

# LES AGRESSIONS SEXUELLES : LE CONSENTEMENT ET LA CROYANCE ERRONÉE AU CONSENTEMENT

---

SESSION DE FORMATION DES NOUVEAUX JUGES – ACJCP

11 avril 2019

Bromont (Québec)

Professeure Lisa Dufraimont  
Osgoode Hall Law School

# Survol

**Objet :** Passer en revue le droit canadien sur le consentement et la croyance erronée au consentement dans les affaires d'agression sexuelle

**Grandes lignes des sujets abordés :**

- Les éléments de l'infraction d'agression sexuelle
- Le consentement et l'*actus reus*
- Les situations dans lesquelles le consentement est vicié
- Le consentement et la *mens rea*
- Scénarios

# Les éléments de l'infraction

- Comme il est expliqué dans l'arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, l'infraction d'agression sexuelle comporte cinq éléments essentiels.
- Trois éléments liés à l'*actus reus* (*Ewanchuk*, par. 25) :
  1. Les attouchements
  2. La nature sexuelle du contact
  3. L'absence de consentement
- Deux éléments liés à la *mens rea* (*Ewanchuk*, par. 42) :
  1. L'intention de se livrer à des attouchements
  2. La connaissance, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire au sujet de l'absence de consentement

# Le consentement et l'*actus reus*

- Une agression sexuelle requiert une absence de consentement.
- Dans le cas d'une agression sexuelle, le consentement est défini dans le Code :
  - **273.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le *consentement* consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en **l'accord volontaire** du plaignant à l'activité sexuelle.
- Le consentement (ou son absence) est **subjectif** – il existe dans l'esprit de la victime des attouchements :
  - « ...l'absence de consentement est subjective et déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu ». (*Ewanchuk*, par. 26)
- Le consentement doit être **concomitant** à l'activité :
  - **\*Nouvelle disposition\*** **273.1** (1.1) Le consentement doit être concomitant à l'activité sexuelle.

# Le consentement et l'*actus reus*

- La question de savoir si la plaignante a consenti subjectivement dans son for intérieur aux attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu, est une **question de fait**.
- Les preuves ayant une incidence sur cette question peuvent inclure les suivantes (*Ewanchuk*, par. 29) :
  - la preuve directe de la plaignante quant à son état d'esprit au moment en question (à noter que le juge des faits n'est pas tenu de souscrire à cette preuve);
  - d'autres preuves pertinentes, y compris celle des « **paroles et actes [de la plaignante], avant et pendant l'incident** ».
- Le ministère public doit prouver l'absence de consentement hors de tout doute raisonnable.
- Si le juge des faits détermine que la plaignante n'a pas donné son consentement en son for intérieur, le consentement ne peut pas être « implicite » si l'on interprète de manière objective les actes de la plaignante dans les circonstances.
  - Une défense de « **consentement implicite** » n'existe pas (*Ewanchuk*, par. 29).

# Les situations dans lesquelles le consentement est vicié

- Les par. 273.1(2) et 265(3) énumèrent des situations dans lesquelles le consentement est vicié.
- Le par. 265(3) s'applique à toutes les cas de voies de fait et dispose :  
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.
- La question de savoir si la crainte vicie le consentement est une question subjective.
  - Il n'est pas nécessaire que la crainte soit raisonnable ou qu'elle ait été communiquée à l'accusé.
  - Il suffit qu'elle soit le motif réel de soumission (voir *Ewanchuk*, par. 39).

# Les situations dans lesquelles le consentement est vicié

- L'art. 273.1 s'applique uniquement aux agressions sexuelles et prévoit ce qui suit :
  - (2) ...il n'y a pas de consentement du plaignant dans les circonstances suivantes :
    - a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers [**consentement de la part d'un tiers**];
      - a.1) il est inconscient [**perte de connaissance *\*nouvelle disposition\****];
    - b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1) [**incapacité générale de donner son consentement**];
    - c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir [**abus de pouvoir**];
    - d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité [**non veut dire non**];
    - e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci [**retrait du consentement**].
  - (3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles il n'y a pas de consentement de la part du plaignant.

# Les situations dans lesquelles le consentement est vicié

- Une **\*nouvelle\*** disposition du *Code criminel* fait de la question du consentement vicié une question de droit :
  - **273.1** (1.2) La question de savoir s'il n'y a pas de consentement aux termes du paragraphe 265(3) ou des paragraphes (2) ou (3) est une **question de droit**.
- L'incidence de cette disposition est incertaine :
  - Elle accorde vraisemblablement au ministère public un droit d'appel à l'endroit d'un acquittement qui repose sur la question de savoir si le consentement a été vicié et rend les questions de savoir si le consentement a été vicié susceptibles de contrôle en appel selon la norme d'examen de la décision correcte
  - Cela signifie-t-il que la question de savoir si le consentement a réellement été vicié n'est pas laissée à l'appréciation du jury?
- Une autre question non réglée consiste à savoir ce qui rend une personne incapable de donner son consentement
- L'incapacité de donner son consentement peut découler d'une perte de connaissance ou d'autres sources comme la déficience mentale ou l'intoxication



# Les situations dans lesquelles le consentement est vicié

- L'arrêt *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, a établi le principe qu'une personne ne peut consentir à l'avance à une activité sexuelle alors qu'elle inconsciente
  - Le Code exige « un consentement conscient de tous les instants » (*J.A.*, par. 3)
- Dans l'affaire *R. v. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, l'incapacité a été définie au par. 66 :

« [TRADUCTION] une plaignante n'a pas la capacité requise de donner son consentement si le ministère public établit au-delà d'un doute raisonnable que, pour quelque motif que ce soit, la plaignante n'était pas lucide et capable :

  1. d'apprécier la nature et la qualité de l'activité;
  2. de connaître l'identité de la ou des personnes souhaitant se livrer à l'activité sexuelle;
  3. de comprendre qu'elle peut convenir ou refuser de se livrer à l'activité sexuelle ou de la poursuivre ».

Se reporter également aux affaires suivantes: *R. c. Saint-Laurent* (1993), 90 C.C.C. (3d) 291 à la p. 311 (C.A. Qué.); *R. c. Daigle* (1997), 127 C.C.C. (3d) 130 à la p. 137 (C.A. Qué.), conf. [1998] 1 R.C.S. 1220; *R. v. Siddiqui*, 2004 BCSC 1717, au par. 55.

# Le consentement et la *mens rea*

- Même si la plaignante n'a pas consenti subjectivement, l'accusé peut avoir cru honnêtement qu'elle donnait son consentement.
- **La croyance erronée au consentement** est une défense fondée sur la *mens rea* :
  - se souvenir que la connaissance, l'insouciance ou l'aveuglement volontaire au sujet de l'absence de consentement est un élément de l'infraction qui se rapporte à la *mens rea*.
- Il n'est pas nécessaire qu'une croyance erronée au consentement soit raisonnable, mais uniquement honnête, pour constituer une défense.
  - Cette conclusion remonte à *Pappajohn c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 120, et à *Sansregret c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 570.
- Cependant, la défense de croyance erronée au consentement comporte de strictes limites sur le plan légal et de la common law.

# Les limites de la défense de croyance erronée au consentement

## 1. La défense doit avoir une **apparence de vraisemblance**

- L'arrêt faisant autorité est *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759.
- Le juge du procès doit disposer d'un fondement probatoire pour conclure :
  - que la plaignante n'a pas donné son consentement;
  - mais que l'accusé croyait honnêtement qu'elle l'avait fait.
- Une preuve suscitant une apparence de vraisemblance peut venir de l'accusé, de la plaignante, d'autres personnes, ou d'une combinaison de ces sources.
- Souvent, la plaignante et l'accusé ont deux « versions diamétralement opposées » (*ibidem*, à la p. 796), de sorte que les deux seules possibilités raisonnables qu'offre la preuve sont le consentement et l'absence de consentement.
  - Dans ces affaires, la défense de croyance erronée au consentement n'est pas en jeu.
- Il doit y avoir une preuve d'« **ambiguïté** » (*ibidem*).

# Les limites de la défense de croyance erronée au consentement

## 2. La croyance erronée ne doit pas découler d'un **affaiblissement volontaire des facultés, d'une insouciance ou d'un aveuglement volontaire.**

- Le *Code criminel* prévoit :

**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;

# Les limites de la défense de croyance erronée au consentement

3. **La croyance erronée ne doit pas découler d'une circonstance dans laquelle le Code indique que le consentement est vicié**
  - Le **\*nouveau\*** s.-al. 273.2a)(iii) du *Code criminel* prévoit que la croyance erronée au consentement ne constitue pas un moyen de défense à une agression sexuelle lorsque « cette croyance provient ... de l'une des circonstances visées aux paragraphes 265(3) ou 273.1(2) ou (3) dans lesquelles il n'y a pas de consentement de la part du plaignant ».
  - Il y a lieu de se souvenir que ces circonstances comprennent les suivantes :
    - le consentement obtenu par l'emploi de la force, des menaces, la crainte ou la fraude
    - le consentement manifesté par un tiers
    - le fait que le plaignant est inconscient ou autrement incapable de donner son consentement
    - l'accusé a abusé d'une position de confiance ou d'un pouvoir
    - le plaignant a manifesté une absence d'accord à l'activité sexuelle ou à la poursuite de celle-ci

# Les limites de la défense de croyance erronée au consentement

## 4. L'accusé doit avoir pris des **mesures raisonnables**.

- L'al. 273.2 b) exige que l'accusé ait pris « les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait connaissance, pour s'assurer du consentement ».
- Une approche prépondérante à l'égard de l'analyse de cette exigence a été énoncée dans l'arrêt *R. v. Malcolm*, 2000 MBCA 77 :
  - tout d'abord, déterminer quelles étaient les circonstances dont l'accusé avait connaissance;
  - ensuite, demander si une personne raisonnable, dans ces circonstances, aurait pris d'autres mesures avant de se livrer aux attouchements sexuels;
  - si oui, et si l'accusé n'a pris aucune autre mesure, la défense échoue;
  - si non (ou même peut-être), la défense est disponible.
- Le critère de l'apparence de vraisemblance n'est pas respecté lorsqu'il n'y a aucune preuve que l'accusé a pris des mesures raisonnables (se reporter à *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216 au par. 140; *R. v. Gagnon*, 2018 CACM 1, conf. 2018 CSC 41).

# Les limites de la défense de croyance erronée au consentement

## 5. L'accusé doit avoir cru que le consentement a été communiqué de manière affirmative :

- Le moyen de défense comporte l'exigence que l'accusé « croyait que la plaignante **avait communiqué son consentement** » (*Ewanchuk* au par. 46)
  - Ainsi, « pour l'application de la croyance sincère mais erronée au consentement -- la notion de « consentement » signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé » (*ibidem*, au par. 49)
  - La croyance qu'elle y a consenti mais qu'elle ne l'a pas exprimé ne constitue pas un moyen de défense valable
  - Pour l'accusé, « le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part ...ne constitue pas un moyen de défense » (*ibidem*, au par. 51)
  - La croyance de l'accusé que « non veut dire oui » ne constitue pas un moyen de défense
- Confirmé de nouveau au **\*nouvel\*** al. 273.2c) du Code :
  - La croyance erronée ne constitue pas un moyen de défense quand « 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** ».

# Les limites de la défense de croyance erronée au consentement

## 6. Des directives doivent être données au jury de prendre en considération le caractère raisonnable de la croyance :

- Par. 265(4) du *Code criminel* :

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**.

- Cependant, il n'est toujours pas exigé que la croyance au consentement soit raisonnable pour qu'elle constitue une défense.



# Merci!

Lisa Dufraimont, professeure agrégée  
Osgoode Hall Law School, Université York  
LDufraimont@osgoode.yorku.ca