

Les Cahiers de droit



La criminalisation des activités sexuelles de type BDSM causant des lésions corporelles : de la jouissance du concept de dignité à sa perversion

Marie-Pierre Robert

Volume 64, Number 4, December 2023

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1109767ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1109767ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Robert, M.-P. (2023). La criminalisation des activités sexuelles de type BDSM causant des lésions corporelles : de la jouissance du concept de dignité à sa perversion. *Les Cahiers de droit*, 64(4), 815–842.
<https://doi.org/10.7202/1109767ar>

Article abstract

In Canadian law, consent usually draws the line between permissible and criminal sexual activity. However, case law has determined that, for reasons of public order, a person cannot consent to sexual activity that causes intentional bodily harm. This limit on consent is analyzed in the context of BDSM (Bondage, Dominance/Submission Sado-masochism) activities.

We shall examine the judicial reasoning that led to this rule, to then analyze the main values at stake in considering the criminalization of these behaviours: those of sexual pleasure and human dignity. In the context of consensual BDSM sexual practices, to what extent can the person's dignity form the basis for criminalizing the infliction of bodily harm? This shall lead us to analyze the difficult concept of human dignity, its ties with autonomy and freedom, its limits and the dangers of using it as a fetish notion.

La criminalisation des activités sexuelles de type BDSM causant des lésions corporelles : de la jouissance du concept de dignité à sa perversion

Marie-Pierre ROBERT*

En droit canadien, la frontière entre les activités sexuelles permises et celles qui sont criminelles est habituellement tracée par le consentement. Cependant, la jurisprudence a déterminé que, pour des considérations d'ordre public, une personne ne peut pas consentir à une activité sexuelle qui cause des lésions corporelles intentionnelles. Cette limite au consentement est analysée dans le contexte des activités de type bondage et discipline, domination et soumission, sadisme et masochisme (BDSM).

L'auteure étudie d'abord le raisonnement judiciaire ayant mené à cette règle, pour ensuite analyser les valeurs principales en jeu dans la réflexion relative à la criminalisation de ces comportements : celles du plaisir sexuel et de la dignité humaine. Dans le cadre d'une pratique sexuelle consensuelle BDSM, dans quelle mesure la dignité de la personne peut-elle fonder la criminalisation de l'infliction de lésions corporelles ? Cela amènera l'auteure à analyser le difficile concept de dignité humaine, ses liens avec l'autonomie et la liberté, ses limites et les dangers de l'utiliser comme notion fétiche.

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteure souhaite remercier M. Harold Martin pour son travail d'auxiliaire de recherche dans le cadre de ce projet. Article à jour le 27 juillet 2023.

En vertu des règles linguistiques de la revue, l'utilisation de la seule forme masculine vise à alléger le texte et, selon les circonstances, elle désigne aussi bien les femmes que les hommes.

In Canadian law, consent usually draws the line between permissible and criminal sexual activity. However, case law has determined that, for reasons of public order, a person cannot consent to sexual activity that causes intentional bodily harm. This limit on consent is analyzed in the context of BDSM (Bondage, Dominance/Submission Sado-masochism) activities.

We shall examine the judicial reasoning that led to this rule, to then analyze the main values at stake in considering the criminalization of these behaviours: those of sexual pleasure and human dignity. In the context of consensual BDSM sexual practices, to what extent can the person's dignity form the basis for criminalizing the infliction of bodily harm? This shall lead us to analyze the difficult concept of human dignity, its ties with autonomy and freedom, its limits and the dangers of using it as a fetish notion.

En el derecho canadiense, el consentimiento delimita la frontera entre las actividades sexuales permitidas y las criminales. No obstante, la jurisprudencia ha determinado que, por cuestiones de orden público, una persona no puede consentir una actividad sexual que cause lesiones corporales intencionales. Este límite del consentimiento ha sido estudiado en el contexto de las actividades BDSM (Bondage, Dominación/Sumisión, Sadomasoquismo).

Aquí analizaremos el razonamiento judicial que ha dado lugar a esta regla, para posteriormente examinar los principales valores que se encuentran en juego en la reflexión relacionada con la criminalización de estos comportamientos: las del placer sexual y las de la dignidad humana. ¿En qué medida la dignidad personal puede fundamentar la criminalización al infligir lesiones corporales en el marco de una práctica sexual consensual BDSM? Esto nos conlleva a analizar el complicado concepto de la dignidad humana, sus vínculos con la autonomía y con la libertad, sus límites y los riesgos al utilizarla como una noción fetiche.

	<i>Pages</i>
1 La criminalisation des activités sexuelles de type BDSM impliquant des lésions corporelles intentionnelles	821
1.1 L'importance du consentement sexuel.....	824
1.2 Comment les tribunaux ont décidé que la violence viciait le consentement.....	827
1.2.1 En contexte de voies de fait	827
1.2.2 En contexte sexuel.....	828
2 Les valeurs avancées pour soutenir la décriminalisation et la criminalisation de l'infliction de lésions corporelles sexuelles	830
2.1 La valeur sociale du plaisir sexuel et l'importance de la liberté sexuelle.....	831
2.2 La dignité comme fondement alternatif à l'absence de consentement et les effets pervers que cela implique.....	836
Conclusion	841

L'expression «bondage et discipline, domination et soumission, sadisme et masochisme», présentée sous la forme du sigle «BDSM», fait référence à un ensemble de pratiques, souvent sexuelles, mettant en interrelation le plaisir et la douleur ainsi que, et même surtout, des jeux de rôle basés sur les dynamiques de pouvoir¹. La douleur n'est qu'un outil parmi d'autres pour établir et maintenir le jeu de pouvoir entre les participants². Les principes sous-jacents à ces pratiques sont le consentement, la sécurité et le caractère sain³. La communauté BDSM met beaucoup l'accent sur l'importance du consentement⁴, par des discussions préalables sur les pratiques entendues, sur les limites de chacun, ainsi que par la mise en place de précautions qui permettent de mettre fin au jeu sexuel, principalement par un mot de code qu'un partenaire peut prononcer pour ralentir ou arrêter complètement la pratique. De cette manière, le consentement peut être retiré à tout

1. David M. ORTMANN et Richard A. SPROTT, *Sexual Outsiders. Understanding BDSM Sexualities and Communities*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2013, p. 25; Ummni KHAN, *Vicarious Kinks. S/M in the Socio-Legal Imaginary*, Toronto, University of Toronto Press, 2014.

2. Patricia A. CROSS et Kim MATHESON, «Understanding Sadomasochism. An Empirical Examination of Four Perspectives», *Journal of Homosexuality*, vol. 50, n^{os} 2-3, 2006, p. 133-166; Pat CALIFIA, «A Secret Side of Lesbian Sexuality», dans Thoams WEINBERG et G.W. Levi KAMEL (dir.), *S and M: Studies in sadomasochism*, Buffalo, Prometheus Books, 1983, p. 129-136.

3. Darren LANGDRIDGE et Meg BARKER (dir.), *Safe, Sane and Consensual. Contemporary Perspectives on Sadomasochism*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013.

4. Charles MOSER et J.J. MADESON, *Bound to Be Free: The SM Experience*, New York, Continuum Publishing Co., 1996, p. 71: «We have chosen to do these activities, we have chosen the people with whom we share them, we know what we are doing, and what we are doing is consensual. Period.»

moment, et la personne en état de soumission conserve le contrôle sur la situation en tout temps⁵. Une alarme silencieuse peut également être prévue, c'est-à-dire qu'une tierce personne est prévenue de la pratique et de l'heure de fin de celle-ci. Elle doit intervenir si elle n'a pas de nouvelles du participant à l'heure convenue, pour lui faire savoir que tout va bien⁶.

Dans cette culture, la sécurité est assurée par un certain nombre de précautions, dont celle de ne pas entreprendre la pratique en état d'intoxication et de ne jamais laisser seule une personne ligotée. À cet égard, la personne en état de domination est responsable du bien-être de la personne en état de soumission. Comme l'exprime le juge Provost de la Cour du Québec :

L'activité BDSM est donc un jeu, un jeu sexuel, un jeu violent et un jeu dangereux qui implique la participation d'au moins deux personnes.

Dans ce contexte, le devoir des partenaires de se soucier et de se préoccuper de leur vie et de leur sécurité mutuelle est important et il passe non seulement par le respect de règles élémentaires de sécurité comme l'utilisation de mots de code et le maintien d'une présence permanente, mais aussi par le respect des règles de prudence de la personne raisonnable⁷.

Différents moyens de transmission du savoir, notamment quant aux façons les plus sécuritaires d'utiliser certains accessoires, sont transmis de partenaire en partenaire, par le truchement de littérature, de sites ou au sein de clubs. Des pratiques plus risquées, comme celles limitant la respiration, sont acceptées par un cercle plus restreint de personnes.

Le BDSM vise principalement le plaisir sexuel. Il est pratiqué par des personnes de toutes les orientations sexuelles, que ce soit en couple ou en groupe. Autrefois perçu comme un trouble mental, la façon dont le sadisme et le masochisme sont considérés dans le *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM), manuel diagnostique des troubles mentaux, a beaucoup évolué dans les dernières années⁸. De plus en plus présent dans la culture populaire,

5. *Id.*, p. 111 ; D.M. ORTMANN et R.A. SPROTT, préc., note 1.

6. Kelly EGAN, « Morality-Based Legislation is Alive and Well : Why the Law Permits Consent to Body Modification but Not Sadomasochistic Sex », (2007) 70 *Albany Law Review* 1615, 1617.

7. R. c. *Deschatelets*, 2013 QCCQ 1948, par. 180 et 181 (ci-après « arrêt *Deschatelets* »).

8. American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM-5), 5^e éd., Washington, American Psychiatric Association Publishing, 2013 ; Stuart P. GREEN, *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 278.

le BDSM a notamment été diffusé par la trilogie *Fifty Shades of Grey*. Une proportion importante des adultes entretiennent des fantasmes relatifs à ce type de comportements⁹, qui regroupe une très grande variété de pratiques sexuelles, lesquelles se reflètent d'ailleurs dans la pornographie.

Le BDSM est fondamental pour plusieurs personnes qui le pratiquent. Il peut former non seulement leur identité sexuelle, mais aussi leur identité tout court :

While I grew up feeling different and very alone, I never knew there was anything specific missing from my life until I found SM. Then, a void I never knew existed was filled, and I cannot imagine returning to a life without it. SM is more than just a sexual activity; it is a part of who I am¹⁰.

Donc, dans le présent texte, lorsque nous référerons à des cas de BDSM, nous ferons référence à des pratiques sexuelles auxquelles tous les partenaires ont consenti spécifiquement. À tout le moins, en ce qui concerne la jurisprudence, nous référerons aux cas où la preuve d'activités sexuelles BDSM n'est pas contre-dite. Si la victime n'a pas consenti, ce n'est pas du BDSM, mais une agression sexuelle sauvage. Cette distinction est fondamentale. Notre texte n'a donc pas vocation à analyser les nombreux cas d'accusations d'agression sexuelle basées sur des versions contradictoires, où l'accusé prétend que la victime a consenti à l'infliction de lésions corporelles (ou à l'activité BDSM), alors qu'elle prétend l'inverse. Nous évacuons de ce fait les cas où la défense est basée sur la croyance honnête mais erronée à la communication du consentement, que ce soit à cause de pratiques antérieures brutales ou pour d'autres raisons. Des auteures canadiennes ont récemment démontré dans quelle mesure une défense basée sur les pratiques sexuelles brutales est invoquée à tort et à travers en contexte d'agression sexuelle, au détriment des femmes victimes de cette violence non consentie¹¹. Nous n'entendons pas faire une telle analyse, mais plutôt regarder de l'autre côté du miroir : qu'en est-il lorsqu'il y a véritablement consentement aux lésions corporelles ?

9. Marie-Claude MALBOEUF, «La violence sexuelle bien en vue», *La Presse*, 26 mai 2021, [En ligne], [www.lapresse.ca/actualites/2021-05-26/sites-pornographiques/la-violence-sexuelle-bien-en-vue.php] (29 novembre 2023), citant Christian C. JOYAL, Amélie COSSETTE et Vanessa LAPIERRE, «What Exactly is an Unusual Sexual Fantasy?», *The Journal of Sexual Medicine*, vol. 12, n° 2, 2015, p. 328-340.

10. C. MOSER et J.J. MADESON, préc., note 4, p. 53.

11. Elizabeth SHEEHY, Isabel GRANT et Lise GOTELL, «Resurrecting “She Asked for It”: The Rough Sex Defence in Canada», (2023) 60-3 *Alta L. Rev.* 651 ; Suzanne ZACCOUR, «“I’m Telling You, She Likes it Rough”: Sexual History Evidence, Consent and the BDSM Defence in Canadian Sexual Assault Trials», (2021) 33-4 *Child & Fam. L.Q.* 347 ; Elaine CRAIG, «The Legal Regulation of Sadomasochism and the So-Called “Rough Sex Defence”», (2021) 37-2 *Windsor Y.B. Access Just.* 402.

Le droit criminel actuel pose plusieurs limites aux comportements sexuels BDSM auxquels une personne peut consentir. Il ne reconnaît pas :

- 1) la capacité à consentir à une activité sexuelle qui suivra une perte de conscience pratiquée dans un contexte d'asphyxie érotique¹²;
- 2) la possibilité que, dans le cadre d'un jeu de rôle, l'expression d'un « non » signifie en fait « oui »;
- 3) la capacité d'une personne à consentir à la mort¹³ ou à l'infliction de lésions corporelles¹⁴ à des fins sexuelles.

Dans le cadre de notre texte, nous nous concentrerons sur ce tout dernier cas de figure, soit l'incapacité à consentir à une pratique sexuelle qui implique des lésions corporelles infligées intentionnellement. Nous analyserons le raisonnement judiciaire ayant mené à cette règle, pour ensuite analyser les valeurs principales en jeu dans la réflexion relative à la criminalisation de ces comportements : celles du plaisir sexuel et de la dignité humaine. Dans le cadre d'une pratique sexuelle consensuelle BDSM, dans quelle mesure la dignité de la personne peut-elle fonder la criminalisation de l'infliction de lésions corporelles ? Cette question nous propulsera au cœur de la notion de consentement en matière sexuelle, à savoir son étendue, son rôle clé, ses limites et la valeur avancée pour remplacer le consentement comme fondement de la criminalisation. Il s'agit d'une réflexion portant sur les valeurs qui justifient la criminalisation d'un comportement sexuel consentant. La lutte contre l'exploitation sexuelle n'est pas considérée comme enjeu ici, puisque nous focalisons sur les comportements consensuels.

-
12. *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440 (ci-après « arrêt J.A. »), codifié à l'alinéa a.1 du paragraphe 2 de l'article 273.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (ci-après « C.cr. »). Voir à ce sujet : Karen BUSBY, « Every Breath You Take : Erotic Asphyxiation, Vengeful Wives, and Other Enduring Myths in Spousal Sexual Assault Prosecutions », (2012) 24-2 *Can. J. Women & L.* 328 ; Elaine CRAIG, « Capacity to Consent to Sexual Risk », (2014) 17 *New Crim. L. Rev.* 103 ; Lise GOTELL, « Governing Heterosexuality through Specific Consent: Interrogating the Governmental Effects of *R. v. J.A.* », (2012) 24-2 *C.J.W.L.* 359 ; Joshua SEALY-HARRINGTON, « Tied Hand ? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent », (2013) 18 *Rev. can. D.P.* 119.
 13. Art. 14 C.cr. Voir : *R. c. Hancock and Grouhel*, 2000 BCSC 1581, par. 57 : « The fact that Davis consented to, and indeed encouraged, assaults on himself in order to suffer or enjoy pain, to the extent that his written instructions indicate specific beatings and indignities he wished to have perpetrated, is irrelevant. Consent is no defence » ; *Deschatelets*, préc., note 7 ; *R. c. Mcilwaine*, 1996 CanLII 5884 (QC C.A.), (ci-après « arrêt Mcilwaine ») ; *R. c. Barton*, [2019] 2 R.C.S. 579, 2019 CSC 33 (ci-après « arrêt Barton »).
 14. *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, 761 (ci-après « arrêt Jobidon ») ; *R. c. Zhao*, 2013 ONCA 293 (ci-après « arrêt Zhao »).

L'absence de consentement est la pierre angulaire de la criminalisation des agressions sexuelles. L'incapacité à consentir, en raison de l'âge de la victime, est le fondement des crimes sexuels commis envers les enfants. Ainsi, le consentement trace une ligne de démarcation importante entre les comportements sexuels criminels et ceux qui ne le sont pas. Si l'absence de consentement réel rend forcément l'activité sexuelle criminelle, l'inverse n'est pas toujours vrai. La frontière n'est pas parfaitement étanche, car certains comportements consentuels sont néanmoins criminalisés : outre certains comportements BDSM, citons l'inceste entre adultes consentants¹⁵ et l'achat de services sexuels. Nous nous intéresserons dans notre texte à l'infliction de lésions corporelles en contexte sexuel, en analysant les considérations autres que l'absence de consentement, qui sont avancées pour justifier la criminalisation de ces comportements.

En ayant en tête ces différentes conceptions, nous présenterons tout d'abord le régime juridique applicable à la criminalisation des pratiques sexuelles impliquant l'infliction de lésions corporelles, avant d'analyser les enjeux que pose la (dé)criminalisation de ces pratiques. Notre démarche se fonde sur les valeurs sous-jacentes au droit. Nous raisonnons à partir du postulat qu'il y a réellement eu consentement. Cela nous amènera à identifier les valeurs qui fondent la criminalisation actuelle et leurs limites dans ces cas. L'impossibilité de consentir aux lésions corporelles en contexte sexuel nous amènera à identifier la valeur sociale limitée attribuée au plaisir sexuel, surtout pour les sexualités minoritaires, ainsi que le fondement alternatif à l'absence de consentement, qui peut justifier la criminalisation d'une activité sexuelle, soit le principe de dignité humaine, que nous aborderons dans une optique critique.

1 La criminalisation des activités sexuelles de type BDSM impliquant des lésions corporelles intentionnelles

Lorsque deux personnes se livrent à des activités sexuelles consentantes dans leur intimité, fussent-elles BDSM, les autorités n'en sont généralement pas informées. La même logique s'applique d'ailleurs aux activités sexuelles de groupe. Si toutes les personnes impliquées sont consentantes, aucune ne portera plainte, et le droit criminel ne sera donc pas mobilisé. Aucune jurisprudence n'émanera de ce type de cas, et il s'agira d'un angle mort de la jurisprudence en matière sexuelle. Ce ne sera que dans des contextes précis où d'autres personnes apprennent que de telles activités ont eu lieu que des poursuites peuvent être envisagées. Par exemple, une mère a porté plainte après avoir constaté d'importantes coupures

15. Voir, à ce sujet, Marie-Pierre ROBERT, « Réflexion sur la criminalisation de l'inceste et ses justifications : au-delà du tabou universel », (2021) 62-4 *C. de D.* 1251.

faites à la lame de rasoir sur le corps de sa fille adolescente¹⁶. Au Royaume-Uni, dans le célèbre arrêt *R. v. Brown*¹⁷, la police a, par hasard, mis la main sur des vidéos d'hommes se livrant à des activités BDSM de groupe. Ainsi, des accusations ont été déposées en l'absence de toute plainte et ont mené à des déclarations de culpabilité pour des comportements sexuels consensuels, ce qui a mené à une décision très controversée.

Compte tenu du caractère privé de la sexualité, il faut donc être conscient du fait que la jurisprudence reflète très mal la pratique du BDSM : « Canadian case law sees women going to the police alleging violent sexual assaults, while their partners are raising the defence of consensual BDSM. In other words, the issue in all of the Canadian sexual assault cases is not the legal question : can they consent to BDSM? It is the factual question : did they consent to BDSM¹⁸? »

Cette jurisprudence est basée principalement sur l'agression sexuelle, mais réfère aussi à d'autres infractions. Quelques infractions du *Code criminel* font spécifiquement référence à l'imagerie BDSM ou sont susceptibles de s'appliquer dans ces cas : la prostitution, l'obscénité et l'indécence.

Certaines personnes cherchent à satisfaire leurs fantasmes BDSM dans le contexte de la prostitution¹⁹. Rappelons que M^{me} Terri Jean Bedford, qui a contesté la constitutionnalité des anciennes dispositions du *Code criminel* relatives à la prostitution jusqu'en Cour suprême du Canada²⁰, était une dominatrice, offrant des services BDSM. Elle s'affichait d'ailleurs fièrement ainsi, vêtue de cuir noir et armée de sa cravache devant les tribunaux. Elle était poursuivie pour avoir tenu une maison de débauche, soit la Maison érotique de Madame de Sade, où elle offrait des séances thématiques, impliquant notamment des services de bondage

16. *R. c. R.D.W.*, 2006 BCPC 300 (ci-après « arrêt *R.D.W.* »). Dans cette affaire, il s'agissait d'activités sexuelles consentantes entre deux adolescents de 16 ans. La jeune fille s'est dissociée de la poursuite criminelle, et n'a pas fait de déclaration de la victime.

17. *R. v. Brown*, [1993] 2 All E.R. 75 (H.L.) (ci-après « arrêt *Brown* »). La Cour européenne des droits de l'homme a rejeté le recours des accusés, estimant qu'il n'y avait pas de violation du droit au respect de la vie privée : *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, n° 21627/93, n° 21826/93 et n° 21974/93, CEDH 1997-I. Cette affaire est aussi connue sous le nom du *Spanner Case*. Voir aussi l'arrêt plus récent de la Cour européenne des droits de l'homme : *K.A. et A.D. c. Belgique*, n°s 42758/98 et 45558/99, CEDH, 17 février 2005.

18. K. BUSBY, préc., note 12, 347.

19. Voir par exemple : *Mcilwaine*, préc., note 13 ; *Barton*, préc., note 13 ; Tamara O'DOHERTY et Kathleen CHERRINGTON, « Commodified BDSM Services: Professional Dominatrices' Views on their Work and its Criminalization », *Archives of Sexual Behavior*, vol. 52, 2023, p. 1285-1298.

20. *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, 2013 CSC 72 (ci-après « arrêt *Bedford* »).

et de flagellation. Elle prétendait qu'il ne s'agissait pas d'une maison de débauche basée sur la prostitution, parce qu'aucun service sexuel n'était rendu²¹. L'invalidation des articles du *Code criminel* qui fondaient la poursuite a mis fin à l'affaire. Le législateur a par la suite adopté un nouveau régime, selon l'approche dite nordique, qui criminalise l'achat des services sexuels²².

Les activités BDSM causant des lésions corporelles et l'achat de services sexuels ont en commun le fait qu'ils sont criminalisés au Canada, même s'il s'agit d'activités sexuelles consentantes. La logique qui sous-tend ce choix est l'idée qu'il s'agit de « pratiques dégradantes et déshumanisantes²³ », basées sur l'exploitation, qu'il faut donc interdire pour des considérations d'ordre public. Ce jugement de valeur sur ces pratiques sexuelles amène à remettre en question la validité du consentement, car le législateur et les tribunaux considèrent qu'une personne « normale » n'y consentirait pas.

Les activités BDSM sont également reliées aux infractions relatives à l'obscénité, laquelle est définie par le *Code criminel* comme « toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence²⁴ ». Dans l'arrêt *R. c. Butler*, la Cour suprême a déterminé que la représentation de sexualité explicite accompagnée de violence constituera presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles, le critère du seuil de tolérance de la société, basé sur le degré de préjudice, étant atteint²⁵. Ainsi, la représentation d'activités BDSM sera souvent considérée comme obscène, donc criminelle²⁶.

Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'indécence étaient reliées aux pratiques BDSM, en ce qu'elles interdisaient les maisons de débauche, qui étaient définies notamment comme des lieux où se déroulaient des actes d'indécence, ce

21. Voir au sujet de cette affaire : Ummni KHAN, « Putting a Dominatrix in Her Place: The Representation and Regulation of Female Dom/Male Sub Sexuality », (2009) 21-1 *Can. J. Women & L.* 143. Voir aussi U. KHAN, préc., note 1, p. 270 et suiv.

22. Voir la section « Marchandisation des activités sexuelles » regroupant les articles 286.1 à 286.5 du *Code criminel*. À ce sujet, voir Marie-Pierre ROBERT et Stéphane BERNATCHEZ, « Les théories de la criminalisation à l'épreuve de la prostitution », (2017) 47 *R.G.D.* 47. Sur la constitutionnalité de ces nouvelles infractions : *R. c. N.S.*, 2022 ONCA 160, permission d'en appeler à la Cour suprême refusée.

23. *R. c. Welch*, 1995 CanLII 282 (ON C.A.), 447, [En ligne], [canlii.ca/t/6jn0] (30 novembre 2023) (notre traduction) (ci-après « arrêt Welch »); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (ci-après « Renvoi sur la prostitution ») au sujet des anciennes dispositions relatives à la prostitution.

24. Art. 163 (8) C.cr.

25. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 (ci-après « arrêt Butler »). Voir aussi l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.

26. Voir, à ce sujet, U. KHAN, préc., note 1.

qui pouvait autrefois viser des clubs ou des lieux de rencontre BDSM. Depuis la nouvelle interprétation retenue dans l'arrêt *R. c. Labaye*²⁷, mais surtout depuis l'abrogation de ces dispositions en 2019²⁸, le simple fait de tenir un tel lieu ou de s'y trouver n'amène plus de sanction criminelle.

1.1 L'importance du consentement sexuel

Le cadre juridique basé sur le consentement, propre aux agressions sexuelles, a été établi suite aux revendications d'auteures féministes. Cependant, celles-ci sont déchirées par leur opinion du BDSM, les différentes conceptions de l'intérêt des femmes à cet égard étant reflétées par autant de théories féministes²⁹. Les féministes dites radicales sont opposées au BDSM³⁰, jugeant qu'il reproduit la domination homme/femme et que le consentement dans ce contexte ne peut pas être réel³¹. Il s'agit de la conception retenue par la Cour suprême dans l'arrêt *Butler* pour valider la criminalisation des infractions basées sur l'obscénité. Elle peut être opposée à une autre conception féministe, basée sur l'agentivité, selon laquelle les femmes doivent avoir la liberté d'exprimer leur sexualité dans toutes leurs dimensions ou sous toutes leurs formes. Bien que minoritaire, cette conception reflète davantage la diversité des sexualités féminines, qui inclut le rôle de dominatrice et la sexualité BDSM lesbienne³²: «S/M is hard for feminists, as it is unclear whether it promotes sexual agency or promotes sexual exploitation or both. In practice, whether S/M is an exercise of individual autonomy or social coercion is far more dependent on the particulars of the situation³³.»

27. *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728 (ci-après «arrêt *Labaye*»).

28. *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*, L.C. 2019, c. 25, art. 69.1 et 73.

29. Monica PA, «Beyond the Pleasure Principle: The Criminalization of Consensual Sadomasochistic Sex», (2001) 11 *Tex. J. Women & L.* 51, 88 et suiv.; Maneesha DECKHA, «Pain, Pleasure, and Consenting Women: Exploring Feminist Responses to S/M and its Legal Regulation in Canada through Jelinek's *The Piano Teacher*», (2007) 30 *Harv. J.L. & Gender* 425.

30. Robin Ruth LINDEN et autres, *Against Sadomasochism: A Radical Feminist Analysis*, San Francisco, Frog in the Well, 1982; Catharine A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Harvard University Press, 1989.

31. Voir U. KHAN, préc., note 1, p. 64 et suiv.

32. Elaine CRAIG, *Troubling Sex. Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, Vancouver, UBC Press, 2012; Brenda COSSMAN, «Sexuality, Queer Theory, and "Feminism After": Reading and Rereading the Sexual Subject», (2004) 49 *R.D. McGill* 847, 850; Gayle S. RUBIN, «The Leather Menace: Comments on Politics and S/M», dans SAMOIS, *Coming to Power. Writings and Graphics on Lesbian S/M*, Boston, Alyson Publications, 1987, pp. 194-229.

33. Cheryl HANNA, «Sex Is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law», (2001) 42 *B.C. L. Rev.* 239, 283.

Une part importante de la jurisprudence en matière de BDSM porte sur un type ou un autre d'agression sexuelle³⁴. L'agression sexuelle est une forme d'agression (ou, autrement dit, de voies de fait³⁵) qui, de plus, se déroule dans un contexte sexuel. L'élément clé qui permet de distinguer l'agression sexuelle d'une autre forme d'attouchement ou de relation sexuelle est l'absence de consentement de la victime. Cette absence de consentement s'analyse de manière subjective, c'est-à-dire en s'intéressant à ce qui s'est passé dans la tête de la victime au moment des faits. Si, en son for intérieur, elle ne consentait pas, l'élément matériel est consommé³⁶. Il importe peu de savoir si elle a communiqué son absence de consentement par des paroles ou par des gestes : il n'est pas nécessaire qu'elle ait dit non ni qu'elle se soit débattue. Sans oui, c'est non. La victime doit avoir communiqué positivement son consentement pour que l'accusé puisse invoquer une défense de croyance erronée au consentement manifesté³⁷. L'accusé sera trouvé coupable des attouchements non consentis s'il savait, s'est aveuglé volontairement ou a été insouciant par rapport au fait que la victime ne consentait pas.

L'accusé doit prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de sa ou de son partenaire avant d'entreprendre une activité sexuelle³⁸. Cette exigence de raisonnable repose sur les épaules de l'accusé : en aucun temps, la raisonnable du consentement de sa ou de son partenaire ne devra être analysée. Il s'agit d'un mécanisme permettant de s'assurer du consentement et non d'un jugement de valeur sur le caractère désirable de l'accusé ou de la nature du comportement sexuel qu'il propose.

Ce consentement consiste en l'« accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle³⁹ ». Il ne se considère pas dans l'abstrait, mais doit plutôt viser l'acte sexuel précis qui sera entrepris⁴⁰. Il doit être valide et donné par une personne

34. Rappelons que le *Code criminel* prévoit trois formes d'agression sexuelle : l'agression sexuelle simple (art. 271), passible de 10 ans d'emprisonnement ; l'agression sexuelle causant des lésions corporelles (art. 272) passible de 14 ans ; et l'agression sexuelle grave (art. 273), dont la peine peut aller jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité.

35. Art. 265 (1) (a) C.cr. : « 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. »

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

37. *Barton*, préc., note 13.

38. Art. 273.2 (b) C.cr.

39. Art. 273.1 (1) C.cr. Voir, à ce sujet, l'arrêt *R. c. Kirkpatrick*, 2022 CSC 33 (ci-après « arrêt *Kirkpatrick* »).

40. *R. c. Hutchinson*, [2014] 1 R.C.S. 346, 2014 CSC 19 (ci-après « arrêt *Hutchinson* »).

capable de le faire, compte tenu notamment de son âge⁴¹, de son degré d'intoxication⁴² et du fait qu'elle est consciente ou non⁴³.

Le consentement doit être exprimé de façon concomitante avec l'activité sexuelle. Il ne peut être donné à l'avance, et doit toujours pouvoir être retiré. L'arrêt de principe au sujet de cette nécessaire concomitance du consentement avec l'activité sexuelle, soit l'arrêt *R. c. J.A.*, est une affaire d'asphyxie érotique. La question en litige était de savoir si une personne peut valablement consentir à des actes sexuels avant d'être rendue inconsciente. Dans un arrêt partagé et controversé, la majorité de la Cour suprême a décidé que non : « [c]'est 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 partenaire de cesser à tout moment que le législateur requiert un consentement conscient de tous les instants⁴⁴ ».

Plusieurs auteurs ont critiqué cet arrêt, insistant sur le fait que certaines pratiques sexuelles dans des moments d'inconscience peuvent être désirées⁴⁵. Une personne peut souhaiter que son partenaire la réveille avec des caresses, par exemple. Il est irréaliste de considérer un époux qui embrasse sa conjointe endormie comme un agresseur sexuel. La Cour suprême a choisi d'embrasser trop pour être certaine d'attraper les cas d'exploitation sexuelle. Ce faisant, elle limite la liberté sexuelle. L'arrêt vient donc rendre criminelles toutes pratiques sexuelles avec un partenaire inconscient. Selon la professeure Craig, établir des limites au consentement en se basant sur la nature de la pratique sexuelle menace les intérêts des femmes et des minorités sexuelles⁴⁶.

Le législateur fédéral a codifié l'arrêt *J.A.* en ajoutant l'alinéa a.1 au paragraphe 2 de l'article 273.1 du *Code criminel*, qui précise qu'une personne inconsciente ne peut consentir à une activité sexuelle, et le paragraphe 1.1 à l'article 273.1 du même code, qui prévoit que « [l]e consentement doit être concomitant à l'activité sexuelle⁴⁷ ».

41. Art 150.1 C.cr.

42. *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20.

43. *J.A.*, préc., note 12, par la suite codifié à l'alinéa a.1 du paragraphe 2 de l'article 273.1 du *Code criminel*.

44. *Id.*, par. 3.

45. Voir par exemple : E. CRAIG, préc., note 12 ; L. GOTELL, préc., note 12 ; J. SEALY-HARRINGTON, préc., note 12.

46. *Id.*

47. *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.

À défaut de pouvoir, dans notre texte, développer toutes les circonstances dans lesquelles le consentement est vicié, notamment par la fraude⁴⁸, compte tenu du sujet, nous nous intéresserons à la façon dont la violence peut vicier le consentement.

1.2 Comment les tribunaux ont décidé que la violence viciait le consentement

La jurisprudence relative à l'impossibilité de consentir, pour des considérations d'ordre public, à l'infliction de lésions corporelles, s'est développée d'abord dans le contexte des voies de fait, avant d'être appliquée en matière sexuelle.

1.2.1 En contexte de voies de fait

Dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, la Cour suprême a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si l'absence de consentement était un élément essentiel de l'infraction de voies de fait lorsque des lésions corporelles sont intentionnellement infligées au cours d'une bataille à coups de poing. Autrement dit, la common law prévoit-elle des limites au consentement dans ce contexte ? M. Jobidon avait été impliqué dans une bataille avec un autre homme, à la sortie d'un bar, et les coups de poing qu'il lui avait assénés à la tête avaient causé le décès de la victime. L'accusé, qui faisait face à un chef d'accusation d'homicide involontaire coupable, plaidait que le consentement de la victime à la bataille écartait toute responsabilité criminelle, parce que l'article 265 du *Code criminel* prévoit spécifiquement que des voies de fait constituent l'utilisation de la force sans le consentement de la victime. La poursuite plaidait au contraire que la common law invalidait le consentement dans ce cas.

Après avoir fait un très long historique de la common law anglaise et canadienne, la Cour suprême a déterminé que « la balance penche plutôt fortement contre la validité du consentement à se faire infliger des lésions corporelles au cours d'une bagarre⁴⁹ ». Selon la Cour suprême, des considérations de principe appuient cette conclusion. L'inutilité des bagarres à coups de poing, l'absence d'intérêt public à ce que des adultes se blessent mutuellement et le caractère sacré du corps humain sont autant de raisons mentionnées⁵⁰. La Cour suprême conclut à « l'annulation du consentement entre adultes à l'utilisation intentionnelle de la force pour s'infliger mutuellement des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles au cours d'une rixe ou d'une bagarre à coups de poing⁵¹ ». La Cour suprême précise que cela évitera l'invalidation du consentement pour de légères

48. Art. 265 (3) (c) C.cr.; *Hutchinson*, préc., note 40; *Kirkpatrick*, préc., note 39.

49. *Jobidon*, préc., note 14, 761.

50. *Id.*, 762-764.

51. *Id.*, 766.

blessures ou des lésions corporelles mineures puisque le standard est l'infliction de lésions corporelles telles que définies au *Code criminel*. Cette tentative de précision amène plutôt de la confusion puisqu'il n'est aucunement question dans la définition du *Code criminel* de blessures graves ou sérieuses⁵². Aussi, tant dans la formulation de la question en litige que tout au long de l'arrêt, il n'est pas question de lésions graves, mais de lésions corporelles tout court.

Ainsi l'arrêt *Jobidon* laissait-il flotter une certaine confusion sur le degré de lésion corporelle requis pour l'invalidation du consentement dans ce contexte. De plus, des enjeux de traduction semblent avoir complexifié la situation, puisque des termes anglais ne sont pas toujours assortis aux mêmes termes français⁵³. Malgré certaines hésitations, la question semble réglée dans la jurisprudence subséquente, qui a clarifié que l'arrêt *Jobidon* signifiait que, pour que le consentement soit vicié, il faut que des lésions corporelles graves soient voulues et causées⁵⁴.

Dans l'arrêt *Jobidon*, la Cour suprême précise également que certaines exceptions s'appliquent. Ainsi, elle mentionne trois contextes dans lesquels l'infliction de lésions corporelles a une utilité sociale. Il s'agit des activités sportives violentes, des traitements ou des chirurgies et des acrobaties dangereuses réalisées par des cascadeurs⁵⁵. Dans ces trois cas, les considérations de principe basées sur l'ordre public ne sont pas applicables, donc la personne peut valablement consentir aux lésions corporelles.

1.2.2 En contexte sexuel

Il est intéressant d'analyser dans quelle mesure ce raisonnement peut s'appliquer aux activités sexuelles BDSM, dans le contexte de l'agression sexuelle causant des lésions corporelles (art. 272 (1) (c) C.cr.). Le consentement est-il également vicié pour des considérations d'ordre public ou la recherche du plaisir sexuel a-t-elle une utilité sociale ? Les tribunaux, et en particulier la Cour d'appel de l'Ontario, ont développé une jurisprudence sur la mesure dans laquelle une personne peut valablement consentir à des lésions corporelles en contexte sexuel⁵⁶.

52. Le *Code criminel* définit les lésions corporelles ainsi : « [b]lessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance (*bodily harm*) ». Cette définition, aujourd'hui prévue par l'article 2 du *Code criminel*, était, au moment de l'arrêt *Jobidon*, prévue par l'article 267 (2) du *Code criminel*. Le contenu de la définition est cependant demeuré essentiellement le même : seuls les termes « un plaignant » ont été remplacés par « une personne ».

53. Voir l'arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72 (ci-après « arrêt *McCraw* »), rendu le même jour, au sujet de l'expression *serious bodily harm*, traduite par « blessures graves ».

54. *R. c. Paice*, [2005] 1 R.C.S. 339, 2005 CSC 22, par. 18. Voir aussi l'arrêt *R. c. Sullivan*, (2011) N.J. n°11, 2011 NLCA 6, par. 7.

55. *Jobidon*, préc., note 14, 767.

56. *Welch*, préc., note 23 ; *R. c. Quashie*, 2005 CanLII 23208 (ON C.A.) ; *Zhao*, préc., note 14 ; *R. c. Nelson*, 2014 ONCA 853 ; *R. c. D.K.*, 2020 ONCA 79 (ci-après « arrêt *D.K.* »).

S'appuyant à la fois sur l'arrêt *Jobidon* et sur l'arrêt anglais *Brown*, la Cour d'appel de l'Ontario estime que l'on ne peut valablement consentir à des lésions corporelles en contexte sexuel. Notons que, dans les différentes affaires canadiennes qui constituent cette jurisprudence, il ne s'agit pas de cas de BDSM, qui impliqueraient un consentement mutuel, mais bien d'agressions sexuelles dans lesquelles l'accusé prétend que la victime consentait, alors que celle-ci affirme le contraire. Ce contexte n'est probablement pas étranger à la règle qui a été forgée, mais ne devrait pas nous empêcher de réfléchir à la manière dont devraient être traités des cas réellement consensuels. Il n'y a que quelques affaires dans lesquelles le consentement de la victime est vicié par les lésions corporelles⁵⁷.

Dans l'arrêt *R. c. Zhao*, qui est maintenant l'arrêt de principe en la matière, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que, pour les accusations d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, le consentement à l'activité sexuelle est vicié pour des raisons d'intérêt public lorsque l'accusé a subjectivement l'intention de causer des lésions corporelles et a effectivement causé des lésions corporelles⁵⁸. Cela ne signifie pas que toutes les lésions causées lors d'une relation sexuelle sont criminelles. Si des lésions corporelles non intentionnelles sont causées lors d'une relation sexuelle par ailleurs consentante, il n'y a pas de responsabilité criminelle⁵⁹. On ne demande pas que les lésions corporelles aient un certain seuil de gravité comme dans le cas des batailles. Le consentement est donc plus facilement vicié en contexte sexuel que dans les cas de batailles à coups de poing.

Dans l'arrêt *R. c. Barton*, émanant de l'Alberta, tout le monde a tenu pour acquis que cette jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario faisait autorité⁶⁰. La Cour suprême a jusqu'à maintenant refusé de se prononcer sur la question⁶¹.

57. Outre l'arrêt *R.D.W.*, préc., note 16, citons l'arrêt *R. c. Ceelen*, 2011 ONSC 4764 (ci-après «*arrêt Ceelen*»). Ironiquement, les cas dans lesquels des poursuites criminelles ont été intentées à la suite d'une relation sexuelle consentante ayant mené à la mort de la victime semblent plus fréquents. Voir les arrêts cités à la note 13.

58. *Zhao*, préc., note 14, par. 106-108. Cela a été réitéré récemment dans l'arrêt *D.K.*, préc., note 56, par. 23 :

The trial judge blurred the distinction between (1) cases where bodily harm is caused during non-consensual sexual activity, and (2) cases where consent is vitiated through the intentional infliction of bodily harm. In the first category of cases, all the Crown is required to prove is objective foreseeability of bodily harm; in the second category, in order to vitiate consent, the Crown must prove the bodily harm was both caused and intentional.

Voir aussi l'arrêt *R. c. Graham*, 2019 ONCA 347, par. 23-27.

59. *Zhao*, préc., note 14, par. 108.

60. *Barton*, préc., note 13, par. 180.

61. *R. c. A.E.*, 2022 CSC 4; *Barton*, préc., note 13, par. 181; *J.A.*, préc., note 12, par. 21.

Notons que les tribunaux canadiens ont déterminé qu'une lésion corporelle au sens du *Code criminel* incluait une lésion psychologique⁶². Les cas d'agression sexuelle dans lesquels une lésion existe sont donc nombreux. Il n'est pas nécessaire que la lésion corporelle cause une déficience fonctionnelle pour être considérée en tant que telle⁶³. Le seuil n'est pas très élevé : des ecchymoses douloureuses, des éraflures, une lèvre fendue ou un cou endolori peuvent constituer des lésions corporelles⁶⁴.

Si le consentement de la victime est évacué de l'analyse de la responsabilité pénale en cas de lésions corporelles et de mort, ce consentement peut néanmoins être pris en compte dans le processus de détermination de la peine afin d'infliger une peine plus clémente dans ce contexte⁶⁵. Il n'en demeure pas moins que la personne est marquée au sceau de la criminalité.

2 Les valeurs avancées pour soutenir la décriminalisation et la criminalisation de l'infliction de lésions corporelles sexuelles

Tout d'abord, soulignons que la décision de criminaliser certaines pratiques sexuelles est importante et constitue un choix de société, basé sur des valeurs. Ainsi, la criminalisation de l'achat de services sexuels, de l'inceste ou de la bestialité, pour ne nommer que ceux-là, repose sur l'activité législative du Parlement du Canada. Il revient aux élus de faire ces grands choix. La criminalisation des activités BDSM, à tout le moins lorsqu'elles causent des lésions corporelles, repose non pas sur une disposition législative, mais sur l'interprétation jurisprudentielle. Pis encore, elle repose sur une interprétation jurisprudentielle qui va à l'encontre du libellé spécifique du *Code criminel*, qui exige l'absence de consentement pour que l'infraction soit consommée. Les juges minoritaires dans l'arrêt *Jobidon* remarquent d'ailleurs qu'ils n'ont pas le pouvoir d'aller à l'encontre du libellé de la loi, un enjeu qui mobilise le principe de légalité⁶⁶.

En matière de criminalisation d'infractions sexuelles, il faut trouver le difficile équilibre entre la protection contre les agressions sexuelles et la protection de l'autonomie sexuelle. Que tous, et en particulier les femmes et les minorités,

62. *McCraw*, préc., note 53 ; *LSJPA—157*, 2015 QCCA 283.

63. *R. c. Moquin*, 2010 MBCA 22, 253 C.C.C. (3d) 96.

64. *Id.*, par. 25.

65. Par exemple, dans l'arrêt *Deschatelets*, préc., note 7, l'accusé se voit imposer une peine de un an d'emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort et, dans l'arrêt *Ceelen*, préc., note 57, l'accusé est condamné à 9 mois de probation pour avoir causé illégalement des lésions corporelles.

66. *Jobidon*, préc., note 14, 773-775 : les juges Sopinka et Stevenson affirment que la majorité crée alors une infraction de common law contrairement à l'article 9 (a) du *Code criminel*. Voir, dans le même sens, l'opinion dissidente de Lord Mustill dans l'arrêt *Brown*, préc., note 17, 274.

puissent vivre positivement leur sexualité consensuelle, sans se voir imposer des comportements sexuels non désirés⁶⁷. Cette ligne est habituellement tracée par le concept de consentement.

Notons tout d'abord que nous estimons que le consentement doit demeurer la ligne principale qui délimite la frontière entre les comportements sexuels permis ou non. Ainsi, la quasi-totalité du droit criminel canadien relatif aux crimes sexuels repose sur l'idée que les juges sont en mesure de distinguer les deux cas. Il ne devrait pas en être autrement en matière de BDSM. Autrement dit, il n'y a pas lieu de justifier la criminalisation d'activités consentantes par la peur qu'elles ne le soient pas, dans un cas de figure donné⁶⁸. Le consentement n'est pas donné par le simple fait d'entretenir une relation BDSM : dans chaque cas de figure, les limites précises posées par la personne doivent être respectées⁶⁹. D'un autre côté, le consentement n'est pas forcément absolu, car on ne peut pas consentir à la mort, même à des fins sexuelles, une règle qui n'est pas remise en question. Donc la question devient la suivante : « Est-ce que l'infliction de lésions corporelles simples doit être la ligne de démarcation ? » Cela révèle une tension entre deux valeurs en jeu, le plaisir sexuel et la dignité humaine.

Nous examinerons ces deux valeurs particulières qui sont en jeu dans la réflexion relative à la criminalisation d'activités sexuelles BDSM causant des lésions corporelles. La première, l'utilité sociale de la liberté sexuelle, pourrait soutenir la décriminalisation, alors que la seconde, la dignité humaine, est plutôt avancée au soutien de la criminalisation, avec les lacunes que cela implique.

2.1 La valeur sociale du plaisir sexuel et l'importance de la liberté sexuelle

Le simple fait qu'une pratique sexuelle consentante soit criminalisée bafoue la liberté sexuelle des personnes intéressées par cette pratique, et ce, indépendamment du fait que cela se reflète ou non dans la jurisprudence. La criminalisation peut brimer la liberté sexuelle de deux manières. Premièrement, elle peut dissuader une personne de se livrer à une pratique sexuelle, de peur des conséquences pénales qui s'ensuivraient. C'est d'ailleurs l'un des buts principaux du droit criminel, de dissuader, par l'imposition de peines, certaines conduites. Ou alors la personne peut décider de se livrer quand même à cette activité, mais le caractère criminel l'amènera alors dans la clandestinité, ce qui peut l'empêcher

67. E. CRAIG, préc., note 11.

68. C'est l'argument de M. PA, préc., note 29, ainsi que de E. SHEEHY, I. GRANT et L. GOTELL, préc., note 11, que le droit doit errer dans le sens de la protection des victimes de crimes sexuels. Comme nous l'avons vu, c'est aussi l'approche de la majorité dans l'arrêt J.A.

69. En ce sens, on peut se poser des questions sur l'arrêt R. c. *Gubbels*, 2022 ONSC 18.

d'aller chercher de l'information préventive ou de l'aide lorsque nécessaire, par exemple sous la forme de soins médicaux. En ce sens, la criminalisation peut amener également une atteinte à la sécurité.

Cette atteinte à la liberté sexuelle se fait dans un contexte moraliste. La jurisprudence relative à l'impossibilité de consentir, en matière sexuelle, à l'infliction intentionnelle de lésions corporelles est fortement moraliste et dépeint une conception clairement négative du sadomasochisme. Les jugements de valeur sur ce type de sexualité ne sont pas voilés. Lord Templeman, dans l'arrêt *Brown*, écrit de but en blanc : « Pleasure derived from the infliction of pain is an evil thing⁷⁰. » La jurisprudence fait également référence à des pratiques dégradantes, déshumanisantes, qui mettent en cause la dignité humaine. Dans l'arrêt *R. c. Welch*, la Cour d'appel de l'Ontario estime cela aussi, même s'il y avait eu consentement mutuel :

The consent of the complainant, assuming it was given, cannot detract from the inherently degrading and dehumanizing nature of the conduct. Although the law must recognize individual freedom and autonomy, when the activity in question involves pursuing sexual gratification by deliberately inflicting pain upon another that gives rise to bodily harm, then the personal interest of the individuals involved must yield to the more compelling societal interests which are challenged by such behaviour⁷¹.

Toute cette jurisprudence repose sur l'idée que le BDSM n'a pas de valeur ni d'utilité sociale. La distinction liée au contexte sexuel n'est pas vraiment analysée : les juges tiennent pour acquis qu'il s'agit de la violence pour la violence, comme dans le cas d'une bataille à coups de poing.

Le discours de la Cour suprême relatif à l'épanouissement sexuel est généralement négatif, et l'importance qui y est accordée est moindre que d'autres valeurs.

La Cour suprême estime que les publications obscènes visent « l'épanouissement personnel, dans son aspect le moins digne, celui de la simple stimulation physique⁷² ». En faisant référence à la simple stimulation physique, on comprend que la Cour suprême réfère à la pratique de la masturbation, donc une pratique qu'elle juge peu digne. Dans la même logique, au sujet de la protection de la liberté d'expression, la Cour suprême attribue une portée plus limitée à la liberté d'expression en contexte d'épanouissement sexuel, la nature lascive du matériel en atténuant la valeur constitutionnelle⁷³.

70. *Brown*, préc., note 17, 216.

71. *Welch*, préc., note 23. Bien que le droit ait évolué après l'arrêt *Welch*, car l'intention de causer des lésions corporelles a été ajoutée, l'approche au sujet de la conception de la sexualité demeure.

72. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 185 (ci-après « arrêt *Sharpe* »). Voir aussi, à ce sujet, l'arrêt *Butler*, préc., note 25.

73. « Même si la nature lascive de la plus grande partie du matériel défini comme étant de la "pornographie juvénile" peut en atténuer la valeur sur le plan constitutionnel, elle ne l'annule pas, puisque la garantie de liberté d'expression s'applique même au discours offensant » : *Sharpe*, préc., note 72, par. 27.

Au sujet de l'objectif de protéger l'autonomie sexuelle, la Cour suprême écrit : « [l]a création d'infractions d'agressions sexuelles en droit criminel vise à protéger l'autonomie sexuelle [...] Toutefois, le droit reconnaît depuis longtemps l'existence de limites empêchant la société de réaliser complètement cet objectif au moyen de l'instrument grossier que constitue le droit criminel⁷⁴ », invitant, dans un autre contexte, à la modération et à éviter la surcriminalisation.

Or, la Cour suprême reconnaît d'autres contextes dans lesquels une personne peut consentir à l'infliction de lésions corporelles. Dans l'arrêt *Jobidon*, elle mentionne la chirurgie plastique, les sports et les cascades⁷⁵, mais on pourrait ajouter à cette liste le perçage⁷⁶, et probablement même la circoncision⁷⁷, qui ne sont pas forcément effectués par des personnes ayant une formation médicale. Ces finalités ont une utilité sociale, apparemment plus grande que la recherche du plaisir sexuel. Ce n'est pas tant la nature du préjudice ou la formation de la personne qui l'inflige qui détermine si le consentement est valide ou non, mais plutôt le fait que la société attribue une valeur à l'activité dans le cadre de laquelle elle est effectuée. Ainsi, une personne peut valablement consentir à se faire percer le mamelon pour des raisons esthétiques, mais pas pour la gratification sexuelle que ce geste peut lui apporter⁷⁸.

Peut-on vraiment prétendre que les spectacles de cascadeurs professionnels ont plus de valeur sociale que l'épanouissement sexuel ? Comment cet aspect si fondamental de la vie humaine qu'est la sexualité peut-il être occulté ainsi de la discussion sur l'utilité sociale ? « Surely sexual pleasure is as important to the pursuit of self-fulfillment as is hockey ? Even in Canada⁷⁹. » En fait, au-delà de la conception judéo-chrétienne de la sexualité basée sur le mariage et la procréation, le contexte dans lequel ces questions sont parvenues devant les tribunaux, soit la constitutionnalité de la criminalisation de la pornographie juvénile et les agressions sexuelles sauvages derrières lesquelles la défense maquillait certains arguments de BDSM, n'a pas aidé à reconnaître une valeur à la sexualité. Les tribunaux ont transposé le raisonnement basé sur l'inutilité sociale de la bataille à coups de poing du crime de voies de fait à celui d'agression sexuelle en focalisant sur un élément commun, soit la violence, mais sans considérer dans tous ses aspects l'importance du contexte sexuel. Les tribunaux ont considéré que, dans tous les cas où violence et sexualité allaient de pair, la violence était le but.

74. *Hutchinson*, préc., note 40, par. 17-18. Voir aussi l'arrêt *Kirkpatrick*, préc., note 39, par. 25, qui réfère à « l'objectif du législateur de promouvoir l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel ».

75. *Jobidon*, préc., note 14, 767.

76. K. EGAN, préc., note 6.

77. *Brown*, préc., note 17 ; R. c. *D.J.W.*, 2012 CSC 63.

78. Cet exemple est inspiré de celui de S.P. GREEN, préc., note 8, p. 288, sur le perçage du nez.

79. E. CRAIG, préc., note 12, 116.

Or, dans les vrais cas de BDSM, l'infliction de lésions n'est pas le but, c'est le plaisir sexuel qui l'est⁸⁰. Le droit criminel canadien ne reconnaît pas pleinement la valeur du plaisir sexuel et entretient une conception négative de la sexualité. La jurisprudence relative au vice de consentement par la lésion corporelle dépeint un jugement de valeur sur cette forme de sexualité et ressuscite le spectre de l'acceptabilité sociale d'une pratique sexuelle comme critère juridique. Par exemple, dans une affaire de scarification, la Cour provinciale de la Colombie-Britannique précise que, « [w]hile body piercing and tattooing are accepted in this society, disfigurement by way of scarification has not gained approval in Canadian society, even though access to the practices of the subculture is readily available even to adolescents⁸¹ ».

L'approbation de la société canadienne fait écho à la norme de tolérance de la société, le critère mis en place par la Cour suprême dans l'arrêt *Butler* au sujet de l'obscénité⁸². Or, la Cour suprême a reconnu les limites de ce critère dans l'arrêt *Labaye*, en le remplaçant par le critère du préjudice fondé sur les valeurs reconnues par les lois fondamentales à l'échelle canadienne, dont le degré est incompatible avec le bon fonctionnement de la société⁸³. Il s'agit d'un seuil particulièrement élevé, tant en ce qui concerne la nature du préjudice que son degré. Cet arrêt est considéré comme ayant créé un nouveau paradigme pour les crimes sexuels, lequel écarte la moralité⁸⁴.

Au sujet de l'application de ce critère en contexte BDSM, le professeur Tanovich écrit :

In thinking about whether the harm, in the S/M context, is incompatible with the proper functioning of society, recognition of the importance of tolerance and sexual autonomy, the private nature of the activity, the presence of real consent, as well as the nature of the harm caused are all relevant factors to take into account. The contested issue turns on what degree of harm should be deemed to trump autonomy, privacy and consent⁸⁵?

Selon la professeure Craig, l'approbation sociale d'une conduite sexuelle ne devrait pas être le critère, puisque cela est trop dangereux pour les minorités sexuelles⁸⁶. La capacité à consentir à une activité sexuelle devrait reposer sur

80. M. KAPLAN, « Sex-Positive Law », (2014) 89 *N.Y.U.L. Rev.* 89, 127 ; M. PA, préc., note 29, 77.
81. *R.D.W.*, préc., note 16, par. 11.

82. *Butler*, préc., note 25.

83. *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80. Voir aussi l'arrêt *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] 2 R.C.S. 293, 2018 CSC 32, par. 101.

84. Tristan DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien. De la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham, LexisNexis Canada, 2007 ; E. CRAIG, préc., note 32 ; David M. TANOVICH, « Criminalizing Sex at the Margins », (2010) 74 *C.R. (6th)* 86.

85. D.M. TANOVICH, préc., note 84, 93.

86. E. CRAIG, préc., note 12, 117, à sa note 47.

une évaluation du risque plutôt que sur un jugement moral, basé sur l'exploitation sexuelle. Elle estime que l'objectification sexuelle n'est pas forcément préjudiciable, car tout dépend du contexte⁸⁷.

La criminalisation des activités BDSM pose un enjeu majeur par rapport à la liberté et à l'autonomie sexuelles. En effet, l'autonomie sexuelle doit non seulement contenir une composante négative, soit celle de ne pas être forcé de se livrer à une activité sexuelle à laquelle on ne consent pas, mais également une composante positive, soit celle de se livrer à une activité consensuelle souhaitée⁸⁸. Cette composante de l'autonomie personnelle qu'est le droit à la sexualité positive est vraisemblablement protégée par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸⁹, à titre de sphère de choix personnelle fondamentale⁹⁰.

La juge Wilson a été la première à énoncer ce principe dans le contexte du droit à l'avortement :

[U]n aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté [...] À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne⁹¹.

Si la Constitution reconnaît le droit d'une personne de faire des choix de vie fondamentalement personnels sans intervention de l'État, comme celui de se marier ou d'établir son lieu de résidence⁹², elle peut reconnaître celui de vivre dans une union BDSM ou de vivre une sexualité BDSM. Bien que cette forme de liberté ne vise pas toutes les questions privées, le critère nous semble applicable :

Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles⁹³.

Dans l'arrêt *R. c. Carter*, se basant sur l'évolution de la société, la Cour suprême a reconnu que le caractère sacré de la vie devait céder le pas devant la liberté de la personne de faire des choix personnels, même celui impliquant

87. *Id.*, 113.

88. S.P. GREEN, préc., note 8, p. XVI ; M. KAPLAN, préc., note 80.

89. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après «*Charte canadienne*»), art. 7.

90. D.M. TANOVICH, préc., note 84, 90 ; *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331, 2015 CSC 5 (ci-après «*arrêt Carter*») ; *Bedford*, préc., note 20.

91. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 166 (ci-après «*arrêt Morgentaler*»).

92. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

93. *Id.*, par. 66.

la mort. De la même manière, elle doit maintenant reconnaître que le caractère sacré du corps humain, une valeur reconnue dans l'arrêt *Jobidon*, doit céder le pas à l'autonomie sexuelle, en contexte de lésions infligées de manière consensuelle.

Les arguments en faveur de la décriminalisation du BDSM, exprimés ainsi en droit américain, sont tout à fait applicables au contexte canadien :

Permitting a defense of consent in these cases is desirable because a significant percentage of the general population already believes that consent to assault mitigates culpability, SM is a legitimate form of sexual expression, prohibiting consent to SM is based on moral disapproval, and criminalizing private sexual behavior because of notions of morality was held unconstitutional⁹⁴.

Afin de nier le consentement dans ce contexte, les valeurs de liberté et d'autonomie sexuelles sont souvent mises en balance avec une certaine conception de la dignité humaine ou du caractère déshumanisant de ces pratiques, lesquelles sont avancées pour soutenir la criminalisation.

2.2 La dignité comme fondement alternatif à l'absence de consentement et les effets pervers que cela implique

La dignité est cette caractéristique inhérente à la personne, sur laquelle reposent son humanité et les droits qui en découlent. La *Déclaration universelle des droits de l'homme* s'ouvre par la constatation que «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde⁹⁵». Elle empêche que la personne soit traitée comme une chose, vendue en esclavage ou soumise à la torture. Toutefois, en contexte BDSM, les dynamiques de domination et de soumission exploitent souvent des thèmes qui mobiliseraient la dignité humaine s'il ne s'agissait pas d'un jeu de rôle consensuel. Dans l'analyse des liens entre le BDSM et la dignité, cet aspect est souvent occulté : le consentement de la personne en position de soumission, qui peut mettre fin à la pratique à tout moment.

La Cour suprême a reconnu à de nombreuses reprises que la dignité faisait partie des valeurs fondamentales reconnues par la Constitution : «[l']autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs⁹⁶». Ainsi, le respect de la dignité humaine est l'un des principes sur lesquels repose la société

94. K. EGAN, préc., note 6, 1635.

95. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948), préambule.

96. R. c. Labaye, préc., note 82, par. 33.

canadienne, bien qu'il ne soit pas un principe de justice fondamentale⁹⁷. La dignité est une valeur qui fonde les droits et libertés de la personne, dont le droit à l'égalité⁹⁸, la liberté de conscience et de religion⁹⁹, ainsi que le droit protégé par l'article 7 de la Charte canadienne¹⁰⁰. Dans le contexte de la justification d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantie par la Charte canadienne, la Cour suprême écrit, dans le fameux arrêt *R. c. Oakes* :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la *dignité* inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société¹⁰¹.

S'il est une caractéristique de la dignité sur laquelle tous s'entendent, c'est bien la difficulté à la définir¹⁰² : son caractère flou, insaisissable, polysémique, voire fourre-tout. La Cour suprême a reconnu les difficultés à opérationnaliser cette notion dans le contexte de la protection contre la discrimination, puisqu'il s'agit d'une notion trop abstraite et subjective¹⁰³. En effet, la dignité est un principe ou une valeur plus qu'une règle ou un droit distinct¹⁰⁴. C'est une notion fortement morale¹⁰⁵.

Ce qui heurte la dignité humaine est donc subjectif et difficile à prouver. Il faut se méfier de l'argument à la fois facile et dangereux basé sur le fait qu'un

97. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (ci-après «arrêt Rodriguez»). Sur le lien entre dignité et article 7 de la Charte canadienne, voir aussi l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307 (ci-après «arrêt Blencoe»).

98. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 ; *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43.

99. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

100. *Morgentaler*, préc., note 91 ; *Rodriguez*, préc., note 97.

101. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 64 (ci-après «arrêt Oakes») (l'italique est de nous).

102. Christian BRUNELLE, «La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale», (2006) numéro thématique hors série *R. du B. can.*, «La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives», 143 ; Dominique GOUBAU, «La dignité en droit canadien, une notion aussi populaire qu'ambiguë», dans Brigitte FEUILLET-LIGER et Kristina ORFALI (dir.), *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 285 ; Muriel FABRE-MAGNAN, «La dignité en Droit : un axiome», (2007) 58 *R.I.E.J.* 1.

103. *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 2008 CSC 41, par. 22.

104. *Blencoe*, préc., note 97, par. 78. En affirmant cela, nous mettons de côté l'article 4 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, puisqu'il est inapplicable en matière criminelle.

105. Dennis J. BAKER, «The Moral Limits of Consent as a Defense in the Criminal Law», (2009) 12-1 *New Criminal Law Review* 93 ; Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, p. 123 et 234. Cette auteure démontre que la dignité a remplacé le concept des bonnes mœurs comme guide moral en droit français.

comportement porte atteinte à la dignité humaine. Tout étant une question de point de vue, la mesure dans laquelle un comportement porte atteinte à la dignité humaine peut varier selon les perspectives :

But enduring pain or injury because you enjoy it is no more harmful to your dignity than enduring pain or injury because it is part of a contact sport that you are paid to participate in and because the harmful contact is considered intrinsic to the enjoyment of the game and the entertainment of its spectators. Indeed, the latter seems more harmful to dignity than the former¹⁰⁶.

Le lien entre le concept de dignité et les droits et libertés est complexe et parfois paradoxal. À tout le moins depuis la Seconde Guerre mondiale, le concept de dignité fonde la logique des droits et libertés. Malgré cela, en droit pénal, la dignité peut être mobilisée principalement de deux manières complètement opposées : soit pour justifier la criminalisation d'un comportement (donc dans une logique liberticide) ou, au contraire, au soutien des droits et libertés de la personne, pour contester la constitutionnalité de la criminalisation¹⁰⁷.

L'idée de mobiliser le concept de la dignité humaine pour interdire des pratiques contre le gré des personnes concernées est illustrée dans la célèbre affaire du lancer de nain, en France. Cette attraction, qui consiste à lancer une personne naine le plus loin possible sur un matelas, a été interdite par le Conseil d'État français puisque, « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine¹⁰⁸ ».

En ce qui concerne l'utilisation du concept de dignité pour justifier la criminalisation, Lord Devlin en est le champion. Dans son célèbre ouvrage *The Enforcement of Morals*, bible du moralisme juridique, Lord Devlin s'appuyait sur la dignité pour justifier la criminalisation de l'homosexualité et de l'infliction, même consensuelle, de lésions corporelles¹⁰⁹. La dignité est utilisée ici au soutien d'une conception positive de la moralité, basée sur le dégoût qu'inspirent ces pratiques sexuelles à l'auteur. Il n'y a pas de rationalisation objective à l'atteinte à la dignité. Dans un même ordre d'idées, la Cour anglaise, dans l'arrêt *Brown*, s'appuie sur le caractère dégradant et déshumanisant des pratiques sexuelles pourtant consentantes. Cette mobilisation de la dignité comme jugement de valeur en matière sexuelle doit être rejetée dans une société libérale basée sur les droits et libertés.

La philosophe Nussbaum insiste sur les dangers de s'appuyer sur le sentiment de dégoût pour justifier la criminalisation de certains actes, surtout en matière sexuelle. Elle invite son lectorat à prendre conscience du fait que cet argument

106. M. KAPLAN, préc., note 80, 130.

107. D. GOUBAU, préc., note 102.

108. Cons. d'Ét. Ass., 27 oct. 1995, n° 136727, publié au recueil Lebon.

109. Patrick DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

a été historiquement utilisé pour stigmatiser, notamment, certaines minorités sexuelles¹¹⁰. Le dégoût n'a rien d'objectif, de rationnel ou de vrai. Dans la même logique, le spectre de la dignité ne doit pas être brandi comme une notion fétiche, qui met fin à la discussion.

En quoi les comportements BDSM causant des lésions corporelles portent-ils atteinte à la dignité ? Qu'est-ce que la dignité ? La conception kantienne veut que l'on ne puisse jamais considérer quelqu'un comme un moyen, mais toujours comme une fin. Ainsi, la dignité peut objectivement justifier la criminalisation de certains comportements amenant l'instrumentalisation de la personne humaine, comme le clonage¹¹¹, l'esclavage ou la torture. Dans le cas de l'esclavage et de la torture, la dignité vient en support à la protection de la liberté de la personne, qui ne veut pas se voir imposer ces traitements. Le BDSM peut utiliser les thématiques d'esclavage et de torture mais, dans ce cas, il n'y a pas d'instrumentalisation de la personne, si elle consent, si c'est ce qu'elle veut, si cela correspond à son mode de vie et à sa façon d'atteindre le plaisir sexuel. Utiliser le concept de dignité dans ce contexte, ce n'est pas l'utiliser dans une logique qui soutient les droits et libertés, mais bien d'une façon qui les contrecarre.

Dans l'arrêt *Butler*, relatif à l'obscénité, la Cour suprême estime que le caractère déshumanisant d'une pratique sexuelle permet d'éclipser le consentement :

Notamment, le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de *dignité* de tous les êtres humains. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes. Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants¹¹².

La dignité est présentée ici dans sa dimension limite, c'est-à-dire qu'elle sert « de justification à des limitations qu'apporte la loi à certains droits et libertés fondamentaux, dans le cadre de recours qui visent à contester la validité constitutionnelle de telles limitations. Le concept de dignité est donc invoqué comme frein aux revendications fondées sur l'exercice des libertés individuelles¹¹³ »,

110. Martha C. NUSSBAUM, « Danger to Human Dignity: The Revival of Disgust and Shame in the Law », *Chronicle of Higher Education*, vol. 50, 2004 ; Martha C. NUSSBAUM, *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2004, p. 14. Voir aussi : Courtney M. CAHILL, « Same-Sex Marriage, Slippery Slope Rhetoric, and the Politics of Disgust: A Critical Perspective on Contemporary Family Discourse and the Incest Taboo », (2005) 99 *Nw. U. L. Rev.* 1543 ; Kate SUTHERLAND, « Legal Rites: Abjection and the Criminal Regulation of Consensual Sex », (2000) 63 *Sask. L. Rev.* 119.

111. *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, c. 2, art. 5 (1) (a).

112. *Butler*, préc., note 25, 479 (l'italique est de nous).

113. D. GOUBAU, préc., note 102, 305.

soit pour restreindre le champ des libertés plutôt qu'au soutien de celles-ci¹¹⁴. Cette conception ou ce discours était également présent dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*¹¹⁵, mais écarté de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, rendu quelque 30 ans plus tard¹¹⁶.

Dans l'arrêt *Carter*, la dignité est plutôt mobilisée au soutien de la liberté de la personne, de son droit de choisir de mourir plutôt que de vivre dans la souffrance ou de devoir abrégé préventivement sa vie¹¹⁷. Ainsi, la criminalisation de l'aide au suicide est jugée inconstitutionnelle sur la base de l'article 7 de la Charte canadienne, ouvrant la porte à l'option de «mourir dans la dignité». La Cour suprême revisite donc l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* et s'écarte ainsi d'une notion quantitative de la vie, autrefois basée sur le caractère sacré de la vie humaine. Ce caractère sacré de la vie et du corps humain, bien présent dans l'arrêt *Jobidon*¹¹⁸, est une valeur dont le poids décline et qui cède le pas devant l'autonomie ou la liberté de la personne.

La dignité humaine est conférée à tous, peu importe leurs caractéristiques personnelles, leur choix de vie, leur sexualité. Si l'on met de côté les jugements de valeur que l'on peut avoir envers la sexualité BDSM et si l'on croit que certaines personnes ont véritablement cet intérêt, voire ce besoin, sur le plan sexuel, même si l'on ne le partage pas, il serait possible d'en venir à la conclusion que la dignité est plutôt une valeur qui peut appuyer la liberté sexuelle et donc la décriminalisation de l'infliction de lésions corporelles simples.

Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême a reconnu que la criminalisation de certaines activités reliées à la prostitution (en contexte BDSM, faut-il le rappeler) empêchait les travailleuses du sexe de prendre certaines précautions nécessaires pour assurer leur sécurité, ce qui a mené à l'inconstitutionnalité des dispositions en question¹¹⁹. Ce raisonnement serait bien applicable dans le contexte plus général de l'interdiction de l'infliction de lésions corporelles à des fins sexuelles.

114. *Id.*

115. *Renvoi sur la prostitution*, préc., note 20, 1194 (J. Lamer) (l'italique est de nous): «Dans ce processus, le contrôle du souteneur sur la prostituée est tel que la violence physique et la brutalité ne sont pas rares. En résumé, la prostitution devient une activité qui avilit la *dignité personnelle* de la prostituée et permet aux souteneurs et aux clients d'exploiter la position désavantagée de la femme dans notre société.»

116. *Bedford*, préc., note 20, par. 138: «Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que le véritable objectif de l'al. 212(1)) est de réprimer la commercialisation de la prostitution et de promouvoir les valeurs que sont la dignité et l'égalité. Leur prétention est contraire à l'arrêt *Downey* et n'est pas étayée par le dossier législatif. Elle doit donc être écartée.»

117. *Carter*, préc., note 90.

118. *Jobidon*, préc., note 14, 764: «Le caractère sacré du corps humain milite contre la validité du consentement à se voir infliger des lésions corporelles dans une bagarre.»

119. *Bedford*, préc., note 20; T. O'DOHERTY et K. CHERRINGTON, préc., note 19.

Conclusion

Il existe donc de nombreux enjeux reliés tant à la criminalisation qu'à la décriminalisation des activités sexuelles BDSM. La question du consentement est au cœur de plusieurs de ces enjeux. En ce qui concerne l'invalidité du consentement à une activité sexuelle qui cause des lésions corporelles, la limite à la liberté sexuelle qu'elle amène ainsi que la non-reconnaissance de la valeur sociale du plaisir sexuel dans l'équation sont autant de problématiques.

Pourquoi les mécanismes présents dans le droit criminel canadien qui permettent d'éviter que le droit criminel ne soit mobilisé dans des contextes inappropriés, comme le fait de se fier à la discrétion du Procureur de la Couronne de ne pas déposer d'accusations ou la défense *de minimis non curat lex*¹²⁰, ne sont-ils pas suffisants dans ce contexte ? Le droit criminel est l'outil le plus puissant de l'État, qui trace la ligne entre les conduites antisociales et les autres. La valeur symbolique du droit criminel et les effets de ses poursuites sont grands, surtout en matière sexuelle, le recours à la discrétion des poursuites étant toujours une base fragile. Quant à la défense *de minimis*, elle est imprécise, et son fondement n'est pas clair¹²¹. Celle-ci a été analysée dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)* basé sur une contestation constitutionnelle de l'article 43 du *Code criminel*, qui autorise les parents et les éducateurs à employer une force raisonnable pour corriger les enfants. La juge Arbour, dissidente, aurait invalidé cet article, en s'appuyant sur l'article 7 de la Charte canadienne, protégeant le principe de justice fondamentale d'imprécision. Elle estimait que cette invalidation ne poserait pas problème, notamment parce que les adultes pourraient invoquer la défense *de minimis* en cas de force mineure. La majorité lui a répondu que ce principe *de minimis* «est aussi, sinon plus, imprécis et difficile à appliquer que le moyen de défense fondé sur le caractère raisonnable que prévoit l'art. 43¹²²». Le champ d'action de cette défense est donc loin d'être clair, visant peut-être le fait de voler un sou ou un raisin, mais il semble *a priori* inapproprié en cas de lésions corporelles, car ces lésions servent déjà à qualifier une agression, sexuelle ou non, comme étant de niveau plus élevé. C'est donc véritablement le consentement qui doit fonder la non-criminalisation (ou, autrement dit, la défense), et non la doctrine *de minimis*.

120. Ce moyen de défense est basé sur l'idée que le droit ne s'intéresse pas aux choses de peu d'importance.

121. Simon ROY et Julie VINCENT, «La place du concept *de minimis non curat lex* en droit pénal canadien», (2006) 66 *R. du B.* 211.

122. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 44.

Une solution de compromis pourrait être de limiter l'invalidité du consentement aux cas de lésions corporelles sérieuses¹²³, un choix qui devrait être fait et défini par le législateur plutôt que par interprétation judiciaire. Les lésions corporelles sérieuses nuisent de façon importante au bien-être de la personne. Le professeur Baker donne l'exemple d'une personne qui se fait couper une jambe, ce qui ne correspond pas vraiment à une pratique sexuelle connue. Dans un monde idéal, le législateur établirait un dialogue avec la communauté BDSM, pour bien en comprendre les réalités et les pratiques.

Il serait intéressant de voir, dans les prochaines années, si la Cour suprême aura l'occasion d'affirmer l'importance de l'épanouissement sexuel pour l'être humain et la valeur sociale qu'il revêt. Cela pourrait être fait dans le cadre de contestations constitutionnelles basées sur l'article 7 de la Charte canadienne, protégeant le droit à la liberté de chaque personne dans le respect des principes de justice fondamentale. La sphère d'autonomie et de choix personnels fondamentaux qu'elle suppose¹²⁴ pourrait être reconnue plus clairement en matière sexuelle, comme cela a été fait ailleurs¹²⁵.

Cette reconnaissance pourrait amener une théorie plus intégrée du consentement¹²⁶ en matière sexuelle, dont les pratiques sexuelles causant des lésions demeurent l'une des seules exceptions. D'ailleurs, les récentes modifications amenées par le législateur fédéral s'inscrivent dans cette logique de plus en plus forte de faire du consentement le critère ultime en matière sexuelle. Il s'agit de l'abrogation récente de l'infraction de sodomie¹²⁷ ainsi que de l'adoption de l'infraction de partage d'une image intime sans le consentement de la personne représentée¹²⁸. La stratégie de mettre le consentement au centre du raisonnement permet de s'éloigner d'une conception moraliste de la sexualité et donc, par ricochet, du droit criminel.

123. D.J. BAKER, préc., note 105; K. EGAN, préc., note 6; D.M. TANOVICH, préc., note 84; M. PA, préc., note 29, 81-82. Voir aussi: LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, *Assault*, Working Paper 38, Ottawa, Ministry of Supply and Services, 1984; LAW COMMISSION, *Criminal Law. Consent and Offences against the Person*, Consultation Paper No. 134, Londres, H.M.S.O, 1994.

124. Carter, préc., note 90.

125. K.A. et A.D. c. Belgique, préc., note 17, par. 83; *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

126. Vera BERGELSON, « The Right to Be Hurt: Testing the Boundaries of Consent », (2007) 75 *Geo. Wash. L. Rev.* 165.

127. L'ancien article 159 du *Code criminel* a été abrogé par la *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*, L.C. 2019, c. 25, art. 54.

128. Art. 162.1 C.cr.