasion de décision *R. c. Cloutier*¹⁶⁰⁸, et l'autre par Julie Desrosiers qui se fonde sur cette dernière et la complète. Concernant la première, le juge Robert Sansfaçon s'est livré à un exercice comparatif en étudiant de manière exhaustive une centaine de décisions de toutes juridictions. Dans le cadre de cet exercice, le juge Sansfaçon a remarqué que les sentences rendues pour sanctionner des crimes sexuels (l'échantillon concerne majoritairement des crimes sexuels sur mineurs sexuels, mais pas seulement) étaient toutes de détention, certaines avec sursis, s'échelonnant entre 12 mois et 13 ans¹⁶⁰⁹. Cette étude a été reprise et approfondie par l'auteure Julie Desrosiers à la lumière des arrêts rendus après 2004 jusqu'au 15 juin 2008, étude centralisée sur les arrêts de la Cour d'appel du Québec¹⁶¹⁰. À l'aune de ces deux études quatre tendances se dégagent. La première concerne les gestes sexuels de peu de gravité et/ou survenus en de rares occasions et/ou sur une courte période de temps, commis sur une seule victime¹⁶¹¹ ; les sentences prononcées pour ces dernières vont de douze à vingt-trois mois de prison ferme. La peine maximale prévue pour ce type d'agressions sexuelles étant de dix ans et la peine minimale de 1 an¹⁶¹². La deuxième tendance dans la pratique des juges québécois concerne les infractions sexuelles accompagnées d'acte de violence, où l'auteur a déjà des antécédents et dans lesquelles l'acte révèle une gravité objective certaine ; dans ce cas les sentences vont de 7 à 13 ans de prison ferme¹⁶¹³. En dépit de la gravité de certaines infractions, la peine maximale imposée par le texte est rarement prononcée¹⁶¹⁴. La troisième tendance a pour objet les sentences de deux ans moins un jour à six ans d'emprisonnement, la ligne médiane des peines pour crimes sexuels se situerait autour de trois ans et demi¹⁶¹⁵. La quatrième tendance étant l'emprisonnement avec sursis, cette dernière ayant été très peu utilisée au Canada en général, et au Québec en particulier¹⁶¹⁶. De ces études comparatives, une tendance

¹⁶⁰⁸ *R. c. Cloutier*, (2004) J.Q. n° 13601 (C.Q.) ; Dans cette affaire l'accusé plaide coupable : Madame X : Attentat à la pudeur, relations avec une personne de moins de 14 ans, agression sexuelle. Gestes répétés sur une période de sept ans alors que X avait entre 11 et 18 ans. Monsieur Z : Attentat à la pudeur. Les gestes se sont produits pendant une période de six ans alors que la victime était âgée de 12 à 17 ans. 26 mois à l'égard de X, 16 mois à l'égard de Z. Effet total : 42 mois.

¹⁶⁰⁹ *Id.*, par. 76.

¹⁶¹⁰ J. DESROSIERS, préc., note 1548, pp. 369 et s.

¹⁶¹¹ *R. c. Cloutier*, (2004) J.Q. n° 13601 (C.Q.), par. 70 ; DESROSIERS, J., « L'emprisonnement systématique des délinquants sexuels », (2008) 12 *Canadian Criminal Law Review* 353, p. 371.

¹⁶¹² *Code criminel*, Article 271.

¹⁶¹³ *R. c. Cloutier*, (2004) J.Q. n° 13601 (C.Q.), par. 76.

¹⁶¹⁴ J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 371.

¹⁶¹⁵ *Id.*, p. 372.

¹⁶¹⁶ *Id.*, p. 373.

principale ressort, à savoir le recours majoritaire voire exclusif à l'emprisonnement ferme¹⁶¹⁷. Depuis cette étude, la peine d'emprisonnement en réponse aux crimes sexuels est devenue la seule réponse punitive possible puisque le recours au sursis a été interdit pour toute forme d'agression sexuelle poursuivie par mise en accusation¹⁶¹⁸. Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, les juges énoncent expressément que les infractions d'ordre sexuel commises sur des enfants doivent se voir imposer des peines plus lourdes¹⁶¹⁹. Dans cette décision, il est intéressant d'observer que la Cour s'est prêtée à un contrôle d'effectivité en soulevant et répondant à la question suivante : « *Les fourchettes de peines pour les infractions d'ordre sexuel contre des enfants s'accordent-elles toujours avec la reconnaissance, par le législateur et les tribunaux, de la gravité de ces crimes ?* »¹⁶²⁰ Dans leur exposé, les juges démontrent que la réponse à cette question n'est pas toujours positive et précisent que les tribunaux pourront s'écarter des précédents et des fourchettes de peines antérieures afin d'imposer une peine proportionnelle¹⁶²¹. En d'autres termes, une augmentation des tendances punitives telles qu'exposés précédemment sont souhaités et à prévoir dans la pratique des tribunaux canadiens en matière d'infractions sexuelles commises sur mineur.

653. La répression des infractions sexuelles dans la pratique française. Avant d'étudier les données concernant les peines retenues pour les crimes sexuels jugés par les tribunaux français, il convient dans un premier temps d'étudier le taux d'attrition entre le nombre d'infractions sexuelles dénoncées aux autorités et le nombre d'infractions sexuelles faisant l'objet d'un procès, et *a fortiori* d'une condamnation.

654. Un faible taux de condamnations. Les dernières données statistiques en date concernent l'année 2016¹⁶²². Au cours de cette année, les affaires de violences sexuelles traitées

¹⁶¹⁷ Id., p. 374.

¹⁶¹⁸ *Loi modifiant le Code criminel (emprisonnement avec sursis)*, L. C. 2007. C.12, sanctionnée le 31 mai 2007, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2007 ; *Code criminel*, Art. 742.1.

¹⁶¹⁹ *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9, par. 5 : « Troisièmement, nous envoyons le message clair que les infractions d'ordre sexuel contre des enfants sont des crimes violents qui exploitent injustement leur vulnérabilité et leur causent un tort immense ainsi qu'aux familles et aux collectivités. Il faut imposer des peines plus lourdes pour ces crimes. Les tribunaux doivent infliger des peines proportionnelles à la gravité des infractions d'ordre sexuel contre des enfants et au degré de responsabilité du délinquant, à la lumière des initiatives du législateur en matière de détermination de la peine et du fait que la société comprend mieux le caractère répréhensible et la nocivité de la violence sexuelle à l'endroit des enfants. Les peines doivent être le reflet fidèle du caractère répréhensible de la violence sexuelle faite aux enfants de même que du tort profond et continu qu'elle cause aux enfants, aux familles et à la société en général ».

¹⁶²⁰ Id., par. 23.

¹⁶²¹ Id., par. 108.

¹⁶²² M. JUILLARD et O. TIMBART, préc., note 1037.

par les parquets ont concerné près de 33000 personnes mises en cause dans des affaires de violences sexuelles. Plus de soixante-dix de ces personnes mises en cause ont vu leur affaire classée, principalement pour infraction insuffisamment caractérisée ou absence d'infraction ; moins de trente pour cent ont fait l'objet de poursuites¹⁶²³. En moyenne, par année, le nombre de condamnations pour violences sexuelles prononcées par les juridictions est de 6000 à 8000¹⁶²⁴. Tout comme au Canada le taux de condamnations comparativement au nombre d'infractions connues des autorités est faible.

655. Analyse de la nature et du *quantum* de la peine. Ce développement se fonde sur une étude de 2018 s'intéressant aux condamnations prononcées entre la période de 2007 à 2016¹⁶²⁵. Selon cette étude, sur les soixante-neuf mille condamnations pour violences sexuelles prononcées sur cette période, les viols représentent dix-huit pour cent, les agressions sexuelles autres que le viol représentent soixante-quinze pour cent, et les atteintes sur mineurs, six pour cent. Soixante pour cent des condamnations pour viol visent au moins une autre infraction, de violence sexuelle la plupart du temps. De façon similaire au Canada, l'emprisonnement ferme constitue la règle pour sanctionner les viols commis par un auteur majeur au moment des faits avec un quantum moyen de 9,6 ans. S'agissant des agressions et atteintes sexuelles, quarante-quatre pour cent des condamnés majeurs sont sanctionnés par une peine d'emprisonnement ferme, le quantum ferme le plus fréquemment prononcé se situant entre un et deux ans. L'existence d'antécédents, les circonstances aggravantes, la pluralité d'infractions sont des facteurs d'allongement de la peine ; ces facteurs se retrouvent également dans la pratique des tribunaux canadiens. Une peine de prison, le plus souvent assortie en partie de sursis, est prononcée à l'encontre de quarante-deux pour cent des mineurs condamnés pour viol. La majeure partie des sanctions prononcées à l'encontre des mineurs sont soit des peines d'emprisonnement avec sursis (probatoire dans trois quarts des cas) ; soit des mesures éducatives. Lors des condamnations pour viol, un suivi socio-judiciaire est ordonné plus d'une fois sur deux quand l'auteur est majeur et trois fois sur dix quand l'auteur est âgé de seize ou dix-sept ans au moment des faits¹⁶²⁶. À la différence du Canada qui ne propose que l'emprisonnement comme réponse aux violences sexuelles¹⁶²⁷, la France tente d'autres mesures en accompagnement ou en remplacement d'une détention.

¹⁶²³ M. JUILLARD et O. TIMBART, préc., note 1037, p. 1.

¹⁶²⁴ Id., p.1.

¹⁶²⁵ Id.

¹⁶²⁶ Id., p.1.

¹⁶²⁷ J. DESROSIERS, préc., note 1548.

656. Analyse de cas : les arrêts rendus par la Cour d'assises de Douai en 2012¹⁶²⁸.

Afin d'analyser plus précisément les peines prononcées par les tribunaux français, quelques études de cas semblent pertinentes. Dans une étude réalisée en 2017, les auteurs s'intéressent au traitement des viols dans la chaîne pénale. L'étude s'attache notamment au traitement des viols par la Cour d'assises de Douai en 2012. Les résultats de cette analyse sont à relativiser, car l'échantillon est petit. Sur onze arrêts, l'étude révèle un acquittement, les dix autres prononcent des peines comprises entre cinq ans d'emprisonnement avec sursis et quinze ans de réclusion criminelle. Cette dernière a été prononcée pour des faits réitérés de viols sur une victime majeure atteinte d'une déficience intellectuelle légère et placée sous curatelle. L'auteur a fui le dernier jour de l'audience et a fait l'objet d'un mandat de dépôt. Ces peines principales sont souvent accompagnées d'une obligation d'indemniser la victime et d'une obligation de soins, notamment avec prononcé d'un suivi socio-judiciaire¹⁶²⁹. La peine moyenne est donc de **neuf ans**. Le résultat de cette analyse est en corrélation avec l'étude statistique précédemment analysée. Comparativement à la peine encourue pour viol qui est de quinze ans de réclusion criminelle (Art. 222-23 CP), et de vingt ans lorsque le viol est aggravé (Art. 222-24), cette moyenne semble mesurée voire faible¹⁶³⁰. En effet, dans les dossiers analysés, dix victimes sur les treize étaient mineures ou majeures vulnérables, la peine prévue par les textes étant de vingt ans de réclusions criminelles.

657. Des peines minimales comme conséquence au phénomène de correctionnalisation ? Une autre étude de cas concerne cette fois-ci le traitement des viols par le TGI de Lille¹⁶³¹. L'étude s'intéresse notamment aux viols correctionnalisés, dans ce contexte les auteurs se sont intéressés à deux cas de figure : lorsque la plainte est déposée immédiatement après les faits, et lorsque la plainte est déposée longtemps après les faits. Dans le premier cas, la peine prononcée excède rarement un an d'emprisonnement, pouvant même se limiter à un suivi socio-judiciaire avec injonction de soins psychiatriques et contrôle du juge d'application des peines dans un cas. Souvent cet emprisonnement est assorti d'un sursis simple ou avec mise à l'épreuve. Dans trois dossiers sur neuf l'emprisonnement varie de deux à cinq ans¹⁶³².

¹⁶²⁸ S. CROMER, A. DARSONVILLE, C. DESNOYER, V. GAUTRON, S. GRUNVALD, et al., préc., note 723, pp. 103 et s.

¹⁶²⁹ Id., p. 103.

¹⁶³⁰ Id., pp. 103-104.

¹⁶³¹ Id., pp. 75 et s.

¹⁶³² Id., p. 75.

Concernant les sommes octroyées au titre du préjudice moral, elles sont très variables, allant de l'euro symbolique à cinq mille euros. Dans tous les cas examinés dans l'étude, la **qualification pénale est moindre par rapport aux faits**. Dans la seconde hypothèse, où la victime tarde à signaler le viol aux autorités de poursuites, les peines sont plus élevées. Les peines allant d'une année avec sursis avec mise à l'épreuve à quatre ans fermes. Les dommages et intérêts sont également plus élevés, atteignant même neuf mille euros. Cette plus grande sévérité se vérifie également et en toute logique dans la qualification retenue. Malgré cette plus grande sévérité, les peines prononcées sont largement inférieures à celles effectivement prononcées en assises. Aux assises, l'emprisonnement varie de huit ans à quinze ans¹⁶³³ ; concernant les peines complémentaires, la Cour d'assises se révèle également être plus sévère concernant l'automatisme de l'inscription au FIJAISV¹⁶³⁴.

De façon très étonnante l'étude menée dans les juridictions de Lille et à la Cour d'assises de Douai sur l'année 2012, révèle que les peines prononcées tant devant le tribunal correctionnel en cas de correctionnalisation d'un viol, que devant la Cour d'assises, ne sont finalement pas très éloignées les unes des autres. La procédure criminelle ne menant pas nécessairement à une sanction significativement plus sévère. Selon les auteurs, la correctionnalisation ne viendrait donc pas perturber notablement la répression des actes¹⁶³⁵. Nous sommes en désaccord avec cette dernière observation. En effet, si les peines prononcées par la Cour d'assises dans le cas d'un viol sont similaires aux peines prononcées par le Tribunal correctionnel dans le cas d'une agression sexuelle autre que le viol ou d'une atteinte sexuelle, cela révèle une indulgence inquiétante dans la pratique de la Cour d'assises. Cette clémence des jugements d'assises contribue au phénomène de correctionnalisation¹⁶³⁶, et instaure ainsi un cercle vicieux favorisant la sous-qualification par les tribunaux des violences sexuelles.

¹⁶³³ Id., p. 75.

¹⁶³⁴ Id., p. 134.

¹⁶³⁵ Id., p. 133.

¹⁶³⁶ Id., p. 138. « Dans son rapport de 2009, le comité de réflexion sur la justice pénale présidé par Monsieur l'avocat général Philippe Léger, tout en rappelant les délais d'audiencement devant la cour d'assises, vise particulièrement l'infraction de viol pour expliquer l'encombrement des cours d'assises, « en 2006, 47% des condamnations prononcées pour des crimes portaient sur des affaires sexuelles... Les mêmes statistiques montrent que pour des faits de viol aggravé ou de viol sans circonstance aggravante commis concomitamment à d'autres infractions, la peine prononcée, dans environ 75% des cas, est inférieure ou égale à 10 ans. Ce taux est de 83% lorsqu'il s'agit d'un viol sans circonstance aggravante commis en tant qu'infraction unique. Aussi afin d'éviter l'encombrement des cours d'assises par les affaires se concluant par une peine d'un quantum correctionnel, le comité s'est-il interrogé sur l'opportunité de correctionnaliser le crime de viol ou de consacrer par la loi « la correctionnalisation judiciaire » ».

658. Des peines qui diffèrent en fonction de la minorité de l'auteur. Dans les deux pays, les peines prononcées à l'encontre des auteurs de violences sexuelles sont moins sévères lorsque l'auteur est mineur¹⁶³⁷. Cette tendance semble être conforme à la finalité réhabilitative de la peine. En France, la priorité est donnée à l'éducatif, conformément à l'article 2 de l'ordonnance du 2 février 1945. En vertu des articles 20-2 et 20-3 de l'ordonnance du 2 février 1945, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs ne peuvent prononcer une peine privative de liberté supérieure à la moitié de la peine encourue par un majeur pour l'infraction concernée ou à vingt ans de réclusion si la peine fixée est la réclusion à perpétuité¹⁶³⁸.

659. Une sévérité certaine en pratique. On perçoit une sévérité certaine dans la pratique des magistrats des deux pays, conforme aux volontés du législateur et ainsi à l'esprit des textes. En France, le *quantum* ferme moyen pour toute condamnation de viol commis par un majeur est de 9,6 années. Concernant la prison ferme, les peines prononcées de dix à vingt années représentent 47,7 % des peines totales prononcées pour tous types de viols (Viol simple, viol aggravé d'une circonstance, viol aggravé avec plusieurs circonstances aggravantes)¹⁶³⁹. On constate un alourdissement des peines prononcées au cours du temps, qui concerne aussi bien les viols que les agressions sexuelles sur la période 2007-2016¹⁶⁴⁰. À côté de cet accroissement répressif, on observe également une augmentation du recours au suivi socio-judiciaire sur cette même période¹⁶⁴¹. Les tribunaux français semblent ainsi allier répression et prise en charge du condamné.

Cet accroissement répressif s'observe également au Canada. En effet, au moment de l'affaire *Cloutier* en 2004, les juges avaient tendance à minorer les peines en fonction de l'âge avancé de l'accusé. Cette tendance n'existe plus depuis l'arrêt *G.B. c. R.* de 2007¹⁶⁴², où la Cour d'appel a refusé de réduire la peine de 9 ans d'emprisonnement infligée à un beau-père qui avait

¹⁶³⁷ M. JUILLARD et O. TIMBART, préc., note 1037, pp. 3-4 ; C. ROTENBERG, préc., note 1604, p. 18.

¹⁶³⁸ Ce principe connaît des exceptions, Voir M. JUILLARD et O. TIMBART, préc., note 1037, p. 4 : « Si le mineur est âgé de plus de seize ans, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs peuvent, à titre exceptionnel, et compte tenu des circonstances de l'espèce et de la personnalité du mineur, décider qu'il n'y a pas lieu de faire application de l'excuse de minorité. Ainsi, les mesures éducatives représentent l'intégralité des sanctions pour les jeunes de moins de 13 ans ceux âgés de 13, 14 et 15 ans présentent un profil de peines assez semblable avec 90 % des condamnations à des mesures éducatives ou de l'emprisonnement avec sursis total (simple ou probatoire). Des peines d'emprisonnement avec une partie ferme inférieure à 3 ans sont prononcées pour des auteurs à partir de 13 ans mais leur poids ne devient significatif (près de 20 %) qu'au-delà de 15 ans. Concernant les personnes majeures, l'emprisonnement avec sursis total simple ou probatoire constitue entre 50 % et 60 % des peines prononcées à l'encontre des auteurs de moins de 60 ans, et 70% des condamnations d'auteurs de 60 ans ou plus ».

¹⁶³⁹ Id., p. 4.

¹⁶⁴⁰ Id., p. 7.

¹⁶⁴¹ Id., p. 7.

¹⁶⁴² *G.B. c. R.*, 2007 QCCA 20.

agressé physiquement et sexuellement ses quatre belles-filles pendant 14 ans¹⁶⁴³. Cette tendance a été confirmée dans l'arrêt *C.A. c. R.*, où la Cour a expressément affirmé que le grand âge de l'accusé « *ne saurait avoir une influence déterminante sur l'établissement de la peine globale.* »¹⁶⁴⁴ Il en est de même pour les problèmes de santé de l'accusé¹⁶⁴⁵. Très récemment, à la suite d'un jugement rendu au début du mois d'avril sur l'affaire Justyn Kyle Napoleon Friesen, la Cour suprême du Canada a statué que dorénavant, les peines en matière d'abus sexuel à l'égard d'enfants devront être beaucoup plus sévères¹⁶⁴⁶. De manière générale, on observe une sévérité accrue des peines pour agressions sexuelles comparativement à celles retenues pour les voies de fait¹⁶⁴⁷.

Cette conformité entre les textes et la pratique des tribunaux dans les deux pays est toutefois partielle, puisque la pratique demeure moins sévère que l'esprit des textes.

660. Analyse comparée. Dans les deux pays la prison ferme est la réponse privilégiée pour sanctionner les violences sexuelles¹⁶⁴⁸. Sur cette question les deux pays ne gèrent pas la question de la même façon. En effet, le Canada a expressément interdit l'usage de l'emprisonnement avec sursis, là où la France laisse les magistrats libres de choisir cette sanction¹⁶⁴⁹. Si les juridictions françaises prononcent majoritairement des peines de prison fermes pour les infractions sexuelles, en particulier pour les viols, cette fermeté doit être relativisée. En effet, parmi les cent vingt-six mille peines d'emprisonnement ferme prononcées par les tribunaux correctionnels en moyenne annuellement entre 2013 et 2016, plus de neuf sur dix sont susceptibles de faire l'objet d'un aménagement avant toute incarcération aux termes de la loi¹⁶⁵⁰.

661. Bilan. Le vent punitif observable dans les textes législatifs des deux pays semble se retranscrire dans la pratique des magistrats. Si certaines limites à une condamnation « juste » persistent tels que la correctionnalisation, d'autres obstacles légitimes et nécessaires telle que

¹⁶⁴³ J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 370.

¹⁶⁴⁴ *C.A. c. R.*, 2007 QCCA 65.

¹⁶⁴⁵ Voir notamment *Ekuban c. La Reine*, (1995), J. E. 91-523 (C.1) ; *Colas c. La Reine*, J. E. 97-1759 (C.A.) ; *R. c. D.B.*, 2008 QCCA 798.

¹⁶⁴⁶ *R. c. Friesen*, 2020 CSC 9.

¹⁶⁴⁷ C. ROTENBERG, préc., note 1604, p. 16.

¹⁶⁴⁸ M. JUILLARD et O. TIMBART, préc., note 1037, p. 4.

¹⁶⁴⁹ Les magistrats français sont libres de prononcer l'emprisonnement avec sursis ou l'emprisonnement ferme. Cependant la peine de prison ferme doit être motivée par les magistrats en matière correctionnelle, voir Code pénal, art. 132-19.

¹⁶⁵⁰ <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/infostats-justice-10057/la-mise-a-execution-des-peines-demprisonnement-ferme-31814.html>

l'individualisation de la peine justifient parfois des décisions pouvant être qualifiées de « clémentes ». Si les peines prononcées semblent plus élevées notamment en France, le nombre de condamnations quant à lui a baissé sur les dix dernières années. On est ainsi passé de 7999 condamnations en 2007 pour toutes violences sexuelles confondues à 6026 condamnations en 2016¹⁶⁵¹. Il s'agit d'une baisse continue sur cette période de dix ans, moins 25% ; la baisse est deux fois plus rapide pour les viols (moins 40%)¹⁶⁵², ce dernier phénomène pourrait s'expliquer par une augmentation des correctionnalisations¹⁶⁵³. Le bilan est ainsi mitigé ; certaines violences sexuelles restent faiblement punies, les viols conjugaux en sont l'exemple parfait¹⁶⁵⁴.

Cet accroissement global de la répression des violences sexuelles dans les deux pays révèle une prise de conscience généralisée face à l'ampleur de ces violences dans nos sociétés. Afin de perfectionner la réponse apportée à ces infractions, les deux systèmes ne se sont pas contentés d'accroître leur sévérité, ils ont également voulu perfectionner la façon de sanctionner ces violences en intégrant la victime dans le choix de la peine.

¹⁶⁵¹ M. JUILLARD et O. TIMBART, préc., note 1037, p. 1.

¹⁶⁵² Id., p. 1.

¹⁶⁵³ Id., p. 7.

¹⁶⁵⁴ Id., p. 4.

Section 2 : Une intégration ambiguë de la victime dans le « paradigme punitif »¹⁶⁵⁵

662. Une intégration source de questionnements. La peine a pour finalité première la neutralisation du coupable, la réparation de la victime ne faisant normalement pas partie des fonctions du procès pénal, mais plutôt de celles du procès civil. Le développement précédant a démontré que cette logique était dorénavant désuète, puisque le procès pénal tant en France qu'au Canada semble avoir absorbé la fonction réparatrice du droit civil ; mettant ainsi en danger les objectifs de restauration¹⁶⁵⁶. Il semblerait que les deux pays soient allés plus loin dans cette mutation du droit pénal. En effet, si à l'origine, la victime et la sanction pénale constituaient deux notions profondément antagonistes¹⁶⁵⁷, cette franche opposition semble s'être diluée au fil des réformes et des prises de conscience d'ordre victimologique. Les deux pays ont progressivement intégré la victime à l'étape sentencielle. Cette intégration bien que cohérente au regard de l'essor des droits des victimes, pose de nombreuses questions et vient remettre en cause un équilibre déjà fragile.

663. Une intégration légitime ? Cette intégration, certes questionnable pour de multiples raisons, peut cependant être qualifiée de « légitime ». Cette légitimité s'assoit sur deux arguments.

Premièrement, le droit pénal étant le droit de la loi, l'inscription des droits de la victime dans les dispositions des différents textes nationaux, internationaux et européens, illustre l'aboutissement d'une légitimation progressive de la victime dans le droit pénal¹⁶⁵⁸. *A fortiori*, aucuns grands principes ne semblent exclure la victime du droit pénal¹⁶⁵⁹. En effet, le droit pénal n'existe et n'est appliqué que parce qu'il existe une victime. À cet égard, la légitimité de la victime à toutes les étapes du procès pénal peut être qualifiée d'ontologique¹⁶⁶⁰.

Deuxièmement, cette légitimité se justifie également par la nouvelle finalité de la répression pénale, à savoir la réparation- notamment symbolique- des victimes¹⁶⁶¹. Au-delà de

¹⁶⁵⁵ Anne d'HAUTEVILLE, « Les droits de la victime », 2001 *RSC*, p. 107.

¹⁶⁵⁶ X. PIN, préc., note 1384, p. 61.

¹⁶⁵⁷ A.-G. ROBERT, préc., note 1513, p. 136.

¹⁶⁵⁸ Guillaume BEAUSSONIE, « La légitimité de la victime de l'infraction », dans *La victime de l'infraction pénale*, XXIIe congrès de l'Association française de droit pénal, 15 et 16 octobre 2015, Grenoble, organisé par l'Institut de sciences criminelles de Grenoble et l'Association française de droit pénal, (2016) Dalloz. Series "Thèmes et commentaires", p. 2.

¹⁶⁵⁹ Id., p. 2.

¹⁶⁶⁰ Id., pp. 7-11.

¹⁶⁶¹ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519.

cette nouvelle finalité attribuée à la peine, la répression intéresse la victime puisque la répression semble s'intéresser à la victime¹⁶⁶². *A fortiori*, les droits et intérêts de la victime sont mis en jeu aux étapes sentencielles et post-sentencielles¹⁶⁶³.

664. Une intégration doublement dérangeante. L'introduction de la victime dans le paradigme punitif peut être perçue comme une régression de la répression, en invitant la vengeance dans l'enceinte de la justice¹⁶⁶⁴. *A contrario*, cette intégration progressive peut aussi être perçue comme une avancée majeure dans la promotion des droits des victimes. De façon non équivoque, ce rôle nouveau accordé à la victime constitue l'une des manifestations d'un phénomène plus étendu qu'est la privatisation du droit pénal¹⁶⁶⁵. Cette mutation du droit pénal dans les deux pays remet en question les finalités de la peine (A) d'une part ; ainsi que l'équilibre déjà précaire entre les intérêts en cause (B) d'autre part.

A. Une place admise au regard des fonctions de la peine

665. Victime et fonction réparatrice de la peine. Au regard de la fonction réparatrice de la peine, l'intégration de la victime dans le paradigme punitif paraît légitime et cohérente. En effet, le droit pénal contemporain semble poursuivre une finalité réparatrice, tendant à rétribuer les conséquences émotionnelles de l'infraction¹⁶⁶⁶. Cette rétribution s'observe de façon pratique à deux niveaux distincts de l'étape répressive, à savoir l'étape de la détermination de la peine (1) et celle de son exécution (2).

1) Le rôle de la victime dans la détermination de la peine

666. Une participation à l'étape sentencielle. Le droit pénal des deux pays a progressivement intégré la victime à tous les instants du processus pénal. Ce mouvement

¹⁶⁶² *Code criminel*, article 718 e) ; *Code pénal*, art. 130-1 ; Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, par. 266, p. 256.

¹⁶⁶³ Y. JOSEPH-RATINEAU, Id., pp. 257- 260.

¹⁶⁶⁴ G. BEAUSSONIE, préc., note 1658, p. 1.

¹⁶⁶⁵ Id., p. 1 ; Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519.

¹⁶⁶⁶ Y. JOSEPH-RATINEAU, Id., par. 265.

d'intégration ne pouvait pas ignorer la phase du prononcé de la peine, ni celle de son exécution. Cette intégration a été réalisée par le Canada depuis de nombreuses années. En effet, de façon contradictoire aux exposés précédents concernant les autres droits et garanties accordés aux victimes d'actes criminels, le Canada est pionnier en la matière. Depuis longtemps, le droit canadien a accordé à la victime une certaine participation dans le cadre de la détermination de la peine. À l'inverse, la France l'a intégré sur le tard. Cet état de fait interroge dans la mesure où le droit canadien s'est toujours et se montre toujours très vigilant dans la place et les prérogatives qu'il accorde aux victimes au sein du processus judiciaire. Il est ainsi intéressant de voir que le principal et véritable droit de participation que la victime canadienne possède, consiste en la possibilité de donner son avis sur la peine de l'accusé ; la peine constituant une prérogative de l'État.

667. Victime et détermination de la peine. La détermination de la peine pourrait se définir comme « *le processus par lequel le tribunal détermine la sentence à imposer à une personne reconnue coupable d'une infraction, en se basant principalement sur la gravité de cette dernière et le degré de responsabilité du délinquant.* »¹⁶⁶⁷ Afin d'être complète, il faudrait ajouter à cette définition le fait que d'autres facteurs sont pris en compte dans la détermination de la peine adéquate. Ainsi en est-il des intérêts de la victime, et plus spécifiquement sa réparation. La réparation de la victime est prise en compte dans la détermination de la peine au Canada. En effet, celle-ci sera prononcée en conformité avec les intérêts de l'accusé. Si ces derniers sont mis en danger par la réparation de la victime, une autre peine sera alors prononcée. En France, la réparation de la victime est directement incluse dans certaines peines, elle constitue un critère déterminant qui permettra à l'accusé d'accéder à un aménagement de peine.

668. L'étendue de ce droit au Canada. L'apparition de la victime à l'étape sentencielle remonte à l'adoption de la loi C-89 en 1988¹⁶⁶⁸. En effet, depuis, le *Code criminel* prévoit la possibilité pour la victime de présenter au tribunal une déclaration de victime au moment de l'audience sur la sentence, à partir du moment où l'accusé a été déclaré coupable. Il est intéressant de noter que c'est grâce à cette formule que le terme de victime apparaît pour

¹⁶⁶⁷ Dictionnaire CAIJ.

¹⁶⁶⁸ *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada (infractions d'ordre sexuel)*, L.R.C. 1985, ch. 19 (3e suppl.), en vigueur en 1988.

la première fois dans le *Code criminel*¹⁶⁶⁹. L'instauration de cette déclaration de victime permet de mettre en pratique les dispositions de la Déclaration de l'ONU¹⁶⁷⁰.

669. La déclaration de la victime. La participation de la victime dans la détermination de la peine se traduit juridiquement par la déclaration de la victime. Cet outil revêt une certaine importance pour le juge qui a la délicate tâche d'imposer une peine¹⁶⁷¹. La déclaration de la victime est prévue par l'article 722 du *Code criminel*. Le premier paragraphe de cet article expose de façon précise le contenu ainsi que la fonction de cette déclaration : « Pour déterminer la peine à infliger ou pour décider si un délinquant devrait être absous en vertu de l'article 730, le tribunal prend en considération la déclaration de la victime, rédigée en conformité avec le présent article et déposée auprès du tribunal, décrivant les dommages-matériels, corporels ou moraux- ou les pertes économiques qui ont été causés à la victime par suite de la perpétration de l'infraction ainsi que les répercussions que l'infraction a eu sur elle ». À la lecture de cet article, le premier élément à analyser concerne le **caractère obligatoire** de la prise en compte de cette déclaration. En effet, à la différence d'autres prérogatives accordées à la victime en droit canadien, celle-ci oblige les autorités compétentes à le mettre en œuvre¹⁶⁷². Cet article est intéressant en ce qu'il définit la déclaration de la victime d'une part, et prévoit les mécanismes assurant son effectivité en pratique, d'autre part. Concrètement, cette déclaration se réalise au moyen d'un formulaire. La victime doit y inscrire toutes les informations pertinentes concernant l'acte subi et l'impact de ce dernier sur sa santé physique et psychologique¹⁶⁷³. La décision *R. c. Gabriel* a permis de poser les objectifs visés par cette déclaration, quatre objectifs ont été fixés : 1) renseigner le juge sur la gravité de l'infraction ; 2) permettre de déterminer la juste réparation ; 3) assurer la légitimité du processus pénal aux yeux de la victime ; et 4) permettre l'individualisation de la peine en informant le juge des conséquences exactes du crime¹⁶⁷⁴. Ces objectifs mettent en évidence les intérêts de cette déclaration **pour la victime** ; elle a enfin la possibilité de prendre la parole afin de relater les conséquences de l'infraction sur sa vie. Cette prise de parole lui permettant d'obtenir une

¹⁶⁶⁹ J.-A. WEMMERS et S. MÉNARD, préc., note 1245, p. 7.

¹⁶⁷⁰ *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 40/34 du 29 novembre 1985, Art. 6 b) : « La capacité de l'appareil judiciaire et administratif de répondre aux besoins des victimes doit être améliorée : b) En permettant que les vues et les préoccupations des victimes soient présentées et examinées aux phases appropriées des instances, lorsque leurs intérêts personnels sont en cause, sans préjudice des droits de la défense, et dans le cadre du système de justice pénale du pays ».

¹⁶⁷¹ Jurisclasseur Québec, preuve et procédure; *Cook. c. R.*, 2009 QCCA 2423, par. 66.

¹⁶⁷² *Code criminel*, Art. 722. (2).

¹⁶⁷³ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 437, par. 1256.

¹⁶⁷⁴ *R. c. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1, 11-15, 20 (C.S.J.O.).

juste réparation. La déclaration revêt également un intérêt **pour l'accusé**, elle s'intègre ainsi dans les finalités de la peine. Les objectifs de cet outil sont strictement limités. En effet, si les renseignements fournis par la victime dépassent ces quatre objectifs, le tribunal ne doit pas en tenir compte¹⁶⁷⁵.

670. Une participation canadienne limitée. En résumé, la déclaration de la victime accorde à cette dernière un droit de participation au moment de la détermination de la peine. Ce droit de participation reste limité par des objectifs strictement définis. Il est également borné dans la forme puisque la victime a la possibilité de lire sa déclaration¹⁶⁷⁶, sans pour autant lui donner la possibilité de venir témoigner devant la Cour¹⁶⁷⁷. On perçoit une nouvelle fois que la victime n'est présente sur la scène pénale canadienne qu'à toutes fins utiles. Il faut cependant noter que l'utilité de cette déclaration pour les victimes est expressément prise en compte dans les objectifs de cet outil.

671. L'étendue de cette participation en France. L'intégration de la victime dans le paradigme punitif français est intervenue plus tardivement qu'au Canada¹⁶⁷⁸. Cette intégration est moins expresse puisqu'il n'existe pas de principes clairs sur ce sujet. À l'inverse, il existe plusieurs règles et principes disparates permettant de déduire la prise en compte des intérêts de la victime dans la détermination de la peine. Cette intégration intervient à deux étapes du processus sentenciel : la détermination de la peine et l'exécution de la peine¹⁶⁷⁹.

672. La victime française et la détermination de la peine. La prise en considération des intérêts de la victime au stade du prononcé de la peine a fait l'objet d'une évolution en droit français. La loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales¹⁶⁸⁰, introduit pour la première fois en droit de la peine la notion d'**intérêts de la victime**. De cette loi naissait l'article 132-24 du Code pénal, qui prévoyait en son alinéa 2 : « *la nature,*

¹⁶⁷⁵ Id. ; *R. c. Bremner* (2000), 146 C.C.C. (3d) 59 (C.A.A.-B) par. 26-27 ; Arrêt *R. c. Jackson* (2002), 163 C.C.C. (3d) 451, par. 51.

¹⁶⁷⁶ *Code criminel*, Art. 722. (5).

¹⁶⁷⁷ P. BÉLIVEAU et J. PRADEL, préc., note 68, p. 437, par. 1257.

¹⁶⁷⁸ Loi 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁶⁷⁹ La présence de la victime dans cette dernière phase se retrouve également au Canada, puisque les victimes ont le droit de présenter aux commissaires de la Commission des libérations conditionnelles du Canada (CLCC) une déclaration décrivant les conséquences que le crime continue d'avoir sur elles ainsi que les préoccupations qu'elles ont pour leur sécurité. Voir not. <https://www.canada.ca/fr/commission-liberations-conditionnelles/services/victimes/participer-au-processus-de-liberation-conditionnelle-comme-victime/presenter-une-declaration-lors-d-une-audience-de-liberation-conditionnelle.html>.

¹⁶⁸⁰ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions ». Les intérêts de la victime étaient ainsi érigés en finalité de la peine, et ces derniers constituaient un élément de détermination de la peine. Cet article a été abrogé par la loi du 15 août 2014¹⁶⁸¹ qui est venue diluer ce principe dans le nouvel article 130-1 du Code pénal. Tel qu'analysé précédemment, cet article ne consacre plus les intérêts de la victime comme une finalité de la peine. En effet, la prise en compte des intérêts de la victime s'intègre dans la finalité globale de la peine, à savoir la restauration de l'équilibre social¹⁶⁸². Si les intérêts de la victime ne constituent plus expressément un élément déterminant dans la fixation de la peine, il n'en demeure pas moins qu'ils constituent un élément influençant le choix de la peine au travers de divers mécanismes. Le premier exemple se trouve dans la possibilité pour la victime de se constituer partie civile à des fins purement vindicatives sans aucune revendication réparatrice. Cette possibilité dénature l'action civile¹⁶⁸³, mais reconnaît l'intérêt répressif de la victime¹⁶⁸⁴. La deuxième illustration réside dans le mécanisme des circonstances aggravantes. Ces dernières permettent d'aggraver la peine de l'auteur des faits en fonction de la gravité du dommage causé à la victime. La troisième illustration réside dans la nature de certaines mesures, telle que la sanction-réparation¹⁶⁸⁵, les mesures alternatives aux poursuites¹⁶⁸⁶ ou encore le sursis avec mise à l'épreuve¹⁶⁸⁷. Ces mesures sont façonnées en fonction des intérêts de la victime. Plus spécifiquement, l'intérêt de la victime à la réparation est au centre de la sanction-réparation, de la mesure de réparation, ainsi que du sursis avec mise à l'épreuve¹⁶⁸⁸, sa protection est également prise en compte¹⁶⁸⁹.

673. La sanction-réparation. La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance a instauré une nouvelle peine¹⁶⁹⁰, la sanction-réparation, prévue aux articles 131-8-

¹⁶⁸¹ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, Article 1.

¹⁶⁸² A.-G. ROBERT, préc., note 1513, pp. 138-139 : « Le lien entre peine et victime devient alors évident si l'On convient que l'équilibre social n'est véritablement rétabli que si les intérêts privés ont été restaurés ».

¹⁶⁸³ Y. CAPDEPON, préc., note 1204, p. 244, spec par. 443.

¹⁶⁸⁴ Y. CARPENTIER, préc., note 1500, pp. 140-141, par. 181.

¹⁶⁸⁵ Code pénal, Art. 131-8-1.

¹⁶⁸⁶ Code de procédure pénale, article 41-1.

¹⁶⁸⁷ Code pénal, Art. 132-45.

¹⁶⁸⁸ Id., Art. 131-8-1; Art 132-45 al. 5.

¹⁶⁸⁹ Id., Art, 132-45 al. 13 et 19.

¹⁶⁹⁰ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JORF du 7 mars 2007, 4297.

¹⁶⁹¹ et 131-15-1 du Code pénal. Cette nouvelle sanction est **innovante** et **originale**, en ce qu'elle a pour finalité de garantir l'effectivité de la réparation du dommage causé à la victime. En effet, l'auteur se voit menacer d'une sanction s'il ne procède pas dans les délais et selon les modalités fixées par la juridiction de jugement à la réparation du dommage. La réparation est en premier plan dans la condamnation de l'auteur, tandis que la punition physique ou pécuniaire est mise en second plan. La réparation se confond ainsi avec la répression, en opérant une pénalisation de l'obligation civile de réparer le dommage de la victime¹⁶⁹².

Cette peine est établie dans l'intérêt des deux protagonistes. Elle défend l'intérêt de la victime en assurant l'effectivité de sa réparation d'une part ; et d'autre part, elle défend l'intérêt de l'accusé en poursuivant une finalité réadaptatrice conformément à l'article 132-24 du Code pénal. En intégrant la réparation de la victime au cœur de l'insertion et de la réinsertion des condamnés, la sanction-réparation démontre l'influence grandissante des théories de la justice restaurative dans la législation pénale contemporaine¹⁶⁹³. Cette influence se ressent également dans le mécanisme décisionnel de la forme que prendra le dédommagement de la victime. En effet, la sanction-réparation permet à la victime et à l'accusé de s'accorder sur le choix de la réparation, notamment une réparation en nature.

Il convient de préciser que cette mesure ne peut s'appliquer qu'en présence d'un délit ou d'une contravention, elle ne pourra donc être prononcée lorsque l'infraction commise est un viol.

674. La mesure de réparation. Dans la même veine que la sanction-réparation, le droit pénal français a adopté la mesure de réparation spécifique aux mineurs délinquants. Cette mesure constitue une alternative aux poursuites décidées par le procureur de la République. Il s'agit d'une mesure éducative prononcée à l'égard d'un mineur, auteur d'une infraction pénale, à qui l'on propose de s'engager dans une démarche de réparation, sur une durée de 3 à 6 mois¹⁶⁹⁴. La mesure de réparation a été insérée en 1993 dans l'ordonnance du 2 février 1945 régissant la justice pénale des mineurs¹⁶⁹⁵. Il s'agit d'une pratique éducative fondée sur l'idée de réparation qui suppose pour être mis en place l'accord des parties. Cette mesure s'apparente en tout point à la justice restaurative. Tout comme cette dernière, la mesure de réparation a pour double

¹⁶⁹¹ Code pénal, Art. 131-8-1.

¹⁶⁹² Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, par. 337.

¹⁶⁹³ Id., par. 342.

¹⁶⁹⁴ <http://www.aide-penale.fr/reparation-penale>.

¹⁶⁹⁵ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, Art. 12-1.

finalité la réparation des dommages et la réparation de la socialité du jeune¹⁶⁹⁶. La valeur négative de l'acte délictueux et de la sanction est ainsi convertie en valeur positive, où l'activité mettra le jeune en valeur socialement au moyen d'une réalisation¹⁶⁹⁷. Cette mesure à un intérêt tout particulier afin de limiter la récidive, et ceci en visant la responsabilisation du mineur, la prise de conscience de la transgression, la restauration de l'estime de soi et surtout la prise en compte de la victime¹⁶⁹⁸. Le Canada propose un mécanisme similaire au travers de mesures extrajudiciaires¹⁶⁹⁹. Ces mesures visent notamment la reconnaissance et la réparation des dommages causés à la victime et à la collectivité¹⁷⁰⁰.

675. Des mesures répressives compréhensives. Au travers de la sanction-réparation et de la mesure de réparation, on observe une mutation des finalités de la peine en droit français, s'approchant ainsi de la philosophie de la justice restaurative¹⁷⁰¹. En effet, la sanction n'est ni l'intérêt premier, ni le seul intérêt de ces deux mesures innovantes. La réparation, la réintégration de l'auteur dans la société et le dialogue entre l'accusé et la victime constituent les finalités de ces mesures.

676. Une prise en compte différente. En résumé, la victime à l'étape de la détermination de la peine en droit français, n'a pas de rôle expressément prévu par les textes, à la différence du droit canadien. Néanmoins, ses intérêts sont pris en compte dans la finalité globale de la peine, d'une part ; et d'autre part, l'intérêt de la victime à la réparation définit la nature de certaines peines. À l'inverse, la présence de la victime à l'étape de l'exécution de la peine est quant à elle expressément prévue dans les deux pays.

2) La place de la victime en post-sentenciel

677. La victime française et l'exécution de la peine. La place de la victime dans l'exécution de la peine en droit français est expressément prévue par le paragraphe IV de

¹⁶⁹⁶ Philip MILBURN, « La réparation pénale à l'égard des mineurs : éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative » (2012) 24, *Archives de politique criminelle*, 147, p. 153.

¹⁶⁹⁷ Id., p. 155.

¹⁶⁹⁸ Francis BAHAN, « La réparation pénale- Une intervention éducative et citoyenne », (2009) 45, *Les Cahiers Dynamiques*, 39, p. 39.

¹⁶⁹⁹ Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, Partie 1, Art. 4.1.

¹⁷⁰⁰ Id., Art. 5, b).

¹⁷⁰¹ Louise BASTE MORAND, « La réparation pénale, Un embryon de justice restaurative », (2014) 59, *Les Cahiers Dynamiques*, 61, p. 62.

l'article 707 du Code de procédure pénale. Avant d'analyser la portée de ces prévisions, il convient de préciser un élément. La victime ne dispose pas d'un droit d'action au stade de l'exécution des peines, elle n'est pas une partie à l'instance¹⁷⁰². Cette précision permet ainsi de relativiser la place de la victime à ce stade, et permet de la rapprocher de la place accordée à la victime sur la scène pénale canadienne, cette dernière n'étant jamais une partie à l'instance.

678. Les prérogatives de la victime à ce stade. L'article 707 du Code de procédure pénale, en son paragraphe IV prévoit : « Au cours de l'exécution de la peine, la victime a le droit : 1° De saisir l'autorité judiciaire de toute atteinte à ses intérêts ; 2° D'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative ; 3° D'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans les cas et conditions prévus au présent code ; 4° A la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté. L'autorité judiciaire est tenue de garantir l'intégralité de ces droits tout au long de l'exécution de la peine, quelles qu'en soient les modalités. » Cet article consacre l'existence de véritables droits à la victime au stade de l'exécution de la peine, il ne s'agit plus d'intérêts tels qu'analysés au stade de la détermination de la peine. Ainsi, la victime a un droit d'information ainsi qu'un droit à la tranquillité. Cet article, de façon similaire à l'article 722 du Code criminel prévoit une obligation à la charge de l'autorité judiciaire de garantir l'effectivité de ce droit. Cette information de la victime en post-sentenciel est également prévue en droit canadien. En effet, la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition¹⁷⁰³, prévoit une possibilité pour la victime, à sa demande, d'obtenir certaines informations sur le condamné, sa peine, ses permissions de sortir et son éventuelle libération conditionnelle¹⁷⁰⁴. Si l'intérêt de la victime le justifie et si cela n'a pas d'incidence négative sur la sécurité du public, la victime peut obtenir des informations plus personnelles sur le condamné et le déroulement de la peine¹⁷⁰⁵ ; notamment des renseignements sur son plan correctionnel¹⁷⁰⁶, ou encore la date de la mise en liberté du délinquant au titre d'une permission de sortir, d'un placement à l'extérieur ou de la libération conditionnelle ou d'office¹⁷⁰⁷. À la différence du système français, la possibilité pour la victime d'obtenir des informations sur le déroulement de la sentence de l'accusé constitue une garantie au Canada et non un droit, puisque la victime doit en faire la

¹⁷⁰² Y. CARPENTIER, préc., note 1500, pp. 144-146, par. 188.

¹⁷⁰³ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.

¹⁷⁰⁴ Id., art. 26 (1) a).

¹⁷⁰⁵ Id., art. 26 (1) b), c), d).

¹⁷⁰⁶ Id., art. 26 (1) b) (iii).

¹⁷⁰⁷ Id., art. 26 (1) c) (i).

demande, l'autorité compétente n'en a pas l'obligation. Si la nature de cette prérogative change entre la France et le Canada, la victime a dans les deux pays la possibilité d'obtenir des informations sur le déroulé de la peine, ses aménagements et sa fin.

Le législateur français est venu ancrer davantage la place de la victime au stade de l'exécution de la peine en consacrant aux articles 712-16-1 et suivants du Code de procédure pénale des garanties à la victime, préalablement à toute décision entraînant la cessation temporaire ou définitive de l'incarcération d'une personne, si le juge l'estime opportun, il peut autoriser la victime à présenter des observations écrites. Ces observations constituent un mécanisme similaire à la déclaration de la victime prévue en droit canadien, la seule différence étant le stade auquel interviennent ces observations. Cette possibilité est également reconnue dans le cas d'une libération conditionnelle. En effet, l'article 712-7 du Code de procédure pénale, prévoit que l'avocat de la partie civile peut, s'il en fait la demande, assister à l'audience qui va statuer sur la demande de libération conditionnelle pour y faire valoir ses observations. La même procédure est prévue en appel. Ces différentes dispositions accordent un véritable droit de parole à la victime au stade de l'exécution des peines.

679. Les mécanismes assurant l'effectivité de ces prérogatives. Afin d'assurer l'effectivité de l'exécution des peines prononcées d'une part, et les prérogatives de la victime à l'étape sentencielle d'autre part, le législateur français a instauré des bureaux de l'exécution des peines (BEX)¹⁷⁰⁸. Ces bureaux assurent une information auprès de la victime et du condamné, et commencent l'exécution des peines dans la continuité de l'audience¹⁷⁰⁹. En dépit de ce double mandat, ces bureaux sont accaparés par l'exécution de la peine, et sont ainsi moins disponibles pour l'accueil des victimes¹⁷¹⁰.

Le législateur a confirmé sa volonté d'octroyer une place à la victime au stade de l'exécution des peines, et a créé les bureaux d'aides aux victimes (BAV)¹⁷¹¹, renforçant ainsi l'effectivité des dispositions précédemment évoquées en instaurant au sein de chaque tribunal de grande instance un bureau. Ce dernier est géré par des associations d'aide aux victimes ayant notamment pour mission, d'orienter les victimes vers les magistrats ou services compétents, telles que les juridictions de l'application des peines, pour l'application des articles 712-16-1, 712-16-2 et 721-2¹⁷¹².

¹⁷⁰⁸ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

¹⁷⁰⁹ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, par. 260, p. 250.

¹⁷¹⁰ Georges CLÉMENT, Jean-Philippe. VICENTINI, « Les bureaux de l'exécution des peines », *RSC* 2009, 139.

¹⁷¹¹ 2012-681 du 7 mai 2012 relatif aux bureaux d'aide aux victimes, *JORF* du 8 mai 2012, 8264.

¹⁷¹² Art. D. 47-6-15 CPP.

680. Peine et aide aux victimes. La Loi n°2016-731 du 3 juin 2016 a intégré le financement de l'aide aux victimes dans les peines d'amende. En effet, l'article 132-20 du Code pénal énonce : « *Les amendes prononcées en matière contraventionnelle, correctionnelle et criminelle, à l'exception des amendes forfaitaires, peuvent faire l'objet d'une majoration, dans la limite de 10 % de leur montant, perçue lors de leur recouvrement. Cette majoration, prononcée dans les conditions prévues à l'article 707-6 du Code de procédure pénale, est destinée à financer l'aide aux victimes.* » Par cet article, la France franchit une nouvelle étape. En plus d'intégrer les intérêts de la victime dans la fixation de la peine et des aménagements de peine, elle majore les peines d'amendes afin d'utiliser cet argent pour financer l'aide aux victimes. Elle intègre ainsi activement l'auteur de l'infraction dans les politiques d'aide aux victimes. Le Canada a également fait ce choix au travers du mécanisme de suramende compensatoire prévue à l'article 737 du *Code criminel*. Cette suramende est une pénalité monétaire qui était imposée automatiquement aux contrevenants au moment de la détermination de la peine. L'argent recueilli a pour finalité d'aider à financer les programmes et les services destinés aux victimes d'actes criminels¹⁷¹³. Cette mesure est issue de la *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes* qui est entrée en vigueur en 2013¹⁷¹⁴. Cette loi visait à accroître la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes d'actes criminels. En dépit de cet objectif louable, l'application obligatoire de la suramende compensatoire fédérale à tous les contrevenants, même à ceux dans l'incapacité de l'honorer, a donné lieu à de nombreuses contestations en vertu de la Charte¹⁷¹⁵. En conséquence, le 14 décembre 2018, la Cour suprême du Canada a rendu une décision concluant que la suramende compensatoire obligatoire imposée en vertu de l'article 737 du Code criminel violait l'article 12 de la Charte. L'arrêt *R. c. Boudreault* déclare cette mesure inconstitutionnelle et inopérante immédiatement¹⁷¹⁶. Suite à cette décision l'article a été modifié et prévoit désormais des exceptions dans lesquelles la suramende compensatoire ne doit pas être prononcée par les juges¹⁷¹⁷.

En bref, les deux pays prévoient des peines ayant pour finalité le financement de l'aide aux victimes.

¹⁷¹³ <https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2016/10/suramende-compensatoire-federale.html>.

¹⁷¹⁴ *Loi sur la responsabilisation des contrevenants à l'égard des victimes*, LC 2013, c 11.

¹⁷¹⁵ <https://www.canada.ca/fr/ministere-justice/nouvelles/2016/10/suramende-compensatoire-federale.html>.

¹⁷¹⁶ *R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58.

¹⁷¹⁷ *Code criminel*, Art. 737 (2.1).

681. Peine et réparation. En résumé, la place de la victime dans les phases de détermination et d'exécution de la peine dans les deux pays peut sembler inenvisageable et déroutante, conformément à une vision traditionnelle du système pénal ; le droit de punir étant une prérogative exclusive de l'État. Néanmoins, cette place peut se justifier au regard de la finalité réparatrice de la peine¹⁷¹⁸. Tel qu'analysé précédemment, la réparation de la victime fait partie intégrante des objectifs de la peine au Canada. En France, la réparation de la victime initialement absente des finalités du procès pénal, est désormais intégrée dans l'essence même de certaines peines, et devient un critère déterminant dans l'octroi d'un aménagement de peine aux accusés. À la différence du droit canadien, la réparation en France n'est pas un objectif de la peine, mais constitue un critère de l'aménagement de peine¹⁷¹⁹.

682. Transition. Ce développement a permis de démontrer l'ampleur de la place accordée à la victime dans le paradigme punitif des deux pays. Cette place semble pouvoir se justifier au regard des fonctions de la peine. Il n'en demeure pas moins que cette présence dérange et interroge au regard des différents principes et intérêts en cause, tant ceux de l'auteur que ceux de la victime ou encore ceux de la société¹⁷²⁰.

B. Une place ambiguë au regard des intérêts en cause

683. Une confusion d'intérêts. L'introduction de la victime à toutes les étapes du procès pénal et à l'étape sentencielle plus spécifiquement vient brouiller les pistes, et vient ébranler les différents intérêts en présence ; certains parlent d'une « *crise de la pénalité classique*. »¹⁷²¹ Initialement, la peine avait pour fonction de réprimer et de neutraliser l'auteur

¹⁷¹⁸ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p.31 : « La norme pénale ayant vocation à réparer le dommage causé au titulaire du bien juridique lésé par l'acte infractionnel, à compter de l'instant où l'intérêt protégé au premier plan par le texte d'incrimination s'impose comme un intérêt subjectif appartenant à un titulaire particulier, il est logique que la peine publique soit amenée à intégrer dans ses finalités la réparation du dommage privé ».

¹⁷¹⁹ Y. CARPENTIER, préc., note 1500, p. 142, par. 183 : « Ainsi, la réparation du préjudice de la victime peut être analysée comme une limite au droit à l'aménagement de peine dans la mesure où elle est nécessaire en vue de l'octroi de certaines mesures d'aménagement de peine et peut être ajourée aux conditions particulières aux aménagements de peine, de telle sorte que si le condamné n'indemnise pas la victime, le juge de l'application des peines pourra procéder au retrait de la mesure ».

¹⁷²⁰ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p. 25 : « Si la répression pénale intègre effectivement, de manière exponentielle, les droits et intérêts des victimes, c'est dans une perspective de recherche d'un équilibre à trouver entre des intérêts divergents : ceux de la société, de l'auteur de l'infraction, et des victimes ».

¹⁷²¹ A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, préc., note 148, p. 15.

d'une infraction au nom de l'intérêt de la société. Cet intérêt général doit être différencié des intérêts privés, ceux des victimes notamment, qui trouvaient traditionnellement une réponse dans la réparation par le procès civil. Le développement précédent a permis de souligner la nouvelle fonction réparatrice de la répression pénale. Cet entremêlement de l'intérêt de la société à la répression et de ceux de la victime à la répression et à la réparation¹⁷²², a permis l'intégration de cette dernière dans le paradigme punitif. Ce mariage délicat ne saurait être opportun si l'intérêt privé de la victime venait à concurrencer ou à surpasser l'intérêt général. Le développement qui va suivre permettra de percevoir si l'intérêt général, ainsi que celui de l'accusé sont effectivement mis en danger par l'intégration de la victime. Il sera également intéressant d'observer que cette nouvelle place n'est pas forcément souhaitable ni même souhaitée par la victime. Afin de procéder à cette étude, il conviendra d'analyser cette intégration sous l'angle des différents protagonistes (1), avant de mettre en lumière les conséquences de cette privatisation du procès pénal (2).

1) Une analyse de cette intégration sous l'angle des différents protagonistes

684. L'angle de la victime : son intérêt à la répression. Sous un angle victimologique, la participation de la victime dans le processus sentenciel permet de répondre à son besoin de participation, et *a fortiori* à son besoin de reconnaissance. En entendant la parole de la victime au stade de la détermination et de l'exécution de la peine, le système judiciaire reconnaît expressément la victimisation subie, ainsi que les conséquences réelles de cette dernière. Néanmoins, si on analyse plus en détail les besoins de la victime, et plus spécifiquement ceux de la victime d'infraction sexuelle, cette dernière a un besoin répressif très limité. Il convient de rappeler un élément factuel relatif aux violences sexuelles, ces dernières se déroulent majoritairement dans un contexte privé, l'auteur est souvent un proche de la victime. Dans ce cadre-là, le fait de voir l'auteur sévèrement réprimé et/ou enfermé ne constitue pas la solution majoritairement souhaitée par la victime¹⁷²³. Cette dernière est souvent dépourvue d'un esprit vengeur. En revanche, la prise en compte des intérêts de la victime dans le cadre de la déclaration de la victime au Canada, ou dans le cadre des observations de la

¹⁷²² Id., p. 29, « Les victimes portent des attentes nouvelles comme la réparation ou la reconnaissance, pour lesquelles la peine peut être aussi bien un instrument qu'un obstacle ».

¹⁷²³ Colette PARENT, « La déclaration de la victime au niveau de la sentence : une mesure adaptée aux besoins des victimes? », (1995) 26, *Revue générale de droit*, 127, p. 129.

victime au stade de l'exécution de la peine en France, pourrait induire le juge à faire preuve d'une sévérité non voulue par la victime¹⁷²⁴. Il est ainsi intéressant d'observer que la place accordée à la victime dans le paradigme punitif pourrait faire l'objet d'un utilitarisme de la part du système judiciaire. Les intérêts de la victime permettant ainsi de justifier un vent punitif exacerbé.

685. L'angle de la victime : son intérêt à la réparation. Tel qu'analysé précédemment, la réparation de la victime a intégré le choix de certaines peines ainsi que la détermination du *quantum* de la peine dans certains cas. Cette prise en compte nouvelle et croissante de l'intérêt à la réparation dans la détermination de la peine du condamné, permet une prise en compte de la victime. Cette volonté de réparer la victime au sein du procès pénal et à travers le choix de la peine, permet de donner une grande importance à la victime, mais aussi au condamné. Cette intégration de la victime, et plus précisément de son intérêt à la réparation, dans le paradigme punitif est ambiguë en ce qu'elle est à la fois critiquable et approuvable.

Elle est d'abord critiquable, puisqu'elle vient brouiller la frontière entre le droit civil et le droit pénal, et redéfinit ainsi la finalité de la peine. Ensuite, elle est de façon contradictoire approuvable, puisqu'elle met au centre de la peine les intérêts des deux protagonistes, à savoir l'auteur et la victime. Cette intégration de la logique réparatrice à l'étape répressive se rapproche de la logique restaurative et s'avère être bénéfique pour tout le monde. Pour la victime d'une part, qui se voit prise en considération et réparée tant de façon symbolique que de façon matérielle. Pour l'auteur d'autre part, qui se voit responsabiliser et prend conscience de son acte. Cette responsabilisation est un frein à la récidive, cette conséquence étant favorable à la société dans son ensemble.

686. Une réponse adaptée aux besoins de la victime ? Le besoin répressif de la victime étant majoritairement raisonnable et souvent faible, voire inexistant, il convient donc de remettre en question l'intérêt de sa présence dans le paradigme punitif. Il semble légitime de se demander si sa présence ne sert pas davantage à servir une politique criminelle très répressive, plutôt que de servir les intérêts de la victime. En effet, le vent de sévérité soufflant sur la répression des infractions sexuelles dans les deux pays entraîne l'augmentation et l'allongement des peines d'emprisonnement. Or, le recours à l'emprisonnement ne semble pas

¹⁷²⁴ Id. p. 129.

être la solution à privilégier pour les agressions sexuelles¹⁷²⁵. En effet, la peine ne semble pas résoudre la problématique des agressions sexuelles d'une quelconque façon¹⁷²⁶. *A fortiori* il peut accroître la problématique en freinant la victime de dénoncer son agresseur. Dans la grande majorité des cas d'agressions sexuelles l'accusé est un proche de la victime¹⁷²⁷, un époux, un père ; par conséquent, la victime très souvent ne désire pas l'emprisonnement de son bourreau¹⁷²⁸.

Au-delà de la nature de la peine qui semble souvent poser problème d'un point de vue victimologique, le fait de donner un quelconque pouvoir à la victime dans le processus sentenciel semble également lui être néfaste. En effet, l'octroi possible d'un rôle à la victime durant l'exécution des peines est de nature à retirer au jugement pénal toute fonction symbolique de clôture et de séparation ; par conséquent, la victime risque d'être maintenue dans une plainte infinie¹⁷²⁹. La volonté de certaines victimes d'avoir un rôle actif dans la phase d'exécution des peines appartient à celles dont la prise en charge psychologique et sociale a été inexistante ou imparfaite. Cette solution offerte par le procès pénal semble couvrir hypocritement les dégâts de ce même processus engendrés par le phénomène subtil de seconde victimisation¹⁷³⁰. En d'autres termes, si la victime est accompagnée et entendue aux différentes étapes du processus judiciaire, sa présence à l'étape sentencielle devient inutile.

687. Une place à relativiser. Les droits accordés à la victime dans le processus sentenciel sont à relativiser au regard de leur portée et ceci sur deux points. Le premier point concerne la réelle influence de la victime dans la fixation et l'exécution de la peine. En pratique, les intérêts de la victime sont effectivement pris en compte, et les droits de la victime au stade de l'exécution de la peine sont effectivement mis en œuvre. Cependant, ces intérêts et ces droits ne font pas de la victime une partie au procès, elle n'a pas la capacité d'exiger une peine spécifique ou de faire appel d'une décision concernant la peine choisie. Ses droits se limitent en pratique à une **simple prise en considération de ses besoins**. La victime n'a aucun pouvoir décisionnel, elle occupe une simple place de « consultante ». À ce stade, la victime reste une figure de l'ombre, l'accusé et le juge étant seuls dans la lumière du processus. Le second point concerne la peine en elle-même. La prise en compte de la victime n'influe pas de façon

¹⁷²⁵ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p248

¹⁷²⁶ Id., p248

¹⁷²⁷ Id., p37

¹⁷²⁸ L. M.G. CLARK, préc., note 1303, p. 507.

¹⁷²⁹ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 1232, Par.249.

¹⁷³⁰ Id., Par.249.

systematique sur la nature de la peine, en ce sens où l'avis de la victime est limité par les peines prévues dans le *Code criminel* et le Code pénal d'une part, ainsi que par les intérêts de l'accusé d'autre part. Cela signifie que les besoins et intérêts de la victime sont limités par ceux de l'État ainsi que par le cadre prédéfini de la procédure et des sanctions pénales de chaque pays¹⁷³¹. Par conséquent, la peine choisie ne sera pas forcément adaptée aux besoins de la victime, particulièrement dans le domaine des infractions sexuelles.

688. L'angle de l'accusé. La prise en compte des intérêts de la victime dans la peine, et plus spécifiquement de son intérêt à la réparation est constructive pour l'accusé. Sous un angle très pragmatique, cela permet à l'auteur d'avoir une réduction de peine ou un aménagement de sa peine. Cette prise en considération permet de répondre plus efficacement aux finalités de la peine pénale, à savoir **l'amendement** et la **dissuasion**. S'agissant de la première, la finalité réparatrice de la peine et ainsi la réparation du dommage par l'auteur lui permettrait de prendre conscience de son acte et des souffrances qu'il a fait endurer à la victime. L'effort fourni par l'auteur de réparer le tort causé pourrait constituer un premier pas vers sa réhabilitation sociale¹⁷³². Concernant la dissuasion, la participation de la victime permettrait d'accroître l'impact dissuasif de la sanction en améliorant l'efficacité de la poursuite et la certitude de la peine¹⁷³³. Enfin, la prise en compte des intérêts de la victime permettrait de participer à l'individualisation de la peine, en l'adaptant à l'acte commis et aux conséquences précises de cet acte¹⁷³⁴.

689. Une intégration dangereuse pour l'accusé ? À l'inverse des bénéfices relevés pour l'accusé, l'octroi d'un rôle à la victime à l'étape de l'exécution des peines s'avère également être dangereuse pour le condamné. En effet, l'usage des dépositions de la victime lors des audiences peut conduire à repousser l'octroi des modalités d'individualisation de la peine et à aggraver la situation pénale des condamnés, déjà traités avec une grande sévérité dans les deux pays. Cette dangerosité s'observe plus spécifiquement en France au regard notamment du recours très fréquent à la privation de liberté, de la multiplication des périodes de sûreté, de l'allongement du temps moyen d'incarcération ainsi que de la réduction drastique des libérations conditionnelles¹⁷³⁵.

¹⁷³¹ C. PARENT, préc., note 1723, p. 129.

¹⁷³² Id., p. 130 ; A.-G. ROBERT, préc., note 1513, p. 141.

¹⁷³³ C. PARENT, Id., p. 130.

¹⁷³⁴ Id., p. 130.

¹⁷³⁵ R. CARIO et S. RUIZ-VERA, préc., note 1232, Par.249.

690. Un équilibre à trouver. Le souci de la victime bien qu'essentiel sur la scène pénale contemporaine ne doit pas se faire au détriment de l'accusé et plus précisément en contradiction avec sa réinsertion sociale future, qui fait, répétons-le, partie des objectifs essentiels de la peine. Quant au principe d'individualisation de la peine, la faire reposer sur les besoins de la victime s'avère être un critère trop instable et subjectif, contraire au principe de prévisibilité de la norme pénale.

691. Transition. L'intégration de la victime dans le paradigme punitif est à nuancer, en ce qu'elle est tant bénéfique que dangereuse pour les trois protagonistes de l'infraction, à savoir, l'auteur, la victime et la société dans son ensemble. Il convient de regarder sous un autre angle toutes les prérogatives accordées à la victime, peut-être celles-ci ne lui sont concédées que parce que sans elle, il est impossible de construire un système répressif¹⁷³⁶. Elle en est un maillon essentiel. Après avoir dressé ce portrait en demi-teinte de la place de la victime à l'étape sentencielle, il convient dès à présent d'en analyser les conséquences concrètes sur l'architecture du procès pénal.

2) Une analyse critique de l'intégration des intérêts privés au sein du procès pénal

692. La place centrale des récits individuels. La mutation du procès pénal autour des intérêts privés accorde une importance nouvelle aux récits individuels. Initialement, le procès pénal avait pour finalité de punir une personne qui avait enfreint un interdit posé par la loi ; il ignorait la volonté des individus. Son parcours originel allant de l'infraction à la sanction et non de la victime à la réparation¹⁷³⁷. Cette nouvelle logique adoptée dans les deux pays accorde une place primordiale à la parole des protagonistes ; tant celle de l'auteur, que de la victime ou encore celle de l'opinion publique. Désormais, les récits individuels sont parfaitement intégrés tant dans le processus de qualification de l'infraction sexuelle que dans celui de la répression. Cette importance nouvelle donnée aux intérêts privés modifie en partie la nature et l'économie du procès pénal, on peut ainsi parler de **privatisation** du procès pénal¹⁷³⁸.

¹⁷³⁶ G. BEAUSSONIE, préc., note 1658, p. 9, p. 11.

¹⁷³⁷ D. SALAS, préc., note 164, p. 3.

¹⁷³⁸ Voir not. Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519 ; X. PIN, préc., note 1521.

Ce phénomène s'observe par une prise en compte nouvelle de la victime à toutes les étapes, mais également par une importance accordée à la volonté du condamné dans le choix de sa sentence ; certains parlent de « contractualisation » du droit pénal¹⁷³⁹. Ce dernier phénomène rapproche les deux systèmes ; le modèle anglo-saxon utilisant la technique du *plea bargaining* depuis toujours. Cette priorisation nouvelle et croissante des récits individuels entraîne de nombreuses conséquences. En effet, l'intégration des droits de la victime dans l'étape de la fixation de la peine interroge quant au respect des droits de la personne poursuivie¹⁷⁴⁰.

693. Remise en question de certains principes du droit pénal. Cette intégration nouvelle de la parole de la victime à toutes les étapes du procès pénal en général, et à l'étape sentencielle en particulier, semble remettre en question le principe de prévisibilité de la norme pénale. Le droit pénal se doit d'être prévisible, cela signifie ce « *que l'on peut normalement prévoir et doit donc être raisonnablement prévu.* »¹⁷⁴¹ Le lien de dépendance qui peut parfois exister entre le vécu de la victime, et le choix de la peine limite cet aspect prévisionnel de la norme pénale. En effet, faire dépendre le choix de la sanction en fonction de la personnalité de l'accusé d'une part, et désormais en fonction aussi de la personnalité de la victime d'autre part, empêche de prévoir à l'avance la peine qui sera effectivement prononcée. Cet état de fait crée une rupture avec le principe d'égalité ; ceci en faisant varier les peines pour chaque affaire. Ainsi, comme le font remarquer des auteurs : « *Le principe de prévisibilité de la peine est tempéré non plus seulement en fonction de la personnalité du délinquant mais aussi en fonction de celle de la victime.* »¹⁷⁴² La fragilité nouvelle dont souffre le principe de prévisibilité influe sur le principe de sécurité qui lui aussi est mis à mal.

694. Remise en question du principe d'individualisation de la peine de l'accusé ? Cette remise en question du principe de prévisibilité de la norme pénale découle d'un remaniement du principe d'individualisation de la peine. L'individualisation désigne l'action d'adapter une solution à la personnalité de celui qu'elle concerne¹⁷⁴³. Dans la pratique des juridictions, cette notion correspond au mode d'appréciation de la peine consistant à prendre en

¹⁷³⁹ Philippe SALVAGE, « Le consentement en matière pénale », (1991) 1 RSC, p. 699.

¹⁷⁴⁰ Martin MECHIN, « Chapitre V : Le double visage de la victime en France, entre quête de reconnaissance et quête d'un véritable rôle procédural », in Geneviève GIUDICELLI-DELAGÉ et al., *La victime sur la scène pénale en Europe*, Presses Universitaires de France, 2008, pp. 104 à 122, p. 107.

¹⁷⁴¹ G. CORNU, préc., note 42, p. 803

¹⁷⁴² A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, préc., note 1487, p. 30.

¹⁷⁴³ G. CORNU, préc., note 42, p. 803.

compte les circonstances de l'infraction et la personnalité de son auteur¹⁷⁴⁴. Ce principe a été théorisé par Saleilles qui estimait que « *la peine doit être adaptée à la nature de celui qu'elle va frapper.* »¹⁷⁴⁵ Ce principe revêt aujourd'hui une nouvelle facette, il semblerait que désormais, la peine doit également être adaptée à la nature de celle qui a été frappée par l'infraction, à savoir la victime¹⁷⁴⁶.

695. Un principe initialement protecteur de l'accusé. L'instauration ancienne du principe d'individualisation de la peine dans les deux pays a permis de redonner une dimension humaine et humaniste à la sanction pénale, en regardant vers l'avenir et en permettant ainsi à l'individu sanctionné d'être réhabilité. Cette individualisation de la sanction s'oppose aux peines afflictives et infâmantes¹⁷⁴⁷. Aujourd'hui, avec l'avènement de la victime dans le paradigme punitif, cette individualisation de la peine sous l'angle de l'accusé est mise en danger. Cette nouvelle forme d'individualisation au prisme des particularités de la victime a comme conséquence une augmentation des peines¹⁷⁴⁸, et peut ainsi avoir comme effet négatif le prononcé de peine « infamante » allant à l'encontre de la finalité réhabilitative de la peine. L'instauration de peines minimales obligatoires au Canada principalement, vient mettre en danger le principe d'individualisation. Cette dernière conséquence impacte également le principe de proportionnalité des peines¹⁷⁴⁹.

696. Une protection mise en danger ? L'individualisation de la peine a fait partie des principes qui ont amélioré le sens de la peine et légitimé cette dernière dans nos sociétés démocratiques¹⁷⁵⁰. Il convient de se demander alors si ces différentes modulations du principe d'individualisation de la peine accroissent davantage le sens de la peine ou si au contraire, elles le mettent en danger. La réponse à cette question dépendra de la pratique des magistrats, et de comment ces derniers articulent les anciennes fonctions de la peine avec les nouvelles. En

¹⁷⁴⁴ Id.

¹⁷⁴⁵ R. SALEILLES, préc., note 1572.

¹⁷⁴⁶ F. TULKENS, préc., note 1546, p. 277 : « Dans les faits, le choix de la peine s'opère en raison de nombreux facteurs : les faits eux-mêmes bien sûr, la politique pénale, la place de la victime, l'encombrement des services et les nécessités de la gestion, les caractéristiques personnelles de ceux qui sont chargés d'effectuer ce choix. »

¹⁷⁴⁷ Y. BEN M'BAREK, préc., note 1575, p. 2.

¹⁷⁴⁸ Cet accroissement conséquent des peines va à l'encontre des travaux préparatoires de la loi du 28 avril 1832 portant révision du Code pénal, dont l'orientation était complétée par un principe moral qui se manifeste par l'atténuation des pénalités, Voir Adolphe CHAUVÉAU, *Code pénal progressif. Commentaire sur la loi modificative du Code pénal*, Paris, 1832, p. 15.

¹⁷⁴⁹ F. TULKENS, préc., note 1546, p. 277.

¹⁷⁵⁰ M. DANTI-JUAN, préc., note 1522, p. 242.

d'autres termes, la réponse à notre question variera en fonction de la politique criminelle adoptée.

697. Une concurrence entre l'intérêt général et les intérêts privés. Le droit pénal avait originellement pour objet la défense de l'intérêt général. La montée en puissance des acteurs privés dans le procès pénal vient remettre en question cette finalité. Aujourd'hui la défense des intérêts privés, individuels ou collectifs vient concurrencer¹⁷⁵¹, voire devancer la défense de l'intérêt général. Cette nouvelle dynamique crée une confusion entre le droit pénal et le droit civil¹⁷⁵², ce dernier ayant pour objet traditionnel la défense des intérêts privés. Au regard de ce renouvellement des intérêts protégés par le procès pénal, il semble nécessaire de trouver un équilibre entre les forces en présence¹⁷⁵³, afin de respecter la finalité ainsi que les principes du procès pénal.

698. Une consécration de la logique vindicative ? Les nouvelles finalités attribuées à la peine, notamment sa finalité réparatrice, peuvent avoir pour effet un retour de la vengeance dans le paradigme punitif. En accordant à la victime un intérêt à la répression, la punition de l'auteur servirait ainsi une vendetta consolatrice¹⁷⁵⁴. L'invitation nouvelle de la vengeance dans le procès pénal est souvent vue d'un mauvais œil¹⁷⁵⁵. Cette vision péjorative semble réductrice. À l'inverse, la notion de vengeance peut être bénéfique lorsqu'on regarde au-delà de sa part violente, elle peut ainsi être comprise comme la volonté de retrouver l'estime de soi¹⁷⁵⁶. Elle participerait ainsi à l'*empowerment*¹⁷⁵⁷ de la victime.

699. Une remise en question du modèle classique. La privatisation de la répression pénale entraîne un recul du monopole de l'État, instaurant, par voie de conséquence un déclin

¹⁷⁵¹ X. PIN, préc., note 1521, pp. 246-248.

¹⁷⁵² E. ARCHER, préc., note 1509, p. 23.

¹⁷⁵³ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p. 25.

¹⁷⁵⁴ E. ARCHER, préc., note 1509, p.217 : « Ainsi, je ne dirai rien de cette fonction toute nouvelle de la peine, celle de « permettre à la victime et/ou à sa famille de faire son deuil », car j'en ignore les fondements théoriques en sciences humaines, en psychiatrie ou en psychanalyse, ainsi que les présupposés heuristiques philosophiques éventuels. Il me semble même que cette relation causale implicite entre la punition à infliger et le deuil à faire a été cherchée dans la tradition archaïque des vendettas consolatrices et dans la banale opinion que seule la naturelle vengeance privée ou exercée par l'État peut apaiser la haine et la rancœur des victimes. La nécessité évidente d'une réponse judiciaire à toute infraction – y compris pour tirer les conséquences non pénales d'une irresponsabilité – n'a pas besoin de cet argument ».

¹⁷⁵⁵ G. BEAUSSONIE, préc., note 1658, p. 1.

¹⁷⁵⁶ Antony DUFF *Trials and punishments*, Cambridge University Press, 1986.

¹⁷⁵⁷ Terme anglophone utilisé pour désigner l'émancipation, l'autonomisation de la femme victime.

de son autorité¹⁷⁵⁸. On observe un désinvestissement étatique¹⁷⁵⁹, tant dans le choix de la peine que dans l'exécution de celle-ci. Cette privatisation du procès pénal est la conséquence logique de l'affirmation des droits de la personne poursuivie d'une part, ainsi que de l'affirmation des droits de la victime et leur entrée dans le procès pénal en tant que partie dans le cas français¹⁷⁶⁰, d'autre part. Cette nouvelle importance donnée aux protagonistes remet en question le modèle dominant en le rapprochant de la logique restaurative.

700. Bilan. La prise en considération de la victime semble totale puisqu'elle intervient à tous les stades du procès pénal, allant de la mise en mouvement de l'action publique jusqu'à la phase d'exécution des peines. On assiste ainsi, selon de nombreux auteurs à une véritable « privatisation » du procès pénal. Ce phénomène s'illustre surtout par l'intégration de la réparation de la victime dans le procès pénal. En effet, il existe une antinomie traditionnelle et philosophique entre le préjudice privé et le droit pénal¹⁷⁶¹. Cette opposition originelle semble être aujourd'hui dépassée au travers d'une confusion entre la répression et la réparation. Cette évolution ne s'est pas réalisée sans quelques craintes et réticences légitimes. Au regard de l'analyse précédente, nous pouvons être rassurés. En effet, cette intégration de la victime dans le paradigme punitif quoique inquiétante au regard du sens de la peine a été réalisée avec prudence et ne met ainsi pas en danger les intérêts de l'accusé. À ce stade les ambitions de l'auteur et de la victime semblent plus que jamais entremêlées. Il n'en reste pas moins que la présence de la victime dans le paradigme punitif dans le cadre d'un procès pénal classique n'est pas naturelle¹⁷⁶² ; elle le devient dans les processus de justice restaurative.

¹⁷⁵⁸ Y. JOSEPH-RATINEAU, préc., note 1519, p. 2.

¹⁷⁵⁹ X. PIN, préc., note 1521, p. 245.

¹⁷⁶⁰ Id., p. 245.

¹⁷⁶¹ Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », dans *Mélanges B. Bouloc*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 807-819, p. 808 : « Il est une antinomie philosophique entre le préjudice privé et le droit pénal, qui ne peut que situer le premier en retrait des besoins et des objectifs du second ».

¹⁷⁶² Au-delà d'être dérangeante, cette place ne correspond pas aux capacités du procès pénal, Voir « Les agressions sexuelles : stop- Rapport du groupe de travail sur les agressions sexuelles à caractère sexuel », Gouvernement du Québec, 1995. « La population réclame réparation, contrôle, protection et réprobation sociale. À lui seul, le système judiciaire ne peut résoudre un problème comme celui des agressions à caractère sexuel, ni accorder réparation aux victimes. Certaines responsabilités lui appartient, mais pas toutes. Il peut répondre à certains besoins, mais il est limité, par rapport à d'autres besoins, par sa mission fondamentale et par les règles qui le guident. » p93

Conclusion Chapitre 1

701. Une réponse nécessaire. L'ampleur des violences sexuelles dans le monde, couplée à la remise en lumière du phénomène par les médias et les réseaux sociaux depuis l'automne 2017 au travers notamment de l'hashtag « balance ton porc », a contraint les législateurs à répondre d'une façon cohérente à la prééminence des violences sexuelles dans nos sociétés ainsi qu'à l'impunité entourant le phénomène. Suite à cette reconnaissance sociétale des violences sexuelles et conséquemment à un refus récent et collectif de laisser perdurer ces actes ; les législateurs français et canadiens ne cessent de durcir l'arsenal répressif. Le chapitre précédent a permis de démontrer l'instauration par les législateurs des deux pays, de divers mécanismes permettant d'assurer une répression toujours plus sévère et conforme à l'appel collectif.

702. Une réponse réaliste ? Cette tolérance zéro, inédite, face aux violences sexuelles qui se reflète dans la peine applicable en théorie ne semble pas toujours se réaliser en pratique. En effet, on relate toujours beaucoup d'acquittements, de classements sans suite ; lorsqu'une peine est prononcée, cette dernière ne relate pas toujours la gravité de l'acte commis. On distingue ainsi deux concepts : la **répression symbolique** et la **répression réelle**. La première semble être à la hauteur de l'ampleur et de la gravité des violences sexuelles. La peine remplie ici sa fonction dénonciatrice¹⁷⁶³. En effet, cette réponse punitive théorique a le mérite de révéler la prise en considération réelle par les législateurs de la problématique sociale constituée par ces infractions. En revanche, la répression réelle semble toujours trop faible, ne répondant ainsi pas à l'objectif de dissuasion assorti à la peine.

703. Une réponse effective ? En dépit de la volonté croissante et affirmée des législateurs via le volet répressif de répondre de façon adéquate à l'ampleur des violences sexuelles, cette réponse reste toujours lacunaire. Deux obstacles à une répression effective des infractions sexuelles peuvent être retenus : en premier lieu, ce durcissement répressif s'accomplit en violation des finalités assignées à la peine ; en second lieu, la réponse pénologique proposée par les deux pays, à savoir un emprisonnement systématique toujours

¹⁷⁶³ J. DESROSIERS et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, préc., note 115, p. 253 ; J. DESROSIERS, préc., note 1548.

plus long¹⁷⁶⁴, n'est pas conforme aux « besoins répressifs » des victimes ayant subi des violences sexuelles. Force est ainsi de constater que la solution au problème complexe et systémique des violences sexuelles ne passe pas par une réponse répressive simpliste¹⁷⁶⁵.

704. Un renouvellement nécessaire. D'après l'auteur Paul Ricœur, l'acte de juger est composé de deux aspects : « *d'un côté, trancher, mettre fin à l'incertitude, séparer les parties ; de l'autre, faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société.* »¹⁷⁶⁶ Dans les deux pays, il semble que l'acte de juger particulièrement dans le domaine des infractions sexuelles se limite à son premier aspect, à savoir celui de trancher. À l'inverse, l'aspect plus introspectif souligné par Paul Ricœur semble délaissé. En effet, la prise de conscience ainsi que la responsabilisation constructive des individus semblent faire défaut dans le système pénal contemporain, ainsi que la **coopération** et la **réintégration** des protagonistes. Au regard de cette incapacité partielle à juger effectivement les violences sexuelles, il paraît nécessaire de réfléchir à un chemin alternatif ou parallèle. En d'autres termes, une autre solution semble nécessaire à envisager afin notamment de parer à l'inefficacité de l'incarcération¹⁷⁶⁷. La justice restaurative pourrait être cette solution.

¹⁷⁶⁴ J. DESROSIERS, préc., note 1548, p. 353.

¹⁷⁶⁵ Hélène DUMONT « De la loi C-41 à la Loi C-55 : la détermination de la peine avec une main de fer dans un gant de velours », dans Patrick Healy et Hélène Dumont (dir.). *La détermination de la peine : une réforme pour hier ou pour demain*. Montréal, Thémis, 1997, p. 107.

¹⁷⁶⁶ Paul RICOEUR, *Le juste 1*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 192.

¹⁷⁶⁷ Comité Daubney, Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Des responsabilités à assumer*, 1988, p.81.

Chapitre 2 : Vers une façon plus adaptée de répondre aux infractions sexuelles : la justice restaurative

« Il faut allier le pessimisme de l'intelligence à l'optimisme de la volonté », R. Rolland dans *Lettres de prison* (1947).

705. L'heure du bilan. Les développements précédents ont permis de révéler l'incapacité intrinsèque du système pénal des deux pays, à apporter une réponse satisfaisante¹⁷⁶⁸ à la problématique sociale constituée par les infractions sexuelles. Cette incapacité est tant de nature juridique que sociologique, les deux versants du problème entretenant une relation de dépendance. Sur le plan juridique, le système pénal des deux pays se révèle limité à la fois sur le fond et sur la forme. Concernant, le droit pénal substantiel, les définitions, la conception juridique des infractions sexuelles ainsi que leurs éléments constitutifs ne permettent pas de répondre à certaines situations ambiguës, pourtant fréquentes¹⁷⁶⁹. Sur le plan procédural, de nombreux obstacles ont été mis en lumière, tel que le système probatoire ou encore les délais de prescription. Ces limites sont renforcées dans la pratique judiciaire par une conception stéréotypée et méfiante des infractions sexuelles, plus spécifiquement de leur victime. À cette vision stéréotypée, s'ajoute une compréhension de plus en plus émotionnelle du phénomène. Cette intégration de l'émotion dans le paradigme punitif entraîne un accroissement dangereux de la répression, ainsi qu'une stigmatisation et une ostracisation des auteurs. Ces dernières conséquences des règles répressives semblent contraires aux finalités de la peine, telle que la réhabilitation du condamné notamment. Sur le plan répressif, il est également à noter que la volonté répressive des pays frôle l'excès, tandis que la pratique reflète encore trop souvent un certain laxisme.

706. Un impossible changement du système pénal dominant ? Les limites ainsi que les excès du système dominant entraînent une inévitable remise en question de ce dit

¹⁷⁶⁸ Par cette notion, nous entendons rationnel, équilibré et effectif.

¹⁷⁶⁹ En France, cas de l'épouse, la conjointe qui accepte une relation sexuelle avec son compagnon par peur de décevoir, par peur des représailles sans qu'il y ait contrainte physique, menace, violence ou surprise. On pourrait qualifier la contrainte morale mais celle-ci ne semble applicable que pour les mineurs. L'alinéa premier de l'article 222-22-1 du Code pénal pose le principe selon lequel la contrainte peut-être entendue comme physique ou morale, cet alinéa généraliste permet de penser que cette notion est applicable tant pour les mineurs que pour les majeurs, mais quelles sont les critères d'appréciation de la contrainte morale pour les adultes?

système. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il peut changer ? Le fonctionnement et les finalités du procès pénal semblent inscrits dans le marbre et par conséquent immuables. Par essence, le procès pénal vise la reconnaissance de la culpabilité, non celle de la victime en tant qu'individu¹⁷⁷⁰. Afin de modifier cette logique, il faut repenser le modèle dominant dans sa totalité. Le fait de « repenser », consiste en une activité théorique envisageable ; en pratique, le procès pénal semble constituer un modèle impossible à modifier¹⁷⁷¹. Les contraintes constitutionnelles constituent une limite majeure à une telle définition dans les deux pays. Face à cet état de fait, la solution envisageable n'est pas de modifier le système dominant vers plus de reconnaissance des besoins des protagonistes. En lieu et place d'une telle modification, il semble pertinent de juxtaposer au procès pénal une formule qui permet de combler victimes et auteurs sans affubler le modèle dominant de finalités qui ne sont pas les siennes, au risque de le déséquilibrer davantage.

707. La justice restaurative comme solution aux conséquences d'une agression sexuelle ? Par sa capacité à transformer les conflits en expérience « positive », et à induire chez les individus touchés par l'infraction la résilience, la justice restaurative semble être une voie intéressante à explorer ; particulièrement dans le domaine des infractions sexuelles. Dans ce domaine, l'utilisation unique de la voie pénale traditionnelle ne permet pas d'emporter l'entière satisfaction des victimes¹⁷⁷². Au regard du caractère privé des infractions sexuelles, ainsi que des conséquences sur le lien brisé entre l'agresseur et sa victime d'une part ; et en considération de l'insuffisance et de l'inopportunité démontrées précédemment du recours unique à la justice pénale classique d'autre part, la justice restaurative apparaît comme une voie adaptée¹⁷⁷³.

708. Une solution en réaction aux lacunes du modèle classique. L'essor de la justice restaurative dans les deux pays peut s'expliquer par deux raisons principales : le mouvement en faveur du droit des victimes d'une part ; et la déception croissante et généralisée face au modèle de justice pénale dominant¹⁷⁷⁴, d'autre part. Cette déception trouve sa source dans diverses causes. Les lacunes du modèle dominant, telles que révélées dans les

¹⁷⁷⁰ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, p. 141.

¹⁷⁷¹ C. BEAL et L. DELIA, préc., note 1492, 108 : « Le système pénal est condamné à nier la plupart des caractères de l'humanité en ne pouvant reconnaître que ceux-triés sur le volet- qui lui permettent de fonctionner sur la base d'une dichotomie culpabilité/innocence. »

¹⁷⁷² Clare McGLYNN, Nicole WESTMARLAND et Nikki GODDEN, « I just wanted him to hear me: Sexual Violence and the possibilities of restorative justice », (2012) 39 *Journal of Law and Society* 213.

¹⁷⁷³ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, pp. 146-147.

¹⁷⁷⁴ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 2.

développements précédents peuvent être listées ainsi : la profonde déception des victimes face à la réponse reçue¹⁷⁷⁵ ; l'échec des politiques de répression en général¹⁷⁷⁶, et de l'emprisonnement en particulier (l'incarcération se révèle être une école du crime, en particulier pour les mineurs) ; la longueur, la complexité et le coût excessif du processus judiciaire¹⁷⁷⁷ ; ou encore, l'engorgement des tribunaux¹⁷⁷⁸.

La déshumanisation du procès pénal constitue également un défaut important du modèle dominant. En effet, les justiciables estiment de plus en plus que les tribunaux sont non réceptifs aux besoins des personnes en conflit. Le conflit est ainsi dépersonnalisé, il est défini en termes juridiques plutôt qu'en fonction dont les individus le vive ; souvent, les recours sont inadéquats pour les personnes qui ont subi un préjudice¹⁷⁷⁹. Face à ces lacunes, le modèle restauratif apparaît alors comme une **solution complémentaire** permettant de pallier les insuffisances du modèle classique¹⁷⁸⁰, en revalorisant la place accordée à la victime, en prenant en compte l'interdépendance des personnes, ou encore en accordant à nouveau du sens à la peine¹⁷⁸¹.

709. Une insatisfaction systémique des victimes. Le système pénal classique se révèle incapable de satisfaire les victimes en général, et les victimes d'agressions sexuelles en particulier. Cette incapacité s'explique par plusieurs éléments.

Tout d'abord, la réparation de la victime d'une part, et la réponse à ses besoins d'autre part, ne constituent pas les finalités naturelles du procès pénal¹⁷⁸². À l'inverse, la théorie et la pratique de la justice restaurative sont issues d'une démarche consistant à prendre les besoins des victimes au sérieux¹⁷⁸³. L'amélioration de la réparation des préjudices subis par les victimes d'infraction est l'un des axes majeurs du modèle restauratif. L'une des finalités poursuivies par

¹⁷⁷⁵ R. CARIO, « Préface », dans Howard ZEHR, *La justice restaurative- Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Genève, Éditions Labor et Fides, 2012, p. 9.

¹⁷⁷⁶ Id., p. 9 : « Le succès de cette justice restaurative semblerait tenir à deux principales séries de raisons : la faible efficacité apparente des programmes de resocialisation des condamnés et l'insuffisance criante des prises en charge au bénéfice des victimes directes et, plus largement encore des personnes concernées par le crime, qu'il s'agisse de leur famille proche et/ou des communautés auxquelles elles appartiennent ou encore des témoins (notamment mineurs) de ces actes criminels commis au sein de la famille ».

¹⁷⁷⁷ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 2.

¹⁷⁷⁸ Jacques LECOMTE, « Les multiples effets de la justice restauratrice », (2014) 4, *Journal du droit des jeunes*, 17, p. 17.

¹⁷⁷⁹ *Commission du droit du Canada*, préc., note 1777, p. 2.

¹⁷⁸⁰ A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1996 ; R. CARIO, *La justice restaurative. Principes et promesses*, Paris, 2^e Ed., L'Harmattan, 2010, Introduction.

¹⁷⁸¹ Brice DEYMIÉ, « La justice restaurative : repenser la peine et le châtement », (2016) 6, *S.E.R.*, « Études », 41, p. 42.

¹⁷⁸² V. Le GOAZIOU, préc., note 40, p. 143.

¹⁷⁸³ Howard ZEHR, *La justice restaurative- Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Genève, Éditions Labor et Fides, 2012, p. 38.

ce modèle est de réparer la victime sur divers plans (matériel, psychologique et social) afin de rétablir entre la victime et la société, l'équilibre brisé par l'acte criminel¹⁷⁸⁴. Cette finalité est en tout point conforme à l'origine latine du terme restaurer, *restaurare* qui signifie rebâtir, réparer, renouveler.

Ensuite, le procès pénal a souvent pour conséquence de causer une seconde victimisation à la victime. En effet, le criminologue Nils Christie dénonçait les « *vols structurels* » commis par la justice. Selon lui, la victime est doublement perdante dans la justice habituelle. Une première fois lors du délit, une seconde fois lors du procès, puisqu'on lui ôte ses droits à une pleine participation. Le conflit qui appartenait à la victime, lui est subtilisé par les avocats et les juristes¹⁷⁸⁵. À l'inverse, les mécanismes restauratifs accordent à la victime une participation pleine et entière, et lui redonne la possession de son conflit.

710. Une volonté de rompre avec la logique punitive. L'ère du tout répressif semble montrer ses limites. Cela s'observe tout particulièrement dans le domaine des violences sexuelles, où la création de nouvelles incriminations ainsi que l'augmentation des peines ont eu peu de conséquences sur la modification des comportements. Face aux limites du paradigme punitif contemporain, le modèle restauratif apparaît comme une voie empruntable afin d'apporter du rationnel et de l'humanisme à cette envolée punitive ; remédiant ainsi à un « manque d'imagination. »¹⁷⁸⁶ Le modèle restauratif définit le crime non comme un comportement transgressif inacceptable mais bien comme un acte créateur de conséquences, ces dernières devant faire l'objet d'une action pouvant prendre d'autres formes qu'une sanction¹⁷⁸⁷. Là où la justice pénale se concentre sur la punition, la justice restaurative quant à elle se concentre sur les besoins des protagonistes¹⁷⁸⁸. Le modèle restauratif vient déplacer le curseur du passage à l'acte. Là où la justice classique estime que le paramètre freinant la commission de l'infraction est celui de la répression et de la peur de se voir infliger une telle peine ; dans le cadre de la justice restaurative le paramètre permettant d'empêcher la commission de l'infraction est celui **de l'empathie** suscitée par la victime chez l'auteur¹⁷⁸⁹. La

¹⁷⁸⁴ Conseil national de l'aide aux victimes, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007, p. 2.

¹⁷⁸⁵ Nils CHRISTIE, « Conflict as property », (1977) 17 *The British Journal of Criminology* 1.

¹⁷⁸⁶ Patricia HUGHES et Mary-Jane MOSSMAN, *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : un examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Division de la recherche et de la statistique, Mars 2001, p. vii.

¹⁷⁸⁷ Catherine ROSSI, « Le modèle québécois des rencontres détenus-victimes », (2012) 2 *Les cahiers de la justice, Dalloz* 107.

¹⁷⁸⁸ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 41.

¹⁷⁸⁹ Jacques LÉCOMTE, « La justice restauratrice », (2012) 40 *Revue du MAUSS* 223, p. 225.

justice restaurative propose des mesures qui ne sont pas basées sur la notion de punition. « Comme l'écrivait Tolstoï, « il faut se mettre à la place de chacun ». Et si tout comprendre n'est pas forcément tout pardonner, c'est peut-être ne plus vouloir punir. »¹⁷⁹⁰ La justice restaurative est fondée sur le constat que l'infraction n'est pas un accident, un événement extérieur à la vie de la collectivité au sein de laquelle elle survient et qu'il convient principalement de punir. Il s'agit non seulement d'une violation de la loi, mais également d'une atteinte à la paix sociale collective¹⁷⁹¹.

711. Justifications. La question à laquelle il convient de répondre dès à présent est la suivante : *dans quelle mesure la justice restaurative s'avère être un objet d'étude intéressant dans le cadre de cette thèse ?* Il convient de répondre à cette question en quatre temps. Premièrement, ce modèle de justice correspond à la vision que nous avons de notre sujet, c'est à dire une vision globale, qui ne se limite pas au prisme juridique. En effet, la justice restaurative propose d'élargir l'enjeu au-delà de ses implications juridiques afin de prendre en considération ses aspects humains, économiques et sociaux, on utilise alors le vocable de « conflit » plutôt que de « litige »¹⁷⁹². Deuxièmement, la justice restaurative est conforme au droit positif. Ce modèle s'intègre et est déjà intégré dans la pratique juridique des deux pays. Troisièmement, la justice restaurative répond aux objectifs du droit pénal en proposant des mesures permettant à long terme de lutter davantage contre la récidive (responsabilisation constructive de l'accusé, prise de conscience des répercussions de l'acte commis), et en assurant une réparation (réparation globale) en profondeur des protagonistes, à la différence du système classique. Enfin, la justice restaurative s'avère être bénéfique à la justice elle-même. En effet, elle permet un regain de légitimité ; elle enrichit la pratique des professionnels de la justice tout en diminuant les coûts de celle-ci.

712. Justifications comparatistes. Sous un angle comparatiste, l'analyse de la justice restaurative se révèle être particulièrement pertinente. En dépit du fait que la France et le Canada mettent en œuvre deux systèmes juridiques très différents sur de nombreux points ; il n'en demeure pas moins que ces deux modèles rencontrent les mêmes difficultés et les mêmes critiques quant à leur capacité ou incapacité à gérer les violences sexuelles. Face à ces différents obstacles et critiques, les deux pays expérimentent la justice restaurative comme réponse

¹⁷⁹⁰ C. BEAL et L. DELIA, préc., note 1492, p. 118.

¹⁷⁹¹ Conseil national de l'aide aux victimes, préc., note 1784, p. 6.

¹⁷⁹² ÉDUCALOI, Guide du bénévole, « Notre conflit, notre solution ! », Guide de justice participative, p.3.

potentielle à ces infractions. Le Canada est pionnier en la matière, tandis que la France s'est activement engagée dans ce processus depuis 2014.

713. Objets de la comparaison. Dans les développements ultérieurs, la comparaison aura un double objet.

Dans un premier temps, le parallèle se fera entre le modèle dominant et le modèle restauratif, afin d'en révéler les avantages et l'importance d'adopter de tels mécanismes dans le domaine des violences sexuelles.

Dans un second temps, on confrontera la justice restaurative telle qu'appliquée au Canada avec celle appliquée en France. Cette dernière comparaison souffre d'une limite importante puisque la façon de mettre en œuvre la justice restaurative varie en fonction des spécificités culturelles de chaque pays ; les stratégies retenues dépendant des traditions et des mentalités¹⁷⁹³. Il est par conséquent normal et souhaitable que les mesures restauratives soient différentes en France et au Canada.

714. Méthodologie et limites. L'étude qui sera menée dans cette troisième partie se fondera sur la littérature existante. Les écrits analysés peuvent se diviser en deux catégories : les études théoriques et les études empiriques. Des limites importantes existent concernant ces dernières. La Justice restaurative étant un objet juridique « neuf », cela nécessite de la prudence et de la neutralité dans son étude ainsi que dans l'interprétation de ses résultats. De plus, très peu d'études empiriques ayant pour objet le modèle restauratif ont été réalisées ; surtout en France, où la pratique de la justice restaurative est très récente et se met doucement en place sur tout le territoire national. L'évaluation des mesures françaises débute, et les résultats sont encore à l'étude. Concernant les études empiriques réalisées au Canada, il convient d'être prudent dans l'analyse de leurs résultats. En effet, ces dernières peuvent être biaisées tant du fait de l'angle d'approche, que de la méthode utilisée ou encore de l'étendue de l'échantillon. Lorsqu'il y a évaluation, ces dernières portent souvent sur des échantillons très restreints, et doivent pas conséquent être interprétées avec précaution¹⁷⁹⁴. Au-delà de cette limite, les évaluations présentent aussi une difficulté d'interprétation¹⁷⁹⁵.

¹⁷⁹³ Ivo AERTSEN et al., *Renouer les liens sociaux. Médiation et justice réparatrice en Europe*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2004, p. 67 : « La stratégie à retenir dépendra également des traditions et des mentalités ».

¹⁷⁹⁴ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.7.

¹⁷⁹⁵ Id., pp.7-8.

En résumé, les conclusions et les hypothèses qui résulteront de cette troisième partie ne seront pas généralisables. Elles auront, néanmoins, l'intérêt de mettre en lumière des pistes de solutions pertinentes au regard de notre objet d'étude.

715. Objet de l'analyse. La question qui anime ce chapitre est celle de savoir si la justice restaurative représente une réponse pertinente aux comportements criminels de nature sexuelle ? Afin de répondre à cette question, il est primordial d'analyser en profondeur la notion de justice restaurative. À cette fin, il convient de procéder en deux étapes. Dans un premier temps, l'analyse portera sur le concept de justice restaurative dans sa globalité (Section 1). Dans un second temps, l'étude aura pour objet les modalités et les formes de son intégration dans les deux pays (Section 2).

Section 1 : Le concept de justice restaurative

716. Une notion ancienne. Si la notion de justice restaurative semble représenter un concept nouveau dans le paysage juridique contemporain, il n'en est rien dans les faits. Il s'agit en effet, d'une forme de justice traditionnelle qui trouve sa source dans les pays de Common Law. La justice restaurative est également une pratique ancestrale de la justice chez certains peuples africains¹⁷⁹⁶, chez les Maoris de Nouvelle-Zélande ou encore chez les Autochtones d'Amérique du Nord¹⁷⁹⁷. Le modèle restauratif est un concept ancien qui permet de renouer avec la mission classique malheureusement omise de la justice pénale¹⁷⁹⁸. En effet, la justice restaurative est originellement un modèle classique, la justice pénale telle qu'on la connaît s'est mise en place lorsque l'autorité étatique s'est centrée sur une seule personne¹⁷⁹⁹. Il a été remis à l'ordre du jour en réponse aux lacunes de la justice pénale classique. Il réapparaît sur la scène juridique dans les années soixante-dix en Amérique du nord et en Europe¹⁸⁰⁰ ; notamment en réponse aux questions relatives à l'égalité entre les genres¹⁸⁰¹. Cette remise au goût du jour du modèle restauratif est issue de la convergence de trois courants criminologiques¹⁸⁰². Le premier est celui de l'abolitionnisme pénal, critiquant l'efficacité des institutions, jugées trop répressives, coûteuses et stigmatisantes. Le deuxième est issu des groupes progressistes féministes et des associations de soutien des victimes telles que l'INAVEM en France, Plaidoyer-Victimes et les CAVAC au Québec. Ce mouvement mettait en lumière l'oubli des victimes par la justice pénale et revendiquait leurs droits. Le troisième courant d'idées s'inscrit dans la mouvance de la décentralisation du pouvoir et de l'effritement de l'État-providence. Il vient responsabiliser la communauté dans la gestion de la criminalité. Il convient d'ajouter à ces trois courants criminologiques, les revendications des peuples autochtones d'Amérique du

¹⁷⁹⁶ V. not. Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988 ; Maryse RAYNAL, *Justice traditionnelle et justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, Ed. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1994 ; Étienne Le ROY, *Les Africains et l'Institution de la Justice. Entre mimétisme et métissage*, Paris, Ed. Dalloz, Coll. États de droits, 2004.

¹⁷⁹⁷ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 17 ; Cheryl M. GRAVES, Donyelle L. GRAY et Ora SCHUB, « Restorative Justice: Making the Case for Restorative Justice », (2005) 39 *Clearinghouse Rev.* 219, p. 219.

¹⁷⁹⁸ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 14 : « Par ailleurs, les partisans des pratiques de justice réparatrice ont affirmé qu'elle représente un retour à des conceptions beaucoup plus anciennes de la criminalité et des procédures pénales, surtout des procédures réservant un plus grand rôle à la victime ».

¹⁷⁹⁹ Moonkwi KIM, *Essai sur la justice restaurative illustré par les exemples de la France et de la Corée du Sud*, thèse de doctorat, sous la direction d'Olivier Sautel, Montpellier, 2015, p. 19.

¹⁸⁰⁰ Id., p. 49 ; V. Le GOAZIOU, préc., note 40, p. 147.

¹⁸⁰¹ Mary KOSS et Mary ACHILLES, « Restorative justice responses to sexual assault », National Resource Center on Domestic Violence, 2011.

¹⁸⁰² Jacques FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Paris, Eres, 1997 ; Thérèse de VILLETTE, *Faire justice autrement. Le défi des rencontres entre détenus et victimes*, Montréal, Médiaspaul, 2009, p. 15.

Nord¹⁸⁰³. Ces derniers dénonçaient l'aliénation dont ils étaient victimes en se voyant imposer des principes de justice très éloignés de leurs pratiques traditionnelles¹⁸⁰⁴.

717. Une terminologie variable. Le vocable utilisé pour désigner la « *justice restaurative* » est varié et variable en fonction des pays et des conceptions retenues. Certains parlent de « *justice restauratrice* » ou de « *justice reconstructive* »¹⁸⁰⁵, d'autres de « *justice restaurative* », « *justice réparatrice*¹⁸⁰⁶ », « *justice transformatrice* », « *justice positive* », « *justice communautaire* », ou encore « *justice relationnelle* »¹⁸⁰⁷. Certains utilisent également la notion de « *justice participative* »¹⁸⁰⁸. Cette dernière est englobante et peut s'avérer trompeuse, puisqu'elle renvoie tant à la justice restaurative qu'à la justice consensuelle¹⁸⁰⁹. D'autres parlent également de « *justice créative* », « *récréative* »¹⁸¹⁰, « *créatrice* »¹⁸¹¹, ou encore de « *justice compréhensive* »¹⁸¹². Si le contenant varie, le contenu quant à lui reste similaire.

718. Terminologie adoptée. Face à cette variation terminologique, il est apparu nécessaire de faire un choix, et de sélectionner une seule façon de désigner ce modèle en gage de clarté. Le vocable retenu sera celui de « *justice restaurative* ». Le terme majoritairement utilisé au Canada est celui de « justice réparatrice »¹⁸¹³ tandis qu'en France la notion de « justice restaurative »¹⁸¹⁴ est le vocabulaire dominant. Notre choix se justifie par plusieurs éléments. Premièrement, la notion de réparation induite par le vocable de « justice réparatrice » semble réductrice¹⁸¹⁵, et trompeuse. La réparation faisant également partie des missions de la justice

¹⁸⁰³ T. de VILLETTE, Id., p. 15.

¹⁸⁰⁴ Id., p. 15 ; Mylène JACCOUD, *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Méridien, 1995.

¹⁸⁰⁵ V. Le GOAZIOU, préc., note 40, p. 147.

¹⁸⁰⁶ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 7.

¹⁸⁰⁷ M. CRÉMIÈRE, « Justice restauratrice : une voie trop ignorée », (2014) 334 *Journal du droit des jeunes* 9, p. 9.

¹⁸⁰⁸ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003 ; Éducaloi, « Notre conflit, notre solution ! », Guide de justice participative, Guide du bénévole.

¹⁸⁰⁹ *Commission du droit du Canada*, Id., p.xv.

¹⁸¹⁰ Robert CARIO, « Chapitre 23. La justice restaurative. De la re-co-naissance des personnes impactées par le crime », in Roland COUNTANCEAU et al., *Victimologie*, Paris, Dunod, 2018, 226-239, p. 226.

¹⁸¹¹ Id., p. 226.

¹⁸¹² J. FAGET, « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », (2015) 59 *Presses de Sciences Po*, « *Raisons politiques* » 109, p. 118.

¹⁸¹³ C. ROSSI, préc., note 1787, nbp 4 : « Les québécois emploient l'expression « justice réparatrice », préférant, pour des raisons essentiellement culturelles (les québécois préférant la francisation complète de l'expression originale anglophone « restorative justice »), faire référence à la réparation des torts et des préjudices causés chez les protagonistes impliqués dans un conflit ou un acte criminel » ; R. CARIO, préc., note 1526.

¹⁸¹⁴ R. CARIO, Id. ; C. ROSSI, C., Id., nbp 4 : « Les français préférèrent l'expression « justice restaurative », en référence à l'idée de restauration du lien intersubjectif brisé pendant l'agression ».

¹⁸¹⁵ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 25, nbp 1 : « Les aumôniers de prison préfèrent parler de « justice restaurative », car il ne s'agit pas de « réparer » quelque chose qui bien souvent ne peut l'être (les relations

classique. La vision thérapeutique de la justice¹⁸¹⁶ affiliée à la notion de « réparatrice » n'est pas la nôtre¹⁸¹⁷. En effet, cette vision ne correspond ni aux finalités qu'on prête à la justice d'une part ; ni à la culture juridique des pays, notamment de la France d'autre part. Deuxièmement, le fait que le terme « restaurative » soit étranger à la langue française constitue un atout de taille, puisqu'il permet d'éloigner cette notion de toute connotations ou idées préconçues, il ouvre le champ des possibles, à l'inverse des termes « réparatrice » ou « restauratrice »¹⁸¹⁸.

719. Annonce de plan. Afin d'appréhender pleinement le concept de justice restaurative, il convient de tenter d'y accéder. À cette fin il semble pertinent d'essayer de la définir (I), avant de tenter de la conceptualiser en tant que modèle humaniste (II).

I. LA JUSTICE RESTAURATIVE : UNE NOTION A DEFINIR

720. Une notion polysémique. L'acception de la notion de justice restaurative ne fait l'objet d'aucun consensus. De multiples conceptions coexistent. En effet, il s'agit d'un terme fédérateur englobant une gamme d'idées, de pratiques et de propositions diverses¹⁸¹⁹. La seule chose sur laquelle tout le monde s'accorde c'est qu'il n'existe aucun consensus sur le sens à donner à cette notion¹⁸²⁰. Cette absence d'accord concerne tant le contenu qui ne cesse d'évoluer au fil des découvertes¹⁸²¹, que le contenant. Cette difficulté définitionnelle peut s'expliquer par le fait qu'en matière restaurative la pratique et les expérimentations ont précédé la conceptualisation¹⁸²².

Le concept de justice restaurative est plutôt facile d'accès dans son idéologie ainsi que dans ses finalités, il en est autrement de sa mise en œuvre. Sa pratique revêt diverses formes,

humaines ne sont pas comme une automobile dont on changerait les pièces) » ; Véronique STRIMELLE, « La justice restaurative : une innovation du pénal ? », (2008) Séminaire innovations pénales, par. 5.

¹⁸¹⁶ M. JACCOUD, « La justice, ses formes et ses modèles. Innovations pénales et justice réparatrice », Séminaire innovations pénales, 2008, <https://doi.org/10.4000/champpenal.1269>, par. 7.

¹⁸¹⁷ R. CARIO, préc., note 1810, p. 227.

¹⁸¹⁸ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 25, nbp 1.

¹⁸¹⁹ Gerry JOHNSTONE, « Preface », in JOHNSTONE, G., *A Restorative Justice Reader. Texts, sources, context*, WILLAN Publishing, 2003.

¹⁸²⁰ T. GAVRIELIDES, *Restorative justice theory and practice: Addressing the discrepancy*, Helsinki, Finland, European Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations, 2007, p. 37, www.heuni.fi/uploads/8oiteshk6w.pdf; M. KIM, préc., note 1799, p.32.

¹⁸²¹ D. VAN NESS, K. STRONG, *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*, 5^e Éd., Anderson Publishing, 1997, p. 44.

¹⁸²² H. ZEHR, préc., note 1783, p. 88.

variable en fonction de la culture dans laquelle elle s'applique. La définition proposée par le Conseil économique et social de l'ONU permet d'accéder à une vue d'ensemble du modèle. Selon cette dernière, « *la Justice 'restaurative' est constituée par tout processus dans lequel la victime et le délinquant et, lorsqu'il y a lieu, tout autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur* ». Dans cette définition plusieurs aspects de la justice restaurative sont soulignés. Tout d'abord, la justice restaurative est un modèle participatif dans lequel les protagonistes de l'infraction au sens large, deviennent acteurs dans la résolution du conflit. Ensuite, le modèle restauratif s'intéresse aux diverses conséquences de l'infraction, et envisage ainsi l'infraction d'une façon plus globale¹⁸²³ que le modèle classique. Cette définition révèle également l'importance d'une tierce personne dans le mécanisme restauratif. Enfin, il s'agit d'un modèle polymorphe constitué par tout processus revêtant ces caractéristiques.

721. Une notion polymorphe. Appréhender la justice restaurative n'est pas chose aisée, car elle regroupe de multiples activités¹⁸²⁴. En effet, elle s'illustre de diverses façons et s'exerce principalement sous trois formes dans les deux pays : la médiation victime-auteur, le forum communautaire et le cercle¹⁸²⁵. À l'international, la justice restaurative a pris notamment la forme de commission Vérité et Réconciliation en Afrique du Sud après la sortie de l'apartheid. La pratique restaurative ne se limite pas à la sphère pénale, elle est utilisée dans les écoles, les milieux de travail et les quartiers¹⁸²⁶ ; on la retrouve également en droit civil au travers de la médiation.

Si la justice restaurative prend de multiples formes ayant des caractéristiques propres et distinctes, on remarque aussi une trame commune. Afin d'appréhender cette unicité et cette diversité, il convient dans un premier temps d'essayer de définir la justice restaurative au regard de ses caractéristiques et principes (A) ; avant de la définir en comparaison avec le modèle classique (B).

¹⁸²³ Conseil national de l'aide aux victimes, préc., note 1784, p. 5 : « La justice restaurative est apparue au groupe, comme constituant une approche globale du lien social, au travers d'une démarche juridico-pénale ».

¹⁸²⁴ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 17.

¹⁸²⁵ Conseil national de l'aide aux victimes, préc., note 1784, pp. 3-4.

¹⁸²⁶ <https://www.csc-scc.gc.ca/justice-reparatrice/003005-4005-fra.shtml>.

A. Essai de définition : principes et caractéristiques de la justice restaurative

722. Une nature incertaine. La justice restaurative constitue un objet juridique non identifié (OJNI). En effet, beaucoup de questions persistent quant à sa nature. Est-ce une philosophie ? S'agit-il plutôt d'un processus, d'un concept ou d'une pratique de la justice ? La réponse à ces différentes questions s'avère positive. En effet, selon certains la justice restaurative désigne tout à la fois un concept, une pratique et un mouvement qui tente de renouveler les structures judiciaires ou culturelles¹⁸²⁷.

La justice restaurative peut s'analyser comme une philosophie. En d'autres termes, il s'agit d'une façon de repenser l'infraction et la justice dans son ensemble¹⁸²⁸. Selon Howard Zehr : « *Bien que l'expression de « justice restaurative » recouvre une grande variété de pratiques, il s'agit d'abord de principes directeurs cohérents dans leur ensemble ou, pour le dire autrement, d'une philosophie. En définitive, la justice restaurative fournit un cadre alternatif pour réfléchir à ce que sont le crime et l'infraction* », il s'agit d'un « cadre interprétatif. »¹⁸²⁹ Le modèle restauratif constitue une nouvelle façon d'aborder la criminalité selon une approche rationnelle de résolution des problèmes¹⁸³⁰. À l'inverse, certains auteurs considèrent la justice restaurative non pas comme une philosophie, mais davantage comme une dynamique régulatrice des conflits orientée vers la réparation consensuelle des torts causés par le crime¹⁸³¹.

La justice restaurative peut également être qualifiée de programme ou de processus. L'ONU la définit de cette façon¹⁸³². En effet, le Conseil Économique et Social de l'ONU définit les programmes de justice restaurative comme étant « *tout programme qui fait appel à un processus de réparation et qui vise à aboutir à une entente de réparation* », précisant qu'un processus de réparation désigne « *tout processus dans lequel la victime et le délinquant et,*

¹⁸²⁷ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 14.

¹⁸²⁸ ÉDUCALOI, Guide du bénévole, « Notre conflit, notre solution ! », Guide de justice participative, p. 4 : « La justice participative est une philosophie, une conception générale et évolutive de la justice ; elle recherche un sentiment de justice chez les citoyens concernés, par leur participation et des approches adaptées aux circonstances, aux intérêts et aux capacités des personnes ou instances impliquées. Il s'agit d'une justice sur mesure fondée sur l'équité ».

¹⁸²⁹ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 27-28.

¹⁸³⁰ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 16.

¹⁸³¹ R. CARIO, préc., note 1526.

¹⁸³² Conseil Economique et Social des Nations Unies, Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, avril 2002 : « processus dans lequel la victime, le délinquant et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction, participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur ».

lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction, participent activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur. »¹⁸³³

723. Une notion par nature indéfinissable. Le paragraphe précédent a mis en lumière la nature plurielle de la justice restaurative. En effet, il n'existe pas une seule façon de concevoir ni même de définir la justice restaurative. Si la justice restaurative s'attache tant au résultat- à savoir la restauration des individus, au sens large, touchés par l'infraction- qu'au processus lui-même¹⁸³⁴ ; il semble incomplet de la définir ainsi. Cette absence de définition stricte et unique revêt de nombreux avantages tels que l'adaptabilité, la créativité ou encore l'innovation. Le fait de définir précisément chaque notion fait partie intégrante des réflexes du juriste, en particulier du pénaliste. Au regard des particularités de la justice restaurative, il semble délicat de se prêter à cet exercice rigide de définition. Au contraire, l'absence de définition stricte participe aux finalités et à l'essence même de la justice restaurative qui est par nature évolutive et perfectible¹⁸³⁵. En effet, la justice restaurative tente d'administrer une justice issue de délibérations, non circonscrite par des définitions juridiques¹⁸³⁶, à l'inverse du modèle dominant qui repose sur des définitions strictes et immuables.

Cette pluralité de définition entraîne deux conséquences contradictoires. Si l'on raisonne en se fondant sur les principes du droit pénal, cette incertitude définitionnelle entraîne un manque de lisibilité, ainsi qu'une insécurité juridique conséquente. Si l'on réfléchit au-delà de notre logique de pénaliste, cette pluralité de définition permet une adaptabilité du modèle, et instaure ainsi une justice sur mesure, modulable au fil des circonstances, des traditions, des principes et de la philosophie du système national de justice pénale¹⁸³⁷.

724. Une définition par la négative. La justice restaurative semble ainsi être un concept difficile d'accès. Afin de tenter d'appréhender au mieux cette notion, une définition par la négative semble être utile. De nombreux éléments sont à évincer¹⁸³⁸. 1) La justice

¹⁸³³ Résolution du Conseil Économique et social de l'ONU qui énonçait les « Principes fondamentaux des Nations unies concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale », 2002.

¹⁸³⁴ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 9.

¹⁸³⁵ M. KIM, *Essai sur la justice restaurative illustré par les exemples de la France et de la Corée du Sud*, thèse de doctorat, sous la direction d'Olivier Sautel, Montpellier, 2015, p. 37.

¹⁸³⁶ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p.49.

¹⁸³⁷ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice, Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 8.

¹⁸³⁸ H. ZEHR, préc., note 1783.

restaurative n'a pas pour finalité première le pardon ou encore la réconciliation¹⁸³⁹. 2) Elle ne se réduit pas à un processus de médiation ; d'autres mécanismes revêtent les caractéristiques de la justice restaurative telle que la conférence du groupe familiale ou encore le « cercle de sentence » ou de « détermination de peine ». 3) Sa finalité première n'est pas la prévention de la récidive ; elle en est une conséquence positive. 4) La justice restaurative ne constitue pas un schéma à suivre aveuglément ; elle a des défauts et ne s'avère pas opportune ou adéquate à tout type d'infraction. 5) Elle s'avère être pertinente pour les crimes graves, son application ne se limite pas aux infractions mineures ou aux infractions commises par des primo-infracteurs. 6) Le modèle restauratif n'est pas une nouveauté nord-américaine. 7) Elle n'est ni une panacée ni une solution nécessairement destinée à remplacer la justice pénale ; la justice restaurative s'avère être très utile en complémentarité du système dominant. 8) Elle n'est pas forcément une alternative à la prison. 9) Elle n'est pas toujours l'opposé de la justice rétributive ; le modèle classique adopte lui aussi des modalités participatives, et tente progressivement d'intégrer les besoins des victimes dans ses procédures¹⁸⁴⁰.

725. Une acception au regard de ses ingrédients. Afin d'obtenir le qualificatif de « restauratif », un processus doit être composé de quatre ingrédients indispensables¹⁸⁴¹. Il faut une victime identifiable, sa participation volontaire, un délinquant qui endosse la responsabilité de son acte répréhensible, ainsi que sa participation non contrainte. Ces éléments constituent les quatre composantes fondamentales de tout processus restauratif.

Les mécanismes restauratifs ont pour finalité la résolution d'un conflit. Pour y parvenir, trois choses doivent se réaliser : 1) Le méfait (l'injustice) doit être reconnu ; 2) L'équité doit être rétablie ; 3) Les intentions futures doivent être examinées¹⁸⁴².

726. Une définition par ses principes. Afin d'accéder à l'essence de la justice restaurative, il semble pertinent de s'arrêter sur ses principes¹⁸⁴³. Selon Howard Zehr, cinq

¹⁸³⁹ *Conseil national de l'aide aux victimes*, préc., note 1784, p. 7 : « Il est essentiel de souligner à cet instant que la Justice restaurative n'est pas exclusivement orientée vers le pardon. Le pardon, qui peut tout autant avoir une dimension laïque, n'est pas un devoir moral et il ne mène pas davantage à la réconciliation. C'est une posture intime, appartenant exclusivement aux protagonistes qui demeurent libres de l'exercer. Le système actuel ne ménage pas de place au pardon ; pas davantage à la spiritualité. »

¹⁸⁴⁰ La deuxième partie a permis de démontrer cette progression.

¹⁸⁴¹ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice*, Série de manuels sur la réforme de la justice pénale, Nations Unies, New York, 2008, pp. 8-9.

¹⁸⁴² Ron CLAASSEN, <http://www.fresno.edu/pacs/docs/model.shtml>; H. ZEHR, préc., note 1783, p. 70.

¹⁸⁴³ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 16 : « Nous expliquons que la justice réparatrice n'est pas définie en fonction d'un processus particulier mais par rapport à une série de principes : l'hypothèse que l'acte criminel constitue le bris d'une relation plutôt qu'une infraction contre l'État ; que l'objectif est de rétablir la relation

grands principes la caractérisent dans un premier temps. En effet, le paradigme alternatif proposé par le modèle restauratif repose sur cinq principes fondamentaux qui sont les suivants :

- 1) Se concentrer sur les dommages subis et les besoins qui en découlent pour les victimes, l'infracteur et la communauté ;
- 2) S'intéresser aux obligations qui résultent de ces dommages (obligations des infracteurs, celles des communautés et de la société) ;
- 3) Utiliser des processus collaboratifs et inclusifs de chacun ;
- 4) Impliquer ceux qui ont un intérêt légitime dans la situation donnée : victimes, infracteurs, membres de la communauté et de la société ;
- 5) Chercher à redresser la situation et à réparer les dommages subis¹⁸⁴⁴. Ce dernier principe constitue le noyau dur du modèle restauratif, les quatre autres gravitant autour. Ces cinq principes se déroulant dans le respect de tous¹⁸⁴⁵. En d'autres termes les mécanismes restauratifs s'intéressent aux **conséquences** de l'infraction tant sur la victime, que sur l'infracteur ou encore sur la communauté dans son ensemble. Une fois ces conséquences identifiées, la justice restaurative vise la **responsabilisation** de chacun dans la résolution du conflit. Dans le but de **réparer** les bris entraînés par l'infraction, le modèle restauratif propose des solutions **intégratives** et **participatives** dans le **respect** de tous.

Afin d'approfondir l'analyse de la justice restaurative, il convient d'ajouter cinq autres lignes directrices¹⁸⁴⁶ :

- 1) S'intéresser en priorité aux dommages subis plutôt qu'aux lois qui ont été enfreintes ;
- 2) Porter un même intérêt aux victimes et aux infracteurs et intégrer les uns et les autres dans le processus ;
- 3) Travailler à la restauration en faveur des victimes, en leur permettant de prendre un rôle actif et en répondant à leurs besoins, tels qu'elles-mêmes les voient ;
- 4) Soutenir les infracteurs tout en les encourageant à comprendre, accepter et tenir leurs obligations ;
- 5) Reconnaître que les obligations des infracteurs, même si elles sont difficiles à tenir, ne doivent pas être considérées comme une punition et qu'il doit rester possible d'y obéir ;
- 6) Créer les conditions nécessaires à un dialogue, direct ou indirect, entre les victimes et les infracteurs, si cela est opportun ;
- 7) Trouver des façons constructives d'impliquer la communauté et de répondre aux conditions criminogènes propres à la communauté ;
- 8) Encourager la collaboration des victimes et des infracteurs et leur réintégration dans la

ou, parfois, d'en établir une ; et que le processus de réparation devrait mettre à contribution non seulement le délinquant mais la victime et les collectivités concernées. Ce processus vise à faire comprendre aux délinquants le tort que leurs actes ont causé et la nécessité d'en accepter la responsabilité, à encourager les victimes à décrire les torts qu'elles ont subis et à participer à la détermination des conséquences appropriées pour le délinquant, ainsi qu'à faire participer la collectivité pour aider à réintégrer le délinquant et la victime. La notion de « rencontre » entre les personnes touchées par l'acte criminel est une caractéristique principale des mécanismes de la justice réparatrice. »

¹⁸⁴⁴ H. ZEHR, préc., note 1783, pp. 57-59.

¹⁸⁴⁵ Id., p. 8.

¹⁸⁴⁶ Id., pp. 65 et s.

communauté, plutôt que la coercition et l'isolement ; 9) Ne pas négliger les conséquences inattendues d'un processus de justice restaurative et chercher à les résoudre ; 10) Montrer du respect envers toutes les parties : victimes, infracteurs, collègues du processus judiciaire. Ces principes fondateurs se déroulent sous l'égide de certaines valeurs propres à la justice restaurative.

727. Une définition au regard de ses valeurs. Au-delà des différences terminologiques, des divergences de définition, ou encore de la diversité dans la mise en œuvre ; il existe indéniablement une **unité de valeur**¹⁸⁴⁷. Afin de produire les effets escomptés, les principes de la justice restaurative doivent être enracinés dans certaines valeurs¹⁸⁴⁸. La valeur suprême de la justice restaurative est le respect¹⁸⁴⁹. On pourrait d'ailleurs résumer la justice restaurative en ce seul mot : « *S'il me fallait résumer la justice restaurative en un mot, ce serait le respect : respect pour tous, même pour ceux qui sont différents ; même pour ceux qui sont nos ennemis. Le respect nous rappelle le fait que nous sommes tous reliés les uns aux autres et tous différents. Le respect met l'accent sur l'équilibre à trouver entre toutes les parties concernées.* »¹⁸⁵⁰ La justice dans le respect, voilà en résumé ce que propose la justice restaurative, sans cette valeur, aucun principe ni même mécanisme qui se revendique de la justice restaurative ne l'est.

Au-delà de cette valeur primordiale, deux valeurs sous-jacentes permettent d'orienter tout processus qui se revendique appartenant à la justice restaurative vers la bonne direction ; il s'agit de l'interconnexion et de l'individualité¹⁸⁵¹. Cette dernière permet de prendre en considération le contexte, la culture et la personnalité de chacun¹⁸⁵².

728. Une définition au regard de ses objectifs. Malgré la pluralité des mesures de justice restaurative, toutes poursuivent les mêmes finalités. La Déclaration de Louvain¹⁸⁵³, énonçait : « *La fonction principale de la réaction sociale à la criminalité n'est ni de punir, ni de rééduquer, ni de traiter, mais de promouvoir la réparation des torts causés par le délit. Ceci*

¹⁸⁴⁷ M. KIM, préc., note 1799, pp. 47 et s.

¹⁸⁴⁸ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 59 : « Les principes de la justice restaurative sont sans effets s'ils ne sont pas enracinés dans des valeurs ».

¹⁸⁴⁹ Id., p. 61 ; *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, pp. 101 et s., pp. 70 et s.

¹⁸⁵⁰ H. ZEHR, H., Id., p. 61.

¹⁸⁵¹ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 60 ; M. KIM, préc., note 1799, p. 49.

¹⁸⁵² H. ZEHR, Id., p. 60.

¹⁸⁵³ *Déclaration de Louvain sur la pertinence de promouvoir l'approche réparatrice pour contrer la criminalité juvénile*, The Leuven Declaration, Belgique, 12-14 mai 1997.

est la justice réparatrice ». La finalité fondamentale de la justice restaurative consiste en la réparation globale et profonde tant de la victime, que de l'infracteur ou encore de la communauté dans son ensemble, elle aussi touchée par l'infraction ; en recréant du lien social notamment¹⁸⁵⁴.

De façon plus exhaustive, l'ONU considère que les objectifs de la justice restaurative sont les suivants : **rétablir** l'ordre et la paix locale et **retisser** les liens endommagés ; **dénoncer** le comportement criminel comme étant inacceptable et **réaffirmer** les valeurs de la communauté ; **aider** les victimes, leur donner la parole, leur permettre de participer et répondre à leurs besoins ; **inviter** toutes les parties concernées, en particulier les délinquants à assumer leurs responsabilités ; **définir** une entente de réparation tournée vers l'avenir ; **prévenir** la récidive en invitant les délinquants à changer et en **facilitant** leur réinsertion dans la communauté¹⁸⁵⁵.

Pour synthétiser les multiples finalités de tout mécanisme restauratif, ces derniers peuvent se résumer par trois R : **Reconstruction** psychologique de la victime, **Responsabilisation** de l'auteur et **Réduction** de la récidive¹⁸⁵⁶.

729. Un concept simple difficile à définir. Pour conclure, la justice restaurative constitue un modèle simple auquel il est difficile d'accéder. Cette difficulté est liée à l'impossibilité de la définir d'une seule et unique façon. Il s'agit d'un concept pluriel, mis en place au travers de différents processus ayant notamment pour valeur commune le respect de tous, et poursuivant une finalité réparatrice au sens large. La justice restaurative s'impose également comme une autre façon de faire la justice¹⁸⁵⁷, différente de la justice classique.

B. Essai de définition : un modèle différent du modèle classique

730. Une révolution¹⁸⁵⁸ au regard du modèle classique. La justice restaurative s'impose comme une révolution au regard du modèle classique puisque tous nos repères de

¹⁸⁵⁴ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 10.

¹⁸⁵⁵ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, pp. 10-12.

¹⁸⁵⁶ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 18.

¹⁸⁵⁷ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 146.

¹⁸⁵⁸ M. JACCOUD, préc., note 1816, p. 1 ; H. ZEHR, « Restorative Justice : The Concept », (1997) 59 *Corrections Today* 68.

juriste sont chamboulés. En effet, cette dernière opère un changement de paradigme¹⁸⁵⁹, elle propose un modèle qui rompt avec les logiques pénales et réhabilitatives¹⁸⁶⁰. La justice restaurative offre la possibilité de poser les problèmes d'une façon différente, permettant ainsi d'obtenir de nouvelles réponses¹⁸⁶¹. Elle nous oblige selon les termes d'Howard Zehr à « **changer d'optique** », à modifier notre regard sur les infractions et sur la façon de les traiter¹⁸⁶². Nous devons regarder le phénomène criminel avec de nouvelles lunettes. Il nous faut tout reconceptualiser : le préjudice causé, sa nature et ses conséquences, le rôle de la victime et du délinquant dans la résolution du conflit, ainsi que celui de la communauté ; on repense aussi les effets du châtement sur les individus et la collectivité¹⁸⁶³. Il importe de passer du droit comme instrument de contrôle social au droit comme moyen de faciliter l'interaction sociale harmonieuse¹⁸⁶⁴. Cette nouvelle façon de concevoir la justice associée à une déconstruction des infractions sexuelles telles qu'analysée dans la deuxième partie de nos travaux, permettrait d'accroître considérablement l'effectivité de la norme pénale dans le domaine des infractions sexuelles.

731. Des modèles convergents ? La justice restaurative s'oppose communément à la justice pénale classique, celle qui est pratiquée par les tribunaux, et apparaît alors comme un modèle innovant¹⁸⁶⁵. Ce caractère innovant de la justice restaurative ne se révèle que dans son rapport au système pénal¹⁸⁶⁶. On constate alors un phénomène d'effet miroir où la conception que l'on se fait du pénal risque de « contaminer » celle de la justice restaurative et inversement¹⁸⁶⁷. En effet, s'il est indéniable que le modèle restauratif et le modèle dominant ne revêtent pas les mêmes formes et ne poursuivent pas le même dessein, il n'en reste pas moins que ces deux modèles ne sont pas foncièrement contradictoires, et sont *a fortiori* complémentaires.

¹⁸⁵⁹ D. VAN NESS et K. HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997.

¹⁸⁶⁰ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 14 ; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 40.

¹⁸⁶¹ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 100.

¹⁸⁶² Christophe BÉAL, « Justice restaurative et justice pénale », (2017) 93 *Rue Descartes* 58, p. 59.

¹⁸⁶³ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 20.

¹⁸⁶⁴ *Commission du droit du Canada*, « De la justice réparatrice à la justice transformatrice », multigraph., 1999, pp. 5-6.

¹⁸⁶⁵ M. JACCOUD, préc., note 1816.

¹⁸⁶⁶ Id.

¹⁸⁶⁷ Id.

732. Changements de cap. Afin d'appréhender correctement le modèle restauratif, il semble nécessaire de rompre avec notre logique de juriste telle qu'enseignée dans les facultés de droit. En d'autres termes, la justice restaurative rompt avec le modèle classique en bien des points¹⁸⁶⁸.

Dans la justice actuelle, l'infraction consiste en la transgression d'une norme définie abstraitement ; dans le modèle restauratif, l'infraction souvent nommée de conflit est perçue comme un tort causé aux individus qui en sont victimes.

Là où le modèle dominant perçoit l'infraction comme une atteinte portée à l'État, la justice restaurative le traduit comme une atteinte portée aux membres de la collectivité ou de la communauté.

Lorsque la justice actuelle répond à l'infraction en censurant la transgression de la norme, par une décision émanant du sommet et s'inscrivant dans un cadre de procédures formalisées et rationnelles ; la justice restaurative propose une réponse moins formelle incluant les émotions et les sentiments, issue d'un processus délibératif collectif.

Tandis que le premier modèle propose une réponse ayant pour finalité le prononcé d'une peine proportionnée à la gravité de l'acte qui s'impose de façon passive tant au condamné qu'à la victime ; le second propose une réponse ayant pour but la restauration sociale¹⁸⁶⁹, ceci en conférant un rôle actif aux protagonistes.

Dans le premier, la justice correspond à une définition légale à dimension objective ; dans le second la justice correspond à une définition légale à dimension subjective¹⁸⁷⁰.

Là où le modèle classique a vocation à punir l'auteur d'une infraction, la justice restaurative revêt une finalité beaucoup plus large, elle a vocation à rétablir la paix sociale¹⁸⁷¹.

733. Une vision nouvelle de l'infraction. Dans le cadre de la justice restaurative, la façon de percevoir l'infraction diverge profondément de celle retenue au sein du système pénal classique. Ce dernier perçoit l'infraction comme une atteinte à l'État ; à l'inverse, le modèle restauratif analyse l'infraction sous le prisme du préjudice qu'elle a causé à la victime d'une part, et à la communauté dans son ensemble d'autre part. Là où le modèle classique centralise l'infraction sur l'État tant au regard du préjudice subi qu'au regard de la gestion du conflit, et

¹⁸⁶⁸ Conseil national de l'aide aux victimes, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007 file:///D:/Users/la%20fabric/Desktop/reformepenale_cnavjusticerestaurative_082007.pdf, p. 7, voir tableau.

¹⁸⁶⁹ Là où le modèle classique a vocation à punir l'auteur d'une infraction, la justice restaurative revêt une finalité beaucoup plus large, elle a vocation à rétablir la paix sociale, Voir not. M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 11.

¹⁸⁷⁰ Conseil national de l'aide aux victimes, préc., note 1868, p. 7, voir tableau.

¹⁸⁷¹ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 9.

sur l'auteur quant à la responsabilité de l'acte ; le modèle restauratif redistribue la gestion du conflit à tous les membres de la société. Tous deviennent concernés par l'infraction, et sont responsables de sa résolution.

La justice restaurative s'appuie sur une vision solidaire de l'acte criminel¹⁸⁷². Dans la culture autochtone, la délinquance est entendue comme l'expression de l'éloignement de l'individu de sa communauté d'origine, et l'on considère qu'il est de la responsabilité de tous d'aider à la reprise de cette relation. Cette appréhension collective de l'infraction permet l'« *empowerment* » de tous, au travers de la recherche, par les intéressés eux-mêmes, de la meilleure sanction possible pour l'infacteur et de la meilleure réparation possible pour la victime et la communauté¹⁸⁷³.

734. Un renouvellement des finalités de la justice. La justice pénale classique a pour ambition la répression de l'auteur, et par conséquent la réaffirmation des normes sociales. La justice restaurative ne se limite pas à ces objectifs, elle vise à rendre une justice plus humaine et plus sensible aux souffrances des personnes et aux communautés que le crime a affectées¹⁸⁷⁴. Le modèle restauratif invite à un changement social profond, il s'étend au-delà des systèmes de justice pénale¹⁸⁷⁵. En d'autres termes, le spectre du modèle restauratif est beaucoup plus large et plus ambitieux que celui du modèle classique.

735. Une justice participative. Les mécanismes restauratifs placent les individus au cœur de la recherche de solutions¹⁸⁷⁶. La participation des protagonistes dans le processus est l'un des éléments qui tend à opposer les deux modèles. Toutefois, le modèle dominant évolue progressivement vers une participation croissante de l'auteur et de la victime, telle qu'analysée dans la deuxième partie de nos travaux.

Le consentement des protagonistes, dont celui de la victime est au cœur de toute mesure de justice restaurative. Si le consentement de la victime n'est pas absolu, celle-ci risque de subir

¹⁸⁷² H. ZEHR, préc., note 1783, p. 43 : « Le crime est une violation de personnes et de liens interpersonnels ».

¹⁸⁷³ Conseil national de l'aide aux victimes, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, Mai 2007, p.3 ; R. CARIO, préc., note 1810, p. 229.

¹⁸⁷⁴ Arlène GAUDREAU, « Les limites de la justice réparatrice », Texte publié dans les Actes du colloque de l'École nationale de la magistrature, Édition Dalloz, Paris, 2005, p. 3 ; R. CARIO, « Les victimes et la médiation pénale en France », dans JACCOUD, M. (dir). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences et divergences*, Paris, L'Harmattan, Sciences criminelles, 2003, 185-207 ; K. ROACH, « Changing punishment at the turn of the century: Restorative justice on the rise, Du châtement à la justice réparatrice: une évolution ? » (2000) 42 *Revue canadienne de criminologie* 250.

¹⁸⁷⁵ M. KIM, préc., note 1799, p. 32.

¹⁸⁷⁶ Éducaloi, « Guide du bénévole- Notre conflit, notre solution ! », Guide de justice participative, p. 4.

une seconde victimisation. Les participants à la mesure ont la possibilité de revenir à tout moment sur leur consentement¹⁸⁷⁷. Ce dernier doit être libre et informé¹⁸⁷⁸.

736. Une réponse plus souple. Le modèle pénal classique est rigide tant au regard de sa forme que de sa finalité. Concernant sa forme, le modèle dominant est par essence formel, prévisible et inadapté aux situations individuelles. À l'inverse, le modèle restauratif se veut être une solution souple, adaptable aux circonstances particulières de chacun. Le modèle restauratif est considéré comme une « autre justice », moins juridique que la justice pénale mais tout à fait complémentaire¹⁸⁷⁹. À la différence de la justice classique, la justice restaurative considère chaque affaire comme un cas unique, et offre aux victimes, aux contrevenants, aux membres de la collectivité et à d'autres personnes concernées par l'infraction, la possibilité d'avoir leur mot à dire sur ce qui constitue la meilleure façon de résoudre la situation¹⁸⁸⁰. Au-delà de cette adaptabilité innée, les processus restauratifs, de la même façon que la justice classique, reposent sur un protocole strict¹⁸⁸¹, afin de protéger tous les participants.

Concernant sa finalité, la justice pénale classique s'oriente traditionnellement vers la répression de l'auteur de l'inconduite. À l'inverse, la sanction de l'auteur n'est pas la seule solution envisageable, la restauration du lien brisé par l'infraction, ainsi que la réparation de la victime au sens large constituent les finalités des processus restauratifs. La justice restaurative permet de voir qu'il n'existe pas une réponse unique à l'infraction et ceci en s'extirpant de la mouvance actuelle du populisme pénal. En d'autres termes, la justice restaurative propose une réaction souple aux circonstances entourant le comportement¹⁸⁸².

Il est intéressant de constater que le renouvellement des fonctions de la peine dans les deux pays, notamment à travers l'intégration de la fonction réparatrice dans les finalités de la répression, rapproche le modèle classique du modèle restauratif¹⁸⁸³. En d'autres termes, les deux modèles sont loin d'être antagonistes, *a contrario* on constate une convergence à plusieurs niveaux.

¹⁸⁷⁷ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 60.

¹⁸⁷⁸ Id., p. 61.

¹⁸⁷⁹ Nathalie MAZAUD, Pascale RABEYRIN-PUECH et Marie-Pierre PORCHY, « Une expérience de justice restaurative au tribunal de grande instance de Lyon », (2018) 4 *Dalloz*, « *Les Cahiers de la Justice* » 753, p. 755.

¹⁸⁸⁰ <https://www.csc-scc.gc.ca/justice-reparatrice/003005-4005-fra.shtml>.

¹⁸⁸¹ R. CARIO, préc., note 1810, p. 227.

¹⁸⁸² *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 49.

¹⁸⁸³ R. CARIO, préc., note 1810, p. 237.

737. Un objectif commun : la lutte contre la récidive. La prévention de la récidive est un objectif poursuivi par les deux modèles. Dans le modèle classique, l'un des objectifs de la peine est de dissuader l'auteur de récidiver ; l'accroissement répressif se voulant être dissuasif. Le modèle restauratif vise également la réduction de la récidive¹⁸⁸⁴. Dans la pratique, la justice restaurative honore davantage cet objectif que la justice classique¹⁸⁸⁵. Cet état de fait pourrait trouver une explication dans la libre participation des individus aux processus restauratifs. En effet, les partisans de la justice restaurative rattachent souvent les objectifs de non-récidive à l'utilisation de procédures fondées sur le consentement plutôt que sur la coercition¹⁸⁸⁶.

738. Une place laissée au libre arbitre des individus. Dans le modèle dominant, la participation des acteurs au procès est contrainte. À l'inverse, dans les processus restauratifs, la participation des individus concernés par le processus doit être volontaire¹⁸⁸⁷. Le volontariat est d'ailleurs l'un des ingrédients indispensables à la justice restaurative. Les mécanismes restauratifs reposent notamment sur l'autodétermination des individus ; on peut et on doit faire confiance aux parties pour les laisser elles-mêmes prendre des décisions sur le déroulement dans lequel elles se sont engagées¹⁸⁸⁸. La possibilité de choisir de participer ou non à un processus de justice restaurative permet aux individus concernés de reprendre le pouvoir sur leur vie¹⁸⁸⁹ ; faire des choix constitue une partie intégrante du processus de guérison des victimes¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁴ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 18 ; p. 22 : « L'impact social le plus important de la justice restauratrice, comparativement à la justice classique, est la baisse de la récidive. Dans une synthèse de dix études portant sur des délits avec violence, il y a eu réduction de la récidive dans six études, et un résultat identique dans quatre études. Une métaanalyse synthétisant 19 études d'évaluation de médiations entre victime et agresseur, incluant un total de 9 307 jeunes, constate une réduction de la récidive de 26 % par rapport aux délinquants passés par la justice classique. De plus, les récidives commises par les participants à la médiation sont généralement moins graves. Les principaux facteurs liés à la baisse de la récidive sont le remords éprouvé au cours de la médiation et les excuses présentées aux victimes, le fait d'avoir été impliqué dans le processus de décision, de ne pas avoir été considéré comme une mauvaise personne. » ; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008., p. 10.

¹⁸⁸⁵ R. CARIO, préc., note 1810, p. 230 : « Il importe encore de remarquer – et ce n'est pas le moins important – que le taux de récidive est bien moins élevé, grâce à la responsabilisation subséquente du condamné ».

¹⁸⁸⁶ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 15.

¹⁸⁸⁷ Id., p. 15.

¹⁸⁸⁸ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 29.

¹⁸⁸⁹ <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr10-rd10/p3.html>.

¹⁸⁹⁰ Id.

739. Bilan. Les développements précédents ont permis d'accéder au concept de justice restaurative. Afin de conclure cette tentative définitionnelle de la notion tant polysémique que polymorphe constituée par la justice restaurative, une définition a retenu notre attention. Le groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la justice restaurative définit cette dernière de la façon suivante : « *une approche de la justice qui cherche à réparer les dommages en donnant à ceux qui ont subi un préjudice et à ceux qui en acceptent la responsabilité l'occasion de discuter et de répondre aux besoins qu'ils peuvent manifester à la suite d'un crime.* »¹⁸⁹¹ Cette définition révèle l'humanisation de la justice opérée par le modèle restauratif.

II. LA JUSTICE RESTAURATIVE : UNE HUMANISATION DE LA JUSTICE

740. Une nouvelle façon de percevoir l'humain dans le cadre de la justice. La justice restaurative est considérée comme une philosophie humaniste et globalisante¹⁸⁹², qui redéfinit la place de l'humain dans le cadre de la justice, tant au regard de ses processus que de ses finalités. L'humain, en l'occurrence la victime, l'auteur et la communauté sont au cœur des mécanismes restauratifs. Ils en sont les acteurs principaux, et leur restauration est la finalité première du modèle restauratif. Ce dernier, tel que vue précédemment s'impose comme une réponse pertinente face aux lacunes du système dominant, ceci en humanisant la réaction sociale face au crime¹⁸⁹³. La justice restaurative à la différence de la justice classique a le souci de tous et permet ainsi de restituer à chacun sa dignité¹⁸⁹⁴ et son humanité¹⁸⁹⁵.

741. Une humanisation nécessaire. Face à un constat d'échec du modèle dominant sur de multiples points- le manque de considération de la victime mais aussi de l'auteur pouvant être qualifié de déshumanisation, ou encore l'accroissement répressif et l'allongement des peines, occasionnant lui aussi une déshumanisation des auteurs- il est apparu nécessaire de proposer de nouvelles réponses porteuses d'espoir pour la considération des individus dans le

¹⁸⁹¹ Natacha BOURGON et Kyle COADY, « La justice réparatrice dans les cas de violence sexuelle : une bibliographie annotée », Division de la recherche et des statistiques, Ministère de la Justice Canada, 2019, p.4.

¹⁸⁹² M. KIM, préc., note 1799, p. 46.

¹⁸⁹³ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 175.

¹⁸⁹⁴ R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », (2007) *Actualité juridique pénal*, p. 8.

¹⁸⁹⁵ Id., p. 9.

cadre de la justice. Cette nécessité semble encore plus grande dans le cadre des violences sexuelles. En effet, la victime est souvent discriminée et maltraitée par le système ; l'auteur est sanctionné sans qu'aucune réflexion ou accompagnement suivent la sanction ; et la peine intervient rarement comme la réponse souhaitée et souhaitable. La justice restaurative apparaît ainsi comme une réponse pertinente. Cet intérêt se mesure à deux niveaux, par sa façon nouvelle de faire justice d'une part (A) ; et par sa façon innovante de percevoir l'humain dans le cadre de la justice, d'autre part (B).

A. Une nouvelle façon de faire justice

742. Une innovation plurielle. La justice restaurative innove sur deux plans, tant sur la forme qu'elle peut prendre (1) que l'intervention de certains intervenants aux processus (2).

1) Des formes nouvelles

743. La justice restaurative : un terrain d'expérimentation. La justice restaurative propose des mécanismes nouveaux comparativement au système classique, tant au regard de leur forme que de leur souplesse. Selon certains, la justice restaurative est davantage intéressée par le résultat du processus que par le mécanisme lui-même¹⁸⁹⁶. Cette conception révèle que la justice restaurative ne se limite ni à une forme ni à un cadre défini. Plusieurs processus restauratifs coexistent : les rencontres détenu-victime (RDV) ; les rencontres condamnés-victimes (RCV) ; la médiation restaurative (MR) ; la conférence restaurative (CR) ; les cercles de soutien et de responsabilité (CSR) ; les cercles d'accompagnement et de ressources (CAR) ou encore les cercles restauratifs (CCR). Ils ont tous en commun d'organiser, hors du tribunal, des dialogues, directs ou indirects, entre l'auteur et la communauté, ou entre l'auteur et la victime, parfois entre ces trois parties réunies, en présence d'un tiers, médiateur policier,

¹⁸⁹⁶ B. DEYMIÉ, préc., note 1781 ; H. ZEHR, préc., note 1783 ; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 7.

juge « dévêtu », c'est-à-dire placé sur un pied d'égalité avec les autres acteurs de la procédure pénale¹⁸⁹⁷.

744. Des modèles dominants. Parmi les divers processus existants, trois formes majoritaires semblent ressortir de la pratique des pays¹⁸⁹⁸ : la médiation restaurative qui se retrouve surtout en Amérique du Nord ainsi qu'en Europe- ce modèle s'avère particulièrement adapté aux infractions sexuelles ; la conférence restaurative particulièrement présente dans le modèle Anglo-saxon ; et les cercles majoritairement pratiqués par les communautés autochtones du Canada.

Selon Howard Zehr, les trois formes majoritaires sont les rencontres entre victimes et infracteurs, les réunions du groupe familial et les cercles¹⁸⁹⁹. Cette sélection correspond davantage à la réalité des deux pays ; notamment en France où les premières expériences de justice restaurative ont pris cette forme. Afin d'appréhender les différents mécanismes de justice restaurative, il semble pertinent de toutes les analyser en détail.

745. La médiation restaurative. La médiation restaurative ou médiation victime-auteur est adaptée à toutes les infractions, des plus légères aux plus graves¹⁹⁰⁰. Cette forme est ainsi ajustée aux infractions sexuelles¹⁹⁰¹. La médiation restaurative offre à la victime et à l'auteur un espace libre de dialogue, dans lequel ils échangent sur la base du volontariat, des conséquences et répercussions du conflit de nature pénale qui les oppose¹⁹⁰², avec l'aide d'un tiers indépendant¹⁹⁰³. Le comité des ministres du conseil de l'Europe définit ce processus comme « *une option souple, axée sur le règlement du problème et l'implication des parties.* »¹⁹⁰⁴

¹⁸⁹⁷ Sandrine LEFRANC, « Le mouvement pour la justice restauratrice : " An idea whose time has come " », (2006) *Droit et Société, Ed. juridiques associées /L.G.D.J.* 339, p. 339 ; M. KIM, préc., note 1799, p. 101.

¹⁸⁹⁸ *Conseil national de l'aide aux victimes*, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007, p. 3.

¹⁸⁹⁹ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 69.

¹⁹⁰⁰ *Conseil national de l'aide aux victimes*, préc., note 1777, p. 3 ; « La médiation restaurative », <https://www.justicere Restaurative.org/la-mediation-restaurative/>.

¹⁹⁰¹ Il existe en pratique de fortes controverses quant à l'utilisation de la médiation restaurative dans le domaine des violences faites aux femmes, Voir not. *Conférence de consensus sur la prévention de la récidive*, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.2.

¹⁹⁰² « La médiation restaurative », <https://www.justicere Restaurative.org/la-mediation-restaurative/>.

¹⁹⁰³ *Conférence de consensus sur la prévention de la récidive*, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.2, « Selon la recommandation n° R(99)19, ce type de médiation permet « à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant du délit, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur) ».

¹⁹⁰⁴ Référence à trouver.

Afin que ce processus puisse produire ses effets, à savoir la responsabilisation de l'auteur¹⁹⁰⁵, la réparation de la victime et la compréhension par cette dernière de sa victimisation ; cette rencontre doit faire l'objet d'une importante préparation en amont auprès de l'auteur et de la victime¹⁹⁰⁶. En effet, la médiation restaurative nécessite d'important efforts pour réussir¹⁹⁰⁷. Les protagonistes doivent d'abord consentir à la mesure et en comprendre la nature pour qu'elle soit efficace¹⁹⁰⁸. La médiation restaurative est précédée de séances préparatoires survenant avant l'obtention du consentement des acteurs de la mesure, elles sont une garantie essentielle à l'efficacité du processus¹⁹⁰⁹. Après ce temps crucial de préparation, la rencontre peut avoir lieu en toute sécurité pour tous. Enfin, la médiation se termine par la signature d'un accord restauratif mis en œuvre sous le contrôle de l'animateur.

Selon la Community Law Reform Commission du Territoire de la capitale australienne (1993), il serait plus judicieux de parler de « *processus de tentative de réconciliation* », puisque cette appellation met plus directement l'accent sur le processus que sur le résultat¹⁹¹⁰. La médiation restaurative a pour finalités : la rencontre entre l'auteur et la victime en premier lieu ; encourager l'infracteur à mesurer l'impact humain, social et matériel de son action et d'en accepter pleinement la responsabilité ; permettre à la victime d'exprimer ses émotions, ses attentes et ses besoins ; enfin, de conduire chacun à reconsidérer le point de vue de l'autre et à en tenir davantage compte¹⁹¹¹. Les avantages d'une telle mesure sont nombreux. La médiation propose une approche plus sensible aux besoins des victimes ; elle permet aux protagonistes de l'infraction de se voir en tant que personnes ; enfin, elle pourrait avoir plus d'impact sur le délinquant que les sanctions habituelles. Concernant la collectivité, au travers de la médiation, cette dernière se montre prête à accepter de nouveau le délinquant¹⁹¹².

La première expérience de médiation auteur-victime date des années 1970 à Kitchener en Ontario¹⁹¹³. Dans cette affaire, deux jeunes de 18 et 19 ans avaient vandalisés une vingtaine

¹⁹⁰⁵ Conseil national de l'aide aux victimes, préc., note 1784, p. 3.

¹⁹⁰⁶ Id., p. 3.

¹⁹⁰⁷ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 108.

¹⁹⁰⁸ Id., p. 108.

¹⁹⁰⁹ Id., p. 108.

¹⁹¹⁰ Dan VAN NESS et Karen HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997, p. 70.

¹⁹¹¹ <https://www.justicerestaurative.org/la-mediation-restaurative/>; Sur ces programmes, V. not. D. VAN NESS, « Victim offender mediation programmes », (2005) 1 *Les cahiers de la Justice, revue d'études de l'ENM*, Dalloz ; Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998 ; J.P. BONAFE-SCHMITT et al., *Les médiations, la médiation*, Paris, Ed. Erès, Trajets, 1999 ; J. FAGET, préc., note 1812 p. 39 et s.

¹⁹¹² P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, 105.

¹⁹¹³ V. not. D.E. PEACHEY, « The Kitchener experiment », In M. WRIGHT, B. GALAWAY (Eds), *Mediation and criminal justice : victims, offenders and community*, Sage pub., 1989, pp. 14-26 , réédité In G. JOHNSTONE (Ed.), *A restorative justice reader : texts, sources, context*, Willan pub, 2003, pp. 178-186.

de voitures en stationnement à la suite d'une beuverie. Ils furent vite interpellés et avouèrent rapidement. Plutôt que de les condamner, le juge fit confiance à l'avis de ses travailleurs sociaux qui proposait de leur faire rencontrer les victimes afin qu'ils conviennent avec elles du montant de la réparation. L'expérience fut concluante, auteurs et victimes en ressortirent satisfaits. Depuis, on compte plus de trois cents programmes en Amérique du Nord et environ sept cents dans le reste du monde¹⁹¹⁴.

746. Médiation restaurative et médiation civile. En dépit d'une appellation commune, ces deux pratiques sont à distinguer. La différence principale réside dans le fait que la médiation restaurative ne comporte pas de « partie à un conflit », et n'a pas pour finalité de déterminer la faute, puisque l'auteur a déjà admis ses torts¹⁹¹⁵. À la différence de la médiation civile, la médiation restaurative est beaucoup plus centrée sur le dialogue. Les médiations dans le contexte civil sont davantage axées sur le règlement ; on y prend peu ou pas de temps pour parler du cadre du conflit au sens large ou des sentiments des parties concernées¹⁹¹⁶.

747. La conférence du groupe familial. Cette forme de justice restaurative est inspirée des pratiques de « Whanau » des Maoris, aborigènes de Nouvelle-Zélande¹⁹¹⁷. Elles ont été réintroduites dans ce pays dans les années 1980, et officiellement intégrée dans la législation pénale du pays en 1989, comme devant être systématiquement proposées avant toutes poursuites pénales. L'Amérique du Nord pratique elle aussi ces conférences¹⁹¹⁸. Au Canada, la conférence familiale est un élément important du programme de justice réparatrice complet de la Nouvelle-Écosse et constitue un élément majeur du projet de loi fédéral visant les jeunes contrevenants¹⁹¹⁹. Le Forum de justice communautaire instaurée par la Gendarmerie royale du Canada constitue une illustration de cette forme de justice restaurative. Ce forum prend la forme d'une réunion de toutes les personnes touchées par une infraction qui sont convoquées par un

¹⁹¹⁴ R. CARIO, préc., note 1894, pp. 4-5.

¹⁹¹⁵ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 106.

¹⁹¹⁶ Office for Victims of Crime (U.S. Department of Justice). *The Restorative Justice and Mediation Collection*. http://www.ojp.usdoj.gov/ovc/infores/restorative_justice/bulletin1/welcome.html

¹⁹¹⁷ J. CONSEDINE, « The Maori restorative tradition », dans G. JOHNSTONE (Ed.), *A restorative justice reader : texts, sources, context*, Willan pub, 2003, pp. 152-157.

¹⁹¹⁸ Mark UMBREIT et Howard ZEHR, « Restorative Family Group Conferences : Differing Models and Guidelines for Practices », (1996) 60 *Federal Probation* 24.

¹⁹¹⁹ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 114.

animateur neutre pour régler le problème de façon équitable et valable¹⁹²⁰. Ce forum s'applique à un grand nombre d'infraction allant du vol aux agressions sexuelles¹⁹²¹.

La conférence du groupe familial s'applique tant aux mineurs qu'aux majeurs, et a vocation à s'appliquer au contentieux familial ou aux infractions commises par plusieurs co-auteurs et/ou atteignant plusieurs victimes¹⁹²². Concernant ses finalités, les conférences restauratives poursuivent les mêmes objectifs que les médiations restauratives, tout en réunissant un nombre plus diversifié de participants autour de l'infracteur, de la victime et du médiateur/facilitateur¹⁹²³. L'intérêt de ce format réside dans le soutien que l'environnement familial ou social est susceptible d'apporter aux protagonistes, notamment à l'auteur, en vue de l'aider à modifier son comportement futur et de réparer les torts causés à la victime ou à la communauté¹⁹²⁴.

748. Le cercle de sentence ou de détermination de la peine. Ce cercle est envisageable lorsque la communauté à laquelle appartiennent les protagonistes de l'infraction est particulièrement affectée par le crime¹⁹²⁵. Cette forme de justice restaurative est une adaptation moderne des pratiques des Premières Nations d'Amérique du Nord. Ils ont été réintroduits par les pratiques du Juge Barry Stuart dans le Yukon dès 1978 et opèrent aujourd'hui au sein de nombreuses communautés autochtones dans la plupart des provinces canadiennes ainsi qu'au Nunavik¹⁹²⁶. Le juge Barry Stuart qui préfère la notion de « *cercles de paix* » pour les désigner, fut le premier à reconnaître le rôle d'un cercle dans une décision de justice¹⁹²⁷. Ces cercles ont pour ambition d'aboutir, par consensus, à une décision qui réponde aux préoccupations de tous les intéressés. Ils permettent à chacun de s'exprimer sur les conditions de l'émergence du conflit, ses conséquences et répercussions afin d'envisager une

¹⁹²⁰ Cleve COOPER et Jharna CHATTERJEE, « Punishment at the Turn of the Century : The RCMP Perspective », (1999) *Canadian Institute for the Administration of Justice Conference*, <http://www.ciaj-icag.ca/sentencing/Cooper.html>.

¹⁹²¹ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 114.

¹⁹²² R. CARIO, préc., note 1894, p. 5.

¹⁹²³ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.4.

¹⁹²⁴ R. CARIO, préc., note 1894, p. 5 ; Sur les Conférences de groupe familial, V. not. F.W.M. MCELREA, « The New Zealand Youth Court : a model for use with adults », In Burt GALAWAY, Joe HUDSON (Eds), *Restorative Justice : international perspectives, Criminal Justice*, Press/Kugler pub., 1996, pp. 69-83 ; Allison MORRIS, Gabrielle MAXWELL, « Restorative in New Zealand : Family group conferences as a group study », In *Western Criminology Review*, 1998 [on line], <http://wcr.sonoma.edu> ; Allan MACRAE, Howard ZEHR, *The little book of family group conferences. New Zealand style: a hopeful approach when youth cause harm*, Good books Pub., 2004.

¹⁹²⁵ <https://www.justicerestaurative.org/les-mesures-de-justice-restaurative/>

¹⁹²⁶ R. CARIO, préc., note 1894, p. 6.

¹⁹²⁷ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 76.

résolution qui prenne en compte les intérêts de tous et consolide les valeurs communes de la collectivité concernée sur quatre plans : affectif, physique, psychologique et spirituel¹⁹²⁸.

À la différence des deux autres, cette forme de justice restaurative est ouverte à tous les membres de la communauté qui souhaitent y participer, en présence du juge¹⁹²⁹ ; la communauté est ainsi très impliquée dans ce modèle¹⁹³⁰. Dans le cas où le cercle est présidé par un juge, ce sont toujours les membres du cercle qui proposent les mesures de réparation et les modalités de sanction. Ces dernières sont rassemblées dans un plan global, caractérisé par la diversité des solutions proposées. Cela peut prendre la forme d'une détention, mais aussi d'une réparation directe ou encore d'une aide à la réinsertion¹⁹³¹. Des cercles de suivi contrôlent la mesure dans laquelle le délinquant respecte le plan mis au point par le cercle¹⁹³².

Afin de produire les effets escomptés et d'emporter la satisfaction de tous, la pratique des cercles doit répondre à certaines conditions¹⁹³³. En premier lieu, la représentation de chacune des trois parties doit être équilibrée, afin que toutes se sentent soutenues. En deuxième lieu, les groupes concernés doivent définir eux-mêmes les outils qui leur permettront de régler leurs conflits. En troisième lieu, les ressources financières qui lui sont consacrées doivent être à la mesure de l'ambition de la justice restaurative. Enfin, la diversité des intervenants professionnels est un gage de réussite. La préparation est également primordiale pour le succès de la mesure¹⁹³⁴.

749. Le cercle de soutien et de responsabilité. Cette forme de justice restaurative s'adresse aux personnes condamnées pour une infraction à caractère sexuel à une peine privative de liberté qui, à l'issue de son exécution, vont se trouver très isolées socialement alors qu'un risque important de récidive demeure¹⁹³⁵. Ces cercles fonctionnent surtout au Canada et ont vu le jour en 1994¹⁹³⁶. Ils s'intéressent particulièrement aux délinquants sexuels présentant

¹⁹²⁸ R. CARIO, préc., note 1810.

¹⁹²⁹ Id.; *Conseil national de l'aide aux victimes*, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007, p. 4.

¹⁹³⁰ H. ZEHR, préc., note 1783, pp. 76-77 : « Comme la communauté est impliquée, les discussions qui se tiennent dans le cercle sont souvent plus larges que dans d'autres modèles de rencontres. Les participants peuvent y évoquer des situations communautaires qui ont pu générer ou favoriser le crime ou l'infraction, ou y discuter des besoins des victimes et des infracteurs, ou encore souligner les obligations de la communauté, ses normes ou tout autre sujet qui la concerne ».

¹⁹³¹ *Conseil national de l'aide aux victimes*, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007, p. 4.

¹⁹³² P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, Canada, 2001, p. 119.

¹⁹³³ *Conseil national de l'aide aux victimes*, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007, p. 5.

¹⁹³⁴ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, pp. 120-121.

¹⁹³⁵ <https://www.justiceres restaurative.org/les-mesures-de-justice-restaurative/>

¹⁹³⁶ <https://www.cercladesoutien.org/a-propos>

un risque de récidive élevé et arrivant en fin de peine sans qu'aucun accompagnement social ne soit prévu¹⁹³⁷.

Le cercle de soutien et de responsabilité est proposé par un coordinateur du détenu. Ce dernier bénéficiera du soutien attentif et assidu de bénévoles, issus de la communauté et spécialement formé, constituant le « *cercle d'accompagnement* »¹⁹³⁸. Ce dernier constitue le premier cercle, si ses membres rencontrent des difficultés dans l'accompagnement de l'auteur, un « *cercle ressource* », composé de professionnels bénévoles est disponible¹⁹³⁹. Le délinquant se sent alors soutenu et réinséré dans sa communauté. La création de cercles d'accompagnement et de ressources peut en devenir une variante pour toutes les autres infractions graves, aux mêmes conditions¹⁹⁴⁰. Le cercle fournit un soutien individualisé au quotidien à un ex-détenu. Celui-ci doit en retour s'engager à respecter un plan de gestion de cas qui vise à atténuer les risques, prévenir la rechute, réagir aux inquiétudes des habitants de la communauté et favoriser sa réinsertion sociale. Il rencontre les bénévoles individuellement en plus de participer à une rencontre avec le cercle chaque semaine¹⁹⁴¹.

Cette formule a un intérêt certain pour limiter la récidive, et recouvre également un intérêt économique en raison de la participation bénévole des participants¹⁹⁴².

750. Les rencontres détenus-victimes ou condamnés victimes. Ces rencontres invitent un groupe de quatre ou cinq personnes condamnées détenues (RDV) ou condamnées libérées (RCV), et un groupe de quatre ou cinq personnes ayant été victimes d'une infraction qui ne sont pas concernées par la même affaire mais par une affaire similaire, à se rencontrer. À l'occasion de cinq rencontres et d'une rencontre bilan, les participants abordent les répercussions consécutives à l'infraction dans leurs vies respectives. À la différence des autres formules, les rencontres interviennent en *post-sentenciam*. Elles s'appliquent très bien aux infractions les plus graves, notamment les violences sexuelles¹⁹⁴³.

Les rencontres restauratives entre auteurs et victimes à l'étape de l'exécution des peines, auparavant dénommées « *face to face* », ont vu le jour en 1983 à Rochester en Angleterre, sous l'impulsion de Peter Taylor, aumônier d'un centre de détention pour jeunes. Au Canada, la formule a été introduite à Winnipeg en 1987¹⁹⁴⁴, et est depuis largement pratiquée au sein des

¹⁹³⁷ R. CARIO, préc., note 1810.

¹⁹³⁸ <https://www.justicerestaurative.org/les-mesures-de-justice-restaurative/>

¹⁹³⁹ Id.

¹⁹⁴⁰ R. CARIO, préc., note 1810.

¹⁹⁴¹ <https://www.cercladesoutien.org/a-propos>

¹⁹⁴² Id. , Voir rapport d'évaluation du projet pilote des CSR publié en 2005.

¹⁹⁴³ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 107.

¹⁹⁴⁴ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 40.

pénitenciers fédéraux du Québec¹⁹⁴⁵. La France a récemment exporté ce modèle en l'adaptant largement à la culture française. Afin de rentrer dans le cadre rigide du droit français, elle a dû se pourvoir d'un dispositif rigoureux, faire l'objet d'un processus d'évaluation strict dans le but d'intégrer le dispositif de justice pénale français en toute complémentarité avec ce dernier et d'acquiescer force de loi¹⁹⁴⁶.

Les rencontres restauratives ne poursuivent pas les mêmes objectifs que les mesures précédentes. En effet, elles interviennent lorsque la sanction prononcée contre l'auteur est en cours d'exécution et la victime déjà indemnisée par le système conventionnel. Les participants aux rencontres viennent alors se libérer de leurs émotions négatives consécutives au crime et qui continuent de les submerger puisque le procès pénal ne les a pas effectivement prises en comptes¹⁹⁴⁷. Les rencontres restauratives ont pour objectif, non pas de trouver une solution ensemble à un conflit, mais visent à créer un dialogue ainsi qu'à établir une communication entre les différents participants¹⁹⁴⁸. En permettant ce dialogue, les RDV et RCV promettent de mettre fin à une certaine forme d'isolement tant extérieur qu'intérieur¹⁹⁴⁹. Les RDV et RCV permettent aussi de corriger le déséquilibre de pouvoir créé par le crime. Ces rencontres, de la même façon que les autres formes de justice restaurative s'intéressent davantage aux conséquences du conflit qu'aux causes ou à la gravité de l'infraction. Centrées sur l'avenir, elles ouvrent la porte de la restauration¹⁹⁵⁰.

751. Des formes distinctes, des finalités communes. Les développements précédents ont analysé les différentes formes que pouvait revêtir la justice restaurative. Il s'agit tout simplement de diverses manières de concevoir des rencontres. Elles se distinguent par le nombre et les catégories de parties prenantes qui y sont incluses, ainsi que par leur différent style de facilitation. Elles se ressemblent par leurs finalités, à savoir l'intégration des individus à la résolution du conflit et la recherche consensuelle d'une solution. Il convient de préciser que les distinctions entre les différentes formes que peut prendre la justice restaurative sont moins vivaces qu'autrefois, ces diverses pratiques ont tendance à se mêler¹⁹⁵¹.

¹⁹⁴⁵ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 107.

¹⁹⁴⁶ Id. ; CARIO, R., « Justice restaurative, une évolution cruciale », (2012) 1046 *Lien social* 20.

¹⁹⁴⁷ R. CARIO, préc., note 1352 ; T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 43, « Trop souvent ignorée par le système judiciaire ou frustrée de ne pas être entendue dans sa demande d'aide, la victime va trouver là une opportunité d'exister socialement et de se faire justice ».

¹⁹⁴⁸ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 107, p. 117.

¹⁹⁴⁹ Id., p. 107, p. 11.

¹⁹⁵⁰ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 42.

¹⁹⁵¹ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 77.

752. Des formes distinctes, des succès communs. Les nombreuses recherches scientifiques internationales sur la justice restaurative, publiées ces vingt dernières années démontrent que l'ensemble des programmes restauratifs, quels qu'ils soient et où qu'ils soient, permettent une meilleure réparation et une meilleure satisfaction des usagers ; en comparaison aux programmes ou procédures traditionnellement proposées par le système conventionnel¹⁹⁵². Ces bienfaits peuvent s'expliquer notamment par l'intervention d'un nouvel acteur dans la résolution du conflit, à savoir la communauté.

2) De nouveaux intervenants

753. La communauté : une entité abstraite¹⁹⁵³. La justice restaurative fait intervenir un acteur nouveau et difficilement définissable : la « communauté ». Cet acteur pourtant essentiel aux processus restauratifs est difficile à conceptualiser. Le concept pose des difficultés au sein même du champ de la justice restaurative à deux égards, tant au regard de son contenu, que des modalités de son intégration dans les processus de justice restaurative¹⁹⁵⁴. La notion n'a jamais été réellement définie¹⁹⁵⁵, sinon au travers de l'intérêt commun que partage ses membres¹⁹⁵⁶. En effet, selon John Braithwaite, la communauté est « *le réseau des interactions par lequel les gens peuvent partager des valeurs et des intérêts.* »¹⁹⁵⁷ La « communauté » ou « collectivité » pourrait être définie comme constituée par les membres d'un groupe social touché par une infraction ; il convient de l'entendre dans son acception sociale et non identitaire¹⁹⁵⁸. La communauté est ainsi le lieu où l'infraction est commise et celui où elle doit être résolue¹⁹⁵⁹.

754. Une divergence quant à l'implication de la communauté. Deux versions de la justice restaurative coexistent et ne s'accordent pas sur la place à laisser à la communauté.

¹⁹⁵² C. ROSSI et R. CARIO, « Les bienfaits de la justice restaurative », p. 3, <https://www.thyma.fr/les-bienfaits-de-la-justice-restaurative/>.

¹⁹⁵³ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 51 : « Le concept même de « communauté » peut sembler tellement abstrait qu'il en devient inutilisable ».

¹⁹⁵⁴ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 51.

¹⁹⁵⁵ C. ROSSI, préc., note 1787.

¹⁹⁵⁶ R. CARIO, « De la Justice restaurative. Pour une authentique œuvre de Justice en France », dans *L'exigence de justice*, Mélanges en l'honneur de Robert Badinter, Paris, Dalloz, 167.

¹⁹⁵⁷ J. BRAITHWAITE, préc., note 256, pp. 172-173.

¹⁹⁵⁸ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p. 4, nbp.2

¹⁹⁵⁹ M. KIM, préc., note 1799, p. 52.

L'une est centrée sur le processus restauratif, tandis que l'autre est focalisée sur le résultat. Dans la première la communauté est au centre du processus, tandis que dans la seconde, le processus de réparation ne suppose pas l'inclusion des communautés¹⁹⁶⁰. Dans le modèle puriste, celui qui est pratiqué dans les deux pays, la communauté occupe une place primordiale tant en tant que victime qu'en tant qu'actrice à la résolution du conflit.

755. La communauté : une victime du conflit. Dans le conflit tel que conceptualisé dans le cadre de la justice restaurative, le crime a un impact sur la communauté. Cette dernière doit ainsi être considérée comme une victime indirecte ou secondaire¹⁹⁶¹. En effet, le crime est considéré comme une crise sociale, non comme une crise interpersonnelle¹⁹⁶². La justice restaurative a pour objectif final la restauration de la paix de la communauté altérée par l'infraction en réparant les préjudices et en réintégrant les intéressés blessés par l'infraction¹⁹⁶³.

Tout comme la victime directe, la communauté a certains besoins envers la justice. Ces derniers sont les suivants : une attention à leurs préoccupations en tant que victimes, en d'autres termes la reconnaissance de leur victimisation ; la possibilité de construire le sentiment d'appartenance à une communauté et de responsabilité mutuelle ; enfin, un encouragement à prendre en charge leur obligation pour le bien-être de leurs membres, y compris les victimes et les infracteurs, et à créer les conditions qui garantissent la bonne santé de la communauté¹⁹⁶⁴.

756. La communauté : un acteur dans la résolution du conflit. Dans les processus restauratifs, la communauté constitue un organe de régulation des conflits¹⁹⁶⁵. Dans la mesure où l'infraction a des impacts sur les membres de la communauté, elle est considérée comme une partie prenante concernée devant prendre un rôle actif dans le processus restauratif¹⁹⁶⁶. Beaucoup de programmes restauratifs se sont d'ailleurs fondés sur les communautés¹⁹⁶⁷.

Là où le procès pénal donne les pleins pouvoirs à l'État, la justice restaurative redonne la gestion du conflit à la communauté. Le modèle restauratif redistribue les rôles entre l'État, responsable du maintien de l'ordre public, et la communauté, responsable du maintien de la paix sociale¹⁹⁶⁸. Cette dernière est présente pour signifier une participation sociale symbolique

¹⁹⁶⁰ Id., p. 79.

¹⁹⁶¹ H. ZEHR, préc., note 1783, pp. 40-41.

¹⁹⁶² C. ROSSI, préc., note 1787, nbp 3.

¹⁹⁶³ M. KIM, préc., note 1799, p. 53.

¹⁹⁶⁴ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 41.

¹⁹⁶⁵ Id., p. 80.

¹⁹⁶⁶ H. ZEHR, préc., note 1783, pp. 47-48 ; M. KIM, Id., pp. 52-53.

¹⁹⁶⁷ M. KIM, Id., p.53.

¹⁹⁶⁸ R. CARIO, préc., note 1894, p. 3.

aux événements subis par les uns ou causés par les autres, et ainsi aider à reconstruire un certain tissu social par un processus concomitant de déconstruction du couple pénal¹⁹⁶⁹. La participation de la communauté aux processus restauratifs rappelle aux auteurs et aux victimes leur appartenance à un tout, et limite ainsi le sentiment d'isolement.

Lorsqu'une communauté s'implique dans la résolution d'un conflit, elle crée alors un espace où débattre de ces questions dans un processus qui favorise le renforcement des liens internes à la communauté¹⁹⁷⁰. Le caractère bénévole de la participation de la communauté renforce symboliquement les effets de sa participation.

757. La communauté : une entité responsabilisée. Parce qu'elle vise la réparation de tous, la justice restaurative se caractérise par un appel à la responsabilité des personnes concernées par l'infraction, notamment la communauté¹⁹⁷¹. Le problème est considéré comme celui de l'ensemble d'une communauté. La communauté et ses membres partagent la responsabilité des facteurs sociaux, économiques et culturels qui contribuent à l'apparition de l'infraction¹⁹⁷². Cette dernière se doit par conséquent de prendre sa responsabilité à l'égard de la victime, de l'infacteur et d'elle-même¹⁹⁷³. La communauté se doit d'encourager et d'aider l'infacteur à réparer la victime, ainsi que lui-même. Elle a également la responsabilité de combattre les facteurs de risque de nature à favoriser les passages à l'acte criminel, en participant à sa prévention¹⁹⁷⁴. La communauté est alors vue comme un acteur permettant d'aider à la résolution d'un conflit ainsi que permettant de lutter contre la récidive, jouant alors un rôle de prévention.

758. Étude de cas : le rôle des membres de la communauté dans les rencontres restauratives. Les rencontres restauratives font intervenir plusieurs acteurs, à savoir les victimes, les infracteurs, les animateurs et les membres de la communauté. Ces derniers sont une ou deux personnes proches du milieu des victimes ou des détenus. Les individus représentant la communauté ont un rôle très discret de présence égale aux deux groupes¹⁹⁷⁵. Elles permettent de faire la liaison entre le milieu carcéral et le monde extérieur. Cette liaison,

¹⁹⁶⁹ C. ROSSI, préc., note 1787, n° 3 ; CARIO, R., « Les rencontres restauratives en matière pénale. De la théorie à l'expérimentation des RDV », (2011) *A.J. pénal* 294.

¹⁹⁷⁰ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 41.

¹⁹⁷¹ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 29.

¹⁹⁷² M. KIM, préc., note 1799, p. 54.

¹⁹⁷³ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 41.

¹⁹⁷⁴ <http://www.justiceres restaurative.org/les-principes-de-la-justice-restaurative/> .

¹⁹⁷⁵ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 46.

ce passage de la voie des uns vers les autres, contribue à rapprocher la communauté du monde carcéral et ouvrent celle-ci aux besoins des victimes¹⁹⁷⁶. Cette importance de la communauté tant en tant qu'agent de liaison, qu'agent de résolution du conflit, participe à l'humanisation globale de la justice offerte par le modèle restauratif.

B. Une nouvelle façon de percevoir l'humain dans le contexte de la justice

« La justice doit ennoblir l'esprit humain. Sinon, ce n'est pas de la justice », James Rota dans Commission du droit du Canada, 2003.

759. Une justice humaniste. L'humain est au cœur de la justice restaurative, et plus précisément la foi, la confiance en l'être humain, et sa capacité à éprouver de l'empathie et à changer de conduite¹⁹⁷⁷. On ne réduit pas l'être humain à ses actes, on va au-delà et on lui accorde une vraie possibilité de changement. La justice restaurative peut être qualifiée de modèle humaniste car elle s'intéresse profondément à l'humain, en se focalisant plus spécifiquement sur ses besoins suite à la commission d'une infraction. Elle redonne ainsi aux personnes leur dignité humaine¹⁹⁷⁸. La justice restaurative se veut être une solution juste et effective pour tous, sans différenciation raciale¹⁹⁷⁹.

760. Une justice soucieuse de tous. La justice restaurative est orientée vers les besoins de tous, à la différence du système conventionnel qui est initialement tournée vers le besoin répressif de l'État. Néanmoins, le modèle classique a peu à peu intégré les besoins de l'auteur et de la victime dans ses processus et finalités. Si cette inclusion s'est faite progressivement, suite à une prise de conscience collective ; l'inclusion des protagonistes dans les processus restauratifs est innée. En effet, les besoins de la victime (1) et ceux de l'auteur (2) constituent le moteur de tout mécanisme restauratif.

¹⁹⁷⁶ Id., p. 46.

¹⁹⁷⁷ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 23.

¹⁹⁷⁸ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 177.

¹⁹⁷⁹ M., C., GRAVES, D., L. GRAY et O., SCHUB, préc., note 1797, p. 219.

1) Une justice tournée vers les besoins de la victime

761. Un modèle tourné vers la victime. Les droits et garanties procédurales octroyés à la victime, tels que vue dans la deuxième partie sont pleinement intégrés dans les processus restauratifs, puisque la victime y est au centre. En effet, le modèle restauratif définit la justice d’abord comme une restauration psychologique et matérielle de la victime plutôt que comme une punition de l’auteur, même si cette option n’est pas exclue¹⁹⁸⁰. La justice restaurative permet ainsi de répondre de façon plus effective que le modèle classique aux besoins des victimes. Toute les formes de justice restaurative visent à protéger les intérêts de la victime et à empêcher sa revictimisation¹⁹⁸¹. Cette centralisation de la justice restaurative autour de la victime a un double intérêt. Elle permet d’éviter un tournant répressif, d’une part ; tout en évitant de tomber dans le piège de la dramatisation, donc de l’instrumentalisation de la victime, d’autre part¹⁹⁸².

762. Justice restaurative et besoins de la victime. Tel qu’analysé dans la deuxième partie, les victimes ont certains besoins et attentes à l’encontre de la justice, qu’elle soit rétributive ou restaurative. Concernant la justice restaurative, la littérature révèle que les victimes participent aux différents processus afin d’obtenir un dédommagement, d’aider le délinquant, de lui faire prendre conscience des conséquences de ses actes et de lui poser des questions notamment sur ce qui l’a amené à commettre son crime¹⁹⁸³. Les études démontrent également que les victimes ressortent majoritairement satisfaites de leur expérience restaurative¹⁹⁸⁴.

763. Justice restaurative et besoin de reconnaissance. Tous les besoins de la victime répertoriés dans les développements précédents font partie intégrante de tous processus restauratifs. S’agissant de la reconnaissance des victimes par la justice, ce besoin est la clé ainsi

¹⁹⁸⁰ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 18.

¹⁹⁸¹ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 59.

¹⁹⁸² Dominique YOUNG, « Justice restaurative à la pjj. Le destin de la mesure de réparation », (2014) 59 *Les Cahiers Dynamiques* 51, p. 54 : « Plutôt que nier le problème de l’insécurité, la commission Menga propose de la traiter par le biais de la victime. C’est en traitant la question de la victime qu’on pourra éviter un tournant répressif : « Nous retiendrons l’idée d’un nécessaire effort d’imagination et de générosité sociales conjuguées, afin d’éviter le piège d’une option répressive abusivement fondée sur une dramatisation de la victime. »

¹⁹⁸³ Jo-Anne WEMMERS et Marisa CANUTO, « Expériences, attentes et perceptions des victimes à l’égard de la justice réparatrice : analyse documentaire critique », Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, 2002, p. 39.

¹⁹⁸⁴ Id., p. 39.

que le socle de tous les besoins analysés en victimologie. Il est intégré indirectement et de façon contemporaine dans le cadre du procès pénal, mais se voit souvent insatisfait ; particulièrement dans le cadre des infractions sexuelles¹⁹⁸⁵. Cette reconnaissance qui revêt deux facettes, à savoir la reconnaissance de son statut de victime par la justice d'une part, et la reconnaissance de l'acte commis par l'auteur des faits d'autre part, est satisfaite de façon effective dans le cadre de la justice restaurative. Le besoin de reconnaissance s'accompagne d'un besoin de justification. La victime a besoin de se sentir justifié par rapport à elle-même¹⁹⁸⁶. La justice restaurative permet cette reconnaissance et cette justification, puisqu'elle ouvre un dialogue entre les protagonistes de l'infraction. Ce dialogue ayant pour finalité la compréhension de l'acte et de ses conséquences ainsi que la responsabilisation de l'auteur. La reconnaissance de la victime passe par la satisfaction de ses autres besoins fondamentaux.

764. Justice restaurative et besoin d'information. L'information est cruciale afin d'atténuer la crainte des victimes¹⁹⁸⁷ ; ainsi que de les aider à faire face aux conséquences négatives de l'acte criminel¹⁹⁸⁸. Le besoin d'information des victimes est double, elles ont besoin d'obtenir des réponses à leurs questions (Pourquoi l'infraction a été commise ? Pourquoi moi ?) ; elles ont également besoin d'obtenir des informations sur le suivi de leur dossier¹⁹⁸⁹. Le besoin à l'information est consacré dans les *Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale*¹⁹⁹⁰. En effet, ce texte consacre le droit des parties d'être pleinement informé de leurs droits, de la nature du processus et des conséquences éventuelles de leur décision. En pratique, cette attente est majoritairement comblée par les processus restauratifs¹⁹⁹¹.

765. Justice restaurative et besoin de participation. Concernant le besoin de participation de la victime, celui-ci a été identifié en victimologie, ce besoin vise une participation à la fois passive et active. La première partie a permis de démontrer que ce besoin trouvait une réponse en droit positif. L'ampleur de cette participation varie selon que l'on se place sur la scène criminelle canadienne ou sur la scène pénale française, et reste limité par les

¹⁹⁸⁵ La deuxième partie a permis de démontrer que des phénomènes telle que la correctionnalisation ou encore les classements sans suite, notamment, ne favorisaient pas la reconnaissance des victimes.

¹⁹⁸⁶ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 37.

¹⁹⁸⁷ M. UMBREIT, préc., note 1987.

¹⁹⁸⁸ J.-A. WEMMERS, préc., note 1529.

¹⁹⁸⁹ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 37.

¹⁹⁹⁰ Résolution 2002/12 du Conseil économique et social, *Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale*.

¹⁹⁹¹ J.-A. WEMMERS et M. CANUTO, préc., note 1983, p. iii.

règles strictes et formelles du procès pénal. Dans le cadre de la justice restaurative à l'inverse, ce besoin semble pouvoir être totalement satisfait. Les processus de justice restaurative répondent au besoin de participation de la victime sur deux plans : en donnant à la victime un pouvoir de prise de décision d'une part, et en leur permettant de prendre part au processus de prise de décision, d'autre part¹⁹⁹². Cette participation active des victimes permet de les responsabiliser, et leur redonne ainsi du pouvoir sur leur vie.

Son besoin de participation est également comblé par le fait que les processus restauratifs laissent à la victime la pleine capacité de s'exprimer, de dire la vérité et d'être entendue par l'auteur des faits, cela est essentiel¹⁹⁹³. Les processus restauratifs assurent également le droit des victimes de ne pas participer au programme¹⁹⁹⁴.

766. Une participation apaisante. La participation de tous dans la résolution du conflit telle que permis dans les processus restauratifs est bénéfique pour l'apaisement de tous les participants, et favorise la paix sociale. La justice restaurative opère chez la victime une diminution de son désir de vengeance¹⁹⁹⁵. Une étude a révélé que les victimes d'un crime avec violence ayant participé à une conférence sont beaucoup moins vindicatives à l'encontre de leur agresseur que les victimes d'un crime avec violence dont le cas a été renvoyé au système traditionnel de justice pénale¹⁹⁹⁶. La justice classique aiguise les émotions négatives chez les parties, tandis que la justice restaurative impulse des émotions positives chez les participants.

767. Justice restaurative et besoin de réparation. Concernant le besoin de réparation, en victimologie, il ressort que ce besoin est à la fois d'ordre matériel, mais également d'ordre moral, émotionnel. La première partie a permis de démontrer que la réparation matérielle des victimes était prise en considération dans le cadre du procès pénal. Ce dernier n'étant pas le lieu adéquat pour une réparation émotionnelle. À l'inverse, la justice restaurative permet largement et effectivement cette réparation émotionnelle¹⁹⁹⁷, souvent primordiale chez les victimes d'infraction sexuelle. Les mécanismes restauratifs permettent de répondre au

¹⁹⁹² Id., p. 1.

¹⁹⁹³ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 37.

¹⁹⁹⁴ Résolution 2002/12 du Conseil économique et social, Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale.

¹⁹⁹⁵ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.8.

¹⁹⁹⁶ J.-A. WEMMERS et M. CANUTO, préc., note 1983, p.40.

¹⁹⁹⁷ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 11.

besoin d'obtenir une réparation symbolique chez les victimes¹⁹⁹⁸. Ils vont au-delà d'une simple compensation matérielle, certains parlent de « compensation créative »¹⁹⁹⁹.

768. Une protection effective contre une seconde victimisation. Tout processus judiciaire ou de réparation telle que la justice restaurative comporte un risque de seconde victimisation pour la victime, celle-ci devra être confrontée de nouveau à son agresseur ainsi qu'à l'événement traumatique subi. Les deux premières parties ont démontré que le processus judiciaire classique entraîne un risque concret de victimisation pour la victime, particulièrement dans le domaine des infractions sexuelles. Afin d'éviter cela, les processus restauratifs mettent en place certaines modalités afin d'assurer la sécurité des participants. À cet effet, de nombreux programmes organisent de nombreuses rencontres préparatoires avec la victime afin de la préparer à rencontrer l'auteur. Cette préparation a pour finalité de préparer la victime émotionnellement et psychologiquement afin qu'elle puisse nouer un dialogue en toute sécurité avec le délinquant²⁰⁰⁰. Dans d'autres mécanismes tels que les rencontres détenu-victimes ou condamnés-victimes, la victime ne rencontre jamais son agresseur, ainsi les risques de subir une seconde victimisation sont amoindris. Dans toutes les hypothèses, la participation de la victime est purement volontaire.

769. Un processus équilibré par nature. L'intégration des besoins de la victime dans les intérêts du processus pénal conventionnel apporte avec lui une mise en danger de l'équilibre entre les intérêts en cause. À l'inverse, les pratiques restauratives sont par nature équilibrées, puisqu'elles s'intéressent de la même manière aux besoins de la victime, à ceux de l'auteur et à ceux de la communauté²⁰⁰¹. Aucun protagoniste n'est laissé pour compte, et aucun n'est traité avec plus d'importance qu'un autre. L'équilibre entre les participants est l'une des composantes de tout processus restauratif.

¹⁹⁹⁸ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 37 ; M. KIM, préc., note 1799, p. 67.

¹⁹⁹⁹ B. DEYMIÉ, préc., note 1781, p. 43 : « Albert Eglash, psychologue travaillant dans les prisons américaines dans les années 1950, avait développé le concept de « compensation créative » (creative restitution): la possibilité que l'on pourrait donner aux auteurs de crimes et de délits de s'engager dans une voie de réparation vis-à-vis de leurs victimes. Il insistait pour que l'on ne réduise pas la compensation à la seule réparation financière. »

²⁰⁰⁰ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 60.

²⁰⁰¹ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 15 ; H. ZEHR, préc., note 1783, p. 56.

2) Une justice tournée vers les besoins de l'auteur

770. Une revalorisation de l'infracteur. La justice restaurative permet de rétablir la rupture instaurée par l'infraction mais également celle instaurée par le processus pénal, en revalorisant notamment l'auteur qui, dans le système classique est trop souvent réduit à son acte. Dans les processus restauratifs, l'auteur n'est plus perçu qu'au regard de l'acte qu'il a commis, la perception de l'auteur va au-delà de ça et s'élève à ses capacités en tant qu'humain²⁰⁰². On estime que c'est l'acte qui doit être blâmé, pas l'individu²⁰⁰³.

L'auteur d'une infraction est revalorisé en tant qu'humain, la honte suscitée par son acte devient réintégrative²⁰⁰⁴. Elle est ici envisagée non pas comme un motif d'isolement ou d'ostracisations, mais dans une optique de réintégration. On passe d'une honte désintégrative à une honte réintégrative²⁰⁰⁵. La justice restaurative permet la réintégration des individus, en vertu du principe qu'il est mauvais pour une société de se démembrer²⁰⁰⁶. Dans ce cadre, l'auteur prend conscience qu'il appartient à la communauté, prête à l'accueillir après s'être acquitté de ses obligations. Il mesure ainsi que c'est l'acte qu'il a commis qui est perçu comme inacceptable, alors que lui-même demeure une personne, ayant toute sa place parmi les autres êtres humains²⁰⁰⁷.

771. Une responsabilisation de l'infracteur. Les mécanismes restauratifs visent la responsabilisation de l'auteur, c'est-à-dire la prise de conscience par ce dernier des causes et des effets de son acte²⁰⁰⁸. La justice restaurative ne se contente pas de signifier à l'auteur sa méconduite et de le sanctionner pour cela, elle va plus loin dans la prise de conscience. En le responsabilisant, la justice restaurative encourage sa capacité à se transformer²⁰⁰⁹. La

²⁰⁰² J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 23 : « Une certaine conception de l'être humain, et plus spécifiquement du jeune sous-tend la justice restaurative, même s'il commet des actes délictueux, il n'est pas réduit à ses actes, et on fait le pari qu'il est apte à éprouver de l'empathie pour ses victimes et à désirer changer de conduite ».

²⁰⁰³ M. KIM, préc., note 1799, p. 60.

²⁰⁰⁴ « Reintegrative shame » ou honte réintégrative, notion qui est pour certains auteurs indissociable de la justice restaurative voir not. J. BRAITHWAITE, préc., note 256. ; H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Good books Pub., 2002, 72 p. ; Jacques FAGET, La justice restaurative, In *La Justice en perspectives. La justice restaurative en France*, Session de formation continue, <http://www.enm.justice.org>.

²⁰⁰⁵ M. KIM, préc., note 1799, p. 59 : « La honte réintégrative est fermement à distinguer de la honte désintégrative (disintegrative shaming) qui considère la désapprobation comme une fin en soi en vue de la stigmatisation ou étiquetage qui ruine le lien entre le délinquant et la société ».

²⁰⁰⁶ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 17.

²⁰⁰⁷ R. CARIO, préc., note 1810, p. 230.

²⁰⁰⁸ Conseil Économique et Social des Nations Unies (E/2002/30) Le Conseil économique et social, « Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale », p. 3 ; I. 3) ; II. 11).

²⁰⁰⁹ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 40.

responsabilisation de l'infracteur permet à ce dernier de recevoir la sanction qu'il mérite²⁰¹⁰, et respecte ainsi le principe d'individualisation des peines. En favorisant la compréhension de son acte, l'auteur est à même de ressentir de l'empathie par rapport à la victime²⁰¹¹ ; un tel phénomène est impossible dans le processus classique qui nourrit l'adversité entre l'auteur et sa victime.

772. Une réparation de l'infracteur. La justice restaurative considère l'auteur de l'infraction comme une victime²⁰¹². Bien souvent, les infracteurs ont eux-mêmes été victime d'actes qui les ont profondément marqués. Si cela n'excuse en rien l'acte commis, cela permet de le comprendre et d'essayer de réparer l'auteur. Afin de diminuer la criminalité, il paraît essentiel de s'intéresser au sentiment de victimisation de l'auteur des faits²⁰¹³, ce que fait la justice restaurative. Cette dernière vise à aider toutes les parties, y compris l'auteur à être plus à même de poursuivre leur vie de façon positive²⁰¹⁴. En assurant la réparation de l'auteur des faits, la justice restaurative permet une réduction considérable des risques de récidive, et contribue ainsi à endiguer en partie le phénomène criminel.

773. Une réintégration de l'infracteur. Là où la peine proposée par le procès pénal peine à remplir sa fonction de réhabilitation, le mécanisme restauratif quant à lui permet à l'auteur des faits d'être pleinement réintégré dans sa communauté. En intégrant la communauté dans le processus restauratif, l'auteur qu'il appartient à un groupe qui l'accepte et lui accorde une chance de s'améliorer.

774. De l'intégration des protagonistes dans les processus à l'intégration des processus dans la pratique des pays. Les développements précédents ont mis en lumière la façon dont les processus restauratifs intègrent pleinement les personnes concernées par l'infraction, dans la résolution de leur conflit. Cette logique intégrative n'est pas celle traditionnellement suivie par le modèle conventionnel. Néanmoins, le processus pénal classique se rapproche de la logique restaurative en intégrant progressivement les victimes aux diverses étapes du processus. On perçoit ainsi une convergence entre les deux modèles. Cette

²⁰¹⁰ Id., p. 38.

²⁰¹¹ Id., p. 38.

²⁰¹² Id., pp.54-55.

²⁰¹³ Id., p. 55.

²⁰¹⁴ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 90.

convergence s'accroît depuis l'intégration des programmes restauratifs au sein du processus pénal des deux pays.

Section 2 : L'intégration de la justice restaurative dans le droit positif

775. Une intégration prévisible. L'introduction de la justice restaurative dans la pratique juridique des deux pays résonne comme une évidence. Face aux diverses critiques adressées au modèle classique, et au regard de la multiplication des courants idéologiques et victimologiques luttant contre ces défauts, l'intégration des pratiques restauratives dans notre paysage juridique était inévitable. En effet, la justice restaurative apparaît comme une tentative pour résoudre certaines des limites du système classique²⁰¹⁵. Au-delà d'être inévitable, cette intégration est souhaitable afin d'améliorer tant le sort des protagonistes de l'infraction que celui de la justice elle-même²⁰¹⁶. La réintégration des modèles restauratifs sur la scène judiciaire française et canadienne apparaît comme un signe d'espoir, et semble constituer la voie de l'avenir²⁰¹⁷.

776. Une intégration en complémentarité. Malgré les défauts de la justice pénale classique, maintes fois soulignés dans nos développements précédents, notre posture n'est pas abolitionniste. Par conséquent, nous n'envisageons pas la justice restaurative comme une voie de rechange qui viendrait remplacer la voie classique, mais comme une solution complémentaire qui viendrait atténuer les défauts de la justice classique²⁰¹⁸ ; en proposant aux protagonistes de nouveaux outils pour résoudre leur conflit et apprendre à vivre avec. Il s'agit donc d'une solution complémentaire²⁰¹⁹, pouvant intervenir à toutes les étapes du processus judiciaire. En droit positif, les deux modèles coexistent²⁰²⁰. Cette coexistence permet de répondre au phénomène criminel de façon plus juste et équitable. En dépit de ses bienfaits, la coexistence suscite quelques questions : quels accommodements sont pris de la part des deux

²⁰¹⁵ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 26.

²⁰¹⁶ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008, p. 2 : « Les programmes de justice réparatrice peuvent être utilisés pour réduire la charge de travail du système de justice pénale, déjudiciariser des affaires et doter le système d'un éventail de sanctions constructives ».

²⁰¹⁷ H. ZEHR, préc., note 1783, p. 26.

²⁰¹⁸ J. BRAITHWAITE, « A Future Where Punishment is Marginalized : Realistic or Utopian? » (1999) 46 *UCLA L. Rev.* 1727, p. 1742.

²⁰¹⁹ Voir not. *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. xvii ; H. ZEHR, préc., note 1783, p. 26 ; Conseil Économique et Social des Nations Unies (E/2002/30) Le Conseil économique et social, « Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale », Annexe, p. 3.

²⁰²⁰ *Conférence de consensus sur la prévention de la récidive*, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.1 : « La justice restaurative coexiste avec la justice pénale, mais les deux procédures ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Si la justice pénale vise la sanction de l'acte, l'objectif de la HR est d'accompagner la restauration la plus complète possible de tous ceux qui ont été touchés par cet acte ».

modèles ? Faut-il parler d'hybridation des modèles, de création d'un système mixte ou d'appropriation de l'un par rapport à l'autre²⁰²¹? Les développements ultérieurs mettront en lumière une appropriation de l'un par rapport à l'autre : le modèle classique prenant des reflets restauratifs, et le modèle restauratif arborant de plus en plus la rigidité et le formalisme du modèle classique.

777. Autopsie d'une intégration. Comme le disait Howard Zehr, la justice restaurative n'est pas une panacée, elle ne constitue pas la solution pour tous les conflits²⁰²². En effet, comme tout processus, la justice restaurative connaît des défauts et possède des limites. Afin de connaître davantage les défis soulevés par l'intégration de la justice restaurative dans nos deux pays, et afin de nous permettre de répondre à la question qui sous-tend cette partie ; à savoir si la justice restaurative représente une réponse pertinente aux violences sexuelles, il convient d'étudier en profondeur les modalités de son intégration. À cette fin, il faudra analyser le cadre de son intégration (I), avant de confronter cette intégration à la pratique des acteurs de la justice restaurative dans les deux pays (II).

I. LE CADRE DE CETTE INTEGRATION

778. Une intégration différée dans les deux pays. La justice restaurative a séduit plus tôt le gouvernement canadien que le gouvernement français. En effet, le modèle restauratif a intégré le système juridique canadien dans les années quatre-vingt-dix, tandis qu'il s'est introduit en France officiellement depuis 2014. Au Canada, dès 1988, le Comité Daubney recommandait déjà au Parlement d'examiner les solutions de rechange à l'incarcération, y compris le recours à la justice restaurative²⁰²³. Par la suite, le gouvernement canadien a démontré sa volonté d'intégrer les mécanismes de justice réparatrice à l'occasion du discours du Trône en date du 12 octobre 1999, dans lequel le gouvernement fédéral a fait connaître son intention de lancer « *un programme de justice restaurative qui aidera les victimes à se remettre de leurs traumatismes et donnera aux délinquants non violents l'occasion de contribuer à réparer les*

²⁰²¹ V. STRIMELLE, préc., note 1815, par. 3.

²⁰²² H. ZEHR, préc., note 1783, pp. 34-35.

²⁰²³ Comité de la justice de la Chambre des communes – « Des responsabilités à assumer » (« Rapport Daubney »), 1988..

torts qu'ils ont commis. »²⁰²⁴ L'intégration des processus restauratifs en droit français, a émergé beaucoup plus tardivement dans l'esprit du gouvernement, et demeure encore aujourd'hui difficilement acceptée par les praticiens du droit. Cette intégration douce et progressive (A) pourrait s'expliquer par une adhésion limitée au modèle restauratif dans les deux pays (B).

A. Une intégration progressive

779. Une intégration en cours. L'intégration de la justice restaurative dans les deux pays s'est faite de façon progressive, et se poursuit encore aujourd'hui. Cette intégration est parfois lente, en particulier en France où la justice restaurative ne correspond pas totalement à la culture juridique bien ancrée du pays. Afin d'analyser cette intégration il convient d'étudier le cadre légal dans lequel s'inscrivent les processus restauratifs dans les deux pays (1), avant d'identifier les obstacles à cette intégration (2), obstacles qui viennent limiter ses effets.

1) Le cadre légal

780. Le cadre légal international. Le droit international permet d'unifier les différentes pratiques de la justice restaurative dans les pays, en dégagant de grands principes communs. La première étape de l'édifice international encadrant la justice restaurative est constituée par la Déclaration de Louvain²⁰²⁵, faite le 14 mai 1997 à l'occasion de la première conférence internationale sur la justice restaurative pour les adolescents, qui promeut ce modèle pour contrer efficacement la délinquance juvénile. En 2000, la *Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice : relever les défis du XXI^e siècle*, est venue encourager « l'élaboration de mesures, de procédures et de programmes de justice réparatrice qui respectent les droits, les besoins et les intérêts des victimes, des délinquants, des collectivités et de toutes les autres parties. »²⁰²⁶ En 2002, le Conseil économique et social de l'ONU a adopté une résolution appelant les États Membres mettant en œuvre des programmes de justice réparatrice à s'inspirer

²⁰²⁴ Ministère de la Justice, 2000, Section sur la justice réparatrice, 1^{er} paragraphe.

²⁰²⁵ *Déclaration de Louvain sur la pertinence de promouvoir l'approche réparatrice pour contrer la criminalité juvénile*, Leuven, 1997.

²⁰²⁶ *Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice : relever les défis du XXI^e siècle*, Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Vienne, 10-17 avril 2000, A/CONF.184/4/Rev.3, para. 29.

d'un ensemble de *Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale*²⁰²⁷. Cette Résolution permet d'unifier et de perfectionner les pratiques restauratives. Afin de perfectionner davantage les pratiques restauratives à travers le monde, en 2005, le Onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants a élaboré une déclaration qui invite les États Membres à admettre la nécessité d'affiner encore les politiques, procédures et programmes de justice réparatrice par des solutions de rechange aux poursuites²⁰²⁸. Depuis, la doctrine n'a cessé de perfectionner ces principes en vue de leur application universelle dans nos systèmes démocratiques de justice pénale.

781. Le cadre légal européen. Dès 1999, le Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation n° R(99) 19 relative à la médiation en matière pénale. Depuis, le recours à la justice restaurative s'est considérablement développé dans le cadre de la justice pénale au sein de certains pays européens²⁰²⁹. Afin d'affiner les pratiques, l'Union européenne a publié en 2001 une décision-cadre énonçant que les États Membres devraient promouvoir la médiation dans les affaires pénales et mettre en vigueur leurs instruments juridiques au plus tard en 2006²⁰³⁰. Par la suite le Parlement européen et le Conseil de l'Europe ont adopté une directive en date du 25 octobre 2012²⁰³¹, venant remplacer la décision cadre 2001/220/JAI du Conseil ; dont l'innovation majeure réside en la possibilité pour les États membres de recourir à des services de justice restaurative à tous les stades de la procédure. L'article 46 de cette directive vante les mérites de tels processus, et incite les États membres à les mettre en œuvre. Ces différentes normes favorisent l'intégration et l'harmonisation des processus restauratifs dans les pays européens. En 2016, le Comité européen pour les problèmes criminels a chargé le Conseil de coopération pénologique de réviser la Recommandation de 1999²⁰³². La Recommandation de 2018 va donc plus loin que la précédente, et appelle à une évolution de la justice pénale en

²⁰²⁷

²⁰²⁸ *Déclaration de Bangkok: Synergies et réponses: Alliances stratégiques pour la prévention du crime et la justice pénale*, Onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Bangkok, 18-25 avril 2005, para. 32.

²⁰²⁹ *Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de Coopération Pénologique*, « Commentaire à la Recommandation CM/Rec (2018) XX du Comité des Ministres aux États membres relative à la justice restaurative en matière pénale », Strasbourg, 20 avril 2018, p. 2.

²⁰³⁰ Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, 2001/220/JAI, Art. 10 ; Art. 17.

²⁰³¹ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil.

²⁰³² *Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de Coopération Pénologique*, « Commentaire à la Recommandation CM/Rec (2018) XX du Comité des Ministres aux États membres relative à la justice restaurative en matière pénale », Strasbourg, 20 avril 2018, p. 2.

Europe vers une culture et une approche davantage restaurative au sein des systèmes de justice pénale²⁰³³. On perçoit ainsi une véritable volonté, tant au niveau international qu'europpéen, d'intégrer la pratique restaurative dans la pratique des pays.

782. Le contexte de l'intégration au Canada. Le Canada a joué un rôle de premier plan dans l'application des principes de la justice restaurative²⁰³⁴. La popularité du modèle s'est rapidement accrue au Canada tant dans la pratique que dans le discours officiel²⁰³⁵. Le contexte culturel est essentiel à la compréhension de l'intégration de la justice restaurative au Canada. L'impulsion la plus importante en faveur des procédures de justice réparatrice dans le pays, est issue des préoccupations concernant l'application des concepts eurocentriques de la criminalité et de la répression aux délinquants et aux collectivités des Premières Nations²⁰³⁶, et de l'énorme sur-représentation des hommes et des femmes autochtones dans les prisons²⁰³⁷. Cette prise de conscience a amené le Gouvernement à développer considérablement les programmes de justice restaurative dans l'ensemble du pays.

783. Le cadre légal canadien. L'intégration de la justice restaurative au sein du droit pénal canadien a entraîné des changements législatifs dès la fin des années quatre-vingt. En effet, en 1984, la *Loi sur les jeunes contrevenants*- devenue par la suite la *Loi sur le système de justice pénale pour adolescents*- est venue instaurer des mesures de réparation directes à l'endroit des victimes. Cette loi a l'intérêt de mettre l'accent sur la responsabilité du jeune, et de permettre au juge d'ordonner la restitution de biens, le remboursement de certaines sommes ainsi qu'une indemnisation, en nature ou en services²⁰³⁸. Concernant les auteurs majeurs, en 1995, le Parlement a modifié le *Code criminel* afin de permettre l'instauration de mesures de

²⁰³³ Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de Coopération Pénologique, « Projet de Recommandation CM/Rec (2018) XX du Comité des Ministres aux États membres relative à la justice restaurative en matière pénale », Strasbourg, 2 Décembre 2017, p. 4, Annexe à la Recommandation, I. 1) : « La présente Recommandation a pour but d'encourager les États membres à développer la justice restaurative et à y recourir au sein de leur système de justice pénale. Elle met en avant des normes relatives à l'utilisation de la justice restaurative dans le cadre de la procédure pénale formelle et cherche à défendre les droits des participants, ainsi qu'à optimiser l'efficacité du processus pour répondre à leurs besoins. Elle vise en outre à encourager l'élaboration d'approches restauratives novatrices – celles-ci pouvant sortir du cadre de la procédure pénale formelle - par les autorités judiciaires, ainsi que par les organismes de justice pénale et de justice restaurative ».

²⁰³⁴ J. BRAITHWAITE, « Restorative Justice and Social Change », (2000) 63 *Saskatchewan Law Review* 184, p. 184.

²⁰³⁵ K. ROACH, préc., note 1874.

²⁰³⁶ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 16 ; Luke MCNAMARA, « The Locus of Decision-Making Authority in Circle Sentencing : The Significance of Criteria and Guidelines », (2000) 18 *Windsor Yearbook of Access to Justice, Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice* 60, p. 61.

²⁰³⁷ P. HUGHES et M.-J. MOSSMAN, préc., note 1786, p. 16.

²⁰³⁸ Jean TRÉPANIÉ, « La légitimité des mesures imposées aux jeunes contrevenants », (1996) *Revue générale de droit*, Wilson Lafleur, p. 267.

rechange à l'incarcération. Les articles 717 et 718 du *Code criminel* consacrent l'utilisation des processus et des finalités restauratives dans la pratique canadienne. On trouve également une référence à la justice restaurative dans la *Charte canadienne des droits des victimes*²⁰³⁹, ainsi que dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*²⁰⁴⁰. Ces deux textes accordent aux victimes la possibilité de recevoir de l'information sur la justice restaurative si elles en font la demande. À la suite de l'adoption en 2002 par les Nations Unies d'une résolution sur la *Déclaration des principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale*, le Ministère de la Justice canadien a mené de vastes consultations et créé deux documents de base pour orienter les travaux de justice réparatrice au Canada : *Values and Principles of Restorative Justice in Criminal Matters*²⁰⁴¹ et *Restorative Justice Program Guidelines for Criminal Matters*²⁰⁴².

On perçoit une volonté ancienne chez le législateur canadien d'intégrer la justice restaurative dans ses pratiques. On dénombre par conséquent un nombre important de programmes se réclamant de la justice restaurative sur tout le territoire²⁰⁴³.

784. Le cadre légal français. L'inscription de la justice restaurative dans la législation française s'est réalisée de façon beaucoup plus tardive qu'au Canada. En effet, la première pierre de l'édifice français est constituée par la loi du 15 août 2014 *relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions*²⁰⁴⁴. Cette intégration certes tardive est néanmoins tonitruante, puisque les articles relatifs à la justice restaurative sont inscrits au titre préliminaire du Code de procédure pénale, plus précisément aux articles 10-1 et 10-2. Une référence y est également faite à l'article 707 du même Code. Afin d'éclaircir les conditions d'application de telles mesures, la deuxième pierre à l'édifice restauratif en France est marquée par la Circulaire en date du 15 mars 2017²⁰⁴⁵. Aux côtés de ces mesures qui consacrent expressément la justice restaurative, la France a recours depuis quelques années déjà à la médiation pénale, conformément à l'article 41-1 du Code de procédure pénale.

²⁰³⁹ *Charte canadienne des droits des victimes*, L.C. 2015, ch. 13, art. 2, Art. 6. b).

²⁰⁴⁰ *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, Art. 26.1 (1).

²⁰⁴¹ <https://www.iirp.edu/pdf/RJValues-DOJCan.pdf>.

²⁰⁴² *Id.*

²⁰⁴³ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 14 ; Justin PICHÉ, « Revisiting Restorative Justice in Canada », 2006, thèse de maîtrise inédite, Université d'Ottawa, département de criminologie.

²⁰⁴⁴ *Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, JORF n°0189 du 17 août 2014 page 13647.

²⁰⁴⁵ *Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative applicable immédiatement suite aux articles 10-1, 10-2 et 707 du Code de procédure pénale*, issus des articles 18 et 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, NOR : JUST1708302C

785. Une intégration mitigée. En résumé, on remarque que la justice restaurative appartient moins à la culture française qu'à la culture anglo-saxonne. Toutefois, le modèle semble bien ancré dans la pratique française, ceci depuis plusieurs années déjà. Elle est en effet pratiquée de longue date par la justice des mineurs, et s'est également diffusée au sein du système judiciaire réservé aux majeurs par le biais de la médiation²⁰⁴⁶. En dépit de cette pratique désormais courante de la justice restaurative en France, son intégration a connu et connaît toujours aujourd'hui quelques obstacles.

2) Les obstacles à cette intégration

786. Des obstacles plutôt français. L'intégration de la justice restaurative rencontre plus de difficultés en France qu'au Canada. En effet, le modèle restauratif est beaucoup plus éloigné de la culture française que de la culture canadienne. Le Canada, constitué depuis toujours d'une population autochtone importante est ainsi familier avec les pratiques restauratives ; à l'inverse de la France pour qui le modèle est absolument nouveau.

787. Un modèle connoté. Le premier obstacle à une intégration du modèle restauratif en droit positif réside en sa tonalité spirituelle²⁰⁴⁷. En effet, l'idéologie derrière la justice restaurative n'est pas neutre, mais d'origine religieuse. En effet, certains de ses principaux promoteurs, dont Howard Zehr, sont d'obédience mennonite. Si cette affiliation religieuse ne pose pas de difficultés dans la culture anglo-saxonne²⁰⁴⁸, il en est autrement de la culture française, profondément ancrée dans la laïcité²⁰⁴⁹. Cette origine constitue une limite importante à la dissémination du modèle en raison d'enjeux géopolitiques importants²⁰⁵⁰. En effet, les valeurs idéologiques à l'origine de la justice restaurative sont loin d'être universelles puisqu'elles sont chrétiennes, humanistes, démocratiques, communautaristes, participatives, émancipatrices, libérales et originellement anti-étatiques²⁰⁵¹. La vision du monde telle que

²⁰⁴⁶ Conseil national de l'aide aux victimes, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007 file:///D:/Users/la%20fabric/Desktop/reformepenale_cnavjusticerestaurative_082007.pdf, p.15.

²⁰⁴⁷ Id., pp. 7 et s.

²⁰⁴⁸ Id., p. 7.

²⁰⁴⁹ *Conseil national de l'aide aux victimes*, préc., note 1784, p. 7 : « La prise en compte d'un strict point de vue religieux des notions de pardon et de repentance apparaissent difficilement compatibles avec la tradition laïque française ; la référence à la « paix » pourrait appeler les mêmes réserves ».

²⁰⁵⁰ J. FAGET, préc., note 1812, p. 113.

²⁰⁵¹ Id., p. 113.

véhiculée par la justice restaurative exclue des pans entiers de l'humanité qui ne partagent pas ces valeurs²⁰⁵². L'idéologie et les valeurs sous-tendant la justice restaurative sont une première limite à son intégration dans certains pays notamment la France.

788. La barrière de la langue. Le modèle restauratif est issu de la culture anglo-saxonne. Par conséquent, la majorité des textes fondateurs sont écrits en langue anglaise, et pour la plupart ne sont pas traduits en langue française²⁰⁵³. La barrière de la langue pourrait constituer un obstacle à l'intégration des idées restauratives en France.

789. L'histoire des pays. La justice restaurative est apparue dans des pays marqués par la colonisation, et dans lesquels l'adaptation des peuples autochtones fut gérée dans la répression. Ces dernières années furent marquées par la montée des revendications des peuples autochtones ; la revalorisation de modèles restauratifs apparurent comme une solution afin d'apaiser les revendications identitaires²⁰⁵⁴. Le contexte colonial français quant à lui est totalement différent ; la justice restaurative n'y apparaissant pas comme une solution innée pour apaiser ce type de revendication.

790. La centralisation du pouvoir décisionnel. Le système français est structuré de façon verticale, dominé par un pouvoir étatique fort et centralisé, condamnant toute formes de communautarisme²⁰⁵⁵. À l'inverse, la justice restaurative est fondée sur l'idée que les communautés sont dotées de pouvoirs importants²⁰⁵⁶. Dans ce contexte, l'importance laissée à la communauté dans les processus restauratifs constituent une limite importante à son acceptation par le droit français. En effet, certaines formes de justice restaurative, notamment le cercle de détermination de la peine apparaissent de transposition délicate dans le système de justice pénale français, en raison de la forme et de la présence des membres de la communauté²⁰⁵⁷. Le Canada, quant à lui, de par son histoire migratoire, mais aussi par son organisation politique (pays fédéral), est un pays où la notion de communauté est naturelle²⁰⁵⁸.

²⁰⁵² Id., p. 113.

²⁰⁵³ Id., p. 117.

²⁰⁵⁴ Id., p. 117.

²⁰⁵⁵ Id., p. 117 ; *Conseil national de l'aide aux victimes*, préc., note 1784, p. 8.

²⁰⁵⁶ Conseil national de l'aide aux victimes, Id., p. 8.

²⁰⁵⁷ <https://www.justicerestaurative.org/les-mesures-de-justice-restaurative/> .

²⁰⁵⁸ Conseil national de l'aide aux victimes, préc., note 1784, p. 8.

791. Un rapport différent au formalisme. Le modèle juridique français est organisé autour du rôle central de la Loi, et se méfie de toutes autres formes de régulation sociale²⁰⁵⁹. Dans la même logique, le modèle français fait accorder une grande confiance à ses institutions, malgré leurs limites. Par conséquent, l'intégration d'un modèle de justice non-étatique et éloigné des institutions classiques est mal perçue. Certains émettent l'idée que sa récente intégration dans le cadre français serait une tentative de contrôler et de soumettre le modèle restauratif à sa propre logique²⁰⁶⁰. L'importance que prend aujourd'hui le formalisme dans la pratique restaurative des pays semble valider cette théorie. Cette formalisation du modèle restauratif, ainsi que les différents obstacles suscités ont pour conséquence de limiter l'intégration du modèle restauratif dans les pays.

B. Une adhésion limitée

792. Une intégration frileuse. L'intégration de la justice restaurative dans le droit positif, en particulier français, est délicate. Elle a lieu très progressivement, faute de moyens et de confiance de la part des praticiens du droit envers le modèle. Cette méfiance est nourrie par une profonde méconnaissance du modèle restauratif²⁰⁶¹. Si au Canada, la pratique restaurative fait désormais partie intégrante du paysage juridique, ceci depuis les années soixante-dix²⁰⁶² ; il n'en demeure pas moins que son intégration n'est pas toujours acceptée par le Gouvernement²⁰⁶³. En France, la mise en œuvre et l'organisation des mesures restauratives sont encore en cours de réflexions et d'expérimentations, à l'initiative principale de l'Institut français pour la justice restaurative. Cette mise en œuvre est encore tâtonnante et limitée. En effet, malgré l'intérêt croissant suscité par la justice restaurative, et les avantages avérés de recourir à de tels processus ; les mesures de justice restaurative restent des mesures secondaires, voire marginale, par rapport au système pénal dominant²⁰⁶⁴. Cet état de fait pourrait s'expliquer par la méconnaissance face à la justice restaurative, amenant avec elle son lot de craintes.

²⁰⁵⁹ J. FAGET, préc., note 1812, p. 117.

²⁰⁶⁰ Id., p. 118.

²⁰⁶¹ B. DEYMIÉ, préc., note 1781.

²⁰⁶² Edith AUCLAIR-FOURNIER, « Pour mieux comprendre ce qu'est la justice réparatrice », https://www.alterjustice.org/dossiers/articles/151118-justice_reparatrice_mieux_comprendre.html.

²⁰⁶³ C. ROSSI, préc., note 1787, p.122.

²⁰⁶⁴ *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 29.

793. Les craintes suscitées par la justice restaurative. L'adhésion à la justice restaurative dans les deux pays n'est pas totale. En effet, le modèle suscite quelques craintes. Ces dernières ont pour objet tant le processus que son résultat. La crainte la plus courante est celle liée au risque de seconde victimisation que tout processus restauratif implique²⁰⁶⁵. La victime peut être très intimidé à l'idée de rencontrer son agresseur²⁰⁶⁶. Ce risque réel constitue un frein pour participer à de tels processus²⁰⁶⁷. Dans certains processus, la rencontre directe entre l'auteur et sa victime comporte des dangers pour le bien-être de cette dernière. Tout comme dans le processus classique, le fait d'évoquer à nouveau la victimisation crée un risque de raviver les blessures psychiques causées par l'agression²⁰⁶⁸. Ce risque est accru dans le domaine des violences conjugales et sexuelles²⁰⁶⁹ ; dans la majorité des cas la victime connaît de près son agresseur, par conséquent les rapports de pouvoir entre l'auteur et sa victime sont importants.

794. Les questions soulevées par la justice restaurative. Au-delà de susciter la peur, l'intégration de la justice restaurative en droit positif soulève de nombreuses questions, parfois laissées sans réponses.

Qu'advient-il en cas d'échec de la mesure mise en œuvre ? Il est en effet possible que la victime ou l'agresseur refuse la mesure qui lui est proposée. Dans cette hypothèse il convient d'éviter qu'un climat d'hostilité s'instaure entre les deux protagonistes, et d'éviter que la victime soit à nouveau victimisée²⁰⁷⁰. Dans le cas d'un refus de participer à une procédure restaurative, il importe de ne forcer personne et de simplement les informer sur leurs droits²⁰⁷¹. Les *principes fondamentaux des Nations unies concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale* prévoient qu'en cas d'impossibilité à trouver un accord restauratif, l'affaire devra être renvoyée au système pénal classique²⁰⁷².

Le consentement des participants est-il totalement libre ? La question de la liberté du consentement fait l'objet de discussions. Concernant le délinquant, il convient de se demander si celui-ci n'accepte pas de participer à un programme restauratif dans le but d'obtenir une issue

²⁰⁶⁵ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice*, Série de manuels sur la réforme de la justice pénale, Nations Unies, New York, 2008, p. 70.

²⁰⁶⁶ J.-A. WEMMERS, préc., note 1529.

²⁰⁶⁷ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, préc., note 2065, p. 68.

²⁰⁶⁸ J.-A. WEMMERS et M. CANUTO, préc., note 1983, p. 1.

²⁰⁶⁹ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, préc., note 2065, p. 45.

²⁰⁷⁰ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 12.

²⁰⁷¹ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, préc., note 2065, p. 61.

²⁰⁷² *Résolution E/2002/30 du Conseil économique et social des Nations unies, « Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale », 2002.*

favorable à son procès²⁰⁷³, où à sa demande de libération conditionnelle. En effet, s'agissant de la médiation qui est proposée dans le cadre pré-sentenciel, elle est présentée à l'auteur comme pouvant lui permettre d'éviter une inscription au casier judiciaire²⁰⁷⁴. Concernant les victimes, il convient de s'assurer que leur consentement soit libre et éclairé²⁰⁷⁵. En effet, la participation de la victime à un processus restauratif doit être purement volontaire, puisque c'est seulement quand la victime se sent prête à rencontrer son agresseur que la mesure devient utile et non traumatisante²⁰⁷⁶. Certains auteurs doutent de la liberté du consentement des victimes dans certaines hypothèses²⁰⁷⁷. En effet, certaines victimes peuvent accepter de participer à un processus restauratif pour ne pas nuire à l'avenir d'un jeune délinquant²⁰⁷⁸, ou à défaut d'autres avenues possibles au sein du système de justice pénale²⁰⁷⁹. Afin d'éviter ces écueils, une attention particulière doit être accordée au consentement du participant, en particulier lorsqu'il est mineur²⁰⁸⁰. Les deux parties doivent pouvoir revenir sur leur consentement à tout moment du processus²⁰⁸¹. Au-delà de la liberté du consentement, la sincérité du pardon et des excuses de l'auteur pose également question²⁰⁸².

795. Des processus lourds pour les participants. L'un des défis des programmes de justice restaurative est de trouver des participants voulant bien se prêter au jeu de la logique restaurative. Ce défi est parfois difficile à relever surtout dans un pays comme la France, où l'intégration des processus est à ses balbutiements. La participation des victimes et des auteurs

²⁰⁷³ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 12.

²⁰⁷⁴ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.2.

²⁰⁷⁵ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, préc., note 2065, p. 61.

²⁰⁷⁶ J.-A. WEMMERS et M. CANUTO, préc., note 1983, p.44.

²⁰⁷⁷ Ministère de la Justice du Canada, Section de la famille, des enfants et des adolescents., dans *Principaux dossiers à l'étude en matière de politiques publiques*, Ottawa, Ministère de la justice, Division des priorités et de la planification, Section de l'intégration et de la coordination de la politique [Disponible en version électronique à : http://canada.justice.gc.ca/fr/min/pub/pp/cpa2000_2.htm] , 2000 ; J.-A. WEMMERS, préc., note 1529 ; T. MARSHALL et S. MERRY, *Crime and accountability: Victim /Offender mediation in practice*, Londres, Her Majesty's Stationary Office, 1990.

²⁰⁷⁸ J.-A. WEMMERS et M. CANUTO, préc., note 1983, p. 1.

²⁰⁷⁹ J.-A. WEMMERS et T. VAN HECKE. *Strafrechtelijke dading* (médiation entre la victime et le délinquant). Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie, K23, 1992.

²⁰⁸⁰ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, préc., note 2065, p. 61, p.64.

²⁰⁸¹ Id., p. 61 ; *Résolution E/2002/30 du Conseil économique et social des Nations unies*, « Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale », 2002, para. 7 : « Les processus de réparation ne devraient être utilisés que s'il y a suffisamment de preuves à l'encontre du délinquant et si la victime et le délinquant y consentent librement. La victime et le délinquant devraient pouvoir revenir sur leur consentement à tout moment pendant le processus. Les accords devraient être librement consentis et ne devraient imposer que des obligations raisonnables et proportionnées ».

²⁰⁸² M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 12.

peut être freinée par deux facteurs, la lourdeur des processus d'une part ; et l'insatisfaction pouvant résulter des programmes, d'autre part.

Concernant le premier frein, les programmes restauratifs exigent une implication totale de la part des protagonistes en général, et des victimes en particulier²⁰⁸³. Certaines victimes ressortent abasourdis de ce genre de processus²⁰⁸⁴. Au-delà de cette lourde charge émotionnelle occasionnée par un processus demandeur ; les programmes restauratifs ont tendance à devenir davantage formel²⁰⁸⁵, adoptant ainsi les défauts de la justice classique. Cette formalisation des processus- illustrée par une professionnalisation des participants, un cadre strict et rigoureux devant de plus en plus atteindre un certain résultat- porte le risque d'une déshumanisation des rencontres en y conférant un formalisme disproportionné, et en y greffant des exigences humaines, temporelles et financières antagonistes avec la survie du modèle²⁰⁸⁶.

Concernant le second frein, à savoir le mécontentement possible des participants suite à la mesure, celui-ci pourrait s'expliquer par une mauvaise information des victimes dont les attentes sont trop précises et souvent irréalistes concernant le dédommagement souhaité suite à la mesure²⁰⁸⁷. Afin de limiter ce risque d'insatisfaction, l'information des participants et la mesure, ainsi que la préparation rigoureuse à la mesure est essentielle.

796. Une intégration mise en danger. Au-delà de susciter de nombreuses craintes et questionnements, l'intégration de la justice restaurative est mise en danger par un manque de financement marqué des programmes restauratifs. En effet, l'intégration de la justice restaurative, même au Québec, fait parfois l'objet de blocages institutionnels, majoritairement financiers, qui ralentissent son développement et sa pérennité²⁰⁸⁸.

En résumé, l'intégration de la justice restaurative dans les deux pays est confrontée à de nombreux défis pouvant être listés ainsi : un système de financement difficile, une publicité et un recrutement des participants freinés par des rouages institutionnels, une obligation de formation continue, accrue devenant de plus en plus incontournable²⁰⁸⁹. Sans l'appui du système, ces défis sont difficiles à surmonter. Par conséquent, l'intégration des programmes restauratifs est tant limitée dans son ampleur, que dans sa forme qui se voit dénaturée par les

²⁰⁸³ Lode WALGRAVE, et Estelle ZINSSTAG, « Justice des mineurs et justice restaurative. Une intégration possible et nécessaire », (2014) 1 *ERES*, « *Les Cahiers Dynamiques* » 32, p. 38.

²⁰⁸⁴ Aurore DACHY, « L'offre de concertation restauratrice en groupe : une « adolescence » en mal de vivre », (2014) 334 *Journal du droit des jeunes* 26, p. 31.

²⁰⁸⁵ C. ROSSI, préc., note 1787, pp. 121-123.

²⁰⁸⁶ Id., p. 122.

²⁰⁸⁷ J.-A. WEMMERS et M. CANUTO, préc., note 1983, p. 10.

²⁰⁸⁸ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 122.

²⁰⁸⁹ Id., p. 122.

exigences imposées par le système dominant. Une analyse de l'intégration des programmes restauratifs en pratique permettra de comprendre en détail les enjeux des mesures restauratives.

II. ANALYSE PRATIQUE DE L'INTEGRATION

797. Des expérimentations. La justice restaurative fait l'objet de nombreuses expérimentations dans les deux pays. Au Canada, la pratique restaurative est assez aboutie puisqu'elle est intégrée depuis de nombreuses années déjà. À l'inverse, en France la pratique est à ses balbutiements, les premières évaluations des programmes sont en cours. Afin d'analyser de plus près la façon dont les programmes restauratifs sont mis en œuvre dans les deux pays d'une part, et afin de savoir si cette pratique est adaptée aux conséquences et aux enjeux des violences sexuelles, d'autre part ; il convient d'analyser les modalités pratiques des processus dans les deux pays (A), avant d'analyser la pratique restaurative dans le domaine particulier des violences sexuelles (B).

A. La justice restaurative en pratique

798. Une intégration modulable en fonction du pays. La pratique de la justice restaurative varie d'un pays à l'autre. En effet, chaque pays en raison de ses particularités culturelles et juridiques, opte pour des mesures de justice restaurative différentes. On remarque aussi que pour un même programme, à savoir les rencontres restauratives, les modalités varient d'un pays à l'autre, permettant ainsi de s'adapter aux spécificités juridiques du pays²⁰⁹⁰. Au Canada, les trois principales formes selon lesquelles s'exerce la justice restaurative sont la médiation victime/auteur, le forum communautaire ou conférence du groupe familial et le cercle²⁰⁹¹. Le peu de recul qu'on a sur la pratique française révèle que les rencontres détenu-victime ou condamné-victime semblent constituer le modèle dominant.

²⁰⁹⁰ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 108 ; R. CARIO, préc., note 1775.

²⁰⁹¹ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 14.

799. Une intégration possible à plusieurs étapes. L'intérêt de la justice restaurative consiste en sa souplesse et son adaptabilité. Par conséquent, les programmes restauratifs peuvent intervenir à tout moment du processus judiciaire. En France, l'article 10-1 du Code de procédure pénale en son alinéa premier prévoit expressément l'intervention d'un processus restauratif *à l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine*²⁰⁹². Cette intégration à toute étape de la procédure peut être fructueuse²⁰⁹³. Au Canada, il existe cinq points d'entrée différents permettant d'aiguiller les acteurs vers un programme de justice restaurative : avant la mise en accusation via la police ; après la mise en accusation via le Procureur de la Couronne ; avant l'imposition de la peine via les tribunaux ; après l'imposition de la peine via les services correctionnels ; et avant la révocation, dans le cadre de la libération conditionnelle²⁰⁹⁴.

800. Étude de cas : les rencontres détenus-victimes au Québec²⁰⁹⁵. Ce modèle a fait son entrée sur le territoire canadien en 1987 à Winnipeg, et s'introduit dans la province du Québec à la fin des années 1980. Les RDV proviennent d'Europe, et plus précisément de l'Angleterre. Le modèle de rencontres européenne a été adapté à la culture québécoise par un aumônier de confession mennonite, David Shantz. Sa motivation était de trouver une solution permettant de responsabiliser les auteurs. À cette fin, il imagina un modèle de rencontre permettant aux auteurs d'entendre de la bouche des victimes, les conséquences multiples et variées d'une infraction. Ce retour d'expérience était considéré par l'aumônier comme la solution optimale permettant d'encourager la prise de conscience et la responsabilisation de l'auteur. Dans les années 2000, le modèle est perfectionné par le Centre de Services de Justice-Réparatrice²⁰⁹⁶.

801. Les modalités des RDV. Les rencontres restauratives telles que pratiquées actuellement touchent à la problématique des crimes graves et se déroulent au sein des pénitenciers fédéraux canadiens²⁰⁹⁷. Ces rencontres sont rendues possibles grâce aux services

²⁰⁹² Code de procédure pénale, Art. 10-1.

²⁰⁹³ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807, p. 10.

²⁰⁹⁴ Jeff LATIMER, Craig DOWDEN et Danielle MUISE, « L'efficacité des pratiques de la justice réparatrice : méta-analyse », Division de la recherche et de la statistique série sur les méthodologies, Ministère de la justice Canada, p. 2.

²⁰⁹⁵ C. ROSSI, préc., note 1787.

²⁰⁹⁶ C. ROSSI, « Les rencontres détenus-victimes dans les cas de crimes graves au Québec : une offre unique de reconnaissance sociale des conséquences des crimes les plus graves », dans In Cario, R. (dir), Les rencontres détenus victimes, L'humanité retrouvée, Paris, L'harmattan, Sc.Crim, coll. Controverses, 2012, p. 7.

²⁰⁹⁷ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 108.

correctionnels canadiens, qui utilisent et encouragent le bénévolat afin d'améliorer les services institutionnels ou sociaux, dispensés aux détenus²⁰⁹⁸. Les RDV peuvent se réaliser au sein des pénitenciers et également en dehors des murs de la prison dans la grande région de Montréal et dans quelques régions du Québec²⁰⁹⁹. Ces rencontres regroupent des individus (environ cinq auteurs et cinq victimes) ayant subi et commis des infractions graves apparentées. Ces rencontres peuvent se dérouler en groupe durant sept semaines ou en face-à-face de manière plus ponctuelle sur trois semaines. Concernant les rencontres en groupe, elles s'étendent sur une durée de six à sept semaines, et sont précédées de rencontres individuelles préalables des victimes et des détenus séparément. Ces rencontres hebdomadaires durent environ trois heures. Elles sont encadrées par deux animateurs bénévoles, homme et femme, appuyés par deux représentants de la communauté. Trois mois plus tard, une rencontre évaluative permet de considérer l'expérience avec le recul nécessaire, afin d'en mesurer les effets²¹⁰⁰.

802. Les effets des RDV. S'il fallait résumer les effets des RDV en un seul mot, le terme « renaître » conviendrait parfaitement²¹⁰¹. De façon plus exhaustive, les effets constatés sur les victimes suite à une RDV sont les suivants par ordre d'importance : la guérison, la compréhension, le fait d'être écouté, le pardon, l'aide, la seconde victimisation et le sentiment d'appartenance²¹⁰². Les effets constatés sur les détenus, par ordre d'importance sont les suivants : la paix intérieure, la responsabilisation, l'ouverture, l'aide aux victimes, la réhabilitation et le fait de créer des liens²¹⁰³. Selon une autre typologie plus synthétique, les effets constatés de ces mesures peuvent se résumer ainsi : une prise de conscience de l'impact du crime, la libération des émotions destructrices et la compréhension mutuelle des parties adverses, ainsi qu'une diminution des préjugés²¹⁰⁴. Cette dernière conséquence semble primordiale afin de réduire les risques d'isolement et de stigmatisation que peuvent subir auteur et victime d'une infraction en général, et d'une infraction sexuelle en particulier.

803. La finalité des RDV. Ces rencontres ont comme unique but de favoriser le dialogue et l'échange entre les participants²¹⁰⁵. Par conséquent le processus se confond avec le

²⁰⁹⁸ Id., p. 112.

²⁰⁹⁹ <http://csjr.org/rencontres-detenus-victimes/>.

²¹⁰⁰ T. de VILLETTE, préc., note 1802, p. 44.

²¹⁰¹ Id., p. 151.

²¹⁰² Id., Annexe 3, p. 245.

²¹⁰³ Id., Annexe 3, p. 245.

²¹⁰⁴ <http://csjr.org/rencontres-detenus-victimes/>.

²¹⁰⁵ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 117.

résultat. Le fait que le seul objectif de la rencontre soit l'échange, permet de ne pas préjuger de ses éventuels résultats sur les participants, et de s'adapter à l'unicité de chaque groupe²¹⁰⁶.

804. Étude de cas : le programme « Possibilités de justice réparatrice ». Ce programme est assuré par le Service correctionnel du Canada. Il offre aux victimes directes ou indirectes d'un crime, la possibilité de communiquer avec le délinquant qui leur a causé du tort. Il s'agit d'un programme postpénal auquel toutes les personnes concernées peuvent participer volontairement. Il offre la possibilité de recourir à divers modèles de médiation entre les victimes et les délinquants, et de choisir celui qui convient le mieux aux participants, selon les désirs de ces derniers, avec l'aide d'un médiateur professionnel²¹⁰⁷. Ce programme offre aux participants la possibilité d'échanger autour de l'infraction commise et subie. L'objectif de la formule est de répondre aux besoins des participants et de réparer les torts causés, tout en prévenant la récidive²¹⁰⁸. Les individus pouvant participer à la mesure sont toutes personnes ayant subi des torts et désirant communiquer avec le délinquant responsable des torts subis, ainsi que tout délinquant sous responsabilité fédérale purgeant une peine relevant du Service correctionnel du Canada et qui assume la responsabilité de son acte.

805. Étude de cas : expérience à la maison centrale de Poissy. Du mois de mars à juillet 2010, ainsi qu'en février 2014, à l'initiative de l'INAVEM, du SPIP des Yvelines et des membres du personnel de la Maison Centrale de Poissy avait lieu en France la toute première Rencontre Détenus-Victimes (RDV)²¹⁰⁹. Cette expérience restaurative à la française est intervenue avant même l'inscription d'une telle pratique dans le Code de procédure pénale. Ces rencontres se sont déroulées à l'étape post-sentenciam en contexte carcéral, et réunissaient un groupe de trois détenus condamnés à de longues peines et trois victimes, dont le seul lien était d'avoir subi ou commis un acte similaire. Ces rencontres étaient dirigées par deux animateurs et accompagnées par deux représentants de la communauté. Les rencontres se sont tenues à l'intérieur des murs où les agresseurs sont incarcérés ; à raison d'une rencontre de trois heures par semaine, sur une durée de cinq à sept semaines, suivit de la rencontre bilan intervenant à deux mois après la cinquième rencontre²¹¹⁰.

²¹⁰⁶ T. de VILLETTE, préc., note 1802, pp. 101 et s.

²¹⁰⁷ <https://www.csc-scc.gc.ca/justice-reparatrice/003005-1000-fra.shtml>.

²¹⁰⁸ Id.

²¹⁰⁹ C. ROSSI, préc., note 1787, p. 107 ; R. CARIO, préc., note 1969 ; Paul MBANZOULOU, « L'expérimentation des rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy », (2015) 16 *RJOI* 225, p. 226.

²¹¹⁰ <https://www.justiceresaurative.org/les-rencontres-detenus-victimes-rdv/>

806. Un protocole strict encadrant les RDV. Afin de proposer un cadre sécurisant pour tous, les rencontres ont fait l'objet d'une préparation assidue. Toutes les étapes du programme se sont déroulées en respectant un protocole rigoureux. Avant le déroulement de la mesure, un cahier des charges a été élaboré par les quatre partenaires du projet, définissant en détail les objectifs du programme, les conditions de participation, d'encadrement et de déroulement des échanges, de manière à offrir aux participants un cadre optimal²¹¹¹. Le déroulement des rencontres est précédé d'une phase préparatoire dans laquelle les animateurs rencontrent individuellement les participants afin de les informer en détail des modalités de la mesure. Cette phase est essentielle notamment afin de recevoir le consentement libre et éclairé des participants, et de jauger leur motivation²¹¹². L'étape préparatoire permet de limiter les imprévus des futures rencontres, permettant ainsi d'assurer la sécurité émotionnelle de tous et de limiter les risques d'une seconde victimisation. Ces rencontres individuelles se concluent par une rencontre des personnes sélectionnées, par groupe séparé, en présence de l'animateur afin de se familiariser avec tous les participants dont les représentants de la communauté²¹¹³. Dans cette logique sécuritaire, les animateurs et les membres de la communauté sont spécialement formés par l'Institut français pour la justice restaurative notamment.

807. Les finalités des RDV. Les finalités de la rencontre sont de permettre à tous les participants de prendre conscience de leurs blessures de bénéficier d'un cadre pour les exprimer et de trouver ensemble la voie de l'apaisement et de la responsabilisation²¹¹⁴. En pratique, ces rencontres ont permis la (re)découverte de l'humain chez chacun des protagonistes²¹¹⁵. En d'autres termes, la coalition des souffrances permises par les rencontres engendre une réhumanisation de tous les participants ; participant ainsi à la restauration des victimes²¹¹⁶.

808. Les bienfaits de l'expérimentation. Concernant les victimes, ces RDV ont permis une reprise de pouvoir sur leur vie, une réhumanisation, ainsi qu'une libération par la prise de parole²¹¹⁷. Ces rencontres leur apprennent également que toutes leurs questions n'ont

²¹¹¹ P. MBANZOULOU, préc., note 2109, p. 226.

²¹¹² Id., p. 227 ; malgré cette préparation les RDV de poissy ont été confrontés à un coup de théâtre démontrant une faille dans la préparation des rencontres, p. 235.

²¹¹³ Id., p. 228.

²¹¹⁴ Id., p. 226.

²¹¹⁵ Id., p. 234.

²¹¹⁶ Id., p. 234.

²¹¹⁷ Id., p. 236.

pas forcément de réponse, un travail de deuil libérateur est alors à accomplir²¹¹⁸. Concernant les détenus, le plus grand bénéfice réside également en une réhumanisation de leur identité²¹¹⁹.

809. Étude de cas : expérience de justice restaurative au tribunal de grande instance de Lyon. Une expérience restaurative a été menée au sein du tribunal de grande instance de Lyon, sur la 6^e chambre correctionnelle, de mars 2016 à mars 2017. À la différence des expériences précédentes, ce programme intervient en phase pré-sentencielle²¹²⁰. Le choix de ce moment a été fait afin de permettre d'adoucir cette étape, vécue souvent comme un passage violent après des années d'attente parfois²¹²¹. L'originalité par rapport aux autres mesures se trouve dans le choix de l'animateur de la mesure, il s'agissait d'avocats honoraires à la retraite. Les dossiers sélectionnés faisaient l'objet d'une information judiciaire menée par le juge d'instruction. La rencontre restaurative était proposée dans l'espace-temps compris entre l'ordonnance de renvoi de l'affaire devant le tribunal correctionnel et l'audience de jugement. Dans les affaires sélectionnées pour l'expérimentation, il s'agissait d'agressions sexuelles, de violences volontaires, de cambriolage et d'homicide involontaire. Au préalable de la rencontre, victimes et auteurs se sont exprimés en présence du tiers indépendant et de leurs conseils. Suite à cet entretien préalable, et après avoir donné leur accord, victimes et auteurs se sont rencontrés « face-à-face » dans le processus encadré d'une médiation restaurative.

810. Des résultats prometteurs. La mise en œuvre de la médiation restaurative en pré-sentenciel a permis de révéler l'articulation possible entre les deux justices pendant la procédure pénale²¹²². Leur caractère complémentaire contredit la volonté du législateur d'en faire deux modèles étanches²¹²³. Les retours d'expériences révèlent la satisfaction des participants à la mesure, cette dernière agissant comme une préparation apaisante et rassurante à l'audience pénale.

811. Une pratique variée. Ces différentes expériences révèlent les bienfaits de la justice restaurative d'une part ; et mettent également en lumière l'importance d'un cadre élaboré permettant d'assurer la sécurité des participants et le succès de la mesure, d'autre part. L'étude

²¹¹⁸ Id., p. 238.

²¹¹⁹ Id., p. 236.

²¹²⁰ N. MAZAUD, P. RABEYRIN-PUECH et M.-P. PORCHY, préc., note 1879, p. 755.

²¹²¹ Id., p. 759.

²¹²² Id., p. 760.

²¹²³ Id., p. 760.

pratique de la justice restaurative révèle aussi qu'elle n'est pas adaptée à tout le monde, de nombreuses précautions doivent être prise. Ces précautions doivent être accrues dans le domaine des violences sexuelles.

B. La pratique de la justice restaurative dans le domaine des violences sexuelles

812. Des défis particuliers. La pratique de la justice restaurative dans le domaine des violences sexuelles fait l'objet de nombreuses controverses²¹²⁴. Les préoccupations soulevées par le modèle dans un tel contexte sont la sécurité²¹²⁵, le risque de revictimisation²¹²⁶, un déséquilibre de pouvoirs²¹²⁷, et la perception selon laquelle la justice restaurative représente une réponse laxiste à la violence sexuelle²¹²⁸. L'utilisation de la justice restaurative dans le domaine des violences sexuelles porte le risque d'envoyer un mauvais message. En effet, si on détourne les violences sexuelles du modèle classique, cela peut passer pour une minimisation du phénomène²¹²⁹. Par conséquent, beaucoup de pays qui pratiquent la justice restaurative ne souhaitent pas l'adopter dans le domaine des violences sexuelles²¹³⁰. Toutefois, en raison des bienfaits de la justice restaurative, à savoir la guérison, la participation, la satisfaction et le renforcement de l'autonomie des victimes, notamment ; la justice restaurative semble constituer une voie enviable pouvant intéresser les victimes de violences sexuelles²¹³¹.

813. Une intégration pertinente. La justice restaurative s'avère particulièrement utile dans le cadre de crime grave²¹³², en particulier pour la question de la récidive²¹³³. Cette pertinence est accrue dans le cadre des violences sexuelles²¹³⁴, où la justice restaurative permet de transformer les conditions sociales et culturelles qui favorisent de tels actes de violence²¹³⁵.

²¹²⁴ Natacha BOURGON et Kyle COADY, préc., note 1891, p. 4.

²¹²⁵ Id., p. 5.

²¹²⁶ Id., p. 5.

²¹²⁷ Id., p. 5.

²¹²⁸ Id., p. 5.

²¹²⁹ Amy KASPARIAN, « Justice beyond Bars : Exploring the Restorative Justice Alternative for Victims of Rape and Sexual Assault », (2014) 37 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 377, p. 392.

²¹³⁰ Id., pp. 382-383.

²¹³¹ N. BOURGON et K. COADY, « Violence sexuelle : une bibliographie annotée », Division de la recherche et des statistiques, Ministère de la Justice Canada, 2019, p. 5.

²¹³² C. ROSSI, préc., note 2096.

²¹³³ J. LECOMTE, préc., note 1778, p. 23.

²¹³⁴ L. WALGRAVE et E. ZINSSTAG, préc., note 2083.

²¹³⁵ Daniel Del GOBBO et Vathsala ILLESINGHE, « La justice réparatrice au service des victimes de violence sexuelle », (2018) *Policy Options Politiques*, p. 4.

En effet, les victimes de telles violences ont tendance à ne pas révéler leur victimisation aux autorités compétentes, pour diverses raisons exposées dans la deuxième partie de cette recherche. À l'inverse, elles semblent démontrer une véritable volonté de se tourner vers la justice restaurative²¹³⁶. Par conséquent, le recours à la justice restaurative est pertinent dans les cas de violences sexuelles, à condition que la victime le demande et que l'agresseur avoue sa faute²¹³⁷.

814. Les bienfaits de la justice restaurative sur le phénomène des violences sexuelles. Les études empiriques concernant la mise en œuvre de mesures restauratives en réponse à des violences sexuelles révèlent qu'elles ont un réel impact sur le phénomène, ceci à plusieurs niveaux. Concernant la récidive d'abord, le taux de récidive est plus faible lorsque l'auteur a participé à un processus de justice restaurative²¹³⁸. Concernant la reconnaissance par l'auteur de son acte ensuite, les données révèlent que les auteurs d'actes de violences sexuelles sont plus enclins à admettre leur culpabilité lorsqu'on leur offre la possibilité de participer à un programme restauratif²¹³⁹.

815. Les bienfaits de la justice restaurative pour les auteurs de violences sexuelles. Les processus restauratifs, plus spécifiquement leurs souplesses, créent un sentiment de légitimité chez les auteurs, ce qui suscite chez eux de la confiance ; les poussant ainsi à obéir et à se conformer aux décisions prises par les professionnels de la justice²¹⁴⁰. En effet, le traitement équitable des auteurs les incite à s'auto régler et à se conformer aux règles et aux valeurs sociales et institutionnelles²¹⁴¹. À l'inverse, la stigmatisation instaurée par le procès

²¹³⁶ <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr10-rd10/p3.html>: « Pourtant, alors que seulement 5 % des victimes canadiennes d'agression sexuelle signalent leur victimisation à la police, au moins le quart d'entre elles souhaiteraient utiliser la justice réparatrice (Tufts, 2000; Perreault, 2015) ; (Marsh et Wager, 2015, cette étude révèle que 56 % des victimes ont indiqué qu'elles aimeraient avoir la possibilité d'utiliser la justice réparatrice en plus de la justice pénale conventionnelle et 30 % d'entre elles ont dit qu'elles préconiseraient la justice réparatrice comme une alternative à la cour. L'étude a aussi conclu que les victimes qui ont choisi de ne pas signaler leur agression à la police étaient plutôt favorables à la justice réparatrice comme une alternative à la cour.

²¹³⁷ D. Del GOBBO et V. ILLESINGHE, préc., note 2135, p. 4.

²¹³⁸ Kathleen DALY « Restorative justice and sexual assault: An archival study of court and conference cases », (2006) 46 *British Journal of Criminology* 334.

²¹³⁹ Id., ; Kathleen DALY et D. WADE, « Sibling sexual violence and victims' justice interests: A comparison of youth conferencing and judicial sentencing » dans E. ZINSSTAG et M. KEENAN (Dir.), *Restorative responses to sexual violence: Legal, social and therapeutic dimensions*, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, pp. 143-178.

²¹⁴⁰ Susan L. MILLER, et M.Kristen HEFNER, « Procedural justice for victims and offenders ? : Exploring restorative justice processes in Australia and the US », (2015) 32 *Justice Quarterly* 142.

²¹⁴¹ Id.

pénal classique, et la sanction pénale a tendance à les conforter dans leur comportement délinquant.

816. Les bienfaits de la justice restaurative pour les victimes de violences sexuelles. Les parties précédentes ont révélé les dangers que représente le procès pénal classique pour les victimes d'infractions sexuelles. À l'inverse, même si la justice restaurative n'est pas une solution miracle, et n'est pas adaptée à toutes les victimes²¹⁴², elle semble être une solution moins risquée. En effet, les études démontrent que les programmes restauratifs dans les affaires d'ordre sexuel peuvent être moins victimisantes que la procédure judiciaire classique²¹⁴³.

Concernant les besoins de la victime, à savoir la reconnaissance, la participation et la réparation, les programmes restauratifs sont plus à même d'y répondre que le procès pénal²¹⁴⁴. Le plus grand bénéfice de la justice restaurative sur les victimes réside en la reprise de contrôle sur leur vie²¹⁴⁵. Elle permet de passer de l'état de victime à celui de survivante²¹⁴⁶. Cette transition est essentielle pour les victimes de violences sexuelles, qui peuvent subir des années durant les conséquences très particulières de leur victimisation.

817. Étude de cas RESTORE. Afin d'analyser les bienfaits concrets d'une mesure restaurative sur les victimes de violences sexuelles, il semble pertinent de s'intéresser au programme RESTORE qui s'est tenu en Arizona entre 2003 et 2007, et qui visait principalement les victimes de violences sexuelles. Le programme RESTORE adoptait une approche de justice réparatrice centrée sur la victime, et offrait ainsi aux victimes l'occasion de prendre part à un dialogue avec leurs agresseurs, une alternative aux poursuites criminelles. Ce

²¹⁴² C. ROSSI, préc., note 1787, p. 117.

²¹⁴³ K. DALY, préc., note 2138.

²¹⁴⁴ K. DALY et D. WADE, préc., note 2139 ; C. McGLYNN, N. WESTMARLAND et N. GODDEN, « I just wanted him to hear me: Sexual Violence and the possibilities of restorative justice », (2012) 39 *Journal of Law and Society* 213 ; S. L. MILLER et L. IOVANNI, « Using restorative justice for gendered violence: Success with a post-conviction model », (2013) 8 *Feminist Criminology* 247 ; F. MARSH et N.M. WAGER, « Restorative justice in cases of sexual violence: Exploring the views of the public and survivors », 2015 62 *Probation Journal* 336 ; C. McGLYNN, J. DOWNES et N. WESTMARLAND, « Seeking justice for survivors of sexual violence: Recognition, voice and consequences », Dans E. ZINSSTAG et M. KEENAN (Dir.), *Restorative responses to sexual violence: Legal, social and therapeutic dimensions*, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, pp. 179-191.

²¹⁴⁵ Tinneke VAN CAMP et Jo-Anne WEMMERS, « Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice », (2013) 19 *International Review of Victimology* 117 ; Théo GAVRIELIDES, « Is restorative justice appropriate for domestic violence cases? », (2015) 14 *Revista De Asistentia Sociala* 105.

²¹⁴⁶ N. WAGER et C. WILSON, « Circles of support and accountability: Survivors as volunteers and the restorative potential », Dans Estelle ZINSSTAG et Marie KEENAN (Dir.), *Restorative responses to sexual violence: Legal, social and therapeutic dimensions*, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, pp. 265-282.

programme assurait la sécurité des victimes en les suivant de près avant, pendant et après leurs discussions. Une évaluation du programme a conclu que les victimes ont montré une baisse du trouble de stress post-traumatique de la demande (82 %) jusqu'après la séance (66 %). En plus de voir leur stress diminuer, les victimes qui ont pris part à ce programme se sont senties plus fortes. Toutes les victimes qui ont participé à la mesure se sont dites tout à fait d'accord avec l'idée que « *reprendre son pouvoir* » était la raison principale qui motivait leur choix de se tourner vers RESTORE plutôt que vers une autre option judiciaire²¹⁴⁷. Depuis, la Nouvelle-Zélande a mis sur pied un programme similaire en 2005, connu sous le nom de Project Restore. Au regard des bénéfices de la mesure pour les victimes, il serait pertinent que la France et le Canada adoptent un tel modèle, en l'adaptant à leurs spécificités culturelles ainsi qu'en suivant une certaine rigueur.

818. Une rigueur nécessaire. Afin que les programmes restauratifs produisent leurs effets sans mettre en danger la sécurité des victimes de violences sexuelles ainsi que celles des auteurs, de nombreuses précautions doivent être prises. En d'autres termes, les processus restauratifs dans le cadre des infractions sexuelles doivent être strictement encadrés. Tout d'abord, l'importance de l'étape de préparation et du « scénario » de justice restaurative qui sera suivi lors du programme est cruciale²¹⁴⁸. L'intervention réparatrice exige une évaluation des risques et une planification approfondie, l'expertise et la formation du personnel clé sont cruciales²¹⁴⁹. En effet, afin d'éviter une quelconque mise en danger des victimes, un accompagnement proximal par des personnes expérimentées est essentiel²¹⁵⁰. Le choix du lieu dans lequel se déroule le programme²¹⁵¹, mais également l'étape à laquelle intervient le processus restauratif se révèlent importants. Il semblerait que l'intervention de la justice restaurative après la condamnation permette d'éviter les principales critiques à l'égard du modèle restauratif²¹⁵² ; notamment celles quant à la minimisation des faits par l'usage d'un processus restauratif à la place du processus classique. La procédure de justice réparatrice tenue après la condamnation laisse suffisamment de temps aux victimes pour qu'elles se sentent en sécurité et élaborent un plan, renforcé par un soutien social et institutionnel²¹⁵³.

²¹⁴⁷ J.-A. WEMMERS, « Le jugement des victimes : des options réparatrices pour les victimes de violence sexuelle », dans <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/victim/rr10-rd10/p3.html>.

²¹⁴⁸ C. McGLYNN, N. WESTMARLAND et N. GODDEN, préc., note 2144.

²¹⁴⁹ Id.

²¹⁵⁰ Id.

²¹⁵¹ Id.

²¹⁵² S. L. MILLER et L. IOVANNI, préc., note 2144.

²¹⁵³ B. DEYMIÉ, préc., note 1781, p. 45

819. Une solution inadaptée à tout le monde. La participation à des processus restauratifs dans le contexte des violences sexuelles n'est pas opportune pour tous les individus²¹⁵⁴. Si la justice restaurative ne convient pas à tout le monde, il n'en demeure pas moins que tout le monde doit être informé de son existence²¹⁵⁵. Avant de recourir à un processus restauratif de nombreuses discussions sont nécessaires²¹⁵⁶. Au regard des risques engendrés par la justice restaurative dans le contexte des violences sexuelles, certains auteurs estiment que certains contextes sont plus favorables à la justice réparatrice que d'autres, notamment lorsque les parties ont un statut à peu près égal dans la relation, et lorsque les délinquants ont commis peu ou pas de crimes auparavant²¹⁵⁷.

Pour conclure sur ce point, comme le proclame Howard Zehr, la justice restaurative n'est pas une panacée et ne constitue pas la solution miracle adaptée et adaptable à toutes les situations. Afin de produire ses effets dans le contexte très particulier des violences sexuelles, les programmes de justice restaurative doivent être mis en œuvre de façon précautionneuse et professionnelle²¹⁵⁸, en s'assurant du consentement de chacun, et en accompagnant au plus près les participants en amont, pendant et après la mesure.

²¹⁵⁴ C. McGLYNN, N. WESTMARLAND et N. GODDEN, préc., note 2144.

²¹⁵⁵ T. VAN CAMP et J. WEMMERS, préc., note 2145.

²¹⁵⁶ C. McGLYNN, N. WESTMARLAND et N. GODDEN, préc., note 2144.

²¹⁵⁷ G. PROJETTI-SCIFONI et K. DALY, « Gendered violence and restorative justice: the views of New Zealand Opinion Leaders », (2011) 14 *Contemporary Justice Review* 269.

²¹⁵⁸ La formation des animateurs est essentielle afin de réduire les risques, Voir not. K. JULICH, S. STURGESS, K. MCGREGO et L. NICHOLAS, « Cost as a barrier to recovery: Survivors of sexual violence », (2013) 5 *Sexual Abuse in Australia and New Zealand* 57.

Conclusion Chapitre 2

820. Une intégration utile. La justice restaurative constitue une voie enviable et complémentaire afin de combler les lacunes du système pénal conventionnel. L'expérimentation de plus en plus fréquente dans les deux pays de processus restauratifs s'inscrit dans une volonté de faire évoluer la justice afin de l'adapter aux défis de notre temps. La justice restaurative s'avère être une solution utile pour tous. Au-delà de l'utilité pour les auteurs, les victimes et la communauté, tel qu'analysé précédemment, la justice restaurative est profitable à la justice pénale conventionnelle.

Au-delà de solutionner tous les problèmes de la justice classique, ce qui est impossible la justice restaurative vient remettre en question de façon fondamentale les finalités de tout système juridique. Cet effet révélateur est crucial, puisque la remise en question est un élément nécessaire à l'évolution et à la bonification d'un système.

La justice restaurative permet de réduire les coûts d'une façon significative. Les programmes restauratifs permettent de réduire la charge de travail du système de justice pénale, en déjudiciarisant des affaires et en dotant le système d'un éventail de sanctions constructives. Pour la justice, l'intégration des programmes restauratifs revêt trois intérêts : réduire l'utilisation des tribunaux pour des procédures qui ne parviennent pas à traduire en Justice toutes les infractions ; réduire l'usage des prisons pour des délinquants dont l'incarcération ne prévient pas l'infraction ; réduire les coûts de santé, générés par la délinquance, notamment les symptômes de stress post traumatique²¹⁵⁹. En plus de réduire les coûts, le modèle restauratif permet de redorer le blason de la justice en accordant une nouvelle légitimité à cette dernière. Cette conséquence s'explique par une plus grande satisfaction des protagonistes quant au traitement de leur affaire. La justice restaurative permet aux parties d'acquérir une connaissance plus approfondie de la réalité, ce qui contribue à réduire l'écart entre les justiciables et les justiciers. Elle permet également de revaloriser la teneur et la nécessité de la loi ; ceci en permettant une intériorisation de celle-ci, révélant ainsi le bien fondé des valeurs qu'elle garantit²¹⁶⁰.

²¹⁵⁹ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.8.

²¹⁶⁰ T. De VILLETTE, préc., note 1802, p. 26.

821. Une réponse plus efficace ? L'efficacité du modèle restauratif est double, elle se remarque au regard de ses effets sur la récidive²¹⁶¹ d'une part ; et sur la satisfaction des bénéficiaires, d'autre part. Les processus de justice restaurative innovent par rapport au modèle classique en ce que leurs effets sur l'auteur et la criminalité s'avèrent effectifs. La justice restaurative vise à augmenter l'efficacité de la réponse face à la criminalité, au bénéfice de l'ordre et de la paix dans la société²¹⁶². Là où le modèle classique laissait un goût amer tant à l'auteur qu'à la victime ou encore à la société dans son ensemble, l'évaluation des dispositifs de justice restaurative révèle la plus grande satisfaction des bénéficiaires. De manière générale, il est considéré que le modèle restauratif répond mieux aux attentes et aux besoins des justiciables en ce qu'elle permet à ceux-ci de s'approprier le mode de résolution du conflit²¹⁶³.

822. Une réponse à perfectionner. La voie restaurative, tant prometteuse soit-elle, se doit d'être davantage expérimentée afin d'être affinée aux besoins spécifiques des victimes de violences sexuelles. En la matière, peu d'expériences existent. Au regard des avantages théoriques d'un tel modèle pour l'avenir des individus ayant commis et subis une infraction sexuelle, il semble nécessaire de travailler à son expansion. Le développement de la justice restaurative dans le cadre de telles infractions doit se faire d'une façon très rigoureuse afin d'éviter tout risque d'une seconde victimisation.

²¹⁶¹ M. CRÉMIÈRE, préc., note 1807 : « Le dernier principe majeur est de prévenir la récidive. Pour les mineurs délinquants, l'emprisonnement est de plus en plus considéré comme une sanction inefficace, car elle ne permettrait pas un réel travail sur soi et tourné vers le lien social. La justice restauratrice permet de dénoncer le comportement criminel et de retisser les liens endommagés, le tout dans une dynamique pédagogique orientée vers la réparation et l'arrêt du malaise qui a conduit à l'infraction. La prévention de la récidive passe également par la détermination des facteurs qui ont conduit à l'infraction et par l'information des autorités chargées de combattre la délinquance, ce qui est rendu possible par les mécanismes de justice restauratrice. », p.11.

²¹⁶² *Commission du droit du Canada*, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003, p. 61.

²¹⁶³ Conférence de consensus sur la prévention de la récidive, Fiche 14 : La justice réparatrice, p.8.

Conclusion générale

823. Récapitulatif de la démonstration. Cette étude a permis de démontrer deux éléments centraux à la compréhension du sujet : les législateurs français et canadiens sont animés d'une réelle volonté de changement afin d'aboutir à une juste reconnaissance des violences sexuelles et de leurs victimes ; cette volonté est souvent mise en échec par de nombreux obstacles. S'il fallait résumer en deux mots l'état du droit pénal dans le domaine des violences sexuelles en France et au Canada, il faudrait utiliser les deux termes suivants : **efforts** et **difficultés**.

824. Une répression initialement lacunaire. Cette thèse a pour dessein l'étude de la façon dont les violences sexuelles sont réprimées en France et au Canada. Le terme répression utilisé ici ne vise pas seulement la punition de ces violences, il renvoie à la façon plus globale dont ces violences sont traitées en droit pénal à toutes les étapes du processus juridique allant de l'incrimination, en passant par la procédure, puis en finissant par la sanction applicable. Cette analyse globale de la question a été menée de façon analytique et critique en prenant comme angle d'approche la théorie de l'effectivité de la norme. Ce cadre théorique a mis en lumière l'écart existant entre les finalités de la norme telles qu'elles sont théorisées par le législateur, et la façon dont cette norme est réellement mise en œuvre par les praticiens du droit. Cet écart bien que décroissant au fil des années, est bel et bien présent dans les deux pays. En dépit de cette ineffectivité persistante, les législateurs n'ont pas ménagé leurs efforts afin de perfectionner la répression des violences sexuelles, ceci à plusieurs niveaux.

825. Des efforts plurisectoriels. Suite à une prise de conscience récente et croissante, les législateurs des deux pays ont eu à cœur de modifier en profondeur le droit pénal applicable aux violences sexuelles. Ces modifications ont eu pour objet divers aspects du traitement juridique de ces violences. Le droit pénal de fond a ainsi évolué afin d'élargir le spectre de protection des incriminations. Le droit de forme initialement restrictif est devenu un droit protecteur et intégratif. Enfin, les normes régissant la répression de ces violences, originellement laxistes, sont devenues intransigeantes tout en s'intéressant aux protagonistes de l'infraction.

826. Une bonification du droit pénal de fond. La première étape du perfectionnement du droit pénal applicable aux violences sexuelles s'illustre par un renouvellement des incriminations. La définition des violences sexuelles a été profondément renouvelée dans les deux pays afin de s'adapter aux évolutions sociétales et se délester d'une vision originellement restrictive de ces violences et de leurs victimes. Les différentes réformes ont ainsi permis un élargissement considérable du champ d'application des normes, en intégrant la plupart des actes sexuels pouvant emporter une atteinte à l'intégrité physique, psychique et sexuelle de la victime.

827. Une bonification sous l'angle de la victime. Afin de donner du relief à ces modifications, les législateurs ne se sont pas contentés d'accroître les actes et situations pouvant recevoir la qualification d'agression sexuelle ; ils ont intégré la victime et ses particularités dans l'application de la norme. Il résulte de cette intégration une humanisation des incriminations en s'ajustant au vécu de la victime ayant subi une agression sexuelle. Cette humanisation se répercute sur la pratique de la norme.

828. Un accroissement des possibilités de poursuite. Au-delà du droit pénal de fond, les législateurs des deux pays ont également travaillé sur les règles de procédure, afin de réduire à néant les cas où une agression sexuelle ne pourra être poursuivie. À cette fin, les limites territoriales, géographiques et temporelles à la poursuite des infractions sexuelles ont été réduites ou éliminées. Ce perfectionnement des règles de procédure s'est souvent réalisé par l'instauration d'un régime spécial, dérogatoire au droit commun. Ces dérogations sont en tout point conformes à la spécificité des conséquences des violences sexuelles sur leur victime.

829. Un accès à la vérité facilité. Les règles de preuve ont été humanisées et perfectionnées afin de s'adapter à la réalité des victimes de violences sexuelles. L'agression sexuelle a de réelles conséquences sur le corps et l'esprit de sa victime, mettant ainsi en péril l'accès à toute vérité judiciaire. Afin de prendre en compte cette réalité, les législateurs ont humanisé les règles de preuve, permettant ainsi d'optimiser l'accès à la vérité dans des affaires où celui-ci est souvent compromis.

830. Une répression individualisée. Le volet répressif a également fait l'objet de modifications par les législateurs français et canadiens. Les sanctions applicables aux

agressions sexuelles ont toutes été accrues. Cette inflation des sanctions traduit la tolérance zéro revendiquée par les législateurs. Cette sévérité est amplifiée par une intégration de la victime dans le paradigme punitif.

831. Des perfectionnements amplifiés par la figure de la victime. Dans les deux pays, l'ampleur des différentes bonifications du droit pénal tant substantiel que formel, ou encore du droit de la peine, ne saurait être si grande sans l'instauration de prérogatives permettant à la victime de profiter effectivement de ce perfectionnement. La victime s'est ainsi vu attribuer des garanties d'information et d'accompagnement, lui permettant de mettre en œuvre son droit de participation ainsi que celui à être réparé de l'infraction commise.

832. Des avancées limitées. Tous les efforts des législateurs sont confrontés en pratique par de nombreuses limites. Ces dernières sont de diverses natures. Sous un angle purement matériel, l'effectivité des normes est mise en danger faute de moyens financiers et humains. La deuxième limite est d'ordre idéologique, culturel, la lutte contre les violences sexuelles est fortement limitée par l'existence et la persistance de mythes et de stéréotypes dictant la compréhension et le traitement de ces violences. En dépit d'un changement des mentalités, couplé à une libération de la parole permettant une connaissance approfondie de la réalité des victimes de violences sexuelles, les préjugés et fausses croyances demeurent, et sont selon nous l'obstacle fondamental à l'effectivité de la norme. Une étude récente de l'ifop en date du 15 juillet 2020 révèle l'existence toujours réelle de tels stéréotypes. En effet, selon cette étude 48% des Français estiment qu'une femme qui ne porte pas de soutien-gorge prend le risque d'être harcelée, voire agressée ; 20% des Français considèrent que le fait qu'une femme laisse apparaître ses seins sous un haut devrait être, pour son agresseur, une circonstance atténuante en cas d'agression sexuelle²¹⁶⁴. L'irrationalité de cette dernière affirmation révèle que le combat pour une juste reconnaissance des violences sexuelles et de leur victime est loin d'être gagné. Ces préjugés ont pour effet de forcer les victimes au silence, en invalidant systématiquement leur victimisation. Ce silence imposé constitue une troisième limite à l'effectivité de la norme.

833. Une voie de secours ? Cette thèse a révélé deux éléments contradictoires, à savoir une volonté de changement confrontée à une difficulté systémique de mettre en œuvre

²¹⁶⁴ Ifop, Pôle « Genre, sexualités et santé sexuelle », Rapport d'étude pour Xcams, « Le boom du « No Bra ». Tendances de fond ou effet de mode ? », 15 juillet 2020, p. 24.

tous les changements prévus. Face à ce constat d'échec, il est utile de trouver des solutions permettant de limiter cet écart entre les promesses contenues dans les normes et leur mise en œuvre. À cette fin, la justice restaurative s'impose comme une solution envisageable. En effet, les mécanismes restauratifs de par leur redéfinition du conflit et de la façon de le régler constituent une voie enviable qui permettrait de reconnaître plus justement les violences sexuelles et leur victime. La voie restaurative est à ce titre de plus en plus utilisée dans les deux pays.

834. Mots de la fin. En somme, la problématique des violences sexuelles constitue aujourd'hui, plus que jamais, le combat du XXI^e siècle. Ce constat repose sur l'ampleur de ces violences dans les sociétés, ainsi que sur la priorité tant politique que juridique qui est donnée à les éliminer. Ce combat ne pourra être gagné sans un changement profond des mentalités, ce changement demande du temps et constitue une limite importante à l'effectivité de la norme. En dépit d'une volonté législative de combattre ardemment les violences sexuelles dans les deux pays, la norme est limitée par les mœurs. Entre autres choses, cette thèse a permis de démontrer les limites de la norme, cette dernière n'a que peu d'effet si la société ne poursuit pas le même dessein.

Propositions de thèse

Cette étude a révélé toutes les lacunes du droit pénal des deux pays dans le traitement des violences sexuelles. Les différents points analysés dans le cadre de cette thèse ont permis d'aboutir à la formulation de propositions ayant pour finalité de réduire l'écart existant entre la norme et sa mise en œuvre.

Proposition n°1 (Droit français). Les articles 222-22 et 222-23 du Code pénal devraient être modifiés afin d'intégrer la victime, et plus précisément son consentement. La définition actuelle ignore cette notion. Il serait ainsi pertinent de réécrire l'article 222-22 alinéa 1 de la façon suivante : « *Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise sans le consentement de la victime, entendu comme la volonté libre et éclairée de participer à une activité sexuelle. Ce dernier est considéré comme absent, notamment, lorsque l'auteur a réalisé l'atteinte sexuelle au moyen de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise.* » Il faudrait également intégrer ces nouveaux éléments dans l'article posant la définition du viol. Par conséquent, l'article 222-23 disposerait : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur, sans le consentement de la victime, lorsque ce dernier est soustrait, notamment, au moyen de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise constitue un viol* ». Cette modification aurait un double intérêt. Le premier étant de nature symbolique, le fait d'intégrer la notion de consentement permet de donner une place à la victime et ainsi de rééquilibrer le débat entre les deux protagonistes. Cette intégration de la notion de consentement ne retire rien à l'objectivité de la définition française, objectivité qui est favorable à la victime au stade de la preuve. Le second intérêt à ce changement est répressif, en effet tant la notion de consentement que le terme « notamment » permet d'étendre le champ d'application de l'infraction en intégrant sans dénaturer l'incrimination d'autres hypothèses ambiguës tel que le viol par acceptance.

Proposition n°2 (Droit canadien). L'article 271 du *Code criminel* devrait être complété. La brièveté de cette incrimination entraîne de nombreuses conséquences néfastes pour l'effectivité du régime des agressions sexuelles. Il serait donc pertinent d'étoffer la définition de l'agression sexuelle de premier niveau. On pourrait ainsi envisager un article 271 (1) qui disposerait : *Commet une infraction quiconque, en commettant une agression sexuelle, agresse au sens de*

*l'une ou l'autre des définitions de ce concept au paragraphe 265 (1) sans user de violence grave, dans des circonstances de nature sexuelle de manière à porter atteinte à l'intégrité sexuelle de la victime, hors les cas prévus par des infractions spécifiques*²¹⁶⁵. Cette proposition respecte la logique canadienne, en mettant en lumière l'appartenance des agressions sexuelles à la catégorie des voies de fait tout en apportant quelques précisions quant à l'ampleur des violences exercées. Cette précision ainsi que celles concernant l'existence d'infractions spécifiques permettent d'éviter les conflits de qualifications et de circonscrire l'agression sexuelle de niveau un aux actes ayant peu d'incidences physiques sur la victime. Le but étant de limiter l'usage de cette incrimination aux agressions sexuelles « légères », n'empiétant ainsi pas sur le champ d'application des deux autres incriminations.

Proposition n°3 (Droit français). Concernant le régime de prescription, les agressions sexuelles devraient être soumises au régime applicable aux infractions occultes. Cette solution permettrait de s'adapter davantage aux conséquences réelles des violence sexuelles sur la mémoire de la victime, notamment.

Proposition n°4 (Droit français et canadien). Il faudrait réellement mettre en œuvre les droits et garanties offerts aux victimes dans les deux pays. À cette fin, il convient de mettre en œuvre des mécanismes assurant leur effectivité, en instaurant des entités formées et spécialement dédiées à la mise en œuvre de ces prérogatives. Il faudrait également mettre en œuvre des outils permettant de rendre obligatoire leur application. À cette fin, toute prérogative offerte à la victime devrait être assortie d'un droit de recours.

Proposition n° 5 (Droit français et canadien). Il faudrait généraliser et rendre obligatoire les formations aux violences sexuelles pour tous les professionnels qui traitent de telles violences et qui interviennent à toutes les étapes du processus judiciaire.

Proposition n°6 (Droit français et canadien). Il faudrait créer et multiplier dans les deux pays, des programmes restauratifs spécifiques aux violences sexuelles, en prenant notamment exemple sur le modèle RESTORE.

²¹⁶⁵ Proposition qui s'inspire des annotations des auteurs du *Martin's Annual Criminal Code* (Greenspan et Rosenberg, 2009) au sujet de l'article 271 (p. 572).

Proposition n°7 (France, Canada). La dernière proposition n'est pas de nature juridique, mais éducative. Notre recherche a révélé que sans un changement profond des mentalités, l'effectivité de la norme peut se voir limitée. À ce titre, il faudrait créer un programme ayant pour objet l'éducation à la sexualité, à l'égalité entre les genres notamment. Ce programme devrait être obligatoire et serait dispensé dès le plus jeune âge dans les écoles. Ce programme devra adapter son contenu en fonction de chaque âge.

BIBLIOGRAPHIE

I. DICTIONNAIRES ET ENCYCLOPÉDIES :

ARNAUD, A.-J., (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie de la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993

BLAY M. (dir.), *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Paris, Larousse, CNRS éditions, 2013.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12^e éd., 2018.

Dictionnaire le Trésor de la langue française, www.atilf.atilf.fr

DUVERT, C., *Dictionnaire de la violence*, Paris, PUF, 2011

REID, H., *Dictionnaire du droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2^e éd., 1996.

II. OUVRAGES

1) Ouvrages généraux, manuels et traités

BOUZAT, P., et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et criminologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1970, t.1

CARBONNIER, J. :

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, coll. « Forum », 1996
- *Droit civil*, t. 4, 16^eme éd., 1992, n°26

CONTE, P., *Droit pénal spécial*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2016

CÔTÉ-HARPER, G., P., RAINVILLE et J., TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998

DABIN, J., *Le droit subjectif*, Paris, Éditions Dalloz, 2008

DESPORTES, F., et L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 4^e éd., Paris, Economica, 2016

FORTIN, J., *Preuve pénale*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984

- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1913
- GUINCHARD, S., et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2011
- JURISCLASSEUR QUEBEC, *Preuve et procédure pénales*, LexisNexis, édition feuilles mobiles
- KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, 3^e éd., Paris, PUAM, 1995
- KÉLADA, H., *Les délits sexuels*, Éditions Aquila, 1975
- LARGUIER, J., et P. CONTE, *Procédure pénale*, Les mémentos Dalloz, 24^e éd., Paris, Dalloz, 2016
- LOPEZ, G., *La victimologie*, 2^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2014
- MALABAT, V., *Droit pénal spécial*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2018
- MAYAUD, Y., *Droit pénal général*, 5^e éd., Paris, PUF, 2015
- MERLE, R., et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, 7^e éd., Éditions Cujas, 1997
- MICHAUD, Y., *La violence*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1998
- MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Éditions Dalloz, 2002
- OLLARD, R., et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Paris, Bréal, 2015
- OST, F., *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999
- PRADEL, J., *Procédure pénale*, 18^e éd., Paris, Éditions Cujas, 2015
- PRADEL, J., et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9^e éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2016
- RASSAT, M.-L., *Droit pénal spécial : infractions du Code pénal*, Paris, Dalloz, 2018
- RASSAT, M.-L., *Procédure pénale*, 3^e éd., Paris, Ellipses, 2017
- ROBERT, J.-H., *Droit pénal général*, 6^e éd., 2005, PUF
- ROUBIER, P., *Les prérogatives juridiques*, Arch. Ph. Dr. 1960
- ROULAND, N., *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988
- SALEILLES, R. :
- *De la personnalité juridique*, Paris, 2^e éd., Ed. Rousseau, 1922

- *L'individualisation de la peine : étude de criminalité sociale*, Paris, 1^e éd., F. Alcan, 1898

STRICKLER, Y., *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009

VERGÈS, E., *Procédure pénale*, 5^e Édition, Paris, LexisNexis, 2017

WEMMERS, J.-A., *Introduction à la victimologie*, Les presses de l'Université de Montréal, 1964

2) Ouvrages spécialisés, thèses et monographies

AERTSEN, I., et al., *Renouer les liens sociaux. Médiation et justice réparatrice en Europe*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2004

ALBERNHE, R., « Procédure pénale et victimologie », Ann. Fac. Toulouse, tome XXII 1974

ALLAIN, M.-E., et K. ASSELIN, « La sexualité d'hier à aujourd'hui », Travail adressé à David LAPLANTE, travail de session, Séminaire de Sherbrooke, 2013

AMBROISE-CASTÉROT, C., *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse de doctorat, sous la direction de Philippe Conte, Bordeaux, 2000

ANTONOWICZ, G., *Agressions sexuelles. La réponse judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2002

ARCHER, E., *Agressions sexuelles : victimes et auteurs*, Belgique, l'Harmattan, 1998

ARENDDT, H., *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972

ARNOUX, Y., *Le recours à l'expert en matière pénale*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004

Association Henri CAPITANT, « La preuve, Journées Pays-Bas/Belgique », 2015, Éditions Bruylant, Bruxelles

BAMBERY LAMOTT, Y., *La prévention des agressions sexuelles contre les enfants : perspectives juridiques*, Mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 2014

BARIL, M., *L'envers du crime*, Paris, Harmattan, 2002

de BEAUVOIR, S., *Le deuxième sexe, I*, Paris, Éditions Gallimard, Collection Folio Essais, 1976

BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, Paris, Éd. Flammarion, 1965

BÉLIVEAU, P., et J. PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadiens et français : Étude comparée d'un système accusatoire et d'un système inquisitoire*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007

BELQAÏD, A., (Dir.), *L'Homme et le droit : en hommage du professeur Jean-François Flauss*, Paris, Éditions Pedone, 2014

BEN M'BAREK, Y., *Le principe d'individualisation à l'épreuve des peines minimales d'emprisonnement - Étude comparée des systèmes de justice pénale français et canadien*, Mémoire de maîtrise, Université Laval et Université Toulouse 1 Capitole, 2019

BENILLOUCHE, M., (Dir.), *Les procédures accusatoires*, Rennes, PUF, 2012

BERGEAUD, A., *Le droit à la preuve*, Thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2010

BERGEAUD-WETTERWALD, A., et J.-C., SAINT-PAU (Dir.), *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013

BONAFE-SCHMITT, J.-P., et al., *Les médiations, la médiation*, Paris, Ed. Erès, Trajets, 1999

BONAFE-SCHMITT, J.-P., *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, Paris, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998

BOUDON, R., *Effets pervers et ordre social*, Paris, Presses Universitaires de Belgique, 2009

BOULOC, B., *Pénologie*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2^e éd. 1998

BORILLO, D., *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009

BOURDIEU, P., *La domination masculine*, Paris, Seuil, 1998

BROWNMILLER, S., *Le viol*, Paris, Stock/Opuscule, 1976

CABALLERO, F., *Droit du sexe*, Paris, LGDJ-Lextenso éditions, 2010

CAPDEPON, Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Paris, Éditions Dalloz, 2013

CARIO, R. :

- *Justice restaurative, principes et promesses*, Paris, 2^e éd., L'Harmattan, Sciences Criminelles, 2010
- *Victimes : du traumatisme à la restauration*, Coll. Sciences criminelles, 1, L'Harmattan, Paris, 2002

CARIO, R., et A. GAUDREAU (Dir.), *L'aide aux victimes : 20 ans après. Autour de l'œuvre de Micheline Baril*, Paris, L'Harmattan, 2003

CARIO, R., et S. RUIZ-VERA, *Droit(s) des victimes- De l'oubli à la reconnaissance*, Paris, L'Harmattan, 2015

CARPENTIER, Y., *Essai d'une théorie générale des aménagements de peine*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2016

CROCQ, L., P. LOUVILLE, C. DOUTHEAU et al., *Psychiatrie de catastrophe. Réactions immédiates et différées, troubles séquellaires. Paniques et psychopathologie collective*, Paris, Encyclopédie Médico-Chirurgicale Psychiatrie, 1998

DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986

DEMARCHI, J.-R., *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2012

DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Les éditions Thémis, 1996

DESROSIERS, J., *L'agression sexuelle en droit canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009

DESROSIERS, J., et G. BEAUSOLEIL-ALLARD, *L'agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2017

De VILLETTE, T., *Faire justice autrement. Le défi des rencontres entre détenus et victimes*, Montréal, Médiaspaul, 2009

DONIER, V., et B., LAPÉROU-SCHENEIDER, *Accès au juge : quelles évolutions ? Recherche sur l'effectivité du droit*, Paris, Bruylant, 2013

DUVERT, C., « Viol », *Dictionnaire de la violence*, Paris, PUF, 2011

EUCHI, H., *La mise en forme juridique de l'expertise psychiatrique sur la traitabilité des « délinquants dangereux » : l'état du droit criminel canadien*, Thèse soumise à la Faculté des études supérieures et postdoctorales dans le cadre des exigences du programme de maîtrise en criminologie, Département de criminologie, Faculté des sciences sociales, Université d'Ottawa, 2015

FAGET, J., *La médiation. Essai de politique pénale*, Paris, Eres, 1997

FARGIER, M.- O., *Le viol*, Éditions l'étincelle, 1976

FASSIN, D., *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Éditions du Seuil, 2017

FLAUSS, J.-F., *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009

FREUD, S., *Naissance de la psychanalyse*, Paris, puf, 1969

FRISON-ROCHE, M.-A., (Dir.), *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995

GARAPON, A., F., GROS, et T., PECH, *Et ce sera justice, Punir en démocratie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2001

GARAPON, A., *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1996

GIUDICELLI-DELAGE, G., (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Perspectives comparées, Paris, Société de législation comparée, 2006

GIUDICELLI-DELAGE, G., et C. LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Universitaires de Belgique, 2008

GRAVIER, B., et al., *Penser les agressions sexuelles*, Toulouse, ERES, 2016

HARDOUIN, C., *L'oubli de l'infraction*, Thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2008

HASTINGS, M., et B., VILLALBA (dir.), *De l'impunité- Tensions, controverses et usages*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2017

HOUÉDJISSIN M., A., *Les victimes devant les juridictions pénales internationales*, Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 7 août 2006

HUGONET, P., *La vérité judiciaire*, préf.. S. ROZES, Paris, Litec, 1986

HUMBERT, S., et F. LUDWICZAK, *Juste victime dans le procès pénal*, Paris, L'Harmattan, 2015

Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994

JACCOUD, M., *Justice blanche au Nunavik*, Montréal, Méridien, 1995

JOSEPH-RATINEAU, Y., *La privatisation de la répression pénale*, thèse de doctorat, sous la direction de Muriel GIACOPELLI, Aix-Marseille, 2013

KIEFFER, M., *Violences sexuelles envers les femmes. Émergence et construction d'une problématique sociale en France*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2013

KIM, M., *Essai sur la justice restaurative illustré par les exemples de la France et de la Corée du Sud*, thèse de doctorat, sous la direction d'Olivier Sautel, Montpellier, 2015

LAPLANTE, J., *Prison et ordre social au Québec*, Ottawa, les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989

LÉGER-GRESSOT, S., *L'oubli en droit pénal*, thèse de doctorat, sous la direction de Christine Lazerges, Montpellier, 2000

Le GOAZIOU, V., *Viol. Que fait la justice ?*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2019

LE GOAZIOU, V., *Le viol, aspects sociologiques d'un crime*, Paris, La documentation française, 2011

LEMONNE, A., I., VANFRAECHEM et C., VANNESTE, *Quand le système rencontre les victimes Premier résultats d'une recherche évaluative permanente sur la politique en faveur des victimes*, Gent, Academia Press, 2010

- LEONHARD, J., et V., OLECH, *Violences sexuelles entre vérités et mensonges*, PUL, 2020
- LEROY, E., *Les Africains et l'Institution de la Justice. Entre mimétisme et métissage*, Paris, Ed. Dalloz, Coll. États de droits, 2004
- LÉVINAS, E., *Le temps et l'autre*, Paris, PUF, 1983
- LÉVY, T., *Justice sans Dieu*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2000
- LOPEZ, G., S. PORTELLI et S. CLÉMENT, *Les droits des victimes- Droit, auditions, expertise, clinique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2007
- LUSSIER, C., *Les caractéristiques du consentement de la victime en matière d'infractions contre les personnes : à la recherche d'un équilibre entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public*, Mémoire de maîtrise, Laval, Faculté de droit, Université Laval, 1996
- MACKINNON, A.-C., *Le féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Des femmes- Antoinette Fouque, 2005
- MADER, L., *L'évaluation législative. Pour une étude empirique des effets de la législation*, Lausanne, Payot, 1985
- MALABAT, V., B. de LAMY et M. GIACOPELLI (Dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* Opinio doctorum, Paris, Dalloz, 2009
- McAREE, M., WOON, R. et SRIVASTAVA, A. (Dir.), « L'admissibilité de la preuve d'expert et les dépens », *Symposium sur l'environnement au tribunal : les questions de preuves dans les poursuites et les procès en matière d'environnement*, Université de Calgary, 6 et 7 mars 2015
- MICHAUD, Y., *Violence et politique*, Paris, Gallimard, coll. « Les essais », 1978
- MILLET, K., *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971
- NAGOUAS-GUÉRIN, M.-C., *Le doute en matière pénale*, Paris, Nouvelles bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002
- NÉRON, J., *L'agression sexuelle et le droit criminel canadien : l'influence de la tradition*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997
- OST, F., et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- PAGÉ-ARPIN, M., *La difficile réconciliation de la vérité et de l'équité dans la procédure pénale en matière d'agression sexuelle*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2009
- PAILLARD, B., *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Paris, LGDJ, 2007
- PATENAUDE, P., *L'expertise En Preuve Pénale : Les Sciences Et Techniques Modernes D'enquête, De Surveillance Et D'identification*, Cowansville, Québec, Éditions Y. Blais, 2003

- PATENAUDE, P., *La Preuve, Les Techniques Modernes Et Le Respect Des Valeurs Fondamentales : Enquête, Surveillance Et Conservation De Données*, Sherbrooke, Québec, Collection Monographies Juridiques, Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990
- PERRON-BORELLI, M., *Les fantasmes*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004
- PICHÉ, J., « Revisiting Restorative Justice in Canada », 2006, thèse de maîtrise inédite, Université d'Ottawa, département de criminologie
- PIGNOUX (N.), *La réparation des victimes d'infractions pénales*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2008
- RAJASINGAM PATHIRAJ, V., *Les atteintes au corps féminin. Loi et sanction des violences physiques*, Paris, L'Harmattan, 2009
- RAYMOND, E., *Justice pour les crimes contre l'humanité et génocides : point de vue et attentes des victimes*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2010
- RAYNAL, M., *Justice traditionnelle et justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, Ed. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1994
- RENARD, N., *En finir avec la culture du viol*, Paris, Les petits matins, 2018
- RIBEYRE, C., (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016
- RICOEUR, P., *Le juste 1*, Paris, Éditions Esprit, 1995
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 2012
- SAAS, C., *Céder n'est pas consentir*, Mélanges Jean Danet, Paris, Dalloz, 2020
- SAINT-PAU, J.-C., *L'anonymat et le droit*, Thèse Bordeaux IV, Sous la direction de Philippe CONTE, Tome 2
- SALAS, D., *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette littératures, 2007
- SALMONA, M., *Le livre noir des violences sexuelles*, Paris, DUNOD, 2013
- SCHABAS, W., *Les infractions d'ordre sexuel*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 1995
- TOUREILLE, V., *Crime et châtement au Moyen Âge*, Paris, Seuil, 2013
- VIAGRELLO, G., *Histoire du viol, XVIe-Xxe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1998
- WYVEKENS, A., *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997

ZAUBERMAN, R., et P. ROBERT, *Du côté des victimes, un autre regard sur la délinquance*, Paris, L'Harmattan, 1995

ZEHR, H., *La justice restaurative- Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Genève, Éditions Labor et Fides, 2012

3) Ouvrages en langue étrangère

BRAITHWAITE, J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge university press, 1989

CLEARY, E., *McCormick on Evidence*, 3^e éd, St Paul, MN, West Publishing, 1984

DALY, M., *Beyond God the Father*, Boston, Beacon Press, 1973

GAVRIELIDES (T.), *Restorative justice theory and practice : Addressing the discrepancy*, Helsinki, Finland, European Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations, 2007

GRIFFIN, S., *Rape : The All-Americance Crime*, Copies available through Women Against Rape, 1971

HOEFNAGELS, G.-P., *The other side of criminology. An inversion of the concept of crime*, Deventer, Kluwer, 1973

JOHNSTONE, G., *A Restorative Justice Reader. Texts, sources, context*, WILLAN Publishing, 2003

SHAPLAND, J., J. WILLMORE et P. DUFF, *Victims in the criminal justice system*, Aldershot GB, Gower Publishing Company Limited, 1985

STEPHEN, J.-F., *A History of the Criminal Law of England*, vol. 1, New York, Burt Franklin, 1883

STRANG, H., *Repair and Revenge : Victims and Restorative Justice*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2002

TEMKIN, J., et B. KRAHÉ, *Sexual Assault and the Justice Gap : A question of attitude*, Oxford, Hart Publishing, 2008

UMBREIT, M., *Victim Meets Offender : The impact of restorative justice and mediation*, Monsey, Criminal Justice Press, 1994

VAN NESS, D., et K., HEETDERKS STRONG, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997

VAN NESS, D., STRONG, K., *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*, 5^e Éd., Anderson Publishing, 1997

WEMMERS, J.-A., *Victims in the criminal justice system*, Amsterdam, Kugler Publications, 1996

WEMMERS, J.-A., (dir.), « Reparation and the International criminal court : meeting the needs of victims », Montréal, Report of the Workshop, 2006

WIGMORE, J.-H., *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9, Toronto, Little & Brown, 1961

ZEHR, H., *The little book of restorative justice*, Good books Pub., 2002

III. ARTICLES, NOTES, ETUDES ET CHRONIQUES

1) Articles en langue française

ALVAREZ, J., et N. GOURMELON, « La prise en charge des auteurs d'agressions sexuelles par l'administration pénitentiaire : État des lieux et nouvelles pratiques », (2007) RSC 618

AMBROISE-CASTÉROT, C. :

- « Préface » dans Jean-Raphaël DEMARCHI, J.-R. (Dir.), *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2012
- « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : La quête du Graal de la vérité », (2005) 7 *AJ pénal* 261

ANCEL, H., « La preuve biologique » dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale- Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006

ARCHER, E., « Quelques réflexions sur les sens de la peine, aujourd'hui », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017

ASCENCI, L., et PARIZOT, R., « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006

AUCLAIR-FOURNIER, E., « Pour mieux comprendre ce qu'est la justice réparatrice », <https://www.alterjustice.org/dossiers/articles/151118-justice-reparatrice-mieux-comprendre.html>

AYMONIER, S. et BOURG, C., « Soigner les adolescents auteurs de violences sexuelles : une mission impossible ? Quelques moments d'un itinéraire de conviction », dans C. SAVINAUD et al., *Violences sexuelles d'adolescents*, ERES, 2015, pp. 141-157

BACHELET, O., « La hiérarchie des preuves », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006s

BAHAN, F., « La réparation pénale- Une intervention éducative et citoyenne », (2009) 45, *Les Cahiers Dynamiques*, 39

BALDECK, M., « Le consentement sexuel et sa (non) traduction juridique », dans « Mon corps m'appartient... du contrôle à l'émancipation », Colloque du 17 novembre 2015, Mission Droits des femmes et égalité de genre, Ville de Strasbourg

BARANÈS, W., et FRISON-ROCHE, M.-A., « Le souci de l'effectivité du droit », (1996) 35^e cahier-chronique *Recueil Dalloz* 301

BARIL, M., BETTEZ, M. J. et VIAU, L., « Les agressions sexuelles avant et après la réforme de 1983. Une évaluation des pratiques dans le district de Montréal », Centre international de criminologie comparée et Faculté de Droit, 1989

BASTE MORAND, L., « La réparation pénale, Un embryon de justice restaurative », (2014) 59, *Les Cahiers Dynamiques*, 61

BÉAL, C., « Justice restaurative et justice pénale », (2017) 93 *Rue Descartes* 58

BÉAL, C., et DELIA, L., « Entretien avec Margaux Coquet sur l'abolition du système pénal », (2017) 93 *Rue Descartes* 102

BEAUSOLEIL-ALLARD, G., « Le fichage fédéral de la délinquance sexuelle et l'érosion des principes de justice criminelle et punitive » (2013) 54 *C.de D.* 81

BEAUSSONIE, G. :

- « L'égalité entre les femmes et les hommes (Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes) », (2018) *RSC* 945
- « Infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Mai 2018

BELLEY, J.-G., « La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique », (1975) 16 *Les Cahiers de droit* 27

BENILLOUCHE, M. :

- « Récidive et emprisonnement », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017
- « Les objectifs du procès pénal », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE (Dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale, Perspectives comparées*, Paris, Société de législation comparée, 2006

BENSUSSAN, J. :

- « Quelques réflexions sur un barbarisme juridique : la place de la victime dans le procès pénal », dans Y. STRICKLER (Dir.), *La place de la victime dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2009
- « Viol entre époux en droit français : désir, besoin et consentement », (2009) 18, *Sexologie* 218

BESSE, T., « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », (2018) *RSC* 21

BOCCON-GIBOD, D., « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique », (2016) *AJ pénal*

BONFILS, P., « Par. 2. Participation de la victime au déroulement du procès pénal », (Avril 2011, actualisation novembre 2017), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, par. 187

BORILLO, D., « Démocratie ou démagogie sexuelle ? », (2009) *Sexualités et Démocratie : perspectives multidisciplinaires francophones*, Les éditions revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

BOURGAULT, F., et MATTE, D. (Dir.), « Ce que nous savons de la violence envers les femmes », Argumentaire pour les 12 jours d'action pour l'élimination de la violence envers les femmes, Édition automne 2010

BOURGON, N., et COADY, K., « La justice réparatrice dans les cas de violence sexuelle : une bibliographie annotée », Division de la recherche et des statistiques, Ministère de la Justice Canada, 2019

BRENNAN, S., et TAYLOR-BUTTS, A., « Les agressions sexuelles au Canada 2004 et 2007 », Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada, 2008

BROCHER DE LA FLECHERE, H., « Droit et morale », 24 *Revue de droit international et législation comparée*, 425

CABON, S.-M., « L'aveu dans la procédure accusatoire américaine », dans Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD et Jean-Christophe SAINT-PAU (Dir.), *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013, 113

CAIRE, A.-B., et LANTERO, C. (Dir.), *Le droit à l'oubli*. Actes du colloque du 25 mars 2015, (2016) 8 *La Revue*

CARBONNIER, J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », (1957-58), *L'année sociologique* 3

CARIO, R. :

- « Chapitre 23. La justice restaurative. De la re-co-naissance des personnes impactées par le crime », in Roland COUNTANCEAU et al., *Victimologie*, Paris, Dunod, 2018, 226-239
- « Justice restaurative, une évolution cruciale », (2012) 1046 *Lien social* 20
- « Préface », dans Howard ZEHR, *La justice restaurative- Pour sortir des impasses de la logique punitive*, Genève, Éditions Labor et Fides, 2012
- « Les rencontres restauratives en matière pénale. De la théorie à l'expérimentation des RDV », (2011) *A.J. pénal* 294
- « De la victime oubliée... à la victime sacralisée ? », (2009) *AJ Pénal* 491
- « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », (2007) *Actualité juridique pénal*

- « Les victimes et la justice restaurative », dans P. ZEN-RUFFINE (Ed.) *Du monde pénal. Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, Collection Neuchâteloise, Helbing and Lichtenhahn pub., Bâle, 2006
- « Les victimes et la médiation pénale en France », dans JACCOUD, M. (dir). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences et divergences*, Paris, L'Harmattan, Sciences criminelles, 2003

CARIO, R., et RUIZ-VERA, S., « Victimes d'infraction », (2018) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*

CASANOVA, C.-M., « Les victimes, leur indemnisation », dans *Les droits des victimes*, (2015) Dossier *AJ Pénal* 18

CASONI, D., « Les trois étapes de l'évaluation des allégations d'agression sexuelle », (2001) *Psychologie Québec* 23

CLARK, M. G., L., « Perspectives féministes de la violence contre les femmes et les enfants préoccupations touchant l'aspect psychologique, les services sociaux et la justice pénale », (1991) 3 *Revue juridique 'La femme et le droit'* 420

CONTE, P., « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, coll. Mélanges, Litec, 2005

CORBET, E., « Les concepts de violence et de maltraitance », (2000) 31 *adsp* 20

COSTE, F.-L., « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », (1997) *Recueil Dalloz* 179

CÔTÉ, I., et LAPIERRE, S., « J'avais pas le choix parce que sinon je me faisais battre » : La violence sexuelle en contexte conjugal », (2013) *Canadian Social Work Review* 185

COURTAIGNE-DESLANDES, C., « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », (2013) *Droit pénal* 19

CRÉMIÈRE, M., « Justice restauratrice : une voie trop ignorée », (2014) 334 *Journal du droit des jeunes* 9

CUGNO, A., « La prison n'incarne pas l'essence de la peine », (2018) 365, *C.E.R.A.S.*, 77

DACHY, A., « L'offre de concertation restauratrice en groupe : une « adolescence » en mal de vivre », (2014) 334 *Journal du droit des jeunes* 26

DAMIANI, C., « La prise en charge des victimes de violences sexuelles », (2004) *AJ Pénal*

DANAN, M., « L'expertise psychiatrique », dans Éric BACCINO et al., *Victime- Agresseur*, Tome 1, Champ social « Victimologie & criminologie », 2001

DANET, J., « La défense et le choix de la peine », dans Reynald OTTENHOF (Dir.), *L'individualisation de la peine de Saleilles à aujourd'hui*, Paris, ERES, 2001

DANTI-JUAN, M., « Réflexions sur le sens de la peine et l'individualisations », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017

DARSONVILLE, A. :

- « Précision sur la notion du viol par surprise », (2019) *AJ Pénal* 153
- « Viol », (2011-2018) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*
- « Éléments de réflexion à propos des classements sans suite », (2017) *AJ Pénal* 266
- « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », (2012) 1 *Archives de politique criminelle* 31

DAURY-FAUVEAU, M. :

- « Le viol par mensonge (ou Casanova, peinture 36 fillette) », (2019) *Recueil Dalloz* 945
- « Des listes définitives de 1810 au code pénal éducatif de 1992 », *RSC* 2015

DEBAUCHE, A., « L'émergence des violences sexuelles intrafamiliales : un appui pour la visibilité des violences sexuelles en Belgique dans les statistiques françaises ? », (2015) *Enfances Familles Génération, Revue interdisciplinaire sur la famille contemporaine* 136

DEBET, A., « Preuve et nouvelles technologies en Belgique » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015

DELAGE, P.-J., « L'oubli de l'infraction par la victime, ou quand l'amnésie traumatique ne peut influencer sur le délai de prescription de l'action publique », (2019) *RSC* 144

DELORS, G., « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », (2011) *RSC* 817

DELZANGLES, B., et GROSBON, S., « Qui veut la peau des violences sexuelles ? », (2018) 13 *La revue des droits de l'homme* 1

DESPREZ, F., « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », (2012) 34, *Archives de politique criminelle* 45

DESROSIERS, J. :

- « Le traitement des victimes d'agression sexuelle devant les tribunaux canadiens : entre les avancées juridiques et la persistance des stéréotypes », (2019) 10 *Revista ESMAT* 199
- « Peines minimales et principes de justice fondamentale: une lecture comparée des articles 12 et 7 de la Charte », (2013) 17 *C.C.L.R.* 122
- « La hausse de l'âge du consentement sexuel : renouveau du moralisme juridique ? », (2009) 14 *Revue canadienne de droit pénal* 37
- « L'emprisonnement systématique des délinquants sexuels », (2008) 12 *Canadian Criminal Law Review* 353

DESROSIERS, J., et BERNIER D., « Sexe, adolescence et populisme pénal...ou comment la différence d'âge est devenue un crime », (2009) 50 *Les cahiers de droit* 637

DESROSIERS, J., et LÉTOURNEAU A., « Consentir à des contacts sexuels avant 16 ans : une situation de compromission au sens de la Loi sur la protection de la jeunesse ? », (2012) 46 *R.J.T.* 55

- DETRAZ, S., « L'inceste : l'inconnu du droit positif », (2010) *Gazette du palais* 10
- DEYMIÉ, B., « La justice restaurative : repenser la peine et le châtement », (2016) 6, *S.E.R.*, « *Études* », 41
- DI MARINO, G., « Préface », dans Yann ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004
- DOMENECH, J.-L., « L'actualité du réseau français d'aide aux victimes », dans Robert CARIO et Arlène GAUDREULT, *L'aide aux victimes : 20 ans après. Autour de l'œuvre de Micheline Baril*, Paris, L'Harmattan, 2003
- DUCHEMIN, D., « La criminalité sexuelle », in Éric BACCINO et al., *Victime- Agresseur*. Tome 1, Champ social, Victimologie & criminologie, 2001, p. 33-42
- DUMEZ, G., « L'accompagnement des victimes. Rôle et regard d'une association locale œuvrant auprès des victimes d'infractions », dans Sylvie HUMBERT et Franck LUDWICZAK (Dir.), *Juste victime dans le procès pénal*, Paris, L'Harmattan, 2015
- DUMONT, H., « De la loi C-41 à la Loi C-55 : la détermination de la peine avec une main de fer dans un gant de velours », dans Patrick Healy et Hélène Dumont (dir.). *La détermination de la peine : une réforme pour hier ou pour demain*. Montréal, Thémis, 1997
- ELASSAL, E.-F., « Le régime de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes », (2011) *Revue québécoise de droit international* 206
- FAGET, J. :
- « Les dynamiques de transfert des idées restauratives », (2015) 59 *Presses de Sciences Po*, « *Raisons politiques* » 109
 - « La justice restaurative », In *La Justice en perspectives. La justice restaurative en France*, Session de formation continue, <http://www.enm.justice.org>.
- FATTAH, E. A. :
- « La relativité culturelle de la victimisation. Quelques réflexions sur les problèmes et le potentiel de la victimologie comparée », (1993) 26 *Criminologie* 121
 - « La victimologie : qu'est-elle, et quel est son avenir ? », RICPT 1967
- FERRI, T., « Esquisse d'une théorie de l'amoralité de la peine », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017 (p.234, point intéressant sur l'impunité et le désir insatiable de punir).
- FLUCKIGER, A., ROTH R. et ROBERT, C.-N., « Droit et émotions. Le rôle des émotions dans le processus de régulation juridique et sociale. Rapport final », (2010) Travaux CETEL n°58, Université de Genève
- FORTIS, E., « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », (2006) 28 *Archives de politique criminelle* 41
- FOURNIER, M., « La différence des sexes est-elle culturelle ? », (2004) 146 *Sciences humaines* 24

GARAPON, A., « La justice reconstructive », dans Antoine GARAPON, Frédéric GROS, Thierry PECH, *Et ce sera justice, Punir en démocratie*, Paris, Éditions Odile Jacob, 2001

GARAPON, A., et SALAS, D., « la victime plutôt que le droit », (2007) 11 *Esprit* 74

GAUDILLIÈRE, J.-P., « On ne naît pas homme... À propos de la construction biologique du masculin », (2004) 31, *La découverte*, « Mouvements » 15

GAUVIN, F., « Viol par surprise : l'émule de Zeus », (2019) 3 *Droit pénal*, comm. 42

GENUIT, P., « Du cens de la peine aux sens pénitentiels : Principe éthique et traitement légal de la peine », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017

GIUDICELLI-DELAGE, G., « Victimes : de l'oubli à la faveur ? », (2016) *Justice & Cassation*

GODELIER, M., « Anthropologie et recherches féministes- Perspectives et rétrospectives », In Jacqueline LAUFER et al., *Le travail du genre*, Paris, La Découverte, 2003

GRAVIER, B., et ROMAN, P., *Penser les agressions sexuelles. Actualité des modèles, actualité des pratiques*, (2016) *ERES*, Études, recherches, action en santé mentale en Europe

GRÉGOIRE, M.-A., « Rapport québécois », dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015, pp. 233

GRIMALDI, C., « Preuve et droits fondamentaux en Belgique », dans *La preuve*, Journées Pays-Bas/Belgique, Tome LXII/ 2013, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruxelles, Bruylant, 2015, 161

GROS, F., « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », (2010) 53 *Le droit pénal. La bioéthique en débat*, APD, 167-168

GRUNVALD, S., « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », (2017) *AJ Pénal* 269

HENNION-JACQUET, P., « L'indemnisation du dommage causé par une infraction : une forme atypique de réparation ? Dommages et intérêts, classement sous condition de réparation, sanction-réparation », (2013) 3, *Revue de science criminelle et de droit comparé*, 517

HENRION, H., « L'article préliminaire du code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », (2001) 23 Editions A. Pédone « Archives de politique criminelle » 13

HUMBERT, S., « Le sens de la peine, évolution des idées », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017

JACCOUD, M., « La justice, ses formes et ses modèles. Innovations pénales et justice réparatrice », Séminaire innovations pénales, 2008, <https://doi.org/10.4000/champpenal.1269>

JUILLARD, M., et TIMBART, O., « Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l'instruction », (2018) 160 *Infostat Justice*

KHOURY, L., « Preuve et nouvelles technologies au Québec » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015

KOLOPP, M., et al., « Examen médico-légal des victimes d'agressions sexuelles : caractéristiques et liens avec les poursuites judiciaires », (2017) 45 *Gynécologie Obstétrique Fertilité & Sénologie* 158

KONG, R., JOHNSON, H., BEATTIE, S. et CARDILLO, A., « Les infractions sexuelles au Canada » (2003), Source : <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/85-002-x2003006-fra.pdf>

KRYWIN, A., « Le droit et l'idéologie. Débat : viol et justice pénale », (1979) 3 *Déviance et société*

LACROIX, C. :

- « Pour un ancrage durable de l'effectivité des droits des victimes », dans « Les droits des victimes », dossier, *AJ Pénal*, janvier 2015
- « Lois et règlements- Chapitre 2- Qualité de la norme pénale », (Mai 2018, Actualisation, Mars 2019), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*

LALANDE, P., « Des solutions de rechange à l'incarcération : pour un peu plus de modération, d'équité et d'humanité », (2007) 40 *Criminologie*

LAMEYRE, X. :

- « La prescription de l'action publique en matière d'infractions contre les mineurs, ou les dysharmonies d'un régime pénal d'exception », (2006) *AJ pénal* 689
- « Du régime pénal spécial appliqué, en Belgique, aux auteurs d'infractions sexuelles », (2002) *RSC* 547
- « Des infractions sexuelles : les mots du droit pénal français pour dire ces maux » in *Psychopathologie et traitements actuels des auteurs d'agression sexuelle*, Paris, John Libbey Eurotext, 2001

LASCOUMES, P., « Effectivité », in A.-J. ARNAUD, A.-J. (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie de la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993

LASCOUMES P., et SÉVERIN, E., « Théories et pratiques de l'effectivité du Droit », (1986) 2 *Droit et société* 127

LASSERRE, V., « Loi et règlement- Vie des lois et des règlements- Art. 1^{er}. Effectivité du droit », (2016) *Répertoire de droit civil*

LAZERGES, C. :

- « L'indemnisation n'est pas la réparation », dans Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGES, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, Presses Universitaires de Belgique, 2008
- « Introduction », dans Sylvie FAYE (Dir.), *Justice et Cassation- Dossier la victime*, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, Paris, 2016

LEBLOIS-HAPPE, J., « La réforme de la prescription, enfin ! Loi n°2017-242 du 27 février 2017 », (2017) *La semaine de la doctrine*, l'étude

LECLERC, H., « Le doute, devoir du juge », dans Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994

LECOMTE, J. :

- « La justice restauratrice », (2012) 40 *Revue du MAUSS* 223
- « Les multiples effets de la justice restauratrice », (2014) 4, *Journal du droit des jeunes*, 17

LEE, I., « L'agression sexuelle et la justice fondamentale : réflexions sur l'obligation d'agir raisonnablement », (1994) 26 *Ottawa L. Rev.* 47

LEFRANC, S., « Le mouvement pour la justice restauratrice : " An idea whose time has come " », (2006) *Droit et Société, Ed. juridiques associées /L.G.D.J.* 339

LEMASSON, A.-T., « A- Droit propre de la partie civile au volet civil du procès équitable », (2014) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Justice internationale pénale : procédure

LEMOINE, P., « Évolution du concept de violence sexuelle à travers l'histoire », CRIAVS, Caen

L'HEUREUX-DUBÉ, C., « Au-delà des mythes : justice », (1994) 7 *Can. J. Women & L.* 1

LIÈGE, M.-P., « L'aide aux victimes vingt ans après : bilan et perspectives », dans R., CARIO et A., GAUDREAU (Dir.), *L'aide aux victimes : 20 ans après. Autour de l'œuvre de Micheline Baril*, Paris, L'Harmattan, 2003

LIENEMAN M. N., *Pour une nouvelle politique publique d'aide aux victimes*, La documentation française, 1999, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/994000991.pdf>

LIENHARD, C., « Droit des victimes et victimologie, une nécessaire nouvelle donne », (2015) *AJ Pénal*, Dossier, *Les droits des victimes* 10

Le GOAZIOU, V. :

- « Les viols aux assises : regard sur un mouvement de judiciarisation », (2012) 34 *Archives de politique criminelle* 93
- « Les violences sexuelles : point de vue sociologique », dans B., GRAVIER et al., *Penser les agressions sexuelles*, Toulouse, ERES, 2016

L'HEUREUX-DUBÉ, C., « Au-delà des mythes : justice », (1994) 7 *Can. J. Women & L.* 1

LE MAGUERESSE, C., « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexion à partir du droit pénal canadien », (2012) 34 *Archives de politique criminelle* 223

LEMASSON, T., « Section 2 : Spécificité de la preuve en matière sexuelle », (2014) *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*

LENOIR, A., et GAUTRON, V., « Les pratiques des parquets face à l'injonction politique de réduire le taux de classement sans suite », (2014) 88 *Droit et société* 591

LEPAGE, A., « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », (2016) *Droit pénal* 17

LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », (2011) 79, *Droit et société* 715

LUDWICZAK, F., « Introduction- Quelques réflexions relatives aux sens juridiques de la peine », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017

LUSSIER, P., « Chapitre 1 : Les théories qui expliquent l'agression sexuelle des femmes », in F., CORTONI et al., *Traité de l'agression sexuelle*, 2017, pp. 13-32

MALABAT, V., « Les infractions inutiles- Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », dans Valérie MALABAT, Bertrand, de LAMY, Murielle, GIACOPELLI (Dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 71 et s.

MANGANAS, A., « Le consentement en matière d'agression sexuelle : peut-on sortir du labyrinthe sans le fil d'Ariane ? », (1988) 29-2 *Les Cahiers de droit*, 535

MATHIEU, P., « La victime de l'infractions pénale dans l'histoire » dans Cédric RIBEYRE (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016

MATTEOLI, A., et POLESII, H., « Évolution historique de la prise en compte juridique des violences sexuelles », dans Actes du colloque du 20 octobre 2011, Strasbourg, « Du sexisme aux violences sexuelles. Causes conséquences et modalités d'action »

MAYAUD, Y. :

- « La relation sexuelle, une relation *intuitu personae!* », (2019) *RSC* 88
- « De la prescription des infractions sexuelles, ou pour une brève synthèse sur fond d'amnésie traumatique », (2018) *RSC* 895
- « Rebondissement sur la structure matérielle des infractions sexuelles », (2015) *RSC* 86
- « Viol ou agression sexuelle ? C'est selon... », (2013) *RSC* 808
- « Du viol à l'agression sexuelle, ou d'une correctionnalisation valant condamnation de la France... », (2012) *RSC* 142
- « Correctionnalisation judiciaire et divergences de stratégie entre parties civiles...Application à des agressions sexuelles », (2011) *RSC* 605
- « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », (2004) 1 *AJ Pénal* 9
- « Agressions sexuelles et conflits de lois dans le temps- Crim. 10 juillet 2002 », (2002) *RSC* 817
- « Infractions contre les personnes », (2002) 4 *Revue de sciences criminelles* 814
- « Infractions contre les personnes », (1998) 2 *Revue de sciences criminelles* 320
- « Jeux et séduction, ou des frontières de l'agression en matière sexuelle », (1998) *RSC* 1998, 325

- « Le viol sur soi-même, nouveau cas d'interprétation contra legem... et contra rationem », (1998) *Dalloz* 212

MAYEUR- CARPENTIER, C., « La reconnaissance de la victime par l'Union Européenne », (2015) 25 *Histoire de la justice* 37

MAZAUD, N., P., RABEYRIN-PUECH et M.-P., PORCHY, « Une expérience de justice restaurative au tribunal de grande instance de Lyon », (2018) 4 *Dalloz*, « Les Cahiers de la Justice » 753

MBANZOULOU, P., « L'expérimentation des rencontres détenus-victimes à la maison centrale de Poissy », (2015) 16 *RJOI* 225

MEKKI, M., « Preuve et vérité en Belgique » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015

MENDELSON, B., « La victimologie et les besoins de la société actuelle », RICPT 1973

MILBURN, P. :

- « La réparation pénale à l'égard des mineurs : éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative » (2012) 24, *Archives de politique criminelle*, 147
- « Examen de l'application d'une mesure de justice restaurative », (2002) 215 *Journal du droit des jeunes* 20

MILLET, K., *La politique du mâle*, Paris, Stock, 1971

NAU, J.-Y., « Du consentement et de la sexualité », (2011) *Revue Médicale Suisse* 1722

OUIMET, M., « Analyse de la gravité des agressions sexuelles de femmes adultes et de ses déterminants », (2000) 53 *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique* 157

PADOVA, Y., « À la recherche de la preuve absolue. Réflexions sur l'utilisation de l'ADN en procédure pénale et sur le développement des fichiers d'empreintes génétiques », (2004) 26 *Archives de politique criminelle* 71

PANACCIO, C.-M., « La preuve bannie par les droits fondamentaux au Canada et au Québec », dans *La preuve*, Journées Pays-Bas/Belgique, Tome LXII/ 2013, Travaux de l'Association Henri Capitant, Bruxelles, Bruylant, 2015, 241

PARENT, C., « La déclaration de la victime au niveau de la sentence : une mesure adaptée aux besoins des victimes? », (1995) 26, *Revue générale de droit*, 127

PASTORELLO, T., « L'abolition du crime de sodomie en 1791 : un long processus social, répressif et pénal », (2010) *Cahiers d'histoire* 197

PATENAUDE, P., « De L'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions », (1997) 27 *Revue De Droit, Université De Sherbrooke* 1

PELLETIER, V., « Pour une refonte du droit des peines : Quels changements si les préconisations de la Commission Cotte étaient suivis? », Institut de sciences criminelles et de la justice, Paris, Lexisnexis, 2016

PERONA, O., « Déqualifier les viols : une enquête sur les mains courantes de la police judiciaire », (2018) 99 *Droit et société* 341

PERREAULT, N., BÉGIN, H., BÉDARD, D. et DENONCOURT, I., « Consommations et agressions sexuelles : évaluation d'une intervention préventive en milieu collégial », 7 (2008), *Drogues, santé et société* 161

PERRIER, J.-B., « Le retour de l'inceste dans le Code pénal », (2016) *RSC* 383

PIN, X. :

- « La privatisation du procès pénal », (2002) *RSC* 245
- « Les victimes de la délinquance sexuelles dans le procès pénal », (2002) *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 687
- « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », (2006) 1 *Archives de politique criminelle* 49

PIOT, D., « 10 ans d'empreintes génétiques » dans *Évolution des empreintes génétiques et enquête pénale*, IHESI, La documentation française, 2001

PIRES, A., « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique » (2001) 33-1 *Sociologie et sociétés* 179

PITCH, T., « Femmes dans le droit, femmes hors du droit ? Justice sexuée, droit sexué », (1992) 16, *Déviance et société* 263

PORTELLI, S., « Le juge pénal et les victimes », dans J-L .SENON, G. LOPEZ et R. CARIO (Dir.), *Psycho-criminologie*, Paris, Dunod, 2008

POUJOULY, M.-C., « Violence », dans Monique FORMARIER et al., « Les concepts en sciences infirmières », (2012) *Association de Recherche en Soins Infirmiers*, « Hors collection », 302

PRADEL, J., « Rapport de synthèse », dans Aurélie, BERGEAUD-WETTERWALD et Jean-Christophe, SAINT-PAU (Dir.), *La preuve pénale. Problèmes contemporains en droit comparé*, Paris, L'Harmattan, 2013

RAMOISY, J., (dir.), « La violence faite aux femmes : à travers les agressions à caractère sexuel », 1995, *Bibliothèque nationale du Québec*

RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, 1990, p. 126 à la page 149

RAUSHENBACH, M., et SCALIA, D., « Victimes et justice internationale pénale : perplexité ? », 90 *International Review of the Red Cross* 441-459

- REDON, J.-P., « L'expertise judiciaire », dans É. BACCINO et al., *Victime- Agresseur*, Tome 1, Champ social « Victimologie & criminologie », 2001
- RENUCCI, J.-F., « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *Recueil Dalloz* 1997
- ROBENOIRE, M., « La preuve biologique : outil de jugement ou atteinte aux droits ? », (2012) 5 *Esprit* 115
- ROBERT, A.-G., « La victime et la sanction pénale », dans Cédric RIBEYRE (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016
- ROBERT, J.-H., « Le plancher et le thérapeute. - Commentaire de la loi n° 2007- 1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs », (2007) 10 *Dr. pénal*, étude 20
- ROBERTS, J. et PIRES, A., « Le renvoi et la classification des infractions d'agression sexuelle », (1992) 25-1 *Criminologie* 27
- ROBERTS, J., *La loi sur les agressions sexuelles au Canada- Une évaluation. Modèles de détermination de la peine dans les affaires d'agression sexuelle*, Rapport n°3, Ottawa, Direction des communications et affaires publiques, Ministère de justice, 1990
- ROGER, G., « Le poids du sexuel dans la violence (actuelle) », (2007) 99 *Topique* 9
- ROMAN, P., et GRAVIER, B., « Introduction », dans Bruno GRAVIER et al., *Penser les agressions sexuelles*, Toulouse, ERES, 2016
- ROSSI, C. :
- « Le modèle québécois des rencontres détenus-victimes », (2012) 2 *Les cahiers de la justice*, Dalloz 107
 - « Les rencontres détenus-victimes dans les cas de crimes graves au Québec : une offre unique de reconnaissance sociale des conséquences des crimes les plus graves », dans Cario, R. (dir), *Les rencontres détenus victimes, L'humanité retrouvée*, Paris, L'harmattan, Sc.Crim, coll. Controverses, 2012
- ROULAND, N., « L'égalité femmes-hommes : une éthique pour le XXI siècle ? », (2018) 73 *Revue Faculdade Direito Universidade Federal Approach Minas Gerais* 567
- ROUMIER, W., « Infractions sexuelles- Lutte contre le viol : état des lieux et réformes à venir », veille, 4 avril 2018, *Droit pénal* n°4, alerte 13
- ROUSSEAU-DUMONT, K., « Le rôle de la preuve dans la décision d'enregistrer un plaidoyer de culpabilité au Canada », *École de criminologie*, Université de Montréal, 2015
- RUEBSAAT, G., *Les nouvelles infractions en matière d'agressions sexuelles : questions juridiques d'actualité*, Ottawa, Direction des communications et affaires publiques, Ministère de la justice, 1985

SAAS, C., « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », (2015) 8 *La Revue des droits de l'homme*

SAINT-PAU, J.-C. :

- « Viol par surprise : le stratagème numérique et érotique », (2019) 8, *La semaine juridique* 364
- « L'agression sexuelle par surprise » (2019), Mélanges Bernard Teyssié, Lexinexis
- « Le mineur victime d'une infraction pénale » dans *La victime de l'infraction pénale*, (2016) Dalloz, Thèmes et commentaires

SALAS, D., « Opinion publique et justice pénale : Une rencontre impossible ? » (2010) 15-2 *Le Temps des médias* 99

SALMONA, M., « Pour en finir avec la culture du viol en 12 points », 2016

SNIDER, L., « Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social », (1992) 25-1 *Criminologie* 5

SOURZAT, C., et OLIVIER, J., « Infractions sexuelles – Réflexion pluridisciplinaire sur la prescription en matière d'agressions sexuelles après la présentation du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », (2018), *Droits pénal*, Étude 16

TARDE, G., « Les transformations de l'impunité », (1898) tome XIII, *Archives d'anthropologie criminelle* 613

TARUFFO, M., « Rapport général » dans Travaux de l'Association Henri CAPITANT, *La preuve*, Tome LXIII, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2015

THIERRY, J.-B., « L'omniprésence envahissante de la victime en matière pénale », pp. 239-247 dans Valérie MALABAT, Bertrand de LAMY, Muriel GIACOPELLI (Dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, Paris, Dalloz, 2009

TRÉPANIÉ, J., « La légitimité des mesures imposées aux jeunes contrevenants », (1996) *Revue générale de droit*, Wilson Lafleur

TULKENS, F., « L'individualisation de la peine cent ans après Saleilles », dans Reynald OTTENHOF (Dir.), *L'individualisation de la peine de Saleilles à aujourd'hui*, Paris, ERES, 2001

UCCIANI, S., *La transmission des stéréotypes de sexe*, Biennale internationale de l'éducation, de la formation et des pratiques professionnelles, 2012, Paris

VAILLANT, N., ROMANIUC, R. et MALLEVAY, B., « La peine : le prix du crime ? », dans Franck LUDWICZAK et Jean MOTTE dit FALISSE, *Du sens de la peine*, Paris, L'Harmattan, 2017

VALENTINI, M., « L'indemnisation des victimes d'actes criminels et l'impossibilité psychologique d'agir : une réforme à deux vitesses », (2015) 56 *Les Cahiers de droit* 707

VANIER, C., et LANGLADE, A., « Comprendre le dépôt de plainte des victimes de viol : facteurs individuels et circonstanciels », (2018)3 *Déviante et société* 501

VERGÈS, E., « Peut-on parler d'un droit des victimes d'infraction ? Éclatement et croisement des sources », dans Cédric Ribeyre (Dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Paris, Dalloz, 2016

VINCENT, J., « Le droit à la réparation des victimes en droit pénal international : utopie ou réalité ? » (2010) 44 *R.J.T.* 86

WAGNER-LAPIERRE, C.-E., « Tenir compte de la réalité des victimes d'agression sexuelle », (2018) *Policy Options Politiques*.

WALGRAVE, L., et E., ZINSSTAG, « Justice des mineurs et justice restaurative. Une intégration possible et nécessaire », (2014) 1 *ERES*, « *Les Cahiers Dynamiques* » 32

WEMMERS, J.-A., et M., CANUTO, « Expériences, attentes et perceptions des victimes à l'égard de la justice réparatrice : analyse documentaire critique », Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal, 2002

WEMMERS, J.-A., et CYR, K. :

- « Les besoins des victimes dans un processus de médiation », (2004) 40 *Les cahiers de recherches criminologiques*
- « Les besoins des victimes dans le système de justice criminelle », (2006) Centre international de criminologie comparée, Université de Montréal

WEMMERS, J.-A., MANIKIS, M. et SITOIANU, D., « Le dédommagement dans le contexte de justice pémale », (2017) Centre international de criminologie comparée

WEMMERS, J.-A., et MÉNARD, S., *Consultation sur une Déclaration des droits des victimes*, Ministère de la justice du Canada, Mémoire, Université de Montréal, 29 juin 2013

WEMMERS, J.-O., et RAYMOND, E., « La justice et les victimes : l'importance de l'information pour les victimes », (2011) 44 *Criminologie* 157

WORMSER, G., « Violence et histoire », (2005) *Sens public*, source : <http://sens-public.org/articles/163/>

YOUF, D., « Justice restaurative à la pjj. Le destin de la mesure de réparation », (2014) 59 *Les Cahiers Dynamiques* 51

ZARLOWSKI, C., « L'audition du mineur victime », *AJ Pénal*, 2014

2) Articles en langue étrangère

ALLEN D., « The Reporting and Underreporting of Rape », (2007) 73 *Southern Economic Journal*, 623

AUBERT, V., « Some Social Functions of Legislation » (1966) 10 *Acta sociologica* 98

BACKHOUSE, C., "The Doctrine of Corroboration in Sexual Assault Trials in Early Twentieth Century Canada and Australia" (2001) 26 *Queen's Law Journal* 297

BALA, N., « Double Victims : Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System », dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman et Monique Ouelette (Dir.), *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 1993

BALDAM, K. F., et SZYMANSKI, D.-M., « Women's Same-Sex Relationships: The Role of Minority Stress », (2005) 29 *Psychology of Women Quarterly* 258

BARFKNECHT, D., « Concerns of Canada's victims rights movement », (1985) 8 *Can. Cmty., L.J.* 83

BASILE, K.C., « Rape by acquiescence : The ways in which women « give in » to unwanted sex with their husband », (1999) 5-9 *Violence against women*, 1036

BENOIT, C., CARROLL D. et CHAUDRY, M., « In search of a healing place: Aboriginal women in Vancouver's Downtown Eastside », (2003) 56 *Social Science and Medicine* 821

BENOIT, C., MCCARTHY, B. et JANSSON, M., « Stigma, service work, and substance use: A two-city, two-country comparative analysis » (2015) 37 *Sociology of Health & Illness* 437

BENOIT, C., MCCARTHY B. et JANSSON, M., « Occupational stigma and mental health: discrimination and depression among front-line service workers », (2015) 41 *Canadian Public Policy*, Issue Supplement 2, S61–S69

BOYLE, C., « Sexual assault and the feminist judge », (1985- 86) 1 *Can. J. Women & L.* 93

BRAITHWAITE, J. :

- « Restorative Justice and Social Change », (2000) 63 *Saskatchewan Law Review* 184
- « A Future Where Punishment is Marginalized : Realistic or Utopian? » (1999) 46 *UCLA L. Rev.* 1727

BRIENEN, M., et HOEGEN, E., « Information and victims of crime », (1997) 6 *Tilburg Foreign Law Review* 113

BROWNE, A. J., et FISKE, J., « First Nations women's encounters with mainstream health care services », (2001) 23 *Western Journal of Nursing Research* 126

BROWNE A. J., et SMYE, V., « A postcolonial analysis of health care discourses addressing Aboriginal women », (2002) 9 *Nurse Research: The International Journal of Research Methodology in Nursing and Health Care* 28

BRYDEN, D.-P., et LENGNICK, S., « Rape in the criminal justice system », (1996-97) 87 *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1194

BURGESS, A., HOLMSTROM W. et LYTLE, L., « Rape Trauma Syndrome », (1974) 131 *American Journal of Psychiatry* 981

BUSBY, K., « 'Not a Victim until a Conviction is Entered' – Sexual Violence Prosecutions and Legal 'Truth' », dans Elizabeth Comack, (dir.), *Locating Law*, 2^e édition, Fernwood Publishing, 2006

CHRISTIE, N., « Conflict as property », (1977) 17 *The British Journal of Criminology* 1-15

COHN A.M., ZINZOW, H.M., RESNICK, H.S., KILPATRICK, D.G., « Correlates of reasons for not reporting rape to police : Results from a national telephone household probability sample of women with forcible or drug-or-alcohol facilitated/incapacitated rape », (2013) 28 *Journal of Interpersonal Violence*, 455

CONSEDINE, J., « The Maori restorative tradition », In G. JOHNSTONE (Ed.), *A restorative justice reader : texts, sources, context*, Willan pub, 2003

COOPER, C., et J., CHATTERJEE, « Punishment at the Turn of the Century : The RCMP Perspective », (1999) *Canadian Institute for the Administration of Justice Conference*, <http://www.ciaj-icag.ca/sentencing/Cooper.html>

CRAIG, E., « Capacity to Consent to Sexual Risk » (2014) 17 *New Crim. L. Rev.* 103

DALY, K., « Restorative justice and sexual assault: An archival study of court and conference cases », (2006) 46 *British Journal of Criminology* 334

DALY, K., et D. WADE, « Sibling sexual violence and victims' justice interests: A comparison of youth conferencing and judicial sentencing » dans E. ZINSSTAG et M. KEENAN (Dir.), *Restorative responses to sexual violence: Legal, social and therapeutic dimensions*, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, pp. 143-178

Del GOBBO, D., et Vathsala ILLESINGHE, « La justice réparatrice au service des victimes de violence sexuelle », (2018) *Policy Options Politiques*, D. Del GOBBO et V. ILLESINGHE

DOAK, J., « Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation », (2005) 32 *Journal of Law and Society* 294

DUBOIS, T., « Police Investigation of Sexual Assault Complaints: How Far Have We Come Since Jane Doe? », dans E. SHEEHY (Dir.), *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012

Du MONT, J., et MYHR, T.-L., « So Few Convictions: The Role of the Client-Related Characteristics in the Legal Processing of Assaults », (2000) 6 *Violence Against Women* 1109

EVAN BELOOF, D., « The third model of Criminal process : the victim participation model », (1999) *Utah Law Review* 289

FELDMAN-SUMMERS, S., NORRIS, J., « Differences between rape victims who report and those who do not report to a public agency », (1982) Unpublished paper, Psychology Department, University of Washington, Seattle, WA

FENWICK, H., « Procedural « Rights » of victims of Crime : Public or private Ordering of the criminal justice process ? », (1997) 60 *Mod. L. Rev.* 317

GARTNER, R., MACMILLAN, R., « The effect of victim-offender relationship on reporting crimes of violence against women », (1995) *Canadian Journal of Criminology*, 37, 393

GAVRIELLIDES, T., « Is restorative justice appropriate for domestic violence cases? », (2015) 14 *Revista De Asistentia Sociala* 105

GEISS, G., « Restitution by Criminal Offenders : A summary and overview », dans J. HUDSON et B. GALAWAY, *Restituion in criminal justice*, Lexington, D.C. Heath, 1977

GOTELL, L., « Canadian Sexual Assault Law : Neoliberalism and the Erosion of Feminist-Inspired Law Reforms », dans MCGLYNN, C., et V. MUNRO, *Rethinking Rape Law : International and Comparative Perspectives*, Londres, Routledge, 2010

GOUDRIAAN, H., WITTEBROOD, K., NIEUWBEERTA, P., « Neighbourhood characteristics and reporting crime, effects of social cohesion, confidence in Police effectiveness and socio- economic disadvantage », (2006) *British Journal of Criminology*, 46, 4, 719

GRAVES, M., C., D., GRAY L. et SCHUB, O., « Restorative Justice : Making the Case for Restorative Justice », (2005) 39 *Clearinghouse Rev.* 219

HEATH, N. M., et al., « Rape Myth Acceptance Impacts the Reporting of Rape to the Police: A Study of Incarcerated Women », (2013) 19 *Violence Against Women*, 1065

HUDSON, P.-S., « The crime victim and the criminal justice system : time for a change », (1983) 11 *Pepperdine Law Review* 23

JOHNSON, H., « Limits of a criminal justice response : trends in police and court processing of sexual assault », dans E. SHEEHY (éd.), *Sexual assault in Canada : law, legal practice and women's activism*, Ottawa, Presses de l'université d'Ottawa, 2012

JULICH, K., S. STURGESS, K. MCGREGO et L. NICHOLAS, « Cost as a barrier to recovery: Survivors of sexual violence », (2013) 5 *Sexual Abuse in Australia and New Zealand* 57

KASPARIAN, A., « Justice beyond Bars : Exploring the Restorative Justice Alternative for Victims of Rape and Sexual Assault », (2014) 37 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 377

KOSS, M. et ACHILLES, M., « Restorative justice responses to sexual assault », National Ressource Center on Domestic Violence, 2011

LONSWAY, K., FITZGERALD, A. et Louise F., « Rape Myths, In Review », (1994) 18 *Psychology of Women Quaterly* 133

LIZOTTE, A.J., « The uniqueness of rape: Reporting assaultive violence to the Police. Crime and Delinquency », (1985) 31, 2, 169

MACKINNON, C.-A. et de GASCQUET, B., « Sexuality », (2012) 46 *Raisons politiques* 101

- MACRAE A., et H., ZEHR, *The little book of family group conferences. New Zealand style : a hopeful approach when youth cause harm*, Good books Pub., 2004
- MAGUIRE, M., « Victim's needs and victim services : indications from research », (1985) 10 *Victimology : An International Journal* 539
- MANIKIS, M., « Imagining the future of victims' rights in Canada : A comparative perspective », (2015-2016) 13 *Ohio State Journal of Criminal Law*
- MARSH, F., et N.M. WAGER, « Restorative justice in cases of sexual violence : Exploring the views of the public and survivors », 2015 62 *Probation Journal* 336
- MCDONALD, « Toward a bicentennial revolution in Criminal justice », (1976) 13 *Criminal Law Review* 649
- MCDONALD, V., J., « Developments in State Constitutional Law », (1993) *Victims'Rights* 25
- MCGLYNN, C., J. DOWNES et N. WESTMARLAND, « Seeking justice for survivors of sexual violence: Recognition, voice and consequences », Dans E. ZINSSTAG et M. KEENAN (Dir.), *Restorative responses to sexual violence: Legal, social and therapeutic dimensions*, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, pp. 179-191
- MCGLYNN, C., N. WESTMARLAND et N. GODDEN, « I just wanted him to hear me : Sexual Violence and the possibilities of restorative justice », (2012) 39 *Journal of Law and Society* 213
- MCNAMARA, L., « The Locus of Decision-Making Authority in Circle Sentencing : The Significance of Criteria and Guidelines », (2000) 18 *Windsor Yearbook of Access to Justice, Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice* 60
- MILLER, S. L. et M.K. HEFNER, « Procedural justice for victims and offenders ? : Exploring restorative justice processes in Australia and the US », (2015) 32 *Justice Quarterly* 142
- MILLER, S. L. et L. IOVANNI, « Using restorative justice for gendered violence: Success with a post-conviction model », (2013) 8 *Feminist Criminology* 247
- MORRIS, A., et G. MAXWELL, « Restorative in New Zealand : Family group conferences as a group study », In *Western Criminology Review*, 1998 [on line], <http://wcr.sonoma.edu>
- PEACHEY, D. E., « The Kitchener experiment », In M. WRIGHT, B. GALAWAY (Eds), *Mediation and criminal justice : victims, offenders and community*, Sage pub., 1989
- PROJETTI-SCIFONI, G., et K. DALY, « Gendered violence and restorative justice: the views of New Zealand Opinion Leaders », (2011) 14 *Contemporary Justice Review* 269
- RANDALL, M., « Sexual Assault Law, Credibility, and Ideal Victims: Consent, Resistance, and Victim Blaming », (2010) 22 *Canadian Journal of Women and the Law*, 397

REEVES SANDAY, P., « The socio-cultural context of rape : a cross-cultural study », (1981) 37 *Journal of social issues* 5

ROACH, K., « Victims' rights and the Charter », (2005) 49 *Criminal Law Quarterly* 474

SABLE, R. M. F., DANIS, D., MAUZY L. et GALLAGHER, S. K., « Barriers to reporting sexual assault for women and men : perspectives of college students », (2006) 55 *Journal of american college health* 157

SHAPLAND J. & HALL, M., "What Do We Know About the Effects of Crime on Victims?" (2007) *International Review of Victimology*

STANBRIDGE, K., et KENNEY, J.-S., « Emotions and the Campaign for victims' rights in Canada », (2009) 51 *Revue canadienne de criminologie et de justice pénale* 473

STEELE, J., G., « A brief history of Canadian Criminal Law », dans Joel E. PINK et David PERRIER (Dir.), *From Crime to Punishment*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1992

STRANG, H., *Repair and Revenge : Victims and Restorative Justice*, Oxford, UK, Oxford University Press, 2002

UMBREIT, M., et H. ZEHR, « Restorative Family Group Conferences : Differing Models and Guidelines for Practices », (1996) 60 *Federal Probation* 24

VAN CAMP, T., et J. WEMMERS, « Victim satisfaction with restorative justice: More than simply procedural justice », (2013) 19 *International Review of Victimology* 117

VAN NESS, D., « Victim offender mediation programmes », (2005) 1 *Les cahiers de la Justice, revue d'études de l'ENM*, Dalloz

WAGER, N., et C. WILSON, « Circles of support and accountability: Survivors as volunteers and the restorative potential », Dans E. ZINSSTAG et M. KEENAN (Dir.), *Restorative responses to sexual violence: Legal, social and therapeutic dimensions*, New York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, pp. 265-282

WEMMERS, J.-A., "The Meaning of Justice for Victims" In : S.G. Shoham, P. Knepper, M. Kett (eds.) *International Handbook of Victimology*, Boca Raton : CRC Press, 2010

WILLIAMS L., 1984, « The classic rape : When do victims report », (1984) *Social Problems* 31, 4, 459

WOLF, M. E., LY, U., HOBART M.-A. et KERNIC, M.-A., « Barriers to Seeking Police Help for Intimate Partner Violence », (2003) 18 *Journal of Family Violence* 12

ZEHR, H., « Restorative Justice : The Concept », (1997) 59 *Corrections Today* 68

IV. LOIS, DECRETS, CIRCULAIRES

1) Lois canadiennes

Textes constitutionnels

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.)

Charte canadienne des droits et libertés, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982) ch. 11 (R.-U.)

Lois

Charte canadienne des droits des victimes, L.C. 2015, ch. 13

Charte des droits et libertés de la personne, R.L.R.Q. c. C-12 (loi québécoise)

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, projet de loi n°C-127 (adopté par la Chambre- 4 août 1982)

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

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada (infractions d'ordre sexuel), L.R.C. 1985, ch. 19 (3e suppl.), en vigueur en 1988

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 9

Loi modifiant la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la Loi visant à favoriser le civisme et certaines dispositions du Code civil relatives à la prescription, L.Q 2013, c. 8

Loi modifiant le Code civil pour notamment rendre imprescriptibles les actions civiles en matière d'agression à caractère sexuel, de violence subie pendant l'enfance et de violence conjugale, L. Q. 2020, c. 13

Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6.

Loi sur l'extradition, S.R.C. 1970, c. E-21, aujourd'hui L.C. 1999, c. 18.

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1.

Projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, déposé le 6 juin 2017, sanction royale le 13 décembre 2018

2) Lois françaises

Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, art.1.

Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant des dispositions générales du Code Pénal.

Décret n°94-167 du 25 février 1994 modifiant certaines dispositions de droit pénal et de procédures pénales.

Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JO 18 juin 1998.

Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes

Loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, JO du 18 janvier 2002.

Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JO du 5 mars 2002.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, JO 19 mars 2003.

Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JO 13 décembre 2005.

Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JO 5 avril 2006.

Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO 7 mars 2007.

Loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, JO du 10 juillet 2010.

Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, JO 18 mai 2011.

Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant.

Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale

Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

3) Normes européennes

Convention européenne d'extradition, 1957

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C326/02

Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, 2001/220/JAI

Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil

4) Normes internationales

Déclaration de Bangkok: Synergies et réponses: Alliances stratégiques pour la prévention du crime et la justice pénale, Onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Bangkok, 18-25 avril 2005

Déclaration de Louvain sur la pertinence de promouvoir l'approche réparatrice pour contrer la criminalité juvénile, Leuven, 1997

Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice: relever les défis du XXI^e siècle, Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Vienne, 10-17 avril 2000, A/CONF.184/4/Rev.3

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir des Nations Unies, 29 novembre 1985

Résolution 2002/12 du Conseil économique et social, Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale

V. DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

1) Documents gouvernementaux canadiens

BARNETT, L. et *al.*, *Projet de loi C-75 : Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, Résumé législatif, Bibliothèque du Parlement, 7 mai 2018*

BOURGAULT, F. et MATTE, D., « Ce que nous savons de la violence envers les femmes », *Argumentaire pour les 12 jours d'action pour l'élimination de la violence envers les femmes, Édition automne 2010*

BOURGON, N., et K. COADY, « Violence sexuelle : une bibliographie annotée », Division de la recherche et des statistiques, Ministère de la Justice Canada, 2019

BRENNAN, S., et A. TAYLOR-BUTTS, « Les agressions sexuelles au Canada », *Centre canadien de la statistique juridique*, 2004

CASAVANT, L., M., CHARRON-TOUSIGNANT, R., MACKAY, J., NICOL et SHAW, E., *Résumé législatif, Projet de loi C-51 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, Publication n°42-1-C51-F, 1^{er} octobre 2018, révisé le 18 décembre 2018, Bibliothèque du Parlement

Comité d'étude sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, Infractions sexuelles à l'égard des enfants (Rapport Badgley), vol. I et II, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984

Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Examen législatif des dispositions et de l'application de la Loi modifiant le Code criminel (Communication de dossiers dans le cas d'infraction d'ordre sexuel)*, Rapport final, Décembre 2012

Commission de réforme du droit du Canada, « La juridiction extra-territoriale », 1984, Reproduit avec la permission du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2010

Commission de réforme du droit du Canada, La réputation, Document d'étude, Ottawa, 1972

Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains par la justice participative », 2003

CONROY, S., Centre canadien de la statistique juridique, « La violence contre les filles et les jeunes femmes, affaires déclarées par la police au Canada, 2017 », Juristat

Échange de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes, 7 et 8 mars 2017

FRENETTE, M., et al., *Femmes victimes de violence et système de justice pénale : expériences, obstacles et pistes de solution*, Montréal, Service aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal, 2018

Gouvernement du Québec, Ministère de la sécurité publique, *Statistiques 2008 sur les agressions sexuelles au Québec, 2010, en ligne*: <<http://www.securitepublique.gouv.qc.ca/police/publications-statistiques-police/statistiques-agression-sexuelle/agressions-sexuelles-2008/3034.html>>

Gouvernement du Québec, Ministère de la Sécurité publique, *Statistiques 2015 sur les infractions sexuelles au Québec*, Québec, Gouvernement du Québec, 2017

HUGHES, p. et MOSSMAN, M.-J., *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : un examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Division de la recherche et de la statistique, Ministère de la Justice, Canada, 2001

KONG, R., H. JOHNSON, S. BEATTIE et A. CARDILLO, « Les infractions sexuelles au Canada », *Juristat, Centre canadien de la statistique juridique, Statistique Canada*, Catalogue no. 85-002-XIF, Vol. 23, no. 6

LATIMER, J., C., DOWDEN et D., MUISE, « L'efficacité des pratiques de la justice réparatrice : méta-analyse », Division de la recherche et de la statistique série sur les méthodologies, Ministère de la justice Canada

Le protecteur du citoyen, Assemblée nationale Québec, « Abolir toute prescription pour les recours civils en cas d'agression sexuelle, de violence subie durant l'enfance ou de violence d'un conjoint ou d'un ex-conjoint », Avis du protecteur du citoyen, Québec, 19 décembre 2017

MAXWELL, A., « Adult Criminal Court Statistic in Canada, 2014/2015 », *Juristat*, 37 (1) Statistics Canada, 2017

Québec (Province), dir. *Les agressions sexuelles : STOP*, Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 1995

Québec (Province), Ministère de la santé et des services sociaux, Direction des communications, Québec (Province), Ministère de l'éducation, Québec (Province) et Comité interministériel de coordination en matière de violence conjugale et familiale. *Orientations gouvernementales en matière d'agression sexuelle*, Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, 2001

RAMOISY, J. (Coord.), « La violence faites aux femmes : à travers les agressions à caractère sexuel », 1995

ROTENBERG, C., « Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada, 2009 à 2014 : un profil statistique », (2017) *Juristat*, Statistique Canada

Secrétariat à la condition féminine, *Les violence sexuelles c'est NON, Stratégie gouvernementale pour prévenir et contrer les violences sexuelles, 2016/2021*, Québec, 2016

Statistique Canada, *Mesure de la violence faite aux femmes : tendance statistiques*, Ottawa, Centre canadien de la statistique juridique, 2013

ZHANG, T., *Les coûts de la criminalité au Canada*, 2008, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2009

2) Documents gouvernementaux français

Association mémoire traumatique et victimologie, « Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte, déni de protection, de reconnaissance et de prise en charge : enquête nationale auprès des victimes », 2015

Avis du Défenseur des droits n°17-13, Paris, 30 novembre 2017

Comité FPT des chefs des poursuites pénales, Rapport sur la prévention des erreurs judiciaires, 9. Les preuves médico-légales et les témoignages d'expert, <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/rc-ccr/pej-pmj/p9.html>

Commission nationale consultative des droits de l'homme, République française, Avis, « Lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux », 20 novembre 2018

Conseil d'État, Assemblée générale, Section de l'intérieur, *Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs*, N°394437, séance du 15 mars 2018

DEBAUCHE, A., LEBUGLE, A., BROWN, E. et al., « Présentation de l'enquête Virage et premiers résultats sur les violences sexuelles », Paris, *Ined, coll. Documents de travail*, 2017, no 229

Direction des affaires criminelles et des grâces, *Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes*, Ministère de la justice, septembre 2015

Étude d'impact, *Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, JUSD1805895L

JASPARD, M. et al., « Les violences envers les femmes. Une enquête nationale », Paris, La documentation française, 2003, http://cahiers_du_genre.pouchet.cnrs.fr/pdf/NLCdG36.pdf

Mémoire traumatique et victimologie, « Les français-e-s et les représentations sur le viol et les violences sexuelles », Ipsos, 2016

MILLIEZ, P., (Dir.), *Rapport de la Commission d'étude et de proposition dans le domaine de l'aide aux victimes*, Ministère de la justice, 1982

Ministère de la justice, Circulaire CRIM/2018-10/H2-03.09.2018, « Présentation de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes »

Ministère de l'Intérieur, *Aspects de la criminalité et de la délinquance constatées en France en 2004*, Paris, Ministère de l'Intérieur, 2005

MIPROF, Lettre de l'observatoire national des violences faites aux femmes, n°13, novembre 2018, « Les violences au sein du couple et les violences sexuelles en France en 2017. Indicateurs annuels »

Observatoire national des violences faites aux femmes, *La lettre de l'Observatoire national des violences faites aux femmes*, « Les violences au sein du couple et violences sexuelles : les principales données », n°4, Novembre 2014

Proposition de loi n°368 (2013-2014) de Mmes Muguette DINI et Chantal JOUANNO modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles

Rapport d'information sur la prescription en matière pénale, AN, XIVe législature, n° 2778

Rapport MASSET, n°1400, AN, Session 1979-1980

Sénat, *Proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol*, par Mme Brigitte GROS et al., n°324, 30 avril 1978

Sénat, Rapport n° 442, 15 juin 1978

Sénat, N°300, Projet de Loi portant réforme du Code pénal, présent au nom de M. Laurent Fabius, par M. Robert Badinter, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 février 1986

Sénat N°271, Rapport, par M. Marcel Rudloff, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 avril 1989

Sénat, Session ordinaire de 2013-2014, Rapport n°549, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Mmes Muguette DINI, Chantal JOUANNO et plusieurs de leurs collègues, modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles

TOURRET, A., et FENECH, G., « Rapport d'Information sur la prescription en matière pénale », n°2778, Assemblée nationale, 20 mai 2015

4e plan interministériel de prévention et de lutte contre les violences faites aux femmes 2014-2016, En ligne: https://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/11/4e-planVFF_221120131.pdf

3) Documents internationaux

Assemblée générale des Nations Unies, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Résolution 2200 A (XXI), 16 décembre 1996, Article 9.3

Commission européenne, « Special eurobarometer 449 : gender-based violence », TNS opinion & social, 2016

Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de Coopération Pénologique, *Commentaire à la Recommandation CM/Rec (2018) XX du Comité des Ministres aux États membres relative à la justice restaurative en matière pénale*, Strasbourg, 20 avril 2018, p. 2.

Conseil de l'Europe, *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Protocoles n°11 et 14, 3 septembre 1953, Article 6.1

Conseil de l'Europe, *Garantir aux femmes l'égalité d'accès à la justice*, Stratégie du Conseil de l'Europe pour l'Égalité entre femmes et les hommes

Conseil de l'Europe, *Les droits des personnes transgenres dans les États membres de l'Union européenne*, 2010

Conseil Économique et Social des Nations Unies (E/2002/30) Le Conseil économique et social, « Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale », p. 3 ; I. 3) ; II. 11)

Conseil national de l'aide aux victimes, « La justice restaurative », Rapport du groupe de travail, mai 2007

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, STCE n°210, 01/08/14

Forum européen des services d'aide aux victimes, *Déclaration sur les droits des victimes dans le cours du procès pénal*,

KRUG, E. G., DAHLBERG, G., L. L., MERCY, J. A., ZWI, A., LOZANO-ASCENCIO, R. (Dir.) *Rapport mondial sur la violence et la santé*, Genève, Organisation mondiale de la santé (OMS), 2002, 376 p. En ligne : [https:// www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/fr/](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/fr/)

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *Manuel sur les programmes de justice réparatrice. Série de manuels sur la réforme de la justice pénale*, Nations Unies, New York, 2008

OMS, « La violence sexuelle- Comprendre et lutter contre la violence à l'égard des femmes », Organisation mondiale de la Santé, 2012

World Health Organization., *Violence against women – Intimate partner and sexual violence against women*, Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2010

VI. RAPPORTS DE RECHERCHE

AUCOIN, K., *Échange de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes*, « Agression sexuelle au Canada : les statistiques et la loi », 7 et 8 mars 2017, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>

AUCONIE, S., et M.-P., RIXAIN, « Mieux protéger les victimes. Mieux réprimer les crimes de viol », Rapport d'information de l'Assemblée nationale, 721, février 2018

BENOIT C. et al., Dossier d'information : la violence à caractère sexuel faite aux femmes au Canada, Condition féminine Canada, Gouvernement du Canada, 2016, disponible en ligne <http://www.swc-cfc.gc.ca/svawc-vcsfc/index-fr.html>

Collectif féministe contre le viol, « Viols, agressions sexuelles, faire valoir vos droits », édition 2016

Comité d'experts sur l'accompagnement des victimes d'agressions sexuelles et de violence conjugale, *Rebâtir la confiance*, Québec, 2020 <http://www.scf.gouv.qc.ca/fileadmin/Documents/Violences/Rapport-accompagnement-victimes-AG-VC.pdf>

Conseil du statut de la femme, *Les personnes victimes d'agressions sexuelles ou de violence conjugale face au système de justice pénale*, 2020 https://csf.gouv.qc.ca/wp-content/uploads/Etu_violence_justice_20201007_vweb.pdf

CROMER, S., DARSONVILLE, A., DESNOYER, C., GAUTRON, V., GRUNVALD, S. et al., *Les viols dans la chaîne pénale*, (Rapport de recherche), Université de Lille Droit et Santé-CRDP, Université de Nantes- Droit et Changement Social, 2017

DOOLITTLE, R., PEREIRA, M., BLENKINSOP L., et AGILUS, J., « Will the Police Believe You ? A 20-month investigation by the Globe and Mail reveals that sexual victims are more likely to be believed in some areas of the country than in others », (2017) *The Globe and Mail*

Échange de connaissances de Justice Canada sur les réponses du système de justice pénale aux agressions sexuelles envers les adultes, 7 et 8 mars 2017, Mot d'ouverture, allocution par l'honorable Jody Wilson-Raybould, <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/cal/video.html>

HATTEM, T., « Rapport de recherche, enquête auprès de femmes qui ont survécu à une agression sexuelle », 2000, Division de la recherche et de la statistique

HUGHES P., et MOSSMAN, M.-J., *Repenser l'accès à la justice pénale au Canada : un examen critique des besoins, des réponses et des initiatives de justice réparatrice*, Division de la recherche et de la statistique, Mars 2001

KALTENBACH, P., Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi de Mmes Muguette DINI, Chantal JOUANNO et plusieurs de leurs collègues, modifiant le délai de prescription de l'action publique des agressions sexuelles, Sénat, n°549, 21 mai 2014

L'enquête nationale de victimation nord américaine (National Crime Survey), Publié dans les cahiers du Centre d'Analyse et de Mathématiques Sociales (n° 252), série "Histoire du Calcul des Probabilités et de la Statistique", n° 70 (octobre 2006)

MACDONALD, S., Ministère de la justice, « Aperçu de la recherche sur le dédommagement » Semaine nationale de sensibilisation aux victimes d'actes criminels, Avril 2015

MERCIER, E., et BAREA, A., « Les français et les représentations sur le viol », Décembre 2015, IPSOS

SINHA, M. (2013). Mesure de la violence faite aux femmes : tendances statistiques, composante du produit no 85-002-X au catalogue de Statistique Canada Juristat, <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2013001/article/11766-fra.pdf>

TAILHADES, E., Rapport n°442 sur la proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol, la proposition de loi sur la prévention et la répression du viol, la proposition de loi relative à la protection des victimes d'agression sexuelle et notamment de viol, Sénat, 15 juin 1978

WEMMERS, J.-A., VAN CAMP, T., Évaluation du projet «complément d'aide aux victimes d'actes criminels », développé par le service des citoyens de Laval en coopération avec le Centre d'aide aux victimes d'actes criminels (CAVAC) de Laval, Les rapports de recherche du CICC, Université de Montréal, 30 Juin 2009

VII. JURISPRUDENCE

1) Jurisprudence canadienne

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. PG Canada, [2004] 1 R.C.S. 76

Canadian Newspapers CO. c. Canada (P.G.), [1998] 2 R.C.S. 122

C.A. c. R., 2007 QCCA 65

Colas c. La Reine, J. E. 97-1759 (C.A.)

Ekuban c. La Reine, (1995), J. E. 91-523 (C.1)

États-Unis d'Amérique c. Cotroni, [1989] 1 R.C.S. 1469

États-Unis d'Amérique c. Kwok, [2001] 1 R.C.S. 532

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

G.B. c.R., 2007 QCCA 20

Jane Doe v Toronto (Metropolitan) Commissioners of Police (1989), 58 DLR (4th) 396 (Ont HC)

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

M.(K.) c. M.(H.), [1992] 3 R.C.S. 6

Protection de la jeunesse- 073545, [2007] J.Q. No. 16231, par. 141 (C.Q.).

R. c. Aird, (2013) ONCA 447

R. c. Alceus, (2000), 40 C.R. (5th) 322, 151 C.C.C. (3d) 91, (1999) J.Q. n°5378 (C.A.)

R. v. Al-Rawi, (2018) NSCA 10 (CanLII)

R. v. A.R.D., (2017) ABCA 237 (CanLII)

R. c. Audet, [1996] 2 R.C.S. 171, 48 C.R. (4th) 1, 106 C.C.C. (3d) 481

R. c. A.R.J.D., 2018 CSC 6

- R. c. Barton*, 2019 CSC 33
- R. v. Baskerville*, (1916) 2 K.B. 658
- R. c. Beaumont*, (1999) R.J.Q. 2785 (C.Q.)
- R. c. Bernard*, [1998] 2 R.C.S. 833
- R. c. Bernier*, (1997) R.J.Q. 2404, 119 C.C.C. (3d) 467 (C.A.)
- R. c. Boudreault*, 2018 CSC 58
- R. c. Bremner* (2000), 146 C.C.C. (3d) 59 (C.A.A.-B) par. 26-27
- R. c. Chase*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 187 (Cour d'appel)
- R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293
- R.c. Chapman*, (2016) ONCA 310
- R. c. Chung*, (1940) 74 C.C.C. 250, 3 D.L.R. 533, 3 W.W.R. 79 (C.A. C.-B.)
- R. c. Cloutier*, (2004) J.Q. n° 13601 (C.Q.)
- R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659
- R. c. Cook*, (1997) 1 R.C.S. 1113
- R.c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670
- R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371
- R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63
- R. c. D.B.*, (2008) QCCA 798
- R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275
- R. c. Dee*, (1884), 15 Cox C.C. 579
- R. c. Ewanhuck*, [1991] 1 R.C.S. 330
- R. c. Fong*, (1994), 92 C.C.C. (3d) 171 (C.A. Alta)
- R. c. Friesen*, 2020 CSC 9
- R. c. Gabriel* (1999), 137 C.C.C. (3d) 1, 11-15, 20 (C.S.J.O.)
- R. c. Gagnon*, 2018 CSC 41, [2018] 3 R.C.S. 3

- R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38
- R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263
- R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346
- R. c. J. (G.P.)*, (2000) 151 C.C.C. (3d) 382
- R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440
- R. c. Jackson* (2002), 163 C.C.C. (3d) 451
- R. v. J. W.*, (2007) B.C.J. No. 468 (B.C. Prov. Ct.)
- R. c. Jordan*, (2016) CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631
- R. c. K. (R.A.)*, (1996), 106 C.C.C. (3d) 93 (C.A.N.-B.)
- R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419
- R. c. L. (R.)*, (2010) QCCA 173
- R. c. Legare*, (2008), 58 C.R. (6th) 155, 236 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Alta)
- R. c. Levkovic*, (2013) CSC 25
- R. c. Libman*, [1985] 2 R.C.S. 178
- R. c. Lillyman*, (1896) 2 Q.B. 167
- R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, 25 C.R. (4th) 137, 86 C.C.C. (3d) 97
- R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320
- R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584
- R. c. Mastronardi*, (2014) BCCA 302
- R. c. M.B.*, (2014) EYB 2014-241844, 2014 QCCA 1643
- R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445
- R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668
- R. c. M. (L.)*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31
- R. c. M.M.L.*, [1994] 2 R.C.S. 3
- R c Mohan*, [199] 2 R.C.S. 9

R. c. Morrissey, (2011) ABCA 150

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411

R. c. Osolin, [1993] 4 R.C.S. 595

R. c. P. (L.T.) (1997), 113 C.C.C. (3d) 42 (C.A.N, -B.)

R. c. Park, [1995] 2 R.C.S. 836

R. c. Rhynes (2004), 186 C.C.C. (3d) 29

R. c. Rowbotham, [1993] 4 R.C.S. 834

R. c. R.V., (2019) CSC 41

R. c. S. (F.), (2000) 144 C.C.C. (3d) 466

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

R. c. SL., (2013) ONCA 176

R. c. Spencer, [1985] 2 R.C.S. 278

R. c. Spicer, (2016) CSC 3, 331 C.C.C. (3d) 155

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S.

R. c. Terceira (1998), 38 OR (3d) 175 (CA) aff'd [1999] 3 R.C.S. 866

R. c. V. (K.B.), [1993] 2 R.C.S. 857

R. c. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 940

R v Wagar, (2015) ABCA 327

Ritter c. Lagacé, J.E. 90-270 (C.S.)

Slavutych c. Baker, [1976] 1 R.C.S. 254

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

Vanscoy v. Ontario (1999) O.J. No. 1661

2) Jurisprudence française

Conseil constitutionnel

Cons. Const., 16 septembre 2011, n°2011-163 QPC.

Cons. Const., 6 février 2015, n° 2014-448 QPC.

Cour de cassation

Cass. Crim., 14 janvier 1826 : Bull.crim., 1826 n°17

Cass. crim. 19 févr. 1892 : DP 1892.1.550

Cass. Crim. 8 déc. 1906, Bull. n° 443

Cass. Crim. 10 octobre 1968, n°67-92262, Bull. crim. n°248

Cass. crim., 14 oct. 1970 : Bull. crim. n°267

Cass. Crim. 22 févr. 1984, no 83-95.053, Bull. crim. no 71

Cass. Crim. 10 février 1987, n° 85-95939, Bull. crim. n° 64

Cass. Crim. 11 mars 1987, Bull. crim., n°121

Cass. Crim. 24 juin 1987, no 86-96.712, Bull. crim. no 265

Cass. Crim. 11 février 1992 Dr pénal 1992

Cass. crim., 3 mars 1992 : Bull. crim. 1992, n°95

Cass. Crim. 11 juin 1992 Bull. Crim. 1992 N°232

Cass. Crim. 28 oct. 1992., Bull. Crim. n° 349

Cass. Crim. 27 avril 1993 : Jurisdata N°1193-002016

Cass. crim., 27 avril 1994, no 94-80.547, Bull. crim. no 157

Crim. 8 juin 1994, Bull. crim. n°229

Cass. crim., 6 décembre 1995, no 95-84.881, Bull. crim. no 372

Cass. Crim. 27 févr. 1996, no 95-81.366 , Bull. crim. no 93

Cass. Crim. 16 déc. 1997 : Bull. n°429

Cass. Crim., 21 oct. 1998, Bull. Crim. N°274

Cass. crim., 17 mars 1999 : Bull. n° 49. – 14 avr. 1999

Cass. Crim., 17 mars 1999, n° 98-83.799 (n° 1969 PF)

Cass. crim., 23 nov. 1999, Bull. crim. 1999, n°270

Cass. Crim. 13 oct. 2004, no 00-86.726, Bull. crim. no 243

Cass. crim., 2 sept. 2005 : Bull. crim.2005, n°212

Cass. Crim. 21 févr. 2007 : Bull. n°61

Cass. crim., 30 oct. 2012, n°11-84.152

Cass. Crim., 18 déc. 2013, n° de pourvoi : 13-81129

Cass. crim., 24 mars 2015, n° 15-80.023 : JurisData n° 2015- 006358

Cass. Crim., 16 déc. 2015, n°14-87.999

Cass. Crim. 7 sept. 2016, n° 15-83.287

Cass. Crim., 11 janv. 2017, n°15-86680

Cass. crim., 17 oct. 2018, n°17-839.58

Cass. Crim. 17 oct. 2018, n° 17-86.161, publié au Bulletin

Cass. crim., 9 janv. 2019, n°18-82.829, F-D

Cass. crim., 23 janv. 2019, n° 18-82.833

Cour d'appel

CA Nîmes 9 déc. 1983 JCP G 1985.

CA Chambéry, 9 janv. 2008 : JCP G 2008, IV, 1684.

3) Jurisprudence européenne

CEDH 15 nov. 1996, *Cantoni c/ France*, D. 1997.

CEDH, Cour (Première Section), 4 déc. 2003, n° 39272/98. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2003/CEDH001-66079>

CEDH 18 avr. 2013, *M.K. c/ France*, req. no 19522/09

CEDH, *Affaire Brunet c. France*, 18 septembre 2014, 21010/10.

VIII. ARTICLES DE PRESSE

MALAREK, V., « Crime victims' search for justice : from arrest to parol, accused benefits from safeguards », (1984) *Globe and Mail*.

MARIN, S., « Une personne inconsciente ne peut donner son accord à des actes sexuels : la Cour », (2011) *La Presse Canadienne*.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Abus d'autorité, 68, 175, 238
 Abus de confiance, 180, 333, 647
 Abus de faiblesse, 119, 288,
Abus sexuel, 231, 252, 324, 343, 419, 661
 Accompagnement de l'auteur, 751
 Accompagnement de la victime, 489, 507, 530, 592,
Accusatoire, 47, 311 - 313, 377, 379, 493, 554
Acte sexuel, 11 - 13, 101, 112, 119, 130, 134, 136, 173, 175, 179, 181, 183, 187, 193, 195, 197, 202, 208, 212, 227, 233, 235, 236, 373, 374
ADN, 436, 633
Agression à caractère sexuel, 108, 157, 210, 322, 388, 532
Aggravation, 645 - 647
 Amnésie dissociative, 333, 340,
Atteinte sexuelle, 5, 68, 106, 137, 143, 229 - 231, 235, 236, 238, 243, 245, 257, 260 - 262, 288, 306, 449, 640, 659,
Attentat à la pudeur, 106, 108, 155, 389
Autonomie sexuelle, 206, 251 - 253, 282, 293

B

Banalisation, 82, 110, 114,
Besoins de la victime : 33, 217, 533, 574, 575, 608, 622, 686, 688, 689, 692, 762, 764, 765, 771, 818
Blessure, 8, 128, 418, 649, 795, 809

C

Capacité à consentir, 226, 227, 262
 Cercle de détermination de la peine, 750, 792
 Cercle de sentence, 726, 750
 Cercle de soutien et de responsabilité, 751
Charge de la preuve, 364, 369, 370, 373

Chiffre noir, 23, 37, 41, 221, 314, 333, 528

Classification des agressions sexuelles, 124 - 129, 131- 134, 147, 265, 289, 307, 508

Common Law, 46, 149, 287, 321, 354, 376, 407, 572, 574, 718

Communication des dossiers personnels, 407, 495

Complicité, 638

Condamnations, 70, 119, 314, 315, 337, 477, 651, 653, 656, 657, 661, 663

Consentement :

- **Absence de consentement**, 112, 119, 130, 136, 144, 449, 156, 164, 165, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 182, 184, 189, 191, 193, 194, 198, 200, 207, 208, 212, 214, 222, 245, 287, 342, 373, 374, 396, 397, 449, 458, 460

- Consentement passif, 194

- **Consentement sexuel**, 112, 172, 208, 212, 252, 282,

- **Consentement tacite**, 189, 193, 397, 454

- Liberté du consentement, 183, 202, 796

- Lucidité du consentement, 184, 186, 202

- **Non-consentement**, 178, 194, 262

- **Vices du consentement**, 119, 180, 183, 184, 186, 202

Constitution de partie civile, 360, 558, 559

Contact sexuel, 193, 236, 304

Contre-interrogatoire, 493

Correctionnalisation, 457 - 490, 495, 659, 663

Crédibilité, 384, 388, 390, 477, 482, 491 - 495

Crime sexuel, 147, 625, 631, 632

Croyance sincère au consentement, 193

D

Déclaration de la victime, 555, 671, 672, 680, 686
 Défense d'erreur de fait quant à l'âge, 373,
 Défense d'erreur de fait quant au consentement, 396,
 Défense d'intoxication, 396
 Défense de consentement, 193
 Défense de croyance sincère quant au consentement, 397, 495
Délai raisonnable, 328, 388, 390, 457, 561
Détermination de la peine, 585, 595, 632, 643, 667 – 669 - 674, 678, 680, 682, 687, 750, 792
Discernement, 11, 262, 263, 289, 374, 395, 396, 434
Discrimination, 270, 343, 390, 399, 448, 450, 477
Dissociation, 89, 194, 200
 Doctrine de la plainte spontanée, 73, 387, 388
 Données génétiques, 440
Doute raisonnable, 165, 370, 371, 373, 376, 389, 422
 Droit de la victime, 504, 509
Droit des femmes, 50, 218, 314, 450

E

Écart, 8, 19, 58, 61, 67, 70, 83, 308, 314, 379, 444, 445, 449, 453, 456, 528, 572, 573, 574, 822, 826, 835
Effectivité, 19, 25, 28, 45, 49, 51 – 62, 64, 66, 69 - 71, 73, 83, 89, 149, 150, 180, 191, 215, 218, 220, 228, 247, 248 – 265, 266 – 296, 298, 304, 306, 314, 333, 343, 345, 348, 349, 351, 362, 384, 387, 399, 402, 428, 435, 437, 444, 445 – 497, 499, 501, 504, 506, 507, 509, 516, 519, 530, 533, 534, 535, 539, 544, 546 – 550, 554, 558, 573, 591, 596 – 598, 600, 603, 605, 609, 610, 625, 651 – 663, 671, 675, 680, 681, 732, 826, 834, 836

Efficacité, 247, 248, 346, 448, 449, 452, 458, 466, 485, 490, 500, 518, 521, 535, 631, 632, 690, 706, 718, 747, 786, 823

Empreintes génétiques, 436, 437, 440

Emprisonnement, 357, 376, 540, 626, 630 – 634, 645, 653, 654, 657, 658, 661, 662, 688, 705, 710

Équité, 310, 322, 370, 542, 727

Erreur de droit, 284

Erreur de fait quant à l'âge, 373, 398

Erreur d'identification, 184, 204

Expert, 262, 424, 426 - 429, 432, 434, 435, 494, 562

Expertise, 151, 424, 425, 427, 428, 430, 431, 433 - 435, 494, 562, 820

Exploitation sexuelle de mineur, 193, 226, 232, 237, 240, 252, 258, 449, 630, 632, 634

F

Féminisme, 206, 477, 526, 718

Flou juridique, 73, 217, 228, 263, 268, 269, 272, 284, 296, 304

Fraude, 180, 195, 204

G

Garanties procédurales, 55, 57, 269, 325, 370, 504, 507, 509, 513, 514, 516, 517, 519, 534, 537 – 543, 545 - 550, 571, 573, 575, 585, 603 – 605, 612, 613, 668, 680, 747, 763, 833

H

Huis clos, 390, 404 – 406, 412, 560

I

Impunité, 14, 15, 79, 94, 97, 98, 103, 316, 323, 327, 337, 359, 367, 450, 453 - 455, 606, 609, 612, 613, 628, 629, 703

Inceste, 14, 222, 232, 236, 242, 243 – 247, 257, 258, 260, 264, 295, 306, 451, 630, 631

Indemnisation, 25, 27, 322, 334, 337, 341, 357, 517, 518, 541, 545, 576, 581, 582, 585, 592, 597, 598, 600, 601, 680, 785

Individualisation, 621, 631, 644, 645 – 649, 663, 671, 690 – 692, 696 – 698, 773, 786

Information de la victime, 507, 540, 542, 547, 548, 571, 591, 680, 681, 766, 785, 797, 833

Inquisitoire, 47, 311 – 313, 379, 554

Instrumentalisation de la victime, 378, 511, 613, 635, 763

Intégrité physique, 1, 14, 21, 105, 110, 112, 130, 144, 179, 195, 231, 828

Intégrité sexuelle, 5, 11, 12, 110, 112, 146, 157, 160, 164, 195, 230, 238, 251 – 254, 306

Intérêt général, 222, 608, 613, 618, 685, 699,

Intérêts privés, 608, 613, 620, 674, 685, 694 – 702,

J

Justice classique, 712, 720, 731, 738, 739, 742, 768, 778, 797, 822

Justice restaurative, 43, 49, 62, 614, 620, 675 - 677, 680, 702, 707 – 824, 835

L

Liberté sexuelle, 91, 112 – 114, 130, 134, 166, 179, 230, 251, 253, 254, 282, 293, 403

Lucidité, 183, 184, 186, 202, 211

M

Mécanisme restauratif, 711, 722, 727, 728, 730, 737, 740, 742, 762, 769, 773, 775, 835,

Médiation, 723, 726

Médiation restaurative, 745 – 748, 811, 812

Méfiance :

- Méfiance des victimes, 314, 384, 399, 421

- **Méfiance du système**, 45, 176, 384, 389, 794

Menace, 8, 9, 68, 128, 130, 137, 138, 140, 144, 155, 157, 161, 175, 180, 181, 183, 198, 200, 201, 211,

229, 230, 235, 236, 277, 283, 306, 648

Mens rea, 163, 164, 177, 238, 393, 396, 397

Mensonge, 187, 202

Mesures raisonnables, 172, 180, 193, 235, 373, 397, 398, 591, 595, 596

Mineur, 71, 89, 131, 137, 146, 171, 185, 200, 218 – 265, 288, 289, 291, 293, 304, 306, 333, 338 – 340, 350, 351, 359 - 361, 372 – 374, 376, 395, 398, 408 – 415, 418 – 420, 434, 449, 451, 474, 497, 498, 533, 630 – 634, 639 - 641, 645, 654, 657, 658, 660, 676, 710, 749, 787, 796

Modèle dominant, 701, 708, 710, 715, 733, 737, 738, 740, 743, 800

Modèle restauratif, 49, 710 – 712, 715, 716, 718, 722, 724, 726, 728, 733, 734 – 737, 738, 739, 741, 742, 758, 760, 763, 778, 780, 788 – 790, 793, 794, 820, 823

Modus operandi, 12, 138, 174, 187, 201, 204, 229, 230, 239, 256, 279, 283, 284, 293, 648

Moyens de défense, 180, 233, 391 – 398, 400

O

Ordre public, 89, 105, 249, 325, 328, 351, 758

P

Partenaire, 45, 119, 141, 172, 187, 193, 195, 202, 210, 282, 288, 460, 808

Participation, 27, 378, 507, 517, 551 – 575, 584, 603, 608, 613, 638, 668, 671, 672, 673, 686, 690, 711, 727, 737, 739, 740, 751, 758, 767, 768, 770, 796, 797, 808, 814, 818, 821, 833

Partie civile, 20, 26, 322, 360, 370, 404, 405, 507, 524, 530, 543, 554, 558 – 565, 571, 573, 587, 589, 594, 596, 604, 607, 675, 680

Passé sexuel, 73, 387, 390

Passivité, 194, 205, 397

Place de la victime, 25, 30, 554, 601, 604, 605, 679 – 684, 693

Populisme pénal, 68, 253, 613, 623, 627, 631, 738

Préjugés, 86, 380, 479, 481, 804, 834

Prescription, 147, 314, 317 – 344, 353, 362, 368, 388, 426, 439, 444, 449, 451, 489, 490, 497, 632, 707

Présomptions, 119, 186, 374, 434, 632

Présomption d'innocence, 92, 365, 369, 370, 372 – 374, 380, 382, 398, 422, 426, 443, 450, 463, 543

Présomption de culpabilité, 227, 263

Privatisation, 379, 619, 649, 666, 685, 694, 701, 702

Q

Quantum de la peine, 261, 489, 587, 613, 632, 637, 640, 643 – 650, 652, 654, 657, 661, 674, 687

R

Reconnaissance, 123, 213, 216 – 218, 221, 245, 265, 291, 299, 308, 331, 339, 363, 369, 376, 378 – 380, 461, 476, 485 – 496, 508, 510, 512, 513, 517, 526, 535, 540, 551, 576, 584, 608, 613, 622, 623, 628, 635, 654, 676, 686, 703, 708, 757, 765, 816, 818, 825, 834

Registre national des délinquants sexuels, 442, 633

Rencontre condamnés-victimes, 745, 752

Rencontre détenus-victimes, 745, 752, 802 – 805, 807 – 810,

Réparation, 18, 19, 27, 42, 245, 322, 337, 342, 343, 360, 369, 381, 507, 508, 517, 525, 533, 537, 540, 550, 552, 559, 561, 570, 574, 576 – 601, 603, 608, 613, 616, 622, 643, 664, 665, 669, 674 – 678, 680, 683, 685, 687, 690, 694, 702, 711, 713, 720, 724, 730, 735, 738, 747, 750, 754, 756, 759, 769, 770, 774, 785, 797, 818

Responsabilisation, 172, 212, 675, 682, 687, 706, 713, 728, 730, 747, 765, 773, 802, 804, 809

Restauration, 103, 618, 620, 664, 674, 676, 725, 728, 734, 738, 742, 752, 757, 763, 809

S

Sanction, 29, 53, 55, 183, 195, 231, 232, 239, 240 – 242, 246, 325, 388, 418, 420, 454, 540, 548, 577, 592, 601, 612, 615 – 619, 622, 623, 626, 627, 629 – 636, 638, 640, 643, 657, 659, 662 – 664, 674, 675 – 677, 689, 690, 694, 695 – 697, 712, 735, 738, 743, 747, 750, 752, 773, 786, 817, 822, 826, 832

Sentence, 631, 633, 654, 669, 670, 680, 694, 726

Sévérité de la peine, 55, 622, 626, 629 – 636, 659, 661, 663, 686, 688, 691, 832

Sidération, 200, 205

Silence, 45, 77, 314, 397, 834,

Stéréotypes, 15, 78, 83, 86, 87, 97, 98, 109, 115, 176, 200, 380, 384, 385, 450, 467 – 470, 473, 477, 493, 499, 835

Surprise, 68, 119, 130, 137, 140 – 142, 155, 161, 175, 180, 181, 183 – 185, 187, 195, 198, 202 – 204, 229, 230, 235, 236, 256, 257, 261, 262, 268, 277, 283, 284, 287, 288, 293, 306, 374, 397, 434

T

Taux de plainte, 68, 270, 314, 333, 337, 399, 453, 471, 472, 474, 491, 498

Télé-témoignage, 414

Témoignage, 375, 389, 410, 411, 414, 422, 423, 459, 511, 563

Témoin, 20, 46, 49, 312, 379, 406, 412, 414, 432, 458, 459, 468, 493, 530, 554, 558, 562, 563, 575, 604, 607

Tentative, 67, 108, 136, 157, 425, 482, 640

Tromperie, 195, 202, 333

U

Usage d'une arme, 128, 138, 157, 630, 648

Utilisation de la force, 144

V

Vengeance, 551, 564, 619, 623, 666, 700, 768

Vérité :

- Accès à la vérité, 314, 831
- **Manifestation de la vérité**, 309, 311, 314, 368, 369, 376, 378 – 382, 389, 408, 410, 413, 423, 432, 435, 439, 455, 494, 498, 511, 532, 558, 561 – 565, 607, 608,
- **Vérité judiciaire**, 368, 422, 443, 492, 831

Vice de consentement, 164

Victime idéale, 87, 94, 95, 97, 200, 467, 473, 478

Victimisation, 37, 40, 43, 209, 314, 369, 378, 390, 399, 411, 471, 473, 474, 480, 484, 485, 491, 495, 516, 520, 525, 528, 536, 542, 576, 601, 619, 622, 635, 686, 688, 711, 737, 747, 757, 763, 770, 774, 795, 804, 808, 814, 815, 818, 824, 834

Victimologie, 2, 17, 27, 28, 33 – 44, 478, 520, 576, 622, 765, 767, 769,

Vindictive, 551, 559, 623, 674, 700, 768

Viol, 1, 6, 14, 41, 63, 68, 75, 81, 82, 84, 86, 90, 91, 95, 97, 103, 108, 119, 128, 130, 132, 137, 139 – 143, 147, 154, 155, 157, 158, 161, 166, 202, 206, 209, 213, 227, 245, 262, 279, 284, 287, 288, 306, 332, 333, 342, 357, 374, 390, 404, 405, 450, 480, 482, 487 – 489, 495, 526, 533, 622, 630, 632, 633, 645 – 647, 649, 658 – 661

Viol idéal, 95, 467, 473

Violence, 6 - 12, 16, 75, 81, 100, 101, 108, 109, 112, 134, 141, 142, 157, 175, 178, 183, 199, 200, 210, 213, 306, 322, 339, 365, 403, 418,

449, 450, 454, 459, 473, 479, 486, 532, 768

Violence genrée, 3, 16

Violence sexuelle, 3, 4, 5, 7, 10 - 16, 47, 59, 60, 62 - 65, 68, 69, 71, 73, 75- 82, 84 - 87, 89, 90, 92, 94 - 105, 108 - 114, 116 – 122, 127, 129, 131, 135, 136, 144, 148, 149, 151, 153, 179, 199, 205, 211, 213, 227, 229, 231, 237, 262, 265, 266, 270, 271, 273, 276, 285, 288, 289, 291, 296, 298, 299, 301, 303, 308, 309, 314, 316, 322, 324, 331, 333, 338, 340, 343, 374, 380, 383 – 387, 399 – 402, 418, 421, 422, 426, 437, 442, 448 – 452, 455 - 458, 460, 461, 462, 464 – 475, 477- 479, 485, 487, 490- 493, 495- 499, 532, 558, 576, 584, 589, 610, 612, 614, 625, 627, 629 - 632, 635, 636, 644, 651, 653, 656, 657, 659, 660, 662, 663, 686, 703- 706, 712, 714, 715, 814

Voie de fait, 8, 108, 110, 112, 114, 138, 180, 232, 278, 306, 661

Vraisemblance, 397, 626

Vulnérabilité, 184, 185, 203, 218, 223, 262, 263, 293, 339, 374, 410, 413, 646

Z

Zone grise, 179, 191, 207, 208 et s.